



Prokuratura i Prawo

NR 3/marzec 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

Zgodnie z zarządzeniem nr 104/16 Prokuratora Krajowego z dnia 29 listopada 2016 r. od 1 stycznia 2017 r. działa Rada Naukowa czasopisma będąca organem opiniodawczo-doradczym Kolegium Redakcyjnego i Redaktora Naczelnego. Skład osobowy Rady zostanie opublikowany w następnym numerze.

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący

–

Marek SADOWSKI

Członkowie:

Małgorzata BEDNAREK, Aleksander HERZOG, Anna JASKUŁA, Małgorzata KOZŁOWSKA, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOVIARZ-PELC, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

Redaktor Naczelný

–

Marek SADOWSKI

Z-ca Redaktora Naczelnego

–

Anna WDOVIARZ-PELC

Sekretarz Redakcji

–

Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:

02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,

Tel. 22 12 51 549

e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9

tel. 12 422 87 55, fax 12 422 38 50

e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl

www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/index.php

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu

27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4

tel. 15 644 04 00, fax. 15 832 77 87

e-mail: marketing@wds.com.pl

www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

dr Damian Wąsik, prokurator Prokuratury Rejonowej Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku, asystent Collegium Medicum UMK w Bydgoszczy	
Odpowiedzialność karna lekarza dentysty za błąd medyczny	5
<i>Criminal liability of dentists for medical errors</i>	24
dr Iwona Sepiolo-Jankowska, adiunkt UAM w Poznaniu	
Odpowiedzialność karna członków zarządu za zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością	26
<i>Criminal liability of members of a board of directors for an omission to file a bankruptcy petition for a limited liability company</i>	43
Tomasz Janeczek, Prokurator Regionalny w Katowicach, Adam Roch, Zastępca Prokuratora Regionalnego w Katowicach	
Odpowiedzialność służbowa i dyscyplinarna prokuratorów w świetle Prawa o prokuraturze	44
<i>Functional and disciplinary responsibility of prosecutors under the Prosecution Service Act</i>	73
Adam Müller, inspektor w Urzędzie Miejskim w Łabiszynie	
Warunkowość odpowiedzialności karnej pracownika banku w świetle art. 107 Prawa bankowego	74
<i>Conditionality of criminal liability of bank employees in the light of Banking Law, Article 107</i>	82
Anna Jaskuła, Prokurator Prokuratury Regionalnej w Krakowie, del. do Prokuratury Krajowej; Katarzyna Płończyk, prokurator b. Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie, wykonujący czynności służbowe w Prokuraturze Okręgowej w Krakowie	
Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym	83
<i>Release from the doctor-patient confidentiality obligation in preparatory proceedings</i>	105
Magdalena Koldys, inspektor Delegatury CBA w Białymstoku	
Rola i zadania niefinansowych organów postępowania przygotowawczego	106
<i>Role and tasks of non-financial authorities conducting preliminary proceedings</i>	121

dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego

Przestępstwo uprowadzenia małoletniego w hiszpańskim prawie karnym	122
<i>Crime of unlawfully seizing a minor in Spanish criminal law</i>	144

Materiały Szkoleniowe/Training Materials

Jerzy Jamiolkowski, członek Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Bydgoszczy

Odpowiedzialność syndyka masy upadłości za naruszenie przepisów prawa pracy	146
<i>Liability of receivers for violating labour law</i>	178

Glosa/Commentary

do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2016 r., sygn.

III KK 474/15 (dot. zakazu <i>reformationis in peius</i>) – oprac. dr Marcin Janusz Szewczyk	179
<i>to the Supreme Court decision of 12 May 2016, file no. III KK 474/15 (concerns prohibition of reformatio in peius) – by Marcin Janusz Szewczyk, Ph.D.</i>	191

ARTYKUŁY

Damian Wąsik

Odpowiedzialność karna lekarza dentysty za błąd medyczny

Streszczenie

Zasadniczym celem publikacji jest przybliżenie specyfiki błędów medycznych występujących w obszarze stomatologii. Autor prezentuje m.in. wyniki badań aktowych 32 losowo wybranych spraw karnych prowadzonych w latach 2011–2016, w których zarzuty dotyczyły popełnienia przez lekarzy dentyków tzw. błędów stomatologicznych (art. 156 § 1 i 2 k.k. oraz art. 160 § 2 w zw. z § 3 k.k.), skutkujących m.in. takimi powikłaniami, jak zapalenie zatok, zranienie naczyń i nerwów, połączenie ustno-zatokowe, przepchnięcie materiału wypełniającego kanał zęba, czy nieprawidłowe ułożenie żuchwy w stawach skroniowo-żuchwowych po leczeniu protetycznym. Powyższe zagadnienie zostało zaprezentowane z uwzględnieniem uwarunkowań systemowych ochrony zdrowia i zdominowania przez indywidualne praktyki lekarskie działalności leczniczej obejmującej udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu stomatologii.

I. Wprowadzenie

Rękocyny uzdrawiające zęby i jamę ustną z różnego rodzaju zmian i patologii podejmowane były już w epoce starożytności. Prowadzone w tym zakresie prace archeologiczne cyklicznie dostarczają nowych, niezwykle cennych informacji na temat tekstów zaklęć i modlitw przywracających zdrowie, recept na leki uśmierzające ból zębów, czy też opisów schorzeń występujących w obrębie jamy ustnej. Pierwsze udokumentowane przypadki usuwania

zębów pochodzą ze starożytnego Dalekiego Wschodu, konkretnie z Chin, gdzie około 6500 lat temu rozwinęła się umiejętność usuwania zębów palcami. Ból przy zabiegach uśmierzano stosując akupunkturę i przyżeganie. W starożytnym Egipcie powstały teksty opisujące ból zębów towarzyszący zapaleniom miazgi, dziąseł i nadżerkom. W licznych papirusach spotyka się przepisy dotyczące leczenia ropotoku, utraty zębów, próchnicy i zapalenia dziąseł. Dowodów potwierdzających fakt wykonywania w owym czasie zabiegów chirurgicznych w obrębie szczęk dostarczają też zdjęcia pantomograficzne i badania radiologiczne mumii egipskich¹. Mimo tak bogatej tradycji zębolewnictwa początki dentystyki jako odrębnej specjalności medycznej sięgają dopiero XVIII w. i są nierozdzielnie związane z rozwojem chirurgii. Do usamodzielnienia dentystyki w pełni przyczyniło się dzieło P. Faucharda „Chirurg–dentysta albo traktat o zębach” z 1723 r., po opublikowaniu którego traktowano ją jako samodzielną i uprawnioną naukę medyczną. Pierwsze gabinety dentystyczne pojawiły się w latach 50-tych XIX w., zaś w XX w. dentystykę przemianowano na stomatologię².

Współcześnie w ramach świadczeń zdrowotnych z zakresu stomatologii (czy inaczej dentystyki), realizowane są badania diagnostyczne i terapeutyczne o bardzo szerokim spektrum, począwszy od wykonywania zdjęć rentgenowskich wewnątrzustnych, poprzez leczenie próchnicy, ekstrakcję zębów, leczenie zmian na błonie śluzowej jamy ustnej, usuwanie złogów nazębnych, aż po endodontyczne (kanałowe) leczenie zębów. W ramach usług stomatologicznych wykonuje się również m.in. lakierowanie zębów, impregnację zębiny zębów mlecznych, kosmetyczne pokrycie niedorozwoju szkliwa w zębach stałych, a także wypełnienie kompozytowe zębów.

W piśmiennictwie prawniczym, medycznym czy ekonomicznym o stomatologii nader często wspomina się przy okazji omawiania rynku usług medycznych. Stomatologia jako jedna z nielicznych dziedzin w tej branży cha-

¹ Zob. T. Piętka, G. Krzymański, W. Domański, B. Biernacka, B. Brożyna, J. Przybysz, A. Chloupek, Historyczny przegląd metod i narzędzi do usuwania zębów, *Czasopismo Stomatologiczne* 2005, nr 2, s. 135–144 wraz z powołanym tam piśmiennictwem, m.in. H. Dorski, *Chirurgia szczękowa*, Warszawa 1955, *idem*, *Rozwój nauki o usuwaniu zębów*, *Czasopismo Stomatologiczne* 1948, nr 9; *idem*, *Choroby zębów i ich leczenie*, Kraków 1947; M. Góra, *Zabieg usuwania zębów w średniowieczu*, *Czasopismo Stomatologiczne* 1963, nr 7; J. Krzywicki, *Historia rozwoju dentystyki*, *Czasopismo Stomatologiczne* 1948, nr 1; M. Jesionowski, *Historia stomatologii polskiej*, Warszawa 1971; J. Supady, *Historia dentystyki w zarysie*, Łódź 2010.

² Zob. D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012, s. 151 i nast. oraz powołana tam literatura m.in. S. Wajsa, *Wybrane wydarzenia z historii dentystyki*, Warszawa 1994; M. Zmarzyński, H. Wanyura, Z. Stopa, *Z historii leczenia złamań żuchwy – przegląd metod od starożytności do czasów współczesnych*, *Czasopismo Stomatologiczne* 2009, vol. 62, nr 12, s. 974 i nast.; T. Persa, *Wyposażenie gabinetów dentystycznych i pracowni techniczno-dentystycznych na ziemiach polskich w latach 1898–1939*, (w:) B. Urbank (red.), *Zawód dentysty – lekarza stomatologa na ziemiach polskich w XIX i XX wieku*, Warszawa 2007, s. 97 i nast.

rakteryzuje się bowiem dużym stopniem komercjalizacji i konkurencyjności. W literaturze przedmiotu zauważa się też, że rynek usług zdrowotnych nie jest rynkiem jednorodnym, albowiem w zakresie świadczonych przez podmioty usług zdrowotnych znajdują się takie, które ze względu na swój charakter świadczone są głównie przez podmioty publiczne, jak i takie, gdzie rynek zagospodarowany jest w dużej mierze przez podmioty prywatne. Stomatologia wymieniana jest wśród tych ostatnich, obok m.in. chirurgii kosmetycznej. Ten obszar charakteryzuje przede wszystkim duży stopień konkurencyjności – gospodarczej rywalizacji indywidualnych praktyk lekarskich – gabinetów i klinik stomatologicznych, które zabiegają o pozyskanie pacjenta osobiście i samodzielnie finansującego udzielaną mu pomoc medyczną³.

Należy wspomnieć, że stomatologia jako jedna z nielicznych dziedzin medycyny uważana jest za zdominowaną przez indywidualne praktyki lekarskie, gdzie zakres świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych jest niewielki. Refundowane są zatem głównie badania profilaktyczne dzieci, młodzieży i kobiet ciężarnych, a także leczenie najpoważniejszych przypadków powikłań, stwarzających realne zagrożenia dla zdrowia pacjentów. Niestety poddanie stomatologii zasadom gospodarki rynkowej nie chroni tej dziedziny przed zjawiskiem błędów medycznych. Wspomniane wcześniej monopolizacja i komercjalizacja stomatologii w Polsce zdecydowanie przekładają się jednak na charakter tego typu zaniedbań i uchybień, skutkujących m.in. odpowiedzialnością karną sprawców. Specyfika usług stomatologicznych nie zawsze też jest uwzględniana przez organy ścigania w postępowaniach przygotowawczych. Z tej racji uzasadnionym jest przybliżenie profilu błędów medycznych z zakresu stomatologii, poprzedzone oczywiście krótką charakterystyką uwarunkowań prawnych i etycznych wykonywania zawodu lekarza dentysty oraz przybliżeniem zasad odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej.

II. Zasady wykonywania zawodu lekarza dentysty w świetle regulacji ustawowych i etyki zawodowej

Zasady wykonywania zawodu lekarza dentysty reguluje aktualnie ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. O zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.

³ Zob. A. Wiercińska, Specyfika usług zdrowotnych, Zarządzanie i Finanse 2012, nr 2, s. 165–168 i powołana tam literatura m.in. A. Bukowska-Piestrzyńska, Marketing usług zdrowotnych – od budowania wizerunku placówki do zadowolenia klienta, Warszawa 2012, s. 333; *idem*, Finansowanie marketingu w ochronie zdrowia, Warszawa 2010, s. 219; B. Buzowska, „Urynkowiony” system usług medycznych – argumenty za i przeciw, Zdrowie Publiczne 2008, nr 4, s. 202–205. Zob. również M. Jaworzyńska, Równowaga rynkowa na rynku usług zdrowotnych – ujęcie teoretyczne, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H. Oeconomia 2014, nr 2, s. 59–68.

Dz. U. z 2017 r., poz. 125). Zgodnie z art. 2 ust. 2 w zw. z ust. 1 u.z.l. wykonywanie zawodu lekarza dentystry polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych z zakresu badania stanu zdrowia, rozpoznawania chorób i zapobiegania im, leczenia i rehabilitacji chorych, udzielania porad lekarskich, a także wydawania opinii i orzeczeń lekarskich, w zakresie chorób zębów, jamy ustnej, części twarzowej czaszki oraz okolic przyległych.

W myśl art. 30 u.z.l. lekarz ma obowiązek udzielania pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 u.z.l. lekarz ma obowiązek udzielania pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. W orzecznictwie wielokrotnie zwracano uwagę m.in. na okoliczność zakresu informacji o zabiegu leczniczym pacjenta. Według aktualnie obowiązującej linii orzeczniczej miarodajna, legalizująca działanie lekarza zgoda pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego to taka zgoda, która stanowi wyraz jego własnej, świadomej (zarówno od strony zdolności psychofizycznej udzielającego zgody, jak i rozważenia niezbędnych jej przesłanek) oraz swobodnej i dobrowolnej (nieobciążonej wadą błędu, czy przymusu) decyzji. Respektowanie przez lekarza opisywanej zgody możliwe jest tylko wówczas, gdy wola poddania się proponowanym czynnościom medycznym zostanie mu przez pacjenta w sposób niebudzący wątpliwości ujawniona⁴. W nawiązaniu do powyższego nie można domagać się od lekarza, by uprzedzał pacjenta o wszelkich mogących wystąpić komplikacjach, zwłaszcza takich, które zdarzają się niezmiernie rzadko, mając charakter incydentalny, zaś zakres obowiązku infor-

⁴ Por. postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. III KK 14/15, OSNKW 2015, nr 9, poz. 77; M. Świdorska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 103-114; Zob. też J. Ignaczewski, Zgoda pacjenta na leczenie, Warszawa 2003; T. Dukiet-Nagórska, Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim, PiM 2000, nr 17; A. Górski, O obowiązku lekarza poinformowania lekarza pacjenta i zgodzie pacjenta na zabieg, Studia Iuridica 2001, nr 39; R. Kubiak, Przypadki braku wymaganej zgody uprawnionego jako przesłanki zabiegów leczniczych i nieterapeutycznych, Studia Pr.-Ekonom. 2000, t. XII; J. Kulesza, Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielenia pomocy, PiM 2005, nr 19; A. Liszewska, Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny, PiM 1999, nr 1; *idem*, Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy, PiM 1997, nr 1; S. Niemczyk, A. Łazarska, Materialno-prawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym, PiM 2005, nr 2; M. Safjan, Z problematyki zgody chorego na poddanie się zabiegowi leczniczemu, PTL 1960, nr 46; M. Sośniak, Z problematyki zgody chorego na poddanie się zabiegowi leczniczemu, PTL 1960, nr 46; T. Tołłoczko, Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny – refleksje klinicysty, PiM 2003, nr 13.

macji zależy od tego, co rozsądna osoba, będąca w sytuacji pacjenta, obiektywnie powinna usłyszeć od lekarza, aby móc podjąć świadomą i roztropną decyzję o poddaniu się proponowanemu zabiegowi medycznemu. Jeżeli więc w ramach przewidywalnych, choćby nawet występujących rzadko, następstw zabiegu operacyjnego mieszczą się komplikacje, które mają szczególnie niebezpieczny charakter dla zdrowia lub zagrażają życiu, pacjent powinien być o nich poinformowany. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku lekarz ma obowiązek informowania o wszelkich możliwych, nawet poważnych skutkach zabiegu operacyjnego, niezależnie od rodzaju zabiegu i prawdopodobieństwa ich wystąpienia. Zakres udzielanych pacjentowi informacji musi być uzależniony od rodzaju zabiegu, w szczególności od tego, czy w danym wypadku za jego przeprowadzeniem przemawiają wskazania bezwzględne czy też wskazania względne lub czy jest to jedynie zabieg o charakterze kosmetycznym. Pacjent wyrażając zgodę na zabieg bierze na siebie ryzyko zwykłych powikłań pooperacyjnych, przy założeniu, że nie zostaną one spowodowane z winy, najłżejszej choćby, lekarza. Z tego, między innymi powodu, ocena, iż określona szkoda jest skutkiem niepowodzenia medycznego, objętego wyłącznym ryzykiem pacjenta, wymaga niebudzących wątpliwości ustaleń w odniesieniu do przyczyn szkody w całym łańcuchu zdarzeń, które ją spowodowały⁵. Co więcej, jeżeli wskutek powikłań po operacji pojawi się konieczność przeprowadzenia kolejnych zabiegów medycznych o innym charakterze lub innymi metodami, należy odebrać od pacjenta pisemną zgodę na wykonanie każdego z nich⁶. Realizacja obowiązku z art. 31 ust. 1 u.z.l. bezwzględnie musi polegać na przedstawieniu wszelkich możliwych alternatywnych metod leczenia. Prawo do ochrony zdrowia, jako jedno z fundamentalnych uprawnień przydanych człowiekowi, może być realizowane wyłącznie w oparciu o uświadomione decyzje jednostki, której dotyczy i nie może być zastępowane przez arbitralne decyzje osób uczestniczących w procesie leczenia⁷.

Stosownie do art. 32 ust. 1 i 2 u.z.l., lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta, a jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie sądu opiekuńczego. Zgodnie z art. 33 ust. 1 u.z.l. badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycz-

⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. I ACa 609/15, LEX nr 2050417.

⁶ Wyrok SN z dnia 24 września 2015 r., sygn. V CSK 738/14, LEX nr 1796881.

⁷ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. I ACa 527/15, LEX nr 2026445.

nym. W przypadku świadczeń zdrowotnych z zakresu stomatologii sytuacja taka ma miejsce niezmiennie rzadko. Jednocześnie zauważyć należy, że zgoda pacjenta na określoną czynność medyczną nie jest czynnością prawną. Jest to oświadczenie w sferze świadomości i woli o charakterze jednostronnym. Co więcej, zgoda wyrażona mimo nieuzyskania przystępnej informacji o skutkach zabiegu nie jest zgodą, o jakiej mowa w art. 32 ust. 1 u.z.l.⁸ Podkreślenia wymaga też, że zgoda pacjenta na zabieg leczniczy nie obejmuje możliwości uszkodzenia innego organu lub narządu. Winą lekarza jest bowiem niedołożenie najwyższej staranności, jaka jest możliwa przy obecnie stosowanych metodach leczenia danego schorzenia i zabiegach standardowo wykonywanych⁹. Miarodajna, legalizująca działanie lekarza zgoda pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego to taka zgoda, która stanowi wyraz jego własnej, świadomej (zarówno od strony zdolności psychofizycznej udzielającego zgody, jak i rozważenia niezbędnych jej przesłanek) oraz swobodnej i dobrowolnej (nieobciążonej wadą błędu, czy przymusu) decyzji. Respektowanie przez lekarza opisywanej zgody możliwe jest tylko wówczas, gdy wola poddania się proponowanym czynnościom medycznym zostanie mu przez pacjenta w sposób niebudzący wątpliwości ujawniona¹⁰.

Innymi istotnymi regułami wykonywania zawodu lekarza dentysty są: obowiązek uzyskania pisemnej zgody na leczenie stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34–35 u.z.l.), obowiązek poszanowania intymności i godności osobistej pacjenta (art. 36 u.z.l.), obowiązek zasięgnięcia opinii innego lekarza specjalisty lub konsylium lekarskiego (art. 37 u.z.l.), prawo odmowy leczenia lub odstąpienia od leczenia pacjenta (art. 38 i 39 u.z.l.), obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej, w tym prowadzenia dokumentacji medycznej uwzględniającej ten wymóg (art. 40 i 41 u.z.l.), czy też orzekanie o stanie zdrowia pacjenta i wystawianie recept (art. 42 u.z.l.).

W uchwale Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. – Kodeksie Etyki Lekarskiej wprost wskazano, że powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu. Lekarz nie może zatem posługiwać się wiedzą i umiejętnością lekarską w działaniach sprzecznych z tym powołaniem (art. 2 ust. 1 KEL). Dla wypełnienia swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną (art. 4 KEL). Kodeks Etyki Lekarskiej zawiera również postanowienia istotne z punktu widzenia relacji le-

⁸ Zob. wyrok SN z dnia 16 maja 2012 r., sygn. III CSK 227/11, LEX nr 1211885; wyrok SA w Warszawie z dnia 2 września 2014 r., sygn. I ACa 665/14, LEX nr 1624055; wyrok SA w Katowicach z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. I ACa 922/13, LEX nr 1441388.

⁹ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 12 października 2007 r., sygn. I ACa 920/07, LEX nr 570272.

¹⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. III KK 14/15, LEX nr 1712821.

karzy z pacjentami oraz jakości udzielanej pomocy medycznej. Są to zapisy szczególnie ważne z perspektywy wykonywania zawodu lekarza dentysty, co zostanie wykazane w dalszej części niniejszej publikacji. Etyka zawodu lekarzy przewiduje, że lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Powinien jednak ograniczyć czynności medyczne do rzeczywiście potrzebnych choremu zgodnie z aktualnym stanem wiedzy (art. 6 KEL). W szczególnie uzasadnionych wypadkach lekarz może nie podjąć się lub odstąpić od leczenia chorego, z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki. Nie podejmując albo odstępując od leczenia lekarz powinien wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej (art. 7 KEL). Lekarz powinien przeprowadzać wszelkie postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas (art. 8 KEL), jak również nie powinien wykraczać poza swoje umiejętności zawodowe przy wykonywaniu czynności diagnostycznych, zapobiegawczych, leczniczych i orzecznich. Jeżeli zakres tych czynności przewyższa umiejętności lekarza, wówczas powinien się zwrócić do bardziej doświadczonego kolegi. Nie dotyczy to nagłych wypadków i ciężkich zachorowań, gdy zwłoka może zagrażać zdrowiu lub życiu chorego (art. 10 KEL). Lekarz powinien zabiegać o wykonywanie swego zawodu w warunkach, które zapewniają odpowiednią jakość opieki nad pacjentem (art. 11 KEL). Relacje między pacjentem a lekarzem powinny opierać się na ich wzajemnym zaufaniu, dlatego pacjent powinien mieć prawo do wyboru lekarza (art. 12 ust. 2 KEL). Obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia. Lekarz powinien poinformować pacjenta o stopniu ewentualnego ryzyka zabiegów diagnostycznych i leczniczych i spodziewanych korzyściach związanych z wykonywaniem tych zabiegów, a także o możliwościach zastosowania innego postępowania medycznego (art. 13 KEL). Lekarz nie może wykorzystywać swego wpływu na pacjenta w innym celu niż leczniczy (art. 14 KEL). W razie niepomyślnej dla chorego prognozy, lekarz powinien poinformować o niej chorego z taktem i ostrożnością (art. 17 KEL), natomiast w przypadku popełnienia przez lekarza poważnej pomyłki lub wystąpienia nieprzewidzianych powikłań w trakcie leczenia, lekarz powinien poinformować o tym chorego oraz podjąć działania dla naprawy ich następstw (art. 21 KEL).

Wszystkie przywołane reguły wykonywania zawodu lekarza dentysty podkreślają szczególne relacje łączące lekarza z pacjentem w procesie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej oraz wagę obowiązków związanych z wykonywaniem wymienionej profesji medycznej.

III. Odpowiedzialność karna lekarza za popełnienie przestępstwa uznawanego za błąd medyczny – ogólne założenia

W piśmiennictwie, przy okazji omawiania problematyki roli gwarancyjnej lekarza w kontekście ochrony zdrowia, podnosi się, że lekarz – gwarant, ponoszący odpowiedzialność cywilną i karną za zaniedbania w udzielaniu pomocy lekarskiej, jest osobą zobowiązaną do niesienia pomocy na podstawie szczególnych przepisów. Źródłem, które tworzy szczególny stosunek „gwarancji”, musi być norma prawna, konkretyzująca obowiązek lekarza. Tym samym źródła takiej szczególnej relacji nie można upatrywać np. w art. 30 u.z.l., który jest normą ogólną adresowaną do wszystkich lekarzy. W praktyce podstawą takiej odpowiedzialności na ogół jest umowa, na podstawie której dany lekarz udziela świadczenia zdrowotnego, zawarta z pacjentem, który zgłosił się do danego lekarza, tudzież z podmiotem leczniczym, w którym lekarz przyjmuje pacjentów¹¹.

W orzecznictwie ugruntowany został pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność lekarza – gwaranta nie musi polegać tylko na popełnieniu przez niego błędu diagnostycznego czy medycznego, ale może przybierać formę różnych innych podejmowanych albo zaniechanych przez niego czynności, narażających człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu¹². Lekarz – gwarant życia i zdrowia człowieka jest zobowiązany do tego, by odwracać niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia, a nie tylko do tego, by go nie zwiększać. Gwarant ma bowiem obowiązek wdrożyć wszystkie te działania, które w warunkach sytuacyjnych, w jakich działa, są według rekomendacji wynikających z aktualnego stanu wiedzy medycznej wymagane jako dające szansę na wykluczenie, ograniczenie czy neutralizację niebezpieczeństwa „pierwotnego”, a nie tylko takie, które mogą do tego prowadzić w sposób pewny¹³. Zakres obowiązków ciążących na gwarancie musi być bowiem definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane być powinny wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania¹⁴.

¹¹ Zob. m.in. Ł. Caban, M. Urbańska, Komentarz do art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, (w:) M. Kopeć (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, Warszawa 2016, LEX 2016; E. Zielińska, Komentarz do art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, (w:) E. Zielińska (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, Warszawa 2014, LEX 2014; A. Liszewska, Odpowiedzialność karna lekarza jako gwaranta ochrony życia i zdrowia pacjenta. Komentarz praktyczny, ABC/LEX 2017.

¹² Por. wyrok SN z dnia 3 września 2013 r., sygn. WK 14/13, LEX nr 1375270.

¹³ Zob. wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. IV KK 42/12, LEX nr 1220930.

¹⁴ Zob. wyrok SN z dnia 8 czerwca 2010 r., sygn. III KK 408/09, LEX nr 598846.

Nałożonym na lekarza przepisem art. 30 u.z.l. obowiązek niesienia pomocy występuje we wszystkich wypadkach, w których zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować określone w tym przepisie skutki, a więc i wtedy, gdy ich zaistnienie mogło i powinno być przez lekarza przewidziane. Oznacza to, że w kontakcie z pacjentem lekarz zobowiązany jest ocenić nie tylko stan jego zdrowia na podstawie aktualnej diagnozy, ale także, w wypadku stwierdzenia zagrożenia rozważyć prawdopodobieństwo jego zwiększenia. Jeśli przewidywany wzrost zagrożenia wskazuje na możliwość zaistnienia skutków wymienionych w art. 30 u.z.l., to, pełniąc funkcję gwaranta, lekarz jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia właściwej pomocy medycznej, chyba że zwłoka w jej udzieleniu nie zmieniałaby stopnia zagrożenia. Niespełnienie tych obowiązków przez lekarza narusza art. 30 u.z.l. W wypadku zaistnienia skutków określonych w tym przepisie w następstwie nieudzielenia pomocy medycznej lekarz może ponosić odpowiedzialność karną za przestępstwo popełnione nieumyślnie, jeśli zachodzą przesłanki strony podmiotowej określone w art. 9 § 2 k.k.¹⁵

Lekarz może odpowiadać karnie za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta w związku z zabiegiem leczniczym (rozumianym w szerokim znaczeniu tego pojęcia, tzn. obejmującym diagnozę, terapię i profilaktykę chorób) tylko w razie zawinionego błędu sztuki lekarskiej. Ustalenie błędu w sztuce lekarskiej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował albo mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej¹⁶. Podobnie muszą być brane pod uwagę wszystkie realia określonego przypadku przy rozstrzyganiu o winie lekarza (w jakiegokolwiek jej postaci), polegającym na odtworzeniu rzeczywistego wewnętrznego procesu motywacyjnego na podstawie faktów zewnętrznych i właściwości osobistych sprawcy¹⁷.

W świetle powyższego przydatnym w ocenie prawnokarnej zachowania lekarza mogą okazać się wnioski poczynione na kanwie spraw cywilnych z zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej za błędy medyczne. W przedmiocie błędów medycznych wszelkiego typu zauważa się, że błąd w sztuce medycznej jest obiektywnym elementem winy lekarza wykonującego czynności medyczne, stanowi bowiem czynność lub zaniechanie lekarza, niezgodną z nauką medycyny w zakresie dla lekarza dostępnym¹⁸. Przy ocenie

¹⁵ Wyrok SN z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 34/10, LEX nr 612469.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. II KK 124/12, LEX nr 1277697; wyrok SN z dnia 10 grudnia 2002 r., sygn. V KK 33/02, LEX nr 75498.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 8 września 1973 r., sygn. I KR 116/72, OSNKW 1974, nr 2, poz. 26.

¹⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. VI ACa 322/15, LEX nr 2004480; wyrok SA w Szczecinie z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. I ACa 527/15, LEX nr 2026445; wy-

postępowania lekarza należy też mieć na względzie uzasadnione oczekiwanie nienarażenia pacjenta na pogorszenie stanu zdrowia, przydatny może być również test oparty na pytaniu, czy niekorzystnego skutku można było uniknąć oraz czy lekarz w danym przypadku powinien był i mógł zrobić więcej (lepiej). W nieodłącznym związku z określeniem podstaw odpowiedzialności lekarza pozostaje zjawisko określane mianem ryzyka medycznego. Nawet bowiem przy postępowaniu zgodnym z aktualną wiedzą medyczną i przy zachowaniu należytej staranności nie da się wykluczyć ryzyka powstania szkody. Pojęciem dozwolonego ryzyka jest objęte także niepowodzenie medyczne. Co do zasady, pacjent poinformowany o istniejącym ryzyku, wyrażając zgodę na zabieg przyjmuje je na siebie¹⁹. Właściwy poziom fachowości wyznaczają specjalizacja, stopień naukowy, posiadane doświadczenie ogólne i przy wykonywaniu określonych zabiegów medycznych, charakter i zakres doksztalcania się w pogłębianiu wiedzy medycznej i poznawaniu nowych metod leczenia. O zawinieniu lekarza może zdecydować nie tylko zarzucenie mu braku wystarczającej wiedzy i umiejętności praktycznych, odpowiadających aprobowanemu wzorcowi należytej staranności, ale także niezręczność i nieuwaga przeprowadzanego zabiegu, jeżeli oceniając obiektywnie nie powinny one wystąpić w konkretnych okolicznościach. Nie chodzi zatem o staranność wyższą od przeciętnej wymaganą wobec lekarza, lecz o wysoki poziom przeciętnej staranności każdego lekarza jako staranności zawodowej i według tej przeciętnej ocenianie konkretnego zachowania. Do obowiązków lekarzy oraz personelu medycznego należy podjęcie takiego sposobu postępowania (leczenia), które gwarantować powinno, przy zachowaniu aktualnego stanu wiedzy i zasad staranności, przewidywany efekt, w postaci wyleczenia, a przede wszystkim nienarażenie pacjentów na pogorszenie stanu zdrowia²⁰.

Pojęcie „błędu w sztuce lekarskiej” odnosi się nie tylko do błędu terapeutycznego (błąd w leczeniu, w tym błędu operacyjnego), ale również do błędu diagnostycznego (błąd rozpoznania). W wypadku konieczności poprzedzenia zabiegu operacyjnego specjalistycznymi badaniami błąd diagnostyczny może się odnosić do etapu tych badań, a jego konsekwencją może być błędna diagnoza schorzenia prowadząca do błędnej decyzji o zabiegu operacyjnym, lub o zakresie takiego zabiegu²¹.

rok SA w Warszawie z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. VI ACa 1404/14, LEX nr 1843180; wyrok SA w Katowicach z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. I ACa 856/14, LEX nr 1469237.

¹⁹ Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 września 2015 r., sygn. I ACa 321/15, LEX nr 1808681; wyrok SA w Łodzi z dnia 9 września 2015 r., sygn. I ACa 321/15, LEX nr 1808681.

²⁰ Por. wyrok SN z dnia 10 lutego z dnia 2010 r., sygn. V CSK 287/09, LEX nr 786561; wyrok SA w Białymstoku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. I ACa 1077/14, LEX nr 1733648; wyrok SA w Białymstoku z dnia 10 września 2015 r., sygn. I ACa 513/13, LEX nr 1817225.

²¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 31 marca 2015 r., sygn. V ACa 713/14, LEX nr 1668591; wyrok SA w Łodzi z dnia 19 marca 2015 r., sygn. I ACa 1219/14, LEX nr 1665829.

IV. Specyfika i charakter tzw. błędu stomatologicznego – omówienie wyników badań aktowych

W środowiskach prawniczym i medyczno-sądowym problematyka błędów stomatologicznych jest systematycznie analizowana i szeroko opisywana. Kierując się doniesieniami z piśmiennictwa naukowego wskazać należy, że pomyłki i uchybienia lekarzy dentystów najczęściej dotyczą następujących obszarów: 1) ekstrakcji zębów (towarzyszą temu np. zakażenia, przetoki, uszkodzenia nerwów, zdarzają się też przypadki pozostawienia w zębodołach elementów wiertel stomatologicznych, urazy stawu żuchwowo-skroniowego TMJ czy usunięcie niewłaściwego zęba), 2) procedur endodontycznych (w tym przypadku wymienia się zakażenia, przetoki, pozostawianie instrumentów stomatologicznych w kanałach zębowych, a także embolię (zatory gazowe), ropień mózgu czy zapalenie szpiku jako stwierdzone w praktyce powikłania nieprawidłowego leczenia), 3) implantacji zębów, koron i mostów protetycznych (tu wskazuje się na zakażenia, ucisk implantu na nerwy, nieodwracalne uszkodzenie implantu, utratę implantu, a także złamanie szczęki), 4) leczenia chorób przyzębia (w tych przypadkach chodzi o nieprawidłową diagnostykę, w szczególności zaniechanie obrazowania RTG i spowolnienie właściwego leczenia chorób), 5) ortodoncji (w tym obszarze zwraca się uwagę zwłaszcza na resorpcję korzenia zęba, zaniechanie wykonywania radiogramów, a także urazy stawu żuchwowo-skroniowego TMJ), 6) znieczulenia (np. wstrząs anafilaktyczny skutkujący zgonem pacjenta), 7) zakażeń (skutkujące m.in. powstaniem ropnia mózgu lub septycznym zapaleniem stawów), 8) iniekcji (zwłaszcza uszkodzenie nerwu czuciowego), 9) ordynowania leków (reakcje alergiczne)²².

²² Por. C. Baxter, A Review of Dental Negligence. Źródło: <http://www.dentistryiq.com/articles/wdj/print/volume-2/issue-8/you-and-your-practice/a-review-of-dental-negligence.html> (Dostęp: 27 stycznia 2017 r.). Zob. również H. Sarnier, Incidence of dental malpractice claims, *The Journal of the American Dental Association* 1969, vol. 78, s. 1270–1272; H. A. Collett, Dental malpractice: An enormous and growing problem, *The Journal of Prosthetic Dentistry*, 1978, vol. 39, s. 217–225; H. Sarnier, Review of some dental malpractice cases, *The Journal of the American Dental Association* 1961, vol. 63, s. 416–418; Ch. P. Hapcook Sr., Dental malpractice claims: Percentages and procedures, *The Journal of the American Dental Association* 2006, vol. 137, s. 1444–1445; P. M. Sfikas, Statute of limitations precludes dental malpractice claim, *The Journal of the American Dental Association* 2006, vol. 137, s. 668–669; J. P. Graskemper, A new perspective on dental malpractice: Practice enhancement through risk management, *The Journal of the American Dental Association* 2002, vol. 133, s. 752–757; D. R. Morin, The patient's records and the defense of dental malpractice claims, *American Journal of Orthodontics and Dentofacial Orthopedics* 1992, vol. 102, s. 569–570; R. J. Raymond, R. A. Mingus, Ch. A. Babbush, Dental Risk Management, (w:) Ch. A. Babbush, J. A. Hahn, J. T. Krauser, J. L. Rosenlicht (ed.), *Dental Implants. The Art and Science*, Maryland Heights – Missouri 2011, s. 40–59.

Błędy medyczne stwierdzane przy okazji udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu stomatologii niewątpliwie mają swoją specyfikę. Przeprowadzone na potrzeby niniejszego opracowania badania aktowe 32 losowo wybranych spraw karnych, w których zarzuty dotyczyły popełnienia przez lekarzy błędów medycznych z zakresu stomatologii, dostarczają wielu informacji i wniosków pozwalających scharakteryzować tę kategorię pomyłek lekarskich. W analizowanych sprawach wykonywano zabiegi takie jak: opiółowanie zębów pod przyszłe licówki i korony, ekstrakcja zęba, leczenie ubytków próchnicowych, zakładanie wypełnienia kompozytowego, leczenie kanałowe zębów i wypełnienie ich metodą kondensacji bocznej gutaperdii, leczenie protetyczne w celu usunięcia wady zgryzu (mocowanie mostów protetycznych), a także wszczepianie implantów. Wśród stwierdzanych powikłań wskazać natomiast należy w szczególności zapalenie zatok, zranienie naczyń i nerwów, połączenie ustno-zatokowe, przepchnięcie materiału wypełniającego kanał zęba, powstanie zgorzeli zęba, zaburzenie zgryzu, nieprawidłowe ułożenie żuchwy w stawach skroniowo-żuchwowych po leczeniu protetycznym, infekcja miazgi, ostre zapalenie tkanek okołowierzchołkowych zęba, złamanie żuchwy oraz stan zapalny przyzębia.

Spośród 32 spraw karnych prowadzonych w latach 2011–2016, w 22 przypadkach czyn oskarżonego zakwalifikowano jako przestępstwo z art. 157 § 3 k.k., w 8 jako przestępstwo z art. 160 § 2 w zw. z § 3 k.k., natomiast 2 sprawy prowadzone były w związku z popełnieniem przestępstw odpowiednio z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. oraz art. 156 § 2 k.k. W badanych sprawach w 20 przypadkach wydano wyroki skazujące z warunkowym zawieszeniem wykonania kary, w 4 warunkowo umorzono postępowania, zaś w 8 uniewinniono oskarżonych. W tych ostatnich sprawach, mimo braku dowodów przemawiających za winą oskarżonych, zarówno okoliczności stanu faktycznego, jak i przebieg postępowania karnego pozwalały dookreślić właściwość uchybień i pomyłek w stomatologii i zarysować granice odpowiedzialności karnej lekarzy dentystów za błędy medyczne.

Przechodząc *stricto* do omówienia wyników badań aktowych w pierwszej kolejności wskazać należy, że błędy stomatologiczne na ogół przyjmują charakter łączonych uchybień diagnostycznych i terapeutycznych. W sprawach, w których sądy stwierdzały winę lekarzy dentystów, zaniedbania popełnione na etapie diagnostyki niejednokrotnie wpływały na późniejsze nieprawidłowe leczenie pacjentów. W przypadku świadczeń z zakresu stomatologii za diagnostykę i terapię odpowiedzialny jest najczęściej ten sam lekarz. Brakuje tu rozbudowanej struktury diagnostyki laboratoryjnej, jak chociażby w szpitalach. Lekarz dentysta decyduje o zakresie wstępnych badań, wykonuje je, interpretuje ich wyniki, wreszcie na ich podstawie podejmuje decyzję co do kierunku i zakresu leczenia. Należy podkreślić, że zdarzają się sytuacje, w których lekarze w ogóle odstępują od wykonania badań diagnostycznych,

poprzestając np. na informacjach uzyskanych od pacjenta w trakcie wywiadu. Tymczasem w przypadku niektórych procedur medycznych wykonanie określonych badań diagnostycznych jest warunkiem koniecznym uznania postępowania lekarza za zgodne z aktualną wiedzą medyczną. Już sam brak badania diagnostycznego uznawany jest wówczas za błąd medyczny, niezależnie od końcowego efektu terapeutycznego. Jednym z założeń leczenia stomatologicznego jest możliwość wystąpienia nietypowego schorzenia, a zatem i konieczności zastosowania niestandardowego leczenia. Zęby są tkanką delikatną i u każdego pacjenta mogą reagować inaczej na leczenie. Budowa anatomiczna i morfologiczna zębów jest indywidualna u każdego człowieka, podobnie jak przejście jednych struktur zęba w drugie (grubość szkliva, grubość zębiny i tzw. miazgi). Okoliczność ta wymusza na lekarzu dentyście zachowanie nienagannej precyzji w wykonywaniu zabiegu. Do błędów stomatologicznych dość często dochodzi na skutek rutynowego podejścia lekarzy dentystów do klasycznych procedur medycznych, bez uwzględnienia indywidualnych cech anatomicznych uzębienia pacjentów. W tych przypadkach błąd medyczny obejmuje rzadko spotykane w praktyce stomatologicznej powikłania²³. Tym samym np. rozpoczęcie leczenia kanałowego zęba bez wykonania zdjęcia RTG uznawane jest w środowisku medycznym za błąd w sztuce lekarskiej²⁴.

²³ Zob. analizowana sprawa, w której w trakcie leczenia kanałowego zęba metodą kondensacji bocznej gutaperdii, doszło do przepchnięcia materiału wypełniającego kanał zęba, co – uwzględniając długość przepchnięcia – uznawane jest za przypadek rzadkiego powikłania w praktyce medycznej. Analiza RTG panoramicznego mogła w opisywanym kazusie dostarczyć informacji dotyczącej warunków anatomicznych w okolicy zęba (rzutowanie korzenia zęba na kanał żuchwy). Budowa anatomiczna zęba pacjenta odbiegała od częściej spotykanych sytuacji, kiedy to wierzchołki korzeni zębów trzonowych leżą powyżej kanału żuchwy. Taki obraz RTG panoramiczny mógłby sugerować konieczność wykonania RTG małoobrazkowego, by wyjaśnić detale rozmieszczenia struktur anatomicznych. Potwierdzenie obrazu na RTG małoobrazkowym wniosłoby zatem dodatkową wiedzę na etapie diagnozy i świadomości dotyczącej ryzyka komplikacji. Niemniej jednak stomatolog podjął leczenie jedynie w oparciu o zdjęcie pantomograficzne. Tymczasem uwarunkowania anatomiczne zęba (obliteracja kanału, przewlekły proces w okolicy wierzchołków korzenia zęba) występujące u pacjenta mogły predysponować go do wystąpienia powikłania przepchnięcia materiału wypełnieniowego do kanału żuchwy. Stomatolog w opisywanym przypadku zignorował toczący przewlekły proces zapalny przy korzeniu zęba oraz sąsiedztwo struktury, jaką jest kanał nerwu zębodołowego dolnego lewego (kanał żuchwy) jako okoliczności stwarzające ryzyko znacznego przepchnięcia materiału wypełnieniowego do kanału żuchwy.

