

I n d e k s 3 8 1 5 4 3 ■ I S S N 0 1 3 7 - 7 2 7 2

WOJSKOWY
PRZEGLĄD
PRAWNICZY

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2019

2
[290]

ROK XCII

Indeks 381543 ■ ISSN 0137-7272 ■ Egz. bezpłatny



WOJSKOWY
PRZEGLĄD
PRAWNICZY

KWIECIEŃ - CZERWIEC ■ WARSZAWA 2019

2
[290]

R A D A N A U K O W A

Przewodniczący
Członkowie

- Przemysław Funiok
- Sebastian Chwałek
- Marcin Warchoń
- Tomasz Zdzikot
- Grzegorz Ociecek
- Elżbieta Karska
- Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz
- Krzysztof Indeck
- Błażej Wojnicz
- Jacek Wygoda
- Marek Mozgawa
- Justyn Piskorski
- Hanna Paluszkiewicz
- Katarzyna Dudka
- Małgorzata Manowska
- Piotr Steczkowski
- Bartosz Kownacki
- Helmut Radtke
- Alexandre Ferreira Baptista Coelho
- Veronika Huštova
- Mykola Khavroniuk
- Bohdan Telefanko

K O L E G I U M R E D A K C Y J N E

Redaktor Naczelny
Członkowie

- Jarosław Duś
- Marek Piotrowicz
- Magdalena Rosiak
- Katarzyna Sioma

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:

02-010 Warszawa, ul. Nowowiejska 26 B

tel. 22 62-77-325

e-mail: redakcja.wpp@pk.gov.pl

Druk, skład i korekta

Centrum Poligrafii sp. z o.o., www.jakubiccy.com.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.
Artykuły i recenzje w „Wojskowym Przeglądzie Prawniczym” nie mają
charakteru urzędowego, lecz są wyrazem poglądów ich autorów.



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY KWARTALNIK

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2019

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

SPIS TREŚCI

**DR HAB. RADOSŁAW
KRAJEWSKI**

prof. UKW w Bydgoszczy

*O zasadności zagrożenia karą aresztu za niektóre
wykroczenia*

5

DR PAWEŁ OPITEK

prokurator

*Sprawowanie jurysdykcji karnej nad żołnierzami
amerykańskimi w ramach SOFA*

17

**MGR SERGIUSZ
MUSZYŃSKI**

doktorant w Katedrze
Ochrony Praw Człowieka
i Prawa Międzynarodowego
Humanitarnego, WPiA
UKSW

*Rozproszona kontrola konstytucyjności
w polskim porządku prawnym*

36

**MGR TOMASZ
SŁAPCZYŃSKI**

doktorant w Katedrze Prawa
Administracyjnego WPiA UJ

*Prawne i systemowe aspekty technologii
blockchain obrotu kryptowalutami*

50

MGR MICHAŁ GRUDECKI

doktorant w Katedrze Prawa
Karnego i Kryminologii
WPiA Uniwersytetu
Śląskiego

*Wybrane prawnokarne aspekty prób samobójczych,
nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy
w samobójstwie.*

60

MGR KLAUDIA RYCZEK

doktorant WPiA
Uniwersytetu im. M.
Kopernika w Toruniu

*Przebieg przedsiębiorstwa – art. 44a
kodeksu karnego*

81

**MGR MAŁGORZATA
ANNA NOWAK**

doktorant WPiA im.
M. Kopernika w Toruniu

*Czy ewolucja przepisów polskiego prawa karnego
stanowi o efektywności ukarania sprawcy karą grzywny ?
– próba oceny zagadnienia.*

95

**DR HAB. PRZEMYSŁAW
SZUSTAKIEWICZ**

Uczelnia Łazarskiego

*Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego
z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt I OSK
2498/16 (dot. zakresu podmiotowego ustawy o dostępie
do informacji publicznej)*

112

*O zasadności zagrożenia karą aresztu
za niektóre wykroczenia*

*The legitimacy of the penalty of arrest
for some offenses*

S T R E S Z C Z E N I E

Kara aresztu jest najsurowszą karą grożącą za wykroczenia. Możliwości jej stosowania są istotnie ograniczone, co sprawia, że tak z założenia, jak i w praktyce, ma ona charakter wyjątkowy, a co jest prawidłowe, gdyż polega ona na pozbawieniu wolności, a więc istotnego dobra człowieka. Jest to jednak kara potrzebna w tych przypadkach, gdy kary łagodniejsze nie mogą być wymierzone lub ich wykonanie okazuje się nieskuteczne. Potrzeba jednak zmniejszenia liczby typów czynów zabronionych jako wykroczenia, za które ona grozi.

System kar za wykroczenia aktualnie obejmuje areszt, ograniczenie wolności, grzywnę oraz naganą, a ich katalog zawiera art. 18 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń¹. W praktyce zasadniczą rolę odgrywa kara grzywny, gdyż to ona jest najczęściej orzekana przez sądy, a znaczna część spraw o wykroczenia rozstrzygana jest w drodze postępowania mandatowego, w ramach którego grzywna jest jedynym środkiem reakcji, o ile oczywiście w ogóle dochodzi do ukarania na tej drodze, bo sprawca zawsze może odmówić przyjęcia mandatu karnego, a i przedstawiciel instytucji ścigania może poprzestać na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego. Natomiast kary ograniczenia wolności oraz nagany są ważne i stanowią płaszczyzny interesujących dogmatycznych dociekań, to ich rola w praktyce prawa wykroczeń jest zdecydowanie mniejsza. Tak też samo jest z karą aresztu, jednak to ta kara budzi największe kontrowersje w doktrynie, a niektórzy przedstawiciele nauki prawa wykroczeń wręcz postulują rezygnację z tej sankcji.

Stało się to inspiracją do zabrania głosu co do zasadności zagrożenia tą karą za niektóre wykroczenia, jaką to tezę przyjęto starając się ją uza-

¹ T.j. – Dz.U. z 2019 r. poz. 821.

sadnić w toku wywodów, jednak bez aspiracji pogłębionych analiz co do kształtowania się tej kary, jak i szczegółów jej dotyczących. W tych bowiem obszarach także w ostatnim czasie napisano na tyle dużo, że wchodzenie w nie mogłoby być poczytane jako niemające waloru wkładu w rozwój nauki prawa wykroczeń. Jako szczególnie ważne w tym zakresie wskazać należy opracowania Mirosławy Melezini² oraz Katarzyny Liżyńskiej³ kompleksowo omawiające tę karę. Wnikliwym analizom poddano ją także na łamach kilku komentarzy do Kodeksu wykroczeń, a wyróżniają się w tym zakresie wywody Jolanty Jakubowskiej-Hara⁴.

Kara aresztu jest karą najsurowszą spośród kar za wykroczenia i jedyną karą izolacyjną. Polega bowiem na pozbawieniu wolności sprawcy wykroczenia i w tym sensie nie różni się od kary pozbawiania wolności za przestępstwo. Magdalena Błaszczyk wręcz określa ją jako odpowiednik kary pozbawiania wolności⁵, którym formalnie nie jest, ale faktycznie polega na tym samym. Gdyby bowiem ustawodawca chciał traktować karę aresztu i karę pozbawienia wolności jako w pełni tożsame, to tak samo by je określał – pewnie jako karę pozbawienia wolności, jak czyni to odnośnie kar ograniczenia wolności i grzywny grożących zarówno za wykroczenia, jak i za przestępstwa, przewidując „jedynie” odmienne ich wysokości, a skoro tego nie czyni, to musi to chyba oznaczać jego wolę odmiennego ich traktowania, a przynajmniej odmiennego ich nazywania. Nie może jednak ująć uwadze, że w przypadku zbiegu wykroczenia z przestępstwem, o którym mowa w art. 10 k.w., zgodnie z jego § 3 „karę aresztu orzeczoną za wykroczenie uważa się za karę tego samego rodzaju co kara pozbawienia wolności orzeczone za przestępstwo”, a § 2 tego artykułu stanowi, że „przy zaliczaniu kar przyjmuje się jeden dzień aresztu za równoważny jednemu dniowi pozbawienia wolności, dwóm dniom ograniczenia wolności oraz grzywnie w kwocie od 20 do 150 złotych”. Nie oznacza to jednak, że karę aresztu i karę pozbawiania wolności widzieć trzeba jako jedną, tą samą karę, bo są to jedynie kary tego samego rodzaju „na użytek” ich traktowania w przypadku przedmiotowego zbiegu.

Marek Bojarski postrzega karę aresztu jako karę surową⁶, choć ocena czy taką faktycznie ona jest, nie jest prosta. Na pewno jest to kara

² M. Melezini, *Kara aresztu* [w:] *System prawa karnego, Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, red. M. Melezini, Warszawa 2016, s. 432–452.

³ K. Liżyńska, *Kształtowanie się kary aresztu w polskim prawie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 2, s. 5–17.

⁴ J. Jakubowska-Hara, *Kary, środki karne i zasady ich wymiaru* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, s. 130–137, 165–172, 242–248.

⁵ M. Błaszczyk, W. J. Jankowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2013, s. 44.

⁶ M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2012, s. 92.

najsurowsza za wykroczenia, ale czy jest to sankcja surowa – inaczej bezwzględna, niehumanitarna, zbyt rygorystyczna, nie jest oczywiste.

Niewątpliwie jest to kara wyjątkowa, jeśli chodzi o możliwości jej orzekania. Zgodnie bowiem z art. 35 k.w. „jeżeli ustawa daje możliwość wyboru między aresztem a inną karą, areszt można orzec tylko wtedy, gdy czyn popełniono umyślnie, a zarazem za orzeczeniem kary aresztu przemawia waga czynu lub okoliczności sprawy świadczą o demoralizacji sprawcy albo sposób jego działania zasługuje na szczególne potępienie”. Przesłanka wyboru między aresztem a inną karą jest spełniona zawsze, gdyż, jak słusznie zauważa Wojciech Radecki, w obowiązującym prawie wykroczeń, tak kodeksowym, jak i pozakodeksowym, nie ma takiego wykroczenia, które byłoby zagrożone tylko karą aresztu⁷. Zawsze bowiem kara ta przewidziana jest alternatywnie z inną karą lub z innymi karami. Przykładami pierwszej alternatywy jest wykroczenie nieopuszczenia zbiegowiska publicznego, które zagrożone jest karą aresztu albo grzywny (art. 50 k.w.) oraz wykroczenie żebrania w miejscu publicznym w sposób natarczywy lub oszukańczy, za które grozi kara aresztu albo ograniczenia wolności (art. 58 §2 k.w.). Natomiast alternatywne zagrożenie karą aresztu i innymi karami przewidziane jest choćby dla sprawców wykroczenia wybryku, gdzie obok kary aresztu grożą ograniczenie wolności albo grzywna (art. 51 § 1 i § 2 k.w.), jak też wykroczenia niszczenia znaków umieszczanych przez organy państwowe, za które grozi kara aresztu albo grzywny lub nagany (art. 69 k.w.).

Samo zagrożenie karą aresztu nie daje jednak podstaw do jej orzeczenia, gdyż jej orzeczenie jest możliwe jedynie za wykroczenie umyślne, jak też przy spełnieniu chociaż jednej z przesłanek w postaci wagi czynu, demoralizacji sprawcy albo jego działania zasługującego na szczególne potępienie. Są to oczywiście kategorie podlegające ocenie sądu, która jednak musi opierać się na obiektywnych kryteriach, jak też być należycie uzasadniona, a w konsekwencji oparcie na jej lub ich istnieniu wymierzenia kary aresztu jest istotnie ograniczone, choć absolutnie możliwe, wszak zdarzają się sprawcy wykroczeń umyślnych wysoce zdemoralizowani, których czyny zasługują na szczególne potępienie. To właśnie oni wskazują na zasadność bytu kary aresztu za niektóre wykroczenia, gdyż niekiedy tylko ta kara pozwala na spełnienie celów kary jako takiej w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej, społecznego poczucia sprawiedliwości oraz innych jej funkcji, w tym po prostu izolacji sprawców, aby przynajmniej przez jakiś czas nie zagrażali dobrom indywidualnym i zbiorowym podlegającym ochronie prawnej. Przykładowo kara ta byłaby adekwatna choćby dla sprawcy wybryku o charakterze chuligańskim (art. 51 § 2 k.w.), który dopuścił się takiego

⁷ M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 387.

zachowania po raz wtóry w krótkim czasie, a za wcześniejsze zachowania zostały mu wymierzone tak kara ograniczenia wolności, jak i grzywna. Tak samo byłoby odnośnie sprawcy wykroczenia jazdy po drodze publicznej rowerem, zwłaszcza gdyby czynił on to wiele razy poważnie zagrażając bezpieczeństwu w ruchu drogowym (art. 87 § 1a i § 2 k.w.).

Jednak nawet wobec takich sprawców orzeczenie kary aresztu nie zawsze jest możliwe. Jak bowiem stanowi art. 26 k.w. „nie można wymierzyć kary aresztu lub zastępczej kary aresztu, jeżeli warunki osobiste sprawcy uniemożliwiają odbycie tej kary”. Według Tomasza Grzegorzcyka warunki osobiste, o których tu mowa, to „okoliczności związane z warunkami bytowymi czy zdrowotnymi sprawcy, jak np. kalectwo, czy poważna choroba, z tym że wydaje się, iż ustawodawcy chodzi także o takie właściwości osobiste sprawcy, jak podeszły wiek czy obowiązki wynikające z jego stosunków rodzinnych, np. z niezbędnej opieki nad obłożnie chorym bliskim, czy też samotnego wychowywania dzieci”⁸. Tak samo widzi to Tadeusz Bojarski, który wskazuje, że „niemożność odbycia kary aresztu należy rozumieć szeroko, bo jako kalectwo, ciężki stan zdrowia, konieczność opieki nad ciężko chorym członkiem rodziny”, a ograniczenia te traktuje on jako wyraz humanitaryzmu polskiego prawa karnego⁹. Także dla Marka Bojarskiego przedmiotowa regulacja jest „wynikiem humanitarnego traktowania sprawców, którzy np. ze względu na swoje kalectwo nie powinni być izolowani za popełnione wykroczenie”¹⁰. Z zapatrywaniami tymi trzeba się zgodzić, a „obszary” niemożności wymierzenia kary aresztu uznawać za ważne i racjonalne, zaś jedynie gwoli ścisłości wskazać, że współcześnie używa się określenia „niepełnosprawność”, które jest odpowiednikiem stosowanego wcześniej pojęcia „kalectwo”, uważanego kiedyś za neutralne, a dzisiaj za stygmatyzujące.

Niewątpliwie istotą tej regulacji jest dalsze, a więc ponad standard wynikający z art. 35 k.w., ograniczenie możliwości orzekania kary aresztu za wykroczenia, co jest podejściem właściwym. Jednak podkreślić należy, że w art. 26 k.w. mowa jest o okolicznościach „uniemożliwiających” odbycie tej kary, które należy odróżniać od okoliczności jedynie to „utrudniających”, a których ocena należy do sądu, który winien jednak kierować się obiektywnymi w tym zakresie kryteriami. Nie są one oczywiste, o czym świadczyć może słuszne podejście Tomasza Grzegorzcyka, że „jeżeli np. sprawca z uwagi na liczne schorzenia bierze rozmaite leki i korzysta

⁸ T. Grzegorzcyk, *Kary, środki karne i zasady ich wymiary* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzcyk, Warszawa 2013, s. 128.

⁹ T. Bojarski, *Kary, środki karne i zasady ich wymiaru* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 103.

¹⁰ M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy materialnego...*, s. 94.

z częstych porad lekarskich, to może je brać także w zakładzie karnym i tam zasięgać porad lekarza, a osoba niepełnosprawna fizycznie, np. pozbawiona kończyny dolnej, może korzystać z kul, także odbywając karę aresztu. Jeżeli zaś samotnie opiekujący się dzieckiem może przekazać je pod opiekę, np. dziadków czy swego dorosłego rodzeństwa, a opiekujący się obłożnie chorą matką oddać ją pod opiekę innych jej dzieci, to również nie można przyjąć, aby warunki osobiste sprawcy uniemożliwiały mu odbycie aresztu”¹¹. Gdyby bowiem przyjąć inaczej, tj. że np. niepełnosprawność fizyczna lub sprawowanie opieki nad małoletnimi dziećmi to okoliczności z istoty „uniemożliwiające” odbycie kary aresztu za wykroczenie, to musiałoby to oznaczać, że osoby, których one dotyczą w ogóle nie mogą być nią ukarane, co nie byłoby racjonalne. Jednak może zdarzyć się, że np. sprawca wykroczenia zasługujący w ocenie sądu na karę aresztu sprawuje opiekę nad osobą małoletnią, w której nie ma go kto nawet czasowo zastąpić, a wówczas nie powinna być wobec niego wymierzona kara aresztu, co jest wyrazem tyłuż humanitarnego podejścia do sprawców wykroczeń jako jednak czynów o mniejszej niż przestępstwa społecznej szkodliwości, co traktowania kary aresztu jako sankcji wyjątkowej, a co w niczym nie umniejsza zasadności istnienia kary aresztu w katalogu sankcji za wykroczenia.

Rację ma jednak Jolanta Jakubowska-Hara, że „w pewnej sprzeczności z ustawowymi ograniczeniami w stosowaniu kary aresztu pozostaje regulacja art. 38 k.w. stwarzająca możliwość orzekania tej kary wobec sprawców wykroczeń, które aresztem nie są w ogóle zagrożone”¹². Przepis ten przewiduje, że „ukaranemu co najmniej dwukrotnie za podobne wykroczenia umyślne, który w ciągu dwóch lat od ostatniego ukarania popełnia ponownie podobne wykroczenie umyślne, można wymierzyć karę aresztu, choćby było zagrożone karą łagodniejszą”. Według Andrzeja Marka uregulowanie to „miało realizować ideę stosowania surowej represji wobec recydywistów szczególnie, powracających do podobnych wykroczeń. Jednak wobec braku możliwości stwierdzenia recydywy wykroczeń podobnych, gdyż ukarania za wykroczenia z reguły nie podlegają notowaniu w rejestrze skazanych, uregulowanie to nie ma uzasadnienia, stanowiąc zbędną replikę Kodeksu karnego”¹³.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym¹⁴ dane o osobach skazanych za wykroczenia na karę aresztu gromadzi się w tym rejestrze, ale tylko na tę karę, a zatem w niewielkim zakresie pozwala to na ustalenie, czy sprawca wykroczenia, który

¹¹ T. Grzegorzczak, *Kary, środki karne...*, s. 128.

¹² J. Jakubowska-Hara, *Kary, środki karne...*, s. 133-134.

¹³ A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2008, s. 80.

¹⁴ T.j. – Dz.U. z 2018 r. poz. 1218, ze zm.

staje przed sądem wcześniej był skazany za wykroczenia podobne, ale nawet gdyby takie ustalenie było możliwe, to i tak regulacja art. 38 k.w. jest wyrazem nadmiernego rygoryzmu ustawodawcy, gdyż sięganie po karę aresztu jako karę wyjątkową powinno być wystarczające w oparciu o konkretny przepis lub konkretne przepisy typizujące poszczególne typy wykroczeń, za które kara ta jest przewidziana, a których dyspozycje sprawca wyczerpał swoim zachowaniem, nie zaś w oparciu o ogólną formułę, nawet gdy dotyczy ona recydywistów. Prowadzi to do wniosku o potrzebie derogacji tego przepisu jako nieracjonalnego, a być może też poszerzającego przestrzeń negatywnych ocen kary aresztu jako takiej.

Jolanta Jakubowska-Hara słusznie podkreśla także, że „deklarowany wyjątkowy charakter kary aresztu nie pozostaje w zgodzie z dużą liczbą zagrożeń tą karą tak w części szczególnej Kodeksu wykroczeń, jak i w pozakodeksowym prawie wykroczeń”. Autorka policzyła, że aktualnie areszt występuje w 55 sankcjach, tj. w przeszło 1/3 ogółu sankcji kodeksowych i dotyczy 95 typów wykroczeń przewidzianych w Kodeksie wykroczeń. Ponadto jest ona znana w ponad 40 ustawach tworzących pozakodeksowe prawo wykroczeń¹⁵. Jest to dużo, a wręcz za dużo – inaczej – ponad potrzebę i niezbędny racjonalizm. Postulować więc należy poważny „remanent” typów wykroczeń z przypisanymi im sankcjami w postaci aresztu, konieczną weryfikację pod kątem, czy na pewno w każdym z nich kara ta jest niezbędna według miary celów i funkcji kary kryminalnej.

Bez trudu, acz jedynie przykładowo, wskazać można obszary takiego namysłu, jak choćby czy na pewno wykroczenie uszkodzenia lub usunięcia ogłoszenia wystawionego przez instytucję państwową, samorządową lub organizację społeczną (art. 67 § 1 k.w.) powinno być karą taką zagrożone, podobnie jak wykroczenie proponowania czynu nierządno (art. 142 k.w.). Trzeba bowiem mieć też na względzie i to, że Kodeks wykroczeń został uchwalony w 1971 r., a zatem w zupełnie innych niż aktualne warunkach społeczno-ustrojowych, a typy czynów zabronionych i sankcje grożące za ich popełnienie co do istoty pozostały bez zmian. Wówczas prawo wykroczeń było jednym z instrumentów rygorystycznego traktowania obywateli przez państwo, czemu miały też służyć surowe ustawowe zagrożenia za czyny uznane za wykroczenia. Było też tak, że wykorzystywano je do walki z faktycznymi lub urojonymi przeciwnikami komunistycznej władzy, w czym nie miały „udział” miało także „korzystanie” z kary aresztu. Tym bardziej więc namysł nad dalszym utrzymywaniem tej kary w ramach ustawowego zagrożenia za wszystkie wykroczenia, za które grozi ona od początku obowiązywania Kodeksu wykroczeń, jest konieczny.

¹⁵ J. Jakubowska-Hara, *Kary, środki karne...*, s. 134–135.

Ponadto w aktualnym stanie prawnym jest tak, że ustawodawca grozi karą aresztu za typy wykroczeń niezależnie od społecznej ich szkodliwości oraz sposobu lub sposobów zachowania się sprawców, czego przykładem jest wykroczenie wybryku (art. 51 § 1 i § 2 k.w.). Jest to wbrew formule prawa karnego, zgodnie z którą typ kwalifikowany czynu zabronionego zagrożony jest karą lub karami surowszymi w porównaniu z typem podstawowym. Tymczasem za wykroczenie stypizowane w art. 51 § 1 k.w., którego sprawca „krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój, porządek publiczny, spoczynek nocny albo wywołuje zgorzienie w miejscu publicznym” grozi kara aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny, jakie to kary grożą także sprawcy wybryku z art. 51 § 2 k.w., a więc, gdy jego czyn „ma charakter chuligański lub sprawca dopuszcza się go, będąc pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka”. Gdyby więc przyrzeć się ustawowym zagrożeniom karą aresztu za wykroczenia, to wydaje się, że jedynie w drugim przypadku zasadnym byłoby pozostawienie kary aresztu, a usunięcie jej jako grożącej za typ podstawowy wybryku.

Zmniejszenie przypadków zagrożeń karą aresztu za poszczególne wykroczenia tak kodeksowe, jak i pozakodeksowe, byłoby wyrazem koniecznego racjonalizmu ustawodawcy oraz dostosowania w tym zakresie prawa wykroczeń do aktualnych warunków społeczno-ustrojowych. Mogłoby być także remedium na jakieś „pogodzenie” przeciwników i zwolenników istnienia w prawie wykroczeń kary aresztu, a na pewno stanowi konkretną propozycję odnośnie do tej kary jako kary zasadniczej, która jako taka powinna być utrzymana za niektóre wykroczenia, choć nie w takiej ich liczbie, jak ma to miejsce aktualnie.

Nie wpłynęłoby to na zastępczą karą aresztu, odnośnie której zmiany nie są potrzebne, o której to karze stanowi art. 25 § 2 i § 3 k.w., a która może być zarządzona, gdy „egzekucja grzywny okazała się bezskuteczna lub z okoliczności wynika, że byłaby ona bezskuteczna” i „ukarany oświadczy, że nie wyraża zgody na podjęcie pracy społecznie użytecznej albo uchyla się od jej wykonania albo zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną jest niemożliwa lub niecelowa”. Jest to bowiem także kara wyjątkowa, stosowana dopiero wówczas, gdy inne kary okazały się nieskuteczne, a zgodnie z art. 27 § 1 k.w. „od zastępczej kary aresztu sprawca może być uwolniony w każdym czasie przez wpłacenie kwoty pieniężnej przypadającej jeszcze do uiszczenia”, zaś „jeżeli grzywna została uiszczona w części, karą zastępczą zmniejsza się w sposób odpowiadający stosunkowi kwoty zapłaconej w wysokości grzywny”, o czym stanowi § 2 tego artykułu. Zastępcza kara aresztu ma sens, gdyż bez niej sprawcy wykroczeń nie mogący lub nie mający woli uiszczenia grzywny, a jednocześnie nie mogący choćby ze względów

zdrowotnych lub po prostu niechcący pracować na celu społeczne byłiby bezkarni, a tak, dzięki istnieniu zastępczej kary aresztu, są pociągani do odpowiedzialności za wykroczenia, przy zachowaniu zakazu wymierzania tej kary przewidzianego w art. 26 k.w.

Wyjątkowy charakter kary aresztu potwierdza również instytucja warunkowego zawieszenia jej wykonania. Podstawy jego zastosowania określa art. 42 k.w., negatywne przesłanki wymienia art. 43 k.w., a pozostałe kwestie reguluje art. 44 k.w. Nie wchodząc w szczegóły, dość za Tadeuszem Bojarskim zaznaczyć, że dzięki tej konstrukcji kara aresztu „nie musi być stosowana w postaci bezwzględnej, a warunkowe zawieszenie jej wykonania ma odpowiednie znaczenie społeczne i wychowawcze. Orzeka się karę, ale jej wykonanie ulega wstrzymaniu na pewien czas przy założeniu, że sprawca tę szansę wykorzysta, a jeżeli ją zlekceważy, orzeczona kara zostanie wykonana. Sprawcy, którzy zdecydują się zrealizować obowiązki okresu próby w rzeczywistości kary nie poniosą. Pozostanie tylko przestroga”. Autor trafnie podkreśla, że „Kodeks wykroczeń przewiduje warunkowe zawieszenie tylko co do wykonywania kary aresztu, a inne kary nie są tą możliwością objęte”¹⁶. Potwierdza to wyjątkowy charakter tej kary, traktowanej przez ustawodawcę jako *ultima ratio* także na etapie decydowania o jej wykonywaniu, co jest jak najbardziej słuszne, a w konsekwencji możliwość warunkowego zawieszania wykonywania kary aresztu powinna być zachowana.

Może mieć rację Marek Bojarski, który pisze, że „trzeba zdawać sobie jednak sprawę, iż stosowanie kary aresztu następuje zgodnie z regułą wyrażoną w art. 35 k.w. w zasadzie w stosunku do zdemoralizowanych sprawców, stąd znalezienie uzasadnienia zastosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary aresztu może być trudne. Jeśli organ orzekający przy wyborze kary zdecydował się na orzeczenie kary aresztu, nie znajdując podstaw do zastosowania innej kary, to trudno wyobrazić sobie, że w stosunku do tego sprawcy istnieją przesłanki łagodniejszego jego potraktowania przez zastosowanie warunkowego zawieszenia kary aresztu”¹⁷. Jednak konstrukcja ta jest potrzebna, daje bowiem sądowi perspektywę ostatecznego „ostrzeżenia” nawet zdemoralizowanego sprawcy zanim trafi on do zakładu karnego w związku z popełnionym wykroczeniem lub popełnionymi wykroczeniami, dla niego samego stanowi szansę, a odnośnie samej kary aresztu potwierdza jej humanitarny wymiar.

To, że kara aresztu za wykroczenia ma taki przymiot świadczy także możliwy czas jej trwania, który zgodnie z art. 19 k.w. wynosi od 5 do 30 dni, przy czym tak jest od 1998 r., gdyż pierwotnie było to od tygodnia

¹⁶ T. Bojarski, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary aresztu* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 127.

¹⁷ M. Bojarski, A. Płońska, Z. Świda, *Podstawy materialnego...*, s. 96.

do 3 miesięcy. Osadzanie sprawców wykroczeń w zakładach karnych na tak krótki okres może być traktowane jako szczególny instrument oddziaływania na nich, raczej ich „wystraszenia”, nie zaś resocjalizacji, bardziej „wstrząsu” niż oddziaływania penitencjarnego, choć dziejącego się w warunkach izolacyjnych jako odmiennych od wolnościowych, jednak nie wiadomo, czy dla wszystkich wobec których orzeczono karę aresztu uciążliwych, czy też może odbieranych przez niektórych z nich jako korzystnych, a to z racji lepszych niż niektórzy z nich doświadczają warunków życia na wolności. Jednak taki jej wymiar temporalny jest właściwy, a w konsekwencji nie powinien być zmieniany.

Jak wskazuje Jolanta Jakubowska-Hara „w związku z niewielką rolą aresztu w praktyce, gdyż udział tej kary w strukturze ukarań w ostatnich latach nie przekracza 0,5%, gdy w pierwszych 10 latach obowiązywania Kodeksu wykroczeń był on trzykrotnie wyższy, jak też charakterem czynów, jakimi są wykroczenia, w doktrynie podważana jest niekiedy zasadność utrzymywania tej kary w prawie wykroczeń”. Autorka uważa, że „należy mieć na uwadze to, że kara aresztu to środek godzący w podstawowe wolności człowieka i nawet jeśli stosowana jest w nieznacznym tylko zakresie, nie można usprawiedliwiać jej istnienia w prawie wykroczeń przed wszystkim lub wyłącznie działaniem ogólnoprewencyjnym, albowiem faktyczna rola tego środka w polityce kryminalnej zawsze może ulec zmianie”. Dodaje, że „postulat całkowitego zniesienia kary aresztu byłby możliwy do spełnienia w razie wzmocnienia represyjności innych środków penalnych, zwłaszcza kary ograniczenia wolności i niektórych środków karnych, a przede wszystkim wyeliminowania z obszaru prawa wykroczeń czynów mających charakter kryminalny oraz innych czynów o większej społecznej szkodliwości”¹⁸.

Faktycznie kara aresztu godzi w podstawowe prawa człowieka, w szczególności wolność, ale taki sam przymiot mają inne instrumenty prawa karnego, jak kara pozbawienia wolności, tymczasowe aresztowanie oraz zatrzymanie, przy czym dwa ostatnie nierzadko stosowane są wobec osób później uznawanych za niewinne, a zatem to bardziej wobec nich, aniżeli odnośnie kary aresztu, byłby uprawniony zarzut godzenia w podstawowe prawa człowieka. Jeśli zaś chodzi o postrzeganie tej kary zasadniczo przez pryzmat jej walorów w zakresie prewencji generalnej, to byłoby to podejście zbyt wąskie, gdyż pomijałoby wiele innych jej funkcji, w tym w zakresie prewencji indywidualnej oraz społecznego poczucia sprawiedliwości. Nie do końca zrozumiałe jest także zapatrywanie Jolanty Jakubowskiej-Hara, że zniesienie kary aresztu byłoby realniejsze w razie wzmocnienia represyjności

¹⁸ J. Jakubowska-Hara, *Kary, środki karne...*, s. 131.

kary ograniczenia wolności i niektórych innych środków karnych, czego Autorka nie precyzuje, a też trudno sobie wyobrazić, na czym miałyby to polegać. Wszak kara ograniczenia wolności trwa 1 miesiąc i dłużej trwać nie może, gdyż wyższy wymiar ma ta kara za przestępstwa, a przecież sposób jej wykonywania polegający przede wszystkim na nieodpłatnej pracy na cele społeczne bardziej represyjny niż jest aktualnie być nie może z istoty rzeczy. Także postulowanie przez Autorkę wyeliminowania z obszaru prawa wykroczeń, czyli, jak można się domyślać przeniesienie do prawa karnego sensu stricte poprzez uczynienie przestępstwami czynów o kryminalnym charakterze oraz tych o większej społecznej szkodliwości, a zatem dokonanie dekontrawencjonalizacji, inaczej kryminalizacji względnej, nie byłoby uprawnione co do istoty na szerszą skalę, a tym bardziej po to, aby miało mieć to jakiegokolwiek znaczenie dla bytu lub niebytu kary aresztu. Przecież o „zaliczeniu” konkretnego czynu zabronionego do kategorii przestępstw lub wykroczeń decydują stopień jego społecznej szkodliwości oraz względy polityki kryminalnej, a ustawowe zagrożenie karami za nie jest sprawą wtórną, w tym co do tego, czy ma wśród nich być kara aresztu czy też ma jej nie być. Chodzić więc tu powinno jedynie o depenalizację, a więc zmianę kar w kierunku ich łagodzenia, przy zachowaniu statusu czynów aktualnie zabronionych jako wykroczenia właśnie jako wykroczeń.

Taką samą drogę zmian proponuje Mirosława Melezini, która pisze, że kara aresztu „z jednej strony jest karą, która zawiera bardzo dużą dawkę dolegliwości, godząc w wolność człowieka, która należy do najcenniejszych dóbr jednostki, z drugiej strony jest to kara stosowana za wykroczenia, tj. czyny charakteryzujące się najniższym stopniem społecznej szkodliwości”. Jej zdaniem „już ten fakt przemawia za potrzebą wyeliminowania kary aresztu z prawa wykroczeń”. Autorka uważa, że „optymalnym rozwiązaniem byłoby zaliczenie czynów, które stanowią przedłużenie przestępstw, a więc tzw. czynów przepołowionych, oraz kilku innych najpoważniejszych wykroczeń do kategorii występków. W prawie wykroczeń powinny pozostać jedynie wykroczenia administracyjne i porządkowe, zagrożone wyłącznie karami wolnościowymi”. Mirosława Melezini wskazuje, że „gdyby jednak utrzymano dotychczasowy zakres penalizacji, wydaje się celowe rozważenie możliwości zastąpienia kary aresztu dozorem elektronicznym jako rodzajem kary”¹⁹.

Propozycję tę za godną rozważenia uważa Jolanta Jakubowska-Hara²⁰, jak też za słuszną uważa ją Katarzyna Liżyńska, która w istocie widzi ją chyba nieco inaczej, wskazując bowiem, że dopiero niewykonanie obowiązków

¹⁹ M. Melezini, *Kara aresztu...*, s. 452.

²⁰ J. Jakubowska-Hara, *Kary, środki karne...*, s. 131.

wynikających z dozoru elektronicznego czyniłoby wykonanie kary aresztu w zakładzie karnym całkowicie zasadnym²¹, gdy Mirosława Melezini chciałaby, aby dozór elektroniczny nie był tylko sposobem wykonywania kary aresztu lecz odmiennym od niej rodzajem kary. Tym samym straciło na aktualności spostrzeżenie Tadeusza Bojarskiego, według którego „postulaty zniesienia kary aresztu są silne, nie łączą się jednak z nimi konkretne propozycje innych środków w miejsce tej kary w sytuacjach, gdy pozostałe środki przewidziane w kodeksie wykroczeń, takie jak grzywna i ograniczenie wolności, nie byłyby skuteczne”²², gdyż propozycja Mirosławy Melezini ma wymiar konkretny, aczkolwiek mogący budzić wątpliwości.

Gdyby bowiem na potrzeby przedmiotowego dozoru elektronicznego per analogiam przyjąć zasady znane ustawie z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego²³, a co byłoby zasadne, gdyż są one właściwe, to zgodnie z jej art. 6 ust. 1 sąd może zezwolić skazanemu na odbywanie tej kary w takim systemie m.in. wówczas, gdy skazany posiada miejsce stałego pobytu, a osoby pełnoletnie zamieszkujące wspólnie ze skazanym wyraziły zgodę na umieszczenie urządzenia monitorującego. Przesłanki te mogłyby być w niektórych przypadkach sprawców wykroczeń niemożliwe do spełnienia. Wszak niektórzy skazani na dozór elektroniczny mogliby nie posiadać miejsca stałego pobytu, a gdyby je posiadali, to osoby pełnoletnie wspólnie z nimi zamieszkujące nie musiałyby wyrazić zgody na umieszczenie w ich domu lub mieszkaniu przedmiotowych urządzeń. Wówczas kara ta nie mogłaby być wykonywana, a to oznaczałoby faktyczną bezkarność sprawców wykroczeń w tych sytuacjach, gdyby kary łagodniejsze okazały się nieskuteczne albo niemożliwe do orzeczenia.

Tym bardziej nie sposób zgodzić się z propozycją Mirosławy Melezini „uczynienia” części wykroczeń występkami, gdyż oznaczałoby to nieuzasadnioną kryminalizację względną, a szerzej nieuprawnione poszerzenie rygoryzmu prawa karnego, gdyż wątpliwie byłoby to „pocieszenie” dla sprawców czynów zabronionych, że oto ich zachowania stały się występkami, a więc przestępstwami, ale nie są „już” wykroczeniami, za które kiedyś groziła kara aresztu.

Kara ta jest karą potrzebną w systemie kar za wykroczenia w tych przypadkach, gdy orzeczenie kar łagodniejszych jest niemożliwe lub niecelowe. Ma ona jednak i powinna mieć nadal charakter wyjątkowy, tj. być wymierzana na zasadzie ultima ratio. Potrzeba jednak zmniejszenia liczby typów wykroczeń, za które ona grozi, poprzez pozostawienie jej w ustawo-

²¹ K. Liżyńska, *Kształtowanie się kary...*, s. 17.

²² T. Bojarski, *Kary, środki karne...*, s. 92.

²³ T.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 142, ze zm.

wych zagrożeniach wyłącznie tych z nich, które cechuje stosunkowo wysoka jak na wykroczenia społeczna szkodliwość lub mogą to uzasadniać inne ważne kryteria. Proponowany dozór elektroniczny mógłby być jedynie sposobem wykonywania tej kary w tych przypadkach, gdyby sąd uznał to za wystarczające dla osiągnięcia celów kary, przy spełnieniu pozostałych przesłanek, w tym „lokalowych”.

Nie da się zaprzeczyć, że kara aresztu za wykroczenia jest karą poważną, gdyż łączy się wprawdzie z krótkoterminowym, ale jednak, pozbawieniem wolności. Jednakże, aby sprawca został na karę tę skazany bez warunkowego zawieszenia jej wykonania musi się więcej niż trochę „postarać”. Jest więc zachowana proporcja między jego czynem lub czynami, jego postawą i innymi elementami dotyczącymi tak jego, jak i jego zachowania się, a reakcją karną na to wszystko w postaci kary aresztu, stosowanej jednak tak w założeniu, jak i w praktyce, wyjątkowo.



A B S T R A C T

Arrest penalty is the most severe punishment for misdemeanors. The possibilities of its application are significantly limited, which means that it is both by assumption and in practice that it is unique and what is correct, because it consists in deprivation of liberty, and thus the essential good of man. However, this is a punishment needed in those cases where milder punishments can not be targeted or their implementation turns out to be ineffective. However, it is necessary to reduce the number of types of offenses as offenses for which it is threatened.

PAWEŁ OPITEK *Sprawowanie jurysdykcji karnej nad żołnierzami amerykańskimi w ramach SOFA*

Penal jurisdiction over American soldiers within SOFA

S T R E S Z C Z E N I E

Tematem artykułu jest jurysdykcja karna nad żołnierzami amerykańskimi w ramach umów o zbiorczej nazwie SOFA (Status of Forces Agreements). Chodzi o sytuację, kiedy wojsko w czasie pokoju wysyłane jest za granicę na zaproszenie innego kraju, aby realizować różnego rodzaju zadania (ćwiczenia, szkolenia, misje humanitarne itp.). W pierwszej części opracowania scharakteryzowano kształtowanie się SOFA na przestrzeni kilkuset lat oraz obecny charakter prawny tego typu porozumień. Następnie omówiono politykę Stanów Zjednoczonych w zakresie ponoszenia przez ich żołnierzy odpowiedzialności karnej za czyny popełnione na obcym terytorium oraz różne modele tej odpowiedzialności. Bardzo ważna pod tym względem jest SOFA NATO i jej poświęcono ostatnią część artykułu z uwzględnieniem statusu żołnierza USA przebywających w Polsce.