²⁴ W jednej z badanych spraw na skutek zaniechania wykonania diagnostyki RTG lekarz nie wypłukał części masy zgorzeliowej i nie wypełnił kanałów korzeniowych zęba, co było w tej sytuacji warunkiem *sine qua non* zakończenia leczenia endodontycznego. W innym analizowanym postępowaniu, w trakcie leczenia kanałowego zęba metodą kondensacji bocznej gutaperdii, doszło do przepchnięcia materiału wypełniającego kanał zęba, co – uwzględniając długość przepchnięcia – uznawane zostało za przypadek rzadkiego powikłania w praktyce medycznej. W sprawie tej nie wykonano panoramicznego badania RTG, co mogło dostarczyć informacji dotyczącej warunków anatomicznych w okolicy zęba, takich jak rzutowanie korzenia

Charakterystyczną cechą leczenia stomatologicznego jest udzielanie zdecydowanej większości świadczeń zdrowotnych w warunkach ambulatoryjnych. W tej sytuacji pozycja lekarza dentysty jako gwaranta nie zawsze jest tak jednoznaczna jak np. lekarza prowadzącego opiekę medyczną nad pacjentem hospitalizowanym. Lekarz dentysta na ogół nie ma wpływu na postępowanie pacjenta i jego zdyscyplinowanie po opuszczeniu gabinetu zabiegowego. Efekt terapeutyczny może zostać zniweczony przez niestosowanie się przez pacjenta do zaleceń lekarza. To z kolei przekłada się na trudności w dowodzeniu odpowiedzialności lekarza dentysty za błąd medyczny. Pomijając przypadki, w których skutek nieprawidłowego leczenia ujawnia się natychmiast, względnie po upływie kilku – kilkunastu godzin, jak również zdarzenia, w których zaniedbanie utrwalone jest w sposób oczywisty (np. pozostawienie korzenia zęba po ekstrakcji), znaczny upływ czasu może zatrzeć ślady uchybień lekarza dentysty (np. wskutek kontynuowania leczenia u innych specjalistów) i uzasadniać zastosowanie instytucji *in dubio pro reo*. Argumentacja dotycząca braku instrumentów skutecznego dyscyplinowania pacjentów w leczeniu i bieżącego monitorowania jego efektów w każdym przypadku podejrzenia popełnienia błędu stomatologicznego powinna być rzetelnie przeanalizowana. Ambulatoryjne warunki udzielania świadczeń zdrowotnych powodują również inną okoliczność generującą ryzyko popełnienia błędu stomatologicznego – presję czasu, pod którą pracują lekarze dentyści. Zdarza się, że lekarze prowadzący indywidualną praktykę lekarską wykonują tego samego dnia od kilku do nawet kilkunastu skomplikowanych zabiegów leczniczych. Lekarz dentysta wykonuje je osobiście, niejednokrotnie bez uważnego zapoznania się z dokumentacją medyczną, rezygnując z wykonania niezbędnych badań diagnostycznych i starając się przy tym przestrzegać ustalonych uprzednio godzin przyjęć pacjentów. W praktyce zdarza się, że lekarze dentyści niewłaściwie określają zakres zabiegów, co na etapie udzielania świadczenia zdrowotnego niejednokrotnie prowadzi do niezachowania należytej staranności i wykonywania procedury w sposób selektywny, czy też nieuzasadnionego ograniczania zakresu zabiegu, nawet bez konsultacji z pacjentem. Dzieje się tak dlatego, że lekarz

zęba na kanał żuchwowy. Budowa anatomiczna zęba pacjenta odbiegała od częściej spotykanych sytuacji, kiedy to wierzchołki korzeni zębów trzonowych leżą powyżej kanału żuchwy. Panoramiczny obraz RTG mógł przekonać lekarza do wykonania dodatkowego RTG małoobrazkowego, by wyjaśnić detale rozmieszczenia struktur anatomicznych, co z kolei wniosłoby dodatkową wiedzę na etapie diagnozy i świadomości dotyczącej ryzyka komplikacji. Uwarunkowania anatomiczne zęba (obliteracja kanału, przewlekły proces w okolicy wierzchołków korzenia zęba) występujące u pacjenta mogły predysponować go do wystąpienia powikłania przepchnięcia materiału wypełnieniowego do kanału żuchwy. Stomatolog w opisywanym przypadku zignorował toczący się przewlekły proces zapalny przy korzeniu zęba oraz sąsiedztwo struktury, jaką jest kanał nerwu zębodołowego dolnego lewego (kanał żuchwy) jako okoliczności stwarzające ryzyko znacznego przepchnięcia materiału wypełnieniowego do kanału żuchwy.

dentysta – aby zapewnić ciągłość udzielania świadczeń zdrowotnych przez gabinet stomatologiczny, zobligowany jest zakończyć dany zabieg w ściśle określonym czasie²⁵. Obowiązkiem lekarza dentysty podejmującego się wykonania określonej procedury medycznej jest jej wykonanie w sposób kompletny, uwzględniający weryfikację – za pomocą dostępnych metod diagnostycznych – efektu terapeutycznego²⁶. Typowym przykładem błędu stomatologicznego pojawiającego się na tym tle jest pozostawienie korzeni zębów po ich ekstrakcji, porównywane niekiedy do pozostawienia ciał obcych w organizmie pacjenta poddawanego operacjom chirurgicznym²⁷. Bezpośrednio

²⁵ Przykładem zaniedbania stwierdzonym w tej sytuacji, jest sprawa, w której stomatolog podjął się tzw. opracowania (opiłowania) zębów pod przyszłe licówki i korony już następnego dnia po dewitalizacji i ekstrakcji zębów. Stomatolog nie wziął pod uwagę tego, że gojenie się rany po ekstrakcji zęba może przebiegać z komplikacjami, zaś leczenie kanałowe pociągać może za sobą ryzyko m.in. zapalenia zatoki. Stomatolog w zaledwie jeden dzień po usunięciu jednego z zębów i dewitalizacji miazgi innego opiłował aż 11 zębów pod licówki porcelanowe, przeciął korony mostu dwóch innych zębów oraz usunął go, a następnie pobrał wyciski, dopasował licówki tymczasowe i zacementował je. Wszystkie te czynności zajęły mu około 3 godzin, co – w świetle standardów świadczeń stomatologicznych – jest niezmiernie krótkim czasem, jeśli weźmie się pod uwagę niezbędną precyzję tych czynności. Szlifowanie zębów zawsze wiąże się z ryzykiem zranienia naczyń i nerwów w jego wnętrzu, co wystąpiło u pacjenta w opisywanym przypadku. W sprawie tej podkreślano, że wobec niemożności przewidzenia indywidualnej reakcji zębów na szlifowanie nie należy dokonywać od razu opracowania 13 zębów. Koniecznym jest natomiast wykonywanie procedury medycznej etapami, np. po 2 zęby, robiąc przerwy między jednym a drugim szlifowaniem i obserwować reakcję miazgi tych zębów. W przedmiotowej sprawie zapalenie kości wyrostka zębodołowego, zapalenie zatoki szczękowej prawej oraz zapalenie miazgi w 13 zębach po oszlifowaniu doprowadziło do załamania się reakcji odpornościowych organizmu (tolerancji immunologicznej).

²⁶ Błąd medyczny w tej sytuacji może polegać np. na niewykonaniu po zabiegu ekstrakcji zęba próby Valsalvy, która służy do sprawdzenia, czy nie doszło do powstania połączenia ustno-zatokowego. Przeprowadzenie takiej próby jest bowiem wskazane po usunięciu zęba sąsiadującego z dnem zatoki szczękowej, gdyż istnieje wówczas prawdopodobieństwo powstania ww. powikłania. Spożywane przez pacjenta pokarmy i płyny mogą wydostawać się przez przewód nosowy, a dostawanie się obcych ciał do światła zatoki szczękowej i niepodjęcie natychmiast leczenia może w krótkim czasie doprowadzić do rozwinienia stanu zapalnego zatoki szczękowej.

²⁷ *Ad exemplum* sprawa, w której lekarz po usunięciu zębów pozostawił jednak korzenie zębów. W praktyce stomatologicznej przyjmuje się, że złamanie korzeni może zdarzyć się zawsze przy ekstrakcji, szczególnie, jeśli usuwany jest ząb bardzo zniszczony przez próchnicę, przy czym okoliczność ta może być przyczyną przedłużonego gojenia się zębodołów i towarzyszących temu dolegliwości bólowych. Przed leczeniem lekarz powinien zatem zlecić wykonanie zdjęcia patomorfologicznego całej szczęki w celu ustalenia położenia zębów i ich korzeni. W sytuacji, gdy po ekstrakcji pozostaje w dziąśle korzeń zęba lub jego część, lekarz powinien usunąć taki korzeń lub skierować pacjenta do leczenia u chirurga szczękowego. Tymczasem w przedmiotowej sprawie prowadzący leczenie pacjenta stomatolog nie podjął odpowiednich działań w celu ustalenia przyczyn przewlekłego bólu utrzymującego się u pacjenta po zabiegu ekstrakcji, nie sprawdził, czy usunął ząb w całości i czy w dziąśle nie pozostał korzeń zębowy lub jego część, nie wykonał też badania RTG.

z ambulatoryjnym charakterem leczenia stomatologicznego wiąże się też problematyka przyczynienia się pacjenta do powstania powikłań lub zaostrzenia objawów choroby, co może wydatnie komplikować prowadzenie postępowania dowodowego w sprawach karnych. W praktyce zdarzają się przypadki, w których pacjenci nie przestrzegają zaleceń lekarskich dotyczących np. higieny jamy ustnej, spożywania posiłków przez określony czas, terminowego odbywania wizyt kontrolnych czy nawet kontynuowania leczenia²⁸. Nie należy do rzadkości korzystanie przez pacjenta równolegle z usług kilku gabinetów lekarskich.

W świetle wyników przeprowadzonych badań aktowych jako problematyczna jawi się ocena możliwości przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za zaniedbania w protetyce, uściślając – założenie wadliwej protezy szkieletowej uzębienia wyprodukowanej przez osobę trzecią. Z jednej bowiem strony zauważa się, że lekarz dentysta, zlecający wykonanie w odrębnej od kierowanej przez niego placówki pracowni protetycznej, ma prawo pozostawać w przekonaniu o odpowiedniej jakości wyrobu medycznego. Stanowisko to uzasadnia się dużym postępem w dziedzinie materiałoznawstwa stomatologicznego obserwowanym w ostatnich latach, który spowodował, że stałe techniki uzupełnienia charakteryzują się coraz lepszymi parametrami wytrzymałościowymi. Niemniej jednak w dalszym ciągu zdarzają się pękanie porcelany i konieczność naprawy zacementowanych uzupełnień protetycznych. Nieprzewidywalne odłamywanie się ceramiki w oddanych pacjentowi stałych uzupełnieniach protetycznych stanowi istotny problem kosmetyczny, kliniczny oraz finansowy dla lekarzy, jak i pacjentów. Przyczyną pęknięć są siły i naprężenia wyzwalane także w trakcie czynności żucia, względnie uraz mechaniczny. Powodem pęknięcia ceramiki mogą być również naprężenia wewnętrzne i mikropęknięcia ceramiki, błędy w postępowaniu laboratoryjnym czy niewłaściwy dobór ceramiki do stopu stanowiącego podbudowę dla materiału licującego. Te naprężenia ceramiki mogą wynikać z różnicy współczynników rozszerzalności termicznej stopu i porcelany. Jako ogólne przyczyny uszkodzenia oblicowania porcelanowego w protezach stałych wskazuje się m.in. znaczne naprężenia między podbudową metalową a ceramiką, uraz mechaniczny oraz naprężenie wewnątrz ceramiki²⁹. Z dru-

²⁸ W jednej z analizowanych spraw lekarzowi zarzucono niewłaściwą implantację zębów polegającą na odślanianiu się implantów, przy czym – jak zostało następnie wykazane, dolegliwość ta była zawiniona nie przez lekarza, a przez pacjentkę, która nie zgłaszając się na umówione wizyty przez wiele lat utrzymywała pracę tymczasową, rezygnując z wykonania ostatecznej pracy protetycznej.

²⁹ W jednej z analizowanych spraw, w której doszło do uszkodzenia licówki wskazywano, że przy zespoleniu koron i braku ich ruchomości możliwe jest uszkodzenie środkowej części licówki bez naruszenia kąta i brzegu siecznego korony w trakcie jedzenia. Akt żucia jest bowiem czynnością dynamiczną i w przypadku nacisku lub chwilowego naprężenia nawet w trakcie jedzenia, nie da się wykluczyć takiego zdarzenia. Odpryśnięcie olicowania w samej

giej jednak strony lekarz dentysta może popełnić błąd w omawianej materii, zwłaszcza jeżeli czynności związane z wykonaniem protez, w tym wykonaniem wycisku, powierza technikowi dentystycznemu (zabiegi kliniczne w jamie ustnej powinien wykonać lekarz stomatolog), nieprawidłowo prowadzi dokumentację medyczną (nie opisuje poszczególnych etapów pracy, pomijając wywiad i badania pacjenta, aż do akceptacji przez niego próbek zębów z wosku). Wadliwe wykonanie protez może więc być następstwem błędnie ustalonego zgryzu. Taki błąd może skutkować wymuszonym przednim położeniem żuchwy. Zasadnym jest zatem przychylenie się do stanowiska, że ostateczna ocena pracy protetycznej i decyzja o oddaniu pracy protetycznej pacjentowi zawsze należy do lekarza wykonującego leczenie protetyczne.

Kolejną kwestią, którą należy poruszyć przy okazji charakterystyki błędów stomatologicznych jest problem wypaczania zasady autonomii pacjenta w procesie leczenia. W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym przejawem autonomii jednostki i swobody dokonywanych wyborów jest prawo decydowania o sobie samym – w tym co do wyboru metody leczenia. Wybór ten, by był świadomy, musi zostać poprzedzony informacją o istniejących i dostępnych alternatywnych metodach leczenia, czy diagnostyki. Ostateczna decyzja należy do pacjenta, a lekarz ma obowiązek ją uszanować, nawet jeśli w jego ocenie nie jest trafna³⁰. W piśmiennictwie zauważa się natomiast, że profesjonalista medyczny rozstrzyga o tym, co jest dobre, a co złe dla jego klienta, zakładając, że posiada wszystkie dane potrzebne do dokonania takiego rozstrzygnięcia. Działa on nie tylko w imieniu pacjenta, ale także dla jego dobra, a określenie tego, co jest dla pacjenta najlepsze, jest przedmiotem tej samej fachowej kwalifikacji, co dobór technicznych środków działania, które mają prowadzić do wyleczenia. Asymetrię informacji umacnia okoliczność, że percepcja pacjenta może być zakłócona jego stanem emocjonalnym i odczuwanym zazwyczaj podczas choroby stresem psychicznym oraz tym, że pacjent postępuje emocjonalnie, a nawet irracjonalnie, gdy chodzi o jego zdrowie i życie. W tych okolicznościach zatem, niezależnie od tego, jak uzasadniony jest autorytet lekarza wobec pacjenta, cechy sytuacji pozwalają na określenie ich relacji jako paternalistycznej³¹. Przenosząc powyższe na grunt badanych spraw stwierdzić należy, że bardzo często dla pacjentów zjawiających się w klinikach czy gabinetach stomatologicznych najważniejszą kwestią jest szybkość wykonania usługi medycznej. Trzeba wyraźnie podkreślić, że sama możliwość zaplanowania innego od przyjętego sposobu leczenia nie jest argumentem świadczącym o wadli-

części środkowej jest rzadkie, ale możliwe w praktyce. Dość często występują natomiast odprysnięcia ceramiki w okolicy szyjki i środka olicowania.

³⁰ Wyrok SA w Łodzi z dnia 18 września 2013 r., sygn. I ACa 355/13, LEX nr 1383480.

³¹ D. Karkowska, *Zawody medyczne...*, op. cit., s. 252.

wości metody przeprowadzonego zabiegu. Niemniej jednak odmowa pacjenta dotycząca przeprowadzenia niezbędnych w opinii lekarza etapów przygotowawczych w leczeniu protetycznym powinna skutkować odstąpieniem od proponowanego leczenia, a nie pominięciem ich w leczeniu. To nie pacjent ma decydować, co jest wskazane lub niewskazane w toku leczenia. Jeśli chory nie wyraża zgody na proponowany przebieg leczenia (niezbędne etapy) to lekarz – zgodnie ze sztuką lekarską – nie powinien go kontynuować. Takie rozwiązanie nie narusza autonomii pacjenta, która sprowadza się do określenia celu terapeutycznego i wyboru jednej z zaproponowanych przez lekarza metod pozwalających na jego osiągnięcie. W żadnym wypadku jednak pacjent nie może być decydemem sugerującym lekarzowi jakie działania i z wykorzystaniem jakich środków ten ma podejmować. Zaburzenie tych relacji niejednokrotnie prowadzi do popełniania błędów stomatologicznych, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie lekarz dentysta³².

W piśmiennictwie prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych prowadzone jest w określonych uwarunkowaniach prawno-społecznych i pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem działania administracji publicznej i podejmowaniem rozmaitych działań, mających zapobiec niekontrolowanemu wzrostowi kosztów udzielania świadczeń zdrowotnych przez osoby wykonujące samodzielnie zawody medyczne. Profesjonaliści medyczni reprezentują bowiem jednocześnie stronę podaży co może prowadzić do wewnętrznego konfliktu interesów i nakłaniania pacjenta do nadmiernego korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej, zwłaszcza gdy ich wynagrodzenie zależy od liczby, struktury i jakości wykonywanych usług medycznych. Osoby te przestają być wówczas wyłącznie przedstawicielami pacjenta i stają się usługodawcami. W skrajnych przypadkach mogą zatem wykorzystywać swoją przewagę nad pacjentem, wynikającą z posiadanej wiedzy medycznej, w celu zwiększenia swoich dochodów³³. Jak wcześniej kilkakrotnie wspo-

³² W jednej z analizowanych spraw wykonane przez lekarza korony i mosty protetyczne spowodowały u pacjenta zaburzenie zgryzu oraz trudności żuciu pokarmów (dolegliwości bólowe), co było spowodowane zaniechaniem wykonania podstawowych postępowań leczniczych i zapobiegawczych oraz skupieniem uwagi wyłącznie na poprawie walorów kosmetycznych uzupełnienia protetycznego. W takich przypadkach klinicznych należy zaplanować leczenie kilkietapowe, które polega w pierwszej kolejności na wyleczeniu istniejących nieprawidłowości występujących i przygotowaniu narządu żucia do planowanych zmian okluzyjnych w celu obniżenia nadmiernej aktywności mięśni żwaczowych, etap pierwszy – przygotowawczy powinien trwać minimum kilka miesięcy. W omawianym przypadku – zgodnie z życzeniem pacjenta – leczenie zmodyfikowano i znaczenie przyspieszono. W wyniku nieprawidłowego, nieumiejętnego leczenia pacjent zmuszony był do poddania się kolejnym zabiegom, mającym na celu poprawę funkcji życiowych powódki tj. jedzenia i gryzienia, zapobiegającym dalszym patologicznym zmianom żuchwy i stawów skroniowo-żuchwowych oraz dalszym cierpieniom poprzez niwelowanie bólu.

³³ D. Karkowska, *Zawody medyczne...*, *op. cit.*, s. 304–305.

mniano jedną z cech charakterystycznych świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu stomatologii jest swoista komercjalizacja tego obszaru. W wielu sprawach, w których stwierdzono odpowiedzialność lekarzy dentystów za błędy stomatologiczne dostrzegalne było traktowanie pacjenta bardziej jako klienta niż osoby chorej, wymagającej starannej opieki medycznej. Co ciekawe, samo świadczenie zdrowotne utożsamiane było przez sprawców jako typowa usługa komercyjna, zaś nieprawidłowości w leczeniu i ich skutki były bagatelizowane i sprowadzane niejako do wady jakościowej, która mogła być usunięta na zasadach reklamacji usługi. Takie podejście, na które wielokrotnie zwracały uwagę organy ścigania i sądy rozpatrujące sprawy, jest nieuprawnione, zwłaszcza gdy wziąć pod uwagę potencjalne skutki błędów stomatologicznych, od trwałej dysfunkcji narządu po oszpeccenie. Należy podnieść, że omawiane wcześniej przyczynienie się pacjenta do powstania lub pogłębienia doznanej w wyniku uchybień szkody może mieć podłoże ekonomiczne. Rezygnacja z leczenia lub jego radykalne ograniczenie może wynikać z braku środków finansowanych na pokrycie kosztów terapii. Zdarza się, że rzeczywiste koszty leczenia zdecydowanie przekraczają pierwotne oszacowanie usługi stomatologicznej i stanowią dla pacjenta rzeczywistą przeszkodę do podjęcia lub kontynuowania postępowania terapeutycznego. W tych przypadkach organy ścigania, niezależnie od sprawdzania, czy w sprawie popełniony został błąd stomatologiczny, powinny wyjaśnić czy pacjent nie został celowo wprowadzony w błąd co do kosztów leczenia (zwłaszcza, jeżeli nie miało ono charakteru pilnego i mogło być odłożone w czasie bez większej szkody dla chorego). W sytuacji potwierdzenia tej okoliczności zachowanie lekarza dentysty może bowiem wyczerpywać znamiona oszustwa (art. 286 k.k.).

V. Wnioski

Błąd stomatologiczny niewątpliwie charakteryzuje się cechami typowymi dla innych rodzajów błędów medycznych, tj. niezachowaniem przez lekarza należytej ostrożności i staranności w diagnozowaniu pacjenta lub przeprowadzaniu określonego zabiegu leczniczego. Błąd w sztuce stomatologicznej może dotyczyć czynności poprzedzających zakwalifikowanie pacjenta do wykonania określonej procedury medycznej (np. wykonanie badań obrazowych RTG), przygotowania chorego do zabiegu (np. znieczulenia), jak i samego zabiegu (np. uszkodzenie zdrowych zębów, spowodowanie przetoki, pozostawienie korzenia zęba po jego ekstrakcji). Konsekwencje błędów stomatologicznych są zróżnicowane i mogą obejmować kilkudniowe dolegliwości bólowe i dyskomfort odczuwany w leczonym miejscu, jak również złamanie żuchwy, zakażenia, utrzymujące się stany zapalne, a w skrajnych sytuacjach zgon pacjenta.

Jednocześnie zauważyć należy, że błędy stomatologiczne zachowują też swoją specyfikę, na którą przekładają się przede wszystkim uwarunkowania organizacyjne, w jakich udzielane są świadczenia zdrowotne z zakresu stomatologii. Ambulatoryjne leczenie uzębienia i chorób jamy ustnej, swoiste rozluźnienie nadzoru lekarskiego nad postępowaniem pacjenta po wykonaniu zabiegów, rozciągnięcie procesu leczenia w okresie kilku-kilkunastu miesięcy, ryzyko niezdyscyplinowania pacjenta w procesie rekonwalescencji, a także finansowe podłoże wielu decyzji diagnostycznych i terapeutycznych mogą wpływać negatywnie na efekt leczenia i generować różnego rodzaju uchybienia i nieprawidłowości. Okoliczności te bezwzględnie należy brać pod uwagę przy prowadzeniu postępowania karnego w sprawach o błędy medyczne.

Organy ścigania sprawdzając, czy w danym przypadku został popełniony błąd medyczny, skutkujący odpowiedzialnością karną lekarza dentysty, powinny przeanalizować występowanie w sprawie nie tylko związku przyczynowo-skutkowego, ale i czasowego między rozpoznaną chorobą, a najbardziej prawdopodobnym czynnikiem etiologicznym. Przykładowo, w sytuacji powstania połączenia ustno-zatokowego czynniki te mogą mieć charakter anatomiczny (korzeń zęba tkwiący w zatoce szczękowej lub w pobliżu jej ściany), jatrogenny (usuwanie zęba w sposób nieostrożny bądź przy pomocy niewłaściwych narzędzi), względnie powyższe powikłanie może być spowodowane przewlekłym procesem zapalnym (ziarniak okołowierzchołkowy, torbiel korzeniowa). Wszczyniane postępowania przygotowawcze powinny wyjaśnić, czy działanie lekarza dentysty było staranne w zakresie planowania i wykonania, czy pacjent był odpowiednio przygotowany do leczenia, w jakim czasie leczenie prowadzono, czy istniały jakiekolwiek przeciwwskazania do zabiegu, w przypadkach uzasadnionych czy była zapewniona kontrola periodontologiczna i endodontyczna, a także czy wyznaczone przez lekarza dentystę terminy wizyt kontrolnych po zakończeniu leczenia nie były zbyt odległe, biorąc pod uwagę zastosowaną metodę terapeutyczną.

Rozstrzygając o odpowiedzialności karnej lekarza dentysty należy mieć na względzie, że proponowany pacjentowi plan leczenia oraz sporządzony kosztorys nie stanowią *eo ipso* gwarancji uzyskania optymalnego efektu klinicznego, funkcjonalnego oraz kosmetycznego. Każda sprawa powinna być traktowana indywidualnie, z uwzględnieniem warunków anatomicznych pacjenta, występujących u niego schorzeń ogólnoustrojowych, czy też higieny jamy ustnej. Niemniej jednak sprawdzona powinna być okoliczność, czy pacjent miał możliwość przedyskutowania z lekarzem jego wywiadu zdrowotnego i medycznego, czy zgodził się na przestrzeganie zaleceń lekarskich, czy uświadamiał sobie, że niewypełnienie któregośkolwiek zalecenia spowodować może gorszy efekt optymalny, wreszcie czy kwestie te zostały w sposób należyty utrwalone, np. w dokumentacji medycznej pacjenta.

Criminal liability of dentists for medical errors

Abstract

The primary aim of this paper is to offer an overview of the specificity of medical errors in dentistry. Among other things, the results of a study of court files for 32 randomly selected dental malpractice criminal cases handled between 2011 and 2016 are presented, with the cases being for dental errors, which led to complications such as sinusitis, injury to blood vessels or nerves, oroantral fistula, extrusion of the root canal filling material, or improper mandible position in temporomandibular joints after prosthetic treatment. Criminal liability for dental errors is discussed with consideration given to health protection system factors and the fact that solo private practice prevails in dentistry.

Iwona Sepiolo-Jankowska

Odpowiedzialność karna członków zarządu za zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest odpowiedzialność karna członków zarządu w aspekcie niezłożenia lub nieterminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Zasadniczo rozważania koncentrują się na znamionach przestępstw z art. 586 k.s.h. i art. 296 k.k. Jednocześnie podjęta została analiza danych statystycznych, po to, by na dane zagadnienie spojrzeć także pragmatycznie.

Wstęp

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest popularną formą prowadzenia działalności gospodarczej w ogromnej mierze przez to, że stanowi odrębny od wspólników podmiot prawa. Co do zasady właśnie spółka ponosi odpowiedzialność za swoje zobowiązania, a odpowiedzialność członków zarządu jest ograniczona. Od tej reguły przepisy przewidują jednak istotne odstępstwa, albowiem członkowie zarządu w niektórych sytuacjach mogą zostać pociągnięci nie tylko do odpowiedzialności majątkowej, ale także karnej.

Istotnym, z praktycznego punktu widzenia przepisem, dotyczącym odpowiedzialności członków organów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest art. 299 Kodeksu spółek handlowych (dalej: „k.s.h.”). Wprowadza on doniosły wyjątek od ogólnej zasady, że członkowie zarządu nie odpowiadają za zobowiązania spółki. Na podstawie art. 299 k.s.h., członkowie zarządu odpowiadają bowiem solidarnie za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest odpowiedzialność karna członków zarządu w aspekcie niezłożenia lub nieterminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Z jednej strony Kodeks karny¹ (dalej:

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. z 2016 r., poz. 1137.

„k.k.”) penalizuje wskazane zachowanie, z drugiej strony członkowie zarządu za zaniechanie zgłoszenia upadłości spółki, mogą podlegać odpowiedzialności karnej na gruncie Kodeksu spółek handlowych. Zasadniczo w sytuacji niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, wierzyciele pociągają członków zarządu do odpowiedzialności majątkowej, odkładając odpowiedzialność karną na dalszy plan. Niemniej jednak, obie wskazane powyżej ustawy penalizują działania członków zarządu, godzące w obrót gospodarczy i otwierają furtkę do tego, by ukarać członka zarządu, który niegospodarnie prowadząc interesy spółki, doprowadził do jej niewypłacalności, a w konsekwencji do pokrzywdzenia wierzycieli.

Wobec powyższego, warto przyrzeć się bliżej znamionom przestępstw z art. 586 k.s.h. oraz art. 296 k.k., w kontekście możliwości ukarania członków zarządu za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednocześnie podjęta zostanie analiza danych statystycznych, która pozwoli spojrzeć pragmatycznie na omawiane zagadnienie.

Ogłoszenie upadłości spółki – podstawa prawna oraz skutki prawne zaniechania tego obowiązku

Punktem wyjścia niniejszych rozważań jest podstawa prawna, obligująca członków zarządu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Zgodnie z treścią art. 21 ust. 1 i 2 prawa upadłościowego², członkowie zarządu spółki lub likwidatorzy mają obowiązek zgłosić w sądzie nie później niż w terminie trzydziestu dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości (którą jest niewypłacalność spółki), wniosek o ogłoszenie upadłości.

Należy wskazać, iż członek zarządu nie musi wykazywać, że to on osobiście złożył wniosek o ogłoszenie upadłości. Z punktu widzenia jego odpowiedzialności na gruncie k.s.h istotne jest wykazanie, że złożenie takiego wniosku nastąpiło we właściwym czasie. Członek zarządu może się więc również powoływać na zgłoszony we właściwym czasie wniosek pochodzący od innych członków zarządu, a nawet przez wierzyciela spółki. Odpowiedzialność karna członka zarządu na gruncie k.s.h. zostanie szerzej omówiona w dalszej części niniejszego opracowania.

Bezwzględnym warunkiem ogłoszenia upadłości dłużnika jest jego niewypłacalność, która oznacza taki stan rzeczy, w którym jego majątek nie wystarcza na pokrycie wierzytelności³. Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy za niewypłacalnego będzie uznany podmiot, który utracił zdolność wykonywania

² Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, tekst jedn. Dz. U. 2015 r., Nr 233, poz. 987 z późn. zm.

³ A. Jakubicki, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz. Warszawa 2011.

swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Oznacza to, że nie wystarcza sam fakt niedokonywania płatności w terminie. Wymagane jest, aby z sytuacji finansowej dłużnika wynikał brak możliwości dokonania wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a więc aby to była okoliczność obiektywna, a nie subiektywna⁴. Przy czym dla ułatwienia ustawa przewiduje, że trwałość tego stanu rzeczy – opóźnienia przekraczające trzy miesiące – pozwala przyjąć domniemanie niewypłacalności. Spełnienie którejkolwiek z ww. dwóch przesłanek skutkuje, co do zasady, powstaniem obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. O tym, czy spółka jest niewypłacalna zdecydować szczegółowa analiza sytuacji prawnej i finansowej spółki, co stanowi odrębny od niniejszej analizy przedmiot opracowania.

Konsekwencją niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki jest m.in. odpowiedzialność na gruncie art. 299 k.s.h. Członek zarządu ponosi odpowiedzialność za własne działanie, tj. za bezprawne, zawinione niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Odpowiedzialność ta powstaje więc wtedy, gdy niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki wyrządza wierzycielowi szkodę, gdyż nie uzyskuje on w ogóle zaspokojenia lub też uzyskuje zaspokojenie w mniejszym zakresie, niż miałoby to miejsce w przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym czasie.

W szeroko rozumianym interesie osób zobowiązanych do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest, aby obowiązkowi tego dopełnić w określonym ustawowo terminie 30 dni. W przypadku zaniechania tego obowiązku, osoby zobowiązane poniosą odpowiedzialność całym swoim majątkiem za szkodę wyrządzoną poprzez niezłożenie omawianego wniosku, na co wskazuje art. 21 ust. 3 ustawy.

Niezależnie od odpowiedzialności majątkowej, jak już zostało na początku zasygnalizowane, na podstawie art. 586 k.s.h., osoby odpowiedzialne za złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości – członkowie zarządu i likwidatorzy mogą ponieść także odpowiedzialność karną za niezłożenie w przepisany termin wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Ponadto zgodnie z art. 296 § 1 Kodeksu karnego kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Poniżej zostaną omówione karnoprawne aspekty odpowiedzialności członków zarządu w kontekście niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości.

⁴ *Ibidem*.

W pierwszej kolejności zostanie omówiony art. 586 k.s.h., by następnie wskazać na przesłanki odpowiedzialności karnej z 296 k.k.

Odpowiedzialność karna członków zarządu na gruncie Kodeksu spółek handlowych

Regulacja odpowiedzialności karnej członków zarządu za niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki określona w art. 586 k.s.h. zajmuje istotne miejsce wśród przepisów nie tylko prawa karnego, ale również prawnych regulacji szeroko pojmowanego obrotu gospodarczego. Wprowadzenie przez prawodawcę odpowiedzialności członków zarządu na gruncie k.s.h. ma na celu ochronę zarówno interesów wierzycieli spółki, jak i jej samej⁵.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż sam fakt niezłożenia w terminie ustawowym wniosku o ogłoszenie upadłości spółki stanowi przesłankę odpowiedzialności karnej, bez względu na to, czy wyniknęła stąd jakakolwiek szkoda. Stanowi to istotną różnicę w stosunku do przestępstwa z art. 296 k.k., co zostanie szerzej omówione w podrozdziale dotyczącym pojęcia szkody w rozumieniu tego przepisu.

Przestępstwo z art. 586 stanowi tzw. „przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo”⁶, czyli takie, dla którego wywołanie stanu niebezpieczeństwa dla określonych dóbr prawnych (tu: prawnie chronionych interesów majątkowych wierzycieli spółki) stanowi rację karalności, a nie znamię typu czynu zabronionego. Nie ma więc potrzeby wykazywania na gruncie art. 586, że zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przepisany termin spowodowało jakiekolwiek konkretne zagrożenie powstania szkody.

Podmiot przestępstwa z art. 586 k.s.h.

Przestępstwo z art. 586 jest przestępstwem indywidualnym, jego sprawcą bowiem może być tylko członek zarządu spółki albo jej likwidator. Przy czym niedopuszczalne jest rozszerzenie podmiotów mogących być sprawcami tego przestępstwa na wspólników zarządzających niewchodzących jednak w skład zarządu, co stanowi istotną różnicę w porównaniu z przestępstwem z art. 296 k.k., o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

⁵ A. Opalski (red.), Kodeks spółek handlowych. Tom IV. Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz, Warszawa 2016.

⁶ Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego, Warszawa 2015.

Co istotne, przepis art. 586 k.s.h. odnosi się tylko do członków zarządu, a więc zastosowanie znajdzie w odniesieniu do spółek kapitałowych, a ponadto do zarządu spółki partnerskiej. W tym ostatnim przypadku bowiem art. 97 § 1 k.s.h. stanowi, że umowa spółki partnerskiej może przewidywać, że prowadzenie spraw i reprezentowanie spółki powierza się zarządowi, zaś z § 2 tego przepisu wynika, że do „zarządu powołanego zgodnie z § 1 stosuje się odpowiednio przepisy art. 201–211 i art. 293–300”, czyli także art. 299 k.s.h.

Paradoksalnie zatem, pomimo że wspólnik spółki jawnej, komplementariusz w spółce komandytowej czy też komandytowo-akcyjnej również są zobligowani do tego, aby w odpowiednim terminie złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, nie podlegają oni odpowiedzialności karnej na gruncie Kodeksu spółek handlowych. Powyższe świadczy o pewnej niekonsekwencji ustawodawcy, bowiem z jednej strony nakłada obowiązek złożenia wniosku na każdym, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami, a z drugiej strony wyłącza z odpowiedzialności karnej na gruncie k.s.h. wspólników większości spółek osobowych. Niemniej jednak nie oznacza to, że wspólnikom tych ostatnich spółek nie grozi odpowiedzialność karna za zaniechanie złożenia wniosku. Możliwość taką przewiduje bowiem chociażby omawiany w niniejszym artykule art. 296 k.k.

Odnosząc się konkretnie do odpowiedzialności członków zarządu, powstaje pytanie o jej charakter, w sytuacji gdy mamy do czynienia z organem kolegialnym. Należy wskazać, iż co do zasady odpowiedzialność karną ponoszą wszyscy członkowie zarządu oraz każdy z nich z osobna. Jednocześnie istotne jest to, że żaden z członków zarządu nie może uwolnić się od tej odpowiedzialności, podając, że miał inny zakres obowiązków lub nie znał sytuacji finansowej spółki. Niemniej jednak, analogicznie jak na gruncie prawa karnego, również w tym przypadku nie znajdzie zastosowanie konstrukcja odpowiedzialności zbiorowej. Oznacza to, iż w zależności od okoliczności faktycznych, niektórzy członkowie zarządu będą mogli uwolnić się od odpowiedzialności z art. 586 k.s.h.⁷ Zagadnienie to stanowi odrębny przedmiot analizy, wykraczający poza ramy niniejszego artykułu, stąd jedynie należy zasygnalizować problem.

⁷ Dla przykładu może to być długotrwała usprawiedliwiona niemożność pełnienia obowiązków członka zarządu spowodowana np. chorobą, czy też wprowadzenie członka zarządu w błąd co do stanu finansowo-majątkowego spółki. Zob. w zakresie tych przesłanek analogiczne stanowisko NSA w sprawie dotyczącej orzeczenia o odpowiedzialności członka zarządu za zaległości podatkowe spółki niezgłoszonej do upadłości w przepisany terminie – zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. I FSK 36/10, Legalis; zob. też D. Czura-Kalińska, w: Jara, Komentarz KSH, 2014, s. 1936.

Strona podmiotowa przestępstwa z art. 586 k.s.h.

Występek z art. 586 k.s.h. stanowi przestępstwo umyślne. Lekkomyślne albo wywołane niedbalstwem (nawet rażącym) niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości nie uzasadnia odpowiedzialności karnej sprawcy takiego zachowania, co nie wyklucza odpowiedzialności odszkodowawczej. Karnie odpowiadać będzie członek zarządu w razie wykazania mu co najmniej zamiaru ewentualnego, tj. tego, że mając świadomość możliwości popełnienia przestępstwa, na to się godził oraz w razie zamiaru bezpośredniego, gdy wprost chciał zaniechać zgłoszenia spółki do upadłości mimo istnienia ku temu przesłanek.

Najczęstszą formą popełnienia występkę z art. 586 od strony podmiotowej będzie zaniechanie zgłoszenia spółki do upadłości popełnione z zamiarem ewentualnym. W sytuacji utraty płynności finansowej spółki, członkowie zarządu najczęściej starają się najpierw uzdrowić sytuację spółki. Wówczas piastunowie zarządu, choć zdają sobie sprawę, że być może należałoby zgłosić spółkę do upadłości, zaniechują tego jednak, godząc się jednocześnie na to, że naruszają obowiązek ustawowy. W takiej sytuacji można mówić o zamiarze bezpośrednim (kierunkowym) naceLOWANYM na osiągnięcie celu legalnego i podlegającego pozytywnej ocenie, jednakże jako uboczne następstwo takiego zachowania występuje realizacja znamion przestępstwa.

Zbyt formalistyczne podejście do tematu rodzi negatywne konsekwencje w postaci zniechęcenia zarządzających spółką do podjęcia działań w celu podźwignięcia spółki z trudnej sytuacji finansowej i kontynuowania działalności gospodarczej. Z ostrożności, członkowie zarządu wolą się zabezpieczyć i złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. Efektem tego jest szereg negatywnych zjawisk, w postaci chociażby utraty bytu prawnego spółki, miejsc pracy, nieuregulowanych należności, niedokończonych spraw, itd.

Zwalczanie przestępstw polegających na niezgłoszeniu upadłości spółki (art. 586 k.s.h.) – dane liczbowe⁸.

Poniżej zostały przedstawione wyniki działań podejmowanych przez powszechne jednostki organizacyjne Prokuratury w latach 2007–2012, w zakresie czynu zabronionego określonego w art. 586 k.s.h.

⁸ W ślad za opracowaniem Prokuratury Generalnej: Informacja Prokuratora Generalnego o działaniach powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w zakresie zwalczania przestępczości gospodarczej w latach 2007–2012, Warszawa 2012.

Rok	Kwalifikacja prawna	Wpływ	Pokrzywdzeni – wierzyciele	Akt oskarżenia		Środki zapobiegawcze		Skazano	w tym na podstawie	
				sprawy	osoby	Tymczasowe aresztowania	Poreczenia małatkowe		art. 387 k.p.k.	art. 335 k.p.k.
2007	art. 586 k.s.h.	203	316	37	61	0	3	31	2	4
2008		215	369	52	73	1	9	45	1	15
2009		177	790	39	71	0	2	37	3	14
2010		231	286	38	59	1	0	27	4	8
2011		225	818	32	46	0	0	26	1	9
31.08. 2012		187	137	33	50	1	1	16	4	4
Ogółem		1238	2716	231	360	3	15	182	15	54

Z przedstawionych danych wynika, że w latach 2007–2012 do Prokuratur na terenie Polski, wpłynęło łącznie 1238 spraw o przestępstwo z art. 586 k.s.h. Wpływ tego rodzaju spraw, za wyjątkiem roku 2009, w którym odnotowano wpływ 177 spraw, przez wszystkie badane lata kształtował się na poziomie powyżej 200 spraw w skali roku, od 203 w 2007 r. do 231 w 2010 r. Do dnia 31 sierpnia 2012 r. odnotowano wpływ 187 tego rodzaju spraw. Spośród łącznej liczby wierzycieli pokrzywdzonych przestępstwami popełnianymi na szkodę ich interesów, znaczna część przypada też na typ czynu zabronionego określony w art. 586 k.s.h. (2716). Ich liczba utrzymywała się na wysokim poziomie i odnotowała znaczny wzrost od 286 w 2010 r. do 818 w 2011 r.

Jak wynika z informacji przekazanej przez Prokuratora Generalnego, wartość przedmiotu postępowań – rozumiana jako wartość wymagalnych zobowiązań spółek, kształtowała się w sposób zróżnicowany od ponad 3 mln w 2011 r. do ponad 82 mln w 2009 r. Podobnie w sposób zróżnicowany kształtowała się liczba oskarżonych o omawiane przestępstwo. Największą liczbę osób oskarżonych odnotowano w 2008 r. – 73, najniższą w 2011 r. – 46 osób. Łącznie 231 aktami oskarżenia objęto 360 osób. Wobec osób podejrzanych o przestępstwo z art. 586 k.s.h. środek zapobiegawczy w po-

stacji tymczasowego aresztowania stosowano sporadycznie (łącznie wobec 3 podejrzanych), podobnie jak inne środki zapobiegawcze.

W latach 2007–2012, w skali kraju, skazano łącznie 182 osoby oskarżone o czyn kwalifikowany z omawianego przepisu, w tym 69 (37,9%) w trybie skazania bez rozprawy i dobrowolnego poddania się karze.

Z powyższych informacji *prima facie* może wynikać, że tylko niewielu członków zarządu faktycznie ponosi odpowiedzialność karną za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w terminie, albowiem liczba pokrzywdzonych przekracza niemalże dwukrotnie liczbę zgłoszeń, co świadczy o nieproporcjonalności w zakresie ścigania nieuczciwych członków zarządu a skalą sytuacji, w których nie zgłoszono wniosku o ogłoszenie upadłości spółki w terminie. Jednakże należy pamiętać, że warunkiem zainicjowania postępowania upadłościowego jest istnienie co najmniej dwóch wierzytelności przysługujących dwóm wierzycielom. Art. 11 ust 1 prawa upadłościowego stanowi bowiem, że: „dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych”. Skoro więc ustawa używa zwrotu „zobowiązania pieniężne” w liczbie mnogiej, karalne zaniechanie złożenia wniosku o upadłość uwarunkowane jest od pokrzywdzenia większej liczby pokrzywdzonych.

Odpowiedzialność członków zarządu na gruncie Kodeksu karnego

W momencie gdy dochodzi do pokrzywdzenia wierzycieli i uszczuplenia ich majątku, w pierwszej kolejności chcą oni uzyskać zaspokojenia zaległych należności. Tylko niektórzy z nich będą dążyć do tego, aby nieuczciwy dłużnik poniósł odpowiedzialność karną za zachowanie godzące w obrót gospodarczy i naruszające majątek kontrahentów. Instrumenty prawnokarne nie powinny być jednak samoistnym narzędziem windykacji lecz uzupełnieniem tych działań na drodze cywilnoprawnej, a jednocześnie penalizującym zachowania wypełniające znamiona przestępstwa. W związku z tym, poniżej zostaną omówione kolejno znamiona przestępstwa z art. 296 k.k. oraz próba oceny szans na ukaranie członka zarządu za niezłożenie wniosku o upadłość spółki.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepis art. 296 k.k. typizuje czyn zabroniony, który stanowi podstawę odpowiedzialności za przestępstwo określane mianem „karalnej niegospodarności” lub „nadużyciem zaufania”. Przepisy art. 296 k.k. odnoszą się do specyficznego rodzaju niegospodarności. Karalne jest tutaj wyłącznie, wyrażone znamionami ustawowymi, zachowanie niegospodarne lub nadużycie zaufania w obrocie gospodarczym. Przepisy te nie dotyczą więc jakiegokolwiek rodzaju naruszenia pełnomocnictwa lub powiernictwa, lecz wyłącznie takiego naruszenia swoich

gospodarczych kompetencji, które są szkodliwe tylko dla przedsiębiorcy⁹. Należy podkreślić, że – co do zasady – szkodliwe naruszenie pełnomocnictwa lub powiernictwa, w polskim systemie prawa karnego nie jest obecnie kryminalizowane. Dodać należy, iż pokrzywdzonym może być tutaj wyłącznie ten przedsiębiorca, na rzecz lub w imieniu którego działa sprawca. Wspólnicy lub kontrahenci przedsiębiorcy nie są w omawianym przypadku pokrzywdzonymi. Istotą przestępstwa niegospodarności jest, ustawowo ściśle określone, nieuprawnione szkodenie jednostce organizacyjnej prowadzącej działalność gospodarczą przez jego zarządcę.

Przedmiot ochrony ujęty w art. 296 k.k.

Celem przepisu art. 296 k.k. jest ochrona szeroko pojętego obrotu gospodarczego. Przy czym pojęcia „obrotu gospodarczego” nie można ujmować bezpośrednio jako dobra prawnego podlegającego ochronie, z uwagi na jego zbyt ogólny i bezosobowy charakter. Znaczenie „obrotu prawnego” rozpościera się na poszczególne jego elementy, które stanowią o jego społecznej użyteczności, a które samodzielnie wyrażają wartość prawną i mogą być przedmiotem ochrony. Należy do nich zaliczyć m.in. zasadę gospodarczej rzetelności, staranności i uczciwości, zasadę dobrego kupca itp. W sytuacji, gdy członek zarządu nie zgłasza wniosku o ogłoszenie upadłości spółki pomimo jej niewypłacalności, jak najbardziej narusza zasady uczciwości i profesjonalizmu w stosunkach z kontrahentami. Nierzadko bowiem niewypłacalność jednego podmiotu, lawinowo pociąga za sobą problemy finansowe kontrahentów, co niekorzystnie wpływa na rynek i sytuację gospodarczą.