1. Wstęp

Suwerenność, to atrybut każdego współczesnego państwa wyrażający się w jego osobowości prawnej, stanowiącej najwyższą władzę na danym terytorium. Państwo jest niezależne od innych podmiotów prawa międzynarodowego i posiada samodzielność w regulowaniu spraw wewnętrznych, mając na względzie wolność innych krajów do samostanowienia. Chodzi m.in. o kompetencje tworzenia, egzekwowania i rozstrzygania prawa, jako najwyższy i najważniejszy przymiot władzy, pozostający, co do zasady, poza jakimikolwiek ograniczeniami. Zgodnie z zasadą jurysdykcji terytorialnej, państwo może stanowić przepisy odnoszące się do wszystkich osób, rzeczy i zdarzeń na jego terytorium; *a contrario* żaden kraj nie posiada władczego przyzwolenia do regulowania aktywności ludzkiej występującej poza jego

obszarem. Wynika to ze starożytnej, rzymskiej dyrektywy: „*par in parem non habet imperium*” (łac. „równy nie ma władzy nad równym”). Wyjątki od niej dopuszcza prawo międzynarodowe i przybierają różnorodną postać: eksterytorialność egzekucji przepisów może wynikać np. z umowy zawartej między zainteresowanymi stronami lub mieć umocowanie w międzynarodowym prawie publicznym. Poza tym państwa, pod różnymi względami, są dalekie od idei równości i niejeden rząd na świecie posiada mniejszy lub większy wpływ na inne kraje. Faktyczny stosunek sił może zatem decydować o charakterze stosunków prawnych, co przejawia się m.in. w treści traktatów i innych umów. Wielowymiarowy charakter współczesnych relacji pomiędzy narodami, budowanie sojuszy politycznych, gospodarczych, czy kulturowych powoduje, że w praktyce żaden kraj nie jest całkowicie niezależny. Szczególną rolę w zakresie ograniczania jurysdykcji osobowej stanowią umowy o zbiorczej nazwie SOFA (Status of Forces Agreements). Ich uczestnikiem jest także Polska; chodzi m.in. o sporządzoną w dniu 20 sierpnia 2008 r. w Warszawie umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki dotyczącą rozmieszczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej antybalistycznych obronnych rakiet przechwytyjących¹. Rząd zrzekł się w niej własnego prawa do jurysdykcji nad ściśle określonymi osobami przebywającymi nad Wisłą w imię realizacji priorytetów polityki zagranicznej i wypełnienia zobowiązań sojuszniczych. Wspomniana SOFA jest tylko jednym z przykładów tego typu umów, gdyż w praktyce mogą one przybierać różne kształty w zakresie formy i treści. Celem artykułu jest ukazanie owej różnorodności na przykładzie statusu wojsk amerykańskich za granicą ze szczególnym uwzględnieniem jurysdykcji karnej.

2. Kształtowanie się SOFA w polityce zagranicznej Stanów Zjednoczonych

Zasada terytorialnej jurysdykcji państwa nad osobami przebywającymi na jego obszarze oznacza, że cudzoziemiec wjeżdżający do obcego kraju podlega miejscowemu prawu i będzie odpowiadał przed lokalnymi sądami. Przytoczona reguła z wielu względów nie pasowała do charakteru zagranicznych sił wojskowych, stacjonujących na mocy porozumienia zawartego pomiędzy państwem wysyłającym i przyjmującym. Zamyśl szczególnego uregulowania statusu prawnego takich żołnierzy narodził się już ponad 200 lat temu; od tego czasu powstały różne koncepcje,

¹ Dz.U. z 2011 r. Nr 219, poz. 1298.

a wspomniana idea ciągle ewoluuje. Ważne orzeczenie w tej kwestii wydał w 1812 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Sprawa *The Schooner Exchange v. McFaddon* dotyczyła jurysdykcji sądów federalnych odnośnie roszczenia wobec zagranicznego statku wojskowego odwiedzającego amerykański port. Sędzia Marshall, interpretując zwyczajowe prawo międzynarodowe, stwierdził, że nie przysługuje mu jurysdykcja nad członkami załogi statku. Na mocy definicji suwerenności państwo ma absolutne i wyłączne prawo do sądenia na swoim terytorium, ale może również poprzez domniemaną lub wyraźną zgodę zrzec się takiej jurysdykcji. Dzieje się tak w przypadku, gdy rząd zezwoli na swobodne przejście obcej armii przez swoje terytorium i rezygnuje wtedy automatycznie z jurysdykcji nad jej żołnierzami. Podobnie sprawa się ma – argumentował sędzia Marshall - jeśli przez zwyczaj morski port krajowy jest w domniemany sposób otwarty na wszystkie „przyjazne”, wpływające na jego wody statki. W przeciwnym razie gospodarz portu musiałby w wyraźny sposób zakomunikować, że zabrania się dostępu do portu. Zachodzi przy tym istotna różnica między prywatnymi statkami kupieckimi, a jednostkami wojskowymi: pierwsze z wymienionych nie utożsamiają atrybutu suwerennego państwa i znajdujący się na nich marynarze nie są wyłączeni spod jurysdykcji obowiązującej w miejscu cumowania. Jeśli chodzi o okręty wojenne, które wpływają do otwartego portu w obcym kraju, to pozostają one wyłączone spod jurysdykcji państwa-zarządcy portu. Wyrok w sprawie *The Schooner Exchange v. McFaddon* uważa się za pierwszą tak jednoznaczną i wyraźną deklarację dotyczącą obowiązywania immunitetu państwowego².

W XIX wieku siły obce stacjonujące w suwerennym kraju były jednak stosunkowo skromne, a ich pobyt nie trwał zbyt długo. Nowe wyzwania przed społecznością międzynarodową przyniosła I wojna światowa. W czasie jej trwania rządy wysyłały setki tysięcy żołnierzy na sprzymierzone terytoria celem wsparcia sojuszników w walce przeciwko wspólnemu wrogowi. Spowodowało to konieczność jednoznacznego uregulowania jurysdykcji karnej w odniesieniu do członków zagranicznych misji i mocarstwa zawierały szereg porozumień regulujących wspomnianą kwestię. Umowy takie można uznać za pierwsze SOFA w nowoczesnym wydaniu mimo, że sam termin „SOFA” zaczął funkcjonować dopiero 30 lat później. Większość porozumień przyznawała państwom wysyłającym wyłączną jurysdykcją nad członkami misji. Wzorcowy okazał się pod tym względem traktat z 1915 r. podpisany pomiędzy Francją i Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii³. W przypadku wojsk amerykańskich rezydujących

² *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/>>, data odczytu: 01.06.2018 r.

³ J. Voetelink, *Status of Forces and Criminal Jurisdiction*, [w:] Netherlands International Law

w Anglii, Francji, czy Belgii, to kraje Starego Kontynentu zdane były na ich pomoc w walce z państwami centralnymi i przy słabej pozycji negocjacyjnej przyznawały USA pełną jurysdykcję nad siłami zaangażowanym w Europie. Polityka międzynarodowa tego mocarstwa już wtedy ukierunkowana była na zagwarantowanie własnemu wojsku stacjonującemu poza krajem jak najkorzystniejszego statusu prawnego.

Podczas II wojny światowej SOFA zyskiwały postać coraz bardziej rozbudowanych dokumentów. Obok kwestii związanych z przestępstwami, regulowano nimi nowe tematy, ale co najważniejsze: nieograniczona jurysdykcja karna państw wysyłających nad własnymi siłami zbrojnymi doznawała pewnych ograniczeń⁴. Po 1945 r. amerykańska obecność wojskowa z formy okupacyjnej przerodziła się w długoterminowe stacjonowanie sił pokojowych w całkowicie suwerennych krajach. Chodziło m.in. o Japonię, czy Republikę Federalną Niemiec. Kolejne lata tzw. zimnej wojny przyniosły szeroko zakrojone programy „zaangażowania” militarne lub humanitarne m.in. w krajach Trzeciego Świata, a po 1989 r. USA nawiązały sojusze wojskowe z niektórymi państwami byłego bloku komunistycznego. Zdarzało się, że pobyt wojsk w zamorskich terytoriach miał charakter trwały, ale częściej chodziło o czasowe interakcje związane z ćwiczeniami, czy szkoleniami. Nowy obszar międzynarodowej współpracy ukształtował się po zamachach terrorystycznych z dnia 11 września 2011 r. oraz stanowiących ich następstwo wojnach w Iraku i Afganistanie. Dzisiaj współpraca militarna Stanów Zjednoczonych z innymi krajami dotyczy coraz częściej operacji antyterrorystycznych, które przekładają się na kontynuację obecności wojskowej USA w różnych szerokościach geograficznych⁵.

Obecnie Stany Zjednoczone są powiązane z krajami sojuszniczymi lub partnerskimi ponad 100 różnego rodzaju SOFA, które służą wielu istotnym interesom:

- 1) chronią amerykański personel wojskowy przed odpowiedzialnością cywilną i karną w systemach odbiegających od standardów demokratycznego państwa prawa lub nie odzwierciedlających standardów amerykańskich;
- 2) ułatwiają sprawowanie dyscyplinarnej jurysdykcji nad umundurowanym personelem;
- 3) wpływają pozytywnie na opinię publiczną i poparcie Amerykanów dla rozmieszczania sił zbrojnych za granicą;

Review 60(02) Sierpień 2013, s. 236.

⁴ *Ibidem*, s. 236.

⁵ <<https://www.bbn.gov.pl/download/1/1936/9-10statusofforcesagreement.pdf>>, data odczytu: 01.06.2018 r.

- 4) zmniejszają obciążenia finansowe i administracyjne związane z koniecznością zapłaty w państwie przyjmującym podatków, ceł, licencji i innych danin publicznych;
- 5) ułatwiają realizację misji poprzez ustanowienie wyraźnych praw w odniesieniu do takich kwestii, jak noszenie mundurów, broni, zapewnienie bezpieczeństwa instalacji, obsługa komunikacji, czy procedowanie roszczeń o odszkodowania⁶.

Warto dodać, że wykorzystanie instrumentu polityczno-prawnego w postaci SOFA nie jest charakterystyczne tylko dla Stanów Zjednoczonych; przeciwnie, korzysta z niego wiele krajów i organizacji międzynarodowych. Przykład stanowi Organizacja Narodów Zjednoczonych, która od zakończenia zimnej wojny prowadzi operacje pokojowe na całym świecie. Rada Bezpieczeństwa ONZ przyjęła nawet rezolucje na mocy rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, która doprowadziła do rozmieszczenia sił pokojowych w niektórych obszarach świata bez zgody państwa przyjmującego. W nielicznych przypadkach państwa trzecie złożyły wniosek do ONZ lub innego organu regionalnego, np. Unii Afrykańskiej, aby rozmieścić siły pokojowe na ich terytorium. Celem sprawnej organizacji i wysyłania międzynarodowych misji Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło w 1990 r. modelową ONZ SOFA.

3. Status prawny żołnierzy amerykańskich za granicą

„Status of Forces Agreements” regulują pozycję wojska amerykańskiego za granicą. Chociaż funkcjonuje wiele rodzajów SOFA, to wszystkie muszą być zgodne z porządkiem wewnętrznym państw umawiających się, a ponadto SOFA czerpią z prawa międzynarodowego, zwyczajowego i stanowionego, odnoszącego się także do możliwości rozmieszczenia zagranicznych sił zbrojnych, warunków ich pobytu i statusu. Chodzi w pierwszej kolejności o odpowiedzialność cywilną państwa, immunitetu, prawa człowieka, zasady ochrony środowiska oraz publiczne prawo karne. Kraje mają na ogół swobodę porozumiewania się w sprawie wysłania/przyjęcia wojska, ale muszą liczyć się z przepisami międzynarodowymi obowiązującymi na omawianym polu. „Status of Forces Agreement” nie jest natomiast umową o wzajemnej obronie, ani umową o bezpieczeństwie i, co do zasady, nie autoryzuje działań o charakterze typowo militarnym. Przeciwnie, SOFA to dokument zawierany w czasie pokoju i błędem jest odnoszenie jego zapisów

⁶ *Report on Status of Forces Agreements*, Departament Stanu Stanów Zjednoczonych, 16.01.2015, s. 2.

do reguł obowiązujących w czasie działań wojennych. W tym ostatnim przypadku na znaczeniu nabiera prawo konfliktów zbrojnych (m.in. konwencje haskie). SOFA w żaden sposób nie wpływa ponadto na ograniczenie kompetencji państwa-strony umowy do samoobrony, a w przypadku konfliktu zbrojnego między stronami przestałaby obowiązywać⁷. Nawet w takim przypadku niektóre postanowienia SOFA w praktyce mogą nadal być stosowane np. procedury rozstrzygnięcia sporów⁸.

SOFA posiadają odmienny charakter prawny: od wiążących instrumentów międzynarodowych takich, jak traktat lub porozumienie podpisane i ratyfikowane przez odpowiednie organy państwowe, po zobowiązania ujęte „tylko” w memorandum lub nocie dyplomatycznej. Jedne SOFA, to umowy bilateralne zawarte pomiędzy krajem wysyłającym i przyjmującym żołnierzy, a inne przybierają postać wielostronnych porozumień zwłaszcza wtedy, gdy działania sił zbrojnych przekraczają granice jednego terytorium⁹. Odmienna jest też procedura wejścia w życie omawianych aktów w poszczególnych krajach: niekiedy po podpisaniu przez uprawnione osoby stają się automatycznie częścią wewnętrznego porządku prawnego, a innym razem muszą przejść bardziej rozbudowany mechanizm implementacji. W przypadku szeregu kompleksowych porozumień, zawartych przez Stany Zjednoczone w szczególności ze swoimi podstawowymi sojusznikami: Izraelem, Australią, Japonią, Republiką Korei i Filipinami, chodzi o dwustronne umowy wykonawcze, a nie traktaty, choć w niektórych przypadkach SOFA są powiązane z formalnymi umowami o wzajemnym bezpieczeństwie. Ich warunki odzwierciedlają porozumienia USA z innymi krajami NATO, w tym zbieżną jurysdykcję karną, ale w przeciwieństwie do NATO SOFA nie są one wzajemne¹⁰.

Poszczególne wersje SOFA mogą odmiennie regulować zakres ochrony osób i mienia, czas trwania umowy, jej formę i objętość mierzoną liczbą stron. Jedne SOFA mają długi, a nawet nieokreślony czas trwania, podczas gdy inne dotyczą zdarzeń incydentalnych, zamykających się np. w kilku tygodniach, kiedy planuje się przeprowadzić manewry wojskowe. Niektóre umowy od początku zawierały obszerny zestaw przepisów, uzupełniany z biegiem czasu o jeszcze bardziej szczegółowe porozumienia wykonawcze. Dotyczy to m.in. Niemiec, które w 1953 r. podpisały ze Stanami Zjednoczonymi porozumienie SOFA NATO oraz dodatkowy traktat regulujący stosunki pomiędzy oboma krajami. Umowy implementacyjne

⁷ R. C. Mason, *Status of Forces Agreement (SOFA): What Is It, and How Has It Been Utilized?*, 15.03.2012, <<https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL34531.pdf>>, data odczytu: 09.05.2018 r.

⁸ D. Fleck, *Drafting Status-of-Forces Agreements (SOFAs)*, op. cit., s. 13.

⁹ *Ibidem*, s. 12.

¹⁰ R.C. Mason, *Status of Forces Agreement (SOFA)*, op. cit., s. 10.

i uzupełniające, regulujące codzienną aktywność amerykańskich sił zbrojnych i personelu stacjonującego w Republice Federalnej Niemiec, przekraczają dzisiaj 200 stron tekstu. Część „Status of Forces Agreements” ogranicza się jednak do pojedynczych zdań w formie not dyplomatycznych. W taki sposób USA uzgodniły z Bangladeszem, przed wspólnymi ćwiczeniami wojskowymi w 1998 r., status swojego wojska: porozumienie składało się z 5 klauzul zapisanych jednostronnie na kartce papieru. Podobnie wyglądało porozumienie zawarte z Botswaną: państwa wymieniły się notami określającymi status zagranicznej armii w Botswanie w zakresie prowadzonych ćwiczeń, szkoleń oraz działań humanitarnych¹¹. Niekiedy SOFA, jako samodzielny dokument, może nie istnieć w danym kraju, ale nie jest to równoznaczne ze stwierdzeniem, że brak rozwiązania statusu personelu USA na tym obszarze. Regulacje typowe dla „Status of Forces Agreements” umieszcza się także w innych umowach podpisanych z krajem partnerskim i oddzielna SOFA nie jest wtedy konieczna.

Niektóre SOFA mają charakter deklaracyjny, ponieważ potwierdzają istniejące już zobowiązania; inne konstytutywny, gdyż ustanawiają nowe prawa i obowiązki lub zmieniają istniejące reguły pobytu wojsk na obcym terytorium. Przebieg pokojowych misji pokazuje, że umawiające się państwa stają często w obliczu nieprzewidzianych sytuacji i nowych wyzwań w stosunku do zaplanowanej współpracy. Wymusza to wprowadzenie dodatkowych rozwiązań prawnych lub modyfikację już istniejących. Dlatego SOFA powinna być elastyczna i otwarta na zmieniające się okoliczności¹². Podejścia takiego wymagała sytuacja w Afganistanie. Podczas szczytu w Lizbonie w 2010 r. Sojusz Północnoatlantycki zgodził się na stopniowe przekazywanie swoich obowiązków związanych z bezpieczeństwem tego kraju na rzecz Afgańskich Narodowych Sił Bezpieczeństwa. Proces ten skutkował wycofaniem większości zagranicznego wojska z Afganistanu do dnia 31 grudnia 2014 r., jednak NATO i USA zamierzały nadal udzielać wsparcia Kabulowi, potwierdzając swoją obecność w regionie i długoterminowe partnerstwo z tamtejszym rządem. W związku z podjętymi decyzjami politycznymi, zmianie uległ status sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych, a ich pozycja została określona w dwóch międzynarodowych umowach: pierwszą SOFA stanowił zestaw not dyplomatycznych wymienionych pomiędzy USA a afgańskim rządem tymczasowym, dotyczący statusu amerykańskiego personelu wojskowego i cywilnego w Afganistanie po 2014 r.; na drugą SOFA składały się tajne listy przekazane w 2004 r. pomiędzy NATO i Kabulem, regulujące status Międzynarodowych Sił Wsparcia

¹¹ *Ibidem*, s. 3.

¹² D. Fleck, *Drafting Status-of-Forces Agreements (SOFAs)*, *op. cit.*, s. 13.

Bezpieczeństwa (ISAF). Obecnie, pomimo znacznej redukcji wojsk NATO w Afganistanie, państwo rządzone przez Aszrafa Ghani nadal pozostaje ważnym obszarem zaangażowania Sił Sojuszu Północnoatlantyckiego; co więcej, zgodnie z nową strategią administracji Donalda Trumpa ogłoszoną dnia 21 sierpnia 2017 r., obecność militarna USA w Islamskiej Republice zostanie zintensyfikowana celem zapewnienia większego bezpieczeństwa. Należy spodziewać się, że działania takie ponownie wpłyną na zmianę statusu amerykańskiego wojska w tym kraju, co potwierdza dynamiczny charakter SOFA.

Oprócz zapisów odnoszących się bezpośrednio do członków armii, ważnym składnikiem USA SOFA są postanowienia obejmujące opłaty i podatki. Stany Zjednoczone dążą do szerokich zwolnień dla żołnierzy oraz amerykańskiego personelu ze wszystkich danin publicznych obowiązujących w kraju przyjmującym: opłat, ceł, taryf i pozostałych zobowiązań finansowych, innych, niż cena za dostarczone towary lub usługi. Zwolnienia przynoszą nie tylko bezpośrednie korzyści finansowe, ale znacznie redukują biurokratyczne procedury i obciążenia administracyjne nałożone na misję. Poważne skutki prawne rodzą ponadto przepisy dotyczące jurysdykcji cywilnej i roszczeń odszkodowawczych. Zazwyczaj SOFA obejmują szczegółowe procedury rozpatrywania roszczeń przeciwko amerykańskiemu rządowi w związku ze szkodą powstałą przez działanie armii. Także w tym zakresie USA stara się ograniczyć jurysdykcję kraju przyjmującego wobec roszczeń cywilnych przeciwko osobom fizycznym, co zapewnia immunitet obejmujący działania prowadzone przez personel amerykański w trakcie wykonywania obowiązków służbowych. Z kolei roszczenia cywilne, których źródłem są czyny dokonane poza obowiązkami służbowymi, podlegają zazwyczaj jurysdykcji sądów powszechnych państwa przyjmującego.

Z dotychczasowej analizy wynika, że funkcjonowanie SOFA powiązane jest z tematem immunitetów. Immunitet jurysdykcyjny przedstawicieli dyplomatycznych ma swoje źródło w międzynarodowym prawie zwyczajowym i został uregulowany w Konwencji wiedeńskiej z dnia 18 kwietnia 1961 r. o stosunkach dyplomatycznych¹³. Oznacza on wyłączenie spod kompetencji sądów państwa przyjmującego określonych osób m.in. w zakresie spraw karnych. Celem takich przywilejów i immunitetów nie jest zapewnienie bezkarności, ale zagwarantowanie przedstawicielom obcego państwa niezakłóconego wykonywania oficjalnych funkcji na obcym terytorium. Z immunitetu dyplomatycznego korzystają w pierwszej kolejności urzędnicy państwowi: głowy państw, szefowie rządów, ministrowie i dyplomaci, a poziom ochrony zależy od statusu konkretnej osoby i charakteru

¹³ Dz.U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232.

wykonywanych przez nią zadań. Może chodzić np. o immunitet osobisty o charakterze bezwzględnym, odnoszący się nie tylko do zajmowanego stanowiska, ale także czynności pozaurzędowych.

W dyskursie naukowym na temat międzynarodowego prawa publicznego, immunitety są opisywane głównie w związku z immunitetem państwa oraz immunitetem wysokiej rangi urzędników państwowych. Pozycja personelu wojskowego jest natomiast całkowicie pomijana albo w najlepszym razie wspomina się o niej zdawkowo. Ów brak zainteresowania związany jest być może z faktem, że większość SOFA wyraża status sił zbrojnych pod względem jurysdykcji karnej państwa przyjmującego nad siłami wizytującymi, nie odwołując się do immunitetów. Dlatego odpowiedź na pytanie: w jakim stopniu immunitety mają zastosowanie do członka personelu wojskowego podejrzanego o popełnienie przestępstwa za granicą? – nie jest łatwa. Siły zbrojne stanowią jednoznaczny przejaw instytucjonalny państwa i stacjonując za granicą reprezentowane są przez umocowane do tego organy. Dlatego w publicznym prawie międzynarodowym personel wojskowy określonego szczebla, podobnie jak inni wysocy przedstawiciele państwa, korzysta z immunitetu w zakresie działań wykonywanych w ramach pełnienia obowiązków służbowych. SOFA podążają w tym kierunku, a ich zapisy respektują immunitety funkcjonalne przedstawicieli zagranicznych armii stacjonujących na terytorium kraju przyjmującego¹⁴.

4. Jurysdykcja w sprawach karnych

W ramach SOFA działają różne modele odpowiedzialności karnej żołnierzy pozostających na misji poza granicą własnego kraju. Z jurysdykcją wyłączną ma się do czynienia zazwyczaj wtedy, jeśli czyn jest karalny tylko w jednym z państw-stron SOFA. W takim przypadku kraj, którego ustawodawstwo zostało naruszone, ma prawo sądenia. Jeśli przestępstwo narusza kodeks karny obu stron umowy, to wchodzi w grę jurysdykcja zbieżna i dodatkowe zasady decydujące o tym, komu zostanie przyznane prawo wymierzenia sprawiedliwości. W tym systemie najczęściej państwo wysyłające ma pierwotne uprawnienie do sprawowania jurysdykcji nad członkami własnych sił zbrojnych, co do przestępstw wynikającymi z wykonywania obowiązków służbowych, a państwo przyjmujące sprawuje jurysdykcję karną nad tymi samymi żołnierzami w odniesieniu do czynów niezwiązanych z pełnieniem służby. SOFA mogą zezwalać krajowi, który jest pierwotnie uprawniony do jurysdykcji, na zrzeczenie się jej dla sojusznika występującego ze stosownym wnioskiem. Adresat wniosku nie

¹⁴ Por. J. Voetelink, *Status of Forces and Criminal Jurisdiction*, op. cit., s. 243–244.

musi go automatycznie uwzględnić, ale powinien przynajmniej rozpatrzyć z „życzliwą uwagą”.

W przypadku braku odpowiednich przepisów SOFA, Stany Zjednoczone wysyłające wojsko za granicę, zgodnie ze zwyczajowym prawem międzynarodowym, mają jurysdykcję wyłączną. Nie dotyczy to bezwzględnie obowiązujących zasad, w tym postanowień międzynarodowego prawa karnego. Przepis artykułu 27 pkt 2 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z dnia 17 lipca 1998 r.¹⁵ stanowi, że immunitety i inne przywileje związane z pełnieniem funkcji publicznych danej osoby, przewidziane przez prawo krajowe lub międzynarodowe, nie stanowią przeszkody do wykonywania jurysdykcji Trybunału wobec takiej osoby. Postanowienia SOFA nie zwalniają zatem Międzynarodowego Trybunału Karnego z wykonywania przyznanej mu jurysdykcji w sprawie zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych i zbrodniczej agresji. Jednak art. 98 pkt 2 Statutu MTK stanowi, że Trybunał nie może wystąpić z wnioskiem o wydanie, które wymagałoby od państwa wezwanego działania niezgodnego z jego zobowiązaniami wynikającymi z umów międzynarodowych, zgodnie z którymi wymagana jest zgodna państwa wysyłającego na dostarczenie Trybunałowi jakiegokolwiek osoby, chyba że Trybunał wcześniej podjął współpracę z państwem wysyłającym w celu uzyskania takiej zgody. Wynika z tego, że regulacje Statutu MTK powinny być brane pod uwagę w trakcie negocjacji SOFA, bowiem od zapisów umów dwustronnych może zależeć procedura pociągnięcia członków misji do odpowiedzialności za zbrodnie wojenne.

Jurysdykcja karna nad wojskiem i personelem amerykańskim poza krajem to temat pozostający w szczególnym zainteresowaniu Departament Obrony i Kongres USA. Regulacje SOFA mają zapewnić żołnierzom, podejrzanym o popełnienie przestępstwa, że będą traktowani uczciwie, zgodnie z zasadami demokratycznego państwa prawa oraz z poszanowaniem uprawnień wynikających z amerykańskiej Konstytucji. Doktryna polityczna światowego mocarstwa stawia sobie za priorytet utrzymanie własnej jurysdykcji w sprawach karnych nad wspomnianymi osobami: chodzi o „maksymalizację” uprawnień jurysdykcyjnych nad siłami USA przez organy amerykańskie, niezależnie od formy i zakresu umowy SOFA obowiązującej w konkretnej sytuacji oraz innych praw przysługujących marines. Z tej perspektywy, idealne są porozumienia przewidujące jurysdykcję wyłączną w której Stany Zjednoczone zachowują prawo do sądenia swoich żołnierzy odnośnie wszystkich przewinień karnych i dyscyplinarnych, także naruszających prawo państwa przyjmującego¹⁶. Przykładem jest

¹⁵ Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.

¹⁶ *Report on Status of Forces Agreements*, op. cit., s. 5.

porozumienie z Mongolią w sprawie wymiany wojskowej i wizyt. Zgodnie z artykułem X władze wojskowe USA mają prawo do wykonywania wszelkich czynności karnych i dyscyplinarnych nad personelem amerykańskim zlokalizowany w Mongolii, przewidzianych przez prawo wojskowe Stanów Zjednoczonych. Wszystkie czyny penalizowane przez prawo mongolskie, popełnione przez członka amerykańskich sił zbrojnych, mają być procedowane poprzez „skierowanie do właściwych organów Stanów Zjednoczonych w celu przeprowadzenia dochodzenia”. Porozumienie pozwala jedynie rządowi Mongolii na zwrócenie się do partnera z prośbą o zrzeczenie się jurysdykcji w przypadku domniemanego zachowania przestępczego niezwiązanego ze służbą, a Stany Zjednoczone powinny „życzliwie rozważyć” wniosek bez obowiązku jego uwzględnienia¹⁷. W innych przypadkach rządowi Stanów Zjednoczonych trudno jest zapewnić sobie tak rozległą jurysdykcję karną nad własnymi żołnierzami za granicą i ponad połowa SOFA zawartych przez USA przewiduje model zbieżny. W rzeczywistości jednak rząd amerykański jest zazwyczaj w stanie wyegzekwować prawo sądenia własnych żołnierzy nawet, jeśli jurysdykcja pierwotna przysługuje komu innemu. Najczęściej wchodzi w grę „życzliwe” rozpatrzenie wniosku strony amerykańskiej przez państwo przyjmujące. W niektórych przypadkach mocarstwo było w stanie wynegocjować dodatkową dwustronną umowę w ramach której gospodarz zgadzał się, że we wszystkich sprawach, z wyjątkiem przypadków o „szczególnym znaczeniu”, automatycznie odstąpi USA swoją jurysdykcję karną nad personelem amerykańskim (tzw. formuła niderlandzka)¹⁸.

Jedynie tam, gdzie lokalny system sądowniczy jest niezwisły i można przypuszczać, że gospodarz zrzeknie się jurysdykcji - system jurysdykcji zbieżnej może być akceptowany przez rząd USA¹⁹. Na administracji wojskowej ciąży obowiązek zapewnienia wszelkich praw żołnierzowi podejrzanemu o czyn karalny popełniony na obcym terytorium. W rezolucji z 1953 r. do ratyfikowanej umowy NATO SOFA Senat Stanów Zjednoczonych podkreślił, że za każdym razem, gdy osoba wojskowa USA ma być sądzona przez państwo przyjmujące, dowódca oskarżonego musi rozważyć, czy „istnieje niebezpieczeństwo, że oskarżony nie będzie chroniony z powodu braku lub odmowy przestrzegania konstytucyjnych praw, które przysługiwałyby

¹⁷ Agreement on Military Exchanges and Visits Between The Government of the United States of America and The Government of Mongolia, <<https://www.state.gov/documents/organization/105696.pdf>>, data odczytu: 09.05.2018 r. oraz *Status of Forces Agreement (SOFA): What Is It, and How Has It Been Utilized?*, 16.06.2008 – 15.03.2012, <https://www.everycrsreport.com/reports/RL34531.html#_Toc319586814>, data odczytu: 01.06.2018 r.

¹⁸ *Report on Status of Forces Agreements*, *op. cit.*, s. 18-19.

¹⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, s. 5.

mu w Stanach Zjednoczonych”. Jeśli brak takich gwarancji, to dowódca oskarżonego musi zażądać od państwa-gospodarza zrzeczenia się jurysdykcji; a jeśli spotka go odmowa, poprosić o wsparcie dyplomatyczne i powiadomić o zaistniałej sytuacji Kongres. Przedstawiciel USA zobowiązany jest ponadto do uczestniczenia w procedurze pociągnięcia amerykańskiego żołnierza do odpowiedzialności karnej, monitorować jej przebieg oraz zgłaszać przełożonym wszelkie uchybienia i ograniczenia praw procesowych wynikających z SOFA²⁰. Opisana polityka Stanów Zjednoczonych w zakresie jurysdykcji karnej nierzadko budzi poważne obawy rządów przyjmujących, szczególnie w odniesieniu do implikacji, że ich systemy sądownicze nie są sprawiedliwe. Dochodzi do tego sprzeciw, że poważne przestępstwa przeciwko obywatelom kraju przyjmującego będą rozstrzygane przez zagraniczny system prawny. Obawy takie są tym większe, gdy kontrowersję budzi nie tylko narodowość sądu i prokuratora zajmujących się oskarżeniem żołnierza, ale nawet wątpliwości, czy śledztwo w sprawie w ogóle zostanie przeprowadzone, a żołnierz ukarany.

Organizacja każdej misji poprzedzona jest żmudnymi negocjacjami, a sprawa jurysdykcji karnej stanowi zazwyczaj ich najbardziej zapalny punkt. Chociaż politycy starają się rozwiązywać trudne kwestie w zaciszu gabinetów, to niekiedy informacje na ten temat przedostają się do opinii publicznej. Działo się tak w 2011 r. Rząd w Bagdadzie nie chciał przyznać amerykańskiemu wojsku immunitetu na warunkach wskazanych przez USA, co skutkowało wycofaniem się z Iraku 39 tys. marines. Podobnie w 2013 r. sprawa jurysdykcji karnej stała się punktem spornym w rozmowach prowadzonych pomiędzy Johnem Kerry (sekretarzem stanu USA) i Hamidem Karzajem (prezydentem Afganistanu). Przedłużający się impas w negocjacjach o mało nie skutkowało wycofaniem się rządu amerykańskiego z militarnej pomocy Kabulowi. Przykład Iraku i Afganistanu pokazuje, że kwestie dotyczące jurysdykcji nad przestępstwami stanowią kluczowy moment w kształtowaniu SOFA, a ich rezultat może mieć decydujący wpływ na decyzje polityczne ważne dla całej społeczności międzynarodowej.

Jurysdykcja nad „siłą odwiedzającą” ma niebagatelne znaczenie dla kraju przyjmującego. Chodzi o pogodzenie idei suwerenności z koniecznością zrzeczenia się „prawa do sądenia” obcych żołnierzy. Państwo zapraszające Amerykanów na swoje terytorium dąży zazwyczaj do jak najmniejszego ograniczenia własnej jurysdykcji karnej. W praktyce, jego możliwości negocjacyjne zależą od sytuacji politycznej, obowiązującego na danym terytorium systemu prawnego, rodzaju misji, charakteru i tradycji sojusznicznych

²⁰ *Ibidem*, op. cit., s. 17.

oraz własnej opinii publicznej. Szczególnie ten ostatni element może mieć realny wpływ na „margines tolerancji” dla pozbycia się własnych kompetencji do sądenia. Wśród polskiego społeczeństwa przeważa zgoda na stacjonowanie żołnierzy amerykańskich nad Wisłą. Nie zmieniły tego protesty zaledwie kilkunastoosobowej grupy przeciwników obecności tych wojsk w dniu 21 stycznia 2017 r. Jednak w niektórych krajach opór społeczeństwa przybiera realną postać. Świadczą o tym m.in. powtarzające się co jakiś czas w Japonii wielotysięczne demonstracje przeciwko bazom USA. Podobne kontrowersje narastały we Włoszech po tym, jak dnia 3 lutego 1998 r. w Val di Fiemme amerykański samolot wojskowy zerwał linę nośną kolejki górskiej powodując śmierć 19 turystów. Żołnierzom zarzucano zbytnią brawurę w prowadzeniu maszyny, ale mimo to władzą nie udało się doprowadzić pilotów przed włoski sąd. Wspomniane protesty spowodowane są najczęściej czynami kryminalnymi popełnianymi przez amerykańskich żołnierzy: ludzie buntują się wobec faktu, że sprawcy przestępstw nie są sądenie przez lokalny wymiar sprawiedliwości, ale wywożeni „gdzieś” do Ameryki. Opisana polityka Stanów Zjednoczonych w zakresie jurysdykcji karnej nierzadko budzi poważne obawy rządów przyjmujących, szczególnie w odniesieniu do implikacji, że ich systemy sądownicze nie są sprawiedliwe. Dochodzi do tego sprzeciw, że poważne przestępstwa przeciwko obywatelom kraju przyjmującego będą rozstrzygane przez zagraniczny system prawny, a nawet wątpliwości, czy śledztwo w sprawie w ogóle zostanie przeprowadzone, a żołnierz ukarany.

5. NATO SOFA

Śród aktów prawnych objętych zbiorczą nazwą „SOFA” szczególna rola przypada sporządzonej dnia 19 czerwca 1951 r. w Londynie umowie między Państwami-Stronami Traktatu Północnoatlantyckiego²¹. W preambule zadeklarowano, że określa ona status sił zbrojnych jednej z umawiających się Stron wysłanych na terytorium innej umawiającej się Strony mając na uwadze, że decyzja o ich ekspedycji oraz warunki, na których zostaną wysłane, w zakresie, w jakim nie są one określone w NATO SOFA, pozostaną nadal przedmiotem odrębnych negocjacji. Państwa uczestniczące w Sojuszu Północnoatlantyckim słusznie założyły, że współpraca będzie wiązała się ze stacjonowaniem wojsk poza krajem ich pochodzenia. Dlatego zawarły umowę SOFA NATO, jako wzajemne i trwałe porozumienie na czas pokoju, obowiązujące na terytoriach sojuszników, a w pewnych okolicznościach nawet w trakcie działań wojennych. Konsensus był możliwy

²¹ Dz.U. z 2000 r. Nr 21, poz. 257.

po części z powodu podobnych systemów prawnych obowiązujących w zachodnich demokracjach oraz założeniu, że prawa i obowiązki uczestników traktatu zostaną zdefiniowane w równoważny sposób. W tym samym czasie w Układzie Warszawskim obowiązywały dwustronne umowy SOFA służące rozmieszczeniu wojsk radzieckich w krajach satelickich, szczególnie w Niemieckiej Republice Demokratycznej²².

Zgodnie z NATO SOFA siły zbrojne i ich członkowie oraz personel cywilny, a także członkowie ich rodzin mają obowiązek przede wszystkim przestrzegać prawa Państwa przyjmującego i powstrzymać się od jakiejkolwiek działalności niezgodnej z duchem umowy oraz agitacji politycznej w państwie przyjmującym. Chodzi m.in. o przestrzeganie jego własnych zobowiązania wynikające z prawa międzynarodowego, w tym praw człowieka.

Przechodząc do bardziej szczegółowych rozwiązań, to podstawową w NATO SOFA jest jurysdykcja zbieżna; stanowi o tym art. VII:

- 1) organy wojskowe państwa wysyłającego mają prawo sprawowania w granicach państwa przyjmującego pełnej jurysdykcji karnej i dyscyplinarnej, przyznanej im przez prawo państwa wysyłającego w stosunku do wszystkich osób podlegających prawu wojskowemu tego państwa (art. VII pkt 1 lit. a);
- 2) organy państwa przyjmującego sprawują jurysdykcję nad członkami sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego oraz członkami ich rodzin w odniesieniu do przestępstw popełnionych na terytorium państwa przyjmującego i karalnych zgodnie z jego prawem (art. VII pkt 1 lit. b).

Zgodnie z art. VII pkt 3 lit. a i b NATO SOFA w sytuacjach, gdy prawo sprawowania jurysdykcji jest zbieżne, stosuje się następujące reguły kolizyjne:

- 1) organy wojskowe państwa wysyłającego mają pierwszeństwo w sprawowaniu jurysdykcji w stosunku do członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego w odniesieniu do:
 - a) przestępstw skierowanych wyłącznie przeciwko mieniu lub bezpieczeństwu tego państwa lub
 - b) przestępstw wyłącznie przeciwko osobie lub mieniu innego członka sił zbrojnych tego państwa lub ich personelu cywilnego albo członka jego rodziny,
 - c) przestępstw wynikających z podjęcia lub zaniechania jakichkolwiek czynności podczas wykonywania obowiązków służbowych.
- 2) W przypadku wszelkich innych przestępstw pierwszeństwo w sprawowaniu jurysdykcji będą mieć organy państwa przyjmującego.

²² D. Fleck, *Drafting Status-of-Forces Agreements (SOFAs)*, op. cit., s. 10.

Jeżeli państwo posiadające pierwszeństwo w sprawowaniu jurysdykcji decyduje się zaniechać jej sprawowania, powinno niezwłocznie zawiadomić o tym swojego sojusznika. Ponadto, organy państwa uprzywilejowanego rozpatrzą „życzliwie” wnioski sojusznika o zrzeczenie się prawa pierwszeństwa w przypadku, gdy ma to dla drugiej strony szczególne znaczenie (art. VII pkt 3 lit. c). Zapis ten stanowi praktyczne narzędzie dla Stanów Zjednoczonych do sprawowania jurysdykcji karnej nad swoimi żołnierzami nawet wtedy, jeśli podstawowe zasady przyznają prawo sądenia drugiej stronie umowy.

NATO SOFA określa ponadto prawo sprawowania jurysdykcji wyłącznej:

- 1) organy wojskowe państwa wysyłającego mają prawo sprawowania wyłącznej jurysdykcji w stosunku do osób podlegających prawu wojskowemu tego państwa w odniesieniu do przestępstw karalnych zgodnie z prawem państwa wysyłającego, a niekaralnych zgodnie z prawem państwa przyjmującego, w tym przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa wysyłającego (art. VII pkt 2 lit. a);
- 2) organy państwa przyjmującego mają prawo sprawowania wyłącznej jurysdykcji w stosunku do członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego oraz członków ich rodzin w odniesieniu do przestępstw karalnych zgodnie z jego prawem, a niekaralnych zgodnie z prawem państwa wysyłającego, w tym przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa przyjmującego (art. VII pkt 2 lit. b).

Odzwierciedlając dążenia Stanów Zjednoczonych dotyczące zapewnienia gwarancji odpowiedniego traktowania amerykańskich żołnierzy, SOFA NATO zobowiązuje strony do wskazania środków ochrony proceduralnej w postępowaniu karnym, które muszą być stosowane wobec armii. Obejmuje również szeroki zakres zagadnień innych, niż jurysdykcja karna, w tym formalności związane z wjazdem, rejestracją cudzoziemców, zezwoleniami na prowadzenie pojazdów, noszeniem mundurów i broni, roszczeniami dotyczącymi szkód majątkowych, podatkami, zakupem rzeczy do użytku osobistego lub służbowego, czy dostępem do obiektów infrastruktury technicznej. Oprócz regulowania statusu żołnierzy, tego typu umowy stosuje się do personelu cywilnego wchodzącego w skład zagranicznej misji oraz osób realizujących zlecenia na rzecz jej funkcjonowania.

Wzorcowe NATO SOFA przez dziesięciolecia uzupełniano dokumentami wykonawczymi, przede wszystkim w formie umów, zawieranych przez Stany Zjednoczone z państwami sojuszniczymi. Jedną z nich jest porozumienie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej podpisane w Warszawie

dnia 11 grudnia 2009 r. (SOFA Supplemental)²³, które weszło w życie dnia 31 marca 2010 r. Wcześniej, Polska stała się stroną NATO SOFA wraz z przystąpieniem do Sojuszu Północnoatlantyckiego w 1999 r. SOFA Supplemental reguluje stacjonowanie wojsk amerykańskich w Polsce i otwiera możliwości dalszego systematycznego poszerzania współpracy militarnej w związku m.in. z obsługą planowanego do zakupu systemu rakietowego ziemia-powietrze (MIM-104 Patriot), ćwiczeń, tworzenia punktów szkoleniowych, czy wspólnego wykorzystywania przestrzeni powietrznej. Pozwala tym samym na dostosowanie współpracy wojskowej między Polską i USA w czasach nowych wyzwań i zagrożeń w sferze bezpieczeństwa.

SOFA Supplemental zaczyna się od typowej dla „natowskiej” SOFA preambuły, zawierającej ogólne deklaracje o charakterze relacji między państwami-stronami umowy lub przyczynach, które doprowadziły do rozmieszczenia zagranicznych sił wojskowych. W umowie z 2009 r. podkreślono, że „zacieśnienie wzajemnej współpracy w zakresie obronności znacząco wzmocni istniejące stosunki między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi i zobowiązania z zakresu bezpieczeństwa stosownie do postanowień Traktatu Północnoatlantyckiego (...) oraz będzie stanowiło istotny wkład w utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”. Strony zaznaczyły, że ich współpraca w zakresie obronności opiera się na pełnym poszanowaniu suwerenności każdego z państw, a celem pobytu sił zbrojnych USA na polskim terytorium jest udział we wspólnych działaniach obronnych oraz promowanie pokoju i bezpieczeństwa w obszarach wzajemnego zainteresowania. W preambule odwołano się wprost do NATO SOFA, iż SOFA Supplemental ma stanowić uzupełnienie jej postanowień poprzez bardziej szczegółowe określenie statusu i warunków regulujących pobyt sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych nad Wisłą, personelu cywilnego, członków ich rodzin oraz w ograniczonym zakresie wykonawców kontraktowych i ich pracowników. Zgodnie z art. 1 pkt 1 „W sprawach nieuregulowanych niniejszą umową stosuje się odpowiednie postanowienia SOFA NATO, jeśli takowe istnieją”.

Podstawowe znaczenie dla określenia jurysdykcji karnej nad amerykańskimi żołnierzami w Polsce ma przywołany wcześniej art. VII pkt 1 lit. a i b SOFA NATO (jurysdykcja zbieżna). Przy jego stosowaniu należy uwzględnić treść art. 13 pkt 1 SOFA Supplemental, który stanowi: „Rzeczpospolita Polska uznaje szczególne znaczenie nadzoru dyscyplinarnego władz wojskowych Stanów Zjednoczonych nad członkami sił zbrojnych oraz skutki, jakie taki nadzór ma dla gotowości operacyjnej. Odpowiednie organy Rzeczypospolitej Polskiej, stosownie do art. VII ust.

²³ Dz.U. z 2009 r. Nr 66, poz. 422.

3 litera c umowy NATO SOFA, życzliwie i niezwłocznie rozpatrzą wnioski władz wojskowych Stanów Zjednoczonych o zrzeczenie się pierwszeństwa Rzeczypospolitej Polskiej w sprawowaniu jurysdykcji karnej. Władze Rzeczypospolitej Polskiej uwzględnią takie wnioski, z wyjątkiem przypadków o szczególnym znaczeniu dla Rzeczypospolitej Polskiej”. Procedura składania wniosku o zrzeczenie się pierwszeństwa do sądenia została uregulowana w art. 13 pkt 3-5 SOFA Supplemental i kształtuje się następująco:

- 1) wniosek składany jest odpowiednio: Ministrowi Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej lub właściwym władzą wojskowym USA;
- 2) strona ma 30 dni na jego rozpatrzenie i może w tym czasie zażądać (tylko jeden raz) przedstawienia dodatkowych informacji. Wniosek uważa się za uwzględniony, jeśli adresat wniosku nie ustosunkuje się do niego we wskazanym terminie lub w ciągu kolejnych 30 dni po otrzymaniu informacji uzupełniających;
- 3) w razie zaistnienia sporu, co do pierwszeństwa sprawowania jurysdykcji, właściwe władze stron niezwłocznie podejmują konsultacje w celu rozstrzygnięcia tego sporu. Konsultacje powinny zakończyć się w ciągu 30 dni i w tym czasie strony nie będą kierować sprawę na drogę postępowania sądowego.

Państwa zobowiązały się do wzajemnego informowania o każdym przypadku mogącym podlegać ich zbieżnej jurysdykcji, ale z pewnymi wyjątkami. Zgodnie z art. 2 pkt 2 *in fine* SOFA Supplemental, Stany Zjednoczone nie są zobowiązane do powiadamiania, jeśli przypadek dotyczy członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego w odniesieniu do przestępstw skierowanych wyłącznie przeciwko mieniu lub bezpieczeństwu USA lub przestępstw wyłącznie przeciwko osobie lub mieniu innego członka sił zbrojnych tego państwa lub ich personelu cywilnego albo członka jego rodziny. W takiej sytuacji amerykańskim organom wojskowym przyznano pierwszeństwo w prawie do sądenia. Umowa ma bardziej rozbudowany charakter i zawiera, oprócz przepisów dotyczących podziału jurysdykcji, szczegółowe regulacje dotyczące aresztowania, prowadzenia dochodzenia i uwięzienia. Ogólnie rzecz biorąc Stany Zjednoczone, jako jeden z aspektów starań o zapewnienie maksymalnej jurysdykcji karnej, chcą nie tylko sądzić swoich żołnierzy w ramach amerykańskiego prawa, ale cały czas czuwają nad losem tymczasowo aresztowanego, nawet jeśli gospodarz zachowuje jurysdykcję lub wniosek złożony na podstawie art. 13 SOFA Supplemental pozostaje nierozstrzygnięty.

Wnioski

Temat jurysdykcji karnej nad żołnierzami amerykańskimi w ramach SOFA jest ważny i interesujący pod wieloma względami. W pierwszej kolejności przyjęte rozwiązania mają daleko idące konsekwencje zarówno dla samych podsądnych, jak i stosunków pomiędzy krajem wysyłającym i przyjmującym wojsko. Historia uczy, że wyłączenie żołnierzy, którzy popełnili poważne przestępstwa kryminalne, spod kompetencji lokalnych sądów niekiedy niosło ze sobą poważne reperkusje polityczne. Z drugiej strony zagwarantowanie Amerykanom „prawa do sądenia” własnej armii jest warunkiem otrzymania wsparcia ze strony światowego mocarstwa. Przyszłe trendy kształtowania się jurysdykcji karnej sił wizytujących będą zależały od wielu czynników, a sytuacja jest dynamiczna: trwa wojna na Bliskim Wschodzie, Chiny coraz śmielej aspirują do wiodącej roli w świecie, działania Rosji przypominają czasy „zimnej wojny”. Wszystko to sprawia, że jednym z filarów polityki międzynarodowej USA będą nadal misje militarne oraz utrzymywanie istniejących już baz wojskowych.

Dogłębne poznanie i szczegółowa analiza różnych modeli oraz praktycznych aspektów jurysdykcji karnej zagwarantowanej w SOFA leży w interesie Polski. Powinno stanowić także pole zainteresowania prokuratora wojskowego. Od pewnego już czasu zwiększa się liczebność obcych wojska nad Wisłą, a ostatnimi miesiącami proces ten przybrał dynamicznie na sile i będzie kontynuowany w ramach zabezpieczania flanki wschodniej NATO. Z drugiej strony polscy żołnierze uczestniczą w misjach zagranicznych, a ich prawa, także w zakresie jurysdykcji karnej, powinny być jak najlepiej zagwarantowane. Dlatego postulować należy o zintensyfikowanie studiów na temat rozwiązań prawnych i zasad funkcjonowania SOFA. Wypracowanie jak najlepszych standardów w tym zakresie jest obowiązkiem organów państwowych. Najważniejsze jest, aby szanując naszych Partnerów wojskowych, mieć na względzie przede wszystkim interesy Polski w regulowaniu kwestii jurysdykcji karnej żołnierzy własnych i armii sojusznicznych.

A B S T R A C T

The following paper discusses having penal jurisdiction over American soldiers within agreements under a general heading SOFA (Status of Forces Agreement). In details, it deals with a situation when, in a time of peace, troops are sent abroad at the invitation of another country to perform different tasks (exercises,



trainings, humanitarian missions etc). The first part of the paper discusses the development of SOFA throughout several hundred years. Moreover, it deals with the present legal nature of such agreements. Afterwards, issues such as the US policy towards taking criminal responsibility for offences committed by the US soldiers abroad and different models of this responsibility are discussed. SOFA NATO plays a very important role in this respect and the last part of the article has been devoted to this issue including the status of the US soldiers staying in Poland.

Rozproszona kontrola konstytucyjności w polskim porządku prawnym

Disctracted control of constitutionality in polish law order

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł wskazuje, że klasycznie wyróżnia się dwa modele kontroli konstytucyjności prawa – scentralizowany oraz rozproszony, zaś kwestia możliwości bezpośredniego stosowania konstytucji jest zagadnieniem odrębnym. Autor odnosi powyższe do przepisów Konstytucji RP, argumentując że poglądy dopuszczające pomijanie Trybunału Konstytucyjnego przy kontroli konstytucyjności ustawodawstwa są nie do pogodzenia z zapisami polskiej ustawy zasadniczej, zaś sądy powszechne i administracyjne pozostają na gruncie zasady legalizmu bezwzględnie związane normami obowiązującego prawa.

1. Wprowadzenie

Termin „konstytucja” wywodzi się z łacińskiego pojęcia *constitutio*, oznaczającego urządzenie lub ustanawianie. Na przestrzeni wieków zmieniał on swoje znaczenie, niemniej zawsze określano nim akty prawne o najdonioślejszym znaczeniu. Przykładowo, w dawnej Polsce „konstytucjami” nazywano uchwały Sejmu. Dopiero w epoce oświecenia przyjęto określać w ten sposób najważniejszy spisany akt prawny w państwie¹.

W europejskiej debacie naukowej aż do II wojny światowej powszechnie przyjmowano, że konstytucja w znaczeniu formalnym nie jest aktem o w pełni normatywnym charakterze. W konstytucji widziano, poza zbiorem jedynie formalnych norm odnoszących się do struktury władzy publicznej, przede wszystkim symbol, a nie ustawę. Mimo, że współcześnie większość doktryny uznaje takie pojmowanie konstytucji za anachroniczne, pogląd jakoby konstytucja nie była aktem normatywnym w pełni tego słowa znaczeniu nadal znajduje zwolenników².

¹ M. Granat, *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2012, s. 31.

² K. Complak, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa?* [w:]

Rozwój konstytucjonalizmu w duchu zasady państwa prawa (niem. *Rechtstaat*) wiązał się z koniecznością utworzenia mechanizmów, mających na celu kontrolę przestrzegania norm konstytucyjnych przy stanowieniu i stosowaniu prawa³. W kontynentalnej Europie prowadziło to do popularyzacji koncepcji utworzenia specjalnego organu powołanego do sprawowania tej kontroli, czego efektem było powstanie w 1920 r. sądów konstytucyjnych w Czechosłowacji i Austrii⁴.

Twórcy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. oparli polski system kontroli konstytucyjności prawa na doświadczeniach austriackich. Niemniej sama instytucja polskiego Trybunału Konstytucyjnego jest starsza od obecnej ustawy zasadniczej. Trybunał został utworzony na mocy przyjętej w 1982 r. poprawki do Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r.⁵ Właściwość, ustrój i postępowanie Trybunału Konstytucyjnego zostało przekazane do uregulowania w ustawie (art. 33a ust. 16 Konstytucji PRL z 1952 r.) Działalność orzecznicza TK podjął w 1986 r.⁶

Celem niniejszego opracowania będzie wykazanie, że klasycznie wyróżnia się dwa odrębne modele kontroli konstytucyjności prawa – scentralizowany oraz rozproszony, zaś problem bezpośredniego stosowania konstytucji jest zagadnieniem odrębnym, które samo w sobie nie dotyczy kontroli konstytucyjności.

Planuję odnieść powyższe do Konstytucji RP, wskazując, że opinie dopuszczające pomijanie Trybunału Konstytucyjnego przy procesie kontroli konstytucyjności ustawodawstwa są niedopuszczalne na gruncie polskiej ustawy zasadniczej. Uważam, że w polskim porządku prawnym Trybunał jest jedynym organem uprawnionym do dokonywania takiej kontroli. Zarówno sądy powszechne oraz administracyjne, jak i SN oraz NSA, podobnie jak inne organy państwowe, pozostają na gruncie zasady legalizmu bezwzględnie związane normami obowiązującego prawa. Odrzucam argumentację, zgodnie z którą podstawą samodzielnego pomijania przepisów ustawowych może być art. 8 ust. 2 Konstytucji, zawierający zasadę bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej⁷.

Sześć lat Konstytucji RP. Doświadczenia i inspiracje, pod red. L. Garlicki, A. Szmyt, Wyd. Sejmowe 2003, s. 46–49.

³ R. Jastrzębski, *Konstytucyjność aktów ustawodawczych w judykaturze II Rzeczypospolitej*, „Przegląd Sejmowy” nr 2, 2010, s. 75.

⁴ B. Szmulik, M. Żmigrodzki, *Kontrola konstytucyjności prawa w Polsce w latach 1918 – 1982*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, sectio K vol. 5, 1998, s. 151.

⁵ Ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. 1982 Nr 11 poz. 83.

⁶ P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne...*, s. 279.

⁷ K. Complak, *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. M. Haczkowska Lex 10046.

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie wskazuje, że jedynym organem uprawnionym do kontroli konstytucyjności prawa jest sam Trybunał⁸. Mimo to nadal spotyka się pogląd, zgodnie z którym takie uprawnienie przysługuje także sądom powszechnym i administracyjnym. W tej koncepcji przepis, co do którego sąd nabrałby wątpliwości w toku badania sprawy nadal obowiązywałby w porządku prawnym, niemniej byłby pomijany przy orzekaniu⁹.

Powrót części doktryny do koncepcji przenoszenia na polski grunt anglosaskich rozwiązań rozstrzygania o konstytucyjności wiąże się z zarzutami, jakoby Trybunał Konstytucyjny utracił możliwość efektywnego czuwania nad zgodnością prawa z Konstytucją. W mojej ocenie ta krytyka kierowana pod adresem Trybunału jest bezpodstawna i nie ma charakteru naukowego, tylko personalny i polityczny.

2. Modele kontroli konstytucyjności prawa

W praktyce i prawie współczesnych państw demokratycznych wyróżnia się dwa podstawowe modele konstytucyjności prawa – model kontynentalny oraz anglosaski.

Pierwszy z nich zakłada utworzenie w systemie prawnym tylko jednego, wyodrębnionego organizacyjnie organu, którego głównym bądź wyłącznym zadaniem jest kontrola konstytucyjności prawa. W tym modelu zarzut niekonstytucyjności ma charakter abstrakcyjny i samoistny. Orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność danej normy jest co do zasady ostateczne, a niekonstytucyjny przepis zostaje wyeliminowany z porządku prawnego. Powstał on pod wpływem teorii H. Kelsena¹⁰.

Z kolei w modelu anglosaskim kontrola konstytucyjności prawa ma charakter rozproszony i jest sprawowana przez sądy powszechne. Spór o konstytucyjność danego przepisu jest rozstrzygany przez sąd przy okazji badania toczącej się przed nim sprawy. Orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność danej normy nie powoduje wyeliminowania tych przepisów z porządku prawnego, mając praktyczne znaczenie wyłącznie dla stron procesu. Można je również zaskarżyć do sądu wyższej instancji wraz ze sprawą główną¹¹. Przyjęło się określać ten system nazwą *judicial review*¹².

⁸ Zob. wyrok TK z dnia 4 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 18/00, OTK ZU Nr 8/2001, poz. 256.

⁹ R. Hauser, J. Trzeciński, *O formach kontroli konstytucyjności prawa przez sądy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, zeszyt 2/2008, s. 10.

¹⁰ R. Jastrzębski, *Konstytucyjność aktów ustawodawczych...*, op. cit., s. 77; R. Hauser, J. Trzeciński, *O formach kontroli konstytucyjności prawa...*, op. cit., s. 9 i 10.

¹¹ R. Hauser, J. Trzeciński, *O formach kontroli konstytucyjności prawa...*, op. cit., s. 9 i 10.

¹² R. Jastrzębski, *Konstytucyjność aktów ustawodawczych...*, op. cit., s. 76 i 77.

Jedną z odmian modelu rozproszonej kontroli konstytucyjności jest system amerykański, realizowany w Stanach Zjednoczonych przez sądownictwo na czele z Sądem Najwyższym. Rola orzecznictwa sądów wszystkich instancji przy interpretowaniu i praktycznym stosowaniu przepisów konstytucji w amerykańskim porządku prawnym jest bezsporna¹³.

Niemniej należy podkreślić, że stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu w systemie amerykańskim jest dopuszczalne wyłącznie po spełnieniu ściśle określonych przesłanek. Może do tego dojść, o ile sąd dojdzie do przekonania, że akt prawny w sposób oczywisty (*Kemper v. Hawkins, Grimboll v. Ross, Hylton v. US*), wyraźny (*Adm'rs of Byrne v. Adm'rs of Steward*), jasny i jednoznaczny (*Cooper v. Telfair*) narusza Konstytucję. Amerykańska doktryna i orzecznictwo zgodnie odrzucają zakładanie, że Kongres sankcjonuje niekonstytucyjne prawo. Przyjmowanie takiego domniemania jako punktu wyjścia w badanej przez sąd sprawie jest niedopuszczalne¹⁴.

Oprócz powyższych dwóch podstawowych modeli w praktyce państw demokratycznych funkcjonują również inne sposoby kontroli konstytucyjności prawa. W szczególności warto mieć na uwadze system zakazujący w ogóle sądom, a tym bardziej jakimkolwiek specjalnie powołanemu do tego organowi państwowemu, dokonywania kontroli konstytucyjności ustawodawstwa. Ten model, oparty na koncepcjach stosowanych w międzywojennej Francji, dominował w Europie w okresie przed II wojną światową. Został on także wprowadzony do ówczesnych polskich regulacji konstytucyjnych¹⁵.

3. Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji RP

Stosowaniem prawa nazywamy władcze działanie organów władzy publicznej polegające na wydawaniu aktów indywidualnych i konkretnych (aktów stosowania prawa) mających za podstawę normy prawne (akty tworzenia prawa). Innymi słowy, stosowanie prawa to proces zastosowania przez organ abstrakcyjnej normy prawnej do konkretnego, zindywidualizowanego przypadku¹⁶.

Chcąc odnieść powyższą definicję do norm konstytucyjnych należałoby stwierdzić, że bezpośrednio stosowanie Konstytucji polega na wydawaniu

¹³ P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 16 i 17.

¹⁴ T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2016, s. 6.

¹⁵ R. Jastrzębski, *Konstytucyjność aktów ustawodawczych...*, op. cit., s. 77.

¹⁶ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2014, s. 127.

decyzji indywidualno-konkretnych, samoistnie i wyłącznie na podstawie przepisów ustawy zasadniczej. Istotą tak wydanych aktów jest ustalenie praw i obowiązków jego adresatów. Pojęcie bezpośredniego stosowania Konstytucji obejmuje także wydawanie przez centralne konstytucyjne organy państwa aktów generalnych i abstrakcyjnych, służących realizacji dyrektyw ustawy zasadniczej¹⁷.

Zdaniem części doktryny, pojęcie „bezpośredniego stosowania Konstytucji RP” obejmuje nie tylko samoistne stosowanie przepisów Konstytucji, ale i wspólne stosowanie normy konstytucyjnej wraz z konkretyzującymi ją przepisami ustaw zwykłych¹⁸.

Według tej koncepcji samoistne stosowanie Konstytucji RP obejmuje przyjmowanie normy konstytucyjnej jako jedynej podstawy rozstrzygnięcia w danej sprawie. Tak jak zaznaczyłem powyżej, dotyczy to przede wszystkim centralnych konstytucyjnych organów państwa. Z kolei wspólne stosowanie Konstytucji RP wraz z normami ustawowymi polega na dokonywaniu wykładni przepisu ustawy w zgodzie z wartościami konstytucyjnymi (wykładnia prokonstytucyjna). Inną formą współstosowania ustawy zasadniczej z aktami niższego rzędu jest oparcie rozstrzygnięcia danego organu państwowego o przepisy ustawowe z przywołaniem normy konstytucyjnej¹⁹.

Jak wskazuje doktryna, aby samoistne stosowanie Konstytucji RP było dopuszczalne, powinny zostać spełnione następujące warunki:

- norma konstytucyjna musi być wystarczająco jednoznaczna i konkretna,
- w dziedzinie objętej rozstrzygnięciem organ musi zastać brak regulacji ustawowej,
- aby mówić o „samoistnym” stosowaniu ustawy zasadniczej normy konstytucyjne muszą być wyłączną podstawą danego rozstrzygnięcia²⁰.

Do tych warunków odwoływał się również Trybunał Konstytucyjny, analizując dopuszczalność stosowania Konstytucji RP jako wyłącznej podstawy prawnej rozstrzygnięcia przez organ władzy publicznej. W postanowieniu z 22 marca 2000 r. TK stwierdził, że „*po pierwsze, możliwość stosowania postanowień konstytucji jako wyłącznej podstawy rozstrzygnięć sądowych pojawi się tylko wtedy gdy dane postanowienie sformułowane będzie w sposób na tyle precyzyjny i jednoznaczny, że możliwe będzie rozstrzygnięcie sprawy*

¹⁷ M. Haczkowska, *Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji w działalności orzeczniczej sądów*, „Przeгляд Sejmowy”, Nr 1, 2005, s. 57.

¹⁸ A. Przylepa-Lewak, *Z problematyki bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, sectio G (Ius) vol. LII/LIII, 2005-2006, s. 140.

¹⁹ *Ibidem*, s. 140 i 141.

²⁰ M. Haczkowska, *Zasada bezpośredniego stosowania....*, *op. cit.*, s. 58.

indywidualnej tylko na jego podstawie. Po drugie, bezpośrednio stosowanie konstytucji nie może prowadzić do pomijania obowiązujących regulacji ustawowych. Ponieważ w naszym porządku prawnym bardzo niewiele jest materii, w których unormowania konstytucyjne nie znalazły konkretyzacji i rozwinięcia w ustawodawstwie zwykłym, proces bezpośredniego stosowania konstytucji przybiera zwykle postać współstosowania normy (zasady) konstytucyjnej i odpowiednich norm ustawowych²¹.

W doktrynie polskiej głosy o możliwości bezpośredniego stosowania przepisów konstytucji przez instytucje państwowe pojawiły się już w okresie międzywojennym. Miało to związek ze sformułowaniem art. 126 ust. 1 konstytucji marcowej²², w którym wyraźnie podzielono przepisy konstytucyjne na dwie kategorie – tych, których urzeczywistnienie wymaga wydania odpowiednich ustaw oraz takich, które tego nie wymagają, cyt. „Niniejsza konstytucja ma moc obowiązującą z dniem jej ogłoszenia, względnie – o ile urzeczywistnienie jej poszczególnych postanowień zawisło od wydania odpowiednich ustaw – z dniem ich wejścia w życie”²³.

Niemniej do czasu przyjęcia Konstytucji RP z 1997 r. doktryna i orzecznictwo nie wypracowały jednolitego stanowiska w tej sprawie. W okresie II Rzeczypospolitej koncepcja bezpośredniego stosowania przepisów konstytucji nie zyskała szerokiego poparcia na skutek różnic w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Trybunału Administracyjnego²⁴.

Co więcej, nierzadko prezentowany był pogląd, zgodnie z którym przepisy rangi konstytucyjnej, z uwagi na to, że wiele spośród nich ma charakter bardzo ogólny, przeważnie nie nadają się do stosowania bez pośrednictwa ustaw zwykłych. W uchwale Sądu Najwyższego podjętej 12 lutego 1955 r. czytamy, że „Normy konstytucyjne konstytuują podstawowe zasady prawne, stanowią zrąb nadbudowy prawnej nie nadający się z reguły bezpośrednio do praktycznego stosowania w codziennym życiu społeczeństwa bez rozwinięcia w ustawach zwykłych i innych aktach normatywnych.”²⁵.

Wejście w życie Konstytucji RP z 1997 r. zakończyło spór o możliwość bezpośredniego stosowania przez organy państwowe przepisów rangi konstytucyjnej. Dokonując wykładni art. 8 ust 2 Konstytucji, Trybunał wskazał przyjęcie przez polskiego ustrojodawcę założenia istnienia możliwości

²¹ Postanowienie TK z dnia 22 marca 2000 r., P. 12/98, OTK ZU Nr 2/2000, poz. 67.

²² Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1921 Nr 44, poz. 267.

²³ K. Działdocha, *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pkt 11 w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, pod red. L. Garlicki i M. Zubik, Warszawa 2016, LEX 10579

²⁴ *Ibidem*, pkt 11.

²⁵ Uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1955, sygn. akt I CO. 4/55, <<http://prawo.legeo.pl/prawo/i-co-4-55/>>.

bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych. *„Nie tylko nie ma więc przeszkód dla bezpośredniego stosowania konstytucji przez sądy, ale też uznać należy, że sądy te powinny sięgać do tego bezpośredniego stosowania w tych wszystkich sytuacjach, gdy jest to potrzebne i możliwe”*²⁶.

Niemniej należy podkreślić, że zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji RP jest regułą, od której sam przepis wprowadzający przewiduje wyjątek poprzez stwierdzenie „chyba, że Konstytucja stanowi inaczej”. W tym miejscu mowa jest o sytuacjach, w których to sama ustawa zasadnicza przy regulowaniu danej materii odsyła podmioty stojące prawo do ustawy zwykłej²⁷. Wówczas Konstytucja RP, zamiast bezpośrednio, stosowana jest za obowiązkowym pośrednictwem aktów niższego rzędu²⁸.

Oprócz brzmienia art. 8 ust. 2, na obowiązkowe pośrednictwo ustaw zwykłych przy stosowaniu Konstytucji RP w określonych przypadkach wskazuje art. 236 ust. 1 ustawy zasadniczej, zobowiązujący Radę Ministrów do przedstawienia Sejmowi projektów ustaw niezbędnych do stosowania Konstytucji w okresie dwóch lat od jej wejścia w życie.

Przykładem takiego unormowania jest art. 197 Konstytucji RP, wprowadzający przewidziany przez art. 8 ust. 2 wyjątek od zasady bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej, w tym przypadku dotyczący sposobu procedowania przez sąd konstytucyjny. Brzmienie tego przepisu jest następujące: *„Organizację Trybunału Konstytucyjnego oraz tryb postępowania przed Trybunałem określa ustawa”*.

Oznacza to, że Konstytucja RP wprost nie dopuszcza możliwości procedowania przez Trybunał Konstytucyjny z pominięciem obowiązującej ustawy, do której odwołuje się art. 197 w związku z art. 8 ust. 2 ustawy zasadniczej. W ten sposób na gruncie konstytucyjnym określono, że wyłącznie władza ustawodawcza jest władna do decydowania o stronie proceduralnej postępowania przed TK²⁹.

Oprócz powyższego przykładu, Konstytucja RP w myśl art. 8 ust. 2 przewiduje szereg innych wyjątków od zasady bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej, odsyłając w tym zakresie do ustawodawstwa zwykłego, m. in. art. 28 ust. 5 (*„Szczegóły dotyczące godła, barw i hymnu określa ustawa”*), art. 51 ust. 3 (*„Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Ograniczenie tego prawa może określić*

²⁶ Postanowienie TK z dnia 22 marca 2000 r., P. 12/98, OTK ZU Nr 2/2000, poz. 67.

²⁷ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. W. Skrzydło, Warszawa 2013, LEX 8778.

²⁸ W. Sanetra, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sąd Najwyższy*, <<http://www.lex.pl/czytaj/-artykul/prof-sanetra-konstytucje-stosowac-jak-kazde-prawo>>, s. 1.

²⁹ Zob. opinie G. Grabowskiej, B. Szmulika i J. Stelina dla Ministerstwa Sprawiedliwości dot. orzekania przez TK tylko na podstawie Konstytucji z pominięciem ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, <www.ms.gov.pl>.

ustawa”), art. 71 ust. 2 („Matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa”), czy art. 176 ust. 2 („Ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy”).

Z powyższego wynika, że polski porządek konstytucyjny dopuszcza bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez organy władzy publicznej, czyniąc z tego nawet jedną z zasad konstytucyjnego ustroju państwa (art. 8 ust. 2). W praktyce jednak poprzez zastosowanie w tym przepisie zwrotu „chyba, że Konstytucja stanowi inaczej”, związanie sędziów ustawą (art. 178) oraz wprowadzenie zasady legalizmu (art. 7) samoistne zastosowanie przepisów rangi konstytucyjnej przez sąd lub organ administracji publicznej bez naruszenia pryncypiów konstytucyjnych jest możliwe bardzo rzadko.

W bardzo trafny sposób podsumował to NSA w orzeczeniu z 24 listopada 2000 r., stwierdzając że „powołany przez organ I instancji ogólnie art. 8 Konstytucji stanowi, że Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej (ust. 1), ale stanowi również, iż przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucji stanowi inaczej. Konstytucja stanowi inaczej, zobowiązując organy władzy publicznej do działania na podstawie i w granicach prawa, a tym prawem w sprawie o zameldowanie są, m. in. przepisy ustawy z 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych”³⁰.

4. Obowiązek stosowania instytucji pytania prawnego do TK

W art. 45 ust. 1 Konstytucji RP odnajdziemy udzieloną każdemu gwarancję sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Wskazana norma wyraża niezwykle istotną dla demokratycznego państwa prawnego zasadę, jaką jest prawo do sądu. Konsekwencją powyższego jest uznanie, że wyłącznie organy sądowe w sposób ostateczny decydują o kwestiach związanych z wolnościami, prawami i obowiązkami jednostki³¹.

Analizując zagadnienie bezpośredniego stosowania Konstytucji (art. 8 ust. 2) przez sądy, w kontekście art. 45 ust. 1 Konstytucji, należy mieć na uwadze jej art. 2 (zasadę demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej), art. 7 (zasadę legalizmu), art. 178 ust. 1 (zasadę podległości sędziów Konstytucji i ustawom), art. 188

³⁰ Orzeczenie NSA z dnia 24 listopada 2000 r. sygn. akt V SA 1148/00.

³¹ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, op. cit.

(zakres właściwości Trybunału Konstytucyjnego) oraz art. 193 (instytucję pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego).

Określony w art. 8 ust. 2 nakaz bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji konfrontowany z art. 193 (instytucja pytania prawnego do TK) tworzy pewne niejasności jeśli chodzi o rolę sądów w procesie kontroli konstytucyjności prawa. Dla części doktryny stało się to argumentem mającym pozwalać na wzmocnienie roli sądów w procesie kontroli konstytucyjności prawa kosztem uprawnień Trybunału Konstytucyjnego³².

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego jest w tej materii jednolite, jednoznacznie odmawiając sądom prawa do samodzielnej kontroli konstytucyjności ustaw. Zdaniem TK, aby sąd mógł uchylić się od obowiązku (art. 178 ust. 1) stosowania się do przepisów ustawowych, musi uprzednio uzyskać potwierdzenie ich niekonstytucyjności w procedurze zwrócenia się z pytaniem prawnym do Trybunału.

Na takim stanowisku TK stanął w szczególności w przywoływanym wcześniej postanowieniu z dnia 22 marca 2000 r. stwierdzając, że wszędzie tam, gdzie określona materia jest normowana jednocześnie w Konstytucji oraz ustawodawstwie zwykłym, sąd ma obowiązek łącznego uwzględniania obu wzorców. Na gruncie art. 193 Konstytucji w przypadku powzięcia wątpliwości co do konstytucyjności przepisu ustawowego sądy mają prawo zwrócić się do TK z odpowiednim pytaniem prawnym. Niemniej dopóki sąd nie zdecyduje się skorzystać z instrumentu pytania prawnego do Trybunału, nie może samodzielnie pomijać ustawy zwykłej przy orzekaniu. Zabrania mu tego art. 178 ust. 1 Konstytucji, sytuujący sędziego jako podległego zarówno Konstytucji, jak i ustawom. Trybunał wskazał, że zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji nie uprawnia sędziego do orzekania na podstawie Konstytucji z pominięciem obowiązującej ustawy³³.

Podobne stanowisko Trybunał zajął w wyroku z dnia 4 października 2000 r., gdzie określił koncepcję dopuszczającą odmowę zastosowania przez sąd orzekający przepisu ustawowego ze względu na jego niekonstytucyjność jako „*bezpodstawną*” w obowiązującym stanie konstytucyjnym. TK podkreślił, że taki pogląd nie znajduje uzasadnienia w zasadzie bezpośredniego stosowania Konstytucji oraz jest bezpośrednio spreczny z zasadą podległości sędziego zarówno Konstytucji, jak i ustawom. Zdaniem Trybunału, jedyną właściwą dla sędziego drogą do rozstrzygnięcia wątpliwości co do zgodności norm ustawowych z konstytucyjnymi jest skierowanie pytania prawnego do TK³⁴.

³² W. Hermeliński, *Dialog między Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym*, „Europejski Przegląd Sądowy” Nr 12, 2012, s. 12 i 13.

³³ Postanowienie TK z dnia 22 marca 2000 r., sygn. akt P 12/98, OTK ZU 2/2000, poz. 67.

³⁴ Wyrok TK z dnia 4 października 2000 r., sygn. akt P 8/00, OTK ZU 6/2000, poz. 189.

Na uwagę zasługuje również wyrok TK z dnia 31 stycznia 2001 r., w którym Trybunał kolejny raz podkreślił, że bezpośrednio stosowania Konstytucji nie oznacza przyznania sądom ani innym organom władzy publicznej kompetencji do kontroli konstytucyjności prawa. Tryb tejże został bowiem jednoznacznie ukształtowany w samej Konstytucji. Domniemanie konstytucyjności ustawy, jak wskazuje TK, może być obalone jedynie mocą orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Sędzia pozostaje związany ustawą dopóki przysługuje jej moc obowiązująca³⁵.

Za interesujący uważam wyrok TK z dnia 28 listopada 2001 r., gdzie kolejny raz uznano, że nakaz bezpośredniego stosowania Konstytucji nie daje nikomu, poza Trybunałem Konstytucyjnym, kompetencji do oceny konstytucyjności przepisów prawa. Nie zwalnia on również sądów oraz innych organów państwa od podległości ustawom zwykłym ani nie upoważnia sędziego do odmowy zastosowania obowiązującej ustawy zamiast skierowania pytania prawnego do TK. Praktykę samodzielnego odmawiania stosowania obowiązującego ustawodawstwa w orzecznictwie sądowym Trybunał określił jako „wadliwą” i w sposób jednoznaczny podkreślił jej sprzeczność z normami konstytucyjnymi³⁶.

Istotną wagę ma wyrok TK z dnia 4 grudnia 2001 r., w którym Trybunał podkreślił, że w omawianym zakresie (tj. niedopuszczalności odmowy stosowania przed sąd normy ustawowej pod pretekstem zarzucenia jej niekonstytucyjności) utrzymała się jednolita linia orzecznicza TK, podzielana przez większość doktryny. Bezpośredniość stosowania konstytucji nie oznacza kompetencji do kontroli konstytucyjności prawa w jakimkolwiek zakresie przez jakikolwiek inny organ (w tym sądy), niż sam Trybunał³⁷.

Podsumowując stanowisko TK, należy uznać, że:

- przyznanie sądom prawa do kontroli konstytucyjności obowiązującego prawodawstwa prowadzi do podważenia zasady pewności prawa poprzez podważenie bezpieczeństwa prawnego jednostki,
- utworzenie TK jako odrębnego konstytucyjnego centralnego organu państwa oznacza, że zdaniem polskiego ustrojodawcy kontrola konstytucyjności prawa ma inny charakter niż tradycyjne zadania wymiaru sprawiedliwości sprawowanego przez sądy,
- proces kontroli konstytucyjności prawa został precyzyjnie opisany w Konstytucji RP, zaś jedynym organem wskazanym w Konstytucji do sprawowania tej kontroli jest Trybunał Konstytucyjny,
- Konstytucja RP w art. 178 ust. 1 wprowadziła zasadę podległości sędziego zarówno Konstytucji, jak i ustawom, z czego wynika że sądy

³⁵ Wyrok TK z dnia 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99, OTK ZU 1/2001, poz. 5.

³⁶ Wyrok TK z dnia 28 listopada 2001 r., sygn. akt K 36/01, OTK ZU Nr 8/2001, poz. 255.

³⁷ Wyrok TK z dnia 4 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 18/00, OTK ZU Nr 8/2001, poz. 256.

- nie mają kompetencji do pomijania obowiązującego ustawodawstwa przy orzekaniu,
- kontrola konstytucyjności prawa przez sądy prowadziłyby do przejmowania przez sądownictwo funkcji TK, tym samym stawiając pod znakiem zapytania sens utworzenia instytucji sądu konstytucyjnego,
 - na gruncie zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2) oraz zasady legalizmu (art. 7) normy kompetencyjnej (w tym przypadku do kontroli konstytucyjności prawa) nie można domniemywać³⁸.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego nie jest w tej materii jednolite, niemniej należy podkreślić, że wśród wypowiedzi SN przeważają takie, które podzielają stanowisko Trybunału Konstytucyjnego³⁹. W szczególności dotyczy to rozstrzygnięć, które zapadły po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r.

Takie stanowisko zaprezentowano w postanowieniu SN z dnia 19 kwietnia 2007 r., w którym Sąd Najwyższy uznał, że stwierdzenie niekonstytucyjności obowiązujących przepisów leży wyłącznie w kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Możliwość odmowy zastosowania norm ustawowych przez sąd lub inny organ stosowania prawa w pełni uzależniono od efektów wystąpienia z pytaniem prawnym do TK⁴⁰.

W jeszcze bardziej zdecydowany sposób pogląd ten Sąd Najwyższy wypowiedział w wyroku z dnia 2 kwietnia 2009 r., stwierdzając że *„Sąd Apelacyjny nie jest władny orzekać o niekonstytucyjności oznaczonego przepisu ustawy. Kompetencję w tej kwestii ma wyłącznie Trybunał Konstytucyjny i tylko ten Trybunał może rozważać usunięcie z systemu prawnego przepisów sprzecznych z Konstytucją. Sąd powszechny nie ma zatem możliwości niestosowania obowiązujących przepisów ustawy z powołaniem się na ich niekonstytucyjność. Wyrażona w art. 8 ust. 2 Konstytucji zasada bezpośredniego stosowania oznacza obowiązek sądu orzekania w zgodzie z priorytetami ustanowionymi w Konstytucji. Innymi słowy, sądy mają obowiązek dokonywania wykładni prokonstytucyjnej, ale nie mają kompetencji do orzekania o niekonstytucyjności przepisu i usuwania go z systemu prawnego. W razie zastrzeżeń co do zgodności przepisu ustawy z Konstytucją istnieje specjalny tryb, przewidziany w art. 188 Konstytucji, pozwalający na wyeliminowanie takiego przepisu z obrotu prawnego. Dopóki nie zostanie stwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny niezgodność określonego przepisu z Konstytucją, dopóty ten przepis podlega stosowaniu i może stanowić podstawę merytorycznych rozstrzygnięć sądowych. Należy zatem podkreślić, iż bezpośredniość stosowania Konstytucji nie oznacza kompetencji*

³⁸ A. Przylepa-Lewak, *Z problematyki bezpośredniego stosowania konstytucji...*, op. cit., s. 146 i 147.

³⁹ W. Hermeliński, *Dialog między Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym...*, op. cit., s. 13.

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 19 kwietnia 2007 r., sygn. akt I CZ 18/07.

do kontroli konstytucyjności obowiązującego ustawodawstwa przez sądy i inne organy powołane do stosowania prawa. Tryb tej kontroli został bowiem wyraźnie i jednoznacznie ukształtowany przez samą Konstytucję. Przepis art. 188 Konstytucji zastrzega orzekanie w tych sprawach do wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją może być obalone jedynie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, a związanie sędziego ustawą, przewidziane w art. 178 ust. 1 Konstytucji, obowiązuje dopóty, dopóki ustawie tej przysługuje moc obowiązująca.”⁴¹.