Jednak nie sposób nie zauważyć, iż obecnie wiele podmiotów boryka się z problemami finansowymi. Wobec tego pojawia się pytanie, czy zawsze – abstrahując od zasad uczciwości kupieckiej – choćby z ostrożności, członek zarządu powinien złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, aby uniknąć odpowiedzialności nie tylko majątkowej, ale też karnej? Spróbujmy zatem przyjrzeć się bliżej znamionom przestępstwa z art. 296 k.s.h.

Indywidualny przedmiot ochrony art. 296 k.k. jest ściśle związany z jego treścią. Przepis ten penalizuje określone zachowania, w wyniku których dochodzi do wyrządzenia szkody majątkowej podmiotowi gospodarczemu. Podmiot ten jest pokrzywdzonym, a ustawa określa go ogólnie jako „osobę fizyczną, prawną albo jednostkę organizacyjną”. Dobrem prawnym, w zakresie indywidualnej ochrony, są zatem majątkowe interesy podmiotu gospodarczego (pokrzywdzonego).

W związku z powyższym, pojawia się pytanie o umiejscowienie przedmiotu ochrony wskazanego w art. 296 k.k. w kontekście braku lub nietermino-

⁹ I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 k.k.*, Warszawa 2013, s. 79.

wego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub złożenie go po upływie ustawowego terminu może oznaczać dla wierzycieli brak szans na uzyskanie należnego wynagrodzenia lub „utopienie” ich wierzytelności w masie upadłości. Dlatego też celem analizowanego przepisu jest ochrona majątkowych interesów profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego, funkcjonującego m.in. na zasadzie uczciwości i rzetelności¹⁰.

Konieczność kryminalizacji zachowania wskazanego w art. 296 k.k. wiąże się z rozdzieleniem funkcji właścicielskich od zarządzających w spółkach kapitałowych, a przez to podejmowaniem decyzji o losach spółki przez osoby, które w istocie właścicielami spółki nie są. Przepis ten dodatkowo piętnuje bierne zachowania członków zarządu, którzy na bieżąco nie analizują stanu finansowego spółki i nie reagują na złą kondycję finansową podmiotu, co może skutkować pokrzywdzeniem wierzycieli. W związku z tym ustawodawca zdecydował się udzielić tej ochrony w przypadku, gdy członek zarządu narusza wskazany stosunek w ten sposób, iż wyrządza szkodę przedsiębiorstwu.

Podmiot przestępstwa z art. 296 § 1 k.k.

Podmiotem przestępstw z art. 296 k.k. jest osoba obowiązana do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej¹¹.

W kontekście rozpatrywania przestępstwa z art. 296 k.k. w piśmiennictwie zwraca się uwagę na zakres pojęciowy wyrażen „zajmowanie się” oraz „prowadzenie”, jednakże brakuje w tej materii jednoznacznej odpowiedzi. Sąd Najwyższy w jednym z wyroków¹² zajął stanowisko, iż pojęcie „zajmowania się” ma obszerniejszy zakres od terminu „prowadzenie”, którego istotę da się sprowadzić do „sprawowania nadzoru, zarządzania lub kierowania czymś”. „Zajmowanie się” wskazuje na samodzielność działania podmiotu, którą należy rozumieć szerzej niż tylko jako samodzielne podejmowanie decyzji lub samodzielne dbanie w sensie decydowania o zamierzonych działaniach, o wzroście majątku lub zapobieganiu stratom. Jednak w kolejnych orzeczeniach Sąd Najwyższy orzekł, że pojęcie „zajmowania się” jest pojęciem tożsamym z pojęciami „prowadzi” i/lub „zarządza”, co w dalszym rozumieniu powoduje, że wymienione pojęcia można traktować jako synonimy. Nie ulega wątpliwości fakt, iż zajmowanie się działalnością gospodarczą czy też sprawami majątkowymi opiera się na podejmowaniu określonych działań obejmujących pewien zakres swobody oraz samodzielności w podejmowaniu decyzji.

¹⁰ I. Sepioło, *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 k.k.*, Warszawa 2013, s. 31 i n.

¹¹ *Ibidem*, s. 96.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2000 r., sygn. V KKN 192/99, LEX 50986.

Działalność gospodarczą należy rozumieć zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, natomiast pod pojęciem „sprawy majątkowe”, rozumie się „wszystko, co związane jest z majątkiem i sytuacją majątkową danego podmiotu”¹³. Powszechnie przyjmuje się, że czynności polegające na zajmowaniu się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą cechuje element statyczny, polegający na dbałości o zachowanie substancji powierzonego w zarząd mienia i uchronienie go przed uszczerbkiem, pomniejszeniem, stratami, oraz dynamiczny, polegający na takim wykorzystaniu powierzonego mienia, aby zostało powiększone lub by wzrosła jego wartość¹⁴. Wskazuje się, iż działanie charakteryzowane jako „zajmowanie się sprawami majątkowymi” musi zawierać w sobie element samodzielności decyzyjnej. W orzecznictwie podkreśla się jednocześnie, że owej samodzielności decyzyjnej nie można rozumieć zbyt wąsko, „bowiem zajmowanie się sprawami majątkowymi to również współrozstrzyganie w sprawach majątkowych, współdziałanie lub wpływanie na rozstrzygnięcia dotyczące mienia lub spraw majątkowych, wreszcie (...) udzielanie rady, jeżeli jest się do tego z jakiegokolwiek tytułu zobowiązany”¹⁵.

Jednocześnie należy wskazać, iż umocowanie do zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą może mieć źródło w ustawie, w decyzji właściwego organu lub w umowie. Nie mieści się natomiast w art. 296 k.k. prowadzenie cudzych interesów na podstawie jednostronnego oświadczenia¹⁶.

Niewątpliwie w krąg powyższego katalogu podmiotów przestępstwa z art. 296 k.k. wpisują się członkowie zarządu, którzy z mocy prawa zobowiązani są prowadzić interesy spółki.

Istotne z punktu widzenia członków zarządu jest to, że podstawą ich odpowiedzialności karnej mogą być wyłącznie jej faktyczne czynności. Nie jest możliwe stosowanie odpowiedzialności karnej na zasadzie odpowiedzialności zbiorowej (solidarnej). Jeżeli zatem szkodę przedsiębiorstwu wyrządził organ kolegialny np. zarząd, poprzez brak złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, to odpowiedzialności karnej podlegają tylko te osoby, które faktycznie przyczyniły się do podjęcia lub realizacji tej decyzji. Osoby, które nie posiadają indywidualnej cechy sprawcy rozważanego czynu zabronionego również mogą odpowiadać karne za współdziałanie ze sprawcą (szczególne sprawstwo, podżeganie lub pomocnictwo), jeżeli wiedziały one o tym,

¹³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. IV KK 173/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1981.

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. I KZP 7/01, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 55; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. V KK 82/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 1455; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2009 r., sygn. II KK 283/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 637.

¹⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 30 października 2013 r., sygn. II KK 81/13.

¹⁶ R. Zawłocki, (w:) Wąsek, Zawłocki (red.), Kodeks karny, t. II, s. 1321.

iż właściwy sprawca jest obowiązany do prowadzenia spraw gospodarczych przedsiębiorstwa (art. 21 § 2 k.k.).

Odpowiedzialność majątkowa za zobowiązania spółki w razie bezskuteczności egzekucji z jej majątku dotyczy członków zarządu. Są to osoby powołane do tego organu zgodnie z przepisami k.s.h. i z umową spółki. Natomiast nie obejmuje ona osób, które nie zostały formalnie powołane w skład zarządu, natomiast faktycznie zarządzają spółką. Poza członkami zarządu odpowiedzialność uregulowaną w art. 299 k.s.h. ponoszą likwidatorzy spółki, w razie otwarcia likwidacji spółki. Odpowiedzialność ta nie obejmuje innych osób, w tym członków rady nadzorczej, komisji rewizyjnej, jak również wspólników.

Odmienne przedstawia się sytuacja w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej członków zarządu. Co istotne wewnętrzny podział obowiązków w ramach zarządu, zgodnie z którym np. tylko prezes oraz dyrektor finansowy zajmują się finansami spółki, a pozostali członkowie zarządu nie mają na ich temat wiedzy – nie może uzasadniać braku winy pozostałych członków zarządu przy złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości nie w terminie. Wewnętrzny podział obowiązków wynikający z umowy spółki czy też z regulaminu zarządu nie może wpływać na zakres odpowiedzialności za zobowiązania spółki w stosunku do podmiotów trzecich¹⁷.

Przypisanie odpowiedzialności członkom zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania stanowi negatywny skutek nieterminowego złożenia przez członka zarządu spółki z o.o. wniosku o ogłoszenie jej upadłości. Skutkiem tego jest bowiem obniżenie potencjału majątkowego spółki w zakresie uniemożliwiającym zaspokojenie przysługującej powodowi wobec spółki wierzytelności. Zgodnie z intencją ustawodawcy, odpowiedzialność ukształtowana przez art. 299 § 1 k.s.h. służy interesowi wierzycieli i ma na celu ich ochronę.

Pojęcie szkody w zakresie art. 296 § 1 k.k.

Przestępstwo z art. 296 § 1 k.k. ma charakter materialny (skutkowy). Karalnym skutkiem czynności sprawczych jest wyrządzenie znacznej szkody majątkowej osobie fizycznej, prawnej albo jednostce organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, której sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą zajmuje się sprawca, o którym mowa w tym przepisie. Chodzi więc o szkodę występującą wyłącznie po stronie podmiotu, którym zarządza sprawca (menedżer).

Szkoda musi być znaczna. Względnie łatwo można wyliczyć wartość szkody majątkowej, gdy szkoda ta faktycznie powstanie – choć wymaga to

¹⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2009 r., sygn. II CSK 661/08.

każdorazowo uwzględnienia, że nie każdy ekonomiczny uszczerbek w mieniu spółki jest automatycznie szkodą w znaczeniu prawa karnego¹⁸.

Zgodnie z art. 115 § 5 i § 7 k.k., znaczna szkoda oznacza szkodę, której wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200 000 zł. Czas popełnienia czynu zabronionego określa art. 6 § 1 k.k. i jest to czas, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Nie jest to natomiast czas wystąpienia skutku. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach: „datę popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. wyznacza czas, kiedy doszło do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, obojętny dla bytu oszustwa jest okres wyrządzenia szkody. Nie ma znaczenia w jakiej wysokości pokrzywdzeni w rzeczywistości ponieśli szkodę, ale to jakiej wartości mienie oskarżony obejmował swoim zamiarem doprowadzając do niekorzystnego rozporządzenia, bądź też dążąc do tego”¹⁹.

Powyższe oznacza to, że szkodę jako skutek czynu zabronionego należy szacować nie na moment jej faktycznego powstania lecz na moment działania lub zaniechania sprawcy. Momenty te mogą się pokrywać, gdy szkoda zbiegnie się czasowo z zachowaniem sprawcy. Może jednak zaistnieć jakiś czas po samym zdarzeniu i nawet jeżeli będzie ją można obiektywnie przypisać do zachowania sprawcy realizującego pozostałe ustawowe znamiona z art. 296 k.k., to nadal jej szacowanie będzie musiało być dokonane zgodnie z wymogiem art. 115 § 5 i 7 k.k. w zw. z art. 6 § 1 k.k., na moment działania lub zaniechania sprawcy. W przypadku art. 296 k.k. oznacza to moment nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków. Na tej podstawie można zatem wskazać, że jeżeli wystąpienie szkody o znacznej wartości majątkowej zbiegnie się czasowo z nadużyciem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków, to sprawcy można będzie postawić zarzut art. 296 § 1 k.k. Natomiast, w razie późniejszego wystąpienia szkody, bądź też późniejszego osiągnięcia przez nią znacznych rozmiarów, zarzut powinien być postawiony z art. 296 § 1a k.k.²⁰

W praktyce jednak, pomimo powyższych konstatacji, szkoda szacowana jest na moment postawienia sprawcy zarzutu, niezależnie od tego, czy powstała w momencie działania lub zaniechania sprawcy, czy w jakimkolwiek późniejszym momencie, pod warunkiem możliwości jej obiektywnego przypisania do sprawcy.

Wystarczy, że u pokrzywdzonego podmiotu – spółki prawa handlowego – zaistnieje bezpośrednie niebezpieczeństwo szkody majątkowej, zastosowanie znajdzie art. 296 § 1a k.k. W takiej sytuacji konieczne jest prawdopodobieństwo wystąpienia szkody majątkowej oraz bezpośredni charakter możliwego wystąpienia szkody majątkowej.

¹⁸ I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 k.k.*, Warszawa 2013, s. 120 i n.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 maja 2010 r., sygn. VI AKa 105/10.

²⁰ E. Hryniewicz, *Karalne działanie na szkodę spółki*, Prokuratura i Prawo 2012, nr 10.

Strona podmiotowa przestępstwa z art. 296 § 1 k.k.

Przestępstwo z art. 296 § 1 k.k. można popełnić umyślnie, w obu postaciach zamiaru (bezpośredniego albo ewentualnego). Zgodnie z art. 9 § 1 k.k., czyn zabroniony z art. 296 § 1 k.k. jest popełniony umyślnie, gdy sprawca swoim zachowaniem faktycznym chce wyrządzić znaczną szkodę majątkową poprzez nadużycie udzielonego mu uprawnienia lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, albo gdy realizując swoje zachowanie, przewiduje możliwość wyrządzenia w ten sposób znacznej szkody majątkowej poprzez nadużycie udzielonego mu uprawnienia lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, na co się godzi. Przepis art. 296 § 4 k.k. przewiduje typ nieumyślny.

Zwalczanie przestępstw z art. 296 § 1 k.k. – dane liczbowe

Jak zostało na początku wskazane, w przypadku zaniechania złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, najczęściej wierzyciele dążą do tego, aby w pierwszej kolejności zaspokoić swoje należności. Czynności związane z postępowaniem upadłościowym kojarzą się wyłącznie za sprawami cywilnymi, kapitałem, prawem spółek handlowych i odpowiedzialnością majątkową. W dalszej perspektywie gdzieś tam wysnuwa się myśl, że być może doprowadzenie do niewypłacalności spółki oraz brak reakcji na sytuację finansową podmiotu może rodzić skutki na gruncie Kodeksu karnego. Niewątpliwie jednak, powszechnie dominuje pogląd, jakoby zachowania członków zarządu oceniane były wyłącznie w ramach cywilnoprawnych. Jak się okazuje, nic bardziej mylnego. Ustawodawca zatroszczył się bowiem o wierzycieli nie tylko w zakresie ochrony ich majątku, ale też dał narzędzie do tego, by ukarać nieuczciwego reprezentanta spółki.

W świetle powyższych okoliczności pojawia się pytanie o to, jak w praktyce rysuje się skuteczność ścigania przestępstw z art. 296 k.k.? Poniżej znajduje się tabela z danymi statystycznymi, zamieszczona na oficjalnej stronie internetowej Policji²¹:

²¹ <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-17/63915,Naduzycie-zaufania-art-296.html>.

Rok	liczba postępowań wszczętych	liczba przestępstw stwierdzonych
2014	558	114
2013	561	138
2012	489	112
2011	427	99
2010	365	226
2009	551	186
2008	539	185
2007	795	474
2006	926	680
2005	868	501
2004	873	650
2003	991	770
2002	913	377
2001	814	274
2000	673	524
1999	599	253

Wyniki działań podejmowanych przez prokuraturę w latach 2007–2012 w zakresie przestępstwa nadużycia zaufania przedstawia poniższa tabela²².

²² W ślad za opracowaniem Prokuratury Generalnej, *op. cit.*

Rok	Kwalifikacja prawna	Wpływ	Pokrzywdzeni – przedsiębiorca	Akt oskarżenia		Środki zapobiegawcze		Skazano	w tym na podstawie	
				sprawy	Osoby	Tymczasowe aresztowania	Poręczenia majątkowe		art. 387 k.p.k.	art. 335 k.p.k.
2007	art. 296 k.k.	836	762	75	236	19	119	56	5	19
2008		835	558	65	187	10	70	77	6	18
2009		946	532	85	208	9	78	54	5	30
2010		822	1 011	53	151	15	79	29	0	12
2011		1040	848	57	120	10	50	23	1	8
31.08. 2012		664	410	23	58	4	24	7	0	3
Ogółem		5143	4121	358	960	67	420	246	17	90

Jak wynika z informacji przekazanych przez Prokuratora Generalnego, w latach 2007–2012 do Prokuratury wpłynęły 5143 sprawy dotyczące przestępstwa z art. 296 k.k. Z uzyskanych danych wynika, że w zdecydowanej większości tych spraw (74,3%) czas ich trwania nie przekroczył roku. Jednakże 9,4% postępowań przygotowawczych trwało od 2 do 5 lat, a czas trwania 2,7% spraw przekroczył 5 lat. W większości prowadzone postępowania zakończyły się wydaniem postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego (1808 spraw) albo o umorzeniu postępowania (2457 spraw). Do sądu skierowano 358 aktów oskarżenia przeciwko 960 podejrzanym. W postępowaniu przed sądem wyrok skazujący zapadł w stosunku do 246 oskarżonych, a wobec 56 oskarżonych postępowanie zostało umorzone. Sąd uniewinnił 114 oskarżonych.

Niewątpliwie wyniki postępowania sądowego świadczą o wybitnie ocenionych znamionach określających typ czynu zabronionego z art. 296 k.k.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż przestępstwa z art. 296 k.k. mają charakter przestępstw publicznoskargowych i są ścigane z urzędu, za wyjątkiem czynu zabronionego stypizowanego w art. 296 § 1a k.k., który podlega ściganiu na wniosek pokrzywdzonego, jeśli pokrzywdzonym nie jest tutaj Skarb Państwa.

Powyższe rozwiązanie budzi liczne kontrowersje, z uwagi na to, że sprowadza się ono do przymusowego upublicznienia konfliktu pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego. Ponadto takie rozwiązanie utrudnia ewentualne pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym. Tymczasem w praktyce nie rzadko pojednanie takie byłoby korzystne dla każdej z wymienionych stron. W ten sposób ustawodawca chroni obrót gospodarczy, działając wbrew interesowi jego uczestników, co nie znajduje uzasadnienia w charakterze rodzajowego przedmiotu ochrony. Wydaje się, że obrót gospodarczy można chronić przy użyciu przepisów karnych tylko wtedy, gdy jest to opłacalne dla jego uczestników. Nie jest to bowiem dobro prawne, które – rozpatrywane samo w sobie – wymagałoby bezwzględnej (w ramach najbardziej restrykcyjnej) ochrony ze strony państwa.

Podsumowanie

Reasumując powyższe rozważania, należy zauważyć, iż rodzajowym przedmiotem ochrony omówionych przepisów jest w pierwszej kolejności prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego, a konkretnie spółek prawa handlowego, jak również uczciwości i rzetelności w relacjach z kontrahentami. Rozbudowana konstrukcja i treść przepisu art. 296 k.k. sprawia, iż szczególnie ważne i zarazem trudne jest przeprowadzenie i wykazanie związku przyczynowego pomiędzy zaniechaniem członka zarządu a przestępnym skutkiem.

Do niedawna osoba sprawcy przestępstwa gospodarczego utożsamiana była niemal wyłącznie z elitarną grupą „białych kołnierzyków”. Jakkolwiek pozostają oni nadal typowym przedstawicielem podmiotu pojawiającego się w sprawach gospodarczych, to jednak wyniki badań potwierdzają też tezę o swoistej „demokratyzacji” wśród sprawców tej kategorii przestępczości, reprezentujących obecnie wszystkie grupy i warstwy społeczne²³.

Należy przyznać, iż omawiane w niniejszym artykule zachowanie sprawcy, a konkretnie członka zarządu, polegające na zaniechaniu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, wiąże się z licznymi reperkusjami w obrocie gospodarczym, negatywnie wpływając na rynek i sytuację finansową innych podmiotów. Dlatego też słusznym jest ponoszenie odpowiedzialności także na gruncie karnym.

Analiza danych liczbowych pokazuje, że w stosunku do liczby zgłoszeń, niewielu członków zarządu ponosi odpowiedzialność karną za niezłożenie wniosku o upadłość spółki. Dodatkowo, skala tego typu postępowań wydaje

²³ R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze. Zarys Prawa*, Warszawa 2007, Wydawnictwo C. H. Beck, s. 117.

się nieznaczna także w stosunku do liczby pokrzywdzonych. Podobnie sytuacja wygląda w odniesieniu do art. 296 § 1 k.k.

Kwestia odpowiedzialności karnej członków zarządu za przestępstwo związane z zaniechaniem zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki jest kontrowersyjna. Z jednej strony, jak najbardziej zasadne wydaje się penalizowanie nieuczciwych zachowań członków zarządu, w imię uczciwości i profesjonalizmu w obrocie gospodarczym. Z drugiej strony wydaje się, że przepisy karne w dalszym ciągu nie są na tyle doskonałe, aby chronić prawidłowe i rzetelne funkcjonowanie obrotu gospodarczego, a jednocześnie uwolnić przedsiębiorców od nadmiernego profesjonalizmu i podejmowania decyzji o wyrejestrowaniu działalności z ostrożności.

Criminal liability of members of a board of directors for an omission to file a bankruptcy petition for a limited liability company

Abstract

This study explores criminal liability of board members for a failure to file, or for untimely filing a company bankruptcy petition. Essentially, the focus is on the criteria of offences under Article 586 of the Code of Commercial Companies and under Article 296 of the Penal Code. At the same, statistical data are examined to bring a pragmatic perspective.

Tomasz Janeczek, Adam Roch

Odpowiedzialność służbowa i dyscyplinarna prokuratorów w świetle Prawa o prokuraturze

Streszczenie

Artykuł ma na celu przybliżenie nowych regulacji zawartych w obowiązującej od dnia 4 marca 2016 r. ustawie Prawo o prokuraturze, a dotyczących regulacji materialnych i procesowych, zawartych w jej Rozdziale 3, dotyczącym m.in. odpowiedzialności dyscyplinarnej i służbowej prokuratorów. Autorzy koncentrują się na omówieniu regulacji nieznanych w dotychczas obowiązujących prokuratorów przepisach, bądź jedynie zmienionych, częściowo polemicznie odnosząc się do dotychczasowych publikacji w tym zakresie (jak np. artykułu A. Herzoga, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze, Prokuratura i Prawo 2016, nr 7–8).

I. Uwagi wstępne

Odpowiedzialność dyscyplinarną można zdefiniować jako swoistą instytucję prawną dyscyplinowania i samokontroli wyodrębnionych organizacyjnie i prawnie grup społecznych ze względu na specyfikę realizowanych przez nie celów i warunki ich działania, oraz wynikającą stąd potrzebę zróżnicowania wymagań w zakresie standardów zawodowych lub etycznych, jakie są stawiane uczestnikom danej grupy. Dlatego też omawianej odpowiedzialności podlegają jedynie członkowie tej grupy, może być ona ponoszona tam, gdzie prawo powszechne nie przewiduje żadnej sankcji, kary dyscyplinarne wymierzane są zasadniczo w sferze danej grupy (wewnętrznej relacji łączącej członka danej organizacji z nią samą), wreszcie z organizacją tą związane są ściśle organy sprawujące dyscyplinarny wymiar sprawiedliwości¹.

Przewidywały ją już przepisy obowiązujące w okresie przedwojennym, w szczególności te zawarte w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych², którego art. 245 wskazywał na konieczność odpowiedniego stosowania względem pro-

¹ W. Kozielewicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy, Warszawa 2012, s. 17–18.

² Dz. U. z 1928 r., Nr 12, poz. 93.

kuratorów przepisów dyscyplinarnych dotyczących sędziów. Zmiana ustroju i związana z tym nowa ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej³ wprowadziła naturalne zmiany w funkcjonowaniu i zasadach odpowiedzialności dyscyplinarnej, podobnie jak i kolejna ustawa – z dnia 14 kwietnia 1967 r. o Prokuraturze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁴. Obie wymienione, podobnie jak uchylona ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o Prokuraturze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁵, przewidywały funkcjonowanie komisji dyscyplinarnych, które dopiero mocą ustawy z dnia 12 maja 2000 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o dyscyplinie wojskowej oraz ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu⁶ zostały zastąpione przez sądy dyscyplinarne⁷, po innych zasadniczych zmianach, wprowadzonych ustawą z dnia 22 marca 1990 r. o zmianie ustawy o Prokuraturze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia oraz ustawy o Sądzie Najwyższym⁸.

Uchwalona w dniu 28 stycznia 2016 r. ustawa Prawo o prokuraturze⁹, począwszy od dnia 4 marca 2016 r., kiedy to weszła w życie, wprowadziła szereg zasadniczych, wręcz ustrojowych, zmian w funkcjonowaniu prokuratury, w tym także w zakresie odpowiedzialności służbowej i dyscyplinarnej asesorów i prokuratorów. Wystarczy w tym miejscu wspomnieć o niewątpliwych pozytywach zawartych w ustawie, jak choćby nowym unormowaniu pozycji ustrojowej rzeczników dyscyplinarnych – ich kadencyjności i zwiększonej samodzielności, próbie usprawnienia i przyspieszenia sporządzania uzasadnień orzeczeń przez sądy dyscyplinarne obu instancji, a także gwarancjach procesowych stron postępowania dyscyplinarnego i wielu innych¹⁰.

Z drugiej strony, wypada się także zgodzić z pojawiającymi się głosami krytycznymi w obszarze niektórych przyjętych uregulowań normatywnych odpowiedzialności służbowo-dyscyplinarnej prokuratorów, jednakże należy od razu zastrzec, iż dotyczą one raczej kwestii drugorzędnych, nie mających fundamentalnego znaczenia dla poruszanej materii, czy wręcz odnoszą się do legislacyjnych wpadek o oczywistym charakterze, jak choćby ewidentnego błędu legislacyjnego popełnionego w art. 160 § 1 pr. o prok. Mogą one wszak, a nawet – jak w przypadku wspomnianego błędu – powinny być skorygowane przy okazji w miarę rychłej nowelizacji Prawa o prokuraturze.

³ Dz. U. z 1950 r., Nr 38, poz. 346.

⁴ Dz. U. z 1967 r., Nr 13, poz. 55.

⁵ Dz. U. z 1985 r., Nr 31, poz. 138.

⁶ Dz. U. z 2000 r., Nr 48, poz. 553.

⁷ A. Herzog, Niektóre problemy postępowania dyscyplinarnego wobec prokuratora, *Prok. i Prawo* 2003, nr 12, s. 155.

⁸ W. Koziół, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 190–198.

⁹ Dz. U. z 2016 r., poz. 177, dalej skrótowo „pr. o prok.”.

¹⁰ R. Signerski, *Postępowanie dyscyplinarne wobec prokuratora*, LEX.

W każdym razie nie deformują one przyjętego nowego modelu postępowania dotyczącego odpowiedzialności służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów. Żaden byt, zwłaszcza natury normatywnej, nie jest jednak doskonały.

Przypomnieć zatem należy, iż niedoskonałości owych w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze¹¹ było wiele, i były one wielokrotnie wskazywane w literaturze odnoszącej się do problematyki funkcjonowania sądownictwa dyscyplinarnego prokuratury, także przez prokuratorów pełniących przez szereg lat funkcje sędziów dyscyplinarnych. Formułowane uwagi dotyczyły spraw związanych z powoływaniem i funkcjonowaniem rzeczników dyscyplinarnych, wskazując na ich związanie władczą wolą – wskazaniami – Prokuratora Generalnego lub prokuratorów apelacyjnych oraz li tylko reprezentowanie stanowiska przełożonego dyscyplinarnego co do pociągnięcia prokuratora do stosownej odpowiedzialności¹². Nadto wskazywano na potrzebę usprawnienia samego postępowania przed sądami dyscyplinarnymi, postulując jego uproszczenie, przyspieszenie, określając poprzedni stan prawny jako wymagający pilnych i licznych zmian¹³. Wręcz powszechny stał się postulat jawności postępowania dyscyplinarnego prokuratorów¹⁴.

Postulowano także potrzebę zawarcia odesłania do przepisów części ogólnej Kodeksu karnego¹⁵, czy wprowadzenia instytucji kary łącznej, a także ustawowego uregulowania charakteru postępowania prowadzonego przez rzecznika dyscyplinarnego i momentu wszczęcia postępowania dyscyplinarnego¹⁶.

Część wszakże krytyki trudno uznać za uzasadnioną, mającą oparcie w jakichkolwiek rzetelnych ustaleniach, jak choćby tę dotyczącą niskiego

¹¹ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, tekst jedn. Dz. U. Nr 270, poz. 1599 z 2011 r., z późn. zm., dalej w skrócie „ustawa o prokuraturze” lub „u.o.p.”.

¹² Por. A. Herzog, Przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów – uwagi *de lege ferenda*, Prok. i Prawo 2008, nr 12, s. 105–107, 111; A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna prokuratorów – co trzeba zmienić? Prok. i Prawo 2013, nr 12, s. 11–12.

¹³ A. Herzog, Przepisy o odpowiedzialności..., s. 118, podane za A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 5.

¹⁴ K. K. Świeczkowski, Postępowania dyscyplinarne sędziów i prokuratorów, zawieszenie w czynnościach służbowych, Prokurator 2005, nr 2–3(22–23), s. 45; K. K. Świeczkowski, Zawieszenie w czynnościach służbowych prokuratora i sędziego, Prokurator 2006, nr 1(25), s. 8; K. K. Świeczkowski, Zaskarżalność orzeczeń w postępowaniach dyscyplinarnych wobec prokuratorów, Prokurator 2006, nr 2(26), s. 63, 65; K. Kremens, Odpowiedzialność zawodowa prokuratorów, Warszawa 2010, s. 15; W. Kozieliwicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 201–202; K. Kremens, Jawność prokuratorskich postępowań dyscyplinarnych, Prok. i Prawo 2015, nr 5, s. 129, 141.

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 tekst jedn. Z dnia 29 lipca 2016 r., dalej w skrócie „k.k.” lub „Kodeks karny”.

¹⁶ W. Kozieliwicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 425–426; A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 7.

poziomu orzeczniczego¹⁷ lub kwestionującą faktyczną niezawisłość sędziów prokuratorskich sądów dyscyplinarnych¹⁸.

Wyrażano przy tym niepokój, iż wobec koncentrowania się na zasadniczych reformach prokuratury, zmiany w zakresie postępowania dyscyplinarnego zostaną odłożone na czas bliżej nieokreślony¹⁹. Wspomniana jednak ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze nie potwierdziła tych obaw, a wydaje się nawet, iż niektóre jej regulacje zaskoczyły samych wątpiących w chęć dokonania jakichkolwiek zmian w tej części ustawy – modelując instrumenty reagowania na popełniane przez prokuratorów przewinienia służbowe i dyscyplinarne, ale i tworząc nowe mechanizmy ochrony przed nieuzasadnionymi zarzutami, będącymi konsekwencją podejmowanych decyzji procesowych – w tak krótkim czasie i tak pełnym zakresie.

Nie sposób też odeprzeć wrażenia, że część negatywnych uwag, jakie spadły na nową ustawę o ustroju prokuratury, były jedynie krytyką dla samej krytyki, bez odniesienia się do szerszego kontekstu. Jako przykład wskazać można negatywne oceny częściowo przywróconej regulacji normującej prawo wydawania poleceń podległym prokuratorom, także przez Prokuratora Generalnego, przy całkowitym pominięciu porównawczym choćby regulacji prawnych obowiązujących od lat w Niemczech, Czechach, Austrii czy na Węgrzech. Dla przykładu, w Republice Federalnej Niemiec to Minister Sprawiedliwości ma prawo wydania polecenia każdemu prokuratorowi prowadzącemu dane postępowanie²⁰.

II. Zarys modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów

Jednym z istotnych elementów systemu odpowiedzialności prokuratorów jest odpowiedzialność dyscyplinarna. Jej celem jest pociągnięcie do odpowiedzialności za uchybienie obowiązkowi, a także za inne czyny. Z drugiej jednak strony, stanowi ona istotny instrument ochrony autonomii i samorządności prokuratorów²¹.

Odpowiedzialność dyscyplinarna jest bowiem związana z postępowaniem sprzecznym z zasadami deontologii zawodowej, powagą i godnością wykonywanego zawodu, z czynami godzącymi w prestiż zawodu albo uchybiają-

¹⁷ Por. A. Herzog, Postępowanie dyscyplinarne wobec prokuratorów w perspektywie zmian, *Prok. i Prawo* 2012, nr 3, s. 123, gdzie Autor wyraził słuszną dezaprobatę tej krytyki.

¹⁸ Por. K. K. Świeczkowski, *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 43.

¹⁹ A. Herzog, *Postępowanie dyscyplinarne wobec prokuratorów...*, s. 113–114.

²⁰ K. Kremens, *Odpowiedzialność zawodowa...*, s. 12.

²¹ Por. *op. cit.*, s. 13.

cymi obowiązkom służbowym. Delikt dyscyplinarny oceniany musi być więc nie tylko w płaszczyźnie normatywnej, ale także zawodowej, etycznej itd.²²

Wydaje się, iż zamysłem twórców nowych przepisów dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej i służbowej było zamieszczenie ich – w ramach ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze – w pewnym zwartym ciągu normatywnym, w strukturze odrębnego rozdziału, w układzie w miarę koherentnym i łatwym do percepcji, stąd znalazły one – jak można sądzić – miejsce obok przepisów poświęconych odpowiedzialności karnej, jako materii zbliżonej rodzajowo, choć nie tożsamej. Nowe przepisy, podobnie jak w ustawie obowiązującej wcześniej, nie zostały w wyraźny sposób podzielone na procesowe i materialne. W rezultacie, Rozdział 3 omawianej ustawy nosi tytuł „Odpowiedzialność karna, dyscyplinarna i służbowa prokuratorów”. Zauważyć przy tym należy, iż już nazwa rozdziału zawiera gradację rangi poszczególnych przepisów z uwagi na prawne skutki, które wywołują. Oczywiście w takim kształcie, odpowiedzialność karna prokuratorów jest najbardziej brzemienna w skutki, następnie odpowiedzialność dyscyplinarna i na koniec służbowa – jako stosunkowo najmniej dolegliwa.

Co się tyczy odpowiedzialności dyscyplinarnej utrzymano zasadę, iż prokurator odpowiada dyscyplinarnie za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa oraz uchybienia godności urzędu (art. 137 § 1 pr. o prok.), przy czym nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego działanie lub zaniechanie podjęte wyłącznie w interesie społecznym (art. 137 § 2 pr. o prok.)²³.

Istotnemu wydłużeniu, w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, uległy terminy pozwalające na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Obecnie terminem zezwalającym na wszczęcie takiego postępowania jest okres 5-letni liczony od chwili popełnienia czynu (art. 141 § 1 pr. o prok.), zaś w razie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przed upływem tego terminu, przedawnienie dyscyplinarne następuje z upływem 8 lat od chwili czynu. Jeżeli przewinienie dyscyplinarne wyczerpuje znamiona przestępstwa, przedawnienie karalności dyscyplinarnej nie może nastąpić wcześniej niż przedawnienie karalności tegoż czynu zabronionego.

Wprowadzono do unormowań prokuratorskiego postępowania dyscyplinarnego możliwość odstąpienia od wymierzenia kary, w przypadku przewinienia dyscyplinarnego mniejszej wagi.

²² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. K 22/00, OTK 2001, nr 3, poz. 48.

²³ Por. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 września 2001 r., sygn. SK 17/00, OTK 2001, nr 6, poz. 165, w którym, co prawda odnosząc się w konkretnej sprawie do postępowania dyscyplinarnego wobec nauczycieli akademickich, to jednak potwierdzono konstytucyjność ustawowej niedookreśloności deliktów dyscyplinarnych, związanych z uchybieniem godności zawodu.

W sprawach dyscyplinarnych, podobnie jak wcześniej, orzekają sądy dyscyplinarne działające przy Prokuratorze Generalnym, wybierane także w sposób niezmienny w porównaniu do ustawy obowiązującej poprzednio.

Istotnym *novum* jest natomiast kadencyjność przewodniczących (oraz zastępców) sądów dyscyplinarnych, a także określenie przez prawodawcę momentu rozpoczęcia tej kadencji, czego nie zawierała wcześniejsza regulacja²⁴. Art. 145 § 2 pr. o prok. przewiduje okres kadencji na 4 lata. W porównaniu do poprzednich unormowań, Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny, analogicznie do sądu *meriti*, orzeka w składzie 3-osobowym – zamiast w składzie 5-osobowym. Skład sądu dyscyplinarnego jest wyznaczany zgodnie z kolejnością wpływu spraw, z tym, że zasiada w nim przynajmniej jeden prokurator z jednostki organizacyjnej prokuratury równorzędnej do tej, w której obwiniony pełnił służbę lub wykonywał czynności służbowe w chwili czynu. Rola przewodniczącego sądu podczas wyznaczania składu orzekającego ograniczona została do wskazania przewodniczącego i osoby sędziego sprawozdawcy²⁵.

Zasadniczą normę regulującą ustrojowo tryb postępowania przed sądami dyscyplinarnymi zamieszczono w art. 148 pr. o prok., zawierającym imperatyw jawności postępowania dyscyplinarnego. Należy podkreślić, iż wspomniana zasada jest realizacją powszechnie zgłaszanego od dawna przez różne środowiska postulatu w tym zakresie. Wystarczy przypomnieć, iż – co do istoty – jawność postępowań sądowych jest normą konstytucyjną. Faktycznie jednak, zgodnie z aktualnie obowiązującą interpretacją Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Konstytucyjnego, zasada jawności zewnętrznej postępowania, wyrażona w art. 45 ust. 1 i 2 Konstytucji²⁶ oraz art. 6 EKPC²⁷, nie odnosi się wprost do postępowań dyscyplinarnych prowadzonych przez organa samorządowe danego zawodu, w tym względem prokuratorów²⁸. Tym niemniej, w tym miejscu, można jedynie wyrazić pewne zdziwienie, iż dopiero w marcu 2016 r. tę regulację, postulowaną od z góry kilkunastu lat, o charakterze wszak fundamentalnym, wprowadzono do pr. o prok., co leżało przecież od dawna, z wielu względów, również w interesie samego środowiska prokuratorów²⁹.

²⁴ Art. 70 ust. 2 u.o.p. wskazywał bowiem na 4-letnią kadencję sądów dyscyplinarnych, nie określając ani momentu jej rozpoczęcia, ani zakończenia.

²⁵ Por. A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze, *Prok. i Prawo* 2016, nr 7–8, s. 189.

²⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z dnia 16 lipca 1997 r.

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

²⁸ Por. K. Kremen s, *Jawność...*, s. 132.

²⁹ *Op. cit.*, s. 136–138.

Zasadą obecnie jest, że uzasadnienia orzeczeń sądów dyscyplinarnych sporządza się na wniosek uprawnionych podmiotów, zamiast, jak w poprzednim stanie prawnym, każdorazowo z urzędu. Orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego podpisuje jedynie sędzia sprawozdawca, zaś orzeczenie sądu odwoławczego – dodatkowo także przewodniczący składu. Powyższe unormowania również wychodzą naprzeciw postulatom domagającym się uproszczenia i przyspieszenia postępowań dyscyplinarnych.

Istotnym dla sprawności postępowania unormowaniem, przewidzianym w ramach postępowania przed sądami dyscyplinarnymi dla prokuratorów, jest wyrażona w art. 157 pr. o prok. możliwość – w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa obwinionego – wystąpienia przez sąd dyscyplinarny do właściwego sądu powszechnego o zatrzymanie prokuratora na okres 48 godzin celem doprowadzenia (w tym przypadku nie stosuje się przepisów wymagających zezwolenia na pozbawienie prokuratora wolności).

Zwrócić należy również uwagę na nową dyspozycję art. 161 pr. o prok., nakładającą na sąd dyscyplinarny, w przypadku stwierdzenia oczywistego braku podstaw faktycznych lub prawnych złożonego przez rzecznika dyscyplinarnego wniosku o rozpoznanie sprawy lub jej oczywiście niesłusznego umorzenia, zamieszczenia w sentencji orzeczenia właśnie stwierdzenia oczywistej bezzasadności działań rzecznika dyscyplinarnego. Można w tym miejscu pokusić się o konstatację, że zamysłem twórców powołanej normy prawnej było zapewne stworzenie określonego mechanizmu w rodzaju hamulca, powściągającego lub przynajmniej ograniczającego, oczywiście bezpodstawne, a niekiedy wręcz bezprawne działania rzecznika, którego niezależną pozycję ustrojową zdefiniował na nowo obecny model postępowania dyscyplinarnego.

Nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia w ramach postępowania dyscyplinarnego pozostała kasacja, przy czym przewidziano nadto możliwość wznowienia tego postępowania, po zaistnieniu określonych ku temu przesłanek.

Wprowadzono również, także w realizacji postulatów praktyków, realizujących czynności dyscyplinarne dla prokuratorów, możliwość (i zarazem konieczność) wymierzenia, przy zaistnieniu określonych przesłanek, dyscyplinarnej kary łącznej³⁰. Regulacja ta *notabene* wprowadzona ustawą z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, funkcjonuje obecnie i w art. 133a ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych³¹.

³⁰ A. Herzog, Przepisy o odpowiedzialności..., s. 117; A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 8; A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 199.

³¹ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2015 r., poz. 133 tekst jedn. z dnia 26 stycznia 2015 r., dalej w skrócie P.o.u.s.p., zmieniona przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z dnia 22 grudnia 2016 r., poz. 2103.

W odniesieniu do rzeczników dyscyplinarnych wypracowano całkowicie nowy model ich funkcjonowania, nieznany dotąd żadnemu aktowi prawnemu poświęconemu prokuraturze. Obecnie rzecznicy dyscyplinarni są powoływani, w zależności od ich rangi, na okres kadencji: 6-letniej w przypadku Rzecznika Dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego i pierwszego zastępcy oraz 4-letniej w odniesieniu do pozostałych zastępców, wykonujących obowiązki w ramach okręgu regionalnego. Paragraf 4 art. 153 pr. o. prok. dopuszcza możliwość odwołania rzecznika przed zakończeniem kadencji, z tym, że na dobrą sprawę można to uczynić jedynie w przypadku oczywistego i rażącego naruszenia przez niego prawa lub uchybienia godności urzędu oraz wydania orzeczenia, o którym mowa w art. 161 § 1 pr. o prok. W zakresie swojej działalności wszyscy rzecznicy dyscyplinarni korzystają z atrybutu niezależności, której dotąd byli pozbawieni. Jedyne ich związanie co do rodzaju podejmowanych działań odnosi się do konkretnego polecenia organu uprawnionego – w zakresie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Oznacza to, iż rzecznicy dyscyplinarni w pełni suwerennie podejmują decyzje o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego, odmowie jego wszczęcia, o umorzeniu postępowania, wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów, czy w konsekwencji o skierowaniu do sądu dyscyplinarnego wniosku o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej. Nie są także niczym ograniczone ich wnioski i decyzje podejmowane w toku postępowania przed sądami dyscyplinarnymi, jak również przed Sądem Najwyższym, rozpoznającym kasację. Do chwili wejścia w życie nowego Prawa o prokuraturze rzecznicy dyscyplinarni wszystkie czynności w obszarze odpowiedzialności dyscyplinarno-służbowej prokuratora wykonywali na żądanie przełożonych dyscyplinarnych³². Można więc do ich dotychczasowych działań przypisać określenie, iż byli oni ubezwłasnowolnionymi egzekutorami woli przełożonych, nieponoszącymi przy tym w efekcie żadnej odpowiedzialności za realizowane działania, często, jak pokazywała praktyka orzecznicza, o wysoce wątpliwym merytorycznym charakterze.

Dla zachowania pełnego obiektywizmu w rozpoznawaniu spraw dyscyplinarnych i jeszcze większego uniezależnienia rzeczników, wprowadzono nową zasadę, iż sprawę, w której zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przewinienia dyscyplinarnego, rozpoznaje rzecznik dyscyplinarny wyznaczony dla innego okręgu regionalnego. Rzecznik Dyscyplinarny Prokuratora Generalnego oraz jego pierwszy zastępca są przy tym uprawnieni do przejęcia każdej sprawy prowadzonej przez pozostałych zastępców rzecznika.

Odnosząc się do środków oddziaływania służbowego – w ramach odpowiedzialności służbowej – należy wymienić trzy zasadnicze kategorie tychże, co jest także próbą ukształtowania ich na nowo, w zależności od kategorii

³² A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 11.

popelnionych czynów oraz ich sprawców. Są to: zwrócenie uwagi na piśmie w razie stwierdzenia istotnego uchybienia w zakresie sprawności postępowania, zwrócenie uwagi na piśmie prokuratorowi okręgowemu, regionalnemu, a nawet Prokuratorowi Krajowemu oraz pozostałym zastępcom Prokuratora Generalnego, w razie stwierdzenia istotnych uchybień co do kierowania prokuraturą albo sprawowania nadzoru, wreszcie wytknięcie uchybienia w razie stwierdzenia oczywistej obrazy prawa przy prowadzeniu sprawy. Niewątpliwie regulacje te stwarzają szersze pole oddziaływania służbowego na podległych prokuratorów przez kierownictwo, bez angażowania do tego niejednokrotnie czasochłonnej pełnej procedury dyscyplinarnej.