Na uwagę zasługuje także wyrok SN z dnia 24 listopada 2015 r., gdzie Sąd Najwyższy mówiąc o wyłącznej właściwości Trybunału Konstytucyjnego przy orzekaniu o konstytucyjności prawa uznał, że „przy-pomina podstawowe regulacje” polskiej Konstytucji. SN podkreślił, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zarówno Sądu Najwyższego, jak i Trybunału Konstytucyjnego, sądy i inne organy stosowania prawa nie mają kompetencji do orzekania o niekonstytucyjności przepisów ustawowych i odmowy ich stosowania. Jeżeli sąd jest przekonany o niekonstytucyjności danej normy, powinien w tej sprawie zwrócić się z pytaniem prawnym do TK. Brak w Konstytucji przepisu uprawniającego sądy i inne organy stosowania prawa do kontroli, na użytek rozpoznawanej sprawy, przepisów ustaw z Konstytucją nie pozwala na domniemywanie tej kompetencji ze względu na wyrażoną w art. 7 ustawy zasadniczej zasadę legalizmu⁴².

Całkowicie odmienną opinię, choć pozostającą w mniejszości na gruncie innych wypowiedzi SN, zaprezentował Sąd Najwyższy, m.in. w uchwale z dnia 4 lipca 2001 r., gdzie stwierdzono, że „Prawo sądu do oceny zgodności aktu podkonstytucyjnego z Konstytucją nie jest kwestionowane, gdyż wynika ono wprost z art. 8 ust. 2 Konstytucji stanowiącego, że przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej. Także powszechnie przyjmuje się stanowisko powstałe już przed Konstytucją z 1997 r., według którego sąd może odmówić stosowania rozporządzenia sprzecznego z aktem wyższego rzędu.”⁴³.

Podobnie Sąd Najwyższy wypowiedział się w orzeczeniu z dnia 7 kwietnia 1998 r., gdzie stwierdził, iż „Sąd Najwyższy jest zdania, że sąd powszechny może dokonywać oceny konstytucyjności przepisów mających zastosowanie w sprawie, bowiem nie prowadzi to do naruszenia konstytucyjnie utrwalonego podziału kompetencji między sądami a Trybunałem Konstytucyjnym” – i dalej – „Sąd powszechny nie orzeka zaś o zgodności przepisu prawa z Konstytucją, lecz jedynie odmawia zastosowania przepisu prawnego niezgodnego, jego zdaniem, z Konstytucją”⁴⁴.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IV CSK 485/08.

⁴² Wyrok SN z dnia 24 listopada 2015 r., sygn. akt II CSK 517/14.

⁴³ Uchwała SN z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt III ZP 12/01.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., sygn. akt I PKN 90/98.

5. Podsumowanie

Konstytucja RP z 1997 r. wprowadziła do polskiego porządku prawnego kontynentalny model kontroli konstytucyjności prawa. Organem, w kompetencjach którego leży ocena konstytucyjności ustawodawstwa, jest Trybunał Konstytucyjny. Orzecznictwo Trybunału w sposób jednoznaczny rozstrzyga, że na gruncie polskiej Konstytucji jest to jedyny organ upoważniony do badania konstytucyjności prawa. Podobne zdanie na przestrzeni minionych 20 lat od przyjęcia obowiązującej konstytucji prezentowano w większości orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Obecnie, na skutek wpływu polityki na debatę naukową, część doktryny usiłuje powrócić do zarzuconego wiele lat temu poglądu o dopuszczalności kontroli konstytucyjności prawa przez sądy powszechne, z pominięciem Trybunału Konstytucyjnego. Taki pogląd nie znajduje jednak uzasadnienia w obowiązującym prawie. Na gruncie Konstytucji RP jedynym organem uprawnionym do dokonywania takiej kontroli jest Trybunał Konstytucyjny. Sądy powszechne, podobnie jak wszelkie inne organy państwowe, pozostają na gruncie zasady legalizmu bezwzględnie i w całości związane normami obowiązującego prawa.

Tym bardziej, że art. 8 ust. 2 Konstytucji RP wprowadzając zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji w żaden sposób nie wyróżnia sądów jako podmiotu stosowania prawa. Przyjęcie, że może on stanowić podstawę odmowy stosowania obowiązującej ustawy przez sąd oznaczałoby zatem, iż to samo uprawnienie należałoby przyznać również innym organom państwowym stosującym prawo. Takie podejście prowadzi do podważenia zasady pewności prawa poprzez podważenie bezpieczeństwa prawnego jednostki.

Utworzenie TK jako odrębnego konstytucyjnego organu państwowego oznacza, że w polskim porządku prawnym kontrola konstytucyjności prawa ma inny charakter niż zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości sprawowanego przez sądy. Proces kontroli konstytucyjności ustawodawstwa został precyzyjnie opisany w Konstytucji, zaś jedynym organem wskazanym w niej do sprawowania tej kontroli jest Trybunał Konstytucyjny. Przyjęcie założenia, że kontrola konstytucyjności prawa jest również uprawnieniem sądów powszechnych stawia pod znakiem zapytania sens utworzenia instytucji sądu konstytucyjnego, podważając tym samym zasadę racjonalności prawa u polskiego ustrojodawcy.

Co więcej, Konstytucja RP w art. 178 ust. 1 wprowadziła zasadę podległości sędziego zarówno Konstytucji RP, jak i ustawom. Z tego przepisu wprost wynika, że sądy – jako podlegające obowiązującemu ustawodawstwu – nie mają kompetencji do pomijania przepisów prawa rangi

podkonstytucyjnej przy orzekaniu. Zgodnie z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) oraz zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji) normy kompetencyjne (w tym przypadku – normy uprawniające sądy do kontrolowania konstytucyjności prawa z pominięciem TK) nie można domniemywać.



A B S T R A C T

The article shows that there are classically distinguished two models of protection of constitutionality – centralized and distracted and that the issue of possibility of direct application of constitution is a separate matter. Author refers this to the regulations of the Polish Constitution arguing that opinions recognizing ignoring The Constitutional Court by protecting constitutionality of law are incompatible with the Constitution of Poland. Common and administrative courts are on the principle of legalism subordinate to applicable law.

*Prawne i systemowe aspekty technologii
blockchain obrotu kryptowalutami*

*Legal and systematic aspects of blockchain
trading in cryptocurrencies*

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł omawia kwestie zastosowania technologii blockchain, szczególnie w obrocie kryptowalutami. Autor stara się przedstawić definicję oraz omówić zarówno korzyści, jak i zagrożenia wynikające ze zastosowania nowej technologii.

1. Technologia blockchain jako narzędzie

Pojawienie się nowych technologii zawsze budzi pewne kontrowersje. Zmiany zachodzące na świecie zawsze mają swoje pozytywne i negatywne konsekwencje oraz swoich zwolenników którzy widzą szansę w zmianach oraz przeciwników, którzy w owej zmianie wyczuwają zagrożenia. Bez wątplenia technologia blockchain jest jedną z najpopularniejszych technologii ostatnich lat. Budzi ona wiele kontrowersji, można by rzec jak wiele innowacji w początkowej fazie wdrożeniowej. Nowe rozwiązania niosą za sobą nowe możliwości, a co za tym idzie także nowe zagrożenia. Stanowi to wyzwanie zarówno dla ustawodawców jak i podmiotów strzegących porządku prawnego w państwie oraz w środowiskach międzynarodowych. Czym jest technologia blockchain i jakie niesie ze sobą korzyści i jakie zagrożenia, te pytania są podstawą do jej zdefiniowania.

Historia pierwszej kryptowaluty Bitcoin sięga roku 2009. Wtedy to Satoshi Nakamoto po raz pierwszy uruchomił technologię blockchain dla Bitcoina. Była to odpowiedź na kryzys tradycyjnego systemu finansowego zależnego od scentralizowanego źródła. Wprowadził tym samym internetową walutę online typu peer-to-peer, która utrzymuje wartość bez jakiegokolwiek wsparcia, niezależnie od podmiotu będącego scentrowanym emitentem waluty.

Technologia Blockchain przyciąga ogromną uwagę i znajduje zasto-

sowanie przy różnych projektach w różnych branżach. Jednak to branża finansowa jest postrzegana jako główny użytkownik koncepcji blockchain. Wynika to nie tylko z faktu, że najbardziej znanym zastosowaniem tej technologii są kryptowaluty, ale także z tego, iż rozliczenia finansowe w tradycyjnej formie są bardzo sformalizowane i ograniczone, bo podlegają kontroli i pośrednictwu różnych instytucji. Ponadto kryzys finansowy ujawnił, że nawet w przypadku usług finansowych nie zawsze jest możliwe określenie aktualnego właściciela aktywów. Jeszcze większym problemem jest odzyskanie własności przez dłuższy łańcuch zmieniających się nabywców w globalnych usługach transakcji finansowych: kiedy np. Amerykański bank inwestycyjny Bear Stearns zawiódł w 2008 r. i został całkowicie przejęty przez JP Morgan Chase, liczba oferowanych akcji nabywcy był większy niż udziały w księgach Bear Stearns. Nie było możliwości wyjaśnienia błędów rachunkowych, a JP Morgan Chase musiał ponieść szkodę z nadwyżek (cyfrowych) akcji. Problem śledzenia powiązań pomiędzy wieloma transakcjami jest kluczowym problemem na rynkach finansowych od wielu lat. Kontroling jest obecnie dominującym rozwiązaniem do weryfikacji własności aktywów i przetwarzania transakcji. Pośrednicy dokonują dokładnej kontroli każdej zaangażowanej strony w łańcuchu pośredników. Jest to jednak nie tylko czasochłonne i kosztowne, ale także wiąże się z ryzykiem kredytowym w przypadku niepowodzenia pośrednika. Technologia blockchain obiecuje przezwyciężyć te krytyczne aspekty, opierając swoje zaufanie na matematycznych wzorach zamiast na człowieku¹.

Funkcjonalności Blockchain i implikacje pomiędzy transakcjami zostały potwierdzone poprzez badania. Łańcuch blockchain jest ciągiem znaków, które są nośnikiem danych i z każdą transakcją jest rozszerzany o dodatkowy blok i tym samym reprezentuje kompletną księgę historii transakcji. Bloki mogą być sprawdzane przez sieć za pomocą środków kryptograficznych. Oprócz transakcji, każdy blok zawiera znacznik czasu, wartość skrótu poprzedniego bloku oraz wartość jednorazową, która jest liczbą losową do weryfikacji wartości skrótu. Ta koncepcja zapewnia integralność całego łańcucha blokowego, aż do pierwszego bloku (tzw. blok genesis). Wartości są unikalne i można skutecznie zapobiegać oszustwom, ponieważ zmiany bloku w łańcuchu natychmiast zmieniają odpowiednią wartość skrótu. Jeśli większość węzłów w sieci uzgadnia mechanizm, dotyczący ważności transakcji w bloku i ważności samego bloku, blok można dodać do łańcucha. Według T Swansona, ten mechanizm konsensusu „*jest procesem, w którym większość (lub w niektórych przypadkach wszystkich)*

¹ A. Antonopoulos, *Bitcoin security model: trust by computation*. O'Reilly Radar. 20.02.2014 r. <<http://radar.oreilly.com/2014/02/bitcoin-security-model-trust-bycomputation.html>>, dostęp 30 maja 2018 r.

weryfikatorów sieci osiąga porozumienie co do stanu księgi głównej. Jest zbiorem reguł i procedur, które pozwalają zachować spójny zestaw faktów między wieloma uczestniczącymi węzłami”².

Co ważne, następnie informacje w łańcuchu blokowym nie mogą być już zmieniane. W przypadku kryptowaluty Bitcoin, bloki są tworzone przez tzw. Górników „miners”, którzy są nagradzani bitcoinami, odpowiadają za walidację bloków. Przykład Bitcoina pokazuje, że zasada blockchain może zmienić proces transakcji pieniężnych, ale i wielu innych branży. Korzystając z kryptografii, ludzie na całym świecie mogą ufać sobie nawzajem i przekazywać różne rodzaje zasobów w sieciach równorzędnych za pośrednictwem Internetu.

Opisany wyżej system rozproszonych rejestrów oferuje wiele korzyści. W przeciwieństwie do systemów scentralizowanych, funkcjonalność sieci utrzymuje się nawet w przypadku awarii poszczególnych węzłów. Zwiększa to zaufanie i bezpieczeństwo transakcji, ponieważ ludzie nie muszą oceniać wiarygodności pośrednika lub innych uczestników sieci. Wystarczy, aby użytkownicy budowali zaufanie do systemu jako całości. Brak pośredników również sprzyja bezpieczeństwu danych. Obecna praktyka podmiotów zewnętrznych zbierających dane osobowe implikuje ryzyko naruszenia bezpieczeństwa. Wykorzystując jednostki typu blockchain dane zbierane przez osoby trzecie mogą stać się przestarzałe, co ostatecznie zwiększa bezpieczeństwo użytkownika³.

W dziedzinie informatyki w ostatnich latach opublikowano wiele artykułów dotyczące tak zwanych bloków kodów. Przeanalizowano algorytmy konsensusu⁴ lub zaproponowano nowatorskie koncepcje rozwiązywania problemów dotyczących prywatności inteligentnych umów. Jednak oprócz wielu branżowych publikacji na temat blockchain, artykuły naukowe dotyczące systemów informatycznych skupiające się wokół blockchain, obecnie koncentrują się głównie na kryptowalutach. Oprócz znaczących korzyści, istnieją również wady i potencjalne zagrożenia, które są omawiane w literaturze naukowej. Do głównych zagrożeń, według Barbera⁵ należy

² T. Swanson, *Consensus-as-a-service: a brief report on the emergence of permissioned, distributed ledger systems*. opublikowane 06.04.2015 r. <<http://www.ofnumbers.com/wp-content/uploads/2015/04/Permissioned-distributed-ledgers.pdf>>, dostęp 30 maja 2018 r.

³ G. Zyskind, O. Nathan, A. Pentland, *Decentralizing privacy: Using blockchain to protect personal data*. [w:] *Security and Privacy Workshops*, 2015, s. 180–184, <<https://enigma.co/ZNP15.pdf>>, dostęp 30 maja 2018 r.

⁴ I. Eyal, E.G. Sirer, *Majority is not enough: Bitcoin mining is vulnerable*. [w:] *Proceedings of Financial Cryptography, Barbados 2014*, <<https://www.cs.cornell.edu/~ie53/publications/btcProcFC.pdf>>, dostęp 30 maja 2018 r.

⁵ S. Barber, X. Boyen, E. Shi, E. Uzun *Bitter to better—how to make bitcoin a better currency*. [w:] *International Conference on Financial Cryptography and Data Security*, red. A.D. Keromytis, Wyd. Springer, Heidelberg 2012, s. 399–414, <<http://elaineshi.com/docs/bitcoin.pdf>>, dostęp 30 maja 2018 r.

kilka słabości kryptowaluty Bitcoin, takich jak możliwość kradzieży lub utraty bitcoinów (np. ataki szkodliwego oprogramowania, przypadkowa utrata dostępu do swojego konta), problemy skalowalności (np. opóźnione potwierdzenie transakcji, zatrzymanie danych i błędy komunikacji) oraz problemy strukturalne (np. deflacja czyli utrata wartości), należy jednak pamiętać że technologia jest cały czas usprawniana po to, aby była coraz bardziej bezpieczna i użyteczna⁶.

Proces generowania nowych bloków oznacza problemy z wydajnością, jeśli bloki są dodawane do sieci z dużą szybkością. Jako alternatywa dla istniejącej struktury blokowej, Lewenberg⁷ wprowadzają tzw. „*Inclusive Block Chain Protocols*”, aby zwiększyć szybkość transakcji. Analizy dotyczące skalowalności bitcoinów dostarcza między innymi Croman⁸.

Rozwój technologii blockchain w ostatnich latach wspiera również inne koncepcje, poza kryptowalutami. Można się z nimi spotkać w literaturze. N. Szabo już w roku 1997 wprowadził pojęcie „inteligentnych kontraktów”⁹, które łączą protokoły komputerowe z interfejsami użytkownika w celu realizacji warunków umowy. Dzięki systemowi blockchain inteligentne kontrakty stają się coraz bardziej popularne, ponieważ można je łatwiej wykorzystywać, stosując bloki, w porównaniu do technologii dostępnej w momencie ich tworzenia 20 lat temu. Takie innowacyjne podejście według autora może zastąpić na przykład prawników i banki uczestniczące w umowach dotyczących aktywów, w zależności od wcześniej określonych aspektów. Inteligentne kontrakty można by również wykorzystać do kontrolowania własności nieruchomości. Własności te mogą być materialne lub na prawach niematerialnych¹⁰.

Wybitnym przykładem technologii blockchain, która traktuje inteligentne kontrakty w sposób modelowy, przedstawiony powyżej, jest Ethereum, który jest zdecentralizowanym systemem pierwotnie zaproponowanym przez Buterina¹¹. Ethereum może być postrzegane jako rozszerze-

⁶ Tamże, s. 399–414.

⁷ Y. Lewenberg, Y. Sompolinsky, A. Zohar, *Inclusive block chain protocols*, [w:] *International Conference on Financial. Cryptography and Data Security*, red. A.D. Keromytis, Wyd. Springer, Heidelberg 2015, s. 528–547, <https://fc15.ifca.ai/preproceedings/paper_101.pdf>, dostęp 30 maja 2018 r.

⁸ K. Croman, C. Decker, I. Eyal, A.E. Gencer, A. Juels, A. Kosba, A. Miller, P. Saxena, E. Shi, E. Gun Sirer, D. Song, R. Wattenhofer, *On scaling decentralized blockchains. 3rd Workshop on Bitcoin Research (BITCOIN)*, Barbados 2016, <<https://fc16.ifca.ai/bitcoin/papers/CDE+16.pdf>>, dostęp 30 maja 2018 r.

⁹ N. Szabo, *Smart contracts: formalizing and securing relationships on public networks*, 1997 <<http://firstmonday.org/article/view/548>>, dostęp 30 maja 2018.

¹⁰ J. Fairfield, *Smart contracts, Bitcoin bots, and consumer protection*, 2014, <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=wlulr-online>>; dostęp 30 maja 2018 r.

¹¹ V. Buterin, *A next-generation smart contract and decentralized application platform*, 2014

nie łańcucha bloków Bitcoin do obsługi szerszego zakresu aplikacji. Zatem technologia blockchain według Fairfielda, pozwala na zawieranie umów z wykorzystaniem kryptografii i zastępowanie stron trzecich (np. Notariusza), które były niezbędne do zbudowania zaufania w przeszłości. Blockchain mógłby zakłócić cały proces transakcji tradycyjnych poprzez automatyczne wykonywanie umów w sposób opłacalny, przejrzysty i bezpieczny¹². Ciągły rozwój technologii stanowi fundament i potwierdzenie skuteczności i użyteczności systemu. W roku 2017 zostały opracowane komponenty architektoniczne technologii blockchain, ich interakcje oraz ramy analizy implikacyjnej systemów blockchain dla ekosystemów cyfrowych¹³.

Branża finansowa zastanawia się nawet, czy duża część ich obecnej działalności może zostać zastąpiona przez blockchain. Można to zilustrować procesem płatności. Jeżeli ludzie płacą dzisiaj kartą kredytową, rozliczenie następuje po kilkugodzinnej lub kilkudniowej zwłoce. Korzystając z blockchain, opóźnione rozliczenie stałoby się zbędne, ponieważ płatność mogłaby zostać zrealizowana w czasie rzeczywistym, poprzez tak zwane dostosowanie księgi głównej¹⁴.

Crosby rozróżnia aplikacje finansowe i niefinansowe, które potencjalnie mogłyby być rozwiązane przez blockchain. Ta przełomowa innowacja może nie tylko zmienić charakter interakcji w finansach, ale także w wielu innych obszarach naszego codziennego życia. Na przykład brytyjski piosenkarz Imogen Heap sprzedaje swoje piosenki za pomocą blockchain¹⁵.

Obszary zastosowania aplikacji blockchain wydają się być różnorodne, szczególnie w dziedzinach, które historycznie opierały się na usługach świadczonych przez strony trzecie, ze względu na potrzebę kontroli i nadzoru podmiotu zaufania publicznego. M Atzori sugeruje, że polityka i całe społeczeństwo mogłyby zostać zrestrukturyzowane przez blockchain¹⁶. Wiele funkcji sprawowanych przez instytucje może stać się nie potrzebny, jeśli ludzie zaczną organizować i chronić społeczeństwo za pomocą

<http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf>, dostęp 30 maja 2018 r.

¹² J. Fairfield, *Smart contracts ...*, op. cit.

¹³ F. Glaser, *Pervasive decentralisation of digital infrastructures: a framework for blockchain enabled system and use case analysis*, [w:] *Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences*, Hawaii 2017, <<https://pdfs.semanticscholar.org/859d/0535e16095f274df4d-69df54954b21258a13.pdf>>.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ M. Crosby, P. Pattanayak, S. Verma, V. Kalyanaraman, *Blockchain technology: Beyond bitcoin*, [w:] *Applied Innovation Review* 2016, <<https://j2-capital.com/wp-content/uploads/2017/11/AIR-2016-Blockchain.pdf>>, dostęp 30 maja 2018 r., s. 6–19.

¹⁶ M. Atzori, *Blockchain technology and decentralized governance: Is the state still necessary?* Working Paper 2015, <http://nzz-files-prod.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/files/9/3/1/blockchain+Is+the+State+Still+Necessary_1.18689931.pdf>, dostęp 30 maja 2018 r.

zdecentralizowanych platform. Stwierdza on, że „*decentralizacja służb rządowych za pośrednictwem dozwolonych bloków blockchain jest możliwa i pożądana, ponieważ może znacznie zwiększyć funkcjonalność administracji publicznej*”. Reorganizacja społeczeństw ma pierwszorzędne znaczenie w biednych krajach. Bogactwo może być lepiej chronione przy użyciu blockchain. Zwłaszcza w trzecim świecie, gdzie właściciele ziemscy mają problemy z udowodnieniem własności, jeśli na przykład lokalny rząd ma na celu wywłaszczenie ludności. Te zagrożenia egzystencjalne można kontrolować poprzez integrację tytułów do ziemi z łańcuchem blokowym. Jednak, jak wskazał Glaser, interfejs pomiędzy sferą cyfrową a światem fizycznym może okazać się słabym ogniwem, które niszczy zaufanie cyfrowe ustanowione przez system blockchain¹⁷.

W świecie nauki toczy się również debata, czy kryptowaluty opierające się na blockchain mogą spełniać funkcje prawdziwych pieniędzy¹⁸. Luther i White twierdzą, że kryptowaluty są rzadko używane jako medium wymiany¹⁹. Glaser natomiast dostarcza empirycznych informacji, że Bitcoin jest rzeczywiście wykorzystywany przede wszystkim jako zasób spekulacyjny²⁰. Jednak wydawanie i przyjmowanie aktywów może stać się łatwiejsze dzięki innowacyjnym podejściom przedsiębiorców, zakładającym kryptowaluty jako substytut pieniądza tradycyjnego. Blockchain może zatem przyczynić się do zmiany sposobu, w jaki ludzie będą płacić za towary w realnym świecie. Właściciele domów ponoszą znaczne koszty transakcji przy zakupie nieruchomości. Według Goldman Sachs, „*blockchain może zmniejszyć składki na ubezpieczenie tytułu i wygenerować 2-4 miliardy dolarów oszczędności w skali kraju (USA), redukując błędy i wysiłek ręczny*”²¹.

Podczas gdy informatycy skupiają się głównie na technicznych i kryptograficznych wyzwaniach w tej dziedzinie, naukowcy z dziedziny inżynierii systemów informatycznych i innych nauk mają możliwość skoncentrowania się na projektowaniu rynku, kwestiach zaufania i prywatności oraz

¹⁷ F. Glaser, , *Pervasive...*, *op. cit.*

¹⁸ Federal Bureau of Investigation, *Bitcoin virtual currency: intelligence unique features present distinct challenges for deterring illicit* i European Central Bank, *Virtual Currency Schemes 2012*, <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>> , dostęp 28 maja 2018 r.

¹⁹ W.J. Luther, L.H. White, *Can bitcoin become a major currency?*, “GMU Working Paper in Economics”, nr 14-17, 2014 <<http://bahler.co/wp-content/uploads/2016/11/Can-Bitcoin-Become-a-Major-Currency.pdf>>, dostęp 28 maja 2018 r.

²⁰ F. Glaser, K. Zimmermann, M. Haferkorn, M. Weber, M. Siering (2014) *Bitcoin-asset or currency? Revealing users' hidden intentions*, [w:] *Proceedings of the 22nd European Conference on Information Systems*, Tel Aviv 2014, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425247>, dostęp 28 maja 2018 r.

²¹ Goldman Sachs, *Profiles in Innovation – Blockchain*, 2016 <<http://www.the-blockchain.com/docs/Goldman-Sachs-report-Blockchain-Putting-Theory-into-Practice.pdf>>, dostęp 28 maja 2018 r.

odpowiedniego przyjęcia i implementacji nowej technologii. Co więcej, ta przełomowa innowacja może zmienić wiele istniejących modeli biznesowych, stworzyć nowe. Może mieć poważny wpływ na całe gałęzie przemysłu. Dlatego prowadzone są badania na pograniczu technologii, rynków i modeli biznesowych. Czy technologia ta będzie się rozwijać czy zostanie porzucona zależy przede wszystkim od ludzi, społeczności i rządów.

2. Aspekty regulacyjne oraz szanse i zagrożenia związane z blockchain

Jak już wspomniano, kryptowaluty budzą duże kontrowersje wśród wielu podmiotów, poprzez to, iż omijają konwencjonalne systemy finansowe, obrotu gotówkowego i bezgotówkowego, czyli banki i instytucje finansowe które pośrednicząc w obrocie tworzą swój kapitał. Jest to na pewno negatywne zjawisko z punktu widzenia tych instytucji ponieważ tracą one potencjalny zysk, tracą także państwa poprzez to, iż od tych transakcji nie jest odprowadzany podatek, tak jak w tradycyjnej formie obrotu finansowego. Innym bardzo ważnym aspektem z prawnego punktu widzenia, jest tak naprawdę pełna anonimowość transakcji oraz brak kontroli przepływu środków, ponieważ nie istnieje jeden emitent i pośrednik, który może zbierać dane na temat poszczególnych ruchów kapitału. W związku z tymi faktami powstają wątpliwości natury prawnej, czy taki system jest bezpieczny dla państw oraz dla poszczególnych jednostek. Wiele podmiotów publicznych w wielu państwach sprzeciwia się stanowczo legalności tego typu rozwiązań, jednak samo zablokowanie działań związanych z przepływem kryptowalut nie jest łatwe ponieważ nie da się dotrzeć do źródła, czyli pomiotu oferującego dane usługi ze względu na jego swoistość. Dochodzi tu także zagrożenie dotyczące prowadzenia tak zwanej polityki pieniężnej przez rządy czy banki centralne, które często regulują rynek pieniądza we własnym kraju. Fakty te napawają niepokojem podmioty publiczne, które w kryptowalutach często widzą zagrożenie, chociażby tak zwanego prania brudnych pieniędzy czy finansowania nielegalnych działań. Obrót kryptowalutami stwarza nowe stany faktyczne dla wielu dziedzin prawa, poczynając od prawa finansowego, poprzez prawo handlowe, bankowe, gospodarcze publiczne kończąc na prawie cywilnym i karnym.

Przepisy prawne na całym świecie próbują dostosować się do nowych realiów stworzonych przez możliwości jakie niesie technologia blockchain. W wielu krajach oraz instytucjach międzynarodowych odbywają się prace nad przepisami regulującymi nowe zjawisko jakim jest ruch kapitału za pomocą nowatorskiej technologii.

Ustawodawstwo, związane z kryptowalutami jest obecne także w Polsce. Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w art. 2 pkt 2 ppkt 26) zawiera definicję tak zwanej waluty wirtualnej:

„26) walucie wirtualnej – rozumie się przez to cyfrowe odwzorowanie wartości, które nie jest:

- a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej,
- b) międzynarodową jednostką rozrachunkową ustanawianą przez organizację międzynarodową i akceptowaną przez poszczególne kraje należące do tej organizacji lub z nią współpracujące,
- c) pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
- d) instrumentem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
- e) wekslem lub czekiem

– oraz jest wymienne w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze i akceptowane jako środek wymiany, a także może być elektronicznie przechowywane lub przeniesione albo może być przedmiotem handlu elektronicznego;”²².

Ustawa definiuje w sposób generalny wszelkie potencjalne, cyfrowe możliwości rozliczania się przez Internet. Wylicza w sposób enumeratywny wszystkie określone ustawą środki płatnicze i rozliczeniowe, elementy które nie kwalifikują się jako waluty cyfrowe. Reszta nie uregulowanych sposobów może być w takim wypadku interpretowana jako waluty cyfrowe. Należy przyjąć, iż ustawodawca w głównej mierze miał na myśli przede wszystkim kryptowaluty, których znaczenie w procesach rozliczeniowych stale rośnie. W uzasadnieniu do projektu omawianej ustawy można przeczytać iż służy ona „dostosowaniu przepisów do potrzeb efektywnego przeciwdziałania wprowadzeniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu”²³.

Definicja waluty wirtualnej jest określona bardzo szeroko i nie obejmuje w tym opisie samych kryptowalut w takiej formie w jakiej jest ona powszechnie znana. W konsekwencji wiele innych instrumentów może być kwalifikowanych jako waluty cyfrowe jeśli spełniają założenia przepisów ustawy. Zgodnie z tą ustawą można bowiem, jako waluty cyfrowe,

²² Dz.U. z 2018 r. poz. 723, ze zm.

²³ Rządowy projekt ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, <<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=A905E48ECE0F86EFC125822B00517DAA>>, dostęp 05.08.2018 r.

zinterpretować wszelkiego rodzaju wirtualne produkty, które można wymienić na realny pieniądź, lub odwrotnie.

Poprzez zdefiniowanie kryptowalut przez ustawodawcę i dokonanie ich klasyfikacji, kryptowaluty będą uznawane w Polsce za rodzaj prawa majątkowego, mimo iż nie będą stanowiły prawnego środka płatniczego. Dzięki tej regulacji zwiększy się zakres kontroli podmiotów zajmujących się kryptowalutami²⁴.

Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie (o sygnaturze akt II FSK 488/16) dotyczącej obowiązku zapłaty podatku dochodowego od przychodu z tytułu obrotu kryptowalutami, wydał wyrok, w którym podtrzymał decyzję izby skarbowej, o obowiązku zapłaty podatku dochodowego od przychodu²⁵.

Należy zauważyć, iż już Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r., definiując pojęcie „mienie” podkreśliła, iż są to wszelkiego rodzaju aktywa, materialne lub niematerialne, ruchomości lub nieruchomości, rzeczowe aktywa trwałe lub wartości niematerialne i prawne oraz dokumenty lub instrumenty prawne w „*jakiegokolwiek formie, łącznie z elektroniczną lub cyfrową, zaświadczające o tytule prawnym do tych aktywów lub udziale w tych aktywach*”²⁶.

Także Komisja Nadzoru Finansowego jest bardzo aktywna na polu informacyjnym, w związku z pojawieniem się walut cyfrowych. Między innymi w „komunikacie w sprawie funkcjonowania giełd i kantorów kryptowalut” z dnia 6 czerwca 2018 r., informuje, iż „*podmioty prowadzące działalność w zakresie giełd i kantorów kryptowalut staną się instytucjami obowiązującymi w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu i będą w związku z tym musiały wykonywać wszystkie obowiązki tam wskazane. Dodatkowo prowadzenie tej działalności, w opinii KNF, wiązać się może z wykonywaniem czynności objętych właściwymi przepisami regulującymi działalność podmiotów na rynku finansowym, a co za tym idzie z obowiązkiem uzyskania stosowych zezwoleń KNF (...)*”²⁷.

²⁴ Definicja kryptowaluty w polskiej ustawie. Co to oznacza? <<http://prawoblockchain.pl/index.php/2018/03/07/pierwsza-definicja-kryptowaluty/>>, dostęp 05.08.2018 r.

²⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 06.03.2018 r., sygn. akt II FSK 488/16, <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C8296DC8B9>>, dostęp 05.08.2018 r.

²⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r., <https://www.finanse.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=589b1960-46fd-41f2-bf17-4adf96ae2e13&groupId=764034>, dostęp 05.07.2018 r.

²⁷ Komunikat w sprawie funkcjonowania giełd i kantorów kryptowalut, <https://www.knf.gov.pl/?articleId=61994&p_id=18>, dostęp 05.07.2018 r.

Podsumowanie

Rynek walut cyfrowych, jak nazwano je w ustawie, jest bardzo szerokim polem umożliwiającym dokonywanie transakcji finansowych, co za tym idzie brak kontroli i nadzoru może rodzić obawy, iż funkcjonowanie na tym rynku jest ryzykowne. Kontrola i nadzór w granicach nieingerowania w swobodę działalności gospodarczej zdaje się być czymś naturalnym. Najważniejsze jednak, aby działania administracyjne ingerowały w sposób minimalny w obrót gospodarczy, jednocześnie zapewniając odpowiedni poziom bezpieczeństwa dla obywateli.



A B S T R A C T

The article discusses the use of blockchain technology, especially in the circulation of cryptocurrencies. The author tries to present a definition and discuss both benefits and threats resulting from the use of new technology.

Wybrane prawnokarne aspekty prób samobójczych, nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy w samobójstwie.

Selected criminal-law aspects of suicide attempts, inclinations to suicide and help in suicide.

S T R E S Z C Z E N I E

W niniejszym przedłożeniu Autor rozważa problemy, które niesie samobójstwo człowieka z perspektywy prawa, a zwłaszcza prawa karnego, ze szczególnym zwróceniem uwagi na typ czynu zabronionego nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy w samobójstwie (art. 151 k.k.). Przedmiot opracowania będzie stanowić próba odpowiedzi na pytanie, jaki charakter ma dobro prawne w postaci życia ludzkiego i czy to ono stanowi lub musi stanowić wyłączny przedmiot ochrony przepisu art. 151 k.k.? Czy dalsze istnienie przepisu art. 151 w Kodeksie karnym jest naprawdę konieczne?

1. Wstęp

Samobójstwo uważane jest za rodzaj dobrowolnej śmierci człowieka¹. Najpopularniejszą jego definicję przedstawił É. Durkheim, uznając za nie „[...] każdy przypadek śmierci, który bezpośrednio lub pośrednio wynika z pozytywnego lub negatywnego działania ofiary, która wiedziała, że da ono taki rezultat”². To jedna z dziesięciu najczęstszych przyczyn zgonu na świecie, a głównymi przyczynami tego aktu są choroba psychiczna, nieporozumienia rodzinne oraz przewlekła choroba somatyczna³. Każda próba

¹ A. Lebedowicz, *Samobójstwo w ujęciu wielopłaszczyznowym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2013, nr 3, s. 82.

² É. Durkheim, *Samobójstwo. Studium z socjologii*, przekł. K. Wakar, Warszawa 2006, s. 51. Ciekawą, „karnistyczną” definicję podaje A. Wąsek: „(...) można określić samobójstwo jako zadanie sobie śmierci poprzez bezpośrednie lub pośrednie działanie lub zaniechanie działania, jeżeli sprawca – ofiara chciała tego skutku lub przewidując możliwość jego nastąpienia godziła się nań.” – tenże, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1981, s. 13.

³ A. Lebedowicz, *Samobójstwo...*, s. 83 i tamtejsze odesłania.

samobójcza skierowana jest przeciwko życiu ludzkiemu – jednemu z najcenniejszych, jak nie najcenniejszemu dobru w porządku prawnym wielu państw, w tym również Polski. Życie podlega ochronie konstytucyjnej, a także prawnomiędzynarodowej⁴. Za jeden z przejawów ochrony tegoż dobra można uznać istnienie w Kodeksie karnym przepisu art. 151, który zakazuje pod groźbą kary pozbawienia wolności od trzech miesięcy do lat pięciu doprowadzania drugiego człowieka do targnięcia się na własne życie poprzez namowę lub udzielenie pomocy⁵. Przepis ten znajduje się w polskim ustawodawstwie karnym od samego początku jego kodyfikacji w okresie międzywojennym – analogiczne brzmienie posiadały art. 228 Kodeksu karnego z 1932 r. i art. 151 Kodeksu karnego z 1969 r., różniąc się surowszym wymiarem dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą (sześć miesięcy pozbawienia wolności zamiast obecnych trzech)⁶. Występek z art. 151 k.k. jest przykładem typizacji, w której podżeganie i pomocnictwo podniesiono do rangi dokonania. Jest to konieczne ze względu na brak kryminalizacji samobójstwa i niemożność potraktowania namowy oraz pomocnictwa jako form zjawiskowych przestępstwa.

Przedmiot opracowania będzie stanowić próba odpowiedzi na pytanie, jaki charakter ma dobro prawne w postaci życia ludzkiego i czy to ono stanowi lub musi stanowić wyłączny przedmiot ochrony przepisu art. 151 k.k.? Zostaną również przedstawione problemy, które w prawie karnym niesie zagadnienie samobójstwa i namowy oraz pomocnictwa do samobójstwa. Czy słuszne są dywagacje przedstawicieli doktryny nad możliwością „sprawstwa poleceniowego bądź kierowniczego samobójstwa”, bezprawnością samobójstwa (m.in. stosunkiem obowiązku wyływającego z art. 162 k.k. wobec samobójcy), a także przede wszystkim, czy dalsze istnienie przepisu art. 151 w Kodeksie karnym jest konieczne?

2. Kryminalizacja samobójstwa na przestrzeni wieków jako wyraz ochrony życia ludzkiego

W starożytności występowały prawne regulacje, które dopuszczały samobójstwo oraz pomocnictwo do samobójstwa, oczywiście pod

⁴ Art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. – „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”, Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.; np. art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. – „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia”, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 zał.

⁵ Ustawa z 6 czerwca 1997 – Kodeks karny, tj. – Dz.U. z 2016 r., poz. 1137.

⁶ J. Malczewski, *Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11, s. 20.

pewnymi warunkami np. po wyrażeniu zgody przez odpowiednie władze⁷. Dopiero pod wpływem nauki Kościoła katolickiego w czasach średniowiecza zaczęto karać samobójców, zarówno tych, którym próba się powiodła – wtedy odmawiano chrześcijańskiego pochówku i bezczeszczono zwłoki (m.in. palono, wyrzucano na ulicę, wieszano czy łamano kołem), jak i tych, którzy przeżyli – nawet wymierzając karę śmierci⁸. Co ciekawe, karze podlegali również bliscy samobójcy, przykładowo w momencie konfiskaty jego majątku, a także w przypadku udanej próby, karano śmiercią przedstawiciela tej osoby, w celu odstraszenia potencjalnych naśladowców⁹. Oczywiście nie wszystkie późniejsze regulacje zabraniały tego czynu w każdych okolicznościach, dopuszczając wyjątki takie jak pozbawienie się życia z powodu nieuleczalnej choroby¹⁰. W Europie rozpoczęto odwrót od karalności samobójstwa dopiero w XVIII wieku, a ostatnie akty prawne dekryminalizujące targnięcie się na własne życie wydano w II połowie XX wieku¹¹. Singapur jest przykładem kraju, w którym w dzisiejszych czasach próba samobójcza jest zabroniona pod groźbą kary pozbawienia wolności do roku lub grzywny¹².

Zupełnie inne podejście do samobójstwa prezentowali Japończycy. Uznawali oni, że dobrowolne czy nawet wymuszone samobójstwo, stanowi „(...) dla samurajów formę śmierci pozwalającą na uratowanie własnego honoru (...)”¹³. Do tej pory uważają, że samobójstwo może zmazać winę za popełniony zły moralnie czyn, gdyż jest ono „(...) wyrazem woli wzięcia odpowiedzialności za dany czyn na siebie oraz prośbą o przebaczenie”¹⁴.

Jakie są zatem przyczyny tak odmiennego postrzegania samobójstwa oraz czym uzasadniano jego karalność? Wypada przytoczyć w tym miejscu trzy argumenty przeciwko samobójstwu autorstwa św. Tomasza z Akwinu, które jednocześnie uzasadniają jego karalność w dawnych czasach¹⁵. Samobójstwo jest zachowaniem człowieka stanowiącym trzykrotną sprzeczność:

1. z instynktem samozachowawczym i obowiązkiem poszanowania

⁷ M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, s. 352.

⁸ Tamże; A. Lebiegowicz, *Samobójstwo...*, s. 85.

⁹ M. Szeroczyńska, *Eutanazja...*, s. 352.

¹⁰ Wyjątki dopuszczały również np. *Lex Romana Visigothorum* czy *Constitutio Criminalis Carolina* – przykłady za M. Szeroczyńska, tamże.

¹¹ Anglia – 1963, Kanada – 1972, Irlandia – 1993, przykłady za M. Szeroczyńska, tamże, s. 352–353.

¹² Tamże, s. 353; A. Skorek, *Singapur: wzrost liczby samobójstw*, < <http://www.polska-azja.pl/singapur-wzrost-liczby-smaobojstw/>; [dostęp 19 października 2016 r.].

¹³ M. Szeroczyńska, *Eutanazja...*, s. 353.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ J. Malczewski, *Problemy...*, s. 22.

- własnej osoby (*felo per se* – zbrodnia przeciwko sobie), wynikającym z prawa naturalnego;
2. z prawem ludzkim, gdyż akt ten krzywdzi wspólnotę, do której należał samobójca (wystąpienie przeciwko społeczeństwu);
 3. z prawem boskim, ponieważ tylko sam Pan Bóg daje i odbiera życie, więc człowiek nie może uzurpować sobie tegoż prawa (grzech śmiertelny przeciwko V Przykazaniu)¹⁶.

Z tymi argumentami korespondują trzy elementy każdego aktu samobójczego według K. Manningera:

1. pragnienie zabicia siebie (element masochistyczny) – wystąpienie przeciwko instynktowi samozachowawczemu wpływającemu z prawa natury;
2. wola zabicia kogoś ze swojego otoczenia w następstwie własnej śmierci (element sadystyczny) – wystąpienie przeciwko środowisku, w którym znajduje się samobójca np. rodzinie, znajomym;
3. pragnienie śmierci – naruszenie prawa Pana Boga, w którego gestii znajduje się życie człowieka¹⁷.

Dlaczego zatem odstąpiono od karania samobójców? Otóż nierozsądnym w świetle prawa karnego byłoby ograniczenie kryminalizacji wyłączanie do formy stadialnej usiłowania (czy również przygotowania), gdyż martwej osoby nie sposób ukarać¹⁸. Nieludzkim jest również karać osobę, która decydując się na odebranie sobie życia przeżywa osobistą tragedię¹⁹. Dodatkowo samo zagrożenie odpowiedzialnością karną nie jest wystarczającym bodźcem odstrasającym potencjalnego samobójcę²⁰. Dla niego sankcja nie jest czymś najgorszym, co go może spotkać – tym jest dalsze życie. W takim wypadku państwo powinno mu pomóc lub przynajmniej nie reagować, a nie dodatkowo potępiać²¹. M. Cieślak przedstawia również trafny argument natury prawnokarnej – samobójca działa przeciw

¹⁶ J. Malczewski, tamże; R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część I*, [w:] T. Kalisz (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, T. XXXV, Wrocław 2015, s. 15.

¹⁷ Cyt. za A. Lebieńdowiczem, *Samobójstwo...*, s. 82. Wolę zabicia kogoś ze swojego otoczenia z punktu 2 wydaje się, że nie należy rozumieć dosłownie, lecz jako chęć wyrządzenia tej osobie krzywdy, ogromnego smutku aktem odebrania swojego życia.

¹⁸ R. Kokot uważa to za „intuicyjny argument o proceduralnym charakterze” – tenże, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część I*, *op. cit.*, s. 16. Argument ten wskazuje również J. Malczewski, *Problemy...*, *op. cit.*, s. 22.

¹⁹ J. Malczewski, tamże, s. 23. A. Wąsek wprost pisze, iż „jak można karać tego, kogo życie już tak «pokarało», że jego naturalny instynkt życia został stłumiony? [...] karanie usiłowania samobójstwa byłoby karaniem ofiary [...] mogłoby mobilizować desperatów do szukania bardziej sposobów pozbywania się życia” – tenże, *Prawnokarne...*, *op. cit.*, c s. 48.

²⁰ J. Malczewski, tamże, s. 22.

²¹ Tamże, s. 23; R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część I*, *op. cit.*, s. 19 i tamtejsze odesłania.

w anormalnej sytuacji motywacyjnej, skoro wbrew instynktowi samozachowawczemu próbuje pozbawić się życia; w związku z tym nie można mu przypisać winy i dlatego kryminalizacja samobójstwa jest bezsensowna²². Pozostałe argumenty za legalnością samobójstwa (i z oczywistych względów będące jednocześnie argumentami przeciwko karalności tego zjawiska) zostaną przedstawione w ostatnich akapitach niniejszego opracowania.

Za K. Burdziakiem należy wskazać, że „polskie prawo karne nigdy nie przewidywało i wciąż nie przewiduje karalności samobójstwa”²³. Niemniej należy się zgodzić z tym, że targnięcie się na własne życie stanowi czyn budzący emocje w społeczeństwie, a samobójca postrzegany jest różnie – od podziwu, przez współczucie do pogardy czy strachu²⁴. Samo zaś samobójstwo odbierane jest także rozmaicie, jako prawo człowieka do decydowania o zakończeniu swojego życia, ucieczka od niego czy tchórzostwo bądź oceniany nagannie akt ze względu na wyznawaną religię lub posiadaną moralność²⁵.

Niektórzy autorzy rozważają możliwość wypełnienia przez czyn samobójcy znamion z art. 148 k.k., 156 k.k., 157 k.k. czy 160 k.k., gdyż zawierają one określenie „człowiek”, a nie „inny człowiek”²⁶. Oczywiście nie jest to możliwe, ponieważ sprzeciwia się temu wykładnia celowościowa oraz systemowa²⁷. Uznanie możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za usiłowanie zabójstwa człowieka, którzy przeżył nieudaną próbę samobójczą prowadziłoby do absurdu, a zakaz tego typu wykładni jest powszechnie znany w jurysprudencji. To samo tyczy się pozostałych przestępstw przeciwko zdrowiu, których znamiona pozornie wypełnia akt samobójczy niezakończony sukcesem. Niedoszły samobójca może jedynie odpowiadać karne w przypadku, gdy próbą odebrania swojego życia naruszył bądź zagroził innym poza własnym życiem lub zdrowiem, dobrom chronionym, przykładowo za przestępstwo z art. 164 § 1 k.k., gdy celem zatrucia się spowodował wyciek gazu w mieszkaniu²⁸. Niekaralność samobójstwa nie oznacza jednak

²² Cyt. za R. Kokot, tamże.

²³ K. Burdziak, *Samobójca czy zabójca? Kilka słów na temat statusu samobójstwa w polskim prawie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, Nr 4, s. 132.

²⁴ R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część I, op. cit.*, s. 14.

²⁵ Tamże, s. 15.

²⁶ Np. K. Burdziak, *Samobójca...*, op. cit., s. 130-143; o art. 148 k.k. w kontekście samobójcy pisze również M. Budyn-Kulig, *Rozdział I. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 140.

²⁷ M. Budyn-Kulig, tamże; Ł. Pohl słusznie zauważa, że w takim wypadku niepotrzebne byłoby istnienie art. 151 k.k.; tenże, *Kierowanie...*, op. cit., s. 526.

²⁸ Lub ewentualnie z art. 164 § 2 k.k., choć trudno wykazać brak przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego przy opisanym stanie faktycznym. Odpowiedzialność karna

całkowitej bezkarności zjawisk poprzedzających próbę targnięcia się człowieka na własne życie, czego dowodem jest istnienie normy art. 151 k.k.

3. Przedmiot ochrony typu czynu zabronionego z art. 151 k.k.

Znaczną część doktryny podnosi, iż przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 151 k.k. jest życie człowieka²⁹. Czy jest ono jedynym przedmiotem ochrony, a może tylko dalszym, gdyż niektórzy autorzy uważają, że ratio legis normy z art. 151 k.k. stanowi swoboda każdego z nas w decydowaniu o osobistym zakończeniu swojej egzystencji (wolność od nacisków ze strony innych osób w tym zakresie)?³⁰ Pamiętać trzeba w tym miejscu o tym, że większość samobójców boryka się w myślach jednocześnie z pragnieniem śmierci, a chęcią dalszego życia³¹. Wydaje się słusznym znalezienie kompromisu pomiędzy tymi poglądami, którym jest teza V. Konarskiej-Wrzošek, uznającej, że „przepis art. 151 k.k. chroni życie człowieka przed samounicestwieniem niewynikającym z własnej inicjatywy oraz przed jakimikolwiek formami udzielania pomocy do samobójstwa, z uwagi na bezcenną wartość, jaką stanowi życie każdego człowieka”³². Pogląd ten winno się zaakceptować jako pozwalający zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy indywidualnym przedmiotem ochrony omawianego typu czynu zabronionego, a takowymi w przypadku pozostałych przestępstw przeciwko życiu z rozdziału XIX Kodeksu karnego.

za przestępstwo zabójstwa (nie można wykluczyć, że w typie uprzywilejowanym z art. 150 k.k.) grozi osobom, które chcąc popełnić tzw. „samobójstwo rozszerzone”, czyli poprzedzone zabójstwem najczęściej osób najbliższych, przeżywają próbę samobójczą – pisze o tym szczegółowo A. Wąsek, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 98–99.

²⁹ Patrz chociażby J. Malczewski, *Problemy...*, *op. cit.*, s. 26, 27 i tamtejsze odesłania; K. Wiak, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 865; R. Kokot, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 907; M. Budyn-Kulig, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 419.

³⁰ Np. J. Malczewski, *Problemy...*, *op. cit.*, s. 27. P. Konieczniak jako ratio legis istnienia przepisu art. 151 k.k. uznaje właśnie chęć „(...) odsunięcia osób trzecich od wpływu na samobójcę (...)”, uzasadniając to w przekonujący sposób: „Dlaczego zaś nie chcemy, by na samobójstwo miały wpływ osoby trzecie? Dlatego, że samobójca – racjonalnie czy nie – podejmuje i wykonuje decyzję własną w sprawie życiowo fundamentalnej dla niego. Jego intencje są klarowne: z powodów, które subiektywnie uważa on za ważne (może się najwyżej mylić), chce przestać żyć”, tenże, *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 5, s. 75.

³¹ A. Wąsek, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 32.

³² V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] taż (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 740–741.

4. Analiza pozostałych znamion typu czynu zabronionego z art. 151 k.k.

Omawiany występek jest przestępstwem powszechnym. Stroną podmiotową charakteryzuje zamiar bezpośredni w przypadku namawiania do targnięcia się na własne życie (namowa ma wyraźnie intencjonalny charakter – sprawca chce doprowadzić inną osobę do samobójstwa), zaś udzielenie pomocy w tym zakresie może zostać popełnione w obu postaciach umyślności, także gdy sprawcę cechuje charakterystyczna dla zamiaru ewentualnego „obojętność” w stosunku do tego, czy jego pomoc doprowadzi inną osobę do podjęcia próby samobójczej³³.

Norma art. 151 k.k. kryminalizuje „doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie” poprzez namowę lub udzielenie pomocy. Użycie takiego zwrotu przez ustawodawcę powoduje uznanie za skutek omawianego czynu zabronionego samo podjęcie przez drugą osobę próby samobójczej (usiłowanie samobójstwa), a nie śmierć pokrzywdzonego³⁴. W przypadku, gdy pokrzywdzony nie podejmie próby samobójczej, sprawca powinien ponieść odpowiedzialność za usiłowanie³⁵.

Należy pamiętać o tym, co zauważa J. Kosonoga-Zygmunt, iż „(...) wykładnia znamienia «doprowadza człowieka» w odróżnieniu od np. «powoduje śmierć» czy «zabija», winna uwzględniać możliwość swobodnego podjęcia przez suicydenta decyzji woli”³⁶. W związku z tym należy przyjąć za właściwą tezę Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 13 listopada 2009 r. uznał „(...) iż osoba, którą się namawia lub której udziela się pomocy do targnięcia się na własne życie, musi ze względu na swo-

³³ Tak uważa większość doktryny – patrz J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa i udzielenie pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2015, Nr 11, s. 51.

³⁴ Zwraca na to uwagę K. Burdziak, tenże, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 4, s. 178. Może to stanowić zarówno „usiłowanie udolne” popełnienia samobójstwa, jak i „nieudolne” np. poprzez użycie środka nienadającego się do pozbawienia życia (np. połknięcie cukierków zamiast trucizny). Inaczej sądzi A. Wąsek, który uważa, że w przypadku „usiłowania nieudolnego” popełnienia samobójstwa, sprawca namawiający lub udzielający pomocy powinien ponosić odpowiedzialność jak za usiłowanie (art. 151 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k.), gdyż nie powinno stosować się analogii *in mala partem*. – tenże, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 59. Nie należy podzielić tego poglądu, ponieważ jak już była mowa, art. 151 k.k. chroni życie człowieka przed samounicestwieniem niewynikającym z własnej inicjatywy, w związku z tym każde podjęcie próby samobójczej (nawet obiektywnie niemożliwej od samego początku – jak w podanym przykładzie połknięcie garści cukierków zamiast tabletek nasennych) narusza wspomniane dobro, a sprawca doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie (nie tylko „usiłuje” doprowadzić).

³⁵ K. Wiak, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 865; L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Pilar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 859.

³⁶ J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa...*, *op. cit.*, s. 64.

je właściwości psychiczne być w stanie rozpoznać w pełni znaczenie czynu i pokierować swoim postępowaniem. Przy braku takiego rozeznania (dziecko, osoba niepoczytalna), czyn sprawcy może być uznany za przestępstwo z art. 148 k.k.”³⁷.

Oczywiście przyjęcie tego poglądu rodzi wiele problemów – z wyznaczeniem granicy wieku osoby, która może swobodnie podjąć decyzję o zakończeniu własnego życia, ustaleniem stopnia poczytalności wymaganej w tym zakresie oraz z właściwą oceną przez sprawcę (namawiającego lub pomagającego) zajścia tych przesłanek³⁸. Nie są to zagadnienia łatwe, a szczególny kłopot powoduje ustalenie granicy wieku osoby zdatnej do podjęcia tak ważnej decyzji, jak tej o próbie odebrania swojego życia³⁹. Pozornie wydaje się być słusznym wskazanie ukończenia 15 roku życia jako owej granicy, biorąc pod uwagę możliwość ponoszenia odpowiedzialności karnej piętnastolatka za zbrodnię zabójstwa oraz fakt, iż wiek ten stanowi granicę umożliwiającą rozpoczęcie współżycia seksualnego w polskim porządku prawnym. Jednakże życie jest dobrem o wiele cenniejszym niż wolność seksualna, a ponadto choć piętnastolatek może być zdolnym do rozpoznania znaczenia czynu, jakim jest pozbawienie życia człowieka, to jednak zgodnie z art. 10 § 2 k.k. odpowiada karnie wyłącznie fakultatywnie⁴⁰. W przypadku skutecznej próby samobójczej za późno jest na badanie, czy jego stopień rozwoju umożliwiał swobodne podjęcie decyzji o targnięciu się na własne życie. Można suponować, że wiek zasadniczej zdolności do ponoszenia odpowiedzialności karnej – ukończenie 17 roku życia, jest już odpowiedni, by uznać, że osoba potrafi rozeznąć wartość życia i podjąć świadomie decyzję o jego zakończeniu⁴¹. Jednak nie powinno się tego jednoznacznie przesądzać, a dolną granicę wieku uzasadniającego zdolność do rozpoznania znaczenia i skutków aktu samobójczego należy rozpatrywać indywidualnie *a casu ad casum*⁴².

³⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 13 listopada 2009 r., II AKa 276/09, LEX 784247, cytowany również przez J. Kosonogę-Zygmunt, tamże, s. 59. Zaprezentowany pogląd ten jest szeroko popierany w doktrynie.

³⁸ A. Wąsek rozważa te kwestie, wskazując m.in. różne granice wiekowe, tenże, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 71–79. Jako poczytalność przyjmowana jest w tym opracowaniu zdolność do rozpoznania znaczenia swojego czynu (próby samobójczej) oraz możliwość pokierowania swoim postępowaniem. *In contrario* – niepoczytalność do brak tak rozumianej poczytalności.

³⁹ A. Wąsek wskazuje, że może to być ukończenie lat 13, 15, 17, 18, tamże, s. 74. A. Zoll sugeruje ukończenie lat 16 powołując się na przepisy ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 2015 r., poz. 464, tj. ze zm., tenże, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] tenże (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II*, Kraków 2008 *Komentarz...*, op. cit., s. 268.

⁴⁰ M.in. jeżeli stopień rozwoju nieletniego za tym przemawia.

⁴¹ Siedemnastolatek bowiem bez żadnych wyjątków odpowiada karnie za zbrodnię zabójstwa. A. Wąsek przyjmuje jednak ukończenie 18 roku życia (pełnoletności) jako właściwą przesłankę, tenże, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 75.

⁴² Tak też sugeruje V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz...*, op. cit., s. 743.

Oczywistym jest fakt, że świadomej decyzji o zakończeniu własnego życia nie może podjąć osoba niepoczytalna. Natomiast zbytnim rozszerzeniem odpowiedzialności karnej byłoby uznanie, iż namowa lub udzielenie pomocy do samobójstwa osoby o poczytalności ograniczonej można kwalifikować jako usiłowanie zabójstwa⁴³. Wynika to z tego, że w niektórych przypadkach (a może nawet w wielu) osoby podejmujące próbę samobójczą posiadają zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem w znacznym stopniu ograniczoną, co jest motywowane tą swoistą „anormalną sytuacją motywacyjną” w jakiej znajduje się człowiek chcący odebrać własne życie⁴⁴. Przyjęcie tego poglądu oczywiście nie wyklucza możliwości dokonania samobójstwa przez osoby w pełni świadome, które z określonych powodów np. śmiertelnej choroby, przedłużającego się cierpienia czy późnej starości chcą samodzielnie zdecydować o zakończeniu swojego żywota.

Przyjmując ukończenie 17 roku życia oraz przynajmniej ograniczoną poczytalność jako przesłanki świadomej i swobodnej decyzji o targnięciu się na własne życie, ewentualna odpowiedzialność sprawcy „namawiającego lub pomagającego” do samobójstwa za przestępstwo zabójstwa wymaga po jego stronie świadomości braku ich wystąpienia. Jeżeli zajdzie „błąd co do faktu” w tym zakresie, nie będzie możliwe przypisanie zamiaru popełnienia owej zbrodni, co powinno jednak spowodować odpowiedzialność karną za występki z art. 151 k.k.⁴⁵

Zabronione doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie może odbyć się na dwa sposoby – poprzez namowę lub udzielenie pomocy. W ten sposób ustawodawca zawęży możliwość rozumienia tego znamienia czasownikowego, wskazującego na związek przyczynowo-skutkowy

⁴³ A. Wąsek uważa jednak inaczej, że osoba o poczytalności ograniczonej nie ma prawa do samobójstwa, a przez to namowa lub pomoc jej udzielona powinna być kwalifikowana z art. 148 k.k., tamże, s. 18, 71.

⁴⁴ Jak twierdzi M. Cieślak: „Jeżeli nawet mamy do czynienia z człowiekiem zdrowym, który na skutek różnych przeżyć i bodźców zewnętrznych i chwilowej własnej podatności w danym momencie [poczytalność ograniczona – MG] postanowił na serio z sobą skończyć, to nie mamy absolutnie żadnej pewności co do tego, czy on jutro będzie obstawał przy swoich zamiarach”, tenże, *Głos w dyskusji*, [w:] *Człowiek w obliczu śmierci z uwzględnieniem etyki marksistowskiej, granic i praw reanimacji, Krajowa konferencja lekarzy i humanistów, Gdańsk 10 – 11 maja 1978 r.*, Gdańsk 1978, s. 67 – cyt. za A. Wąsek, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 35.

⁴⁵ A. Wąsek sugeruje, że błąd taki umożliwia skazanie sprawcy za przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci (art. 155 k.k.), lecz bardziej „życiowe” jest ukaranie go za omawiany występki z art. 151 k.k., tenże, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 77 i tamtejsze odesłanie. Należy zaznaczyć, że Autor przyjmuje pogląd J. Majewskiego, który uznaje, iż „wprowadzona do art. 28 § 1 k.k. przez nowelę z dnia 20 lutego 2015 r. zmiana w zakresie, w jakim chodzi o rezygnację z dotychczasowego brzmienia tego przepisu, ma charakter czysto porządkowy (...) i w związku z tym nie zmienia w żaden sposób przesłanek przypisywania umyślności. Zagadnienia rozważane dotychczas tradycyjnie w obrębie art. 28 § 1 k.k. należy de lege lata analizować w obrębie art. 9 § 1 k.k.” – J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 46.

między czynem sprawcy, a skutkiem w postaci podjęcia próby samobójczej przez pokrzywdzonego. W tym miejscu winno zastanowić się czy pojęcia „namowy” i „udzielenia pomocy” trzeba odróżnić od użytego w konstrukcji podżegania sformułowania „nakłaniania” i przy pomocnictwie „ułatwia popełnienie”⁴⁶.

W przypadku pierwszego z pojęć, niektórzy autorzy uznają, iż ustawodawca uczynił tak ze względów redakcyjnych⁴⁷. Oznacza to, iż pojęcie „namowy” należy utożsamiać ze sformułowaniem „nakłaniania” z art. 18 § 2 k.k.⁴⁸ Inni przedstawiciele doktryny sugerują, że pojęć tych nie wolno interpretować tak samo i to im trzeba przyznać rację⁴⁹. Argumentem przemawiającym za tą tezą jest znany w jurysprudencji zakaz wykładni synonimicznej, zabraniający nadawania różnym zwrotom użytym przez ustawodawcę tego samego znaczenia, w dodatku podejmowanego na niekorzyść sprawcy, poszerzającego jego odpowiedzialność karną. Podsumowując prowadzone na ten temat rozważania, jako namowę należy traktować, za R. Kokotem, „(...) oddziaływanie na sferę wolicjonalną drugiego człowieka, mające wytworzyć zamiar popełnienia samobójstwa, którego wcześniej nie było”⁵⁰. Znamię „namowa” wskazuje na to, że forma w jakiej sprawca oddziałuje na ofiarę zawężona pozostała wyłącznie do werbalnej⁵¹.

⁴⁶ A. Marek słusznie zauważa, że przy analizie przepisu art. 151 k.k. nie mają zastosowania przepisy części ogólnej dotyczące podżegania i pomocnictwa, jednakże „(...) przy wykładni użytych w art. 151 k.k. pojęć (...) mają odpowiednie zastosowanie przepisy o podżeganiu i pomocnictwie”; tenże, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 312. Zachodzi pytanie, czy rzeczywiście trzeba stosować je odpowiednio, a może jednak wprost?

⁴⁷ J.Kosonoga-Zygmunt uważa, że „posłużenie się przez ustawodawcę terminem «namowa», nie zaś «nakłanianie», uzasadnić należy przede wszystkim względami natury językowej. W art. 18 § 2 k.k. słowo nakłaniania ma formę czasownikową, zaś w art. 151 k.k. namowa występuje w formie rzeczownikowej. Użycie w art. 151 k.k. formuły właściwej dla podżegania (...) wydaje się nie tylko wątpliwe znaczeniowo, ale również mogłoby rodzić wątpliwości interpretacyjne”, *taż*, *Namowa...*, *op. cit.*, s. 50.

⁴⁸ Tak uważa A. Zoll, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 266 czy A. Marek, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 312.

⁴⁹ Np. J. Giezek, *Komentarz do art. 151 k.k.*, tenże (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 194; L. Tyszkiewicz, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 859; O. Górniok, *Komentarz do art. 151 k.k.*, O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003, s. 909; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 250.

⁵⁰ R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część II*, *op. cit.*, s. 28.

⁵¹ Tak twierdzą K. Burdziak, *Kierowanie...*, *op. cit.*, s. 180; R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część II*, [w:] T. Kalisz (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Tom XXXVI*, Wrocław 2015, s. 25; A. Marek, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 312. Niektórzy autorzy dopuszczają namawianie w formie niewerbalnej np. B. Michalski, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117-221*, Warszawa 2006, s. 271; M. Budyn-Kulig, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 419. Pogląd ten z przyczyn wskazanych powyżej nie wydaje się być słusznym.

Bardzo duży problem niesie ze sobą prawnokarna ocena wpływu na doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie za pomocą przemocy, groźby, szantażu lub podstępu⁵². M. Szeroczyńska uważa, iż art. 151 k.k. „(...) karze (...) takie zachowanie sprawcy, które niezależnie od użytej metody (ustawa nie wymaga bowiem, jak przy zgwałceniu, ani przemocy, ani groźby, ani podstępu, ani nawet jak przy znęcaniu z następstwem w postaci samobójstwa – negatywnego zachowania sprawcy jest przyczyną zaistnienia po stronie pokrzywdzonego zamiaru odebrania sobie życia”⁵³. Tego stwierdzenia nie sposób uznać za słuszne nawet utożsamiając pojęcie „namawiania” z „nakłanianiem”, co w poprzednim akapicie zostało odrzucone. Analiza znamion typów czynów zabronionych z art. 152 § 2 k.k. i 153 § 1 k.k. wykazuje, że ustawodawca na gruncie części szczególnej Kodeksu karnego (przepisów rozdziału XIX) odróżnia „nakłanianie” od innego rodzaju oddziaływania na człowieka (przemocy, groźby bezprawnej i podstępu). Nie sposób też zgodzić się z autorami, którzy przyjmują kwalifikację doprowadzenia do samobójstwa za pomocą groźby lub przemocy z art. 148 § 1 k.k. (gdy sprawca odbierze sobie życie lub z art. 148 k.k. § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k., gdy próba samobójcza zakończyła się niepowodzeniem), tłumacząc to faktem, iż „w przypadku form przymusowego oddziaływania trudno mówić o «swobodnie podjętej decyzji woli»” ze strony samobójcy odbierającego swoje życie⁵⁴. Czy taka wykładnia nie stanowi rozszerzenia pola kryminalizacji zabójstwa, co jest niedopuszczalne ze względu na funkcję gwarancyjną prawa karnego? Ponadto, przecież potencjalny samobójca ma pozostawiony wybór, pomimo dużego nacisku na jego wolę⁵⁵. Sprawca, który groźbą, przemocą lub podstępem doprowadza inną osobę do targnięcia się na własne życie nie wypełnia znamion żadnego typu czynu zabronionego. Jest to niewątpliwie luka w prawie, która powinna zostać uzupełniona wyłącznie decyzją ustawodawcy.

⁵² Wyobrażenie sobie namawiania osoby do samobójstwa za pomocą groźby, przemocy czy szantażu nie rodzi problemów. Należy pamiętać tylko, że samobójstwo pokrzywdzonego popełnione w wyniku długotrwałego stosowania przemocy, niosącego znamiona znęcania się, rodzi dla sprawcy odpowiedzialność karną z art. 207 § 3 k.k. Zaś przykład zastosowania podstępu przy namawianiu do targnięcia się na własne życie podaje J. Kosonoga-Zygmunt, gdy sprawca zawiadamia inną osobę o rzekomej katastrofie życiowej i radzi jej popełnienie samobójstwa, tenże, *Namowa...*, op. cit., s. 54. Możliwe jest również wprowadzenie w błąd niestabilnego psychicznie potencjalnego samobójcy np. wmawiając mu śmiertelną chorobę czy przekazując nieprawdziwe wiadomości o jego bliskich (ich śmierci, zdradzie małżeńskiej), szczególnie w sytuacji, w której ten nie jest w stanie sprawdzić ich prawdziwości.

⁵³ M. Szeroczyńska, *Eutanazja...*, op. cit., s. 388. Autorkę cytuje także J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa...*, op. cit., s. 53.

⁵⁴ Tak uważa J. Kosonoga-Zygmunt, tamże, s. 56. Tak samo sądzi L. Tyszkiewicz, traktując namawianie stanowiące znamię z art. 151 k.k. wężiej od podżegania, ponieważ „wyłączona jest tu groźba, co pozwala sądzić, że jej zastosowanie w odniesieniu do żądania samobójstwa powinno być uznane za dokonanie bądź usiłowanie zwykłego zabójstwa”, tenże, *Komentarz...*, op. cit., s. 859.

⁵⁵ Może zgłosić sprawę na Policję, wykryć podstęp itp.

Przedstawiciele doktryny mierzyli się również z próbą dokonania prawnokarnej oceny kierowania wykonaniem samobójstwa i polecenia jego dokonania⁵⁶. Oczywiście jest fakt, że zachowania opisane w art. 18 § 1 *in medio et in fine*, nazywane przez doktrynę sprawstwem kierowniczym i poleceniowym nie mogą odnosić się do samobójstwa, które nie jest czynem zabronionym. Nie zachodzi tutaj relacja pomiędzy sprawcą wykonawczym i niewykonawczym, lecz pomiędzy sprawcą, a ofiarą⁵⁷. Z powodów opisanych w poprzednim akapicie (zakaz wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy) nie powinno się ich również kwalifikować jako form sprawczych przestępstwa zabójstwa⁵⁸. Nie mogą także być utożsamiane z „namawianiem” stanowiącym znamię strony przedmiotowej typu czynu zabronionego z art. 151 k.k. nawet przy przyjęciu, że jest ono tożsame z nakłanianiem⁵⁹. Ł. Pohl w ramach jednej z propozycji sugeruje, by uzupełnić przepis art. 151 k.k. o odrębne typy czynów zabronionych polegających na kierowaniu wykonaniem samobójstwa oraz poleceniu jego wykonania, zagrożone wyższą sankcją⁶⁰. Pomysł wydaje się być słusznym, o ile do typu kwalifikowanego kryminalizującego polecenie wykonania samobójstwa, zawrze się doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie za pomocą przemocy, groźby lub podstępów. Wątpliwości rodzi jednak fakt, czy wprowadzenie owych nowych typów czynów zabronionych nie byłoby przykładem dokonania typizacji akademickiej⁶¹. Taki zabieg legislacyjny I. Andrejew definiuje jako „tworzenie typów przestępstw

⁵⁶ Np. Ł. Pohl, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa oraz polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym (analiza de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 523–530; K. Burdziak, *Kierowanie...*, *op. cit.*, s. 175–187, który dochodzi do wniosku, że sytuacja jest patowa, gdyż „uznanie, że kierowanie wykonaniem samobójstwa oraz polecenie jego wykonania są zachowaniami, którymi przekracza się normę sankcjonowaną zawartą w art. 151 k.k., byłoby co najmniej dyskusyjnym. Podobnie zresztą jak zakwalifikowanie tych zachowań według któregośkolwiek z paragrafów art. 148 k.k.”, tenże, *Kierowanie...*, *op. cit.*, s. 186.

⁵⁷ Co celnie podkreśla R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część II*, *op. cit.*, s. 31.

⁵⁸ Tak też konkluduje K. Burdziak, *Kierowanie...*, *op. cit.*, s. 185.

⁵⁹ Ustawodawca w art. 18 k.k. celowo rozróżnia sprawcze formy współdziałania (w tym sprawstwo kierownicze i poleceniowe) od niesprawczych (podżeganie zawierającego znamię „nakłaniania”). Z tym, że Ł. Pohl uważa, iż polecenie wykonania samobójstwa można kwalifikować jako „namowę”, zaś kierowanie wykonaniem samobójstwa jest jego zdaniem formą udzielenia pomocy; tenże, *Kierowanie...*, *op. cit.*, s. 526.

⁶⁰ Ł. Pohl, *Kierowanie...*, *op. cit.*, s. 528–529.

⁶¹ Już teraz liczba stwierdzonych przestępstw z art. 151 k.k. jest niewielka (w 2014 r. – 21, w 2013 r. – 15, w 2012 r. – 8), nie wiadomo ile z nich pozostaje niewykrytych, <<http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno/63420,Namowa-lub-pomoc-do-samobojstwa-art-151.html>>, [dostęp 25 października 2016 r.]. Wiąże się z tym fakt rzadkiego ujawniania współdziałania przy samobójstwie oraz rodzące się problemy dowodowe w tym zakresie, o czym wspomina A. Wąsek, tenże, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 56.

w praktyce zbędnych, użytecznych jedynie w zawitych przykładach wymyślonych w nauczaniu akademickim⁶².

Natomiast w przypadku drugiej odmiany zabronionej w art. 151 k.k. zachowania, jak podnosi R. Kokot, „udzielenie pomocy do samobójstwa, co do zasady, przy uwzględnieniu specyfiki zamachu samobójczego [cytowany autor trafnie wskazuje m.in. na brak zastosowania dobrodziejstw z art. 22 i 23 k.k. w tym przypadku – MG], odpowiada formule pomocnictwa [...]”⁶³. Nie mają racji autorzy, którzy traktują „udzielenie pomocy” z art. 151 k.k. wężej niż „ułatwienie” z art. 18 § 3 k.k.⁶⁴ Użycie innego pojęcia wynika tylko i wyłącznie z odmiennej redakcji obu przepisów – art. 18 § 3 k.k. dotyczy przecież „ułatwienia popełnienia czynu zabronionego”, zaś art. 151 k.k. „doprowadzenia do samobójstwa przez udzielenie pomocy”. Konstrukcja „przez udzielenie pomocy” jest użyta ze względu na znamię skutku „doprowadza do targnięcia się”, dlatego stanowi wyłącznie zabieg redakcyjny⁶⁵.

Udzielenie pomocy w doprowadzeniu człowieka do targnięcia się na własne życie może polegać na dostarczeniu narzędzi czy środków, udzieleniu rady lub informacji potencjalnemu samobójcy⁶⁶. Te przykładowe czynności

⁶² I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 47.

⁶³ R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część II*, *op. cit.*, s. 29.

⁶⁴ J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa...*, *op. cit.*, s. 57. Tak samo uważa J. Giezek, twierdząc, iż w przeciwieństwie do pomocnictwa, które może mieć miejsce w trakcie realizacji znamion czynu zabronionego, udzielenie pomocy przy popełnieniu samobójstwa nie może nastąpić w trakcie dokonywania próby samobójczej, ponieważ „(...) tym samym nie doprowadzałby – również w sensie czysto kauzalnym – do podjęcia takiego czynu, a tym samym nie można by mu było przypisać skutku, o jakim mowa w art. 151 k.k. W chwili udzielania pomocy skutek (targnięcie się na własne życie) byłby przecież już zrealizowany” – tenże, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 194. Jednak przyjmując pogląd A. Marka, który twierdzi, iż „zamach samobójczy traktowany jest w art. 151 jako skutek – bez względu na to, czy skończył się na usiłowaniu, czy został skutecznie dokonany”, to możliwe jest uznanie, że udzielenie pomocy nawet w trakcie próby samobójczej może zostać potraktowane jako wypełniające znamiona z art. 151 k.k.; tenże, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 313. Identyfikuje sędzi R. Kokot, uznając, że udzielenie pomocy może nastąpić aż do chwili wystąpienia skutku śmiertelnego, tenże, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 911. A. Wąsek uważa, iż „(...) mało znaczące wsparcie ofiary w trakcie jej samobójstwa, powinno być oceniane tylko na płaszczyźnie art. 151 k.k.”, tenże, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 106. Natomiast, gdy „pomoc” sprawcy wypełnia w jakikolwiek sposób znamię „zabija”, np. poprzez wstrzyknięcie trucizny, zepchnięcie ofiary stojącej na moście, odkręcenie kurka kuchenki gazowej itp., to takie zachowanie należy kwalifikować jako przestępstwo zabójstwa, najprawdopodobniej w uprzywilejowanym typie eutanatycznym z art. 150 k.k. – patrz. A. Wąsek, tamże.

⁶⁵ Pogląd ten wyraża również B. Michalski – „Udzielenie pomocy innej osobie do targnięcia się na jej życie» obejmuje wszelkie czynności umożliwiające lub ułatwiające popełnienie samobójstwa przez inną osobę. Regulujący pojęcie pomocnictwa art. 18 § 3 k.k. wyróżnia dwie odmiany tej zjawiskowej formy przestępstwa: pomocnictwo fizyczne, polegające w szczególności na dostarczeniu narzędzi lub środków ułatwiających popełnienie przestępstwa (według art. 151 k.k. – popełnienie samobójstwa) oraz pomocnictwo psychiczne, polegające np. na udzielaniu rad lub informacji.” – tenże, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 272.

⁶⁶ Tak uważa też R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi*

wymieniane są przy definiowaniu pomocnictwa. Należy pamiętać, że owo udzielenie pomocy jest możliwe tylko w przypadku, gdy pokrzywdzony posiada już zamiar pozbawienia siebie życia. W doktrynie i orzecznictwie reprezentowany jest pogląd, iż utwierdzenie czyjś wcześniej podjętego zamiaru popełnienia samobójstwa również może być traktowane jako namawianie⁶⁷. Nie jest on słuszny, gdyż zachowanie takie kwalifikować należy jako rodzaj psychicznego pomocnictwa⁶⁸. Podtrzymując istniejący zamiar, udzielamy ofierze zabronionej pomocy w popełnieniu samobójstwa, bo gdy dolus ten zniknie, to do próby samobójczej nie dojdzie. W przypadku gdy zamiar samobójcy istniał w chwili namawiania ze strony sprawcy, który to nie był tego świadom, istnieje możliwość poniesienia przez niego odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne⁶⁹. Oczywiście nie jest wykluczone, żeby sprawca przestępstwa równocześnie namawiał i pomagał w doprowadzeniu do targnięcia się na własne życie przez inną osobę albo udzielał tej pomocy po uprzednim wzbudzeniu zamiaru. Trafnie wskazuje R. Kokot, że „realizacja znamion art. 151 k.k. jest niezależna od tego, czy pokrzywdzony ma świadomość udzielanej mu pomocy”⁷⁰. Jak już zostało wspomniane, w przypadku udzielenia pomocy możliwe jest działanie sprawcy w zamiarze ewentualnym, gdy nie dąży on do doprowadzenia innego człowieka do targnięcia się na własne życie, ale godzi się z taką możliwością np. udzielając mu rady jak dopełnić samobójstwo.

Co ważne – pokrzywdzony tym przestępstwem musi być skonkretyzowany, a sprawca może oddziaływać zarówno na jedną osobę jak i na wiele podmiotów, byleby były one określone⁷¹. Omawiany występek w formie udzielenia pomocy przez zaniechanie, jak każde przestępstwo materialne, może popełnić wyłącznie gwarant nienastąpienia skutku, wtedy, gdy jak zaznacza A. Zoll, „sprawca prawnie, szczególnie zobowiązany do niedopuszczenia do zamachu samobójczego, nie reaguje na przygotowania do takiego zamachu”⁷².

na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część II, op. cit., s. 29.

⁶⁷ Pisze o tym J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa...*, op. cit., s. 50–51. Patrz tamtejsze odesłania. Także M. Budyn-Kulig, *Komentarz...*, op. cit., s. 419, A. Wąsek, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 61 i tamtejsze odesłania.

⁶⁸ Tak uważa też J. Kosonoga-Zygmunt, tamże, s. 51 czy B. Michalski, *Komentarz...*, op. cit., s. 272. Tak samo przyjmuje się, iż utwierdzenie sprawcy w zamiarze popełnienia przestępstwa może być traktowane jako pomocnictwo psychiczne.

⁶⁹ Pogląd ten wyraża R. Kokot, a popiera także J. Kosonoga-Zygmunt, tamże.

⁷⁰ R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k. Część II, op. cit.*, s. 30.

⁷¹ Tamże.

⁷² A. Zoll, *Komentarz...*, s. 267 – pogląd ten cytuje także J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa...*, op. cit., s. 57. Tak też pisze V. Konarska-Wrzosek, jednakże nie zaznaczając, że możliwość ta jest ograniczona wyłącznie do odmiany polegającej na udzieleniu pomocy, co wydaje się bardzo istotne, gdyż

Również w tej publikacji trzeba odnieść się krytycznie do słów K. Poklewskiego-Kozieźła, który uważał, iż „dyspozycja art. 151 przewiduje działanie sprawcy, który w jakimś własnym interesie, ze złą wolą dąży do pozbawienia życia określonego człowieka i w tym celu doprowadza do jego targnięcia się na własne życie (...)”⁷³. Już J. Warylewski słusznie zauważył, że wyraz „doprowadza” nie posiada negatywnych konotacji, tak jak sugeruje K. Poklewski-Kozieźł, a jest neutralny aksjologicznie i wskazuje na istnienie związku przyczynowego⁷⁴. Norma art. 151 k.k. nie przewiduje, aby zachowanie sprawcy musiało być znamienne motywacją, celem czy pobudką, zarówno dobrymi jak i złymi⁷⁵. Odpowiedzialności karnej podlega każdy, kto namową lub poprzez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, bez względu na szlachetność swoich celów np. chęci pomocy w zakończeniu cierpienia przewlekle chorego przyszłego samobójcy, która wynika z litości⁷⁶. Niemniej nie można nie zauważyć, iż K. Poklewski-Kozieźł pisał powyższe słowa w szczytnej intencji, by umożliwić pomoc w popełnieniu samobójstwa właśnie osobom nieuleczalnie chorym i cierpiących w sposób urągający godności człowieka, aczkolwiek realizacja jego postulatu braku odpowiedzialności karnej osoby, która pomaga samobójcy bez złych intencji, jest zasadniczo możliwa tylko w drodze zmian legislacyjnych, o których będzie mowa w ostatnim punkcie niniejszego opracowania.