Wspomnieć także należy, iż w sprawach nieuregulowanych w nowym Prawie o prokuraturze, stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego³³ oraz, co stanowi istotne z punktu widzenia prawidłowości praktyki orzeczniczej *novum*, części ogólnej Kodeksu karnego – z uwzględnieniem odrębności wynikających z charakteru postępowania dyscyplinarnego.

III. Omówienie najważniejszych uregulowań ustawy w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej i służbowej³⁴

Prawo o prokuraturze pozostawiło w niezmienionej postaci zdefiniowaną w u.o.p. i ugruntowaną w orzecnictwie istotę przewinienia służbowego, skutkującego odpowiedzialnością dyscyplinarną w dwóch postaciach: oczywistej i rażącej obrazy prawa oraz czynów stanowiących uchybienia godności urzędu³⁵. Taki sposób określenia materialnej podstawy odpowiedzialności prokuratora, poprzez wskazanie tylko generalnych znamion deliktu dyscyplinarnego, skutkuje koniecznością każdorazowej konkretyzacji tych to znamion w orzeczeniu sądu dyscyplinarnego, który tego deliktu dotyczy. Oznacza to, że sąd dyscyplinarny – stosownym opisem przypisanego obwinionemu czynu – powinien jednoznacznie określić ów delikt poprzez wskazanie, czy stanowi on przewinienie służbowe lub uchybienie godności urzędu oraz (w przypadku uznania zaistnienia tej pierwszej z jego postaci, bądź też jej formy „mieszanej”) precyzyjnie wskazać naruszone *in concreto* przepisy prawa. Redakcja opisu czynu przypisanego obwinionemu, jako przewinienia skutkującego odpowiedzialnością dyscyplinarną, będącego uchybieniem godności urzędu,

³³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 tekst jedn. z dnia 24 października 2016 r., dalej w skrócie „K.p.k.” lub „Kodeks postępowania karnego”.

³⁴ Autorzy przyjęli kolejność omawiania regulacji ustawy zgodną z numeracją przepisów zaproponowaną przez prawodawcę.

³⁵ Por. A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 7.

powinna zawierać na tyle dokładny opis tego zachowania, by jednoznacznie określał on powód uznania go za przynoszącego ujmę pełnionemu urzędowi³⁶.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że naruszenie przepisów prawa przy jego stosowaniu stanowi przewinienie służbowe tylko wtedy, gdy jest jednocześnie oczywiste i rażące, to jest zawiera oba przedmiotowe znamiona określone w art. 137 § 1 pr. o prok.³⁷ Występuje ono wówczas, gdy naruszenie prawa ma charakter oczywisty, co należy odnieść do rodzaju, wagi i rozmiaru błędu popełnionego przy stosowaniu lub wykładni prawa. Obrazą jest oczywista, gdy popełniony błąd jest łatwy do stwierdzenia, i bez głębszej analizy można zastosować właściwy przepis, a rozumienie przepisu prawa nie powinno budzić wątpliwości u przeciętnej osoby o kwalifikacjach prawniczych. Określenie „rażąca” odnosi się natomiast do skutków obrazu przepisów prawa. Dla uznania działania prokuratora za delikt dyscyplinarny nie wystarcza bowiem dopuszczenie się błędu oczywistego dla należycie wykształconego prawnika. Popełniony błąd musi narażać na szwank prawa i istotne interesy stron (innych osób biorących udział w postępowaniu) albo powodować szkodę. Zagrożenie dla dobra wymiaru sprawiedliwości lub sądu może również wyznaczać cechę naruszenia prawa określoną jako „rażąca obraza”. Dla uznania obrazu przepisów prawa za przewinienie dyscyplinarne konieczne jest przypisanie jej obu tych cech łącznie. Od strony podmiotowej natomiast do przypisania popełnienia przewinienia dyscyplinarnego wystarczający jest każdy rodzaj winy, także wina nieumyślna³⁸.

Wprawdzie nie wskazano wyraźnie, że prokurator ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie zasad etyki zawodowej, ale w zakresie wyrażenia „uchylenie godności urzędu” mieści się z pewnością także zachowanie, nienaruszające wprawdzie przepisów prawa, ale sprzeczne z wymogami etycznymi³⁹. Przy uchybieniach godności urzędu chodzi bowiem o wszelkie inne zachowania w służbie i poza służbą, w życiu społecznym, a nawet prywatnym (nieetyczne, niemoralne, gorszące), które przynoszą ujmę urzędowi⁴⁰.

³⁶ Por. z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2011 r., sygn. SNO 19/11, OSNSD 2011, poz. 3, jak też wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r., sygn. SNO 89/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 37, Biul. SN 2008, nr 4, poz. 21.

³⁷ Por. z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 2003 r., sygn. SNO 71/03, OSNSD 2003, nr 2, poz. 65.

³⁸ Por. z treścią wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2002 r., sygn. SNO 18/02, OSNSD 2002, nr 1–2, poz. 9, a także wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2012 r., sygn. SNO 15/12, LEX 1228691.

³⁹ P. Łabieniec, *Etyka – Etyka zawodowa – Prawo (zarys problematyki)*, Prokurator 2002, nr 2(10), s. 29.

⁴⁰ Por. z treścią wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2007 r., sygn. SNO 50/07, LEX 471858.

„Godność urzędu prokuratorskiego rozumiana być powinna jako pewien standard zachowania w różnych służbowych i pozasłużbowych okolicznościach, standard formułujący wobec prokuratorów podwyższone wymagania powodujące, że powinni oni stanowić rodzaj wzorca dla innych osób uczestniczących w czynnościach służbowych. Wiąże się to również z różnymi ograniczeniami, czy zakazami dotyczącymi prokuratora w porównaniu z innymi osobami. Stanowi ona pewien abstrakcyjny wzorzec mający na celu wzbudzenie szacunku społecznego dla prokuratorów.

Sprawowanie urzędu z godnością oznacza sprawowanie go zgodnie z pewnym standardem zachowania, standardem wynikającym z zawartych w różnych przepisach zakazów i nakazów, które dla innych osób nie są obowiązujące, ale również z nieskodyfikowanych reguł, obyczajów, które łącznie formułują w odniesieniu do osoby pełniącej daną funkcję publiczną, czy sprawującej urząd, wymagania wyższe aniżeli wymagania stawiane przeciętnemu obywatelowi i tworzące rodzaj wzorca postępowania, wzorca, którym kierować się powinna konkretna osoba pełniąca funkcję publiczną i który ma być podstawą autorytetu reprezentowanej przez tę osobę instytucji.

Pojęcie godności urzędu nie jest zdefiniowane w Konstytucji, ani w innych ustawach, choć jest pojęciem normatywnym, prawnym. Brak definicji, niesprecyzowanie tego pojęcia uznać należy za celowe i konieczne wobec niemożliwych do skodyfikowania wszystkich wymogów stawianych osobie pełniącej urząd, między innymi urząd prokuratora⁴¹.

Powyższe okoliczności, w tym także nieumyślność jako wystarczająca forma winy deliktu dyscyplinarnego sędziego lub prokuratora nie budzą także większych kontrowersji w doktrynie⁴².

Na marginesie zauważyć także należy, iż uchybieniem godności urzędu może być także, w wyjątkowych sytuacjach, zachowanie obwinionego przedsięwzięte podczas prowadzonego przeciwko niemu postępowania dyscyplinarnego. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2005 r.⁴³ słusznie wskazano, iż „w judykaturze zostało już bowiem wyjaśnione, że korzystanie z uprawnień procesowych składających się na prawo do obrony w sposób naruszający funkcję przepisów gwarancyjnych może być uznane za nadużycie prawa do obrony (za uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., sygn. I KZP 31/95, OSNKW 1995, nr 11–12, poz. 74)”. Do prokuratora z powodzeniem można bowiem odnieść wyrok Sądu Najwyższego⁴⁴, zgodnie z którym „etos zawodu sędziego wymaga od osoby sprawującej ten urząd, aby nawet w sytuacji dla siebie zawodowo trudnej – wówczas, gdy występuje ona w roli obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym

⁴¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2016 r., sygn. SDI 6/16, LEX 2087824.

⁴² K. K. Świeczkowski, *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 41–42.

⁴³ Sygn. SNO 5/05, LEX 471906.

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2003 r., sygn. SNO 55/02, LEX nr 470227.

nym – zamiast *per fas et nefas* odrzucać wszystkie stawiane jej zarzuty potrafiła uczciwie i samokrytycznie ocenić swoje zachowania, mając na uwadze, że właśnie w ten sposób może sprzyjać odbudowie zaufania do własnej osoby”.

Również, podjęte w toku postępowania dyscyplinarnego lub immunitetowego, „zawieranie przez skarżącego w zażaleniu sformułowań wskazujących na pogardę i lekceważenie innych osób, nawet jeżeli nie zgadza się z ich stanowiskiem, czy też sformułowań stanowiących wręcz próbę szantażu emocjonalnego sądu, jest niedopuszczalne i może być oceniane jako uchybienie godności urzędu”⁴⁵.

Pośród przepisów materialnych, głośną debatę publiczną wywołało wprowadzenie przepisu art. 137 § 2 pr. o prok., zgodnie z którym nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego działanie lub zaniechanie prokuratora podjęte wyłącznie w interesie społecznym. Trudno jednak wskazać, poza oczywistą nowością tego rozwiązania, powodów owej kontrowersyjności. Właśnie jako „nader kontrowersyjną zmianę” ocenił przedmiotową normę również A. Herzog, poglądu tego jednak nie uzasadniając, poza wskazaniem na nieostrość pojęcia „działania w interesie społecznym” i jego ocenny charakter⁴⁶. Przepis ten tymczasem, o ile będzie w praktyce stosowany, powinien stanowić zapewne wyjątek od dokonywania ocen materialno-dyscyplinarnych na gruncie wyłącznie art. 137 § 1 i art. 142 § 5 pr. o prok. Nie jest bowiem kwestionowane w literaturze stosowanie instytucji kontratypu, jako okoliczności wyłączających bezprawność dyscyplinarną⁴⁷. W ślad za W. Kozielowiczem przyjąć można, że ze względu na zakres stosowania, kontratypy dzielą się na ogólne, jak obrona konieczna lub stan wyższej konieczności, oraz szczególne, dotyczące ściśle określonej grupy czynów, jak np. dozwolona krytyka czy ostateczna potrzeba⁴⁸. Wydaje się, że ustawodawca w komentowanym przepisie ustanowił nowy ustawowy kontratyp, o tym drugim charakterze właśnie.

Należy podkreślić, że pomimo wyłączenia odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora, może się zdarzyć, iż sprawca czynu objętego dyspozycją art. 137 § 2 pr. o prok., podlegał będzie odpowiedzialności cywilnej lub karnej. Jako przykład takiego czynu w doktrynie wskazano np. zachowanie opisane w art. 168a k.p.k.⁴⁹

Ten przepis, jak również nowa norma wprowadzająca do prokuratorskich postępowań dyscyplinarnych możliwość odstąpienia przez sąd dyscyplinarny od wymierzenia kary w przypadku przewinienia dyscyplinarnego mniejszej wagi, także stanowiące realizację zgłaszanych w przeszłości uwag *de*

⁴⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2014 r., sygn. SNO 10/14, LEX nr 1467134,

⁴⁶ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 197.

⁴⁷ P. Józwiak, Odpowiedzialność dyscyplinarna w adwokaturze – *de lege lata* i *de lege ferenda* (w:) A. Bodnar, P. Kubaszeński (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 75.

⁴⁸ W. Kozielowicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 51.

⁴⁹ R. Signerski, Zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora, LEX.

*lege ferenda*⁵⁰ – ewidentnie zdają się wskazywać na poszerzenie katalogu możliwych rozstrzygnięć, tak w zakresie winy, jak i kary – pozostawiając to wyłącznemu uznaniu sędziowskiemu w oparciu o realia konkretnej sprawy, naturalnie z uwzględnieniem zasad wymierzania kar, przewidzianych w Kodeksie karnym, do czego sądy dyscyplinarne podstawę znajdują obecnie w nowym uregulowaniu art. 171 pkt. 1 pr. o prok.

Brak było bowiem do tej pory ustawowych podstaw sięgania przez sądy dyscyplinarne do choćby fragmentu prawa materialnego (części ogólnej Kodeksu karnego) – jak zasad wymiaru kary, czynu ciągłego czy też sposobów określania miejsca i czasu czynu przewinienia dyscyplinarnego, niezbędnego choćby tylko do prawidłowego ustalenia chwili przedawnienia⁵¹. Co prawda sądownictwo dyscyplinarne sędziów i prokuratorów korzystało w swoich orzeczeniach z odpowiednio stosowanych przepisów prawa karnego materialnego, powołując się na wypracowane orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którym w toku postępowania dyscyplinarnego należy sięgać – na zasadzie *analogii iuris* – do rozwiązań przewidzianych w Kodeksie karnym, jednak taki sposób postępowania bywał kwestionowany przez strony postępowania⁵².

Przepisy prawa karnego materialnego muszą jednak podlegać w postępowaniu dyscyplinarnym stosowaniu odpowiedniemu (polegającemu na: a) stosowaniu wprost, b) stosowaniu z odpowiednimi modyfikacjami lub c) odmowie ich zastosowania ze względu na określone różnice), przy zachowaniu szczególnej ostrożności⁵³. Zgodnie z powyższymi regułami, nie będą miały zastosowania w postępowaniu dyscyplinarnym przepisy dotyczące rodzaju kar i środków karnych, środków probacyjnych, czy też nadzwyczajnego obstrzeżenia lub złagodzenia kary⁵⁴.

Wydaje się natomiast, iż wyrokiem z dnia 2 listopada 2016 r. Sąd Najwyższy przesądził, że zasada intertemporalna sformułowana w art. 4 § 1 k.k. znajduje, na mocy art. 171 pkt 1 pr. o prok., odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do kwestii przedawnienia przewinień dyscyplinarnych prokuratorów⁵⁵.

W chwili obecnej przepisy dotyczące postępowania dyscyplinarnego względem prokuratorów stały się więc – przynajmniej w tej części – najbardziej nowoczesne, wychodzące naprzeciw potrzebom praktyki.⁵⁶ Warto

⁵⁰ A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 8.

⁵¹ *Op. cit.*, s. 7–8.

⁵² Por. P. Józwiak, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 75–76.

⁵³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2003 r., sygn. SNO 67/03, OSNSD 2003, nr 2, poz. 61.

⁵⁴ Por. R. Signerski, Zasady odpowiedzialności....

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. SDI 57/16, LEX nr 2160750, por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. SDI 66/16, LEX nr 2169502.

⁵⁶ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 200. W. Kozieliwicz, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych w praktyce orzeczniczej SN, (w:)

nadmienić, iż regulację związaną ze stosowaniem przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, ustawodawca zastosował także nowelizując ustawę o ustroju sądów powszechnych⁵⁷.

Nie uległy zmianie zasady stosowania w postępowaniu przepisów Kodeksu postępowania karnego, z wyjątkiem wskazania konieczności odpowiedniego stosowania tych przepisów także już w toku postępowania wszczętego przez rzecznika dyscyplinarnego.

Przepisy stanowiące materialną podstawę odpowiedzialności prokuratora, stosuje się tak do prokuratorów w czynnej służbie, jak i pozostających w stanie spoczynku. Zasada ta, ugruntowana na mocy obowiązujących poprzednio przepisów, nie zmieniła się w normach aktualnie obowiązujących. „Prokurator w stanie spoczynku pozostaje w służbie, z chwilą przejścia w stan spoczynku dochodzi jedynie do zmiany charakteru stosunku służbowego. A skoro tak, to należy uznać, iż do prokuratora w stanie spoczynku mają zastosowanie wszystkie przepisy dotyczące prokuratorów w stanie czynnym, które dają się pogodzić ze statusem prokuratora w stanie spoczynku lub, inaczej rzecz ujmując, których stosowaniu nie sprzeciwia się szczególna pozycja prokuratora w stanie spoczynku. Wskazanie zaś w niektórych przepisach ustawy z 1985 r. o prokuraturze, że stosuje się je do prokuratorów w stanie spoczynku należy rozumieć jako ustawowe wyjaśnienie wątpliwości co do możliwości stosowania tych właśnie przepisów i przesądzenie, że ich stosowanie da się pogodzić ze statusem prokuratora w stanie spoczynku”⁵⁸.

Przechodząc do wprowadzonych nowych uregulowań wieńczących postępowania służbowe, bez wszczynania postępowań dyscyplinarnych, nadmienić należy, że przekazanie sprawy sądowi dyscyplinarnemu, stosownie do brzmienia art. 139 § 3 i art. 140 § 3 pr. o prok., winno następować, jak się wydaje, bez wszczynania postępowania dyscyplinarnego. Charakter i rodzaj rozstrzygnięć możliwych do podjęcia przez sąd dyscyplinarny, wymienionych w art. 139 § 4 i 140 § 4 pr. o prok. wskazuje, że postępowania te przed sądem mają charakter postępowania odwoławczego, inicjowanego pismem prokuratora przełożonego (i to pomimo, że na postanowienie odmawiające uwzględnienia zastrzeżenia prokuratorowi, któremu wytknięto uchybienie, przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu sądu dyscyplinarnego). W toku postępowania przed sądem, wydaje się że rzecznik dyscyplinarny ma status rzecznika interesu publicznego, nie jest on bowiem stroną tego postępowania (nie jest oskarżycielem)⁵⁹. *De lege ferenda* należałoby rozwa-

A. Bodnar, P. Kubaszeński (red.), *Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka*, Warszawa 2013, s. 45.

⁵⁷ Por. art. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z dnia 22 grudnia 2016 r., poz. 2103.

⁵⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2005 r., sygn. SDI 22/05, OSNSD 2005, poz. 69.

⁵⁹ Por. A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 195–196.

żyć umożliwienie prokuratorowi przełożonemu wypowiedzenie się na posiedzeniach, o których mowa w art. 139 § 4 i art. 140 § 4 pr. o prok.

Pozostając przy instytucji uwagi, o której mowa w art. 139 pr. o prok., podkreślić trzeba także wprowadzenie nowego środka dyscyplinującego wobec Prokuratora Krajowego, pozostałych zastępców Prokuratora Generalnego, prokuratora regionalnego, okręgowego i rejonowego – a to w przypadku stwierdzenia istotnego uchybienia w zakresie kierowania prokuraturą albo sprawowania nadzoru.

Określone w art. 141 § 1 i 2 zd. 1 pr. o prok. okresy przedawnienia deliktów dyscyplinarnych odnoszą się do czynów podlegających orzecznictwu sądów dyscyplinarnych⁶⁰. Niezależnie natomiast od ustalonego terminu przedawnienia karalności, postępowanie dyscyplinarne musi zostać zakończone wydaniem orzeczenia merytorycznego – albo skazaniem, albo uniewinnieniem, względnie uznaniem winy prokuratora i umorzeniem postępowania w zakresie wymiaru kary. Regulacja przewidziana w art. 141 § 2 zd. 2 pr. o prok. skonstruowana została, jak się wydaje, na wzór obowiązującego do dnia 5 stycznia 2017 r. przepisu art. 108 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. P.o.u.s.p. Jedyną redakcyjną różnicą, to sposób opisanie zakazu wszczynania postępowania dyscyplinarnego – w P.o.u.s.p. stanowi o tym § 1 w art. 108 („po upływie 3 lat nie można wszcząć postępowania”, od 6 stycznia 2017 r.⁶¹ „Po upływie pięciu lat od chwili popełnienia czynu nie można wszcząć postępowania dyscyplinarnego”), natomiast w Prawie o prokuraturze art. 141 § 1, wyraźnie statuuje konieczność umorzenia postępowania dyscyplinarnego w sytuacji ustalenia, gdy czyn nim objęty winien być uznany za przedawniony już w chwili wszczynania postępowania. Wbrew zatem sformułowanym wątpliwościom⁶², wydaje się oczywiste, że umorzeniu co do *meriti* podlegać będzie wyłącznie postępowanie dyscyplinarne wszczęte po upływie 5 lat od chwili czynu, oczywiście niebędącego przestępstwem. Jeżeli natomiast przedawnienie karalności nastąpi w czasie prawidłowo wszczętego i trwającego postępowania, tak jak w postępowaniach dyscyplinarnych dotyczących sędziów, zdarzenie to winno zostać zakończone merytorycznym rozstrzygnięciem. Umorzeniu natomiast z powodu przedawnienia deliktu podlegać będzie wyłącznie ewentualne postępowanie w zakresie wymierzenia kary dyscyplinarnej, w przypadku stwierdzenia winy obwinionego.

W takim przypadku, to orzeczenie stwierdzające winę obwinionego lub uwalniające go od niej, będzie stanowiło podstawę do podjęcia właściwej decyzji, o której mowa w art. 152 § 3 pr. o prok. Umorzenie, o którym mowa

⁶⁰ Por. A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 9; A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 197.

⁶¹ Art. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z dnia 22 grudnia 2016 r., poz. 2103.

⁶² A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 197–198.

w tym przepisie, nakazujące wypłacenie zawieszonemu prokuratorowi zatrzymanej części wynagrodzenia wraz z ustawowymi odsetkami, musi być bowiem umorzeniem postępowania co do zarzucanego obwinionemu czynu. Zgodnie zaś z nową regulacją art. 141 § 2 zd. 2 pr. o prok., umorzeniu z powodu przedawnienia deliktu podlega wyłącznie ewentualne postępowanie w zakresie wymierzenia kary dyscyplinarnej, naturalnie zakładając, że przedawnienie to nie nastąpiło przed wszczęciem postępowania. W sytuacji zatem stwierdzenia winy obwinionego i umorzenia postępowania w zakresie wymierzenia kary dyscyplinarnej, zatrzymanej zawieszonemu prokuratorowi części wynagrodzenia nie wypłaca się.

Prawo o prokuraturze w art. 142 § 5 wprowadziło także nowe – na gruncie postępowania dyscyplinarnego prokuratorów – uprawnienie przewidziane dla sądu, a mianowicie odstępianie od wymierzenia kary, w przypadku przewinienia dyscyplinarnego mniejszej wagi⁶³. Dokonując oceny konkretnego czynu w kategoriach wypadku mniejszej wagi można wykorzystywać dorobek powstały na gruncie podstaw funkcjonującej już w oparciu o u.o.p. kary porządkowej upomnienia, zgodnie z którym oceniać należy wyłącznie przedmiotowo-podmiotowe znamiona czynu. Bez znaczenia będą w tej sytuacji opinia obwinionego, zachowanie się przed i po popełnieniu przewinienia oraz wszelkie pozostałe okoliczności leżące poza czynem⁶⁴. Za wypadek mniejszej wagi można będzie uznać takie przewinienie dyscyplinarne, które po dokonaniu całościowej oceny okoliczności charakteryzujących stronę przedmiotową i podmiotową, odznaczać się będzie zmniejszonym stopniem bezprawia i karygodności⁶⁵.

Te elementy należy zdecydowanie odróżnić od okoliczności mogących być wykorzystanymi podczas dokonywania oceny szkodliwości społecznej czynu – czy też bardziej precyzyjnie, przesłanek przyjęcia tzw. szkodliwości korporacyjnej jako cechy przewinienia służbowego. W tym przedmiocie, aczkolwiek w odniesieniu do sędziów, wypowiedział się Sąd Najwyższy⁶⁶, uznając iż „tzw. szkodliwość korporacyjna, będąca cechą przewinienia służbowego określonego w art. 107 § 1 p.u.s.p. oznacza szkodliwość społeczną w rozumieniu powszechnego prawa karnego, uzupełnioną elementami szkodliwości mierzonej wobec środowiska zawodowego, w którym sędzia pozostaje, z uwzględnieniem ochrony autorytetu wymiaru sprawiedliwości, wizerunku sądów oraz władzy sądowniczej i poszczególnych sędziów ją sprawujących. Rozmiar tej szkodliwości kształtują także czynniki podmioto-

⁶³ *Op. cit.*, s. 199.

⁶⁴ W. Kozieliwicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 206. Por. też zdanie przeciwne, wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., sygn. SNO 48/16, LEX 2165598.

⁶⁵ R. Signerski, *Zasady odpowiedzialności...*

⁶⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. SNO 31/11, LEX nr 1288859.

we dotyczące obwinionego, rozmiar szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu oraz rodzaj i znaczenie naruszonych reguł”.

Pomimo zatem niejednoznaczności tego pojęcia i odmiennego traktowania przez różne sądy tego samego pojęcia (a w ślad za tym i czynu), z powodu braku legalnej definicji przypadku mniejszej wagi, wydaje się, że prawidłowe stosowanie nie powinno nastręczać w praktyce większych trudności⁶⁷.

Odnosząc się do przedstawionej w piśmiennictwie propozycji literalnej wykładni art. 145 § 2 pr. o prok., zgodnie z którą przewodniczący danego sądu dyscyplinarnego może mieć tylko jednego zastępcę⁶⁸, wydaje się, że nie jest ona słuszna. Przepis ten istotnie wskazuje, że przewodniczącego i zastępcę przewodniczącego sądów dyscyplinarnych powołuje Prokurator Generalny na 4-letnią kadencję spośród prokuratorów wybranych na członków sądów dyscyplinarnych, tym niemniej nie sposób doszukać się tutaj istotnej zmiany w odniesieniu do regulacji obowiązującego poprzednio art. 70 ust. 2 u.o.p., który przewidywał, że sądy dyscyplinarne, o których mowa w ust. 1 pkt. 1 (a zatem Sąd Dyscyplinarny i Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny), ze swego grona wybierają przewodniczących i zastępców przewodniczących sądów dyscyplinarnych. Poprzednia regulacja także nie określała liczby zastępców przewodniczących sądów⁶⁹, a w praktyce obaj przewodniczący mieli ich po kilku. Użyta w odniesieniu do zastępców przewodniczących liczba mnoga była identyczna z przyjętą względem nich aktualnie formą i związana była nie z zagwarantowaniem (lub nie) możliwości powoływania większej ilości zastępców, a wskazaniem, że regulacja ta dotyczy obu sądów. Reasumując zatem, także obecna norma, zawarta w art. 145 § 2 pr. o prok., nie niweczy możliwości powołania większej ilości zastępców przewodniczącego, pomimo literalnego wskazania, że powoływany jest przewodniczący i zastępca przewodniczącego. Ustawa Prawo o prokuraturze, tak jak i wiele innych aktów prawnych, wielokrotnie posługuje się liczbą pojedynczą dla określenia różnych podmiotów, aczkolwiek nie jest to równoznaczne z ograniczeniem liczby do jednego. By tak się stało, przepis ten, w naszej ocenie, winien jasno ograniczyć ilość zastępców, brzmiąc, przykładowo: „Przewodniczącego i jednego zastępcę przewodniczącego sądów dyscyplinarnych”.

Co prawda z komunikatu Prokuratury Krajowej⁷⁰ wynika, że Prokurator Generalny powołał z dniem 12 października 2016 r. Przewodniczącego Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego i Zastępcę Przewodniczącego oraz z dniem 13 października 2016 r. Przewodniczącego Sądu Dyscyplinarnego

⁶⁷ Por. M. Gabriel-Węglowski, Wykładnia pojęcia przypadku mniejszej wagi, LEX.

⁶⁸ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 189.

⁶⁹ Por. A. Herzog, Przepisy o odpowiedzialności..., s. 113.

⁷⁰ Za stroną internetową Prokuratury Krajowej <http://pk.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-krajowej/podziekowania-prokuratora-krajowego-dla-sedziow-sadow-dyscyplinarnych.html#WAv0xuiLRhF>.

i Zastępcę Przewodniczącego, to jednak wydaje się, konsekwentnie, że brak jest przeszkód do powołania, w razie takiej potrzeby stwierdzonej przez Prokuratora Generalnego, dodatkowych zastępców. Kadencja tych nowopowołanych zastępców upływałaby jednak nie w terminie 4 lat od decyzji Prokuratora Generalnego, a z upływem 4 lat liczonym od terminu określonego przez art. 145 § 2 pr. o prok., tj. w dniach 12 i 13 października 2020 r., odpowiednio dla Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego i Sądu Dyscyplinarnego dla Prokuratorów.

Art. 145 § 5 pr. o prok., wprowadzając w sposób normatywny możliwość prowadzenia rozpraw i posiedzeń na sesjach wyjazdowych w prokuraturze regionalnej lub okręgowej, na obszarze właściwości której obwiniony zajmuje stanowisko prokuratora, lub wyjątkowo w innym miejscu, *de facto* sanował istniejącą w tym przedmiocie praktykę sądów dyscyplinarnych, określając jedynie warunki jej stosowania⁷¹. Ewentualne okoliczności zabraniające orzekania poza warszawską siedzibą sądów dyscyplinarnych winny być ustalane przez pryzmat doktryny i orzecznictwa ukształtowanego na tle normy określonej w art. 37 k.p.k.

Wprowadzona w art. 147 § 1 pr. o prok. zasada uczestnictwa w składzie prokuratora z jednostki organizacyjnej prokuratury równorzędnej do tej, w której obwiniony pełnił służbę lub wykonywał czynności służbowe w chwili czynu, ma na celu zapewnienie składowi orzekającemu wiedzy i doświadczenia w zakresie funkcjonowania na danym szczeblu organizacyjnym prokuratury. W przypadku przydzielania spraw według listy wszystkich sędziów danego sądu, zgodnie z kolejnością wpływu, mogłoby bowiem dochodzić do sytuacji, w której sprawę np. prokuratora prokuratury rejonowej rozpoznawałby sąd, którego członkami byłiby wyłącznie prokuratorzy jednostek wyższego szczebla, nie do końca pamiętający realia pracy w prokuraturach rejonowych, bądź też odwrotnie – sprawę prokuratora prokuratury regionalnej lub Prokuratury Krajowej rozpoznawałby sąd, w którego składzie znaleźliby się wyłącznie prokuratorzy prokuratury rejonowej, nie dysponujący wiedzą i doświadczeniem związanymi ze specyfiką pracy w jednostkach wyższego rzędu. Przyjęte rozwiązanie zapewni sądowi orzekającemu stosowną wiedzę i umożliwi odpowiednią ocenę zgromadzonego materiału dowodowego i wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia, opartego o odpowiednio stosowane zasady wynikające z art. 2 i art. 4–8 k.p.k. Nie wydaje się przy tym, aby sformułowanie „prokuratora z jednostki organizacyjnej prokuratury równorzędnej” mogło dotyczyć prokuratora delegowanego do niej⁷². Należy także przyjąć, iż określony normatywnie stan dotyczy momentu wyznaczania składu. Ewentualna zmiana statusu prokuratora, będącego sędzią dyscyplinarnym

⁷¹ Poprzez wskazanie, iż można instytucję tę stosować, chyba że sprzeciwia się temu dobro wymiaru sprawiedliwości.

⁷² A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 189.

nym, po tej czynności, choćby jeszcze przed rozpoczęciem rozprawy dyscyplinarnej – nie powinna mieć już znaczenia i powodować konieczności zmiany zarządzenia i wyznaczania składu orzekającego na nowo, bądź dokonywania w nim zmiany.

Nieco inaczej w pr. o prok. uregulowano postępowanie odnośnie do zdarzeń wyczerpujących zasadniczo znamiona przewinień dyscyplinarnych, ale mniejszej wagi, nieuzasadniających wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. W takiej sytuacji, w przypadku złożenia przez ukaranego prokuratora sprzeciwu, to nie prokurator przełożony, który podejmował zaskarżoną decyzję – przekazuje ewentualnie sprawę do sądu dyscyplinarnego, a prokurator bezpośrednio przełożony nad prokuratorem, który karę tę wymierzył – i to za pośrednictwem rzecznika dyscyplinarnego. Wydaje się przy tym, że w tej sytuacji wykorzystanie rzecznika dyscyplinarnego do przekazania sprawy celem jej rozpoznania, wydanie przez sąd orzeczenia dyscyplinarnego (choć w skróconym trybie przewidzianym przez art. 149 § 6 pr. o prok.), wreszcie zapewnienie możliwości złożenia odwołania do Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego – wskazują, że postępowanie winno toczyć z udziałem rzecznika dyscyplinarnego jako strony, w postępowaniu dwuinstancyjnym.

Nie budzą wątpliwości nowe rozwiązania przewidziane w art. 148 pr. o prok., a związane z wprowadzeniem jawności postępowania dyscyplinarnego, aczkolwiek prowadzonego dopiero w sądzie dyscyplinarnym. Postępowanie dyscyplinarne prowadzone przez rzeczników dyscyplinarnych nadal nie będzie jawne, czego przyczyny wydają się oczywiste. Odpowiednik postępowania przygotowawczego musi zapewnić rzecznikowi możliwość zebrania należytego materiału dowodowego i podjęcie swobodnej decyzji w przedmiocie ewentualnego przedstawienia zarzutów, a następnie decyzji merytorycznej, opartej na niezależnej jego ocenie. Przedwczesne ujawnienie dowodów, podobnie jak w przypadku postępowania przygotowawczego, mogłoby wszak cele stawiane postępowaniu wyjaśniającemu oraz dyscyplinarnemu zniweczyć.

Z jawnością sądowego postępowania dyscyplinarnego wiąże się także – również postulowana przez praktyków dyscyplinarnych – zmiana przewidziana w art. 147 § 2 pr. o prok., zgodnie z którą protokołantem rozprawy lub posiedzenia w sądzie może być nie tylko prokurator lub asesor prokuratury, ale także inna osoba wyznaczona przez przewodniczącego sądu dyscyplinarnego.⁷³ Wydaje się, że norma powyższa powinna spowodować w praktyce uzupełnienie składu osobowego urzędników na co dzień wykonujących swoje obowiązki w sądach dyscyplinarnych i zwiększenie ich ilości z dwóch do czterech, aby zapewnić możliwość niezakłóconej ciągłej pracy sekretariatu sądów, z jednoczesną możliwością protokolowania rozpraw i posiedzeń

⁷³ Por. A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 17.

właśnie przez ich stałą obsługę urzędniczą⁷⁴. Pozwoliłoby to na zmniejszenie kosztów działalności sądów, wiążących się z koniecznością praktycznie codziennych dojazdów do znajdującej się w budynku Prokuratury Krajowej, a wcześniej Generalnej, siedziby sądów, protokolantów wyznaczanych z obszaru całej Polski – w osobach asesorów lub prokuratorów⁷⁵.

Zaakcentować należy w sposób zdecydowany wzmocnienie umocowania ustrojowego rzeczników dyscyplinarnych, co – obok postulatu jawności – było jednym z wyraźniej akcentowanych postulatów zmian kierowanych do ustawodawcy⁷⁶. A. Herzog w swojej publikacji wskazał jedynie, iż „wydaje się”, że pozycja rzeczników będzie mocniejsza⁷⁷, co wydaje się określeniem dalece niewystarczającym, szczególnie w kontekście pominięcia w publikacji przyjętych rozwiązań mających na celu uwolnienie rzeczników od roli jedynie wykonawców poleceń Prokuratora Generalnego lub prokuratorów regionalnych. Nie sposób bowiem nie wspomnieć o kadencyjności stanowisk rzeczników. Zgodnie z art. 153 § 2 pr. o prok., kadencja Rzecznika Dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego i pierwszego zastępcy rzecznika dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego trwają 6 lat, natomiast kadencje zastępców rzecznika powołanych dla danego okręgu regionalnego trwają 4 lata. Ustawa ta nie przewiduje sytuacji, w której kadencja miałaby zostać zakończona obligatoryjnie, bądź kiedy zaistniałby obowiązek odwołania rzecznika przed upływem kadencji. Odwołanie jest jednak możliwością, zastrzeżoną do wyłącznej kompetencji Prokuratora Generalnego – w przypadku uzasadnionego podejrzenia dopuszczenia się oczywistego i rażącego naruszenia przepisów prawa lub uchybienia godności urzędu, w szczególności w zakresie działań lub zaniechań pozostających w związku z postępowaniem wyjaśniającym lub dyscyplinarnym, jak też w przypadku wydania orzeczenia, o którym mowa w art. 161 § 1 pr. o prok. – a zatem w przypadku stwierdzenia przez sąd dyscyplinarny oczywistego braku podstaw faktycznych lub prawnych złożonego przez rzecznika dyscyplinarnego wniosku o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej lub w razie oczywiście niesłusznego umorzenia przez niego postępowania. Wszystkie te sytuacje zdają się wskazywać na zaistnienie tak istotnych okoliczności kwestionujących zdolność pełnienia korporacyjnych funkcji oskarżycielskich przez prokuratora, że przyznanie jedynie możliwości, co należy podkreślić, odwołania go przed upływem kadencji przez Prokuratora Generalnego, wydaje się najzupełniej zasadne. O ile rzecznik nie dopuści się sam deliktu dyscyplinarnego (a przynajmniej nie doprowadzi do sytuacji, w której zaistnieje uzasadnione podejrzenie jego popełnienia) lub wykonując czynności oskarżycielskie nie dopuści się rażą-

⁷⁴ A. Herzog, *Postępowanie dyscyplinarne wobec prokuratorów...*, s. 121.

⁷⁵ A. Herzog, *Przepisy o odpowiedzialności...*, s. 115.

⁷⁶ *Op. cit.*, s. 111.

⁷⁷ A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 188.

cych błędów, skutkujących oczywistą niezasadnością podjętych przez niego decyzji – ma gwarancję pozostawania na pełnionym stanowisku przez okres 6 lub 4 lat.

Za oczywiście błędny należy uznać wyrażony w literaturze pogląd, że powodem odwołania rzecznika może być odmowa wykonania polecenia służbowego co do treści czynności prawnej w postaci polecenia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego⁷⁸. Art. 153 § 6 pr. o prok. jasno wskazuje, iż rzecznicy dyscyplinarni są związani wskazaniem organu uprawnionego – a więc prokuratorów przełożonych – jedynie w zakresie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego⁷⁹. Po jego przeprowadzeniu podejmują samodzielną, niezależną decyzję co do sposobu zakończenia tego postępowania, a w przypadku podjęcia decyzji negatywnej odnośnie do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, organom określonym w art. 154 § 2 i 3 służy odwołanie do sądu dyscyplinarnego.

Do tej gwarancji, związanej z pozbawieniem Prokuratora Generalnego oraz prokuratorów regionalnych jakiegokolwiek wpływu na wydanie przez rzeczników postanowienia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, należy także dodać analogiczne unormowania dotyczące wydania przez rzecznika postanowienia o przedstawieniu zarzutów dyscyplinarnych, a także co do sposobu zakończenia postępowania prowadzonego przez rzecznika. Każda z nich stała się autonomiczną, samodzielną i niezależną, co gwarantuje ustawa, decyzją rzecznika.

Nie można zgodzić się również ze sformułowaną przez A. Herzoga tezą, że norma art. 161 § 1 w zw. z art. 153 § 4 i 5 pr. o prok. powoduje jakiegokolwiek podporządkowanie rzeczników sądom dyscyplinarnym⁸⁰. Trudno wyobrazić sobie sytuację, motyw i powody, w których rzecznik miałby stać się „zakładnikiem” sądu. Okoliczność natomiast, kiedy orzeczenie sądu dyscyplinarnego stwierdzające oczywistą bezzasadność decyzji rzecznika uprawomocni się – jest jedyną przewidzianą przez ustawę, w której istnieje obowiązek wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przez innego rzecznika.

Stwierdzenie znamienia oczywistości, w świetle dotychczasowego dorobku orzeczniczego prokuratorskich i sędziowskich sądów dyscyplinarnych (a więc i Sądu Najwyższego), odnoszącego się do tego niezbędnego elementu deliktu dyscyplinarnego, jak również obowiązującego od 1 lipca 2003 r. do dnia 1 lipca 2015 r. przepisu art. 457 § 2 k.p.k., a także innych norm

⁷⁸ R. Signerski, Postępowanie dyscyplinarne....

⁷⁹ Co też w żaden sposób nie uprawnia do wniosku, iż pozycja rzeczników dyscyplinarnych jest niesamodzielną – *op. cit.*

⁸⁰ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 188.

wskazujących na tę okoliczność, nie powinno nastroczać w praktyce orzeczniczej jakichkolwiek trudności⁸¹.

Trudno stwierdzić, z której normy prawnej wywiedziono, komentując przepisy pr. o prok., iż w toku wszczynanego w sprawie postępowania dyscyplinarnego, każdorazowo prawa i obowiązki rzecznika wykonuje Zastępca Prokuratora Generalnego⁸². Zgodnie z art. 153 § 5 pr. o prok., czynności wobec zastępcy rzecznika dyscyplinarnego powołanego dla danego okręgu regionalnego prowadzi Rzecznik Dyscyplinarny Prokuratora Generalnego lub pierwszy zastępca rzecznika dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego, a jedynie czynności wobec Rzecznika Dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego oraz pierwszego zastępcy rzecznika dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego wykonuje Zastępca Prokuratora Generalnego, któremu w tym zakresie przysługują prawa i obowiązki rzecznika dyscyplinarnego.

Przepis art. 153 § 3 pr. o prok. jednoznacznie w chwili obecnej określa, zgodnie z sugestiami wyrażanymi w dyskusji publicznej⁸³, iż postępowanie dyscyplinarne wszczyna i prowadzi rzecznik dyscyplinarny. Który to rzecznik – odpowiedzi udzielają normy art. 153 § 7 i art. 154 § 4 zd. 2 pr. o prok.

Wprowadzona regulacja rozwiązała dotychczasowe wątpliwości odnośnie do momentu, w którym wszczynane było postępowanie dyscyplinarne. Z jednej strony pozostawało bowiem orzecznictwo Sądu Najwyższego, choć ograniczone do jednego orzeczenia⁸⁴, i doktryna⁸⁵, wskazujące na automatyzm wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, wiążąc to z chwilą skierowania do sądu wniosku o wszczęcie (sic!) postępowania dyscyplinarnego, z drugiej natomiast funkcjonująca w ostatnich latach praktyka działania Sądu Dyscyplinarnego, gdzie aż do początku marca 2016 r. i wejścia w życie nowej ustawy, to właśnie sądy, orzekające w trzysobowych składach, wydawały na specjalnie w tym celu organizowanych posiedzeniach postanowienia o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego⁸⁶.

Regulacja art. 154 § 4 pr. o prok. ma na celu wyeliminowanie jakiegokolwiek podstawy do powzięcia podejrzenia, iż postępowania dyscyplinarne, które są obecnie wszczynane przez Rzecznika Dyscyplinarnego lub jego zastępców, prowadzone są na innej podstawie niż suwerenna decyzja danego rzecznika. Zerwaniu z całkowitą podległością służbową rzeczników dyscyplinarnych kierownikom jednostek służą m.in. właśnie przepisy uprawniające ich wyłącznie do żądania przeprowadzenia czynności sprawdzają-

⁸¹ Por. A. Herzog, Postępowanie w sprawach o uchylenie immunitetu prokuratorskiego – stan prawny i praktyka (część I), *Prok. i Prawo* 2008, nr 4, s. 10–11.

⁸² Tamże.

⁸³ A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 16.

⁸⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. SDI 38/14, LEX 1604653.

⁸⁵ A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 15–16.

⁸⁶ *Op. cit.*, s. 14–15.

cych, kwestię wszczęcia postępowania i tym bardziej sposobu jego zakończenia – w innej jednostce, pozostawiając samodzielnej i niezależnej decyzji organu prowadzącego postępowanie⁸⁷. Podkreślić bezwzględnie należy, iż w przeciwieństwie do uregulowań funkcjonujących do 3 marca 2016 r., kiedy to Prokurator Generalny lub prokurator apelacyjny osobiście uczestniczyli w podejmowaniu decyzji o skierowaniu sprawy do sądu dyscyplinarnego, obecnie ich rola została zmarginalizowana, a całość kompetencji w zakresie postępowania dyscyplinarnego przejęli rzecznicy dyscyplinarni, którzy będą w takiej sytuacji, co oczywiste, ponosić także w tym względzie odpowiedzialność, w oparciu o art. 161 § 1 pr. o prok.

Za nietrafne uznać należy stanowisko, iż w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego na podst. art. 153 § 3 pr. o prok., można dokonywać czynności procesowych, jak przesłuchiwanie świadków czy dokonywanie oględzin⁸⁸. Niewątpliwie czynności podejmowane przez rzeczników na etapie postępowania wyjaśniającego, jako prowadzące do decyzji o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego lub odmowie jego wszczęcia, odpowiadają postępowaniu sprawdzającemu, o którym mowa w art. 307 k.p.k., z przewidzianymi tam ograniczeniami odnośnie do rodzaju i sposobów możliwych do przeprowadzenia dowodów.

Nie sposób również wskazać skąd w literaturze powzięto przekonanie, iż zastępca rzecznika dyscyplinarnego, któremu przekazano postępowanie w trybie art. 154 § 4 pr. o prok., po wszczęciu postępowania dyscyplinarnego przedstawia prokuratorowi zarzuty⁸⁹. To może wszak nastąpić dopiero w wyniku przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego i zebraniu przez właściwego rzecznika materiału dowodowego dostatecznie uzasadniającego podejrzenie popełnienia czynu przez danego prokuratora (zgodnie z art. 313 § 1 k.p.k. w zw. z art. 171 pkt. 1 pr. o prok.). Należy podkreślić, iż przepisy pr. o prok. w tym względzie w istotny sposób różnią się od zawartego w art. 114 § 2 P.o.u.s.p. nakazu przedstawienia sędziemu zarzutów po wszczęciu postępowania dyscyplinarnego.