Osobny problem rodzi kwestia nieumyślnego spowodowania samobójstwa⁷⁷. Choć temat ten wykracza poza ramy niniejszego opracowania, warto

nie jest możliwe namawianie pozbawione działania. *Komentarz...*, op. cit., s. 743. Przykładem udzielenia pomocy w popełnieniu samobójstwa przez zaniechanie będzie zachowanie lekarza, który nie zapobiega wstrzyknięciu sobie przez pacjenta trucizny lub odłączeniu przez niego aparatury podtrzymującej życia czy rodzica nie interweniującego w sytuacji, kiedy widzi zachowanie dziecka zmierzające do targnięcia się na własne życie itp. Inna kwalifikacja (z art. 150 k.k.) nastąpi tylko wtedy, gdy gwarant nie zapobiega skutkowi na żądanie człowieka, którego miał „chronić” przed nienastąpieniem skutku, i pod wpływem współczucia dla niego.

⁷³ K. Poklewski-Kozieźł, *Obowiązek ochrony życia pacjenta a prawo człowieka do godnej śmierci (głos w dyskusji)*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 109.

⁷⁴ J. Warylewski, *W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 3, s. 75.

⁷⁵ Tak samo uważa A. Wąsek, wskazując, że motyw i cel może wpływać jedynie na stopień społecznej szkodliwości danego czynu, tenże, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 63.

⁷⁶ Chociaż z drugiej strony A. Wąsek sugeruje, że w takiej sytuacji można zastosować w odniesieniu do konkretnego przypadku „wentyl bezpieczeństwa” w postaci znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy pomagającego w popełnieniu samobójstwa, tamże, s. 117–118. Pogląd ten winno się de lege lata zaakceptować, ale z zachowaniem dużej ostrożności.

⁷⁷ Rozważa to A. Wąsek, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 86–93. Przykładem takiego zachowania byłoby przekazanie przez lekarza błędnej diagnozy dotyczącej nowotworu zdrowemu w rzeczywistości lecz bardzo wrażliwemu pacjentowi, który po jej usłyszeniu popełnia samobójstwo, zostawiając list wskazujący, że przyczyną jego czynu była niemożność pogodzenia się z usłyszeniem diagnozy o chorobie. Można sobie również z łatwością wyobrazić sytuację, w której wrażliwy nastolatek targnie się na swoje życie z powodu internetowego hejtu dokonanego przez kolegę, zdającego lub

zasygnalizować jedynie, czy w takim przypadku byłoby możliwe wykazanie chociażby możliwości przewidywania popełnienia czynu zabronionego przez „nieumyślnego sprawcę samobójstwa”? Znamię „powoduje” występujące w normie art. 155 k.k. zezwala bowiem na szerokie ujęcie związku przyczynowo-skutkowego prowadzącego od niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach do skutku w postaci śmierci pokrzywdzonego.

5. Uwagi de lege ferenda

Nie można uznać za prawdziwy pogląd, według którego życie uznaje się za dobro podlegające bezwzględnej ochronie w polskim porządku prawnym⁷⁸. Być może rzeczywiście znajduje się ono na szczycie hierarchii dóbr, ale w niektórych przypadkach prawo zezwala na jego naruszenie. Argumentem popierającym postawioną tezę, który nie budzi żadnych wątpliwości, jest fakt, że prawodawca zezwala na pozbawienie życia napastnika w sytuacji, w której odpieramy bezprawny zamach na jakąkolwiek osobę w trakcie obrony koniecznej (art. 25 k.k.). Zaś człowiekowi śmiertelnie choremu wolno jest na podstawie normy art. 32 ust. 1 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty odmówić zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych⁷⁹. Pomimo tego A. Zoll twierdzi, iż „(...) życie człowieka jako wartość stanowiąca dobro społeczne (...)” nie pozostaje „(...) do swobodnej dyspozycji dzierżyciela tego dobra”⁸⁰. Takie rozumienie „prawa do życia” jako wartości społecznej niepodlegającej swobodnemu dysponowaniu przez człowieka, przeradza się wręcz w „obowiązek życia”, będący korelatem prawa, które posiada społeczność wobec jednostki⁸¹. Jest to nie do przyjęcia w dzisiejszym świecie, lecz niestety znajduje odzwierciedlenie w polskim porządku prawnym poprzez normę art. 150 k.k.,

mogącego sobie zdawać sprawę z kondycji psychicznej ofiary.

⁷⁸ Np. M. Królikowski podaje, że „żadna regulacja zawarta w systemie prawa polskiego nie wskazuje na możliwość dysponowania swoim życiem. (...) przepis art. 30 Konstytucji RP akcentuje **niezbywalność godności człowieka**, która trwa tak długo, jak on istnieje [...]”, tenże, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, Warszawa 2013, s. 224. Tylko czy właśnie godność człowieka nie wymaga zezwolenia mu na dysponowanie własnym życiem?

⁷⁹ Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 2015 r., poz. 464 tj., ze zm.

⁸⁰ A. Zoll, *Komentarz...*, op. cit., s. 266.

⁸¹ Tak trafnie wskazuje P. Konieczniak, *W sprawie...*, op. cit., s. 78. Cytowany autor smutno konstatuje, że przyjmując takie rozumienie, wartość społeczna (życie) „(...) ma trwać do momentu śmierci, choćby subiektywnie dla samobójcy (...) już żadnej wartości nie przedstawiało, ba, nabrało wartości ujemnej (...) My tymczasem mówimy mu: masz obowiązek żyć (i w konsekwencji: masz obowiązek cierpieć), ze względu na to, że twoje samobójstwo (zwłaszcza, jeśli wspomagane przez drugą osobę) może nam popsuć szacunek dla życia in abstracto i zdeprawować innych”, tamże.

która kryminalizuje zabicie człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, dając sądowi za ledwie możliwość w wyjątkowych wypadkach zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary bądź odstąpienia od jej wymierzenia. W związku z tym rzeczywiście życie jest według polskiego ustawodawcy uznawane za dobro, które nie posiada względnej wartości społecznej i nie może podlegać dysponowaniu przez człowieka, a tylko w bardzo ograniczonych, wręcz szczątkowych okolicznościach prawo zezwala na jego naruszenie⁸².

Samobójstwo jest niewątpliwie niepokojącym i szkodliwym społecznym zjawiskiem, jednak zapobieganie mu nie powinno odbywać się na drodze prawnokarnej. Większość doktryny uznaje, że nie jest ono czynem legalnym, podnosząc argument z przepisu 162 k.k.⁸³ Jest to słuszne, ale wyłączenie w połączeniu z art. 150 k.k., kryminalizującym tzw. „zabójstwo eutanatyczne”, a przy tym jednoznacznie wskazującym, że życie jest dobrem prawnym, którego dysponent nie może się wyzbyć. W związku z tym samobójstwo jest w polskim porządku prawnym czynem bezprawnym, ale z przyczyn wskazanych m.in. w niniejszym opracowaniu niekaralnym⁸⁴. W przypadku braku przepisu art. 150 k.k. i przyjęciu, że człowiek może dysponować własnym życiem, można byłoby uznać, że art. 162 k.k. nakazuje zasadniczo udzielenie pomocy człowiekowi, który znajduje się w niebezpieczeństwie niewywołanym bezpośrednio przez niego samego w celu pozbawienia własnego życia⁸⁵. To samo przekładałoby się na odpowiedzialność

⁸² Tak jak dobra o takiej właśnie cesze – patrz A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 93 i tamtejsze odesłania.

⁸³ M. Budyn-Kulig, *Rozdział...*, *op. cit.*, s. 140. A. Wąsek podaje, iż teoretycznie „(...) dla bytu przestępstwa nieudzielenia pomocy nie ma znaczenia (przepis o tym milczy), jakie ma być źródło niebezpieczeństwa [...], to znaczy, że te okoliczności są obojętne dla bytu przestępstwa, ergo kodeks karny nie uznaje prawa do samobójstwa”, tamże, s. 35. K. Burdziak uważa, że nie da się tego jednoznacznie określić, *Czy samobójstwo jest czynem zabronionym (czy jest zabronionym pod groźbą kary)? Rozważania na tle kodeksu karnego z 1997 roku (ze szczególnym uwzględnieniem art. 162 § 1 k.k.)*, [w:] J. Hartman, M. Szabat (red.), *Problematyka śmierci i umierania w perspektywie medycyno-kulturowej*, Warszawa 2016, s. 167.

⁸⁴ Narusza życie, czyli dobro chronione prawem i reguły postępowania z nim, lecz żadna norma sankcjonująca nie wprowadza za nie sankcji karnej (nie jest zabroniony pod groźbą kary przez ustawę karną – brak elementu formalnego przestępstwa).

⁸⁵ Co owszem rodziłoby konsekwencje dla ratujących w przypadku, gdy poszkodowany byłby nieprzytomny. Nie zawsze bowiem wiadomo, czy jest on ofiarą wypadku, czy sam celowo spowodował niebezpieczeństwo dla siebie. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości (a nawet więcej – **braku absolutnej pewności**, że niebezpieczeństwo celowo wywołał poszkodowany), ratujący musiałby podjąć próbę ratunku, a w sytuacji ujawnienia braku legalności takiego postępowania, gdyż gwałcącego prawo do odebrania sobie życia (rodzącego np. naruszenie nietykalności cielesnej, zakłócenie miru domowego, spowodowanie uszczerbku na zdrowiu), powołać się na błąd co do znamienia „znajdowania się w niebezpieczeństwie”, a przez to na brak zamiaru popełnienia przestępstwa (nieświadomość faktu, że sprawca dokonał dozwolonej przez prawo próby samobójczej). W obecnym stanie prawnym, przy uznaniu konieczności ratowania samobójcy, czynności ratownicze są legalne,

gwaranta, z wyjątkiem sytuacji, w której opiekowałby się osobą niezdolną do podjęcia próby samobójczej⁸⁶. W obecnym stanie prawnym istnieje wśród przedstawicieli doktryny zasadniczo przeświadczenie o obowiązku ratowania osoby podejmującej próbę samobójczą, choć w poniższym akapicie zostanie podjęta próba przedstawienia innego stanowiska.

Obowiązująca w Polsce regulacja dotycząca ochrony życia człowieka, a tym samym uniemożliwiająca mu otrzymanie jakiegokolwiek pomocy w samobójstwie jest niekonsekwentna, bowiem wspomniana już zasadnicza norma wypływająca z przepisów ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry dopuszcza udzielenie świadczeń medycznych pacjentowi przez lekarza dopiero po wyrażeniu przez pacjenta zgody⁸⁷. W przypadku opisywanym przez A. Wąska, gdy „(...) samobójca po udzieleniu mu niezbędnej pomocy, nawet wbrew jego woli, znajduje się dalej w stanie wymagającym zabiegów leczniczych, na które jednak w dalszym ciągu odmawia zgody”, lekarz nie może udzielić mu tej pomocy wbrew jego woli, a zatem umożliwi mu wystąpienie śmiertelnego skutku z opóźnieniem, ale w pełnej zgodzie z prawem⁸⁸. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia można zaryzykować stwierdzenie, iż na tej samej zasadzie powinno odstąpić się od ratowania przytomnego samobójcy, który sprzeciwia się w sposób nie rodzący żadnych wątpliwości podjęciu podstawowej akcji ratowniczej⁸⁹. Jest to dość szerokie zastosowanie analogii, jednakże nierodzące pogorszenia sytuacji prawnej sprawcy, a także będące w niektórych przypadkach korzyścią dla samobójcy⁹⁰. Potraktowanie tego poglądu za będący

gdyż nie naruszają dobra chronionego prawem, jakim jest życie poszkodowanego oraz reguł postępowania z nim.

⁸⁶ Czyli będącą w wieku poniżej lat 17 lub nie mogącą w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem.

⁸⁷ W dalszych wersjach rozważana będzie wyłącznie sytuacja osoby zdolnej do świadomego wyrażenia zgody w myśl wspomnianej ustawy.

⁸⁸ A. Wąsek, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 128. „(...) lekarz (...) nie przekracza żadnej normy sankcjonowanej (...), a to z uwagi na fakt, że postępując w ten sposób, nie narusza przewidzianych w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry reguł postępowania wobec dóbr prawnych w postaci zdrowia lub życia człowieka” – K. Burdziak, *Czy samobójstwo op. cit.*, s. 165. Taki przypadek będzie miał miejsce np. w sytuacji, gdy sprawca będzie chciał popełnić samobójstwo przez zatrucie tlenkiem węgla i w trakcie udzielania przez służby medyczne odzyska przytomność, po czym oświadczy iż odmawia dalszego koniecznego leczenia tlenem w komorze hiperbarycznej. Analogicznie można podać przykład osoby poszkodowanej w celowo spowodowanym wypadku samochodowym (sprawca uderza z dużą prędkością w drzewo czy filar wiaduktu), która będąc przytomną odmówi lekarzowi możliwości udzielenia świadczeń medycznych.

⁸⁹ Tak uważa J. Sawicki, cytując „poważnych teoretyków”, tenże, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 96 – cyt. za A. Wąsek, tamże, s. 131. Przykład niech stanowi stan faktyczny, w którym samobójca skacze do rzeki i krzyczy do świadków zdarzenia, aby go nie ratowali.

⁹⁰ Choć koniecznie należy pamiętać, że według niektórych badań prawie 80% samobójców pragnie być odratowanych; tylko 25% z tych, którzy przeżyli próbę samobójczą, ponawia ją; zaś 77%

w opozycji do normy wyływającej z art. 150 k.k. i art. 162 k.k. prowadzi do uznania wewnętrznej sprzeczności systemu prawa, gdyż tak samo przeciwko bezwzględnej ochronie życia człowieka stoi przepis art. 32 ust. 1 ustawy z 5 grudnia o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

Konieczne jest głębsze zastanowienie nad charakterem życia jako dobra prawnego, co ze względu na charakter i rozmiary tej publikacji może być wyłącznie powierzchowne. Czy dobro indywidualne powinno mieć zawsze wartość społeczną (a przez to podlegać ochronie prawnej) tylko wtedy, gdy dysponent jest zainteresowany jego ochroną? A może takie podejście jest skrajnie egoistyczne i trzeba uznać, iż życie człowieka jest cenne dla całego społeczeństwa (w tym dla jego rodziny, bliskich, współpracowników, pracodawcy, państwa) i dlatego nie może on nim dysponować? K. Poklewski-Koziełł twierdzi, że „art. 38 Konstytucji dotyczy ochrony życia przed kimś czy przed czymś, ale nie przed sobą samym – dysponującym życiem własnym zgodnie z konstytucyjnie zagwarantowaną zasadą wolności”⁹¹. Ponadto, jak zaznacza A. Wąsek, niektórzy autorzy uważają, iż w samobójstwie tkwi przejaw największej wolności człowieka – jest to zatem akt arcyłudzki, humanistyczny, niewystępujący w świecie zwierzęcym⁹².

Państwo nie może z prawa do życia konstruować obowiązku egzystencji⁹³. Wolność człowieka, zgodnie z zasadą proporcjonalności może być ograniczona tylko wtedy, gdy ograniczenie to stanowi efektywne narzędzie realizacji celu, gdy nie ma innych sposobów owej realizacji i gdy środki pozwalające na jego osiągnięcie cechują się jak najmniejszą dolegliwością dla jednostki (dla ograniczenia tej wolności)⁹⁴. W tym przypadku zakaz pomocy człowiekowi w pozbawieniu swojego życia nie stanowi efektywnego narzędzia przeciwdziałaniu samobójstwom. Istnieją także inne środki służące realizacji tego celu m.in. poprzez polepszanie warunków życia społeczeństwa czy rozwój medycyny, dający szansę na wyleczenie z ciężkich chorób lub ograniczenie przewlekłego bólu. Szeroko pojęty zakaz pomocnictwa w samobójstwie (zarówno art. 150 k.k. jak i 151 k.k.) jest też środkiem bardzo dolegliwym, praktycznie likwidującym prawo człowieka do decydowania o końcu swojego życia, pozostawiającym jedynie brak przestępności samej próby samobójczej.

Oczywiście zalegalizowanie samobójstwa w polskim porządku prawnym

uważa to zachowanie za największy błąd w swoim życiu – dane za A. Wąsek, tamże, s. 32.

⁹¹ K. Poklewski-Koziełł, *Obowiązek...*, op. cit., s. 108.

⁹² A. Wąsek, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 30.

⁹³ S. Glaser pisze: „W żadnym przypadku nie można przyjmować by człowiek miał prawny obowiązek żyć dla państwa [...]”, tenże, *Zabójstwo na żądanie*, Warszawa 1936, s. 47 – cyt. za A. Wąsek, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 22.

⁹⁴ T. Dukiet-Nagórska, Rozdział II. *Zasady prawa karnego*, [w:] taż (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 42.

nie niesie samych zalet. Mogłoby to bowiem spowodować wzrost ilości tych zachowań⁹⁵. Nie należy także zapomnieć o podanych w toku pracy danych, z których wynika, że większość odratowanych „samobójców” żałuje popełnionej próby i nie chce jej powtarzać. Ich czyny są często wołaniem o pomoc w rozwiązaniu problemów, które stały się przyczyną ich tragicznego aktu⁹⁶. Możliwe, że trzeba im ofiarować taką właśnie pomoc, a nie ułatwiać dokonania próby zakończenia swojego życia⁹⁷. Ponadto, co zostało już zaznaczone, samobójcami często są osoby cierpiące na choroby psychiczne i nie zawsze zdolne rozpoznać znaczenie swego czynu lub pokierować swoim postępowaniem w momencie podejmowania próby⁹⁸.

Jednoznaczne rozstrzygnięcie wyżej zarysowanych problemów jest bardzo trudne. Podsumowując rozważania ostatnich akapitów, zdaniem Autora, należy jednak wysnuć uwagi *de lege ferenda*, aby z Kodeksu karnego usunąć art. 150, a treść art. 151 zmienić na:

„§ 1. Kto namową, przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, a także kieruje popełnieniem przez niego samobójstwa bądź wykorzystując uzależnienie go od siebie, poleca wykonanie takiego czynu, podlega karze od roku do 10 lat pozbawienia wolności.

§ 2. Jeżeli pokrzywdzonym jest osoba niezdolna do rozpoznania w pełni znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, sprawca przestępstwa określonego w § 1, a także ten, kto osobie takiej udziela pomocy w targnięciu się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”.

Przepis ten w proponowanym brzmieniu typu podstawowego z § 1 nie zawiera kryminalizacji udzielenia pomocy przy popełnieniu samobójstwa, gdyż wydaje się być słusznym przyjąć, pomimo jego wad, pogląd o konieczności zapewnienia człowiekowi swobody w dysponowaniu swoim życiem oraz co za tym idzie – w wyborze możliwości jego zakończenia. Norma natomiast nadal chroniłaby, i to grożąc surowszą sankcją, wolność od naciśków ze strony innych osób, dążących do wywołania zamiaru odebrania sobie życia. Decyzję o końcu własnej egzystencji winna podjąć w sposób świadomy i swobodny wyłącznie jednostka, która jest dysponentem tego cennego dobra. Nikt inny nie powinien mieć na to wpływu.

⁹⁵ Tak uważa A. Wąsek: „Każdy chyba człowiek przeżywa okresowe stany załamania psychicznego, nie są mu obce myśli o przyspieszeniu swej śmierci, i dlatego też danie przez prawo «zielonego światła» do stosowania eutanazji i współdziałania przy samobójstwie zwiększyłoby znacznie liczbę samobójstw, jak i też zabójstw eutanatycznych”, tenże, *Prawnokarna...*, *op. cit.*, s. 96.

⁹⁶ Tamże, s. 117.

⁹⁷ Tamże.

⁹⁸ Posiadające ograniczoną poczytalność.

Typ kwalifikowany z proponowanego § 2 likwiduje lukę prawną, której wynikiem była konieczność kwalifikacji doprowadzenia do targnięcia się na własne życie osoby będącej niezdolną do rozpoznania w pełni znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem z art. 148 § 1 k.k. Zachowanie to nadal byłoby zbrodnią, jednak z powodu nieco niższego od zabójstwa abstrakcyjnego stopnia społecznej szkodliwości (suicydent pomimo ograniczonej z powodu młodego wieku czy choroby psychicznej świadomości posiada pewną, minimalną swobodę wyboru), pozbawione pozostałoby sankcji w postaci kar najsurowszych. Oczywiście w tym przypadku konieczna jest kryminalizacja pomocnictwa w popełnieniu samobójstwa ze względu na ochronę osób niemogących podjąć świadomej decyzji o zakończeniu swojego życia.

W związku ze zmianą indywidualnego przedmiotu ochrony, winno się postulować, aby przepis w proponowanym brzmieniu został umieszczony w rozdziale XXIII Kodeksu karnego, który gromadzi typizacje czynów zabronionych przeciwko wolności człowieka.



A B S T R A C T

In the paper the Author will consider problems which arise from a suicide especially from a criminal law perspective. He will particularly pay attention to the article 151 of the Penal Code in which making a person commit suicide by inciting or by helping is forbidden as an offence. He will try answer to the question what nature has got human life as a law weal and does it really make exclusive individual object of protection in the article 151 of the Penal Code? Maybe this regulation is not necessary and it could be removed from the Penal Code.

*Przepadek przedsiębiorstwa – art. 44a
kodeksu karnego*

*Forfeiture of enterprise -art. 44a of the
Criminal Code*

S T R E S Z C Z E N I E

Publikacja stanowi analizę instytucji przepadku przedsiębiorstwa będącego nowym instrumentem na gruncie polskiego prawa karnego, mającym służyć zwalczaniu w głównej mierze przestępczości gospodarczej. Autorka rozważa o korzeniach powstania takiej regulacji oraz analizuje przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania prawne. Autorka dowodzi, że przepadek przedsiębiorstwa daje organów ścigania oręż w walce z zorganizowaną przestępczością.

1. Korzenie instytucji przepadku przedsiębiorstwa.

Unia Europejska od kilku już lat stara się wypracować instytucje, które będą skutecznym narzędziem w walce ze sprawcami, którzy z popełnianych przestępstw osiągną znaczne korzyści majątkowe. Chodzi w głównej mierze o sprawców takich przestępstw jak przemyt narkotyków, handel ludźmi, pranie pieniędzy czy terroryzm. W ostatnich latach do tych przestępstw dołączyła wzrastająca liczba przestępstw gospodarczych, których sprawcy nie ograniczają się już tylko do działania w ramach jednego kraju, ale działają na polu międzynarodowym. Wychodząc naprzeciw wzrastającym potrzebom prawnym, dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 roku w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej¹. Unia Europejska narzuciła państwom członkowskim konieczność dostosowania krajowych systemów prawnych i wprowadzenia takich rozwiązań prawnych, które umożliwią będą pozbawianie sprawców korzyści z przestępstwa, przy czym w § 12

¹ Dz.U. UE L nr 127/39 z dnia 29.04.2014.

preambuły ww. Dyrektywy wprowadzono szeroką definicję mienia, które może zostać poddane zabezpieczeniu i konfiskacie, przyjmując, że obejmuje ono dokumenty lub instrumenty prawne potwierdzające prawo do takiego mienia lub prawo z nim związane. Do takich dokumentów lub instrumentów zaliczyć można na przykład instrumenty finansowe lub dokumenty, które mogą stanowić podstawę roszczeń wierzycieli i które z reguły znajdują się w posiadaniu osób objętych stosownym postępowaniem.

Implementując przepisy tej dyrektywy do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw², do kodeksu karnego z 1997 r. został wprowadzony nowy środek karny, w postaci przypadku przedsiębiorstwa albo jego równowartości. „Jest to nowy środek penalny, którego nie znały poprzednie polskie kodeksy, tj. ani Kodeks karny z 1932 r., ani Kodeks karny z 1969 r.”³. Zanim jednak przepisy weszły w życie, Prezes Rządowego Centrum Legislacji pismem z dnia 30 maja 2016 roku, zwrócił się do Rady Legislacyjnej o wyrażenie opinii na temat aktu prawnego. Rada Legislacyjna stwierdziła, że „idea aktu, przewidującego dopuszczalność bardziej «zdecydowanych» narzędzi prawnych w odniesieniu do sprawców najpoważniejszych przestępstw, w tym występujących w zorganizowanych grupach, których działalność prowadzi do osiągania nielegalnych korzyści, często oznaczających olbrzymie straty finansowe dla Skarbu Państwa, jest w pełni uzasadniona. Koncepcja opiniowanego projektu, zgodnie z którą odpowiedzialność sprawców groźnych przestępstw nie powinna ograniczać się do odbywania kar za popełniane przestępstwa, ale musi polegać również na pozbawianiu ich nielegalnie zdobywanych majątków, i co za tym idzie, podstaw finansowych do kontynuowania działalności przestępczej jest niepodważalna i bezdyskusyjna”⁴. Wprawdzie w przepisach międzynarodowych i unijnych próżno jest szukać wprost przepisów mówiących o przypadku przedsiębiorstwa, jednakże w art. 2 pkt. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 roku w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej⁵ zdefiniowane zostało pojęcie narzędzi, które „to oznacza, każde mienie użyte lub które ma zostać użyte w jakikolwiek sposób, w całości lub w części, do popełnienia przestępstwa

² Dz.U. z 2017 r., poz. 768.

³ V. Konarska-Wrzošek [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 331–332.

⁴ Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów, *Opinia z 18 lipca 2016 roku o projekcie ustawy o zmianie ustawy-kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, RL-0303-20/16*, <<https://rada-legislacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-18-lipca-2016-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz-niektorych>>, [dostęp: 28.01.2019].

⁵ Dz.U. UE L nr 127/39 z dnia 29.04.2014.

lub przestępstw. Przyjmuje się, że jako narzędzie przestępstwa może być uznane również przedsiębiorstwo, chociaż dyrektywa nie odnosi się do tego wprost⁶. Mimo, że we wspomnianej dyrektywie, nie mówi się wprost o przypadku przedsiębiorstwa, w punkcie 36 *memorandum*⁷, znaleźć można określenie, że przy uwzględnieniu różnic w prawie krajowym i potrzebach skutecznej współpracy międzynarodowej, termin „narzędzia” do celów międzynarodowej współpracy należy interpretować tak szeroko, jak to możliwe. W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁸ czytamy, że „propozycje obejmują zwiększenie efektywności przypadku mienia. W odniesieniu do szczególnie poważnych przestępstw gospodarczych popełnianych przy użyciu przedsiębiorstwa, stanowiącego narzędzie czynu, przewiduje się umożliwienie przypadku takiego przedsiębiorstwa, chociażby nie stanowiło ono własności sprawcy”⁹. „Jego funkcją jest zarówno zadanie dolegliwości z powodów wykorzystania działalności przedsiębiorstwa do działań naruszających obowiązujący porządek prawny, jak i uniemożliwienie ponownego wykorzystania danego przedsiębiorstwa do popełniania lub ukrywania poważnych typów przestępstw skierowanych przeciwko mieniu, gospodarczych, a także skarbowych”¹⁰. „Niektóre szczególnie poważne przestępstwa gospodarcze mogą być popełniane z wykorzystaniem istniejących przedsiębiorstw, zarówno prowadzących legalną działalność gospodarczą i dodatkowo wykorzystywanych do celów przestępczych, jak również utworzonych wyłącznie w zamiarze popełnienia przestępstwa. Katalog czynów zabronionych, które mogą być popełnione przy wykorzystaniu podmiotu gospodarczego, obejmuje poważne występki, takie jak oszustwa czy pranie brudnych pieniędzy”¹¹.

⁶ E. Zielińska, Propozycja rozwiązań implementacyjnych związanych z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z popełnienia przestępstwa w Unii Europejskiej z uwzględnieniem opisu sposobu implementacji w wybranych państwach członkowskich Unii Europejskiej, s. 6, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/kolor_IWS_Zieli%C5%84ska-E._Propozycja-rozwi%C4%85za%C5%84-implementac.-przepadek-ost.pdf>, [dostęp: 28.01.2019].

⁷ Por. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Warszawa 16.05.2005 r., s. 7, <<https://rm.coe.int/16800d3813>>, [dostęp: 28.01.2019].

⁸ Dz.U. z 2017 r., poz. 768.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja, druk sejm. nr 1186, s. 1, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C4429F535A936943C125809D004C3C7C/%24File/1186.pdf>>, [dostęp: 28.01.2019].

¹⁰ V. Konarska-Wrzošek [w:] V. Konarska-Wrzošek (red. nauk.), *Kodeks...*, op. cit., s. 332.

¹¹ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., op. cit., s. 4.

2. Warunki orzekania przypadku przedsiębiorstwa.

Ustawodawca przewidział, że orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa lub jego równowartości jest fakultatywne co oznacza, że sąd może, ale nie musi orzec przypadek przedsiębiorstwa. Fakultatywne jest również orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa nie stanowiącego własności sprawy.

Warunki orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa wymienione w art. 44a § 1 k.k.¹² są następujące:

1. skazanie za przestępstwo;
2. osiągnięcie chociażby pośrednio korzyści majątkowej;
3. uzyskana korzyść majątkowa musi być znacznej wartości;
4. przedsiębiorstwo musi służyć do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści¹³.

Zatem aby sąd mógł orzec przypadek przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy danym przedsiębiorstwem, a popełnionym przestępstwem, z którego uzyskano korzyść majątkową znacznej wartości, ale przede wszystkim takie orzeczenie możliwe jest jedynie w przypadku skazania za przestępstwo, i to jest pierwszy podstawowy warunek, który musi zostać spełniony, aby można było rozważać możliwość orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa. „Orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa nie jest uzależnione od rodzaju przestępstwa. Przepis art. 44a § 1 k.k. uzależnienia przypadek od tego, aby sprawca z popełnienia przestępstwa osiągnął chociażby pośrednio korzyść majątkową znacznej wartości. Ponadto wymagane jest wykorzystanie przedsiębiorstwa do realizacji jednego z następujących celów: popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści”¹⁴. Ustawodawca nie precyzuje w kodeksie karnym pojęcia przedsiębiorstwa, jednak w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹⁵ czytamy, że „pojęcie przedsiębiorstwa rozumieć należy w sposób przedmiotowy, przewidziany w art. 55¹ Kodeksu cywilnego, a zatem jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej, w tym wymienionych w art. 55¹ § 2 k.c. Definicja ta ma zastosowanie także do proponowanej

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

¹³ Por. R.A. Stefański, [w:] R.A. Stefański (red.) *Kodeks karny, Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 397.

¹⁴ D. Szeleszczuk, *Przypadek przedsiębiorstwa* /art. 44a k.k./, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12, poz. 5, s. 50.

¹⁵ Dz.U. Z 2017 r., poz. 768.

regulacji karnej”¹⁶. „Ustawodawca nie przewidział żadnych ograniczeń przedmiotowych, zatem przypadkowi podlegałyby wszystkie składniki przedsiębiorstwa, także te, które faktycznie nie służyły, ani nawet nie były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (...) Na podstawie art. 44a § 1 k.k. nie będzie możliwe orzeczenie przypadku części przedsiębiorstwa, jego filii czy oddziału. Przekadkowi może podlegać tylko przedsiębiorstwo rozumiane jako całość. Już teraz można przypuszczać, że w przyszłości będzie to źródłem wielu trudności. Mogą one się pojawić np. w przypadku prowadzenia kilku przedsiębiorstw przez jednego właściciela i być związane z koniecznością wyodrębnienia tego, z którego działalnością pozostaje w związku przestępstwo uzasadniające przepadek. Mogą również wynikać z dużego rozproszenia działalności, czy prowadzenia jej w różnych krajach”¹⁷. Podany przez ustawodawcę w art. 44a § 1 k.k. warunek, że przedsiębiorstwo służyło do popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, wskazuje wprost na celowość działania sprawcy. Wnioskować z tego można, że „przepadek przedsiębiorstwa należącego do sprawcy jest możliwy tylko w razie skazania za przestępstwo umyślne”¹⁸. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy stwierdzić, że przypadkowi ulec może zarówno przedsiębiorstwo, które zostało utworzone celowo, po to aby wykorzystać je do popełnienia przestępstw, ale także przedsiębiorstwo działające legalnie, które tylko w pewnym zakresie wykorzystywane jest w ramach popełnianego przestępstwa. „Alternatywą dla przypadku przedsiębiorstwa jest przepadek jego równowartości. Brzmienie przepisu art. 44a § 1 k.k. nie wskazuje, że pierwszeństwo w stosowaniu ma przepadek przedsiębiorstwa, choć uwzględniając *ratio legis* oraz funkcję przypadku przedsiębiorstwa, taki niewątpliwie był zamysł ustawodawcy. W związku z tym trzeba wysnuć wniosek, że wybór pomiędzy przypadkiem przedsiębiorstwa, a przypadkiem równowartości został pozostawiony do uznania sądu. Przepis art. 44a § 1 k.k. nie określa także przesłanek orzeczenia przypadku równowartości. Należy zatem przyjąć, że przepadek równowartości powinien być orzekany w razie niemożności orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa”¹⁹. W doktrynie uważa się, że przyjęte przez ustawodawcę stanowisko, że wybór pomiędzy orzeczeniem przypadku przedsiębiorstwa a przypadkiem równowartości, pozostawiono uznaniu sądu, jest rozwiązaniem trafnym, „gdyż jedynie sąd orzekający, mając na uwadze dwie podstawowe funkcje przypadku,

¹⁶ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 16.

¹⁷ D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 440.

¹⁸ J. Lachowski, A. Marek, *Prawo karne, Zarys problematyki*, Wolter Kluwer, Warszawa 2018, s. 239.

¹⁹ D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 441.

tj. prewencyjną i represyjną, oraz dysponując materiałem dowodowym co do stopnia wykorzystania danego przedsiębiorstwa do celów przestępczych lub ukrycia korzyści pochodzących z przestępstwa, może podjąć racjonalną decyzję o postaci przepadku. Poza tym wydaje się dość oczywiste, że orzeczenie przepadku równowartości przedsiębiorstwa wchodzi w grę wówczas, gdy fizyczny przepadek przedsiębiorstwa jest z jakichś powodów niemożliwy (np. z powodu jego sprzedaży, zniszczenia lub współwłasności z osobami nie zaangażowanymi w żaden sposób w działania naganne sprawcy)²⁰.

Ustawodawca przewidział także sytuację, kiedy sąd może orzec przepadek przedsiębiorstwa nie stanowiącego własności sprawcy albo jego równowartości. Przesłanki zastosowania tej formy przepadku, zostały wymienione w art. 44a § 2 k.k.²¹ i oprócz konieczności spełnienia takich samych przesłanek jak wymienione w art. 44a § 1 k.k., to w przypadku, gdy przedsiębiorstwo stanowi własność innej osoby, konieczne jest aby właściciel chciał, aby jego przedsiębiorstwo służyło do popełnienia danego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, albo przewidywał taką możliwość i na to się godził. *Ratio legis* takiego unormowania projektodawcy wskazali w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²², stwierdzając iż „fakt, że przedsiębiorstwo nie stanowi własności sprawcy, skutecznie uniemożliwia lub w znacznym stopniu utrudnia zwalczanie takiej przestępczości. Z uwagi na ograniczenie represji wyłącznie do osoby sprawcy, prowadzone postępowanie karne zazwyczaj pozostaje bez wpływu na status i kondycję finansową zaangażowanego przedsiębiorstwa. Zważywszy na wpływ poważnej przestępczości gospodarczej na bezpieczeństwo ekonomiczne państwa oraz prawidłowość i pewność obrotu gospodarczego, projektodawca założył, że usprawiedliwia on skorzystanie z nadzwyczajnej, lecz dobrze znanej polskiemu prawu instytucji przepadku mienia, niestanowiącego – przynajmniej formalnie – własności sprawcy”²³. W zakresie odpowiedzialności właściciela przedsiębiorstwa możemy mówić o jego działaniu w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Zachodzi konieczność wykazania związku pomiędzy przestępstwem popełnionym przez sprawcę, a właścicielem przedsiębiorstwa, który sprawcą danego przestępstwa nie jest. Ten związek w literaturze utożsamiany jest z koniecznością udowodnienia intelektualnego i wolicjonalnego zaangażowania właściciela przedmiotu w zachowanie sprawcy przestępstwa²⁴. „Jeśli właścicielowi przedsiębiorstwa

²⁰ V. Konarska-Wrzošek [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 336.

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

²² Dz.U. z 2017 r., poz. 768.

²³ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 4.

²⁴ Por. K. Szczucki, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny, Część ogólna, Komentarz art. 1-116*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 753.

nie będzie można udowodnić co najmniej godzenia się na przestępne wykorzystanie przedsiębiorstwa, to nie będzie dopuszczalne orzeczenie przepadku. Konieczność ustalenia określonego nastawienia psychicznego właściciela przedsiębiorstwa do jego przestępnego wykorzystania oznacza, że nieodzowne jest istnienie porozumienia pomiędzy sprawcą przestępstwa, a właścicielem przedsiębiorstwa²⁵. Ustawodawca wyraźnie zaznaczył, że „test świadomości i woli (zamiaru), którego pozytywny wynik jest warunkiem orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa, ma być – co do zasady – stosowany wyłącznie wobec właściciela (właścicieli) przedsiębiorstwa. Wykluczyć należy możliwość stosowania tego testu wobec pozostałych pracowników, menadżerów, dyrektorów, członków zarządu, księgowych i innych osób niebędących właścicielami. W takim bowiem wypadku test ustawowo nagannego zachowania dotyczyłby innych osób niż te, przeciwko którym zostaje faktycznie skierowana represja, czyli właściciela przedsiębiorstwa²⁶. *Expressis verbis* przyjąć zatem należy, że jeżeli osobą, która będzie wykorzystywała legalnie działające przedsiębiorstwo do popełnienia przestępstwa, będzie na przykład księgowy tego przedsiębiorstwa, w świetle art. 44a § 2 k.k., nie będzie można orzec przepadku przedsiębiorstwa.

Warto nadmienić, że przepadek przedsiębiorstwa ograniczony został wyłącznie do firm będących własnością osób fizycznych²⁷. Unormowania Kodeksu karnego nie przewidują możliwości orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa należącego do osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej. Taką możliwość przewiduje art. 8 ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary²⁸. Takie rozwiązanie wyraźnie wskazał ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁹, stwierdzając, że „omawiany przepis nie będzie miał natomiast zastosowania wobec osób prawnych i innych podmiotów zbiorowych, w których występuje wyraźne oddzielenie osoby odpowiedzialnej za działalność przedsiębiorstwa (członek zarządu, dyrektor, prokurent etc.) od potencjalnego adresata represji (udziałowiec lub akcjonariusz). W wypadku osób prawnych możliwe jest jedynie użycie narzędzi charakterystycznych dla quasi-karnej odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, nie zaś typowych dla prawa karnego *sensu stricto*”³⁰.

²⁵ J. Lachowski, A. Marek, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 239–240.

²⁶ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 17–18.

²⁷ B. Cogieli, *Konfiskata rozszerzona - na czym polega?*, <<https://www.lexagit.pl/konfiskata-rozszerzona-czym-polega/>>, [dostęp: 28.01.2019].

²⁸ tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1541, ze zm.

²⁹ Dz.U. z 2017 r., poz. 768.

³⁰ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 17, <<http://orka.sejm.gov>.

Ustawodawca przewidział także rozwiązanie w sytuacji, gdy mamy do czynienia ze współwłasnością przedsiębiorstwa. „Kwestię tę normuje art. 44a § 3 k.k., choć nietrudno zauważyć, że w sposób tylko fragmentaryczny, a nie kompletny. Mając na uwadze treść tego przepisu, należy stwierdzić, że odnosi się on do dwóch sytuacji formalno-prawnych, tj. zarówno do sytuacji, gdy współwłaścicielem przedsiębiorstwa jest sprawca przestępstwa (...), i jak i do sytuacji, gdy współwłaścicielem są osoby trzecie nie będący sprawcami przestępstwa, za które może zostać orzeczony przepadek przedsiębiorstwa lub jego równowartości”³¹. W takiej sytuacji sąd musi orzec przepadek przedsiębiorstwa w granicach i w zależności od woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli. Słusznie wskazuje Szeleszczuk, że „odwołanie się do woli i świadomości jako czynników decydujących orzeczenie przepadku w razie współwłasności wywołuje trudności interpretacyjne. (...) Wynikają one z faktu, że w kodeksie karnym brak jest konstrukcji odwołującej się wprost do woli i świadomości i łączącej z tymi elementami konsekwencje prawne. Jak zauważa K. Szczucki (...) świadomość i wola, czy też inaczej, aspekt intelektualny i aspekt wolicyjny, są kategoriami, które opisują stronę podmiotową czynu zabronionego. Stąd można wywieść, że ustawodawca dążył do tego, aby uzależnić przepadek od zawinienia współwłaściciela. Ograniczył jednak możliwość przepadku do sytuacji, w której po stronie właściciela zachodzi wina umyślna (niezależnie od postaci zamiaru)”³². Element wolicjonalny, w zamiarze bezpośrednim przybiera postać „chęci” na wykorzystanie przedsiębiorstwa do popełnienia czynu zabronionego, a w zamiarze ewentualnym postać „godzenia się” na wykorzystanie przedsiębiorstwa do ukrycia pochodzącej z przestępstwa korzyści³³. Nie można zatem orzec przepadku współwłasności w sytuacji, gdy współwłaściciel działa nieumyślnie. Przepis art. 44a § 3 k.k. wprost wskazuje na kumulatywny związek pomiędzy wolą, a świadomością każdego ze współwłaścicieli. Co więcej nawet jeżeli zostanie wykazane istnienie woli i świadomości po stronie współwłaściciela to orzeczenie przepadku winno nastąpić w granicach tejże woli i świadomości. Ustawodawca w tym zakresie wyraźnie nakazuje określenie przez sąd zakresu w jakim współwłaściciel miał świadomość, że dane przedsiębiorstwo jest wykorzystywane do popełniania przestępstw. „Jeżeli nie wszyscy współwłaściciele przedsiębiorstwa byli sprawcami przestępstwa albo świadomi jego wykorzystania do celów przestępczych lub ukrywania korzyści pochodzącej z przestępstwa i co najmniej godzący się na to, w grę wchodzi tylko orzeczenie przepadku

pl/Druki8ka.nsf/0/C4429F535A936943C125809D004C3C7C/%24File/1186.pdf>, [dostęp: 28.01.2019].

³¹ V. Konarska- Wrzosek [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 336.

³² D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 442.

³³ Por. K. Szczucki, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 753.

w postaci równowartości przedsiębiorstwa limitowanej z jednej strony wartością udziału należącego do danego współwłaściciela, a z drugiej strony stopniem jego świadomości i woli wykorzystania przedsiębiorstwa do celów sprzecznych z prawem”³⁴. Takie stanowisko doktryny jest zgodne z intencją ustawodawcy, który podkreślił, że przepisy kodeksu karnego zawierają klauzulę gwarancyjną, zgodnie z którą „przepadek nie będzie mógł zostać orzeczony, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa, stopnia winy oskarżonego lub zamiaru właściciela. Ten ostatni przypadek odnosi się również do współwłasności łącznej i ułamkowej. W razie współwłasności łącznej, np. w związku małżeńskim, gdy naganność zachowania przypisać można tylko jednemu z małżonków, przepadek całości lub części przedsiębiorstwa nie będzie możliwy. W razie współwłasności ułamkowej dwóch lub więcej osób, gdy choćby jednemu ze współwłaścicieli nie wykazano świadomości i woli, również nie będzie możliwe stosowanie omawianej instytucji”³⁵. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie w zakresie przypadku w części przedsiębiorstwa objętego współwłasnością jest krytykowane w doktrynie, wskazuje się bowiem, że prowadzić to „może do sytuacji, że przypadkowi ulegnie jedynie część przedsiębiorstwa przy równoczesnym pozostawieniu prawa współwłaścicieli. Rozwiązanie takie uznać należy za niewłaściwe, ponieważ prowadzi do powstania przedsiębiorstwa z udziałem Skarbu Państwa, co niekoniecznie z punktu widzenia interesów państwa musi być korzystne. W takiej sytuacji właściwe wydaje się zatem, aby sąd miał możliwość orzeczenia przypadku równowartości udziału sprawcy”³⁶. Nie zgadzam się jednak z tym stanowiskiem, gdy przepis art. 44a § 3 k.k., wprost odwołuje się do przypadku o którym mowa w art. 44a § 1 i 2, a w paragrafach tych mowa jest zarówno o przypadku przedsiębiorstwa jak i jego równowartości.

3. Zakazy orzekania przypadku przedsiębiorstwa.

Ustawodawca przewidział ustawowe zakazy orzekania przypadku przedsiębiorstwa. Pierwszy z zakazów wyrażony został w art. 44a § 4 k.k.³⁷ Wskazuje on, że przypadku przedsiębiorstwa nie orzeka się, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego czynu albo do stopnia zawinienia

³⁴ V. Konarska-Wrzosek [w:] V. Konarska- Wrzosek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 336.

³⁵ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., op. cit., s. 18–19.

³⁶ J. Kluzka, *Krytyczna analiza nowelizacji dotyczącej konfiskaty rozszerzonej - omówienie zmian w obrębie kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego*, s. 101, <<https://www.depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/13746/Jan%20Kluzka%20Krytyczna%20analiza%20nowelizacji%20dotycz%C4%85cej%20konfiskaty.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, [dostęp: 29.01.2019].

³⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

sprawcy, bądź też jego motywacji i sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa. Przepis ten przewiduje w zasadzie trzy zakazy, a mianowicie: niewspółmierność do wagi popełnionego przestępstwa, niewspółmierność do stopnia zawinienia oskarżonego, niewspółmierność do motywacji i sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa. Przepis wyraźnie rozgranicza przesłanki na te, które dotyczą sprawcy przestępstwa oraz te, które dotyczą właściciela przedsiębiorstwa. Przesłanki dotyczące sprawcy to waga popełnionego przestępstwa oraz stopień zawinienia, natomiast przesłanki dotyczące właściciela przedsiębiorstwa to motywacja i sposób zachowania się. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że „przepis art. 44a § 4 k.k. powinien być odczytywany w ten sposób: Przepis, o którym mowa w § 1, nie orzeka się, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa i stopnia zawinienia oskarżonego, a przepisu, o którym mowa w § 2, nie orzeka się, jeżeli byłoby to niewspółmierne do motywacji i sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa (nie będącego sprawcą przestępstwa)”³⁸. Ustawodawca bowiem uzależnił możliwość orzeczenia przepadu przedsiębiorstwa od woli i przewidywania właściciela przedsiębiorstwa, który jednocześnie nie jest sprawcą przestępstwa, w wyniku którego uzyskano korzyść majątkową znacznej wartości. W kontekście więc tego zapisu art. 44a § 2 k.k., należy interpretować zapis art. 44a § 4 k.k.

Odmienne stanowisko wyraził Jan Kluza stwierdzając: „Ponieważ § 4 odnosi się do przepadu określonego w § 1 i § 2 art. 44a k.k., stwierdzić należy, że przepadu z § 2 nie orzeka się ze względu na cechy odnoszące się zarówno do sprawcy czynu, jak i osoby trzeciej”³⁹.

Przyglądając się szczegółowo poszczególnym zakazom, wskazać można, że niewspółmierność przepadu do wagi popełnionego przestępstwa należy oceniać przy uwzględnieniu znamion przedmiotowych i podmiotowych „stopnia społecznej szkodliwości wymienione w art. 115 § 2 k.k. Przepadek nie powinien zostać orzeczony, jeżeli byłby nieproporcjonalnie dolegliwy (nadmiernie dolegliwy) w stosunku do typu zachowania naganego i rodzaju dobra, w które ugodził sprawca, oraz rozmiaru szkody, którą wyrządził lub mógł wyrządzić, oraz gdy okoliczności czynu, postać zamiaru oraz motywacja sprawcy nie były szczególnie naganne”⁴⁰. Należy więc uwzględnić proporcje pomiędzy wagą czynu a wartością przedsiębiorstwa, które ma ulec przepadkowi, stopnia jego wykorzystania w popełnieniu czynu zabronionego oraz stopnia jego karygodności⁴¹. „Przy ustaleniu stopnia

³⁸ D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 443.

³⁹ J. Kluza, *Krytyczna analiza...*, op. cit., s. 103.

⁴⁰ V. Konarska-Wrzošek [w:] Violetta Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 337.

⁴¹ Por. J. Radlewski [w:] M. Melezini (red.), *System prawa karnego, Tom 6, Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, 2016, s. 844, D. Szeleszczuk [w:] Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (red.),

winy należy uwzględnić nie tylko przesłanki warunkujące zarzucalność (zdolność do zawinienia, możliwości rozpoznania bezprawności czynu, normalna sytuacja motywacyjna), lecz również treść stosunku sprawcy do popełnionego czynu zabronionego (forma zamiaru, motyw, którymi kierował się sprawca), a także sposób działania⁴². Jak już wspomniano trzeci z zakazów orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa wynikający z art. 44a § 4 k.k. dotyczy właściciela przedsiębiorstwa nie będącego sprawcą przestępstwa, a konkretnie niewspółmierności przepadku do jego motywacji i sposobu zachowania. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie, aby doszło do wyłączenia, spod orzekania przepadku, danego przedsiębiorstwa. Mamy tu do czynienia z sytuacją kiedy zachowanie właściciela przedsiębiorstwa nie jest celowym nagannym zachowaniem, a polega jedynie na zaniechaniu lub przyzwoleniu aby sprawca wykorzystał dane przedsiębiorstwo do swoich przestępczych celów, przy motywacji właściciela przedsiębiorstwa polegającej na np. spełnieniu przysługi dla kolegi. Aby wyjść naprzeciw uświadomianiu przedsiębiorców, w jaki sposób swoim zaniechaniem lub przyzwoleniem mogą narazić się na utratę firmy, w wyniku orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa, ustawodawca przewidział formę prewencyjnego działania polegającą na zobligowaniu Policji do działań informacyjno-prewencyjnych. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁴³, polegać one mają na opublikowaniu „na publicznie dostępnych stronach internetowych zanonimizowane informacje o ujawnionych sposobach działania takich sprawców. Tego typu ostrzeżenia będą stanowić pożyteczną informację dla przedsiębiorców, uwrażliwiając ich na określone działania i wskazując na rozpoznany *modus operandi* sprawców”⁴⁴. Kolejny zakaz unormowany został w art. 44a § 5 k.k.⁴⁵ W przepisie tym przewidziano sytuację, kiedy to sąd nie może orzec przypadku przedsiębiorstwa. Chodzi w tym przypadku o znaczną dysproporcją pomiędzy wartością przedsiębiorstwa a szkodą wyrządzoną przestępstwem lub wartością ukrytej korzyści. Przepis ten nie posługuje się jak wcześniejsze paragrafy art. 44a k.k. pojęciem korzyści majątkowej, mówi natomiast o związku pomiędzy wartością przedsiębiorstwa a szkodą wyrządzoną przestępstwem lub wartością ukrytej korzyści. W tym unormowaniu zasadnym wydaje się przyjęcie, że szkoda wyrządzona przestępstwem, jest jednocześnie korzyścią majątkową, którą odniósł sprawca,

Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 443

⁴² A. Marek, *Kodeks karny*, 5. Wydanie, stan prawny: 1 marca 2010 r., Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2010, s. 177.

⁴³ Dz.U. Z 2017 r., poz. 768.

⁴⁴ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 17.

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600.

co jest warunkiem *sine qua non* orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa. Ustawodawca nie określił pojęcia "rozmiar działalności przedsiębiorstw", a jest to pojęcie wieloznaczne. W literaturze wyodrębnia się „bowiem wartość ekonomiczną i rynkową przedsiębiorstwa, a ponadto wartość majątkową, księgową, likwidacyjną, odtworzeniową, handlową. Występowanie różnych rodzajów wartości jest związane z istnieniem rozmaitych pojęć, metod i technik wyceny przedsiębiorstwa, które służą sporządzeniu wyceny dla różnych celów”⁴⁶.

W ekonomii jednym z najprostszych podziałów „rozmiaru działalności przedsiębiorstwa” jest podział na:

- a) małe przedsiębiorstwa
 - zatrudniają mniej niż 5 pracowników,
 - przychód netto mniejszy równy 7mln €,
 - suma aktywów na koniec roku obrotowego mniejsza lub równa 5 mln €,
- b) średnie
 - zatrudniają mniejsze niż 250 pracowników,
 - przychód netto mniejszy równy 40 mln €,
 - suma aktywów mniejsza lub równa 27 mln €,
- c) duże
 - przedsiębiorstwa pozostałe⁴⁷.

Jak wskazuje ten podział, teoretycznie nawet małe przedsiębiorstwo zatrudniające mniej niż 5 osób, może osiągać przychód netto ok. 28 mln zł. Za mienie znacznej wartości ustawodawca uznaje mienie, którego wartość w chwili popełnienia czynu zabronionego przekraczała 200.000 zł⁴⁸. Stosując analogicznie ten przepis, można powiedzieć, że korzyścią majątkową znacznej wartości jest korzyść, której wartość w chwili popełnienia czynu przekraczała 200.000 zł. W doktrynie przeważnie utożsamia się pojęcie mienia znacznej wartości z pojęciem korzyści majątkowej znacznej wartości⁴⁹. Przyjęcie takiej interpretacji wydaje się słuszne, gdyż „definicja zawarta w artykule 115 § 5 k.k. dotyczy także mienia, a jej zastosowanie pozwala na jednolitą interpretację tego przepisu”⁵⁰. Biorąc zatem pod uwagę teoretyczną sytuację, gdy sprawca osiągnął z popełnionego przestępstwa korzyść

⁴⁶ D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 443-444.

⁴⁷ Ściaga ekonomia, *Pojęcie i cechy przedsiębiorstw. Klasyfikacja podmiotów gospodarczych*. <https://sciaga.pl/tekst/37584-38-pojecie_i_cechy_przedsiębiorstw_klasyfikacja_podmiotow_gospodarczych>, [dostęp: 29.01.2019].

⁴⁸ Art. 115 § 3 k.k. ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz. U. z 2018, poz. 1600.

⁴⁹ Por. R.A.Stefański [w:] red. R.A. Stefański, *Kodeks karny, Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 397.

⁵⁰ R.A. Stefański (red), *Środki karne po nowelizacji w 2015 roku, monografie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 390.

majątkową w wysokości np. 300.000 zł, zasadne wydaje się pytanie czy będzie to korzyść nieznaczna w stosunku do jego przedsiębiorstwa, które osiąga przychód netto około 28 mln zł. Zdaje się, że ustawodawca wprowadzając ten zapis z jednej strony dał duży wachlarz możliwości balansowania dla sądu, a z drugiej strony wprowadził przepis, który w praktycznej ocenie będzie dla sądu bardzo trudny. Jednakże „takie rozwiązanie stanowi, że sąd nie orzeknie przepadku, gdy nielegalne działanie było jedynie marginesem prowadzonej działalności danego przedsiębiorstwa. Można zatem przypuszczać, że zachowanie pojedynczego nieuczciwego handlowca czy księgowego nie doprowadzą automatycznie do zabezpieczenia przez prokuratora całej firmy”⁵¹. Taka interpretacja przepisu wydaje się być słuszna z zamiarem ustawodawcy, który wyraźnie wskazał, że „przepadek nie będzie miał zastosowania do sytuacji, w których działanie nielegalne stanowi tylko margines działalności danej jednostki gospodarczej”⁵². Trzeci zakaz orzeczenia przepadku wynika z art. 44a § 6 k.k.⁵³, zgodnie z którym sąd może odstąpić od orzeczenia przepadku, także w innych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy byłby on niewspółmiernie dolegliwy dla właściciela przedsiębiorstwa. Dotyczy to jedynie możliwości uniknięcia przepadku przedsiębiorstwa nie stanowiącego własności sprawcy przestępstwa. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁵⁴ jest to bardziej dyskrecyjna przesłanka „niestosowania przepadku przedsiębiorstwa, w innych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, jeżeli w ocenie sądu byłby on niewspółmiernie dolegliwy dla właściciela przedsiębiorstwa”⁵⁵. „Szczególnie uzasadniony przypadek to sytuacja wyjątkowa, niedająca się przewidzieć, pozwalająca sądowi na odstępnie od wymierzenia orzeczenia przepadku np. ze względów humanitarnych”⁵⁶. We wszystkich wskazanych przypadkach, w których zgodnie z przepisami ustawy, sąd nie orzeka przepadku przedsiębiorstwa albo może od niego odstąpić, na podstawie art. 47 § 2a k.k.⁵⁷, sąd może wymierzyć nawiązkę w wysokości do 1mln zł na rzecz pokrzywdzonego albo innego beneficjenta jakim jest Fundusz Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej.

⁵¹ A. Berger, *Nowe przepisy karne – rozszerzony przepadek mienia*, <<https://www.rp.pl/Firma/305279989-Nowe-przepisy-karne--rozszerzony-przepadek-mienia.html>>, [dostęp: 28.01.2019].

⁵² Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 19.

⁵³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

⁵⁴ Dz.U. z 2017 r., poz. 768.

⁵⁵ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 19.

⁵⁶ D. Szeleszczuk [w:] A.Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 444.

⁵⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

4. Ocena regulacji.

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w zamiarze ustawodawcy miał zmierzać „do wprowadzenia do polskiego prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego zmian poprawiających efektywność mechanizmów służących pozbawianiu sprawców przestępstw korzyści osiągniętych z popełnienia czynów zabronionych”⁵⁸. Niezależnie od krytyki poszczególnych uregulowań, jaka występuje w doktrynie oraz braku jasnych przepisów interpretacyjnych, regulacja art. 44a k.k. niewątpliwie spełni zadania postawione jej przez ustawodawcę i będzie skutecznym narzędziem w walce w szczególności ze sprawcami poważnych przestępstw gospodarczych.

Zapewne przyczyni się także do wyeliminowania z obrotu gospodarczego przedsiębiorstw, których głównym założeniem jest słuzenie do popełnienia przestępstwa lub ukrycia uzyskanych, w wyniku przestępstwa, korzyści majątkowych.



A B S T R A C T

The publication constitutes an institution of business case analysis which is a new instrument on the polish criminal law ground that should primarily fight economic crime off. The author speculates on the creation of this kind of regulation and she studies the legal solutions admitted to legislator's presence. The author proves that the business case allows a law enforcement authority a weapon in combat with an organised crime.

⁵⁸ Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP, VIII kadencja..., *op. cit.*, s. 1,

Czy ewolucja przepisów polskiego prawa karnego stanowi o efektywności ukarania sprawcy karą grzywny? – próba oceny zagadnienia.

Does the evolution of the provisions of Polish criminal law constitute about the effectiveness of punishing the perpetrator with a fine?

S T R E S Z C Z E N I E

Niniejszy artykuł jest poświęcony dwu zagadnieniom: ewolucji kary grzywny w polskim prawie karnym oraz efektywności orzekania kary grzywny w Polsce. Wybór przedmiotowych zagadnień jest podyktowany ich aktualnością, kontrowersyjnością, a także przekonaniem, że orzekanie kary grzywny winno być tematem większego zagłębienia się w jego efektywność wobec odpowiedzialności za jej orzekanie, a co za tym idzie pomiaru stopnia skuteczności tej kary wobec skazanego. Właściwe rozwiązanie wielu problemów objętych tym tematem zostanie poprzedzone na odpowiedzialnym rozważeniu i merytorycznych argumentach dotyczących orzekania kary grzywny i jej efektywności nie tylko wobec sprawcy ale i wobec społeczeństwa. Niniejsza publikacja zawiera materiały poświęcone procesom ewolucji przedmiotowego zagadnienia, ze szczególnym wskazaniem, co do efektywności kary, jaką jest kara grzywny na gruncie polskiego prawa karnego.

Ewolucja przepisów polskiego prawa karnego.

Dwa historyczne polskie kodeksy karne; pierwszy z 1932 r. i kolejny okresu PRL z roku 1969r. przyjmując koncepcję budowy katalogu kar, dzieliły kary na zasadnicze i dodatkowe¹.

Pierwszy kodeks karny z 1932 r. uwzględniając kryterium samostanności wymierzanych kar, wprowadził podział kar na dwie kategorie:

¹ M. Melezini, *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, C.H. Beck, Warszawa 2016. s. 32.

kary zasadnicze i kary dodatkowe, grupując je w dwóch odrębnych katalogach, które tworzyły listę kar². Kary zasadnicze stanowiące podstawę represji karnej, wymierzane były samoistnie stąd nazwano je karami głównymi. Art. 37 pierwszego Kodeksu Karnego z 1932 r. w katalogu kar zasadniczych przewidywał jako pierwszą karę śmierci, drugą karą zasadniczą było więzienie, trzecią karą zasadniczą był areszt, a kara grzywny znajdowała się na czwartym miejscu w katalogu karania sprawcy.

Powszechna krytyka krótkoterminowych kar pozbawienia wolności przyczyniła się w tym okresie do powrotu kary grzywny jako samodzielnego środka reakcji karnej, który to w późniejszym czasie uchodził za środek karny stosowany wobec drobnej przestępczości, a tym samym przyczyniło się do zreformowania modelu sprawiedliwości w zakresie wykonywania kary grzywny wobec zamożnego obywatela, a co za tym idzie wskazywano na konieczność odejścia od grzywien absolutnych, które uprzywilejowywały osoby bogate. W literaturze historycznej taki porządek prawny spotkał się z dostrzeżeniem licznych wad i zalet tej kary, co w rezultacie doprowadziło do występowania kary grzywny w kodeksie karnym z 1932 r. w dwóch postaciach: jako kary samoistnej i jako kary kumulatywnej. W obu postaciach była karą zasadniczą³. Grzywnę samoistną, jak i kumulatywną, można było wymierzać w dużej rozpiętości kwotowej stanowiącej wielkość do 5 zł do 200 000 zł. Określenie tak wysokiej górnej granicy grzywny uzasadniane było potrzebą stworzenia sędziemu warunków do szerokiej indywidualizacji wysokości grzywny, w tym potrzebą dostosowania wymiaru grzywny do sytuacji majątkowej sprawcy i uczynienia tej kary dolegliwą także dla osób zamożnych⁴. Rozwiązania przyjęte w zapisach Kodeksu karnego z 1932 r. nakładały na sądy obowiązek uwzględnienia stosunków majątkowych sprawcy (art. 56 k.k. z 1932 r.). Indywidualizacja wysokości orzeczonej grzywny należała do sędziego, który to obowiązany był dokonać oceny całokształtu sprawy i właściwości majątkowych sprawcy, aby odczuwalność dolegliwości grzywny była wobec osób biednych i bogatych równomierna.

Celem grzywny kumulatywnej, która mogła być wymierzona przez sąd przede wszystkim na podstawie art. 42 Kodeksu karnego z 1932 r. było uzupełnienie i pogłębienie dolegliwości wynikającej z kary pozbawienia wolności. Ponadto mogła być wymierzona na podstawie sankcji kumulatywnej, w której grzywna występowała obok kary pozbawienia wolności (art. 21, art. 255 § 1 i art. 283 k.k. z 1932 r.)⁵.

² *Ibidem*, s. 32–33.

³ *Ibidem*, s. 36.

⁴ M. Makarewicz, *Komentarz. Kodeks Karny*, 1936, s. 206–207.

⁵ M. Melezini, *Kary i inne...*, op. cit., s. 37.

Natomiast grzywna samoistna była samodzielnym środkiem reakcji karnej i można było ją wymierzać gdy występowała w sankcji alternatywnej. W Kodeksie karnym z 1932 r. figurowała w sankcji obok kary aresztu do 6 miesięcy lub do roku bądź dwóch lat. W skali kar była uważana za karę najłagodniejszą, stosowaną za drobne przestępstwa.

Konsekwencją wprowadzenia do Kodeksu karnego w szerszym zakresie kar grzywny była konieczność szerszego potraktowania środków zastąpienia grzywny w razie jej nieściągalności. Pod tym względem spotykamy w ówczesnym prawie karnym obok tendencji do uzależnienia wymiaru grzywny od zdolności płatniczej skazanego, także tendencję do zastępowania grzywny pracą. Pozbawienie wolności jako środek zastępczy nieściągalnej grzywny staje się dopiero *ultimatum refugium*, gdy wszystkie inne sposoby nie mogą być zastosowane⁶.

Czynnikiem niesprzyjającym szerszeniu stosowaniu omawianej kary był brak szczególnych dyrektyw wyboru rodzaju kary, które preferowałyby stosowanie kar wolnościowych w stosunku do sprawców drobnych przestępstw. Znamienne jest to, że Kodeks karny z 1932 r. takie rozwiązanie przewidywał, bowiem zgodnie z art. 57 par 2 kodeksu kara aresztu powinna być wymierzona jedynie wówczas gdy skazanie na karę grzywny nie byłoby celowe z uwagi na okoliczności wymienione w tym przepisie⁷.

Podstawowym założeniem polityczno kryminalnym Kodeksu karnego z 1969r.⁸ było tzw. rozwarstwienie i polaryzacja odpowiedzialności karnej, które miało prowadzić do zróżnicowania reakcji prawnokarnej w zależności od wagi przestępstwa⁹.

Stosowanie kar wolnościowych w stosunku do sprawców drobnych przestępstw nie spełniał przepis art. 54 par 1 k.k. z 1969 r., który wprowadził miał charakter szczególnej dyrektywy wyboru rodzaju kary, jednak dotyczył jedynie wąskiego kręgu przestępstw, w odniesieniu do których mógł być zastosowany¹⁰.

O represyjnym charakterze prawa karnego PRL, dobitnie świadczy to, że Kodeks karny z 1969 r. przewidywał zastępczą karę pozbawienia wolności orzekaną z góry, w wyroku skazującym, na wypadek nieuiszczenia grzywny przez skazanego i jej nieściągalności w drodze egzekucji (art. 37 § 1 d.k.k.). Przyjęty przelicznik za dzień pozbawienia wolności – od 5 do 150 zł, a także określenie górnej granicy kary zastępczej w wymiarze

⁶ Komisja kodyfikacyjna RP, t. V.z.3. s. 58-59.

⁷ W. Dadak, *Grzywna samoistna w stawkach dziennych*, Warszawa 2011, s. 254.

⁸ Ustawa z 19.04.1969 – Kodeks karny (Dz.U Nr 13, poz. 94, ze zm.).

⁹ M. Melezini, *Kary i inne...*, op. cit., Warszawa 2016, s. 37.

¹⁰ M. Melezini, *Punitivność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003, s. 115–116

aż do 3 lat pozbawienia wolności (art. 37 § 2 d.k.k.) ma tutaj jednocześnie represyjną wymowę¹¹.

Pamiętać należy, że do najważniejszych zmian wprowadzonych przez kodyfikację karną z 1969 r. – w stosunku do dawnego stanu prawnego – należało rozszerzenie i uelastycznienie podstaw prawnych do stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w zakresie nie znanym kodeksowi karnemu z 1932 r.¹²

Jak wynika z piśmiennictwa, w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 roku kara grzywny odgrywała istotną rolę. Z jednej strony miała być środkiem zwalczania drobnej przestępczości, pozwalającym na ograniczenie stosowania krótkoterminowych kar pozbawienia wolności. Z drugiej strony miała stanowić uzupełnienie kary pozbawienia wolności, co było efektem dążenia do realizowania surowej represji karnej związanej z pozbawieniem wolności¹³. Kara grzywny w kodeksie karnym z 1969 r. występowała jako kara wymierzana samoistnie (od 500 do 25 000zł) oraz jako kara wymierzana kumulatywnie obok kary pozbawienia wolności (od 500 do 1 000 000 zł)¹⁴.

W obszernych wydaniach na temat kodeksowej regulacji grzywny samoistnej oraz zakresu stosowania tej kary w ocenie M. Melezini, grzywna samoistna w systemie kar nie odgrywała znaczącej roli, głównie z powodu małej liczby zagrożeń. Istniały jednak dwie nadzwyczajne podstawy orzekania tej kary, a mianowicie, gdy zachodziły przesłanki orzeczenia grzywny w miejsce pozbawienia wolności nieprzekraczającego jednego roku, przewidzianego jako jedyna kara, której wymierzanie sąd uznał za niecelowe (patrz art. 54 d.k.k.)¹⁵ oraz gdy stosowano nadzwyczajne złagodzenie kary za występki zagrożony karą pozbawienia wolności, której dolna granica zagrożenia byłaby niższa od jednego roku, a przepis nie przewidywał alternatywnego zagrożenia karą grzywny (patrz art. 57 § 3 d.k.k.)¹⁶.

¹¹ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 264.

¹² *Polityka karna w Polsce w latach 1970-1980*, Ossolineum PAN-IPIP red. J. Skupiński, Wrocław 1989, opracowanie Janina Wojciechowska, s. 126.

¹³ K. Buchała, *Kara grzywny – problemy orzekania i nowelizacji kodeksu*, „Palestra” 1988, nr 6, s. 28.

¹⁴ A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, B. Kunicka-Michalska, C. Nowak, J. Skupiński, *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, red. naukowa J. Jakubowska-Hara i J. Skupiński, Warszawa 2009, s. 60.

¹⁵ Patrz art. 54 d.k.k. stanowiący, że: „jeżeli przestępstwo zagrożone jest tylko karą pozbawienia wolności, przy czym dolna granica zagrożenia nie jest wyższa niż 3 miesiące, a wymierzona za nie kara nie byłaby surowsza od 6 miesięcy pozbawienia wolności, sąd uznając, że skazanie na taką karę nie było by celowe, może orzec karę ograniczenia wolności lub grzywnę”.

¹⁶ Patrz art. 57 § 3 pkt 3 d.k.k., stanowiący, że: „nadzwyczajne złagodzenie kary polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju według następujących zasad: (...) jeżeli czyn stanowi występki, przy czym dolną granicę zagrożenia jest kara pozbawienia wolności niższa od roku – sąd wymierza karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy, karę ograniczenia wolności albo grzywny”.

¹⁷ M. Melezini, *Kodeksowy rodzaj regulacji grzywny samoistnej a częstotliwość jej orzekania w praktyce*, „Nowe prawo” 1987, nr 1 s.48-65.

W roku 1972, który należy taktować jako pierwszy rok odzwierciedlający strukturę kar orzekanych na podstawie przepisów nowego kodeksu¹⁸ udział grzywny w strukturze kar był najniższy i wynosił 6,1%. Natomiast w latach sześćdziesiątych wynosił niemal $\frac{1}{4}$ ogółu orzeczonych kar¹⁹. Można zatem zauważyć, że grzywna samoistna generalnie do roku 1977 nie należała do kar preferowanych w polityce karnej sądów²⁰. Bowiem w badaniach przeprowadzonych w 1977 r. zauważono np., że odsetek takich skazań był aż o połowę wyższy od odsetka skazań na grzywnę samoistną (18%) i kształtował się na poziomie ok. 34%²¹.

Wyniki badań przeprowadzonych w 1977 r. na szerszej próbie w skali kraju wykazały, że w złagodzonej wymiarze kary, grzywna samoistna nie była również przez sądy nadmiernie preferowana. Odsetek skazań na tę karę wykazał wprawdzie w 1977 r. wzrost i wyniósł już 18%, to jednak dynamika skazań na karę grzywny samoistnej była w tym czasie o połowę niższa od dynamiki skazań na karę ograniczenia wolności (35,5%).

Dla przykładu w badanym dwuleciu 1979-1980 r. udział grzywny samoistnej w skazaniach orzeczonych na podstawie art. 57 § 3 pkt 3 k.k. wynosił w 1979 r. aż 40,3% i był wyższy od udziału kary ograniczenia wolności, a w 1980 roku też był wysoki wynosząc 39,3% i był tylko nieco niższy od udziału kary ograniczenia wolności²².

Kierunek polityki karania w latach 1979-1980 zmienił się pod tym względem. Oba wolnościowe środki karne odgrywały niemal identyczną rolę, jeśli chodzi o wymiar kary łagodniejszego rodzaju²³. Przeprowadzone statystyki w tym okresie podają, że grzywna samoistna nie tylko ustąpiła miejsca karze ograniczenia wolności, lecz że udział jej w sędziowskiej kolekturze ustawowego wymiaru kary był już w 1980 r. większy o 3,4% (łącznie odsetek skazań na karę ograniczenia wolności wynosił 38,5%, a na grzywnę samoistną 41,9%)²⁴.

Wyniki badań jak i dynamika skazań w latach 1970-1975 nad karą ograniczenia wolności oraz nad karą grzywny za niektóre przestępstwa wzrosła z 68,3% ogółu skazań w 1972 r. do 90,8% w roku 1975.

¹⁸ J. Jasiński, *Kształtowanie polityki karnej sądów w latach 1972-1976*, „PiP” 1978, Nr 2, s. 42.

¹⁹ W. Świda, *Prawo Karne*, Warszawa 1978, s. 358 i n.

²⁰ J. Skupiński, *Kara ograniczenia wolności w orzecznictwie sądowym 1970-1972*, „Studia Prawnicze” 1974, z. 4 oraz tegoż, *Kara ograniczenia wolności w orzecznictwie sądowym 1973-1975* (w porównaniu z okresem pierwszego trzylecia obowiązywania kodeksu karnego) „Studia Prawnicze” 1977, z. 4, s. 72.

²¹ J. Wojciechowska, *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej (w świetle danych statystycznych z 1977 r.)*, „Studia prawnicze” 1980, nr 1-2, s. 324.

²² *Polityka karna w Polsce w latach 1970-1980*, red. Jan Skupiński, Wrocław 1989r. opracowanie J. Wojciechowska, s. 123.

²³ Tamże, s. 124.

²⁴ Tamże, s. 124.

Zaobserwowano również korzystną różnicę pomiędzy okresem 1970-1972, a okresem 1973-1975 w polityce stosowania tych kar.

W pierwszym trzyleciu w odniesieniu do danej grupy przestępstw karę ograniczenia wolności sądy stosowały nie w miejsce pozbawienia wolności, lecz w miejsce kary grzywny. W drugim trzyleciu, 1973-1975, natomiast kara ograniczenia wolności zaczęła wraz z grzywną samoistną wypierać karę pozbawienia wolności. Tendencję tę oceniano w literaturze jako zmierzającą w pożądanym kierunku²⁵.

Brak właściwych rozwiązań w Kodeksie karnym z 1969 r. miał być łagodzony poprzez wydanie Wytycznych Wymiaru Sprawiedliwości i Praktyki Sądowej, w których wskazywano, że kara grzywny stanowi adekwatny środek reakcji w sprawach o czyny charakteryzujące się niższym stopniem społecznego niebezpieczeństwa, pozwalając uniknąć stosowania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności. Jednak jak wynika z literatury zabiegi te nie doprowadziły do zwiększenia odsetka orzekanych grzywien²⁶. Ograniczony w ówczesnym okresie udział grzywien w strukturze orzekanych kar miał bowiem podłoże strukturalne. Liczba przestępstw, za które ustawa przewidywała sankcje alternatywne, była stosunkowo niewielka (46) stanowiły one jedynie 17,5% ogółu sankcji²⁷.

Jednocześnie tylko niewielka część spośród nich obejmowała czyny, których udział w strukturze przestępstw był na tyle znaczny aby wpływać na obraz grzywny. Zagrożenie sankcjami alternatywnymi przewidziane był bowiem jedynie w odniesieniu do lekkich występów, wśród których przestępstwa należące do najczęściej popełnianych praktycznie nie występują²⁸.

W początkowych latach obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. zaznaczył się proces zwiększenia nominalnej wysokości orzekanych grzywien, które stosunkowo szybko osiągnęły górne granice ustawowego zagrożenia²⁹.

Orzekano przy tym coraz wyższe grzywny nie tylko w wymiarze nominalnym, ale również w relacji do przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce. Jednocześnie wzrost ten był szybszy niż wzrost wskaźnika inflacji. Świadczyło to o znacznym wzroście represyjności orzekanych grzywien³⁰.

Dynamikę średniej wysokości grzywny w stosunku do przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w złotych (po denominacji w latach 1995-1997) na przełomie lat 1970-1997 przedstawia poniższa tabela³¹:

²⁵ J. Skupiński, *Kara ograniczenia wolności w orzecznictwie sądowym 1973-1975*, op. cit., s. 88-89.

²⁶ W. Dadak *Grzywna samoistna w stawkach dziennych*, Warszawa 2011, s. 254.

²⁷ M. Melezyni, *Punitivność ...*, op. cit., s. 186.

²⁸ W. Dadak *Grzywna samoistna...*, op. cit., s. 254.

²⁹ J. Jasiński, *Przemiany polityki karnej sądów rozwijanej na tle przepisów nowej kodyfikacji karnej (1970-1980)*, „Arch. Krym.” 1982, t. VIII-IX, s. 73.

³⁰ *Ibidem*, s. 87.

³¹ Źródło: opracowania W. Dadaka na podstawie danych statystycznych Ministerstwa Spra-

Rok	Średnia wysokość kary grzywny (zł)	Przeciętne wynagrodzenie miesięczne (zł)	Wskaźnik intensywności kary grzywny
1970	208 ⁴	2235	0,932
1971	2367	2358	1,003
1972	2461	2509	0,981
1973	3236	2798	1,156
1974	3491	3185	1,096
1975	4193	3913	1,072
1976	6411	4281	1,498
1977	8395	4596	1,827
1978	10926	4887	2,236
1979	13382	5327	2,512
1980	14010	6040	2,32
1981	11454	7689	1,489
1982	14094	11631	1,212
1983	18806	14475	1,299
1984	23445	16838	1,392
1985	46497	20005	2,324
1986	63309	24095	2,627
1987	64224	29184	2,201
1988	67799	53090	1,277
1989	78283	206758	0,378
1990	190601	1029637	0,185
1991	553239	1770000	0,313
1992	1466115	2935000	0,499
1993	1923521	3999004	0,481
1994	2480138	5322184	0,466
1995	293	702	0,417
1996	558	873	1061
1997	702	0,639	0,662

Wskaźnik procentowy intensywności grzywny stanowi współczynnik definiowany jako stosunek wysokości średniej grzywny do przeciętnego

wiedliwości. Dane dotyczące przeciętnego wynagrodzenia na podstawie roczników statystycznych GUS. Dane dotyczące skazań na karę grzywny na podstawie Statystyki Ministra Sprawiedliwości, których średnia została obliczona jako średnia z danych pogrupowanych, s. 264.

miesięcznego wynagrodzenia w danym roku kalendarzowym. Niniejsza wartość ułatwi analizę ekonomicznych aspektów orzekanych grzywien, w szczególności dynamiki rozwoju zmian zachodzących w zakresie abstrakcyjnie ujmowanej dolegliwości grzywny³². Podsumowując ten czasookres obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. należy zauważyć, że wzrost wysokości przeciętnej grzywny przy braku zmian normatywnych w zakresie ustawowych granic kary powodował dodatkowy skutek polegający na rozszerzeniu penalizacji realnej³³. Bowiern jak podaje w literaturze J. Jasiński, w latach siedemdziesiątych nominalna wysokość średniej płacy wzrosła dwukrotnie, natomiast wysokość wymiaru kary grzywny pięciokrotnie. Przypomnienia wymaga, również zwracana uwaga przez J. Jasińskiego wskazująca, że w końcu pierwszej dekady obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. grzywny, które nie mogły być zamieniane na zastępczą karę pozbawienia wolności przestały być orzekane, gdy na początku lat siedemdziesiątych stanowiły jeszcze 13,9% skazań na te karę. Oceniając system przepisów zawarty w tym kodeksie przez pryzmat polityki karnej, można stwierdzić, że założenia jego twórców w odniesieniu do „średniej” i „drobnej” przestępczości nie były w pełni realizowane³⁴. Grzywna jako kara w tym okresie przestaje być również akcentowana jako kara preferowana w zakresie reakcji na drobną przestępczość. Podejście takie mogło uzasadniać pojawienie się nowego rodzaju kary niepolegającej na pozbawieniu wolności, jaką była kara ograniczenia wolności. Tym bardziej, że kara ta miała spełniać podobną rolę w systemie kar, co kara grzywny³⁵.

Początki reformy polskiego prawa karnego, który miał miejsce w latach 80-tych zakładał rezygnację z nadmiernej represyjności polityki kryminalnej, co w dużej mierze łączyło gremium teoretyków jak i praktyków wymiaru sprawiedliwości. Rezultat jednakże utworzonego nowego prawa karnego stanowiący uchwalenie kodeksu karnego z 1997 r. podzielił i poróżnił środowisko prawnicze. Tendencja do odchodzenia od krótkoterminowych kar pozbawienia wolności znalazła również wyraz w wielu dokumentach międzynarodowych³⁶.

Spośród innych dokumentów należy wskazać zwłaszcza Minimalne Standardy ONZ w zakresie środków nieizolacyjnych, przyjęte rezolucją Zgromadzenia Ogólnego NZ 14 grudnia 1990 r., zalecające państwom

³² W. Dadak, *Grzywna samoistna...*, op. cit., s. 265.

³³ *Ibidem*, s. 255.

³⁴ K. Buchała, *Kara grzywny – problemy orzekania i nowelizacja kodeksu*, „Palestra” 1988, Nr 6, s. 28.

³⁵ W. Dadak, *Grzywna samoistna...*, op. cit., s. 256.

³⁶ M. Szewczyk, *Jaka alternatywa dla krótkoterminowej kary pozbawienia wolności*, [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga Jubileuszowa z okazji rocznicy urodzin profesora Andrzeja Gaberle*, Wolters Kluwer 2007, s. 104–105.

członkowskim ograniczenie stosowania kary pozbawienia wolności i racjonalizację polityki karnej m.in. poprzez wykorzystywanie środków alternatywnych dla tej kary. Powyższym zaleceniom stara się wyjść naprzeciw polska kodyfikacja karna w 1997 r.³⁷ Kodeks ten starał się wprowadzić zupełnie inną filozofię karania, mającą na celu ograniczenie stosowania kary pozbawienia wolności³⁸. Wejście w życie Kodeksu karnego z 1997 r. było konsekwencją wieloletnich poszukiwań najlepszych rozwiązań dotyczących wykonywania kar kryminalnych, środków karnych czy innych środków reakcji na przestępstwo. Zasadniczą zmianą w zakresie systemu kar i zasad ich stosowania, wprowadzoną przez Kodeks karny z 1997 roku, jest regulacja kary grzywny³⁹.