Nie można zgodzić się także z konstatacją, iż pr. o prok. nie przewiduje sytuacji prowadzenia czynności wyjaśniających przez Rzecznika Dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego lub jego pierwszego zastępcę⁹⁰. O sytuacji takiej wprost stanowi przepis art. 154 § 1 pr. o prok., wskazując, iż postępowania takie prowadzą „rzecznicy dyscyplinarni”. Brak jest normatywnych i funkcjonalnych podstaw do ograniczania w tym zakresie kompetencji rzeczników dyscyplinarnych Prokuratora Generalnego.

⁸⁷ Odmienne A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 186.

⁸⁸ R. Signerski, *Postępowanie dyscyplinarne...*

⁸⁹ A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 186.

⁹⁰ *Op. cit.*, s. 187.

Z brzmienia § 4 art. 154 pr. o prok. wynika również, iż sytuacja związana z przekazaniem postępowania wyjaśniającego mającego przerodzić się w dyscyplinarne, dotyczy wyłącznie postępowania prowadzonego przez zastępcę rzecznika dla danego obszaru regionalnego. Postępowania prowadzonego przez rzeczników dyscyplinarnych Prokuratora Generalnego nie byłoby wszak komu przekazać w trybie przewidzianym omawianą normą.

Zgodnie z wyrażanymi w debacie na temat niezbędnych zmian w postępowaniu dyscyplinarnym uwagami⁹¹, ustawodawca zrezygnował w ogóle z określania w przepisach pr. o prok. terminu, w którym sąd dyscyplinarny I instancji winien rozpoznać sprawę, ograniczając się do wskazania w art. 155 § 2 pr. o prok., iż pomiędzy dniem wpływu wniosku a terminem rozprawy nie powinno upłynąć więcej niż 30 dni. Nie oznacza to wszak, że termin zakończenia postępowania ustawodawca pozostawił bez jakiejkolwiek regulacji. W tym bowiem zakresie, w oparciu o art. 171 pkt. 1 pr. o prok., zastosowanie winien mieć art. 366 § 2 k.p.k., zgodnie z którymi to przewodniczący danego składu orzekającego sądu dyscyplinarnego (obu instancji, przy czym *ad quem* przy zastosowaniu dodatkowo art. 458 k.p.k.) powinien dążyć do tego, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej. Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny swoje rozstrzygnięcie winien podjąć, niezależnie od powyższego, w terminie miesiąca od dnia jego otrzymania⁹².

Istotnym *novum* mającym służyć usprawnieniu postępowania jest wprowadzona przez pr. o prok. i nieznana innym postępowaniom korporacyjnym możliwość wystąpienia przez prowadzący postępowanie sąd dyscyplinarny do właściwego miejscowo sądu rejonowego o wydanie postanowienia o zatrzymaniu prokuratora na okres do 48 godzin i jego przymusowym doprowadzeniu przez policję na wyznaczone miejsce. Ma to zapobiec niejednokrotnie zdarzającym się w toku postępowań dyscyplinarnych sytuacjom, w których obwiniony, nie usprawiedliwiając swojej nieobecności, bądź robiąc to nieprawidłowo, wielokrotnie nie stawiał się czy to, przykładowo, na niezbędne do przeprowadzenia dla pełnego rozstrzygnięcia sprawy badanie przez biegłych, bądź też na rozprawę przed sądem dyscyplinarnym, w sytuacji, w której sąd uznawał jego obecność za konieczną. Jedyną dotąd możliwością reakcji ze strony sądu było zawiadomienie rzecznika dyscyplinarnego o możliwości zaistnienia zachowania uchybiającego godności urzędu prokuratora przez obwinionego, tym niemniej dla samego postępowania, w toku którego do zachowań tych, zakłócających jego prawidłowy tok, dochodziło, nie miało to większego znaczenia, bowiem pozostawało ono skutkiem podjęcia tego rodzaju działań sparaliżowane⁹³. Obecnie wprowadzone w art. 157 pr. o prok. rozwiązanie powinno już samym swoim istnieniem i groźbą za-

⁹¹ A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 17–18.

⁹² Art. 162 § 1 zd. 2 pr. o prok.

⁹³ Por. A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 21.

trzymania przez policję skłaniać obwinionych do niepodejmowania tego typu zachowań.

Z wnioskiem o wydanie postanowienia o zatrzymaniu prokuratora do właściwego sądu rejonowego może wystąpić prowadzący postępowanie sąd dyscyplinarny – a zatem I i II instancji. Sąd rejonowy wydaje postanowienie na posiedzeniu bez udziału stron w terminie 21 dni od dnia wpływu wniosku i dołącza jego odpis sądowi dyscyplinarnemu i stronom postępowania dyscyplinarnego. Strony mogą jednak uczestniczyć w posiedzeniach sądów obu instancji orzekających w tym przedmiocie w trybie określonym w art. 96 § 2 k.p.k., o czym przesądza art. 157 § 4 pr. o prok.⁹⁴

Omawiana ustawa nie wprowadziła natomiast rozwiązań odmiennych od funkcjonujących w toku postępowania karnego, a przewidzianych w k.p.k., dotyczących usprawiedliwionych nieobecności obwinionych, gdzie potrzebę taką zdaje się sugerować A. Herzog⁹⁵. Wymagałoby to bowiem wprowadzenia zapisów pozwalających na prowadzenie postępowania dyscyplinarnego pod nieobecność – przykładowo – ciężko chorego obwinionego, przebywającego w szpitalu. Nadużywaniu wykorzystywania przez obwinionych zaświadczeń lekarzy sądowych wskazujących na niemożność brania przez nich udziału w rozprawie (lub jej części) winny przeciwdziałać składy orzekające, w ramach istniejących rozwiązań normatywnych. Praktyka bowiem wskazuje, że część sądów rzetelnie i pracowicie zaświadczenia te kontroluje, uzyskując dokumentację leczenia obwinionych i weryfikując przedkładane zaświadczenia opiniami właściwych biegłych, niejednokrotnie jednak sądy przyjmują je bezkrytycznie, niejako automatycznie, częstokroć wielokrotnie, odraczając rozprawy, które, obiektywnie rzecz biorąc, mogły i powinny się toczyć. W zakresie więc usprawiedliwianych nieobecności poszukiwać należy rozwiązań praktycznych na gruncie obowiązujących przepisów⁹⁶. Ich zmiana mogłaby bowiem doprowadzić do zarzutów prowadzenia postępowań dyscyplinarnych mających charakter wręcz inkwizycyjnych.

Zresztą sam ww. Autor wskazuje w takim właśnie kontekście na wprowadzoną, w celu usprawnienia postępowań, normę art. 156 § 2 pr. o prok., zgodnie z którą ustanowienie lub zmiana obrońcy nie może stać się przyczyną przerwania lub odroczenia rozprawy⁹⁷. Odmienna od tej przewidzianej w art. 378 § 1 zd. 2 k.p.k. regulacja powoduje jednak, że prawidłowe zastosowanie przez sąd dyscyplinarny tego przepisu ustawy – Prawo o prokuraturze nie może spowodować skuteczności zarzutu odwoławczego wskazują-

⁹⁴ Odmiennie, jak się wydaje, R. Sięcki, *Postępowanie dyscyplinarne...*

⁹⁵ A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 191.

⁹⁶ Por. z uzasadnieniem postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. SDI 72/16, publik. na witrynie internetowej Sądu Najwyższego – <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/SDI%2072-16.pdf>.

⁹⁷ Por. A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 192.

cego na naruszenie prawa do obrony, gdyż prawo to jest limitowane innymi obowiązującymi przepisami, w tym rangi ustawowej.

Istotnej zmianie uległy zasady sporządzania uzasadnień orzeczeń sądów dyscyplinarnych, co również postulowano w niektórych publikacjach dotyczących prokuratorskiego sądownictwa dyscyplinarnego⁹⁸. Tak jak w postępowaniu karnym, przyjęto zasadę sporządzania takich uzasadnień wyłącznie na wniosek strony postępowania. Dodatkowo w prawo to wyposażono także Prokuratora Generalnego, co wiąże się z pozbawieniem tak jego, jak i pozostałych osób kierujących jednostkami organizacyjnymi prokuratury wpływu na działania rzeczników dyscyplinarnych (a więc choćby braku możliwości polecenia rzecznikowi dyscyplinarnemu złożenia wniosku o uzasadnienie czy też wywiedzenia skargi odwoławczej)⁹⁹. Uwzględniając specyfikę postępowań dyscyplinarnych, a także fakt, że Prokurator Generalny jest naczelnym organem prokuratury, odpowiedzialnym za jej prawidłowe funkcjonowanie, rozwiązanie to znajduje swoje uzasadnienie, nie godząc przy tym, co oczywiste, w niezawisłość sądownictwa dyscyplinarnego. Przyjęcie przez prawodawcę zasad sporządzania uzasadnień w sposób zbliżony do reguł rządzących procesem karnym (art. 160 § 1 zd. 1 i § 4 pr. o prok.), w konsekwencji doprowadziło także do inkorporowania rozwiązania z powodzeniem funkcjonującego w procesie karnym, pozwalającego na złożenie odwołania od orzeczenia tylko i wyłącznie tej stronie, która złożyła wniosek o jego uzasadnienie¹⁰⁰. Zasady te kształtują się analogicznie dla postępowania drugoinstancyjnego, ustanawiając podobne ograniczenia dla możliwości wniesienia przez stronę kasacji (art. 162 § 2 i 5 oraz art. 163 § 2 pr. o prok.).

Odnosząc się do nazewnictwa wskazanych w ustawie środków odwoławczych, wskazać należy, iż jakkolwiek propozycja *de lege ferenda* przedstawiona przez A. Herzoga¹⁰¹ może znajdować swoje uzasadnienie, tym niemniej ustawodawca przyjął, jak się wydaje, koncepcję odmienną, a mianowicie iż wszystkie środki odwoławcze składane w toku postępowania dyscyplinarnego *sensu stricto*, jak też od decyzji je umarzających oraz co do zawieszenia w czynnościach są odwołaniami (por. art. 149 § 7, art. 162 § 1, art. 150 § 2 i 3, art. 151 § 1, art. 152 § 2, art. 154 § 3 i 10 pr. o prok.), a te o których mowa w innych postępowaniach przewidzianych w Rozdziale 3 Prawa o prokuraturze – nazywane są zażaleniami (jak np. w art. 135 § 4 i 11, art. 139 § 4, art. 140 § 4 pr. o prok.).

⁹⁸ A. Herzog, Przepisy o odpowiedzialności..., s. 117; A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 22.

⁹⁹ Odmiennie A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 192.

¹⁰⁰ Por. *op. cit.*, s. 193.

¹⁰¹ *Op. cit.*, s. 188.

Oczywiście słuszne są sformułowane w literaturze uwagi dotyczące niewątpliwego błędu legislacyjnego w treści art. 160 § 1 pr. o prok.¹⁰²

Prawo o prokuraturze wydłużyło terminy przewidziane dla sądów obu instancji na sporządzenie uzasadnień orzeczeń. Dla I instancji przyjęto 21 dni, z możliwością przedłużenia o kolejnych 14, natomiast Sąd II instancji swoje uzasadnienie winien sporządzić w terminie 14 dni, również z możliwością przedłużenia o 14 dni (art. 160 § 1, art. 162 § 2 pr. o prok.). W przeciwieństwie do oceny przedstawionej przez A. Herzoga¹⁰³, dłuższy termin przyznany sądowi I instancji autorzy oceniają jako trafny. To bowiem rolą tego sądu jest przedstawienie w uzasadnieniu kompletnego ustalonego przez siebie stanu faktycznego, pełnej oceny dowodów, wreszcie – w przypadku skazania – omówienia przypisanych znamion i rodzaju wymierzonej kary. Rzadko zdarza się, aby tak szerokie uzasadnienie musiał sporządzać sąd odwoławczy, limitowany wszak co do zasady zakresem zaskarżenia orzeczenia sądu *a quo*. Trudno znaleźć zatem racjonalne powody dla ustawowego zakreslenia Odwoławczemu Sądowi Dyscyplinarnemu dłuższego od Sądu Dyscyplinarnego sporządzania uzasadnienia, w sytuacji gdy z reguły odnosić się ono będzie jedynie do części rozstrzygnięcia sądu I instancji.

Ustawodawca nie inkorporował wprost, w szczególności w art. 163–165 pr. o prok., do prokuratorskiego sądownictwa dyscyplinarnego instytucji skargi na orzeczenie sądu *ad quem*, przewidzianego w ramach postępowania karnego w Rozdziale 55a Kodeksu postępowania karnego, co nakazuje przyjęcie, iż jest ona niedopuszczalna¹⁰⁴. Pogląd przeciwny zdaje się nie mieć racjonalnego uzasadnienia, albowiem mamy tutaj do czynienia z postępowaniami prowadzonymi po zakończeniu postępowania dyscyplinarnego, a zatem nie ma możliwości zastosowania art. 171 pkt. 1 pr. o prok., a jedynie art. 171 pkt. 2 pr. o prok.¹⁰⁵

Prawo o prokuraturze natomiast, jako jedyna ustawa regulująca postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących zawód prawniczy, dopuściła obecnie dwie formy nadzwyczajnego wzruszania prawomocnych orzeczeń – pozostawiając funkcjonującą z powodzeniem w minionych latach kasację oraz wprowadzając instytucję wznowienia¹⁰⁶.

¹⁰² *Op. cit.*, s. 192–193, a także T. Janeczek, A. Roch, O odpowiedzialności karnej, służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów w świetle prawa o prokuraturze, *Prok. i Prawo* 2017, nr 2, s. 117.

¹⁰³ A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 194.

¹⁰⁴ Por. z argumentacją przedstawioną w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2002 r., sygn. III SZ 9/01, OSNP 2003, nr 23, poz. 581, odnoszącą się co prawda do złożonego wniosku o wznowienie, ale znajdującego pełne oparcie w bieżącej ustawie do ewentualnej skargi na orzeczenie Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego.

¹⁰⁵ Por. R. S i g n e r s k i, *Postępowanie dyscyplinarne...*

¹⁰⁶ Por. A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 24–25.

Przewidziane w art. 164–165 pr. o prok. wznowienie postępowania dyscyplinarnego wobec prokuratorów swoje źródło legislacyjnie niewątpliwie miało w zapisach art. 125 i 126 P.o.u.s.p.¹⁰⁷ Ponieważ wznowienie postępowania może zmierzać do uniewinnienia, to należy uznać, że dotyczy to także orzeczenia dyscyplinarnego, w którym odstąpiono od wymierzenia kary¹⁰⁸.

Pewien problem może sprawiać przyjęcie przez prawodawcę rozwiązań ściśle opartych o te przewidziane w P.o.u.s.p. w kwestii możliwości składania środków odwoławczych od decyzji podejmowanych w toku postępowań wznowieniowych. Pr. o prok. nie przewiduje bowiem możliwości zaskarżenia decyzji w przedmiocie wznowienia postępowania. Doktryna i orzecznictwo ukształtowane w zakresie postępowań wznowieniowych prowadzone w ramach sędziowskich postępowań dyscyplinarnych stanowczo zakwestionowały możliwość zaskarżalności wydawanych orzeczeń, opierając to jednak na odpowiednio stosowanym przepisie art. 547 § 1 i 4 k.p.k.¹⁰⁹

W sytuacji postępowania wznowieniowego odnoszącego się do postępowania dyscyplinarnego prokuratora, rozważenia będzie wymagało, czy przepisy zawarte w art. 164–165 pr. o prok. mają charakter kompletny – i wówczas nie będzie podstaw do sięgania po odpowiednio stosowane przepisy art. 547 Kodeksu postępowania karnego, czy też regulacja ta jest niepełna, co ewentualnie mogłoby dać prawo sięgnięcia poprzez art. 171 pkt. 1 pr. o prok. do rozwiązań zawartych w ustawie karnoprocesowej, aczkolwiek zasadniczym problemem może okazać się fakt prawomocnego już zakończenia postępowania dyscyplinarnego. Warto bowiem podkreślić, że ustawodawca zawarł odesłanie do Kodeksu postępowania karnego w dwóch punktach – pierwszym, odnoszącym się *stricte* do postępowania dyscyplinarnego (kończącym się z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia), oraz drugim, gdzie w art. 171 pr. o prok. ujęte zostało dodatkowo odesłanie jedynie do norm postępowania kasacyjnego. Odesłania więc odnoszącego się do postępowania wznowieniowego w pr. o prok. nie ma, co zdaje się wskazywać, że ustawodawca wprowadzone przepisy odnoszące się do wznowień uznał za kompletne, zawężając problematykę wznowień do jednej instancji.

Kasacją odnoszącą się do orzeczenia dyscyplinarnego zaskarżyć można jedynie te orzeczenia, które określić można mianem rozstrzygających w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Nie będzie nim orzeczenie w przedmiocie zawieszenia prokuratora w pełnieniu obowiązków, obniżenie wynagrodzenia lub uchwała w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie

¹⁰⁷ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 194–195.

¹⁰⁸ Por. J. Gudowski (red.), Komentarz do ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, (w:) Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz, wyd. II. Opublikowano: LexisNexis 2009.

¹⁰⁹ Por. A. Górski (red.), Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. Opublikowano: LEX 2013.

do odpowiedzialności karnej lub na tymczasowe aresztowanie¹¹⁰. Przypomnieć też należy, iż analogicznie jak w oparciu o przepisy poprzednio obowiązujące, także i w obecnym stanie prawnym wniesienie kasacji w trybie art. 521 k.p.k. nie jest dopuszczalne¹¹¹.

Odnosząc się do normy art. 167 § 1 pr. o prok. stwierdzić należy, iż prezentowane w piśmiennictwie obawy są nadmierne¹¹². Wydaje się oczywiste, że przewodniczący sądu dyscyplinarnego przesyła niezwłocznie odpis prawomocnego orzeczenia Prokuratorowi Generalnemu w celu wykonania orzeczenia, wraz z uzasadnieniem – o ile je sporządzono.

Zmiany wprowadzone nowym brzmieniem art. 168 § 2 Prawa o prokuraturze wprost zdają się wskazywać, że intencją ustawodawcy było pozostawianie w aktach osobowych prokuratorów ukaranych najsurowszą karą dyscyplinarną odpisu tego orzeczenia, bez możliwości jego usunięcia z tychże akt. Wydaje się, że normie tej nie przeczy możliwość ponownego powołania na stanowisko prokuratora po upływie 10 lat – przy czym orzeczenie o wydaleniu ze służby prokuratorskiej stanowić będzie zapewne jeden z argumentów poddawanych pod rozagę organu decydującego, bądź opiniującego w przedmiocie ponownego powołania.

Porównując usuwanie z akt osobowych ukaranych prokuratorów z instytucją zatarcia skazania, w literaturze wskazuje się, iż dyscyplinarna kara wydalenia ze służby prokuratorskiej nie podlega zatarciu¹¹³.

Pomimo zatem istnienia dalszych przestrzeni normatywnych nakazujących dokonanie zmian, bądź choćby ich rozważenie, należy wyrazić opinię, że nowe przepisy dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów, stanowią akt prawny o wiele bardziej „dojrzały”, a w każdym bądź razie pełniejszy, niż poprzednia regulacja ustawowa. Nie sposób oczekiwać, by zostały one przyjęte z pełną akceptacją, wręcz entuzjastycznie, przez całe środowisko prokuratorskie, w tym osoby sprawujące funkcje orzecznicze, oskarżycielskie lub obrończe w sądach dyscyplinarnych. Wydaje się to oczywiste, albowiem żadna z dotychczasowych ustaw dotyczących prokuratury nie zyskała powszechnego uznania, ani samego środowiska, ani osób z „zewnątrz”. Przyjąć należy taki stan rzeczy za w pełni naturalny. Nie wydaje się jednocześnie celowym, by dokonywać odnośnie do tego zagadnienia, w tym jego przyczynom, w ramach niniejszego opracowania, bardziej pogłębionej analizy.

Z pewnością część wątpliwości podnoszonych obecnie, czasami zasadnie, a czasami na przekór samym zmianom, zostanie rozwiązanych wraz

¹¹⁰ W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 102.

¹¹¹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2008 r., sygn. SDI 1/08, OSNSD 2008, poz. 104.

¹¹² A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 195.

¹¹³ R. Signerski, *Zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora*, LEX.

z upływem czasu przez praktykę ukształtowaną działaniem i rzeczników dyscyplinarnych, i samych sądów dyscyplinarnych, a także orzekającego w prokuratorskich sprawach dyscyplinarnych Sądu Najwyższego. Na tę chwilę należy obserwować funkcjonowanie nowych rozwiązań, tak aby po pewnym czasie móc pokusić się o ich analizę na gruncie praktycznym.

Functional and disciplinary responsibility of prosecutors under the Prosecution Service Act

Abstract

This paper aims at providing an overview of new regulations contained in the Prosecution Service Act in force from 4 March 2016, i.e. procedural and substantive regulations set out in Section 3 which deals, inter alia, with disciplinary and functional responsibility of prosecutors. The focus is both on regulations that appear for the first time, and on those which are just amendments to previously binding regulations. Polemic positions are adopted with respect to the existing publications on the subject (such as: A. Herzog, Changes in disciplinary proceedings against prosecutors under the Prosecution Service Act, Prokuratura i Prawo 2016, nr 7–8).

Adam Müller

Warunkowość odpowiedzialności karnej pracownika banku w świetle art. 107 Prawa bankowego

Streszczenie

Pracownik banku może odpowiadać karnie za niezawiadomienie o okolicznościach wskazujących na popełnienie przestępstw prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, jednak w świetle art. 107 ustawy dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, odpowiedzialność ta jest warunkowa. Warunkowość ta polega na tym, aby czyn dokonany poprzez zaniechanie pracownika banku wyczerpywał znamiona konkretnego przestępstwa. W ramach niniejszego artykułu udało się wykazać możliwe przypadki odpowiedzialności karnej w związku ze wskazaną podstawą prawną oraz przypisanie tej regulacji jakiejś istoty na potrzeby prawa karnego.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie brakuje głębszej analizy zagadnienia warunkowej odpowiedzialności karnej pracownika banku, o której mowa w art. 107 ustawy dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 128, z późn. zm. – dalej pr. bank.), w związku z tym istnieje potrzeba jego podjęcia. Przedmiotowy przepis stanowi, że pracownik banku, który wbrew swoim obowiązkom nie zawiadamia o okolicznościach wymienionych w art. 106 ust. 1 pr. bank., ponosi odpowiedzialność porządkową, co nie wyłącza odpowiedzialności karnej, jeżeli czyn wypełnia znamiona przestępstwa. Z kolei art. 106 ust. 1 pr. bank. stanowi, że bank jest obowiązany przeciwdziałać wykorzystywaniu swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r., poz. 1137, z późn. zm. – dalej k.k.). Z treści art. 107 pr. bank. jednoznacznie wynika, że w przypadku naruszenia przez pracownika banku wspomnianego wyżej obowiązku podstawą jego odpowiedzialności jest odpowiedzialność porządkowa, jednak *in fine* tego przepisu ustawodawca przewiduje również odpowiedzialność karną pod warunkiem, że czyn dokonany przez pracownika banku wypełnia znamiona przestępstwa. Należy się zgodzić z poglądem, z pewnym zastrzeżeniem, że prezentowany przepis ma charakter przede wszyst-

kim prewencyjny i w sensie regulacyjnym niewiele wnosi¹. To niewielkie znaczenie regulacyjne może odnosić się raczej do przewidzianej warunkowej odpowiedzialności karnej pracownika, gdyż podstawa tej odpowiedzialności nie będzie wynikać bezpośrednio z art. 107 pr. bank., ale jej źródła należy poszukiwać w innych przepisach karnych przewidujących konkretne przestępstwa, które z kolei stanowią samodzielną podstawę odpowiedzialności karnej. Niemniej wydaje się, że istnienie tej regulacji nie pozostanie bez znaczenia w kontekście przypisywania konkretnej odpowiedzialności pracownikowi banku, w szczególności w zakresie analizy obowiązków na nim ciążących w związku z zaistnieniem podejrzenia popełnienia przestępstw z art. 165a i 299 k.k., o czym szerzej będzie mowa w dalszej części.

Dla szczegółowej analizy przedmiotowej odpowiedzialności niezbędne jest ustalenie znaczenia pojęcia „pracownik banku”, gdyż brakuje definicji legalnej zarówno w prawie bankowym, jak w kodeksie karnym. W pierwszym odczuciu wydaje się, że chodzi wyłącznie o pracowników zatrudnionych w bankach w ramach stosunku pracy, jednak w kontekście niniejszej regulacji bardziej zasadnym jest przyjęcie, że pod pojęciem „pracownika banku” kryje się jego szerokie rozumienie. Oznacza to, że „pracownikiem banku” w rozumieniu art. 107 pr. bank. jest każda osoba wykonująca obowiązki pracownika banku na jakiegokolwiek podstawie² np. na podstawie umowy zlecenia.

Wracając natomiast do treści art. 107 pr. bank. w zakresie dotyczącym warunkowej odpowiedzialności karnej pracownika banku, to warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie odsyła w nim do konkretnych przepisów przewidujących przestępstwa, a jedynie zastrzega, że odpowiedzialność może wystąpić, jeżeli czyn wypełnia znamiona przestępstwa. W związku z tym, wbrew temu, co przeważa w piśmiennictwie, gdzie odpowiedzialność pracownika banku analizuje się jedynie pod kątem art. 165a i 299 k.k., to tak formułowany przepis art. 107 pr. bank. wskazuje na każde przestępstwo, które może zostać popełnione w związku z niedopełnieniem obowiązku zawiadomienia o okolicznościach wskazanych w art. 106 ust. 1 pr. bank. Oczywiście art. 165a i 299 k.k. będą brane w pierwszej kolejności pod uwagę w przypadku ustalania ewentualnych znamion przestępstwa popełnionego przez pracownika banku, gdyż art. 106 ust. 1 pr. bank. do nich odsyła. Nie można jednak tracić z pola widzenia przepisów karnych przewidzianych w ustawie z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2016 r., poz. 299, z późn. zm. – dalej p.p.f.t.), gdyż to ta ustawa określa zasady oraz tryb przeciwdziałania praniu pieniędzy, przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu, stosowania szczególnych środków ograniczających przeciwko osobom, grupom i podmiotom

¹ F. Zołł (red.), *Prawo Bankowe. Komentarz*, t. I i II, 2005 – komentarz do art. 107.

² Tamże.

oraz obowiązki podmiotów uczestniczących w obrocie finansowym w zakresie gromadzenia i przekazywania informacji (art. 1 p.p.f.t.). W tej ustawie zatem przewidziane są obowiązki banku, w tym również jego pracowników, w celu przeciwdziałania wykorzystania ich działalności dla celów mających związek z przestępstwami przewidzianymi w art. 165a i 299 k.k., co jednoznacznie wynika również z art. 106 ust. 2 pr. bank. Wracając natomiast do przepisów karnych ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, to wśród nich w kwestii naruszenia obowiązków przez pracownika banku, o których mowa w art. 107 pr. bank., zastosowanie mogą mieć w szczególności przepisy art. 35 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 36 tej ustawy.

Rzecz jasna, analizy konkretnych przestępstw należy dokonywać na podstawie ogólnych zasad prawa karnego. Ocena zatem znamion konkretnych przestępstw, których ziszczenie warunkuje odpowiedzialność karną pracownika banku, o której mowa w art. 107 pr. bank. powinna się odbyć przede wszystkim na podstawie art. 1 k.k. W takim stanie rzeczy pracownikowi banku należy przede wszystkim przypisać winę w niedopełnieniu obowiązków zawiadomienia o okolicznościach przewidzianych w art. 106 ust. 1 pr. bank., brak winy natomiast wyłącza jego odpowiedzialność karną. Ponadto, aby móc przypisać pracownikowi banku odpowiedzialność karną, to społeczna szkodliwość jego czynu musi być większa niż znikoma. Oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu należy dokonać zgodnie z wytycznymi przedstawionymi w art. 115 § 2 k.k., stąd przy jego ocenie sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Nadto do powstania warunkowej odpowiedzialności karnej pracownika banku niezbędne jest zagrożenie popełnionego przez niego czynu pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Niewątpliwie w obecnym stanie prawnym taka odpowiedzialność może wynikać ze wspomnianych wcześniej art. 165a i 299 k.k. oraz art. 35 ust. 1 pkt 2–3 i art. 36 p.p.f.t., jednak ustalenia zaistnienia tej odpowiedzialności należy dokonać w oparciu o znamiona strony podmiotowej oraz znamiona czynności sprawczej przewidziane w tych przepisach.

Przestępstwo z art. 165a k.k. popełnia ten, kto gromadzi, przekazuje lub oferuje środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości w zamiarze sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym albo udostępnienia ich zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie takiego przestępstwa lub osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku i przewiduje za ten występek karę pozbawienia wolności od 2 do 12 lat. Przedmiotowy przepis ma chronić bezpieczeństwo od przestępstw

o charakterze terrorystycznym³, chociaż w doktrynie istnieją poglądy, że przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo powszechne⁴. Czyn z art. 165a k.k. jest przestępstwem powszechnym i jego sprawca nie musi mieć jakichkolwiek cech zindywidualizowanych. Znamionami czynnościowymi, które prezentowany przepis penalizuje, są gromadzenie, przekazywanie lub oferowanie określonych dóbr jako formy finansowania działalności terrorystycznej, a ich interpretacja powinna się opierać na ich potocznym znaczeniu⁵. Jest to przestępstwo bezskutkowe, wobec czego do jego popełnienia wystarczy zaistnienie wyżej wskazanych znamion niezależnie od tego, czy do działania terrorystycznego rzeczywiście dojdzie. Powszechność tego przestępstwa umożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności również pracownika banku, jednak pojawia się pytanie, czy jest to możliwe w ramach art. 107 pr. bank. Jak to zostało wcześniej wskazane, ewentualna odpowiedzialność karna pracownika banku w tym kontekście może się pojawić w przypadku niedopełnienia obowiązku zawiadomienia o okolicznościach wskazujących na popełnienie przestępstw przewidzianych w art. 165a i 299 k.k. W związku z tym niezawiadomienie przez pracownika o okolicznościach wskazujących na popełnienie czynu zabronionego z art. 165a k.k. w formie sprawstwa nie jest prawnie możliwe, gdyż w ramach niedopełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 107 pr. bank. trudno mówić o gromadzeniu, przekazywaniu lub oferowaniu wskazanych dóbr w celu finansowania terroryzmu. Ewentualną odpowiedzialność karną pracownikowi banku można natomiast przypisać za pomocnictwo, gdyż wbrew prawnemu szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełniania czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie. I właśnie w tym zakresie, co zostało wspomniane na początku, regulacja przewidziana w art. 107 pr. bank. nie pozostaje bez znaczenia, ponieważ pozwala ona na przypisanie pracownikowi banku szczególnego obowiązku, albo raczej przesądza o tym, że taki obowiązek na nim ciąży⁶. Odwołując się przy tym do racjonalności ustawodawcy w stanowieniu prawa, można przyjąć, że oprócz prewencyjnego charakteru art. 107 pr. bank., ma on też na celu przypisanie właśnie szczególnego obowiązku pracownikowi banku, co wydaje się być również w pełni uzasadnione w kontekście przewidzianej ochrony przed tak poważnymi przestępstwami jak finansowanie terroryzmu lub pranie pieniędzy. Ponadto szczególny prawny obowiązek, o którym mowa w art. 107 pr. bank. ciążyący na pracowniku banku wynika także z ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, o czym będzie jeszcze mowa przy analizie zna-

³ M. Mo z g a w a, Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, 2015 – komentarz do art. 165a.

⁴ J. G i e z e k, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, 2014 – komentarz do art. 165a.

⁵ Tamże.

⁶ W. W r ó b e l (red.), A. Z o l l (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, 2016 – komentarz do art. 18.

mion czynów penalizowanych w art. 35 ust. 1 pkt 2 i 3 tej ustawy. W takim stanie rzeczy pracownikowi banku za pomocnictwo groziłaby kara w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo, przy czym sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

Natomiast czyny zabronione przewidziane w art. 299 k.k. należy rozpatrywać każdy z osobna. W § 1 tego przepisu ustawodawca przewiduje przestępstwo dla każdego, kto środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, przyjmuje, posiada, używa, przekazuje lub wywozi za granicę, ukrywa, dokonuje ich transferu lub konwersji, pomaga do przenoszenia ich własności lub posiadania albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku, którego popełnienie zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. Przedmiotowe przestępstwo ma charakter powszechny oraz stanowi występki. Czynność sprawcza tego przestępstwa następuje poprzez przyjmowanie, posiadanie, używanie, przekazywanie za granicę, wywożenie za granicę, ukrywanie, dokonywanie ich transferu lub konwersji, pomaganie do przenoszenia własności lub posiadania, podejmowanie innych czynności mogących udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia, miejsca umieszczenia, wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku wartości dóbr, o których mowa w tym przepisie. Podobnie jak w przypadku czynu przewidzianego w art. 165a k.k. analiza przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. w ramach przedmiotowego zagadnienia zostanie ograniczona do przypisania odpowiedzialności karnej pracownikowi banku w ramach niedopełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 107 pr. bank. Stąd też wbrew powszechności przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. rozstrzygnąć jedynie należy, czy możliwe jest przypisanie sprawstwa pracownikowi banku w związku z niezawiadomieniem o okolicznościach, o których mowa w art. 106 ust. 1 pr. bank. Dokonując zatem analizy wyżej wymienionych znamion czynników sprawczych wydaje się, że odpowiedzialność karna związana z art. 107 pr. bank. za sprawstwo może nastąpić poprzez ukrywanie lub podejmowanie innych czynności mogących udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia, miejsca umieszczenia, wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku odpowiednich wartości majątkowych. Niezawiadomienie przez pracownika banku o okolicznościach wskazanych w art. 106 ust. 1 pr. bank. może właśnie wynikać z ukrywania przez niego właściwych czynności wskazujących na pranie pieniędzy. Natomiast przez podejmowanie innej czynności mogącej udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia, miejsca umieszczenia, wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku wartości wymienionych w analizowanym

przepisie, należy także uznać celowe niezawiadomienie przez pracownika banku o pozostałych czynnościach wykonawczych dających podstawy dla stwierdzenia dokonania przestępstwa prania pieniędzy⁷. Ponadto w kontekście czynu przewidzianego w art. 299 § 1 k.k., podobnie jak przy przestępstwie z art. 165a k.k., w świetle art. 107 pr. bank. możliwe jest przypisanie odpowiedzialności karnej pracownikowi banku za pomocnictwo, dlatego wyżej zaprezentowany pogląd znajduje również zastosowanie w tym przypadku.

Czyn zabroniony z art. 299 § 2 k.k. w odróżnieniu od poprzedniego jest przestępstwem indywidualnym, gdyż jego sprawcą może być jedynie pracownik lub działający w imieniu lub na rzecz banku, instytucji finansowej lub kredytowej lub innego podmiotu, na którym na podstawie przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji, przyjmuje, wbrew przepisom, środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, dokonuje ich transferu lub konwersji, lub przyjmuje je w innych okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenie, że stanowią one przedmiot czynu określonego w art. 299 § 1 k.k., lub świadczy inne usługi mające ukryć ich przestępne pochodzenie lub usługi w zabezpieczeniu przed zajęciem. W niniejszym przypadku ustawodawca wprost jako podmiot czynu zabronionego wymienia między innymi pracownika banku, obok którego w ramach alternatywy nierozłącznej wymieniono również osoby działające w imieniu lub na rzecz banku. Takie rozwiązanie wydaje się być prawidłowe, gdyż pracownicy banku niejednokrotnie mają umocowanie do działania w imieniu i na rzecz tej instytucji. Tak sformułowany przepis w zasadzie pozwala odstąpić od dalszej analizy tego przestępstwa w świetle warunkowej odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 107 pr. bank. Niemniej należy podkreślić, że art. 299 § 2 k.k. pozostaje w pełnej korespondencji z art. 107 pr. bank., gdyż pracownik banku przyjmując choćby odpowiednie wartości majątkowe w okolicznościach uzasadniających podejrzenie przestępstwa prania pieniędzy, tak naprawdę odstępuje od obowiązku zawiadomienia o tym fakcie. Chociaż rzecz jasna nie ma prawnych przeciwwskazań, aby pomimo dokonania czynu zabronionego z art. 299 § 2 k.k. pracownik banku zawiadomił o okolicznościach również go obciążających. W takim przypadku sprawca będzie mógł liczyć co najmniej na nadzwyczajne złagodzenie kary oraz przy korzystnym rozwoju sytuacji zapobiec dokonaniu przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. (art. 299 § 8 k.k.).

Kolejne paragrafy art. 299 odnoszą się do czynów przewidzianych w § 1 i 2, co pozostaje bez większego znaczenia dla przedmiotowego zagadnienia, więc nie ma potrzeby dokonywania dalszej analizy w tym kontekście.

⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 278/13, KZS 2014, nr 4, poz. 71.

W ramach warunkowej odpowiedzialności karnej w świetle art. 107 pr. bank. nie można zapominać, co już zostało wspomniane wcześniej, o przestępstwach przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. W art. 35 ust. 1 pkt 2 i 3 p.p.f.t. ustawodawca przewidział odpowiedzialność karną dla każdego kto, działając w imieniu lub interesie instytucji obowiązanej, wbrew przepisom ustawy, nie dopełnia m.in. obowiązku:

- zawiadomienia Generalnego Inspektora Informacji Finansowej o transakcji, o której mowa w art. 16 ust. 1 p.p.f.t. (pkt 3),
- zachowania środków bezpieczeństwa finansowego, zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 10a ust. 1 p.p.f.t., lub przechowywania informacji uzyskanych w związku ze stosowaniem środków bezpieczeństwa finansowego (pkt 2),
- podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

Oba czyny mają bezpośredni związek z art. 107 pr. bank. Pierwsze z przestępstw jednoznacznie przesądza o tym, że podmiot obowiązany do zawiadomienia o transakcji, co do której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że może ona mieć związek z popełnieniem przestępstwa, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 k.k., ponosi odpowiedzialność karną. Jedynie w celu dokonania korelacji tego przestępstwa z art. 107 pr. bank. należy rozstrzygnąć, czy w pojęciu pracownika banku mieszczą się również osoby działające w imieniu lub w interesie instytucji zobowiązanej, albo odwrotnie. Niewątpliwie bank jest instytucją zobowiązaną w rozumieniu art. 35 p.p.f.t., co wynika wprost z art. 2 pkt 1 lit. c p.p.f.t. Wreszcie trzeba przyjąć, że w istocie osoby działające w imieniu lub w interesie banku w większości przypadków będą się pokrywać z pojęciem „pracownika banku”, o którym mowa w art. 107 pr. bank. Nie ma przy tym specjalnego znaczenia, że w art. 35 p.p.f.t. obok osób działających w imieniu lub w interesie banku nie wymieniono „pracownika”, jak to było w jednej z poprzednich wersji ustawy, gdyż takie pominięcie pozwala jedynie przyjąć, że do odpowiedzialności nie mogą zostać pociągnięci pracownicy zatrudnieni na podstawie innych tytułów niż stosunek pracy⁸. Natomiast pracownicy zatrudnieni na podstawie stosunku pracy zawsze działają w interesie banku, gdyż wynika to wprost choćby z art. 100 § 1 i § 2 pkt 4 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666, z późn. zm.). Drugie ze wskazanych przestępstw nawiązuje do wewnętrznej procedury, o której mowa w art. 10a ust. 1 p.p.f.t. W procedurze tej powinny zostać przewidziane sposoby wykonania środków bezpieczeństwa finansowego, a wśród tych środków powinny znajdować się procedury dla pracowników banku (działających w imieniu lub w interesie

⁸ A. Damasiewicz, Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz, 2010 – komentarz do art. 35.

banku) w kwestii wypełnienia obowiązku wskazanego w art. 107 pr. bank. I to niezależnie od zasad przewidzianych w ustawie, gdyż specyfika i organizacja funkcjonowania konkretnej instytucji może tego wymagać. Przy takim założeniu wypada przyjąć, że może dojść do spełnienia warunku odpowiedzialności karnej pracownika banku w świetle art. 107 pr. bank. na podstawie art. 35 p.p.f.t.

Odpowiedzialność karna przewidziana w art. 36 p.p.f.t. również może wypełnić warunek tej odpowiedzialności pracownika banku pod kątem art. 107 pr. bank., ale przy założeniu powyższych ustaleń dotyczących pokrywania się zakresów strony podmiotowej, gdyż podlega jej ten kto, działając w imieniu lub interesie instytucji obowiązanej, wbrew przepisom ustawy:

- odmawia przekazania Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej informacji lub dokumentów,
- przekazuje Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej nieprawdziwe lub zataja prawdziwe dane dotyczące transakcji, rachunków lub osób,
- podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

W związku z tym naruszenie obowiązku, o którym mowa w art. 107 pr. bank. występować będzie w przypadku art. 36 p.p.f.t. na podstawie bezpośredniego sprawstwa tego czynu przez pracownika banku.

Podsumowując, warunkowość odpowiedzialności karnej pracownika banku w świetle art. 107 pr. bank. może nastąpić przy wypełnieniu znamion jakiegokolwiek przestępstwa związanego z obowiązkiem zawiadomienia o podejrzeniu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. W związku z tym wbrew prezentowanym stanowiskom ograniczającym się tylko do ewentualnej odpowiedzialności przewidzianej w art. 165a lub 299 k.k., pracownik banku może ponosić odpowiedzialność również na podstawie innych przepisów karnych, ale także na zasadzie pomocnictwa w sprawstwie przestępstw prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Ponadto udało się wykazać, że niewielkie znaczenie regulacji art. 107 pr. bank. może zostać przyjęte z zastrzeżeniem, że może ona mieć istotne znaczenie w zakresie przypisania pracownikowi banku prawnego szczególnego obowiązku, co skutkuje możliwością pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej z tytułu pomocnictwa poprzez zaniechanie.

Conditionality of criminal liability of bank employees in the light of Banking Law, Article 107

Abstract

Bank employees may be held criminally liable for their failure to notify of circumstances, which indicate that money laundering or terrorism financing crimes have been committed; however, given Article 107 of the Act of 29 August 1997 – Banking Law, such liability is conditional. Conditionality means that any act committed through a bank employee's omission needs to exhaust criteria of a specific crime. This paper identifies possible criminal liability for the said legal basis, and assigns the gist to the said regulation for the purpose of criminal law.

Anna Jaskuła, Katarzyna Płończyk

Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym¹

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest wzajemny stosunek przepisu art. 40 ust. 2 pkt 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty do art. 180 § 2 k.p.k. Regulacja, zgodnie z którą lekarz nie jest związany tajemnicą lekarską, gdy zgodę na jej ujawnienie wyrazi pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy, ma zastosowanie również w toku procesu karnego. Oznacza to, że wyrażona przez osobę uprawnioną zgoda na ujawnienie tajemnicy lekarskiej czyni zbytecznym wdrażanie procedury z art. 180 § 2 k.p.k. Jednocześnie za niesłuszny uznać należy pogląd, zgodnie z którym art. 180 § 2 k.p.k. ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy lekarz odmówi składania zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą lekarską, a w przeciwnym razie sądowi wolno go przesłuchać bez wszczynania procedury przewidzianej w tym przepisie.

I

Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślał, iż „poszanowanie poufności danych dotyczących stanu zdrowia ma kluczowe znaczenie nie tylko dla prywatności pacjenta, lecz także dla utrzymania zaufania tej osoby do zawodu lekarza oraz do opieki medycznej w ogólności. Bez takiej ochrony osoby potrzebujące opieki medycznej mogą żywić obawy i zrezygnować z poszukiwania odpowiedniego leczenia, ryzykując tym samym własnym zdrowiem. Niemniej jednak nad interesami pacjenta i całego społeczeństwa związanymi z ochroną poufności danych medycznych

¹ Publikacja dotyczy niezwykle istotnego dla praktyki prokuratorskiej zagadnienia dotyczącego zakresu stosowania art. 180 § 2 k.p.k. w sprawach dotyczących błędów medycznych. Jednakże formułuje wnioski pozostające w istotnej opozycji do poglądów i zaleceń interpretacyjnych zawartych w stanowiskach wyrażanych przez Departament Postępowania Przygotowawczego Prokuratury Krajowej. Należy zatem przypomnieć, że we wskazaniach metodycznych z dnia 7 lipca 2016 r. dla prokuratorów prowadzących lub nadzorujących postępowania przygotowawcze o przestępstwa narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przez lekarza będącego gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej – art. 160 § 2 k.k. – wyrażono pogląd diametralnie odmienny od prezentowanego w publikacji (redakcja).

przeważać może interes ścigania i zwalczania przestępczości (...)”². Istotnie, postępowania przygotowawcze niejednokrotnie – przede wszystkim w sprawach o tzw. błędy medyczne, ale nie tylko – wymagają zapoznania się z danymi dotyczącymi stanu zdrowia i leczenia pacjenta, w tym uzyskania dokumentacji medycznej oraz przesłuchania członków personelu medycznego w charakterze świadków. W praktyce prokuratorskiej zarysował się ostatnio problem dotyczący procedury zwalniania lekarzy z tajemnicy lekarskiej, a szczególności wzajemnego stosunku regulacji kodeksu postępowania karnego do art. 40 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry³.