Ustawodawca dokonał zmian w dotychczas obowiązującej systematyce i hierarchii karania, bowiem tradycyjny układ artykułowanych w kodeksie kar zaczynających się od kar najsurowszych, zastąpił karami wolnościowymi. Na pierwszym miejscu nowej kodyfikacji karnej występuje kara grzywny, a następnie kara ograniczenia wolności i trzy rodzaje kar pozbawienia wolności, a tym samym kara grzywny przybrała nową rolę w polityce kryminalnej obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r. hierarchicznie sprzeczna z wcześniej obowiązującym kodeksem karnym. Podłożem zmiany sposobu orzekania grzywny była negatywna ocena funkcjonowania kwotowego modelu orzekania grzywny⁴⁰.

Bowiem, jak wynika z analizowanej literatury, w poprzednio obowiązujących ustawach polityki karnej, czyli w Kodeksie karnym z 1932, jak i Kodeksie karnym z 1969 roku, posłużono się tradycyjnym kwotowym modelem orzekania grzywny. Wraz z wejściem w życie Kodeksu karnego z 1997 roku dotychczas obowiązujący system kwotowy orzekanej przez sąd kary grzywny, zastąpiony został nieznanym dotąd w polskim ustawodawstwie karnym systemem stawek dziennych. Uznano, że system stawek dziennych umożliwi bardziej racjonalne orzekanie grzywny, zobowiązując sąd do wnikliwej analizy sytuacji majątkowej i rodzinnej skazanego, co pozwoli dostosować wymiar grzywny do realnych możliwości płatniczych skazanego⁴¹.

³⁷ A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, B. Kunicka-Michalska, C. Nowak, J. Skupiński, *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, red. naukowa J. Jakubowska-Hara i J. Skupiński, Warszawa 2009, s. 7.

³⁸ K. Krajewski, *Spór o politykę karną w Polsce: problem kary pozbawienia wolności w warunkowym zawieszeniu jej wykonania i alternatyw kary pozbawienia wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2007, nr 54, s. 6.

³⁹ A. Marek, *Problemy regulacji prawnej i orzekania kary grzywny*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 2, s. 13.

⁴⁰ Pod red. M. Melezini, *Kary i inne środki ...*, op. cit., s. 58.

⁴¹ Pod red. M. Melezini, *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, Warszawa 2010, s. 300.

Założenia systemu orzekania kary w stawkach dziennych znacznie odbiegał od orzekania grzywny kwotowej, czyniąc z niej specyficzny system wymierzania kary, nieznajdujący odpowiednika w przypadku innych kar oraz środków karnych⁴². System orzekania kary grzywny w stawkach dziennych wprowadzony przez kodeks karny z 1997 r. polegał na orzekaniu grzywny w dwóch etapach. W pierwszym orzekał liczbę stawek dziennych, biorąc pod uwagę ciężar przestępstwa i zawinienia, w drugim – wysokość jednej stawki dziennej, uwzględniając dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe. Kodeks przyjął, że najniższa liczba stawek dziennych wynosi 10, zaś najwyższa 360 z zastrzeżeniem że ustawa w innych przepisach może stanowić inaczej (art.33 § 1 k.k. z 1997 r.). Natomiast wysokość jednej stawki dziennej ustawodawca określił w granicach od 10 do 2000 zł (art. 33 § 3 k.k. z 1997 r.)⁴³.

Jednym z walorów systemu orzekania grzywny w stawkach dziennych było stworzenie lepszych, niż miało to miejsce w przypadku grzywny orzekanej kwotowo warunków do realizacji sprawiedliwościowego celu kary⁴⁴. Specyfika wymiaru kary odnoszącego się do grzywny sprowadzała się do tego, iż dotyczyła dwóch odrębnych przedmiotów podlegających kwantyfikacji. Jednym była ocena czynu oraz stopnia winy, drugim ocena sytuacji ekonomicznej sprawcy. To będące istotą systemu stawek dziennych rozdzielanie ocen znajduje wyraz w płaszczyźnie normatywnej, bowiem ustawa odrębnie wyznacza granice liczby stawek, odrębnie granice wysokości stawki. Oceny te mają jednocześnie komplementarny charakter, bowiem nie jest możliwe wymierzenie grzywny przy odwołaniu się jedynie do jednego z wymienionych komponentów. Dzięki temu wysokość stawki pozwala dostosować dolegliwość do sytuacji konkretnego sprawcy, zgodnie ze szczególną dyrektywą wymiaru kary⁴⁵.

Kara grzywny i jej efektywność wynikająca z jej cech przedmiotowych oraz celowościowych wobec sprawcy.

Ustawowy model wykonywania grzywny jest podporządkowany zasadzie, że podstawą dolegliwości grzywny jest dolegliwość ekonomiczna,

⁴² W. Dadak, *Grzywna samoistna ...*, op. cit., s.64.

⁴³ M. Melezini, *Kary i inne środki ...*, op. cit., s. 58.

⁴⁴ Z. Sienkiewicz, *Z rozważań o celach kary grzywny i dyrektywach jej wymiaru*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70.rocznicy urodzin prof. Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 579.

⁴⁵ W. Dadak, *Grzywna samoistna w stawkach dziennych. Aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, 2011, s. 102-103.

zatem powinna być ona celem podejmowanych wobec sprawcy decyzji w ramach postępowania wykonawczego⁴⁶.

Podkreślenia wymaga to, że o dolegliwości kar majątkowych z chwilą rozstrzygającą nie jest samo ogłoszenie wyroku, lecz faktyczne wykonanie⁴⁷. Ważną nowością w stosunku do poprzedniego stanu prawnego było ustanowienie przez Kodeks karny dyrektywy zakazującej orzekania grzywny, gdy dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji (art. 58 par 2 k.k.). Przyjęte rozwiązanie miało wyeliminować orzekanie grzywien niecelowych⁴⁸.

Prof. dr hab. L. Kubacki z Instytutu Nauk Prawnych PAN, którego to wnioski przytoczone zostały w publikacji pod redakcją Andrzeja J. Szwarcza, pt. „*Represyjność polskiego prawa karnego*”, stanowią niewątpliwie konkluzję wskazującą na liczbowe wskaźniki podsumowujące obserwacje karnistrów, podające, iż pod rządami „liberalnego” kodeksu karnego z 1997 r. – przy jednym z najniższych w Europie wskaźników przestępczości na 1 000 000 mieszkańców mamy jednocześnie najwyższy (...) wskaźnik osób uwięzionych. Wskaźnik ten na 100 tys. mieszkańców w 2001 r. wynosił w Polsce 206, a w lutym 2007 r. liczył on już 236 osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych (...). Pod koniec 2006 r. liczba miejsc wyniosła dla wszystkich osadzonych 72 tys. czyli 18 tys. osób uwięzionych było niezgodnie z normą kodeksową. Oprócz tego, również w końcu 2006 r. około 36,5 tys. osób skazanych na karę pozbawienia wolności z różnych przyczyn jej nie odbywało. Łącznie więc około 54 tys. skazanych na karę pozbawienia wolności brakuje miejsc, gdyby zaś chcieć ich wszystkich umieścić w zakładach karnych wskaźnik przeludnienia – wyniosłby ok. 73%, a powierzchnia przypadająca na jedną osobę wynosiłaby ok. 1,7m², co stanowiłoby naruszenie obowiązujących zarówno w polskim jak i w europejskim ustawodawstwie standardów wykonywania kary pozbawienia wolności⁴⁹.

Dla porównania wskaźników Polski z niektórymi państwami europejskimi przedstawia poniższe zestawienie stanowiące źródło danych Atlas i T. Szymanowski zamieszczone przez L. Tyszkiewiczza w publikacji, pt. „*Represyjność polskiego prawa karnego*” (str. 56). Niniejsze statystyki jednoznacznie stanowią o najniższym wskaźniku proporcjonalności orzekania grzywny przez sądy polskie w odniesieniu do sądów państw sąsiadujących.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 175.

⁴⁷ Z Siwiak, *Próba oceny wprowadzania w Polsce systemu stawek dziennych przy wymiarze grzywny*, „Problemy praworządności” 1983, Nr 7, s. 26.

⁴⁸ Pod redakcją M. Melezini, *Kary i inne środki...*, op. cit., s. 58.

⁴⁹ Pod redakcją A.J. Szwarcza, *Represyjność polskiego prawa polskiego*, Poznań 2008, s. 75.

	Polska	Anglia i Walia	Francja	Niemcy	Węgry	Włochy
Liczba skazań na 100 tys. mieszkańców w 1999r	537	2661	962	1074	938	484
Struktura orze- kania środ- ka penalnego Kary grzywny w 1999r. w %	18,4	70,3	35,1	70,0	43,50	32,4

Podzielając tym samym stanowisko Tomasza Kaczmarka stanowiące, iż cyt. „w tym stanie rzeczy projektowane podwyższenie zarówno dolnych, jak i górnych granic pozbawienia wolności, propozycje, aby kosztem ograniczenia stosowania środków karnych o charakterze nieizolacyjnym – zwiększyć zakres orzekania wobec sprawców przypadkowych, niezdemoralizowanych – krótkoterminowej kary pozbawienia wolności odbierać należy (...) jeśli nie w kategoriach nieporozumienia, to w każdym razie jako wyraz niefrasobliwości. Tym bardziej rażące, że propozycje takie w sposób automatyczny – przekładają się na zwiększenie liczby orzekanych bezwzględnych kar pozbawienia wolności – łączą się nieuchronnie z wzrostem wydatków budżetu państwa na ich wykonanie”⁵⁰. Wieloletnie doświadczenia związane z karą pozbawienia wolności z biegiem czasu doprowadziły do zwrócenia uwagi na wiele niekorzystnych zjawisk towarzyszących jej wymierzaniu. Z doświadczeń tych narodziły się propozycje zastępowania kary pozbawienia wolności sankcjami wolnościowymi⁵¹.

Kara grzywny podporządkowana jest zasadzie, że podstawową dolegliwością grzywny jest dolegliwość ekonomiczna, zatem powinna być ona celem podejmowanych wobec sprawcy decyzji w ramach postępowania wykonawczego. Grzywna jest karą, która z punktu widzenia jej wykonywania posiada cechy odróżniające ją od pozostałych kar wśród najistotniejszych należy wskazać to, że: majątkowy charakter umożliwia stosunkowo łatwe wykonanie kary zastępczej. Po drugie – jest kara pieniężną i może być przedmiotem egzekucji. Po trzecie – jej przedmiotem są środki pieniężne, stąd istnieje możliwość częściowego jej wykonywania poprzez zapłatę. Po czwarte – kara pozbawienia wolności jako kara niosąca większą dolegliwość

⁵⁰ *Ibidem*, s. 75–76.

⁵¹ A. Tobis, *Poszukiwanie alternatyw dla kary pozbawienia wolności – ujęcia prawnoporównawcze*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1986, z. 2, s. 31.

może być wykorzystywana jako kara w celu przymuszenia, której rola polega na skłonieniu do zapłaty skazanych, którzy mając możliwość jej uiszczenia, uchylają się od tego obowiązku. Po piąte – z uwagi na przedmiot grzywny jest możliwa znaczna dyspozycyjność wyrażająca się możliwością spłaty części lub całości grzywny w każdym czasie przez skazanego. Po szóste – występuje znaczna zmienność sytuacji skazanego w czasie wykonywania kary. Po siódme – podzielny charakter świadczenia, jakim jest zapłata grzywny, umożliwia rozłożenie tej kary na raty. Po ósme – stopniowalność abstrakcyjnej dolegliwości kar umożliwia wykorzystanie sankcji surowszych jako kary zastępczej w celu skłonienia do zapłaty grzywny. Cechy te powodują, że przewidziane w kodeksie karnym wykonawczym instytucje wykonania grzywny powinny uwzględniać specyfikę tej kary⁵².

Kodeks karny z 1997 r. od wejścia w życie był ponad 60 razy zmieniany, co stanowiło przesłankę do jego nowelizacji ustawą z dnia 20.02.2015 r., która weszła w życie w dniu 01.07.2015 r. W uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy, czytamy, że: istotnymi zmianami jest modyfikacja zasad wymierzania kar, tak, by doprowadzić do obniżenia liczby skazanych przebywających w zakładach karnych. Ponadto jak się zauważa przy dość niskiej skali przestępczości Polska jest krajem o najwyższym w Europie współczynniku osadzonych. Głównym zatem celem, liczącej ponad 100 stron nowelizacji Kodeksu karnego w 2015 r., jest więc być przede wszystkim doprowadzenie do częstszego stosowania kar ograniczenia wolności oraz grzywien. Głównym celem projektu nowelizacji części ogólnej Kodeksu karnego jest zmiana obecnej struktury orzekanych kar, w tym ograniczenie możliwości pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Kara zawieszona (orzekana w Polsce w ok. 60 proc. konkluzji procesowych) nie spełnia bowiem funkcji odstraszałającej i wychowawczej. Lepsze efekty w tym względzie przynoszą sankcje wolnościowe - grzywny bądź kary ograniczenia wolności. Ustawodawca przyjmuje, że kara grzywny lub kara ograniczenia wolności, orzekane jako kara podstawowa, będą dla sprawcy bardziej odstraszałające i dolegliwe, a jednocześnie bardziej proporcjonalne do popełnionego czynu zabronionego, niż sankcja w zawieszeniu. Orzekanie grzywny nie będzie zależne od sytuacji materialnej skazanego. Obecnie zdarza się często, że skazany, na początku postępowania przygotowawczego, deklaruje brak środków materialnych, co uniemożliwia orzeczenie grzywny. Deklaracje te nie są z reguły weryfikowane przez sąd lub prokuratora. Zwiększeniu skuteczności egzekucji tej kary ma służyć obowiązkowe wpisanie zalegającego dłużnika do rejestru dłużników i rejestru Biur Informacji Gospodarczej. Spowoduje to zwiększenie dolegliwości kary,

⁵² W .Dadak, *Grzywna samoistna...*, op. cit., s. 175-176.

a tym samym zwiększy motywację do spłaty grzywny oraz zwiększy pewność obrotu prawnego. Przedstawione propozycje są sposobem na niedostateczną wydolność systemu karnego. Przyczyną nie jest niewystarczająca surowość sankcji karnych, lecz ich nieefektywność, na którą składa się zarówno nagminne zawieszenie kar pozbawienia wolności, jak i coraz częstsze zjawisko recydywy. Intencją nowelizacji wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych jest znacząca poprawa efektywności systemu oraz stworzenie modelu bardziej adekwatnej i dolegliwej reakcji karnej. Reforma pozwoli wyposażać sądy i prokuraturę w szeroki wachlarz instrumentów pozwalających na odpowiednie kształtowanie represji karnej w zależności od stopnia niebezpieczeństwa sprawcy i jego prognozy kryminologicznej⁵³.

Podsumowanie.

Mając zatem na uwadze zarys historyczny prawa karnego, wskazania wymaga, że znaczącym środkiem reakcji karnej w praktyce sądowej, od okresu obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 r., grzywna była karą która ewoluowała. W latach początkowych obowiązywania kodeksu z 1932 r. grzywna była karą najczęściej stosowaną wobec sprawców. Statystyki z tego okresu wskazują, że orzekano ją w 51,3%, jednakże w latach 1936 zauważalny jest jej spadek do 21% spowodowany bowiem większym orzekaniem warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności i bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Kolejny etap zaniżonej statystyki orzekania grzywny statystycznie do 14% miał miejsce w okresie obowiązywania kolejnego Kodeksu karnego z 1969 r., jednakże sukcesywnie te dane statystyczne wzrosły do 27% w okresie lat 1997. Badania przeprowadzone w tym zakresie przez W. Dadaka wskazują, że okres obowiązywania Kodeksu karnego z 1969r. cechował się znaczną intensywnością orzekanych kar grzywny, ze wskazaniem na jego intensywność zmienną. Kolejny Kodeks karny orzeczony w 1997 r., pomimo że karę grzywny sklasyfikował na pierwszym miejscu, nie przyczynił się do jej wzrostu orzekania jej przez sądy. Statystyki z tego okresu znacznie zarysowują kolejny okres ewolucji grzywny, która w tym okresie wynosiła 15%. Wzrost udziału grzywny jako kary orzekanej w orzecznictwie polskiego prawa karnego wzrósł do 20% w latach 2005r. Kolejne lata w dalszym ciągu przyczyniają się do wzrostu orzekania tej wolnościowej sankcji karnej, która niestety od wielu lat ustępuje miejsca karze pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem. Jak należy przypuszczać początkowy niski wskaźnik orzekania tej sankcji

⁵³ <<https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/aktualnosci/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz-niektorych-innych-ustaw.html>>.

karnej mógł być podyktowany trudnościami przystosowania palestry sędziowskiej do nowych zasad orzekania tej sankcji karnej, bowiem nastąpiła zmiana karania na system stawek dziennych. Zdaniem W. Dadaka „*okoliczności wynikające z zaniedbań sądowych dotyczących ustalenia sytuacji ekonomicznej skazanego mogły być przestanką warunkującą niskie statystyki orzekanej kary*”. Uzupełnieniem przedstawionego obrazu polityki karnej realizowanej poprzez orzekanie kary grzywny jest ekonomiczny charakter tej sankcji karnej, istota wartości pieniądza, sytuacja ekonomiczna sprawców jak i społeczeństwa. Nie ulega wątpliwości, że ważnym elementem są relacje pomiędzy wysokością orzeczonej kary a przeciętnym miesięcznym wynagrodzeniem społeczeństwa. Brak korelacji tejże kwestii może zachwiać system orzekania w zakresie tej sankcji karnej, co przyczynić się może do przepełnienia zakładów karnych jak i nieefektywności w zakresie egzekwowania tej kary od sprawcy, z czym już państwo polskie w poprzednich okresach się borykało. Gwałtowny wzrost intensywności kary grzywny, który miał miejsce w latach 1975-1980 zmierzającej do zaostrzenia surowości sankcji o charakterze majątkowym oraz w 1986 r. gdzie przeciętna wysokość grzywny przekraczała dwuipółkrotność miesięcznego wynagrodzenia przyczynił się do zmian w obszarze ustawowych zagrożeń. Bowiem od lat 1990 przeciętna grzywna stanowiła już wartość nie mniejszą niż 20% średniego wynagrodzenia, a w latach po 2006 stanowiła ok. 30% średniego wynagrodzenia miesięcznego. Podsumowując, należy podzielić zdanie większości prawników, którzy od wieków wskazywali na szczególnie charakter kary grzywny i jej właściwości kryminalno polityczne, kara grzywny powinna być wiodącą karą wśród katalogu kar orzekanych przez sądy wobec czynów karalnych o średnim i mniejszym stopniu szkodliwości społecznej. Jednakże jest to proces długotrwały, a do faktycznej jego realizacji i skuteczności jest jeszcze daleka droga, bowiem wiąże się on z dociekliwością i skrupulatnością organów sądowych, a co za tym idzie stworzeniem właściwego instrumentu zwalczającego czyny karalne. Miejmy jedynie nadzieję, że z uwagi na rozszerzona cyfryzację jak i wzrost wynagrodzeń, a co za tym idzie wzrost zamożności społeczeństwa, przyczyni się to do większego akcentowania karalności skazanych tą wyjątkowo ekonomiczną jak i dochodową dla państwa karą, jaka jest kara grzywny.

Reasumując i jednocześnie wykraczając poza prawo karne, pozwalam sobie jeszcze na dygresję, wynikającą z tematyki stanowiącej niniejsze zapytanie i dokonaną próbę oceny o efektywności ukarania sprawcy karą grzywny na płaszczyźnie tak wielokrotnie nowelizowanych przepisów karnych. Otóż sądzę, że im więcej posiadanych informacji dotyczących okoliczności popełnienia przestępstwa, tym więcej jest propozycji umiarkowanych pod względem surowości kary dla sprawcy. Opierając się o literaturę, podziela

stanowisko J. Jakubowskiej-Hara i J. Skupińskiego stanowiące o tym, że wyrazem dążenia ustawodawcy do zminimalizowania zjawiska zastępowania grzywnien karą pozbawienia wolności stało się utworzenie instytucji pracy społecznie użytecznej, a więc możliwości zastosowania dolegliwości wobec skazanych niepłacących grzywny, przy jednoczesnym uniknięciu kary zastępczej związanej z pozbawieniem wolności⁵⁴. Jednakże instytucja pracy społecznie użytecznej jest w niewielkim stopniu realizowaną karą bowiem oscyluje zaledwie w granicach 10–12% ogółu orzeczonych kar. Jak wynika z moich obserwacji skazani odbywający karę pozbawienia wolności są nierzadko skazanymi którzy uchylali się od zapłaty grzywny bądź sami wnioskowali o jej nieorzekanie w zamian za odbywanie kary w jednostkach penitencjarnych.

Dodać bowiem należy, że obecny system prawny daje olbrzymie przywileje i prawa skazanym, którzy jak wynika z moich wieloletnich refleksji, w maksymalnym stopniu je wykorzystują w warunkach izolacji więziennej. Bowiem społeczeństwo to, jak i ich rodziny, nastawione jest na „konsumpcję” związaną z braniem od instytucji państwowej wszystkiego, co dodatkowo potwierdzają moje obserwacje stanowiące o negatywnym nastawieniu skazanych do podjęcia pracy bezpłatnej na rzecz jednostek Skarbu Państwa.

Kończąc dodam, że kolejna planowana publikacja dokonująca w zarysie próby oceny efektywności i znaczenia kary grzywny w systemie kar polskich kodeksów karnych będzie przesłanką do głębszej analizy zagadnienia w kontekście wprowadzanych zmian w k.k., dokonanych między innymi nowelą z 20.02.2015 r. z akcentem na znaczenie treści art. 37a k.k.



A B S T R A C T

This article is devoted to two issues: the evolution of a fine in Polish criminal law and the effectiveness of adjudicating fines in Poland. The choice of the issues in question is dictated by their timeliness, controversy and the conviction that adjudicating a fine should be the subject of a greater deepening of its effectiveness in the face of responsibility for its ruling, and thus measuring the effectiveness of this punishment for the convict. The correct solution to many problems

⁵⁴ Red. J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński, *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Warszawa 2009, s. 71.

covered by this topic will be preceded by responsible consideration and substantive arguments regarding fines and its effectiveness not only towards the perpetrator but also towards the public. This publication contains materials devoted to the processes of evolution of the subject matter with a special indication of the effectiveness of the penalty which is a fine under Polish criminal law.

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt I OSK 2498/16¹ (dot. zakresu podmiotowego ustawy o dostępie do informacji publicznej²)

Gloss to the judgment of the Supreme Administrative Court of October 23, 2018, Ref. I OSK 2498/16 (regarding the subjective scope of the Act on Access to Public Information)

TEZY

1. w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. ustawodawca wyróżnił trzy grupy podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej. Po pierwsze, są nimi podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne. Po drugie, są nimi podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które dysponują majątkiem publicznym. Po trzecie, są nimi osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.
2. zastosowanie art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³ do określenia pozycji dominującej w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej oznacza odniesie-

¹ Opublikowany w CBOSA.

² Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2018 r., poz. 1330 ze zm., dalej u.d.i.p.).

³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.).

nie tej pozycji do wewnętrznej struktury osoby prawnej, dlatego należy uznać, że Skarb Państwa ma pozycję dominującą w osobie prawnej, gdy jego udział w tej osobie przekracza 40%

GŁOSA

W art. 23 u.d.i.p zostało określone przestępstwo bezprawnego nieudzielania informacji publicznej. Polega ono na tym, że sprawca czynu wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi nie udzielił informacji⁴. Ten czyn jest zagrożony karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności do roku. W tym przepisie wprost jest chronione obywatelskie prawo do dostępu do informacji publicznej. Czyn z art. 23 u.d.i.p. jest występkiem o charakterze indywidualny. Karze podlega bowiem ten, kto jest zobowiązany do udzielenia informacji publicznej, a więc osoba wykonująca funkcje związane z udzieleniem informacji w podmiocie, który jest zobowiązany na podstawie art. 4 u.d.i.p. do udzielenia informacji. Nie można natomiast skutecznie postawić zarzutu popełnienia przestępstwa osobie, która nie udzieliła informacji w podmiocie, który nie podlega reżymowi ww. ustawy z dnia 6 września 2001 r. Stąd tak ważne dla określenia odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p. jest wskazanie, czy dany podmiot polega zakresowi podmiotowej ustawy o dostępie do informacji publicznej. Dotyczy to szczególnie różnego rodzaju przedsiębiorstw o mieszanej strukturze własnościowej, w której Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego, zawodowego lub gospodarczego jest właścicielem tylko części udziałów. Jak radzić sobie w tego rodzaju sytuacjach częściowo odpowiada komentowany wyrok.

Orzeczenie NSA z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt I OSK 2498/16 zapadło w wyniku wniesienia skargi kasacyjnej przez spółkę akcyjną od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 lipca 2016 r., sygn. akt II SAB/Wa 254/16⁵, który stwierdził bezczynność przedsiębiorstwa w zakresie udzielenia informacji publicznej i zobowiązał go do rozpoznania wniosku skarżącego o udostępnienie danych dotyczących charakteru umowy na obsługę prawną. Zdaniem Sądu I instancji w sprawie nie budzi wątpliwości, że przedsiębiorstwo jest spółką prawa handlowego, w którym Skarb Państwa ma 69,89% akcji. Spółki

⁴ Warto wskazać, że zauważa się, iż czynem nieudostępnienia informacji publicznej będzie „zarówno nieumieszczenie informacji w Biuletynie Informacji Publicznej, nieudostępnienie informacji w trybie wnioskowym, jak i odmowa wstępu na posiedzenia organu bądź nieudostępnienie dokumentacji z takiego posiedzenia” (M. Grzegorz, *Odpowiedzialność karna w zamówieniach publicznych. Komentarz praktyczny* LEX 2018).

⁵ Opublikowany w CBOSA.

Skarbu Państwa, w których Skarb Państwa jest właścicielem wszystkich bądź większości akcji podobnie jak spółki prywatne, podlegają regułom określonym przez Kodeks spółek handlowych, ich celem powinno być zatem osiągnięcie zysku. Jednak w odniesieniu do spółek Skarbu Państwa o wiele bardziej istotny jest społeczny kontekst ich działania. Państwo we wszystkich aspektach swojej działalności powinno bowiem kierować się interesem publicznym. Obowiązek ten wynika z Konstytucji RP. Państwo w dziedzinie prowadzenia działalności gospodarczej powinno odwoływać się do podstawowych zasad i wartości konstytucyjnych, w szczególności dobra wspólnego. Zgodnie z art. 1 Konstytucji RP, Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Dobro wspólne jest rozumiane przez Konstytucję jako cel nadrzędny, który determinuje działanie jednostek, stanowiąc podstawową, wspólną dla wszystkich wartość porządku społecznego i jako takie powinno stanowić podstawowy motyw działania państwa. Dobro wspólne powinno zatem stanowić także przesłankę funkcjonowania państwa w sferze prawa własności. Dążenie do realizacji dobra wspólnego nie wyklucza nakierowania działalności gospodarczej państwa na zysk. Dobro wspólne może mieć bowiem także wymiar materialny, a zysk powinien być podporządkowany jego realizacji, być w nie wkomponowany. Dążenie do zysku ma być zatem nie celem, lecz metodą postępowania. Interes publiczny jako forma konkretyzacji dobra wspólnego, powinien być przesłanką funkcjonowania państwa we wszystkich dziedzinach działalności, także w działalności gospodarczej i w sferze prawa własności. Państwo powinno zatem kierować się tą klauzulą także jako akcjonariusz spółek kapitałowych. Tak więc, nakaz uwzględniania interesu publicznego w działalności gospodarczej Państwa wskazuje na realizację zadań publicznych w rozumieniu art. 4 u.d.i.p. także przez spółki prawa handlowego, w których akcjonariuszem jest Skarb Państwa, a więc przedsiębiorstwo jest podmiotem zobowiązany do udzielenia informacji publicznej.

Przedsiębiorstwo wniosło skargę kasacyjną od wyroku WSA w Warszawie zarzucając mu naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 4 ust. 1 u.d.i.p., poprzez uznanie Spółki za zobowiązaną do rozpatrzenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej, mimo że Spółka nie może być zakwalifikowana do kręgu podmiotów podlegających zakresowi podmiotowemu u.d.i.p., a tym samym rozpatrzyć wskazanego wniosku. W uzasadnieniu skargi kasacyjnej wskazano, że przedsiębiorstwo nie wykonuje zadań publicznych, a osiągając zysk nie dąży do realizacji dobra wspólnego, lecz jedynie własnego interesu.

Naczelny Sad Administracyjny nie podzielił zarzutów skargi kasacyjnej i oddalił skargę uznając, że spółka, w której Skarb Państwa posiada pozycje dominującą jest na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. zobowiązana do udzielenia informacji publicznej.

Komentowany wyrok NSA rozstrzygnął w jednoznaczny sposób, że spółka, w której Skarb Państwa posiada ponad 40% udziałów jest zobowiązana do udzielenia informacji publicznej. Kierując się pełną treścią art 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. przyjąć należy, że taka sama reguła dotyczy również sytuacji, gdy w spółce taki sam udział posiada jednostka samorządu terytorialnego, gospodarczego lub zawodowego. Pozycja dominująca w polskim systemie prawnym została zdefiniowana w treści wspomnianego art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wedle którego pozycję dominującą posiada przedsiębiorca, którego pozycja na rynku umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Wydaje się, że NSA w swoim wyroku odniósł się nieprawidłowo do przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów ustanawiających niejako sztywną regułę wedle której tylko 40% udział podmiotów wymienionych w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. powoduje, że dana spółka jest zobowiązana do udzielenia informacji publicznej. Wskazać bowiem należy, że art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczy bowiem kwestii związanej z pozycją przedsiębiorstwa na rynku i ewentualnym jego wpływie na rozwój konkurencyjnych podmiotów prowadzących taką sama lub podobną działalność gospodarczą.

Dodać również należy, że sąd kasacyjny nie odniósł się do argumentów WSA w Warszawie, który zobowiązanie Spółki do udzielenia informacji publicznej wywiódł z kryterium funkcjonalnego⁶ wskazującego, że niejako każde przedsiębiorstwo, w którym Skarb Państwa posiada znaczne udziały wykonuje funkcje publiczne. Z tego punktu widzenia przedsiębiorstwa, których udziałowcami są podmioty wymienione w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. ze względu na samych udziałowców nie mogą być traktowane tak jak „zwykli” przedsiębiorcy, ponieważ udział Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego, zawodowego lub gospodarczego powoduje, że dany podmiot wykorzystując publiczne mienie działa na rynku w inny sposób niż przedsiębiorca prywatny. W orzecznictwie podnosi się również, że «zadania publiczne» cechuje powszechność i użyteczność dla ogółu,

⁶ Zdaniem G. Sibigi zobowiązanie do udzielenia informacji publicznej może być określone w sposób ustrojowy poprzez wskazanie w przepisach zamkniętego zbioru podmiotów, które są zaliczone do wykonujących funkcje publiczne oraz funkcjonalnego poprzez określenie zadań wykonywanych przez dany podmiot - por. G. Sibiga *Zakres stosowania przepisów dostępowych* [w:] *Główne problemy prawa do informacji w świetle prawa i standardów międzynarodowych europejskich i wybranych państw Unii Europejskiej*, red. G. Sibiga, Warszawa 2013, s. 22–24.

a także sprzyjanie osiągnięciu celów określonych w Konstytucji lub ustawie. Wykonywanie zadań publicznych zawsze wiąże się z realizacją podstawowych publicznych praw podmiotowych obywateli⁷. Przedsiębiorstwo, w którym Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego, zawodowego lub gospodarczego, ze względu na charakter tak specyficznego udziałowca lub akcjonariusza, wykonuje funkcje na rzecz ogółu społeczeństwa, a nie tylko samych akcjonariuszy lub udziałowców.

Przypomnieć również należy, że celem ustawy o dostępie do informacji publicznej było objęcie jej zakresem jak największej liczby podmiotów, tak aby obowiązek udzielenia informacji publicznej niejako „podążył” za zaangażowaniem publicznych pieniędzy, w formie udziałów lub akcji w spółkach⁸. Na funkcjonalne określenie zakresu podmiotów zobowiązanych do udzielenia informacji publicznej zwrócono również uwagę w uchwale NSA z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt I OPS 1/05⁹, w której podniesiono, że spółdzielnie mieszkaniowe ze względu na to, iż działają przede wszystkim w celu zaspokajania potrzeb mieszkaniowych spółdzielców, którzy przystępują do spółdzielni dobrowolnie wnosząc własne wkłady – nie wykonując zadań publicznych. NSA uznał zatem, że o podleganiu zakresowi podmiotowemu ustawy o dostępie do informacji publicznej decydują dwa elementy: charakter wykonywanych zadań (powinny być one nakierowane na realizację potrzeb społeczeństwa, a nie indywidualnych potrzeb danej korporacji) oraz rodzaj majątku, którym dysponuje dany podmiot (mienie Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, zawodowego albo gospodarczego). Natomiast w opisywanym orzeczeniu WSA w Warszawie skoncentrował się jedynie na elemencie majątkowym – uznając, że skoro udział Skarbu Państwa jest tak wysoki w przedsiębiorstwie – więc niemalże automatycznie oznacza to, że wykonuje ono zadania publiczne.

Wydaje się, że rozwiązania problemu związanego z zastosowaniem art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. należy szukać nie w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, ale w art. 4 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych¹⁰. Przepis ten statuuje sześć przypadków, w których określony podmiot wywiera dominujący wpływ na spółkę.

⁷ Wyrok NSA z dnia 23 sierpnia 2017 r., sygn. akt I OSK 3119/15, LEX nr 2365558.

⁸ Por wypowiedź eksperta J. Stefanowicza w trakcie obrad nad projektem ustawy o dostępie do informacji publicznej zamieszczonej w *Biuletynie nr 3818/III kad. Komisja Nadzwyczajna do rozpatrzenia projektów ustaw dotyczących prawa obywateli do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a także dotyczących jawności procedur decyzyjnych i grup interesów /nr 6/, Kancelaria Sejmu. Biuro Informacyjne, Warszawa 2001, s. 4–5.*

⁹ ONSAiWSA nr 4 rok 2005, poz. 63.

¹⁰ Dz.U. z 2017 r., poz. 1577, ze zm.

Taka sytuacja ma miejsce, gdy:

1. dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
2. jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
3. jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
4. członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub
5. dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
6. wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej.

Pozycja dominująca w spółce nie jest zatem zależna od wysokości procentowej posiadanych w niej udziałów lub akcji, lecz od realnego wpływu na funkcjonowanie przedsiębiorstwa. W sprawach o udostępnienie informacji publicznej oznacza to, że niezależnie do wielkości posiadanych udziałów (np. jednostka samorządu terytorialnego posiada mniejszościowy pakiet akcji, ale jest również w posiadaniu tzw. „złotej akcji”, dzięki której ma prawo powoływać prezesa spółki i większa część zarządu), o tym czy dane przedsiębiorstwa jest zobowiązane do udzielenia informacji publicznej – rozstrzyga decydujący wpływ podmiotów określonych w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. na jego działalność, w tym przede wszystkim na wybór jego władz. Tak więc w sytuacji, gdy Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego, zawodowego lub gospodarczego posiada taki wpływ – przedsiębiorstwo jest zobowiązane, niezależnie do rodzaju prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, do udzielenia informacji publicznej.



A B S T R A C T

The author of the vote expresses the opinion that the judgment of the Supreme Administrative Court concerning the scope of the Act on Access to Public Information is not entirely correct. It points out that a company's dominant position on the market, and therefore its obligation to provide public information, does not result from the percentage of shares held by certain entities, but is rather the result of having a real influence on the operation of the company, particularly through the choice of the authorities.

Komunikaty dla Autorów i Czytelników

.....

I. Informacje dla autorów i recenzentów

Warunki publikacji i wskazówki edytorskie

1. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” przyjmuje do publikacji artykuły, materiały szkoleniowe i glosy o tematyce prawnej i dotyczące wojskowości, w szczególności z zakresu: międzynarodowego prawa humanitarnego, terroryzmu, cyberterroryzmu, cyberprzestępczości, bezpieczeństwa międzynarodowego, narodowego i wewnętrznego, obronności, jak również artykuły historyczne o tematyce prawnej i wojskowej.

2. Materiały należy przysyłać na adres e-mail: redakcja.wpp@pk.gov.pl.

3. Redakcja prosi o nadsyłanie materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word, dla następujących ustawień: marginesy standardowe, czcionka Times New Roman w rozmiarze 12 (dla przypisów dolnych 10), interlinia 1,5 wiersza.

4. Ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

5. Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Należy dołączyć tłumaczenie tytułu i streszczenia (2–3 zdania) w języku angielskim.

6. Nie należy dołączać streszczeń do materiałów innego rodzaju (głos, recenzji, sprawozdań).

7. 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 – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego.

8. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

9. Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych.

10. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, a niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Zasady recenzowania

Wszystkie materiały publikowane w czasopiśmie podlegają ocenie recenzentów. Recenzentowi nie przekazuje się informacji o autorze materiału przekazanego w celu sporządzenia recenzji. Autor ma prawo zapoznać się z treścią recenzji. Nazwiska recenzentów poszczególnych materiałów nie są ujawniane.

Recenzja przedstawiana jest redakcji w formie pisemnej i elektronicznej, w terminie 1 miesiąca od otrzymania materiału przez recenzenta. Termin ten w uzasadnionych wypadkach może zostać przedłużony w uzgodnieniu z Redaktorem Naczelnym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Przekroczenie wskazanego terminu może skutkować powierzeniem sporządzenia recenzji innej osobie wskazanej przez Redaktora Naczelnego.

Recenzja powinna zawierać jednoznaczny wniosek recenzenta dotyczący dopuszczenia materiału do publikacji lub jego odrzucenia. W przypadku zasugerowania przez recenzenta poprawek, warunkiem przyjęcia materiału do publikacji jest ich uwzględnienie przez autora tekstu.

W recenzji należy przedstawić główne tezy recenzowanego materiału.

Merytoryczna ocena recenzowanego tekstu powinna uwzględniać wartość tekstu, a w szczególności przydatność poruszanej w nim tematyki dla potrzeb praktyki i zgodności tekstu z profilem wydawniczym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”, poprawność logiczną wywodów, sposób przedstawiania poglądów własnych autora oraz poprawność wykorzystania przywołanych w tekście poglądów doktryny i judykatury.

Formalna ocena recenzowanego tekstu powinna obejmować poprawność językową i redakcyjną tekstu oraz wskazywać, czy nadesłany tekst odpowiada wymogom stawianym przez redakcję „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Zauważone błędy i poprawki w tym zakresie należy wskazać w recenzji.

Ostateczną decyzję o przyjęciu materiału do publikacji bądź jego odrzuceniu podejmuje Redakcja.

Lista recenzentów współpracujących z czasopiśmie zamieszczana jest na stronie internetowej Prokuratury Krajowej, w zakładce „Wojskowy Przegląd Prawniczy” i podlega corocznej aktualizacji.

Zapobieganie przypadkom ghostwriting i guest authorship

Redakcja podejmuje działania zapobiegające przypadkom ghostwriting (osoba wniosła istotny wkład w powstanie publikacji, bez ujawnienia swojego udziału jako jeden z autorów) oraz guest authorship (osoba jest wymieniana jako autor lub współautor publikacji, choć jej udział w powstaniu tekstu jest znikomy lub w ogóle nie miał miejsca),

poprzez zobowiązanie autora lub współautorów składających materiał do redakcji do procentowego określenia swojego wkładu w powstanie publikacji, a także poinformowania redakcji o źródłach finansowania badań, których wyniki zostały przedstawione w utworze.

Informacje dla czytelników

Zgodnie z § 32 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz.U. 2016 r. poz. 2154), opracowano wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznawanych za publikacje w tych czasopismach.

Przy kompleksowej ocenie za lata 2013–2016 stosuje się wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznanych za publikacje naukowe w tych czasopismach, ustalony na podstawie wykazów ogłoszonych w tych latach przez ministra zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz.U. z 2014 r. poz. 1126). W wykazie zamieszcza się wszystkie czasopisma naukowe, które zostały zamieszczone w co najmniej jednym wykazie obowiązującym w poszczególnych latach z okresu 2013–2016. Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznaje się najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z tego okresu.

Wykaz czasopism naukowych składa się z 3 części: A, B i C.

Kwartalnik „Wojskowy Przegląd Prawniczy” zamieszczono w części B, pozycja 2825, przyznając 5 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym.

Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>.

Czasopismo „Wojskowy Przegląd Prawniczy” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 20154, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 46.96 pkt.

NAKLAD 200 EGZ.