Zgodnie z art. 40 ust. 1 u.z.l. tajemnica lekarska obejmuje informacje związane z pacjentem (1), uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu (2)⁴, w tym dotyczące diagnozy i terapii oraz wszelkie inne wiadomości, z którymi lekarz zapoznał się w związku z diagnozą i leczeniem, również niezwiązane bezpośrednio ze stanem zdrowia pacjenta⁵. Informacja nie musi być powierzona lekarzowi przez pacjenta, może pochodzić od osób trzecich i podlega ochronie także wtedy, gdy lekarz uzyskał ją wbrew woli pacjenta⁶. Tajemnicą objęte są również uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu lekarza informacje niedotyczące bezpośrednio pacjenta, a np. osób mu bliskich⁷.

Istotne jest przy tym, że to pacjent jest dysponentem tajemnicy („panem tajemnicy”⁸) i to on może decydować o tym, w jakim zakresie będzie ona chroniona, skoro zgodnie z ustawą może zwolnić lekarza z obowiązku jej zachowania (art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.). Autonomia informacyjna stanowi

² Wyrok ETPCz z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie Avilkina i inni przeciwko Rosji, nr skargi 1585/09, Lex nr 1318065; wyrok ETPCz z dnia 25 listopada 2008 r. w sprawie Biriuk przeciwko Litwie, nr skargi 23373/03, Lex nr 465153; wyrok ETPCz z dnia 27 sierpnia 1997 r. w sprawie M. S. przeciwko Szwecji, nr skargi 20837/92, Lex nr 79643; wyrok ETPCz z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie I. przeciwko Finlandii, nr skargi 20511/03, Lex nr 411529.

³ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 464 z późn. zm.), dalej: u.z.l.

⁴ Zgodnie z art. 23 Kodeksu Etyki Lekarskiej tajemnicą lekarską objęte są wiadomości o pacjencie i jego otoczeniu uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi.

⁵ A. Zoll, *Tajemnica zawodowa lekarza*, (w:) *Tajemnica lekarska. Materiały z posiedzenia Komisji Etyki Medycznej w dniu 15 listopada 1993 r.*, Kraków 1994, s. 6–7; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 328, 332; M. Filar (w:) M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 227; J. Haberk, R. Kocyłowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, *Prawo i Medycyna* 2006, nr 2, s. 23; A. Augustynowicz, *Tajemnica zawodowa lekarza a współdziałanie z organami ścigania*, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 4, s. 84; A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza*, *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 6, s. 72; M. Nestorowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2015, s. 273.

⁶ A. Zoll, *Tajemnica...*, s. 7; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 333.

⁷ K. Świtała, *Tajemnice zawodów medycznych – podstawowa charakterystyka*, *Monitor Prawniczy* 2014, nr 11, s. 605.

⁸ A. Zoll, *Tajemnica...*, s. 9.

istotny element składowy chronionego m.in. w art. 47 i art. 51 Konstytucji RP prawa do prywatności i oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby oraz prawo do sprawowania kontroli nad tymi informacjami znajdującymi się w posiadaniu innych podmiotów⁹. Dla ochrony dóbr osobistych zgoda dysponenta ma znaczenie zasadnicze, o ile tylko dotyczy dobra pozostającego w swobodnej dyspozycji uprawnionego, a tak jest w przypadku tajemnicy¹⁰ i m.in. dlatego art. 266 § 3 k.k. uzależnia ściganie przestępstwa polegającego na bezprawnym ujawnieniu tajemnicy zawodowej od wniosku pokrzywdzonego¹¹. Prawo tylko wtedy chroni daną wiadomość jako tajemnicę lekarską, gdy zainteresowany w takiej ochronie jest pacjent¹². Prywatność należy bowiem do tej kategorii dóbr prawnych, przy których zakres ochrony w konkretnym przypadku pozostawiony jest do decyzji samej zainteresowanej jednostki¹³. Obowiązek dyskrekcji pozostaje zatem w dyspozycji osoby zainteresowanej zachowaniem tajemnicy, czyli osoby, której dana wiadomość dotyczy¹⁴. *Volenti non fit iniuria* – każdy człowiek może wyrazić zgodę i uprawnnić inną osobę do przekazywania, a nawet do rozpowszechniania informacji o nim samym¹⁵.

W literaturze podnosi się, iż tajemnica lekarska to pewnego rodzaju domniemanie wzruszalne, polegające na założeniu, iż pacjent pragnie zachowania w sekrecie tego, co lekarz wie o jego prywatnym życiu – jeśli wola pacjenta nie jest znana, to znaczy, że nie życzy sobie ujawniania informacji objętych tajemnicą lekarską¹⁶. Domniemanie to upada, gdy pacjent zwolni lekarza z zachowania tajemnicy. Przyjąć zatem należy, że co do zasady zgody pacjenta na zwolnienie z tajemnicy nie można domniemywać. Winna mieć ona charakter wyraźny, przy czym sposób jej wyrażenia nie jest sformalizowany, zgoda ta może więc być zarówno ustna, jak i pisemna. To

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, Lex nr 1094213, pkt 5.3.

¹⁰ M. Sośniak, Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych (w:) *Prace z prawa cywilnego*. Wydane dla uczczenia pracy naukowej prof. Józefa Stanisława Piątkowskiego, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1985, s. 66, 69; por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2006 r., sygn. II CSK 280/06, Lex nr 232817; odmiennie: M. Safjan, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1995, nr 1, s. 11.

¹¹ M. Szewczyk, *Prawnokarna ochrona tajemnicy zawodowej lekarza*, CzPKiNP 2001, nr 1, s. 164.

¹² A. Zolli, *Tajemnica...*, s. 9; Zgodnie z art. 25 Kodeksu Etyki Lekarskiej zwolnienie z zachowania tajemnicy lekarskiej może nastąpić, gdy pacjent wyrazi na to zgodę.

¹³ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 327.

¹⁴ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 98.

¹⁵ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 335, 343; R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 40.

¹⁶ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 335.

ostatnie rozwiązanie, co oczywiste, jest korzystniejsze – choćby dla szeroko rozumianych celów dowodowych¹⁷. Forma pisemna umożliwi także udokumentowanie faktu stosownego pouczenia dysponenta tajemnicy o możliwych niekorzystnych skutkach jej ujawnienia. Konsekwencją istoty wyrażanej przez pacjenta zgody na udostępnienie innym osobom informacji objętych tajemnicą lekarską jest to, że zgoda ta może zostać odwołana w każdym czasie, nawet bez żadnego uzasadnienia czy wręcz bez przyczyny¹⁸.

II

W praktyce prokuratorskiej pojawił się problem, czy w toku postępowania przygotowawczego wyrażona przez pacjenta zgoda na ujawnienie tajemnicy lekarskiej może zastąpić zezwolenie sądu wydawane na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., czyli mówiąc inaczej – jaki jest wzajemny stosunek przepisów kodeksu postępowania przygotowawczego (w tym art. 180 § 1 i 2 k.p.k.) i ustaw statuujących obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, w tym ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Dla porównania warto przytoczyć poglądy orzecznictwa i doktryny dotyczące również innych tajemnic zawodowych.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem art. 180 § 1 k.p.k. stanowi *lex specialis* względem przepisów ustaw, które wprowadzają poszczególne obowiązki zachowania tajemnic związanych z wykonywaniem określonego zawodu¹⁹. Art. 180 § 1 k.p.k. jest przepisem szczególnym wobec przepisów ustanawiających konkretną tajemnicę i może stanowić podstawę prawną zwolnienia z tej tajemnicy – wyraźnie widać to na przykładzie ustaw zawodowych, które same nie przewidują trybu zwolnienia. Może być jednak i tak, jak w przypadku tajemnicy sędziowskiej, prokuratorskiej czy komorniczej²⁰, których uchylenie na potrzeby procesu karnego zostało wprost przewidziane w odrębnych ustawach i ma pierwszeństwo przed trybem opisanym w art.

¹⁷ R. Kubiak, Tajemnica (...), s. 42; D. Karkowska, Komentarz do art. 14 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Lex 2015, teza 3; *per analogiam* M. Boratyńska, Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej, Prawo i Medycyna 2014, nr 1, s. 65.

¹⁸ *Per analogiam* M. Boratyńska, Autonomia..., s. 65.

¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, Lex nr 1094213, pkt 5.3; M. Rusinek, Tajemnica..., s. 118.

²⁰ Art. 85 § 1 i 3 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych – tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 133 z późn. zm. („obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, gdy sędzia składa zeznanie jako świadek przed sądem...”); analogicznie: art. 35 § 1 i 3 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym – tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1254; ponadto: art. 20 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji – tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1138 z późn. zm. („obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, gdy komornik składa zeznanie jako świadek lub strona przez sądem lub prokuratorem...”); art. 102 § 1 i 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze – Dz. U. z 2016 r., poz. 177 z późn. zm. („obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, gdy prokurator składa zeznania jako świadek w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem...”).

180 § 1 k.p.k. Oczywiście jest, że przesłuchując prokuratora czy komornika (a w postępowaniu sądowym również sędziego), organ procesowy nie ma obowiązku wydawania postanowienia o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej, skoro ustaje ona z mocy prawa. Jednak przepisy wymienionych ustaw przewidują także szczególne tryby zwolnienia z tajemnicy w przypadku, gdyby ujawnienie tajemnicy zagrozić mogło dobru Państwa albo takiemu ważnemu interesowi prywatnemu, który nie jest sprzeczny z celami wymiaru sprawiedliwości. W takim wypadku zwolnić z tajemnicy może sędzię – Minister Sprawiedliwości, sędzię Sądu Najwyższego – Pierwszy Prezes SN, prokuratora – Prokurator Krajowy, a komornika (wyłącznie w razie zagrożenia dobra Państwa) – Minister Sprawiedliwości. W tych przypadkach przesłuchujący świadka prokurator lub sędzia nie może skorzystać z trybu przewidzianego w art. 180 § 1 k.p.k. i sam zwolnić świadka z obowiązku zachowania tajemnicy.

O ile zatem art. 180 § 1 k.p.k. stanowi *lex specialis* względem przepisów ustanawiających poszczególne tajemnice zawodowe, o tyle jego relacja względem przepisów uchylających tajemnicę jest odmienna: przepisy te mają bowiem pierwszeństwo przed art. 180 § 1 k.p.k.²¹ Trudno zatem zgodzić się z poglądem, iż w toku postępowania karnego obowiązuje wyłącznie tryb przewidziany przepisami kodeksu postępowania karnego, w takim bowiem wypadku treść art. 102 § 3 ustawy Prawo o prokuraturze i art. 20 ust. 3 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, w których mowa jest odpowiednio o składaniu zeznań „w postępowaniu przygotowawczym” i „przed sądem” uznać należałoby za zbyt wąską, a ustanie obowiązku tajemnicy dotyczyłoby wyłącznie składania zeznań przed sądem w innym postępowaniu niż postępowanie karne. Już z samego brzmienia art. 180 § 1 k.p.k. („jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej”) wynika, iż ustawy szczególne mogą inaczej uregulować tryb zwalniania z określonej tajemnicy zawodowej.

Należy teraz zadać pytanie, jaki jest stosunek art. 180 § 1 do § 2 tego przepisu oraz art. 180 § 2 k.p.k. do przepisów ustaw „zawodowych” i na ile powyższe rozważania odnieść można do tajemnicy lekarskiej. Jak wyraził to Trybunał Konstytucyjny²², przepis art. 180 § 2 k.p.k., przewidujący surowsze reguły zwalniania z obowiązku zachowania tajemnicy w stosunku do przedstawicieli niektórych zawodów, wprowadza wyjątek od zasady ogólnej wyrażonej w art. 180 § 1 k.p.k. Dodać należy, iż art. 180 § 2 k.p.k. to „coś więcej” niż tylko prawo odmowy zeznań, inaczej bowiem niż w § 1 ustawodawca posługuje się tu sformułowaniem „mogą być przesłuchiwane”, co oznacza, że przepis § 2 skierowany jest do organu procesowego i statuuje zakaz dowodowy²³.

²¹ B. Kurzępa, Zakazy dowodzenia w procesie karnym, Prokurator 2002, nr 2, s. 72.

²² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, Lex nr 133768, pkt 2.

²³ M. Rusinek, Tajemnica..., s. 107; P. Hofmański, S. Zabłocki, Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych, pkt 4.1.2.4; A. Górski, Lekarz w procesie karnym

Nie zmienia to jednak stosunku tego przepisu do przepisów ustanawiających tajemnice zawodowe, w tym wypadku notarialną, adwokacką, lekarską, dziennikarską, statystyczną oraz tajemnicę radcy prawnego i doradcy podatkowego. Pomędzy zawartymi w ustawach zawodowych przepisami zobowiązującymi do zachowania tajemnicy a art. 180 § 2 k.p.k. zachodzi relacja *lex generalis – lex specialis*²⁴. Przepis art. 180 § 2 k.p.k. ma zastosowanie także wtedy, gdy przepisy ustaw zawodowych nie przewidują możliwości zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy, jak ma to miejsce np. w przypadku adwokatów czy radców prawnych. Zgodnie z art. 6 ust. 3 prawa o adwokaturze²⁵ i art. 3 ust. 5 ustawy o radcach prawnych²⁶ adwokata i radcy prawnego nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę, zgodnie natomiast z art. 12 ust. 1 ustawy o statystyce publicznej²⁷ pracownicy służb statystyki publicznej i osoby wykonujące czynności na rzecz statystyki publicznej obowiązani są do bezwzględnego przestrzegania tajemnicy statystycznej. W odniesieniu do tych przepisów art. 180 § 2 k.p.k. stanowi przepis szczególny²⁸, który pozwala na zwolnienie z tajemnicy, choć ustawy zawodowe, wprowadzając bezwzględne zakazy, nie zawierają zastrzeżenia „chyba że ustawy szczególne stanowią inaczej”²⁹.

(wybrane zagadnienia) (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, red. P. Kardas, t. II, Warszawa 2012, s. 1595.

²⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, Lex nr 133768, pkt 2; B. Kurzępa, Zakazy..., s. 73; B. Kunicka-Michańska, Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym, Warszawa 1972, s. 191; M. Kucharczyk, Charakter prawny tajemnicy adwokackiej, Przegląd Sądowy 2008, nr 11–12, s. 109; R. A. Stefański, Ujawnienie tajemnicy zawodowej przez świadka w nowym kodeksie postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 1998, nr 4, s. 120; D. Rydlichowska, Tajemnica lekarska w postępowaniu karnym, Prokuratura i Prawo 2015, nr 9, s. 43; K. Boratyńska (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 7, Warszawa 2016, s. 485–486, por. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1995 r., sygn. I KZP 15/94, Lex nr 20707, pkt 6; odmiennie: A. Górski, Lekarz..., s. 1594, przypis 25.

²⁵ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 615 z późn. zm.).

²⁶ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 233 z późn. zm.).

²⁷ Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1068).

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, Lex nr 133768, pkt 2; uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1994 r., sygn. I KZP 5/94, Lex nr 20671; por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, Lex nr 1094213, pkt 5.2; B. Kurzępa, Zakazy..., s. 74.

²⁹ Takie zastrzeżenie zawiera natomiast art. 37 ust. 2 w zw. z ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 794), zgodnie z którym doradca podatkowy nie może być przesłuchiwany jako świadek co do faktów i informacji, z którymi zapoznał się w związku z wykonywaniem zawodu, chyba że został zwolniony od tego obo-

Nieco inaczej jednak będzie w przypadku ustaw, które wprost przewidują uchylenie tajemnicy lub zwolnienie z niej. Przykładem pierwszego rozwiązania będzie art. 18 ust. 3 prawa o notariacie³⁰, przykładem drugiego – art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. i art. 16 ust. 1 prawa prasowego³¹. W przypadku notariusza, gdy składa on zeznania przed sądem, jest z mocy ustawy zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy (i art. 180 § 2 k.p.k. nie znajdzie zastosowania)³², natomiast w postępowaniu przygotowawczym prokurator musi (na podstawie art. 180 § 2 k.p.k.) wystąpić do sądu o zezwolenie na przesłuchanie. W zależności zatem od sytuacji procesowej zastosowanie znajdzie albo przepis k.p.k., albo przepis ustawy zawodowej. Jak już wspomniano powyżej, za niezasadny uznać należy pogląd abstrakcyjnie zakładający, iż w toku postępowania karnego obowiązuje wyłącznie tryb przewidziany w art. 180 § 1 lub 2 k.p.k., a przepisy innych ustaw nie mogą być stosowane.

Również i w przypadku tajemnicy lekarskiej nie ma podstaw do tego, by na gruncie postępowania karnego *a priori* wyłączać stosowanie art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. Zgodnie z art. 40 ust. 2 tej ustawy przepisu ust. 1 (statuującego tajemnicę lekarską) nie stosuje się, m.in. gdy tak stanowią ustawy (pkt 1) i gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia (pkt 4). Przewidziany w pkt 1 wyjątek dotyczy m.in. regulacji zawartej w art. 180 § 2 k.p.k.³³, ale nie „unieważnia” on tym samym wyjątku z pkt 4. Przepis, który przewiduje zgodę dysponenta tajemnicy (art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.) nie pozostaje w stosunku do art. 180 k.p.k. w relacji szczególności (żaden ze wskazanych przepisów nie jest dla drugiego *lex specialis*)³⁴. Oznacza to, że tam, gdzie dysponent tajemnicy wyraził zgodę na jej ujawnienie, odpada konieczność i możliwość wdrażania trybu z art.

wiązku w trybie określonym odrębnymi ustawami. Odrębną ustawą będzie w tym wypadku właśnie k.p.k.

³⁰ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 164 z późn. zm.) („obowiązek zachowania tajemnicy ustaje, gdy notariusz składa zeznania jako świadek przed sądem...”).

³¹ Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. 1984 r., Nr 5 poz. 24 z późn. zm.).

³² Ujawnienie tajemnicy nie narusza w takim wypadku obowiązku dyskrecji – E. Plebańek, M. Rusinek, Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna, CzPKiNP 2007, nr 1, s. 81.

³³ M. Malczewska, Komentarz do art. 40 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Lex 2014, pkt 9–10; por. B. Kunicka-Michańska, Ochrona..., s. 191.

³⁴ Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1995 r., sygn. I KZP 15/94, Lex nr 20707, pkt 6; Sąd Najwyższy zajmował się relacją art. 16 ust. 1 Prawa prasowego do art. 163 d.k.p.k., ale rozważania te pozostają aktualne również na gruncie k.p.k. z 1997 r. i ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Oznacza to, iż pomiędzy przepisem ustanawiającym tajemnicę a przepisem przewidującym zwolnienie z niej zachodzi stosunek specjalności, natomiast poszczególne przepisy „zwalniające” (w różnym trybie) z tajemnicy, np. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. i art. 180 k.p.k. pozostają względem siebie równorzędne.

180 § 1 lub 2 k.p.k.³⁵ Od momentu wyrażenia przez pacjenta zgody lekarz nie jest już bowiem osobą „obowiązana do zachowania tajemnicy lekarskiej” i tym samym fakty związane z leczeniem wyrażającego zgodę pacjenta nie są już w tej konkretnej sytuacji procesowej „objęte tą tajemnicą”. W konsekwencji, zarówno dla samego lekarza, jak i dla przesłuchującego, tajemnica przestaje być blokadą legalnego udzielania/pozyskiwania informacji. Przepisów ustawy procesowej nie można stosować ani interpretować w oderwaniu od innych regulacji prawnych, czego art. 180 k.p.k. jest najlepszym przykładem – bez ustanowienia poszczególnych rodzajów tajemnic w ustawach zawodowych przepis ten byłby zbędny. Kodeks postępowania karnego nie definiuje dla własnych potrzeb wszystkich zawartych w nim pojęć i czasem odwołuje się do innych aktów normatywnych³⁶. Dla stwierdzenia, czy świadek jest lekarzem oraz czy okoliczności objęte są tajemnicą lekarską, miarodajne są regulacje zawarte w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty³⁷.

Możliwość zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej jest niezależna od tego, czy przepisy określające dany rodzaj tajemnicy przewidują odrębny tryb jej ujawniania³⁸, co oznacza, że jeśli ustawy te takiego zwolnienia nie przewidują, to następuje ono na podstawie art. 180 § 1 lub 2 k.p.k., a jeśli przewidują – to stosować się będzie przepisy ustaw korporacyjnych, a gdy tajemnica nie zostanie uchylona na ich podstawie – art. 180 § 1 lub 2 k.p.k. Nie ma podstaw do twierdzenia (a taki pogląd pojawia się w praktyce prokuratorskiej), iż wyrażenie zgody na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. dotyczy wszystkich innych sytuacji oraz procedur, a nie znajduje zastosowania w postępowaniu karnym.

Analizując treść art. 180 § 2 k.p.k. można zapytać, czy „pierwszeństwo” w jego stosowaniu nie powinno wynikać z faktu, że wprowadza on obostrzenia dla zwolnienia z tajemnicy lekarskiej w toku postępowania karnego – nie wydaje się jednak, by był to właściwy trop. Przywołany przepis wprowadza podwyższone wymagania przy zwalnianiu z obowiązku zachowania tajemnicy, który może zostać uchylony tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Zastrzeżenie to wynika z zasady proporcjonalności i siłą rzeczy będzie miało zastosowanie tylko tam, gdzie dochodzi do kolizji dóbr prawnych, w tym wypadku prawa pacjenta do prywatności i dobra wymiaru sprawiedliwości. Jeśli jednak pacjent wyraził zgodę na ujawnienie przez lekarza tajemnicy lekarskiej, odpada

³⁵ K. Lenczowska-Soboń, Dopuszczalność przesłuchania lekarza jako świadka, Komentarz Praktyczny, Lex nr 72181, pkt 4 (Autorka przedstawia dwie alternatywne możliwości zwolnienia z zachowania tajemnicy – przez sąd bądź przez pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, a po śmierci pacjenta – przez osobę bliską.).

³⁶ M. Rusinek, Tajemnica..., s. 93.

³⁷ M. Rusinek, Tajemnica..., s. 111.

³⁸ B. Kurzępa, Zakazy..., s. 73.

konieczność „równoważenia” dóbr prawnych i nie ma potrzeby badania, czy przesłuchanie lekarza jest „niezbędne” dla wymiaru sprawiedliwości; wystarczy więc, że jako zgodne z wolą pacjenta (najczęściej strony postępowania karnego) będzie ono przydatne dla osiągnięcia celów postępowania. Nawet jeśli „przepisy o prawie odmowy zeznań czy odpowiedzi na pytania stron mają chronić świadka, który w sytuacji dylematu etycznego stałby w trudnej moralnie sytuacji, czy zeznawać prawdę”³⁹, to przecież lekarz zwolniony z tajemnicy przez pacjenta automatycznie jest od takiego dylematu uwolniony.

Oznacza to, że art. 180 § 2 k.p.k. nie wyłącza stosowania art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l., a wręcz przeciwnie – regulacja zawarta w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty może „wyprzedzić” i w konsekwencji „wyłączyć” stosowanie art. 180 § 2 k.p.k. w tym sensie, że wyrażona przez pacjenta zgoda czyni wdrażanie procedury z art. 180 § 2 k.p.k. zbytecznym.

Jako argument za „wyłącznym” stosowaniem w postępowaniu karnym art. 180 § 2 k.p.k. z pominięciem zwolnienia na podstawie art. 40 ust. 2 u.z.l. podaje się niekiedy, iż w odróżnieniu do art. 180 § 1 k.p.k. nie posługuje się on sformułowaniem „jeśli ustawy szczególne nie stanowią inaczej”⁴⁰. Należy uwzględnić, że przepisy prawa podlegają interpretacjom wedle poszczególnych metod wykładni bez względu na to, czy zawierają wskazaną formułę. Jak już wspomniano, ustawa Prawo o adwokaturze nie przewiduje zwolnienia z tajemnicy adwokackiej i nie zawiera w tym zakresie zastrzeżenia „jeśli ustawy szczególne nie stanowią inaczej”, a pomimo tego art. 180 § 2 k.p.k. stanowi przepis szczególny, który na takie zwolnienie z tajemnicy adwokackiej pozwala. Zatem pomimo tego, iż w art. 180 § 2 k.p.k. brak tego rodzaju zastrzeżenia, nie wyłącza to stosowania przepisów innych ustaw, w tym art. 40 ust. 2 u.z.l. Pamiętać należy przy tym o treści art. 40 ust. 2a u.z.l., zgodnie z którym ujawnienie tajemnicy może nastąpić wyłącznie w niezbędnym zakresie⁴¹, przy czym w sytuacji, gdy to pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, może on jednocześnie określić zakres tego ujawnienia (art. 40 ust. 2a zd. 2 u.z.l.).

III

Dodać należy, iż gdyby w przedmiocie zwalniania z tajemnicy zawodowej przyznać bezwzględny prymat k.p.k. nad ustawą o zawodach lekarza i lekarza dentysty, to analogicznie postąpić należałoby w przypadku postępowania cywilnego, a to prowadziłoby do rozwiązań trudnych do zaakceptowania.

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 49/13, Lex nr 1312093 (orzeczenie dotyczyło tajemnicy radcowskiej).

⁴⁰ T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 180 k.p.k., Lex 2014, poz. 4.

⁴¹ M. Boratyńska, P. Konieczniak, Prawa..., s. 350.

Zgodnie z art. 261 § 2 k.p.c. lekarz występujący jako świadek może odmówić odpowiedzi na pytanie, jeśli zeznanie miałyby być połączone z ujawnieniem istotnej tajemnicy zawodowej. Przepis ten – inaczej niż regulacje w postępowaniu karnym – nie konstytuuje zakazu dowodowego, jako że nie wyłącza możliwości przesłuchania lekarza, a jedynie przyznaje świadkowi prawo do odmowy odpowiedzi na zadane mu pytanie w sytuacji, gdy zeznanie mogłoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Tak więc sąd może pytać, a decyzję w sprawie ujawnienia okoliczności i faktów objętych tajemnicą lekarską oraz zakresu ich ujawnienia pozostawiono lekarzowi⁴², przerzucając na niego ocenę, czy istotna tajemnica zawodowa w danej sytuacji wiąże go czy też nie. Oczywistym jest przy tym, że dokonując ocen i podejmując decyzję lekarz kierować się będzie art. 40 u.z.l.⁴³

Realny zakres obowiązywania tajemnicy lekarskiej jest tu wyznaczany m.in. przez autonomiczne działanie pacjenta, który może wyrazić zgodę na ujawnienie tajemnicy i w ten sposób istotnie wpływać na status lekarza jako świadka w postępowaniu przez sądem⁴⁴. Warto przy tym pamiętać, iż procedura cywilna nie przewiduje odrębnej, „własnej” regulacji w zakresie zwalniania osób z obowiązku ochrony tajemnicy zawodowej. W konsekwencji twierdzenie, iż art. 261 § 2 k.p.c. ma „pierwszeństwo” i wyłącza stosowanie art. 40 u.z.l. prowadziłoby do sytuacji, gdy lekarz nawet za zgodą pacjenta, w jego interesie, a nawet na jego wniosek, np. w procesie o odszkodowanie z powodztwa pacjenta, nie mógłby złożyć zeznań, gdyby zaś je złożył – naraziłby się na odpowiedzialność karną. Różnica w tym zakresie pomiędzy procesem karnym i cywilnym polega na tym, że w kodeksie postępowania karnego przewidziano art. 180 § 2, pozwalający na ujawnienie tajemnicy nawet wbrew woli pacjenta⁴⁵, zaś w kodeksie postępowania cywilnego takiego odpowiednika brakuje, ale nie zmienia to faktu, iż w obu procedurach zgoda pacjenta pozwala lekarzowi na legalne złożenie zeznań.

W toku postępowania cywilnego zabezpieczane lub realizowane są przede wszystkim prawa prywatne, pochodzące ze sfery autonomicznej aktywności jednostek, opartej na równości podmiotów stosunków prawnych i wolności

⁴² D. Karkowska, Komentarz do art. 14 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Obywatelskich, Lex 2015, pkt 7; K. Lenczowska-Soboń, Dopuszczalność..., pkt 6; J. Preussner-Zamorska, Zakres prawnie chronionej tajemnicy w postępowaniu cywilnym, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1998, nr 2, s. 287; A. Klich, Lekarz jako osobowe źródło dowodowe w postępowaniu cywilnym, Prawo i Medycyna 2013, nr 3–4, s. 131.

⁴³ Istnienie i stan tajemnicy ocenia się bowiem „najpierw” wg brzmienia odpowiednich przepisów ustaw, które tajemnicę reglamentują – K. Boratyńska (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks..., s. 485.

⁴⁴ A. Klich, Lekarz..., s. 133.

⁴⁵ Dodatkowa różnica polega oczywiście na tym, że art. 261 § 2 k.p.c., podobnie jak art. 180 § 1 k.p.k., a odmiennie niż art. 180 § 2 k.p.k., nie wprowadza zakazu dowodowego. Na gruncie k.p.c. tajemnica lekarska jest tajemnicą „prywatną” i sąd nie ma obowiązku kontrolowania jej przestrzegania przez świadka – A. Klich, Lekarz..., s. 133.

dokonywania czynności prawnych. W procesie cywilnym nie budzi zatem wątpliwości, że skoro określone prawa przysługują jednostce i są związane z jej interesem, to ona właśnie ma decydować o tym, czy dane prawo chce chronić i za pomocą jakich środków prawnych⁴⁶. Tezę tę swobodnie przełożyć można nie tylko na prawa jednostki w postępowaniu cywilnym, ale na jej prawa w ogóle. Prawo karne ma natomiast za zadanie chronić nie tylko jednostkę, ale też interes ogółu⁴⁷ i dlatego w procesie dochodzenia do prawdy sądowi w procesie karnym „wolno więcej”, tzn. może zwolnić lekarza z tajemnicy nawet bez zgody pacjenta – gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Zakaz przesłuchania lekarza na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. jest niezależny od woli tego świadka⁴⁸, z art. 40 u.z.l. wynika natomiast „nakaz” odmowy składania zeznań, o ile lekarz nie zostanie zwolniony z obowiązku zachowania tej tajemnicy. Takie zwolnienie przewiduje ust. 2 powołanego art. 40 u.z.l., zaś w procedurze karnej dodatkowo (ale nie: zamiast tego) art. 180 § 2 k.p.k.

Co więcej, to właśnie w postępowaniu cywilnym funkcjonuje pewien wyłom w zasadzie dotyczącej wyraźnego charakteru zgody pacjenta na zwolnienie z tajemnicy. Samo wniesienie przez pacjenta pozwu przeciwko szpitalowi i zarazem złożenie wniosku o przesłuchanie lekarzy na okoliczności związane z jego leczeniem pozwala przyjąć, iż w trybie art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. wyraża on zgodę na ujawnienie tajemnicy z tym leczeniem związanej w toku zainicjowanego przezeń procesu⁴⁹. Podkreśla się również, iż brak możliwości zwolnienia przez sąd w postępowaniu cywilnym z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie zdejmuje z sądu obowiązku udzielenia osobie wezwanej w charakterze świadka odpowiednich pouczeń⁵⁰. W postępowaniu przygotowawczym wydaje się jednak pożądane uzyskanie od świadka – dysponenta tajemnicy lekarskiej jednoznacznego stanowiska w przedmiocie zwolnienia lekarza z obowiązku jej zachowania. Oświadczenie to może zostać złożone zarówno do protokołu, jak i w formie odrębnego dokumentu.

⁴⁶ J. Jaśkiewicz, *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 47.

⁴⁷ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 28 grudnia 2005 r., sygn. VII Ca 982/05, Lex nr 1713843.

⁴⁸ E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 73; Nie wydaje się przy tym, by w procesie cywilnym lekarz był uprawniony do rozstrzygania kolizji dóbr prawnych w postaci chronionego tajemnicą prawa do prywatności, praw indywidualnych dochodzonych w tym postępowaniu i dobra natury ogólnej, jakim jest interes wymiaru sprawiedliwości (por. J. Preussner-Zamorska, *Zakres...*, s. 315; M. Nesterowicz, *Prawo...*, s. 276; M. Safjan, *Problemy...*, s. 41–43). Trudno znaleźć podstawę, dla której taka decyzja oddana zostałaby w ręce świadka – lekarza.

⁴⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 września 2016 r., sygn. I ACa 66/16, Lex nr 2137005; A. Dyszlewska-Tarnawska, (w:) L. Ogiegło (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 457.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 września 2016 r., sygn. I ACa 66/16, Lex nr 2137005; wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 28 grudnia 2005 r., sygn. VII Ca 982/05, Lex nr 1713843.

IV

Mając na uwadze przytoczone wyżej rozważania, należy zaaprobować następującą praktykę w postępowaniu przygotowawczym: jeśli pacjent jest pełnoletni i sam występuje w charakterze pokrzywdzonego/świadka, należy podczas przesłuchania (w sprawach dot. błędów medycznych przesłuchanie pokrzywdzonego będzie z reguły pierwszą lub jedną z pierwszych czynności procesowych) zapytać go, czy wyraża zgodę na ujawnienie w procesie karnym tajemnicy lekarskiej. Informacji o „niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia” udziela w takim wypadku organ prowadzący przesłuchanie. Ustawa nie wymaga wszak, by był to lekarz, a w toku postępowania przygotowawczego organ procesowy będzie miał znacznie szerszą wiedzę na temat możliwych „zagrożeń” (np. ujawnienie tajemnicy w procesie sądowym⁵¹, możliwość dostępu do akt przez inne osoby itd.).

O ile zatem w stosunkach lekarz – pacjent poinformowanie o możliwych niekorzystnych konsekwencjach ujawnienia tajemnicy ma znaczenie tylko w specyficznych sytuacjach (np. w przypadku testów genetycznych, gdy pacjent nie jest w stanie właściwie ocenić informacji), bo w pozostałych to pacjent wie lepiej, jakie będą konsekwencje ujawnienia tajemnicy⁵², o tyle w procesie karnym uświadomienie pacjentowi dalszego „postępowania z jego tajemnicą” może mieć znaczenie dla jego decyzji. Wydaje się, iż pouczenie takie winno nastąpić również w sytuacji, gdy świadek-pacjent oświadczy, iż przewidującą złożył już w placówce medycznej, w której korzystał z pomocy, stosowne oświadczenie w trybie art. 40 u.z.l. dotyczące wszystkich lekarzy, którzy mieli z nim zawodowy kontakt.

Dopiero jeśli pacjent takiej zgody nie wyrazi⁵³, zasadnym będzie wystąpienie do sądu o zwolnienie lekarza z tajemnicy. Oczywiście skierowanie wniosku w trybie art. 180 § 2 k.p.k. bez wcześniejszego uzyskania stanowiska pacjenta (lub jego przedstawiciela ustawowego) nie jest sprzeczne z prawem, bo jak już powiedziano „sposoby” zwolnienia z tajemnicy lekarskiej są względem siebie równorzędne, ale zapytanie pacjenta-pokrzywdzonego o zgodę i po jej uzyskaniu zaniechanie składania wniosku o zwolnienie z tajemnicy znacznie ułatwi postępowanie przygotowawcze i pozwoli na jego skrócenie.

⁵¹ Dodać należy, iż po zmianie art. 181 § 1 k.p.k. i wprowadzeniu art. 181 § 1a k.p.k. udzielenie przez pacjenta zgody na zwolnienie z tajemnicy lekarskiej ma w procesie karnym daleko idące konsekwencje.

⁵² M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 347.

⁵³ W postępowaniu przygotowawczym w sprawie tzw. błędu medycznego będzie to raczej sytuacja wyjątkowa, ale z uwagi na konsekwencje płynące z art. 181 k.p.k. nie można tego wykluczyć – o czym poniżej. Ponadto kwestia zwolnienia z tajemnicy lekarskiej nie zawsze dotyczy leczenia pacjenta-pokrzywdzonego. Może się też odnosić do leczenia pacjenta, który w postępowaniu występuje jako podejrzany i nie jest zainteresowany ujawnianiem informacji na jego temat.

W tym miejscu musi pojawić się pytanie, co się stanie, jeśli pokrzywdzony-pacjent w toku postępowania „zmieni zdanie” i zgodę cofnie. Czy skorzystanie przez niego z jego niekwestionowanego prawa nie sparaliżuje postępowania karnego i nie zaprzepaści jego dotychczasowych ustaleń? Obawy takie nie wydają się być uzasadnione. Po pierwsze – raczej nie należy przewidywać dużej liczby takich postąpień (pokrzywdzeni-pacjenci z reguły są naprawdę zainteresowani w niezakłóconym biegu postępowania), po drugie – w takim przypadku dojdzie do komplikacji raczej umiarkowanych. Nie powinno budzić wątpliwości, iż dotychczas przeprowadzone czynności procesowe, w których wykorzystano zgodę pacjenta (czyli przesłuchania lekarzy) pozostają „ważne”, jako że przeprowadzono je legalnie, korzystając z udzielonej przez pacjenta zgody. W zakresie, w którym nie zdołano przeprowadzić przesłuchań lekarzy – koniecznym będzie wykorzystanie dyspozycji art. 180 § 2 k.p.k. wobec zaktualizowania się jego przesłanek i wystąpienie do sądu ze stosownym wnioskiem. Wniosek taki będzie niezbędny również w sytuacji, gdy tajemnicą lekarską objęte są informacje dotyczące łącznie dwóch lub więcej osób, a uzyskano zgodę tylko jednej z nich (np. w przypadku defektu genetycznego dotyczącego rodzeństwa).

Dodać należy, iż zmiana regulacji prawnych, jaka nastąpiła w dniu 5 sierpnia 2016 r. na podstawie ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2016 r., poz. 1070) nic w tym zakresie nie zmieniła (poza wprowadzeniem wprost zasady, iż osoba uprawniona może określić zakres zwolnienia z tajemnicy).

Aktualny pozostaje zatem pogląd wyrażony w piśmiennictwie prawniczym: świadek może się powołać na tajemnicę tylko wtedy, gdy nie istnieje żadna okoliczność uchylająca obowiązek jej dochowania i nie został zwolniony z dyskrekcji przez osobę, której informacja dotyczy⁵⁴, przy czym w przypadku tajemnic określonych w art. 180 § 2 k.p.k. będzie to nie tylko prawo świadka do odmowy zeznań, ale skierowany do organu procesowego zakaz jego przesłuchania. Zakaz dowodowy z art. 180 § 2 k.p.k. oznacza, że to organ procesowy zobowiązany jest czuwać na tym, czy okoliczności, o których zeznaje świadek nie są objęte zawodowym obowiązkiem dyskrekcji i czy mogą być ujawnione⁵⁵. Ustalając zaś istnienie przesłanek wspomnianego zakazu należy pamiętać, iż tajemnica zawodowa ma charakter względny, gdyż jej dysponent tj. pacjent ma możliwość zwolnienia lekarza z obowiązku dyskrekcji⁵⁶. Lekarz zwolniony przez pacjenta nie może powołać się na art. 180 § 2 k.p.k., bo przestała istnieć przesłanka stosowania tego

⁵⁴ M. Rusinek, *Tajemnica...*, s. 98.

⁵⁵ M. Rusinek, *Tajemnica...*, s. 109.

⁵⁶ M. Rusinek, *Tajemnica...*, s. 112–113.

zakazu dowodowego⁵⁷ i nie jest on już „osobą obowiązaną do zachowania tajemnicy lekarskiej” w rozumieniu powołanego przepisu.

Zmiana ustawowa z 2016 r. dostarczyła istotnego argumentu za przedstawioną tu wykładnią. Zgodnie z art. 181 § 1 k.p.k. w nowym brzmieniu wymóg przesłuchania na rozprawie z wyłączeniem jawności nie dotyczy wypadku, gdy zwolnienie z tajemnicy zawodowej nastąpiło m.in. na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. Oczwistym jest zatem, iż ustawodawca wprost przewidział „łączone” stosowanie ustawy zawodowej (na podstawie której dochodzi do zwolnienia z tajemnicy) i kodeksu postępowania karnego (który reguluje kwestię jawności przesłuchania na rozprawie). Dotyczy to także tajemnicy innych zawodów medycznych poprzez odwołanie do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

Analizując treść art. 181 § 1 k.p.k. warto zwrócić uwagę na pewien dodatkowy aspekt: powrót do jawności rozprawy następuje automatycznie we wszystkich wypadkach, gdy zwolnienie z tajemnicy nastąpiło na podstawie wymienionych przepisów u.z.l. i ustawy o prawach pacjenta (...). Nie można jednak wykluczyć, że pacjent będzie chciał prowadzenia postępowania i przesłuchania lekarzy, ale równocześnie będzie sprzeciwiał się publicznej rozprawie w sytuacji, w której materiał dowodowy obejmuje informacje o jego stanie zdrowia, intymnych szczegółach kondycji fizycznej, upośledzeniach etc. Wydaje się oczywiste, że przy odbieraniu zgody pacjenta na podstawie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty jednym z elementów, którego będzie dotyczyć pouczenie o konsekwencjach zgody, będzie właśnie treść art. 181 § 1 k.p.k. Nie można więc wykluczyć, iż składający zawiadomienie już na tym etapie odmówi wyrażenia zgody na zwolnienie z tajemnicy lekarzy tylko dlatego, aby w razie przekazania sprawy na drogę postępowania sądowego uniknąć jawnej rozprawy. Nie wydaje się jednak, by taka była intencja ustawodawcy. Art. 181 § 1 k.p.k. w istocie nie czyni bowiem wyjątku od reguły, a uchyla wyjątek. Regułą jest przecież zgodnie z art. 355 k.p.k. rozprawa jawna, zaś wszelkie ograniczenia jawności muszą mieć charakter ustawowy. Takie ograniczenie wprowadzono w art. 181 § 1 zd. 1 k.p.k. W zdaniu 2 zaś wskazano, iż ograniczenie to „nie dotyczy wypadku, gdy zwolnienie z tajemnicy nastąpiło na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 4, art. 40 ust. 3 u.z.l. (...)”. Skoro więc ograniczenie w tym zakresie nie obowiązuje – następuje powrót do reguły, tj. jawności rozprawy i nic nie stoi na przeszkodzie, by pokrzywdzony na podstawie art. 360 § 1 pkt 1 lit. d k.p.k. złożył wniosek o wyłączenie jawności rozprawy, powołując się na „ważny interes prywatny”, rozumiany jako prawo do ochrony danych o stanie swojego zdrowia.

⁵⁷ M. Rusinek, *Tajemnica...*, s. 113.

W postępowaniu karnym, w którym pokrzywdzonym jest małoletni, zgody na ujawnienie tajemnicy lekarskiej udzielić może jego przedstawiciel ustawowy (art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.). Inaczej niż w przypadku badania czy zabiegu operacyjnego, gdzie ustawa wprost nakazuje uzyskanie zgody osoby, która ukończyła 16 lat (art. 32 ust. 5 i art. 34 ust. 4 u.z.l.), a nadto uwzględnienia stanowiska młodszych pacjentów, art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. wspomina jedynie o „pacjencie lub jego przedstawicielu ustawowym”. Dotyczy to obok rodziców małoletniego także opiekuna i kuratora ustanowionych dla osób ubezwłasnowolnionych.

W literaturze podnosi się, iż analogicznie do przepisów art. 32 i art. 34 u.z.l. oraz art. 31 u.z.l. dotyczącego udzielania bieżących informacji o stanie zdrowia, które to przepisy w szerokim zakresie respektują autonomię woli pacjenta, również przy zwolnieniu z tajemnicy na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l., powinno się wymagać zgody zarówno pacjenta, który ukończył 16 lat, jak i jego przedstawiciela ustawowego, a jeśli pacjent nie ukończył lat 16 – należy go wysłuchać⁵⁸. Jest to jednak pewien postulat uwzględniania w miarę możliwości woli małoletniego pacjenta i nie wydaje się, by uzyskanie zgody osoby małoletniej na zwolnienie z tajemnicy lekarskiej było bezwzględnie konieczne, skoro ustawa takiego wymogu nie wprowadza. W razie wątpliwości co do skuteczności zgody z art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l., np. wypadku, gdyby osoba małoletnia wyraźnie sprzeciwiła się ujawnieniu dotyczącej jej tajemnicy, prokurator powinien jednak rozważyć wystąpienie do sądu w trybie art. 180 § 2 k.p.k. Podobnie powinien postąpić, gdyby stanowiska rodziców małoletniego odnośnie do zwolnienia z tajemnicy były rozbieżne – nie ma wtedy potrzeby zwracania się do sądu opiekuńczego w trybie art. 97 § 2 k.r.o., wystarczający bowiem będzie wniosek na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. Podkreślić jednak należy, iż prokurator nie ma obowiązku czynienia ustaleń tego typu z urzędu – jeśli przedstawiciel ustawowy małoletniego, prawidłowo pouczony o konsekwencjach ujawnienia tajemnicy lekarskiej w postępowaniu karnym, wyraził na to zgodę, prokurator może na tym oświadczeniu poprzestać, chyba że ujawnią się inne okoliczności stawiające kwestię zgody pod znakiem zapytania.

W przypadku gdy sprawa o tzw. błąd medyczny dotyczy dorosłego pacjenta, który jest nieprzytomny lub z innych względów nie jest w stanie z odpowiednim rozeznaniem wypowiedzieć się na temat zwolnienia z tajemnicy – prokurator występuje do sądu o zezwolenie na przesłuchanie lekarza na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. O „odpowiednim” stosowaniu art. 31 ust. 6 u.z.l. w postępowaniu karnym nie może być bowiem mowy.

⁵⁸ D. Karkowska, Komentarz do art. 14 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Lex 2015, teza 3; R. Kubiak, Tajemnica..., s. 50.

Zmiana ustawowa, jaka weszła w życie w dniu 5 sierpnia 2016 r. ma znaczenie przede wszystkim dla zwolnienia z tajemnicy w przypadku, gdy postępowanie przygotowawcze dotyczy zmarłego pacjenta. O ile dotychczas przepis art. 40 ust. 3 u.z.l. ograniczał się do stwierdzenia, iż lekarz – z zastrzeżeniem wyjątków opisanych w art. 40 ust. 2 u.z.l. – jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta, o tyle aktualnie po śmierci pacjenta zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazić może osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, tj. małżonek, krewny lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta. Tak daleko idące ograniczenie tajemnicy lekarskiej (po śmierci pacjenta lekarz będzie zobowiązany do zachowania tajemnicy tylko wobec osób obcych dla pacjenta) budzi wątpliwości. Wskazywał na to Sąd Najwyższy⁵⁹ oraz Naczelna Rada Lekarska⁶⁰, a w dniu 28 października 2016 r. Prezes Naczelnej Rady Lekarskiej złożył do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o zbadanie zgodności nowych przepisów z konstytucją.

Próbując jednak dokonać interpretacji *de lege lata*, należy dojść do wniosku, iż aktualnie zgody na zwolnienie z tajemnicy lekarskiej udzielić mogą osoby, które za życia pacjenta należały do kręgu osób bliskich. Sformułowanie „z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1–5” oznacza tylko tyle, iż lekarz nie jest związany tajemnicą, jeśli pacjent za życia zwolnił go z tego obowiązku. Nie oznacza to jednak, by wyrażony przez pacjenta sprzeciw musiał być po jego śmierci respektowany. Inaczej mówiąc, po śmierci pacjenta lekarz będzie zwolniony z tajemnicy zarówno wtedy, gdy pacjent uprzednio zwolnił go z tajemnicy (1), gdy pacjent za życia nie wypowiedział się w tej kwestii, a po jego śmierci zgodę na ujawnienie wyrazi osoba bliska (2), jak również wtedy, gdy pacjent wprawdzie wyraził za życia swoją wolę (np. wyraźnie sprzeciwił się ujawnieniu tajemnicy lub też ograniczył jej zakres), ale osoba bliska wyrazi zgodę na uchylenie obowiązku zachowania informacji w tajemnicy (3).

W uzasadnieniu do projektu ustawy (druk sejmowy 451), omawiając zmianę w postaci umożliwienia zwolnienia z tajemnicy przez osoby bliskie po śmierci pacjenta, podkreśla się głównie, iż pozwoli ona osobom najbliższym na „poznanie całokształtu okoliczności związanych ze stanem zdrowia

⁵⁹ Opinia Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2016 r. do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, publ.: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/3118D696244FF001C1257FD5003BA756/%24File/451-006.pdf>, s. 10 i nast.

⁶⁰ Stanowisko Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 20 maja 2016 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, publ.: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0A54814C80090499C1257FBD00282AB1/%24File/451-004.pdf>, s. 1–2.

pacjenta i może poprzedzać decyzję o złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa”. Równocześnie podkreślono, iż przejście obowiązków dysponenta tajemnicy po śmierci pacjenta przez osoby mu najbliższe wynika z tego, iż „łączył je z pacjentem węzeł szczególnego zaufania”. Słuszna zdaje się być uwaga Biura Studiów i Analiz SN, w której podkreślono, iż nie zawsze relacje między pacjentem a osobami bliskimi mają charakter poprawny, czasami – z różnych powodów – pacjent stara się ukrywać fakt choroby przed osobami bliskim lub po prostu nie z każdą z nich chce dzielić się osobistymi przeżyciami związanymi ze stanem zdrowia. Ustawowy krąg osób bliskich jest zaś bardzo szeroki i nie sposób automatycznie przyjąć, że każdą z osób uprawnionych do zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej łączył z pacjentem „węzeł szczególnego zaufania”⁶¹. Niemniej jednak w chwili obecnej – nawet w sytuacji, gdy pacjent wprost wypowiedział się, że nie chce, by dana osoba bliska była informowana o jego stanie zdrowia – w momencie jego śmierci staje się ona dysponentem jego tajemnicy medycznej, nie tylko więc może pozyskać informacje, ale i je ujawniać – także na potrzeby postępowania karnego. O tym, że zwolnienie w trybie art. 40 ust. 3 u.z.l. (jak też w trybie art. 14 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta) może nastąpić również na potrzeby już toczącego się postępowania przygotowawczego świadczy bowiem m.in. treść art. 181 § 1 zd. 2 k.p.k. Dodać należy, iż sprzeciw innej osoby bliskiej zgłoszony na podstawie art. 40 ust. 3a u.z.l. powoduje konieczność wystąpienia z wnioskiem, o którym mowa w art. 180 § 2 k.p.k., przy czym wcześniejsze przesłuchania lekarzy – jako przeprowadzone legalnie – mogą zostać wykorzystane w procesie dowodzenia.

V

Rozważając kwestię zwolnienia z tajemnicy lekarskiej na potrzeby postępowania karnego, należy też odnieść się do tezy Sądu Najwyższego zawartej w postanowieniu z dnia 11 lutego 2013 r.⁶² W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż przepis art. 180 § 2 k.p.k. ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy lekarz obowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej odmówi składania zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek⁶³. Jeżeli natomiast świadek nie odmówi złożenia zeznań, sądowi wolno go przesłuchać także w tym przedmiocie bez wszczynania po-

⁶¹ Opinia Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2016 r., j.w., s. 15.

⁶² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. SNO 58/12, Lex nr 1297724.

⁶³ Analogicznie w przypadku tajemnicy adwokackiej: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. AKz 651/08, Lex nr 884573; M. Błoński, (w:) M. Błoński, M. Zdrojewska, Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem, Warszawa 2015, s. 281.

stępowania, o którym mowa w art. 180 § 2 k.p.k. W praktyce zdarza się, że sądy odmawiają uwzględnienia wniosków prokuratorskich, powołując się na okoliczność, iż poszczególni lekarze nie zostali wezwani w charakterze świadków i nie skorzystali z prawa odmowy składania zeznań.

Formułując przytoczone wyżej stanowisko Sąd Najwyższy odwołał się do wcześniejszego orzeczenia, w którym rozpatrując kwestię przesłuchania dziennikarza stwierdził, że bezwzględny zakaz zwalniania dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w zakresie danych, o jakich mowa w art. 180 § 3 k.p.k., nie oznacza, że nie można przesłuchiwać dziennikarza na te okoliczności, jeżeli on sam nie zasłania się tajemnicą dziennikarską i chce takie zeznania złożyć. Sąd nie może zwolnić dziennikarza z tajemnicy w tym zakresie, może natomiast przesłuchiwać go na okoliczności objęte tą tajemnicą, jeżeli dziennikarz sam chce złamać wiążącą go tajemnicę dziennikarską⁶⁴. Nie można jednak zapominać, że Sąd Najwyższy prezentował również stanowisko skrajnie odmienne, zgodnie z którym dziennikarz *de lege lata* nie może się „sam zwolnić” z tajemnicy dziennikarskiej, co rzekomo miałoby sprawić, że dopuszczalne stałoby się przesłuchiwanie takiego świadka na okoliczności objęte tajemnicą dziennikarską. Rzecz bowiem w tym, że zarówno ustawa „profesjonalna”, statuująca instytucję tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu, jak też najściślej z nią skorelowana ustawa karna procesowa nie dopuszczają takiej ewentualności, choć kwestie związane z tajemnicą dziennikarską zostały w obu tych aktach prawnych uregulowane nader szczegółowo i enumeratywnie wyliczono sytuacje, w których dopuszczalne jest zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację informatorów prasowych⁶⁵. Zachowanie tajemnicy nie jest prawem, a powinnością osoby wykonującej wymienione w ustawie zawody, a zatem bez uzyskania zgody na zwolnienie z tajemnicy nie jest dopuszczalne wzywanie tych osób do złożenia zeznań⁶⁶.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż – jak już wspomniano – w art. 180 § 2 k.p.k. ustawodawca nie ograniczył się (jak to ma miejsce na gruncie art. 180 § 1 k.p.k.) do ustanowienia prawa odmowy zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, ale zwracając się niejako do organu procesowego ograniczył możliwość przesłuchania wymienionych w przepisie osób, ustanawiając w ten sposób zakaz dowodowy. Pogląd Sądu Najwyższego, utożsamiający zakaz

⁶⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2004 r., sygn. III KK 278/04, Lex nr 145151.

⁶⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., sygn. II KK 184/05, Lex nr 163969.

⁶⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 marca 2009 r., sygn. II AKz 110/09, Lex nr 1222107.

przesłuchania z prawem odmowy zeznań, nie ma zatem podstaw w treści art. 180 k.p.k.⁶⁷ Sądy, odmawiając uwzględnienia wniosków prokuratorskich składanych w trybie art. 180 § 2 k.p.k., powołują się na treść art. 179 § 1 k.p.k., wywodząc, iż tylko drugi z przepisów wymaga jednoznacznie uzyskania zwolnienia z tajemnicy, co jakoby miałoby prowadzić do wniosku, iż takiego wymogu nie zawiera art. 180 § 2 k.p.k. Trudno jednak zgodzić się z takim poglądem. Pomijając kwestię odmiennego charakteru informacji niejawnych (osoba, której informacja dotyczy nie jest jej dysponentem, a ewentualnego zwolnienia dokonuje organ pozasądowy), należy zwrócić uwagę, iż w art. 180 § 2 k.p.k. używa się sformułowania „mogą być przesłuchiwane” i „w przedmiocie przesłuchania decyduje sąd”, co w postępowaniu przygotowawczym oznacza właśnie konieczność uzyskania zezwolenia. Trudno zatem z art. 179 § 1 k.p.k. wyprowadzać konkluzję o możliwości przesłuchania lekarza, o ile tylko sam nie powoła się na wiążącą go tajemnicę.

Warto też zwrócić uwagę na odmiennie uregulowania ustawowe i praktykę postępowania przygotowawczego, które nie pozwalają automatycznie przenosić rozwiązań przyjętych w zakresie tajemnicy dziennikarskiej na grunt tajemnicy lekarskiej. Wynika to z odmiennego uregulowania art. 15 ust. 2 i art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (obowiązek zachowania tajemnicy zależy od tego, czy autor materiału lub osoba udzielająca informacji zastrzegła nieujawnianie danych) i art. 40 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tajemnica lekarska nie wiąże, gdy pacjent wyrazi zgodę na jej ujawnienie, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjentów skutkach jej ujawnienia). Upraszczając zagadnienie można powiedzieć, że tajemnica dziennikarska „nie zawsze powstaje”, natomiast obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej powstaje zawsze, ale może zostać – na mocy decyzji dysponenta, jakim jest pacjent – uchylony. Dla praktyki nie bez znaczenia jest fakt, iż prawo prasowe wymaga aktywności zainteresowanego, by przekazane przez niego dane zostały objęte tajemnicą (zastrzeżenie), podczas gdy ustawa o zawodach lekarza (...) wymaga takiej aktywności, by z tajemnicy zwolnić (zgoda na ujawnienie tajemnicy). A zatem wobec bierności zainteresowanego w przypadku materiału prasowego, tajemnica z art. 15 ust. 2 prawa prasowego nie będzie obowiązywać, natomiast „bierność” pacjenta w temacie tajemnicy lekarskiej skutkować będzie niemożnością złożenia zeznań przez lekarza. W przypadku dziennikarza łatwiej zatem wyobrazić sobie sytuację, w której – bez wszczynania procedury z art. 180 § 2 k.k. – będzie on mógł złożyć zeznania, nie powołując się na tajemnicę dziennikarską, choć nadal organ procesowy będzie musiał „kontrolować” możliwość złożenia przez świadka zeznań.

⁶⁷ M. Rusinek, *Tajemnica...*, k. 108; por. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy...*, pkt 4.1.2.4.

Abstrahując od różnicy pomiędzy sytuacją prawną dziennikarza i lekarza, za słuszny uznać należy pogląd, zgodnie z którym zarówno dziennikarz, jak i lekarz nie może „sam się zwolnić” z tajemnicy zawodowej, jeśli jest nią związany. Twierdzenie, że przepis art. 180 § 2 k.p.k. ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy lekarz obowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej odmówi składania zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, odbiega od literalnego brzmienia przepisu, zgodnie z którym „osoby obowiązane do zachowania tajemnicy (...) lekarskiej (...) mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”.

Jak już wcześniej wspomniano, wyłączenie stosowania przepisu art. 180 § 2 k.p.k. jest możliwe wtedy, gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyrażą zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia (art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.). Patrząc na praktykę postępowania przygotowawczego warto zwrócić uwagę, iż najczęściej to pokrzywdzony-pacjent bądź jego przedstawiciel ustawowy będzie pierwszym przesłuchanym w sprawie świadkiem. Jeśli zwolni on lekarzy z obowiązku zachowania tajemnicy, to występowanie z wnioskiem z art. 180 § 2 będzie – zgodnie z zaproponowaną w niniejszym opracowaniu interpretacją – zbędne, jeśli natomiast zdarzyłoby się, że takiej zgody uprawniony nie udzieli – wniosek prokuratora powinien zostać merytorycznie rozpoznany niezależnie od tego, że wcześniej nie wezwano lekarza do złożenia oświadczenia o odmowie składania zeznań. Teoretycznie oczywiście można sobie wyobrazić sytuację, iż pacjent w toku leczenia, daleko przez rozpoczęciem postępowania karnego, zwolnił lekarza z obowiązku zachowania tajemnicy na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l., a nawet złożył w tym zakresie oświadczenie na piśmie np. w dokumentacji lekarskiej. Jest jednak mało prawdopodobne, by lekarz mógł go prawidłowo poinformować o negatywnych konsekwencjach związanych z ujawnieniem tajemnicy w toku procesu karnego i by zgoda pacjenta obejmowała jednoznacznie możliwość składania zeznań w charakterze świadka. Jeśli bowiem pacjenci pytani są o możliwość udostępnienia dokumentacji lekarskiej i informacji o stanie zdrowia, to z reguły wskazują konkretną osobę z kręgu osób najbliższych lub przyjaciół⁶⁸.

⁶⁸ Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. z 2015 r., poz. 2069) w dokumentacji medycznej zamieszcza się m.in. oświadczenie pacjenta o upoważnieniu do uzyskiwania informacji o jego stanie zdrowia, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej oraz danych umożliwiających kontakt z tą osobą.

Nie bez znaczenia jest też praktyczny aspekt sprawy: wzywanie lekarzy w charakterze świadków tylko po to, by odebrać od nich oświadczenie o odmowie złożenia zeznań i dopiero na tej podstawie występowanie do sądu z wnioskiem z art. 180 § 2 k.p.k. prowadziłoby nie tylko do przedłużenia postępowania przygotowawczego, ale też stanowiłoby poważną przeszkodę w wykonywaniu przez lekarzy obowiązków zawodowych. Uznając, iż wyrażona przez pacjenta (najczęściej do protokołu przesłuchania w charakterze świadka lub w osobnym dokumencie załączonym do akt sprawy) zgoda na ujawnienie tajemnicy lekarskiej czyni zbędnym angażowanie sądu na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., można zadać pytanie, czy w przypadku, gdyby organ prowadzący postępowanie przygotowawcze nie uzyskał od osoby uprawnionej żadnego oświadczenia w tej materii, sąd mógłby oddalić złożony na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. wniosek tylko z tego względu, iż nie wykorzystano drogi z art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. Odpowiedź na to pytanie musi być negatywna, jak już bowiem wspomniano „sposoby” zwalniania z tajemnicy mają charakter równorzędny. Upraszczając nieco sprawę, można powiedzieć, że zgoda pacjenta nie ma pierwszeństwa (chyba że była chronologicznie pierwsza) przed zezwoleniem sądu, ani odwrotnie, a każde z nich osobno wystarczy, by legalnie przesłuchać lekarza w charakterze świadka. Jeśli natomiast pacjent wyraził zgodę na uchylenie tajemnicy (pouczony o negatywnych skutkach również o charakterze prawnoprocesowym), a prokurator pomimo tego kieruje do sądu wniosek w trybie art. 180 § 2 k.p.k., sąd powinien potraktować wniosek jako bezprzedmiotowy i odmówić jego uwzględnienia.

Rozważania powyższe pozostają aktualne także w sytuacji, gdy postępowanie dotyczy pacjenta małoletniego i ubezwłasnowolnionego, jak też pacjenta, który zmarł; w pierwszym wypadku zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazić mogą przedstawiciele ustawowi, w drugim wypadku – osoby bliskie.

Dodatkowo wzywanie lekarzy bez wcześniejszego uzyskania przez organ prowadzący postępowanie zgody uprawnionej osoby lub zezwolenia sądu na ujawnienie tajemnicy zakłada, iż pacjent udzielił wcześniej takiej zgody, a w przeciwnym wypadku lekarz – świadomy zawilosci prawnych – powoła się na tajemnicę lekarską. Prawdopodobnie jest jednak tak, że składając zeznania przed prokuratorem lekarz działa w przeświadczeniu, iż zeznania takie legalnie może złożyć, gdyż jest z mocy prawa zwolniony z tajemnicy (co oczywiście nie ma miejsca) lub prokurator dokonał wszelkich przewidzianych prawem czynności niezbędnych dla legalnego uzyskania dowodu w postaci zeznania. Odbierając zeznania bez zwolnienia z tajemnicy prokurator niejako wykorzystuje niewiedzę świadka w tym zakresie. Jeśli natomiast zakłada, że świadek ma świadomość działania bez zgody, a zatem bezprawności swojego zachowania, to oznaczałoby to, że prokurator przyzwala na popełnienie przez świadka przestępstwa z art. 266 § 1 k.k. lub zgoła go do tego prowokuje.

Reasumując: prokurator w postępowaniu przygotowawczym, przesłuchując pokrzywdzonego (pacjenta, przedstawiciela ustawowego, osobę bliską dla zmarłego pacjenta), powinien zapytać o zgodę na ujawnienie tajemnicy – po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych skutkach jej ujawnienia. To czyni zbędnym występowanie do sądu na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., natomiast w czasie przesłuchania lekarzy należałoby odczytać im odpowiedni fragment protokołu lub złożone odrębnie oświadczenie uprawnionego tak, by kwestia zwolnienia z tajemnicy nie budziła wątpliwości. Jeśli osoba uprawniona nie wyrazi zgody lub też sprawa dotyczy pacjenta, który sam jest osobą uprawnioną, ale aktualnie zgody wyrazić nie może lub nie chce, prokurator występuje do sądu w trybie art. 180 § 2 k.p.k.

Częściowo uwagi te dotyczyć będą również przesłuchania przedstawicieli innych zawodów medycznych zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej, w tym przykładowo pielęgniarek i położnych, ratowników i fizjoterapeutów⁶⁹. Wprawdzie w tym wypadku przesłuchanie ich w charakterze świadków nie jest objęte zakazem dowodowym, ale aby uniknąć potem rozważania konieczności wyłączenia materiałów w sprawie o przestępstwo z art. 266 § 1 kk, warto zapytać o zwolnienie z tajemnicy – jeśli pacjent lub inna osoba uprawniona takiej zgody udzieli, wydawanie postanowienia, o którym mowa w art. 180 § 1 k.p.k. należy uznać za zbyteczne.

Oczywistym jest, że przedstawiciele zawodów medycznych powinni znać swoje obowiązki w zakresie strzeżenia tajemnicy zawodowej, ale przesłuchanie w charakterze świadka nie powinno być dla nich „pułapką”. Jakkolwiek zatem kodeks postępowania karnego nie wymaga pouczenia świadków o obowiązku zachowania tajemnicy, to nie stoi też na przeszkodzie ustaleniu tej kwestii przed przesłuchaniem świadka – dotyczyć to będzie oczywiście sytuacji, gdy organ procesowy nie uzyskał wcześniej zgody pacjenta lub innej osoby uprawnionej.

⁶⁹ Art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 186 z późn. zm.); art. 17 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1251); art. 11 ust. 9 pkt 3 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (tekst jedn. 2016 r., poz. 1868); art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz. U. z 2015 r., poz. 1994).

Release from the doctor–patient confidentiality obligation in preparatory proceedings

Abstract

This paper examines the relationship between the provision of Article 40, clause 2, item 4 of the Act on Profession of a Doctor/Dentist and Article 180, § 2 of the Code of Criminal Procedure. The regulation under which a doctor has no duty of confidentiality, if a patient, or a patient's statutory representative, gives permission to release the health information applies also during the criminal procedure. It means that permission given by an authorised person to release confidential health information renders the implementation of the procedure under Article 180, § 2 of the Code of Criminal Procedure superfluous. At the same time, the opinion that Article 180, § 2 of the Code of Criminal Procedure shall only apply when a doctor refuses to testify to anything which is protected by doctor–patient confidentiality, or, if this is not the case, the court can examine a doctor without initiating the procedure under the said provision, should be considered wrong.

Magdalena Kołdys

Rola i zadania niefinansowych organów postępowania przygotowawczego

Streszczenie

Autorka w ramach niniejszego artykułu przedstawia rolę i zakres działania niefinansowych organów postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. W ramach artykułu opisana została szczegółowo właściwość rzeczowa poszczególnych niefinansowych organów prowadzących postępowania przygotowawcze, która wynika zarówno wprost z zapisów ustawy Kodeks karny skarbowy ale także z ustaw szczególnych dotyczących samych organów/służb. Przedstawiona została również kwestia związana z wymogiem posiadania przez przedstawicieli niefinansowych organów prowadzących postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe szczególnego upoważnienia do wykonywania czynności procesowych w tego typu sprawach. W artykule poruszona została również sprawa nadzoru prokuratorskiego nad czynnościami wykonywanymi przez niefinansowe organy postępowania przygotowawczego.

1. Uwagi wstępne

Z dniem 1 stycznia 2016 r. za sprawą uchwalonej w dniu 10 lipca 2015 r. ustawy o administracji podatkowej¹, a dokładnie jej art. 48, nowelizacji uległy zapisy art. 53 § 37 oraz art. 118 § 1 kodeksu karnego skarbowego (dalej k.k.s.) zawierające katalog podmiotów wskazanych jako organy prowadzące postępowania przygotowawcze o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Zmianie uległy zapisy wskazujące jako jedno z takich organów urząd skarbowy oraz urząd celny. W uzasadnieniu do projektu ustawy czytamy, iż wprowadza się zmiany do k.k.s., polegające na ustanowieniu finansowym organem postępowania przygotowawczego naczelnika urzędu skarbowego i naczelnika urzędu celnego, a organem nadrzędnym nad finansowym organem postępowania przygotowawczego – dyrektora izby skarbowej i dyrektora izby celnej. Postępowania o przestępstwa skarbowe i wykrocze-

¹ Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o administracji podatkowej Dz. U. z 2015 r., poz. 1269.

nia skarbowe wszczęte i niezakończone przez urzędy skarbowe lub urzędy celne jako finansowe organy postępowania przygotowawczego, po dniu wejścia w życie ustawy, przejmują do prowadzenia odpowiednio właściwi naczelnicy urzędów skarbowych lub też naczelnicy urzędów celnych. Analogicznie jak wskazano powyżej zadania izb skarbowych i izb celnych pełniących funkcje organów nadrzędnych nad finansowymi organami postępowania przygotowawczego, po wejścia w życie ustawy, przejmują odpowiednio właściwi dyrektorzy izb skarbowych oraz dyrektorzy izb celnych².

W uzasadnieniu do projektu ustawy brak jest jakiegokolwiek wskazania podstawy rzeczowej zmiany, wydaje się jednak, iż wynika ona z zapisu art. 118 § 3 k.k.s., według którego czynności procesowe organów, o których mowa w § 1 pkt 1, 3–6 i § 2 art. 118 k.k.s., a więc czynności organów procesowych w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe wykonują jedynie upoważnieni przedstawiciele tychże organów. Takiego konkretnego wskazania nie było dotychczas w odniesieniu do urzędu skarbowego oraz urzędu celnego – dotychczasowy zapis „urząd skarbowy” oraz „urząd celny” niejako upoważniał do prowadzenia tego typu postępowań wszystkich pracowników/funkcjonariuszy tych organów bez wymogu posiadania specjalnej delegacji czy też upoważnienia w tym względzie. Obecnie osobami takimi będą jedynie kierownicy tych jednostek, którzy jak się wydaje będą musieli udzielać imiennych upoważnień podległym sobie pracownikom/funkcjonariuszom do realizacji konkretnych czynności procesowych, czy też do prowadzenia całościowo postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe.

Tak więc w myśl znowelizowanego przepisu organami prowadzącymi postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe są³:

- naczelnik urzędu skarbowego, w miejsce uprzednio wskazanego urzędu skarbowego,
- inspektor kontroli skarbowej,
- naczelnik urzędu celnego, w miejsce uprzednio wskazanego urzędu celnego,

² Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/259112/259115/259116/dokument145450.pdf>.

³ Jak wskazuje to m.in. T. Grzegorzczak przepisy art. 118 § 1–2 k.k.s. nie wyczerpują katalogu organów prowadzących postępowania przygotowawcze karne skarbowe, gdyż zgodnie z art. 134a k.k.s. organem takim jest także prokurator, który prowadzi postępowanie przygotowawcze, jeżeli ustawa tak stanowi. Do prokuratora należy obligatoryjne prowadzenie śledztw w niektórych sprawach (art. 151b k.k.s.), może on także przejąć sprawę od innego organu do samodzielnego dalszego prowadzenia (art. 122 § 3), przy czym nie należy on do grupy niefinansowych organów prowadzących postępowanie przygotowawcze; zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 270; M. Świetlicka, *Metodyka pracy prokuratora w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe*, Kraków 2014, s. 9.

- Straż Graniczna (dalej SG),
- Policja,
- Żandarmeria Wojskowa (dalej ŻW).
a także na podstawie art. 118 § 2 k.k.s.
- Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej ABW),
- Centralne Biuro Antykorupcyjne (dalej CBA).

Ustawodawca za sprawą art. 53 § 37 i § 38 k.k.s. dokonał podziału w/w podmiotów na dwie grupy tj. organy finansowe prowadzące postępowania przygotowawcze, do których zaliczył obecnie naczelnika urzędu skarbowego, inspektora kontroli skarbowej oraz naczelnika urzędu celnego, a także pozostałe wymienione powyżej podmioty określane wspólnym mianownikiem jako niefinansowe organy postępowania przygotowawczego. Powyższy podział na organy finansowe i niefinansowe wydaje się literalnie jasny, stąd też wraz z określeniem organów nadzoru nie powinien nastroczać problemów interpretacyjnych w tym względzie⁴.

Organami nadrzędnymi nad pierwszą grupą podmiotów są obecnie dyrektor izby skarbowej, dyrektor izby celnej, a w odniesieniu do inspektora kontroli skarbowej – Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej. W przypadku zaś niefinansowych organów postępowania przygotowawczego organem nadrzędnym jest dla nich prokurator, a w odniesieniu do ŻW – prokurator do spraw wojskowych.

2. Właściwość rzeczowa niefinansowych organów prowadzących postępowania przygotowawcze

Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy działania poszczególnych niefinansowych organów prowadzących postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe to określa je art. 134 § 1 k.k.s. według którego:

- Straż Graniczna prowadzi postępowanie przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe określone w art. 63–71, art. 85–96 § 1, art. 106e i art. 106f oraz art. 106hk.k.s., ujawnione w zakresie swego działania przez Straż Graniczną,
- Policja prowadzi postępowanie przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe ujawnione w zakresie swego działania,
- Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego prowadzi postępowanie przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe ujawnione w zakresie swego działania,

⁴ Zob. W. Kotowski, B. Kurzępa, Bolesław, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2007. Za stronę <http://sip.lex.pl/#!/komentarz/587546513/437429>.

- Żandarmeria Wojskowa prowadzi postępowanie przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe popełnione przez osoby określone w art. 53 § 36 k.k.s. (tj. żołnierzy w czynnej służbie), w zakresie podlegającym właściwości sądów wojskowych,
- Centralne Biuro Antykorupcyjne prowadzi postępowanie przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe ujawnione w zakresie swojej właściwości.

Właściwość rzeczowa niefinansowych organów postępowania przygotowawczego opiera się więc na kryterium dotyczącym osoby sprawcy oraz rodzaju popełnionego czynu⁵. Powyższe zapisy w zdecydowanej większości charakteryzują się jednak znaczną ogólnością odwołując się do właściwości rzeczowej i kompetencji poszczególnych, wymienionych organów niefinansowych, dlatego też w przedmiotowej kwestii zastosowanie będą miały odpowiednie zapisy ustaw źródłowych regulujących funkcjonowanie ww. organów. Regulacje te przedstawiają się następująco:

W odniesieniu do ABW to w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁶ brak jest literalnego wskazania właściwości ABW w odniesieniu do ścigania przestępstw skarbowych. Jednakże analiza treści:

- art. 5 ust. 1 pkt 1 lit b, gdzie wskazuje się, iż do zadań ABW należy m.in. rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa,
- art. 9a ust. 1, gdzie mowa jest o środkach finansowych uzyskanych przez Skarb Państwa z tytułu przepadku rzeczy pochodzących z ujawnionych przez ABW przestępstw przeciwko mieniu oraz przestępstw skarbowych,
- art. 22a ust. 3, gdzie mowa jest o przedstawianiu przez Szefa ABW prokuratorowi informacji i materiałów uzyskanych przez ABW, a wskazujących na uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa skarbowego lub też potwierdzają jego popełnienie, w celu podjęcia decyzji w zakresie ich dalszego procesowego wykorzystania,

potwierdza, iż ABW posiada w tym względzie, w ramach przyznanych jej kompetencji i właściwości rzeczowej możliwość wykonywania wszelkich czynności i to zarówno na etapie pracy operacyjnej jak i etapie postępowania przygotowawczego⁷.

⁵ M. Zbrojowska, (w:) M. Błaszczak, M. Zbrojowska, Kodeks Karny Skarbowy, Warszawa 2011, s. 362; T. Razowski, P. Kaczmarek, Właściwość funkcyjna finansowych i niefinansowych organów postępowania przygotowawczego, Prokuratura i Prawo 2014, nr 10, s. 35, A. Piaseczny, A. Wielgolewska, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 477–488.

⁶ Dz. U. z 2010 r., Nr 29 poz. 154 ze zm.

⁷ T. Grzegorzcyk, Kodeks karny skarbowy..., s. 271.

Uprawnienie to odnosi się do całego katalogu przestępstw skarbowych bez żadnego zastrzeżenia w tym względzie. Jediną przesłanką, która jak się wydaje zawęża kompetencje ABW w tym względzie jest możliwości przypisania danemu przestępstwu faktu, iż jego popełnienie godzi w interesy ekonomiczne państwa polskiego. Do kategorii przestępstw godzących w interesy ekonomiczne państwa należy zaliczyć zaś te, które wysokością powstałej szkody czy też jej rodzajem mogą spowodować zachwianie systemu gospodarczego państwa, a tym samym godzą w jego podstawy ekonomiczne⁸. Tak więc pojęcie „interesy ekonomiczne państwa” wiąże się nierozdzielnie z najważniejszymi dziedzinami gospodarki, które mają wpływ na prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwa. Można do nich zaliczyć m.in. funkcjonowanie gospodarki energetycznej kraju, transportu krajowego i międzynarodowego, kluczowych przetargów publicznych. Przestępstwa tego typu dotyczyć więc będą w szczególności: szkód wywołanych złym zarządzaniem majątkiem Skarbu Państwa (w spółkach z udziałem Skarbu Państwa czy w przedsiębiorstwach państwowych), sprzedaży majątku Skarbu Państwa po cenach znacznie odbiegających od wartości rynkowych (prywatyzacja, komercjalizacja spółek państwowych, sprzedaż nieruchomości przez Agencję Nieruchomości Rolnych czy też Agencję Mienia Wojskowego po niekorzystnych dla Skarbu Państwa cenach oraz na niekorzystnych zasadach, pozorowana upadłość spółek państwowych w celu ich przejęcia). Przede wszystkim jednak do kategorii przestępstw godzących w interesy ekonomiczne państwa należy wszelkie czyny przestępcze, których popełnienie wiąże się z uszczupleniem należności publicznoprawnych z tytułu podatku od towarów i usług, czy też podatku akcyzowego, które stanowią najważniejsze źródła przychodu budżetu państwa⁹.

Końcowo należy zaznaczyć, iż ABW nie posiada żadnych kompetencji do prowadzenia postępowań przygotowawczych w sprawach o wykroczenia skarbowe, co literalnie wynika z zapisu art. 118 § 2 k.k.s., gdzie mowa jest o prowadzeniu postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe. Teza ta znajduje również potwierdzenie w art. 22a ust. 4 ustawy o ABW i AW, gdzie mowa jest, iż w przypadku uzyskania materiałów i informacji wskazujących na uzasadnione podejrzenie popełnienia wykroczenia skarbowego albo potwierdzające jego popełnienie Szef ABW zawiadamia organ właściwy do ścigania sprawcy¹⁰.

⁸ Zob. P. Pająk, Kontrola operacyjna do kontroli konstytucyjnej, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, s. 169.

⁹ J. Grzemiński, A. Krześ, Analiza pojęcia „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 2010, nr 2, s. 150.

¹⁰ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom II (art. 54–191)*, Kraków 2006. Za stronę <http://sip.lex.pl/#!/komentarz/587504016/301456>.

Przepis art. 2 ust. 1 pkt. 1 lit d), ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym¹¹ wskazuje, iż do zadań tejże służby należy m.in. rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji i subwencji, określonych w rozdziale 6 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, jeżeli pozostają w związku z korupcją lub działalnością godzącą w interesy ekonomiczne państwa¹². Należy przy tym zaznaczyć, iż zgodnie z art. 2 ust. 3 cytowanej ustawy CBA może też prowadzić postępowanie przygotowawcze, obejmując nim wszystkie inne czyny ujawnione w jego przebiegu, jeżeli tylko pozostają one w związku podmiotowym lub przedmiotowym z czynem stanowiącym podstawę jego wszczęcia, co zasadniczo poszerza zakres kompetencji CBA także w sprawach karnych skarbowych¹³. Tym samym zakres wykonywania czynności przez CBA w toku prowadzonych postępowań przygotowawczych obejmuje:

- wszystkie przestępstwa skarbowe, jeśli ich popełnienie pozostaje w związku z przestępstwami korupcyjnymi, które są przestępstwami bazowymi,
- wszystkie przestępstwa lub wykroczenia skarbowe godzące w interesy ekonomiczne państwa¹⁴.

Kwestią sporną może być kompetencja CBA do prowadzenia postępowania przygotowawczego w sprawach o wykroczenia skarbowe. Przytoczony powyżej z art. 2 ust. 3 ustawy o CBA wskazuje, iż organ ten może prowadzić postępowanie w odniesieniu do wszystkich czynów popełnionych w związku z przestępstwem bazowym, a więc, jak się wydaje, również w kwestii wykroczeń skarbowych. Jednakże należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 118 § 2 k.k.s. CBA winna prowadzić, podobnie jak ABW, postępowania przygotowawcze jedynie w odniesieniu do przestępstw skarbowych, co dodatkowo potwierdza treść art. 134 k.k.s. gdzie także wskazuje się CBA jako organ, który prowadzi postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe. Skoro więc sama ustawa o CBA wprost nie przyznaje kompetencji CBA w zakresie prowadzenia postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe, a zapisy kodeksu karnego skarbowego literalnie wręcz przeczą jej istnieniu należy stwierdzić, iż CBA takiej kompetencji nie posiada.

Z treści art. 1 ust 2 pkt. 4 lit b ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej¹⁵, wynika, że do zadań SG należy m.in. ściganie przestępstw skar-

¹¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 ze zm.

¹² M. Świetlicka, *Metodyka pracy prokuratora...*, s. 11.

¹³ S. Hoc, P. Szustakiewicz, *Komentarz do art.2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*. Dostępny za stroną: <http://sip.lex.pl/#!/komentarz/587334427/131868>.

¹⁴ Pojęcie to należy traktować analogicznie z jego definicją przyjętą na gruncie ustawy o ABW i AW.

¹⁵ Dz. U. z 2014 r., poz. 1402 ze zm.

bowych i wykroczeń skarbowych wymienionych w art. 134 § 1 pkt. 1 k.k.s. Tak więc w odniesieniu do SG, w przeciwieństwie do innych organów niefinansowych, mamy do czynienia z prostym odesłaniem z ustawy o SG do kodeksu karnego skarbowego i jego zapisów. Przytoczony na wstępie art. 134. § 1 k.k.s. szczegółowo określa zakres kompetencyjny SG w zakresie przestępstw i wykroczeń skarbowych określonych w art. 63–71, art. 85–96 § 1, art. 106e–106f, art. 106h k.k.s., które byłyby ujawnione w zakresie swego działania przez SG. Jak się wydaje jest to jedyna przesłanka, która warunkuje prowadzenie postępowań przygotowawczych przez SG. Z jednej strony SG w ramach swojej ogólnej, całościowej właściwości rzeczowej nie może prowadzić postępowań przygotowawczych poza zakresem wyznaczonym przez art. 134 § 1 pkt. 1 k.k.s. – chociażby w odniesieniu do czynów opisanych w art. 72 i n. k.k.s., z drugiej zaś prowadzenie postępowań przygotowawczych przez SG w odniesieniu do zakresu wyznaczonego przez art. 134 § 1 pkt 1 k.k.s. jest możliwe jedynie w ramach ustawowego działania SG – np. ujawnienie zaistnienia czynu z art. 69 § 3 k.k.s. – wskazanego w zakresie, w toku prowadzonej kontroli drogowej w związku z podejrzeniem prowadzenia przez kierowcę pojazdu pod wpływem alkoholu, który to czyn we właściwości rzeczowej SG nie jest¹⁶.

W odniesieniu do ŻW to ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych¹⁷ w art. 4 ust. 1 pkt 4 wskazuje, iż do zadań ŻW należy m.in. wykrywanie przestępstw i wykroczeń, w tym skarbowych, popełnionych przez osoby, o których mowa w art. 3 ust. 2¹⁸, a także ujawnianie i ściganie ich sprawców oraz ujawnianie i zabezpieczanie dowodów tych przestępstw i wykroczeń. Tym samym zakres działania ŻW określony jest, odmiennie aniżeli w przypadku pozostałych or-

¹⁶ Zob. też H. Skwarczyński, Uprawnienia Straży Granicznej w postępowaniu o przestępstwa i wykroczenia skarbowe, WPP 2003, nr 3, s. 98.

¹⁷ Dz. U. z 2013 r., poz. 568 ze zm.

¹⁸ Zgodnie z art. 3. 2. Żandarmeria Wojskowa jest właściwa wobec: 1) żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową; 2) żołnierzy niebędących w czynnej służbie wojskowej w czasie noszenia przez nich mundurów oraz odznak i oznak wojskowych; 3) pracowników zatrudnionych w jednostkach wojskowych: a) w związku z ich zachowaniem się podczas pracy w tych jednostkach, b) w związku z popełnieniem przez nich czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, wiążącego się z tym zatrudnieniem; 4) osób przebywających na terenach lub w obiektach jednostek wojskowych; 5) innych osób niż określone w pkt 1–4, podlegających orzecznictwu sądów wojskowych albo jeżeli wynika to z odrębnych przepisów; 6) osób niebędących żołnierzami, jeżeli współdziałają z osobami, o których mowa w pkt 1–5, w popełnieniu czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary albo też jeżeli dokonują czynów zagrażających dyscyplinie wojskowej albo czynów przeciwko życiu lub zdrowiu żołnierza albo mieniu wojskowemu; 7) żołnierzy sił zbrojnych państw obcych, przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz członków ich personelu cywilnego, jeżeli pozostają w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, o ile umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, nie stanowi inaczej.

ganów niefinansowych, podmiotowo a nie przedmiotowo. Należy przy tym również wskazać, iż zakres osób, co do których odnosi się kompetencja ŻW w sprawach o wykroczenia i przestępstwa skarbowe wskazany w ustawie o ŻW jest zdecydowanie szerszy aniżeli ten wskazany w art. 53 § 36 k.k.s.¹⁹ Tak określony zakres kompetencji ŻW powoduje, iż w przypadku popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa lub wykroczenia skarbowego przez osobę wymienioną w art. 4 ust. 1 pkt 4, uprawniona do prowadzenia tego typu spraw będzie właśnie ŻW, wyłączając kompetencje nie tylko finansowych organów postępowania przygotowawczego, ale też pozostałych organów niefinansowych i to bez względu na fakt, który organ ujawnił popełnienie danego czynu przestępczego. W konsekwencji każdy organ wykrywający czyn karny skarbowy, którego sprawcą okazała się osoba wskazana w art. 53 § 36 k.k.s. winien niezwłocznie przekazać sprawę ŻW²⁰. Zaznaczyć przy tym należy, iż powyższe nie oznacza zakazu wszczynania i prowadzenia postępowania w sprawie, w sytuacji kiedy osoba sprawcy nie jest jeszcze ustalona, a istnieją jedynie niepotwierdzone przesłanki, iż osoba taka może znajdować się we właściwości ŻW. Takie postępowanie może być prowadzone przez inne aniżeli ŻW organy procesowe (finansowe oraz niefinansowe), aż do momentu ustalenia sprawcy czynu i zebrania dostatecznego materiału dowodowego pozwalające na przedstawienie jej zarzutów. Wówczas takie postępowanie należy przekazać do dalszego prowadzenia ŻW. Jest to o tyle istotne, że prowadzenie postępowania przez organ do tego nieuprawniony powoduje, iż wszelkie czynności procesowe wykonane i przeprowadzone przez ten organ są obciążone wadą prawną jako czynności nieuprawnione²¹.

Organem niefinansowym postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe jest także Policja. Stosownie do art. 1 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, do zadań Policji należy m.in. ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra, ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym zapewnienie spokoju w miejscach publicznych oraz w środkach publicznego transportu i komunikacji publicznej, w ruchu drogowym i na wodach przeznaczonych do powszechnego korzystania, inicjowanie i organizowanie działań mających na celu zapobieganie

¹⁹ Art. 53 § 36 k.k.s. zawiera definicję żołnierza przyjętą na użytek ustawy, według której za żołnierza należy uznać osobę, która pełni czynną służbę wojskową, przy czym przepisy k.k.s. dotyczące żołnierzy stosuje się odpowiednio także do żołnierzy sił zbrojnych państw obcych przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz członków ich personelu cywilnego, jeżeli ich przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe pozostają w związku z pełnieniem obowiązków służbowych.

²⁰ Zob. też np. H. Skwarczyński, Uprawnienia Żandarmerii Wojskowej w postępowaniu karnym skarbowym i wykroczenia skarbowe, WPP 2001, nr 3–4, s. 34.

²¹ W. Grzeszczyk, Postępowanie przygotowawcze w Kodeksie karnym skarbowym (część I), Prokuratura i Prawo 2000, nr 1, s. 39.

popelnianiu przestępstw i wykroczeń oraz zjawiskom kryminogennym i współdziałanie w tym zakresie z organami państwowymi, samorządowymi i organizacjami społecznymi, a przede wszystkim wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców. Z braku rozróżnienia w tym względzie – o jakie przestępstwa czy też wykroczenia chodzi – należy wnioskować, iż zapis ten należy traktować szeroko – a więc mowa tu jest zarówno o przestępstwach i wykroczeniach, o jakich mowa jest w Kodeksie karnym, Kodeksie wykroczeń, jak i przestępstwach i wykroczeniach karnoskarbowych, co potwierdza zapis art. 134. § 1 k.k.s., niemalże identyczny co do przywołanej powyżej treści²².

3. Upoważnienie do prowadzenia postępowania przygotowawczego i wykonywania określonych czynności procesowych

Z treści art. 118 § 3 k.k.s. wyraźnie wynika, iż czynności związane z prowadzeniem postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe mogą być wykonywane – w odniesieniu do SG, Policji, ŻW, ABW oraz CBA – jedynie przez upoważnionych do tego przedstawicieli tychże organów. Powyższy zapis jednoznacznie wskazuje, iż delegacja do prowadzenia postępowania przygotowawczego nie przysługuje z mocy prawa wszystkim funkcjonariuszom w/w organów, a jedynie tym, którzy uzyskali odpowiednie ku temu upoważnienie²³. Nie chodzi więc tu jedynie o zindywidualizowanie przedstawiciela danego organu ale o przedstawiciela, który jest upoważniony. Kwestią dyskusyjną, jak się wydaje, może być stwierdzenie, czy rzeczne upoważnienie może wynikać wprost z zakresu obowiązków danego funkcjonariusza, z faktu przydziału bądź też pełnienia służby w komórce/wydziale bądź też innej jednostce organizacyjnej, w ramach której pełniący tam służbę funkcjonariusze wykonują czynności związane z prowadzeniem postępowań przygotowawczych, czy jednak powinno ono być osobnym dokumentem – imiennym upoważnieniem danego, konkretnego funkcjonariusza, które daje mu szczególną delegację do prowadzenia postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Wydaje się, iż treść art. 118 § 3 k.k.s., a także sam fakt

²² Zob. H. Skwarczyński, *Udział Policji w postępowaniu karnym skarbowym*, Przegląd Policyjny 2001, nr 3, s. 114–123.

²³ Odmienne stanowisko prezentuje J. Zagrodnik, który podnosi, iż w art. 118 §3 k.k.s. mowa jest o ogólnym upoważnieniu do wykonywania czynności w stadium przygotowawczym postępowania karnego skarbowego, wynikającym z przepisów ustrojowych, regulujących działalność niefinansowych organów, przy czym autor ten nie wyklucza możliwości udzielenia szczególnego upoważnienia do prowadzenia postępowania przygotowawczego w konkretnej sprawie – zob. J. Zagrodnik, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 595.

wprowadzenia przez ustawodawcę takiego zapisu jasno wskazuje, iż przedmiotowe „upoważnienie” to jednak szczególna delegacja dla danego przedstawiciela organu. Gdyby przyjąć odmienną interpretację, wprowadzenie takiego zapisu nie miałoby żadnego uzasadnienia. Zarówno kodeks karny skarbowy jak i wydane na jego podstawie akty wykonawcze nie odnoszą się w żaden sposób do kwestii przedmiotowego upoważnienia, stąd też w odniesieniu do jego formy, treści, sposobu udzielenia będą miały zastosowanie zarządzenia i regulacje wewnętrzne funkcjonujące w przywołanych powyżej organach²⁴. Tego rodzaju dokumenty nie są publikowane i ogólnodostępne, stąd można jedynie domniemywać co do szczegółowych treści ich zapisów, jednakże można przypuszczać, iż winny one zawierać zapisy odnoszące się m.in. do kwestii:

- wskazania osoby władnej do wydania/odwołania upoważnienia,
- wymogów formalnych co do funkcjonariusza/żołnierza, któremu dane upoważnienie ma być wydane,
- możliwego zakresu wydawanego upoważnienia,
- wzoru upoważnienia,
- administracyjnych dotyczących np. wzoru rejestrów wydanych/odwołanych upoważnień, sposobu i procedury ich prowadzenia itp.

Z pewnością kwestią kluczową jest wskazanie osoby władnej do wydania upoważnienia. Regulacje w tym względzie mogą być dwojakie, a więc może to być szef/komendant danego niefinansowego organu lub kierownik danej jednostki organizacyjnej tegoż organu, w której służbę pełni funkcjonariusz bądź żołnierz, któremu wydawane jest upoważnienie. W odniesieniu do analogicznej sytuacji na gruncie kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia Sąd Najwyższy wskazał, że w wypadku Policji czynności procesowych może dokonywać terenowy organ takiego podmiotu lub upoważniony przez niego policjant, ale nie każdy policjant²⁵. Jak się wydaje ta sama reguła powinna mieć zastosowanie również w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe²⁶. Należy przychylić się do takiego twierdzenia zwłaszcza w odniesieniu do takich organów jak Policja²⁷

²⁴ T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 540.

²⁵ Zob. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2003 r., sygn. I KZP 3/03, OSNKW 2003, nr 3–4, poz. 29 oraz krytyczną do niej głosę, Z. Świda, Glosa do uchwały SN z dnia 27 marca 2003 r., sygn. I KZP 3/03, Prokuratura i Prawo 2003, nr 10, s. 101 i n.

²⁶ T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy..., 2006, s. 305.

²⁷ Stan zatrudnienia w Policji na dzień 1 stycznia 2015 r. wynosił 98 775 osób, w tym funkcjonariuszy zatrudnionych w służbie śledczej 1 887. Dane za stronę: <http://www.info.policja.pl/inf/organizacja/stan-zatrudnienia/96946,Stan-zatrudnienia-na-dzien-1-stycznia-2015-r.html>.

czy też SG.²⁸ Formacje te w porównaniu do ABW²⁹, ŻW³⁰ czy też CBA³¹ są znacząco liczniejsze, stąd też trudno oczekiwać, aby Komendant Główny Policji każdorazowo wydawał imienne upoważnienia wszystkim funkcjonariuszom wyznaczonym przez przełożonych do prowadzenia postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Stąd też należy przyjąć, iż takie upoważnienia są wydawane przez kierowników danych jednostek organizacyjnych tj. np. komend powiatowych, miejskich, wojewódzkich, lub też przypadku SG – komendantów oddziałów, placówek i dywizjonów SG. Odmienne, jak się wydaje, sytuacja ta kształtuje się w drugiej grupie organów. W związku z faktem, iż są to formacje raczej nieliczne, a przy tym fakt prowadzenia przez ich funkcjonariuszy/żołnierzy spraw o przestępstwa lub wykroczenia skarbowe jest raczej nieczęsto spotykany, należy wnioskować, iż w tych przypadkach upoważnienie takie będzie wydawane odpowiednio przez Szefa CBA, Szefa ABW oraz Komendanta Głównego ŻW. W kwestii zakresu wydawanych upoważnień i ich rodzajów, to na wstępie należy zaznaczyć, iż ustawodawca w myśl art. 151a § 1 k.k.s. nie różnicuje organów postępowania przygotowawczego w zakresie jego formy, tak więc wszystkie organy wymienione w art. 118 k.k.s. są władne prowadzić zarówno śledztwa jak i dochodzenia w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Podobnie nie ma rozróżnienia co do rodzaju i zakresu wykonywanych czynności odnośnie poszczególnych organów. Tak więc zarówno finansowe jak i niefinansowe organy mogą w odniesieniu do dochodzenia wszcząć je same i same w całości prowadzić. W przypadku zaś śledztw to uprawnienie do wszczęcia śledztwa posiada – w zakresie organów niefinansowych – jedynie prokurator lub prokurator do spraw wojskowych i to jedynie on w trybie art. 151b § 2 k.k.s. może powierzyć je do prowadzenia organowi niefinansowemu w całości, w części lub określonym zakresie albo też zlecić realizację konkretnych, oznaczonych czynności procesowych³². Tak więc to prokurator swoją decyzją będzie określał zakres udzielonego upoważnienia danemu przedstawicielowi organu niefinansowego i to jego decyzja będzie *de facto* leżała u podstaw wydania rzeczzonego upoważnienia. Jednocześnie decyzja prokuratora będzie określała zakres

²⁸ Według stanu na dzień 30 czerwca 2015 roku w SG pełniło służbę 14 524 funkcjonariuszy oraz było zatrudnionych 3 320 pracowników. Dane za stronę: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=2A00CA10>.

²⁹ Brak powszechnie dostępnych danych co do liczebności ABW, jednak szacuje się, iż pełni w niej służbę ok. 6 000 funkcjonariuszy.

³⁰ Na dzień 1 stycznia 2011 r. w ŻW pełniło służbę 3369 żołnierzy. Dane za stronę: <https://www.nik.gov.pl/plik/id,3736,vp,4766.pdf>. Obecnie stan etatowy ŻW to ok. 3000 żołnierzy.

³¹ W 2014 r. w CBA pełniło służbę 764 funkcjonariuszy oraz było zatrudnionych 115 pracowników. Dane za stronę: zob. http://cba.gov.pl/ftp/zdjecia/Informacja_o_wynikach_dzialalnosci_CBA_w_2014_roku.pdf.

³² M. Ś w i e t l i c k a, *Metodyka pracy prokuratora...*, s. 33.

czasowy udzielonego upoważnienia – będzie ono obowiązywać do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego w przypadku powierzenia go do prowadzenia w całości organowi niefinansowemu lub do zakończenia określonych czynności śledczych np. zabezpieczenia dokumentów czy przesłuchania świadka itp. Odnośnie wzoru upoważnienia i innych zapisów szczegółowo regulujących chociażby procedurę ich wydawania/cofania to nie sposób odnieść się do przedmiotowych kwestii ze względu na brak dostępu do stosownych aktów prawnych.

4. Nadzór nad czynnościami niefinansowych organów postępowania przygotowawczego

Nowelą kodeksu karnego skarbowego z dnia 28 lipca 2005 r.³³ ustawodawca literalnie wskazał prokuratora lub też prokuratora do spraw wojskowych jako organ nadrzędny w stosunku do niefinansowych organów postępowania przygotowawczego. Tak więc zgodnie z treścią art. 53 § 39a k.k.s. organem nadrzędnym nad niefinansowymi organami postępowania przygotowawczego określonymi w § 38 pkt 1–3, a więc względem Policji, SG i ABW jest prokurator, a nad niefinansowym organem postępowania przygotowawczego określonym w § 38 pkt. 4 tj. ŻW – prokurator do spraw wojskowych. W tym miejscu warto zaznaczyć, iż ustawodawca wskazując w § 38 pkt 5 CBA jako niefinansowy organ postępowania przygotowawczego nie zmienił treści § 39a, stąd też kodeks karny skarbowy nie wskazuje prokuratora jako organu nadrzędnego nad CBA. Należy jednak uznać dany stan rzeczy za przeoczenie i na zasadzie analogii – względem pozostałych organów niefinansowych – uznać, że systemowo prokurator jest organem nadrzędnym względem CBA, tak jak nad każdym innym niefinansowym organem prowadzącym postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe³⁴. Nadzór prokuratora lub prokuratora do spraw wojskowych jako organów nadrzędnych nad niefinansowymi organami prowadzącymi postępowanie przygotowawcze *de facto* można również wywieść z innych regulacji kodeksu postępowania karnego i kodeksu karnego skarbowego, a szczególnie z zapisów art. 326 k.p.k. oraz art. 113 § 1 k.k.s. W pierwszym z przytoczonych przepisów mowa jest o nadzorze prokuratora nad prowadzeniem przez organ procesowy postępowania przygotowawczego w sprawach karnych, w drugim o odpowiednim stosowaniu przepisów kodeksu postępowania karnego w toku prowadzenia śledztwa lub dochodzenia w sprawach

³³ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2005 r., Nr 178 poz. 1479.

³⁴ T. Razowski, (w:) T. Razowski, P. Kardas, G. Łabuda, Kodeks karny skarbowy..., s. 540.

o przestępstwa lub wykroczenia skarbowe³⁵. W tym względzie zmieniona została jedynie terminologia – kodeks postępowania karnego mówi o nadzorze prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym, zaś kodeks karny skarbowy o organie nadrzędnym nad postępowaniem przygotowawczym. Należy jednak zaznaczyć, iż zarówno w jednym jak i drugim przypadku faktycznie mowa jest o jednym i tym samym, a mianowicie o formalnym nadzorze prokuratorskim nad wykonywanymi czynnościami procesowymi³⁶. Powyższe powoduje, iż bezprzedmiotowe stają się rozważania, czy organem nadrzędnym nad chociażby jednostką Policji czy SG jest jej nadrzędna jednostka organizacyjna, analogicznie jak to ma miejsce względem finansowych organów prowadzących postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe³⁷. Tak więc prokurator lub prokurator do spraw wojskowych jako organ nadrzędny nad niefinansowym organem postępowania przygotowawczego może:

- na podstawie art. 151b § 2 k.k.s. powierzyć organowi do prowadzenia w całości lub w określonym zakresie postępowanie przygotowawcze albo zlecić realizację określonych, wskazanych czynności procesowych³⁸,
- na podstawie art. 151b § 3 k.k.s. zastrzec do osobistego wykonania jakąkolwiek czynność procesową, w szczególności wymagającą wydania postanowienia, związaną z przedstawieniem zarzutów, ich zmianą lub uzupełnieniem, pociągnięciem do odpowiedzialności posiłkowej i zmianą postanowienia o pociągnięciu do tej odpowiedzialności albo zamknięciem śledztwa,
- na podstawie art. 153 § 1 i § 3 k.k.s. przedłużyć nadzorowane postępowanie przygotowawcze³⁹,
- na podstawie art. 122 § 1 pkt. 2 k.k.s. przejąć prowadzone postępowanie przygotowawcze do osobistego prowadzenia.

Powyższe wskazuje, iż analogicznie jak to ma miejsce w odniesieniu do postępowania przygotowawczego prowadzonego na podstawie przepisów kodeksu postępowania karnego, prokurator oraz prokurator do spraw wojskowych posiada wszelkie uprawnienia, aby poprzez wydawanie odpowiednich zarządzeń, postanowień i wytycznych kształtować kierunki prowadzonego postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skar-

³⁵ Zob. L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo i proces karny skarbowy*, Warszawa 2015, s. 345 i n.

³⁶ T. Razowski, (w:) T. Razowski, P. Kardas, G. Łabuda, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 540.

³⁷ T. Grzegorzczak, Glosa do uchwały SN z dnia 16 listopada 2000 r., sygn. I KZP 38/00, OSP 2001, nr 3, s. 50 i n.

³⁸ M. Świetlicka, *Metodyka pracy prokuratora...*, s. 46.

³⁹ H. Skwarczyński, *Prokurator w karnoskarbowym postępowaniu przygotowawczym*, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 3, s. 85.

bowe i wykroczenia skarbowe, a tym samym sprawować nad nim faktyczny i realny nadzór⁴⁰.

5. Uwagi końcowe

Powszechnie uznaje się, iż prymat w prowadzeniu postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe należy przyznać wyspecjalizowanym ku temu podmiotom, za które uważa się organy finansowe, a więc naczelnika urzędu skarbowego, inspektora kontroli skarbowej oraz naczelnika urzędu celnego. Podnosi się przy tym, iż to właśnie one winny prowadzić tego rodzaju postępowania z uwagi na z jednej strony dorozumiane w tym względzie kompetencje oraz zakres swojej właściwości rzeczowej, z drugiej zaś ze względu na szczególną materię związaną z prawem karnym skarbowym⁴¹. Wskazuje się przy tym, iż systemowo⁴² sam kodeks karny skarbowy przewiduje taki prymat, co wynika z przewagi informacyjnej organów finansowych, która powoduje, iż są one znacząco lepiej przygotowane do gromadzenia i analizowania materiału dowodowego, a przez to mogą efektywniej i sprawniej prowadzić postępowania przygotowawcze.⁴³ Z powyższym twierdzeniem nie sposób się nie zgodzić, chociażby w kontekście analizy przepisów kodeksu karnego skarbowego, którego struktura i treść faktycznie przyznają organom niefinansowym daleko większe możliwości działania aniżeli organom niefinansowym. Widać to szczególnie w kwestii wszczęcia postępowania przygotowawczego w formie śledztwa. Pod rządami obecnie obowiązującego kodeksu karnego skarbowego organom niefinansowym takie uprawnienie nie przysługuje, organ finansowy może zaś samodzielnie wszcząć śledztwo, a art. 151b § 1 k.k.s. nakazuje w takiej sytuacji jedynie niezwłoczne przesyłanie odpisu postanowienia o wszczęciu prokuratorowi. Odmienne należy jednak ocenić kwestię porównania przygotowania merytorycznego, logistycznego, sprzętowego

⁴⁰ M. Świetlicka, Nadzór prokuratora w sprawach karnych skarbowych, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 11, s. 143–152; zob. też W. Grzeszczyk, Organ nadrzędny nad niefinansowym organem dochodzenia w sprawach o wykroczenia skarbowe, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 2, s. 159 i n.; Z. Gostyński, Komentarz do Kodeksu karnego skarbowego, Warszawa 2000, s. 118.

⁴¹ M. Świetlicka, „Odpowiednie” stosowanie kodeksu postępowania karnego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 10, s. 69; L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy... s. 597; T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy..., s. 917; Z. Gostyński, Komentarz..., s. 64.

⁴² W art. 151a § 1 k.k.s. czytamy, iż śledztwo prowadzi finansowy organ postępowania przygotowawczego, chyba że prowadzi je prokurator.

⁴³ T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy..., s. 917.

oraz informacyjnego organów niefinansowych oraz finansowych prowadzących postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. W tej materii, jak się wydaje, organy niefinansowe nie pozostają daleko w tyle za organami finansowymi. Faktem jest, iż zapewne nigdy nie zrównają się one pod względem przygotowania merytorycznego z całościową strukturą i mechanizmem kontroli skarbowej, jednakże zarówno w Policji, ABW jak i CBA funkcjonują wyspecjalizowane komórki organizacyjne ukierunkowane na zwalczanie przestępczości podatkowo-skarbowej. W komórkach tych pełnią służbę funkcjonariusze posiadający odpowiednie przeszkolenie oraz kwalifikacje i wiedzę merytoryczną niezbędną dla skutecznego prowadzenia postępowań przygotowawczych. Oczywiście są to jednostki nieliczne w porównaniu z sumą pracowników/funkcjonariuszy finansowych organów, jednak z uwagi na zakres działania chociażby CBA⁴⁴ jak i ABW⁴⁵, o którym była mowa powyżej, są one wystarczające do skutecznego wykonywania swoich obowiązków. W odniesieniu natomiast do przygotowania sprzętowego i logistycznego to wydaje się, iż organy te są znacząco lepiej wyposażone aniżeli pracownicy urzędów kontroli skarbowej. Przekłada się to – zwłaszcza w odniesieniu do możliwości przeprowadzania szeroko pojętych czynności analitycznych – jak analiza przepływów finansowych, analiza powiązań osobowych i kapitałowych – na efektywniejsze wykorzystanie materiału dowodowego. Również twierdzenie odnoszące się do przewagi informacyjnej organów finansowych wydaje się obecnie nieprzekonujące. W dobie coraz większej cyfryzacji, zarówno w aspekcie administracji państwowej, jak i sektora prywatnego, dostęp do szeregu informacji związanych z danymi osobowymi, jak i podatkowymi służby są w stanie w ramach wykonywanych czynności uzyskać w trybie online. Czemu więc służy rozróżnienie organów finansowych jak i niefinansowych wskazanych całościowo jako organy prowadzące postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe? Odpowiedzią na tak postawione pytanie jest: specjalizacja. To właśnie ona powoduje, iż ABW nie powinna w założeniu ustawodawcy zajmować się prowadzeniem postępowania w sprawach wykroczeń skarbowych, które nie charakteryzują się dużym ciężarem gatunkowym, a zorganizowaną grupą przestępczą, niejednokrotnie o charakterze zbrojnym, której działanie przynosi Skarbowi Państwa wielomilionowe straty. Ta sama specjalizacja powoduje, iż to samo wykroczenie skarbowe, niepozostające w zakresie działania ABW, zostanie w toku prowadzonego przez pracownika urzędu kontroli skarbowej potwierdzone dowodowo i dojdzie do skazania jego sprawcy.

⁴⁴ Zob. <http://cba.gov.pl/pl/aktualnosci/3521,30-mln-wyludzonego-VAT-za-stal-CBA-rozbija-grupe-przestepcza.html>.

⁴⁵ Zob. <http://wiadomosci.onet.pl/szczecin/abw-osmiu-zatrzymanych-ws-wyludzen-vat-i-prania-brudnych-pieniedzy/rpk34s>.

Role and tasks of non-financial authorities conducting preliminary proceedings

Abstract

This paper presents the role and scope of responsibilities of non-financial authorities conducting preliminary proceedings in cases involving fiscal crimes or petty offences. Jurisdiction of particular non-financial authorities conducting preliminary proceedings, which jurisdiction stems directly from the provisions of the Fiscal Penal Code as well as other specific acts on authorities/services themselves, is described in detail. The requirement that representatives of the said non-financial authorities in cases involving fiscal crimes or petty offences need to have special authorization to perform procedural acts in such cases is discussed. A prosecutor's supervision over acts performed by non-financial authorities conducting preliminary proceedings is also touched upon.

Blanka Julita Stefańska

Przestępstwo uprowadzenia małoletniego w hiszpańskim prawie karnym

Streszczenie

W artykule analizie poddano przestępstwo uprowadzenia małoletniego przez rodzica bez usprawiedliwionej przyczyny, stypizowane w art. 225 bis hiszpańskiego kodeksu karnego z 1995 r. Przestępstwo to oprócz typu podstawowego (ust. 1) ma postać kwalifikowaną ze względu na zabranie małoletniego poza granice Hiszpanii lub uzależnienie jego oddania od spełnienia warunku postawionego przez sprawcę (ust. 3) oraz typ uprzywilejowany w wypadku oddania uprowadzonego w ciągu 15 dni od porwania (ust. 4 zd. II). Rozważania de lege lata poprzedza prezentacja kształtowania się przestępstwa uprowadzenia małoletniego w ustawodawstwie karnym Hiszpanii (w kodeksach karnych z 1822 r., 1848 r. i 1973 r.). Rozważania – oparte na bogatej literaturze i orzecznictwie – obejmują: przedmiot ochrony; typy przestępstw: podstawowy, kwalifikowane oraz uprzywilejowany; stronę przedmiotową, obejmującą porwanie, polegające na zabraniu małoletniego bez zgody rodzica z miejsca zwyczajowego zamieszkania albo od osób lub instytucji, którym powierzono opiekę nad nim lub zatrzymanie małoletniego, polegające na niewykonaniu w sposób poważny obowiązku ustanowionego w orzeczeniu sądowym lub administracyjnym; podmiot, którym może być ojciec lub matka, a także wstępni małoletniego oraz krewni rodzica do drugiego stopnia pokrewieństwa lub powinowactwa; stronę podmiotową, którą jest zamiar bezpośredni; zagrożenie karne; niepodleganie karze w wypadku gdy sprawca powiadomił o miejscu przebywania małoletniego drugiego rodzica lub tego, komu prawnie przysługuje opieka nad małoletnim, w okresie 24 h od porwania wraz z obietnicą natychmiastowego jego oddania i ją wykonał lub nieobecność małoletniego nie była dłuższa niż 24 h.

I. Wprowadzenie

Hiszpański kodeks karny z 23 listopada 1995 r.¹ w pierwotnym brzmieniu nie przewidywał przestępstwa uprowadzenia małoletniego, mimo że poprze-

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995), dalej zwany h.k.k.

dający go kodeks karny z 1973 r.² w art. 484 typizował przestępstwo uprowadzenia małoletniego poniżej 7 lat, będące jednym z przestępstw przeciwko wolności i bezpieczeństwu³.

Ustawą 9/2002 z 10 grudnia 2002 r. o zmianie ustawy 10/1995 z 23 listopada 1995 r. kodeks karny oraz kodeksu cywilnego w przedmiocie uprowadzenia małoletniego⁴ został dodany do kodeksu karnego z 1995 r. art. 225 bis⁵, określający przestępstwo uprowadzenia małoletniego. Przepis ten został zamieszczony w nowym dziale 2 „O porwaniu małoletnich”, w rozdziale III „O przestępstwach przeciwko prawom i obowiązkom rodzinnym”, w tytule XII „Przestępstwa przeciwko stosunkom rodzinnym”, w księdze II „Przestępstwa i kary za nie”. Jak słusznie twierdzi się w doktrynie, zmiana ta jest odpowiedzią na problemy powstałe w małżeństwach po separacji lub rozwodzie, w wyniku których dochodzi do porwania dziecka przez jednego ze współmałżonków, w szczególności gdy prawo do opieki przysługuje wyłącznie jednemu z nich⁶. Często bowiem jeden z rodziców zabiera wspólne dziecko w inne miejsce lub do innego państwa albo w tej samej miejscowości do innego mieszkania, uprowadzając je lub uniemożliwiając jakkolwiek kontakt z rodzicem, któremu sąd przyznał opiekę nad nim⁷. Wskazuje się, że

² M^a.T. Castiñeira Palou, (w:) J. M. Silva Sánchez (dir.), R. Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona 2006, s. 168.

³ M. Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Madryt 2010, s. 290.

⁴ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 2002).

⁵ Art. 225 bis brzmi: 1. Rodzic, który bez usprawiedliwionej przyczyny uprowadza swoje małoletnie dziecko polega karze więzienia od 2 do 4 lat oraz szczególnemu pozbawieniu prawa wykonywania władzy rodzicielskiej na okres od 4 do 10 lat. 2. Na potrzeby niniejszego artykułu za uprowadzenie uważa się: 1. Zabranie małoletniego z miejsca jego zamieszkania bez zgody rodzica, z którym zwyczajowo mieszka lub osób lub instytucji, którym powierzono opiekę nad nim. 2. Zatrzymanie małoletniego, nie wykonując tym samym w sposób poważny obowiązku ustanowionego w orzeczeniu sądowym lub administracyjnym. 3. Jeżeli małoletni został zabrany poza Hiszpanię lub stawiany jest wymóg spełnienia jakiegoś warunku, aby go zwrócić, kara wskazana w ust 1 wymierzana jest w górnej połowie kary. 4. Jeżeli porywacz powiadomił o miejscu przebywania drugiego rodzica lub tego, komu prawnie przysługuje opieka nad małoletnim w okresie 24h od porwania wraz z obietnicą natychmiastowego go oddania, co rzeczywiście uczyni, lub nieobecność małoletniego nie była dłuższa niż wspomniany okres 24 h, nie podlega karze. Jeżeli sprawca zwróci małoletniego bez informowania o miejscu pobytu w ciągu 15 dni od porwania, polega karze więzienia od 6 miesięcy do 2 lat. Okresy te liczone są od daty zgłoszenia porwania. 5. Kary wymienione w tym artykule nakładane są także na wstępnych małoletniego oraz na krewnych rodzica do drugiego stopnia pokrewieństwa lub powinowactwa w wypadku, gdy dopuszczają się oni zachowań opisanych powyżej.

⁶ A. Serrano Gómez, A. Serrano Maíllo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madryt 2011, s. 337.

⁷ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Walencja 2015 s. 295.

kryzysy w małżeństwie (unieważnienie, separacja, rozwód), niekiedy przebiegają w sposób bardzo konfliktowy i typizacja tego przestępstwa ma na celu zarówno ochronę praw rodziców, jak i zapewnienie dzieciom poczucia bezpieczeństwa⁸.

II. Kształtowanie się przestępstwa uprowadzenia małoletniego w Hiszpanii

W doktrynie genezy karalności uprowadzenia małoletniego upatruje się w kodeksie karnym z dnia 9 lipca 1822 r., który typizował porwanie dzieci niedojrzałych płciowo oraz kradzież małoletnich, będących pod władzą rodzicielską lub pod opieką⁹.

Kodeks karny z 19 marca 1848 r. przewidywał karalność porwania małoletniego poniżej 7 lat, niezależnie od jego pokrewieństwa ze sprawcą.

Kodeks karny z dnia 14 września 1973 r.¹⁰ regulował przestępstwo uprowadzenia małoletniego w art. 484 i 485, zamieszczonych w tytule XII „Przestępstwa przeciwko wolności i bezpieczeństwu osób”. Art. 484 typizował uprowadzenie małoletniego poniżej 7 lat, a art. 485 – nieoddanie rodzicom lub opiekunom małoletniego przez osobę, która za niego odpowiada oraz niepodanie uzasadnionego wyjaśnienia dotyczącego zaginięcia małoletniego¹¹. W literaturze zwraca się uwagę, że przepisy te nie pozwalały na ukaranie rodzica, któremu nie powierzono opieki nad swoimi dziećmi za ich uprowadzenie. Zwraca się uwagę, że trybunały przyjmowały, iż w wypadku uprowadzenia małoletniego poniżej 7 lat przez rodzica nie dochodziło do naruszenia ani jego wolności ze względu na wiek, ani jego bezpieczeństwa, skoro przebywał z jednym z rodziców, a do takich zachowań dochodziło, w wyniku zakłóconych relacji małżeńskich, nigdy zaś w celu zagrożenia bezpieczeństwa małoletniego i przyjmowały, że zachowania te wyczerpywały znamiona przestępstwa nieposłuszeństwa władzy sądowej¹².

Przestępstwo to mogło być popełnione wyłącznie przez osoby trzecie¹³.

⁸ C. García Valdés, E. Mestre Delgado, C. Figueroa Navarro, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Madryt 2011, s. 101.

⁹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia 2010, s. 327.

¹⁰ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973).

¹¹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 327.

¹² J. L. Pérez de los Cobos y Esparza, *La sustracción de menores conforme a la nueva Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre*, *Boletín de Derecho de Familia*, nr 21, 2003, s. 3.

¹³ C. García Valdés, E. Mestre Delgado, C. Figueroa Navarro, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Madryt 2011, s. 101.

Kodeks karny z 1995 r. w pierwotnym brzmieniu sankcjonował uprowadzenie małoletniego w różnych typach przestępstw, w szczególności jako pozbawienie wolności lub handel małoletnimi¹⁴. W tytule XII h.k.k. „Przestępstwa przeciwko stosunkom rodzinnym”, w rozdziale III „O przestępstwach przeciwko prawom i obowiązkom rodzinnym”, w dziale 1 „O naruszaniu obowiązku opieki i nakłanianiu małoletnich do opuszczenia miejsca zamieszkania” zamieszczone są przestępstwa: nieusprawiedliwionego nieoddania rodzicom lub opiekunom, na ich żądanie, małoletniego lub osoby niepełnosprawnej, potrzebującej szczególnej ochrony przez osobę, która za niego odpowiada (art. 223); nakłaniania małoletniego lub osoby niepełnosprawnej potrzebującej szczególnej ochrony do opuszczenia miejsca zamieszkania zajmowanego z rodzicami lub opiekunami (art. 224).

W doktrynie, podobnie jak na gruncie kodeksu karnego z 1973 r., uznawano, że jest brak podstaw do pociągania do odpowiedzialności z art. 223 h.k.k. rodzica, który uprowadził swoje małoletnie dziecko¹⁵. Także w judykaturze przyjmowano, że przestępstwo uprowadzenia małoletniego nie może być popełnione przez jednego z rodziców¹⁶. Jednocześnie w literaturze podkreślano, że ustawodawca nie zauważył zjawiska uprowadzenia małoletniego przez rodziców i w trakcie prac legislacyjnych zwyczajnie popełnił błąd¹⁷.

Rzecznik Praw Obywatelskich w Rekomendacji 66/1999 z 17 listopada 1999 r. dotyczącej międzynarodowego uprowadzenia i porwania małoletnich przez jednego z rodziców wystąpił z inicjatywą do Ministra Sprawiedliwości wprowadzenia do kodeksu karnego odrębnego przestępstwa uprowadzenia i wywiezienia dziecka do krajów trzecich przez jednego z rodziców, bez zgody drugiego. Zdaniem Rzecznika ułatwiłoby to wydawanie międzynarodowych nakazów zatrzymania, wniosków o ekstradycję, a także pozwoliłoby na poznanie skali tego zjawiska¹⁸.

¹⁴ Zob. szerzej: J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito de sustracción parental de menores*, (w:) E. O. de Toledo y Ubieta, M. Gurdíel Sierra, E. Cortés Bechiarelli (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia s. 289–320.

¹⁵ J. Saavedra Ruiz, (w:) C. Conde Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Barcelona 2007, s. 1671.

¹⁶ Sentencia núm. 505/1999 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, de 15 de junio de 1999, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=1842936&links=&optimize=20041127&publicinterface=true> (data pobrania: 20 listopada 2016 r.).

¹⁷ A. Alonso Carvajal, *Los aspectos penales*, (w:) L. Zarraquí Sánchez-Eznarriaga, E. Pías García, P. González Vicente, C. González Beilfuss, A. Alonso Carvajal, D. Carter, P. Núñez Morgades, *La sustracción interparental de menores*, Madryt 2005, s. 110.

¹⁸ Boletín Oficial de Cortes Generales. VII Legislatura, Serie A, núm. 69 s. 52, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERDOC&CONF=B RSPUB.cnf&BASE=PUW7&PIECE=PUW7&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&OPDEF=Y&>

W związku z tą rekomendacją posłowie z ugrupowania socjalistów¹⁹ złożyli projekt ustawy z dnia 24 kwietnia 2000 r., posłowie ugrupowania ludowców²⁰ – projekt ustawy z dnia 9 czerwca 2000 r., które zostały połączone w jeden projekt z dnia 11 czerwca 2001 r. W toku prac parlamentarnych osiągnięto porozumienie co do treści projektu przez wszystkie ugrupowania parlamentarne²¹ i ustawą 9/2002 z dnia 10 grudnia 2002 r. o zmianie ustawy 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. kodeks karny oraz kodeksu cywilnego w przedmiocie uprowadzenia małoletniego – jak już sygnalizowano – został dodany do kodeksu karnego z 1995 r. art. 225 bis, określający przestępstwo uprowadzenia małoletniego.

W preambule tej ustawy podkreślono, że „ochrona interesów małoletniego jest naczelną wartością ustawodawcy od czasów uchwalenia Konstytucji Królestwa Hiszpanii, w szczególności w zakresie opieki nad nim (...) dotychczasowe rozwiązania penalne nie były jednak wystarczające w przypadkach, gdy sprawcą uprowadzenia lub odmowy oddania małoletniego jest jeden z jego rodziców, a prawo opieki nad małoletnim zostało prawnie przyznane drugiemu rodzicowi lub innej osobie czy też instytucji”.

W literaturze wskazuje się, że typizacja uprowadzenia małoletniego wynika m.in. ze zwiększenia liczby takich przypadków, z konieczności ochrony praw dziecka, tj. prawa dziecka do kontaktów z obojgiem rodziców, z reakcji oraz niepokoju społeczeństwa spowodowanego tego rodzajami czynów, trudności rozwiązania tego problemu na drodze procesu cywilnego oraz z presji wywołanej przez stowarzyszenia broniące pokrzywdzonych rodziców²².

Ustawą 9/2002 z dnia 10 grudnia 2002 r., oprócz wprowadzenia przestępstwa uprowadzenia małoletniego przez rodzica, dodano ustęp do art. 224 h.k.k. typizujący nakłanianie małoletniego przez rodzica do nieprzestrzegania reżimu opieki ustanowionego przez władzę sądową lub administracyjną.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, nowela z 10 grudnia 2002 r. była próbą uporządkowania złożonych, będących w kryzysie relacji rodzinnych, w których małoletni są wykorzystywani przez rodziców, traktujących dziecko

QUERY= %28B%29.PUBL.+%26+%28CORTES%29.SECC.+%26+%40NDIA% 26gt%3B%3D69+Y+CGA200010250069.CODI.#(P%C3%A1gina51) (data pobrania: 20 listopada 2016 r.).

¹⁹ PSOE – Partido Socialista Obrero Español.

²⁰ PP – Partido Popular.

²¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior núm. 601, 24 de octubre de 2002, s. 19600–19602, [\(http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERDOC&CONF=BRSPUB.cnf&BASE=PUW7&PIECE=PUW7&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&OPDEF=Y&QUERY=%40FECH%26gt%3B%3D20021024+%26+%28D%29.PUBL.+%26+%28CONGRESO%29.SECC.+%26+%28COMISI%C3%B3N-DE-JUSTICIA-E-INTERIOR%29.ORSE.+Y+CDC200210240601.CODI.#\(P%C3%A1gina19600\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERDOC&CONF=BRSPUB.cnf&BASE=PUW7&PIECE=PUW7&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&OPDEF=Y&QUERY=%40FECH%26gt%3B%3D20021024+%26+%28D%29.PUBL.+%26+%28CONGRESO%29.SECC.+%26+%28COMISI%C3%B3N-DE-JUSTICIA-E-INTERIOR%29.ORSE.+Y+CDC200210240601.CODI.#(P%C3%A1gina19600)) (data pobrania: 20 listopada 2016 r.).

²² J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 330.

jako kartę przetargową oraz którzy wywierają na niego naciski, nie uwzględniając jego dobra, które powinno być *ratio civis*, *ratio legis* i *ratio iudicis*²³.

III. Przedmiot ochrony

W doktrynie zwraca się uwagę, że określenie przedmiotu ochrony tego przestępstwa rodzi istotne trudności, wynikające z „mieszaniny praw i interesów”²⁴. W związku z tym zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie nie ma jednomyślności w kwestii, co chroni ten przepis.

W literaturze twierdzi się, że:

- przedmiotem ochrony jest prawo małoletniego do stosunków rodzicielskich w klimacie spokoju oraz do przebywania z rodzicem, któremu przyznano prawo opieki nad nim, niezakłóconego przez drugiego rodzica oraz konieczność zapewnienia poszanowania sposobu rozwiązania konfliktu przewidzianego w orzeczeniu sądowym lub administracyjnym²⁵;
- interes małoletniego przejawia się nie tylko w jego fizycznym samopoczuciu, ale i w całym rozwoju jego osobowości, włącznie z aspektem moralnym, intelektualnym, wychowawczym oraz w utrzymywaniu osobistych relacji i regularnych kontaktów z obojgiem rodziców w normalnych warunkach²⁶;
- przedmiotem ochrony nie jest wolność poruszania się małoletniego oraz nie dotyczy on dojrzałych małoletnich; w tych wypadkach może dojść do popełnienia przestępstwa bezprawnego pozbawienia wolności (art. 163 h.k.k.) lub nakłaniania małoletniego do opuszczenia miejsca zamieszkania (art. 224 h.k.k.)²⁷;
- w wypadku gdy zachowanie sprawcy skierowane jest przeciwko małoletniemu pozostającemu pod opieką publicznych ośrodków ochrony małoletnich, przedmiotem ochrony nie jest prawo małoletniego do utrzymywania kontaktu ze swoimi rodzicami, a wyłącznie prawo do uzyskania ochrony prawnie przewidzianej w wypadkach porzucenia²⁸.

Ponadto w przypadku rozstania się rodziców utożsamia się interes małoletniego z prawem do przebywania w stabilnym otoczeniu rodzinnym i wychowawczym, stworzonym przez osoby, z którymi dziecko mieszka na stałe,

²³ J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2008, s. 351.

²⁴ J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español...*, s. 354.

²⁵ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 337 i 338.

²⁶ E. Stern Briones, *La sustracción internacional de menores*, Centro de Estudios Jurídicos, Madryt 2007, s. 4.

²⁷ J. Guardiola García, *Los sujetos del delito previsto en el art. 225 bis CP*, (w:) P. Llorca García (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madryt 2008, s. 85.

²⁸ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 337.

a zatem zmiana miejsca zamieszkania i środowiska zależą od tego, czy sprzyjają jego nadrzędnym interesom. Chodzi o ochronę małoletniego przed negatywnymi skutkami wynikającymi z nieuzasadnionej zmiany zwyczajowego otoczenia, w którym rozwija swoją osobowość²⁹.

W orzecznictwie uznaje się, że przedmiotem ochrony jest prawo małoletniego do utrzymywania uczuciowych stosunków rodzinnych, zachowania w przypadkach kryzysu rodziców dotychczas istniejących relacji wychowawczych³⁰. Na prawo małoletniego do regularnych kontaktów z obojgiem rodziców w przypadku kryzysu w rodzinie wskazuje wykładnia systemowa, bowiem art. 225 bis h.k.k. znajduje się w rozdziale zatytułowanym „O przestępstwach przeciwko prawom i obowiązkom rodzinnym”³¹. W judykaturze przyjmuje się, że: „...przedmiotem ochrony nie jest wolność, jak w przypadku nielegalnego pozbawienia wolności, tylko prawo małoletniego do regularnych kontaktów z rodzicami, skoro przepis z punktu widzenia systematyki znajduje się w rozdziale »O przestępstwach przeciwko prawom i obowiązkom rodzinnym«; w doktrynie wymienia się też ochronę pokojowych stosunków rodzinnych, która przejawia się w poszanowaniu możliwych dróg prawnych rozwiązywania konfliktów”³².

Definiuje się też przedmiot ochrony art. 225 bis h.k.k. jako „godność małoletnich, którzy mają podstawowe prawo do stabilności rodzinnej, do równowagi swojego rozwoju psychouczuciowego; prawo to zawiera w sobie pochodne prawa do stosunków rodzicielskich i do harmonijnego rozwoju”³³.

Uwzględniając powyższe wypowiedzi należy dojść do wniosku, że przedmiotem ochrony art. 225 bis h.k.k. jest ochrona prawa dziecka do rozwoju w trwałym otoczeniu oraz do kontaktów z obojgiem rodziców w normalnych warunkach³⁴.

²⁹ M. E. Torres Fernández, (w:) M. Cobo del Rosal (dir), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. VII, Madryt 2004, s. 855.

³⁰ Auto de Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6 de 22 de junio de 2006, recurso 74/2006, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=568421&links=%2274%2F2006%22&optimize=20070222&publicinterface=true> (data pobrania: 20 listopada 2016 r.).

³¹ Auto de Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2, de 28 de noviembre de 2003, recurso 763/2003, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2765054&links=%22763%2F2003%22&optimize=20040207&publicinterface=true> (data pobrania: 20 listopada 2016).

³² Sentencia núm. 139/2010 de Audiencia Provincial de Murcia, Sec. 2, de 20 de julio de 2010, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5720377&links=%22139%2F2010%22&optimize=20100909&publicinterface=true> (data pobrania: 21 grudnia 2016 r.).

³³ Auto núm. 126/2008 de Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4, de 18 de marzo de 2008, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=149301&links=%22,126%2F2008%22&optimize=20080515&publicinterface=true> (data pobrania: 3 grudnia 2016).

³⁴ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 336.

W doktrynie wskazuje się, że przestępstwo to nie wymaga istnienia zagrożenia dla małoletniego³⁵.

IV. Typy przestępstwa

Przestępstwo uprowadzenia małoletniego określone w art. 225 bis h.k.k. występuje w typie podstawowym (ust. 1); w 2 typach kwalifikowanych (ust. 3) oraz w typie uprzywilejowanym (ust. 4 zd. II).

1. Typ podstawowy

Uprowadzenie małoletniego w typie podstawowym polega – o czym szerzej poniżej – na uprowadzeniu bez usprawiedliwionej przyczyny małoletniego dziecka przez rodzica.

2. Typy kwalifikowane

W art. 225 bis w ust 3 są określone dwa typy kwalifikowane ze względu na: 1) zabranie małoletniego dziecka poza granice Hiszpanii; 2) uzależnienie oddania małoletniego dziecka od spełniania warunku postawionego przez sprawcę. Są to typy kwalifikowane ze względu na okoliczności.

2.1. Uprowadzenie poza granice Hiszpanii

Znamieniem kwalifikującym tego typu przestępstwa jest zabranie małoletniego poza granice Hiszpanii³⁶. W literaturze wskazuje się, że ma miejsce wówczas, gdy nowe miejsce pobytu małoletniego znajduje się na terytorium geograficznym innego państwa niż Hiszpania, a także w wypadku umieszczenia małoletniego na statku wodnym lub powietrznym, na którym nie obowiązuje ustawa hiszpańska³⁷.

Zachowanie przestępne może polegać na zabraniu małoletniego zagranicę. Nie jest nim zatrzymanie małoletniego za granicą, jeżeli tam został zabrany zgodnie z prawem, bez naruszenia orzeczenia sądowego lub administracyjnego. Przemawia za tym wykładnia językowa oraz szacunek dla zasady legalizmu, choć *prima facie* w obu wypadkach jest to samo *ratio legis* obostrzenia, tj. pozbawienie małoletniego kontaktów z drugim rodzicem oraz trudność w przywróceniu *status quo*³⁸. Art. 225 bis ust. 3 pkt 1 h.k.k. wprost stanowi o zabraniu, a więc odnosi się jedynie i wyłącznie do tego sposobu

³⁵ J. J. Queralto Jiménez, *Derecho penal español...*, s. 354.

³⁶ J. Saavedra Ruiz, (w:) C. Conde Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios...*, s. 1672.

³⁷ J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 12.

³⁸ J. M. Prats Canut, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*, t. II, Navarra 2008, s. 549.

zachowania sprawcy, a nie obejmuje zatrzymania, które – o czym dalej – jest drugą, oprócz zabrania, formą uprowadzenia³⁹.

W literaturze zaostrenie ustawowego zagrożenia z powodu zabrania małoletniego poza granice Hiszpanii jest uzasadniane tym, że takie postępowanie w szczególności intensywnie godzi w przedmiot ochrony, bowiem wówczas jest znacznie utrudnione przywrócenie *status quo*, ze względu na ograniczenie terytorialne właściwości hiszpańskiego sądownictwa⁴⁰. *Ratio legis* obostrzenia uzasadnia się też zagrożeniem osobistego poczucia bezpieczeństwa małoletniego wywołanego zmianą jego miejsca zamieszkania za granicę ojczyzny⁴¹. Twierdzi się, że ustawodawca uznał, iż taka okoliczność wydłuża: po pierwsze, czas trwania bezprawnego zachowania właściwego dla przestępstwa trwałego; po drugie, czas naruszenia przedmiotu ochrony, bowiem w takim wypadku powstają dodatkowe trudności z powrotem małoletniego do swojego miejsca zamieszkania. Wynikają one nie tyle z odległości, która czasami może być mniejsza niż w wypadku zmiany miejsca zamieszkania na terytorium Hiszpanii, o ile z trudności prawnych wynikających z różnych porządków prawnych⁴².

Nie sposób zgodzić się z postulatem *de lege ferenda* ograniczenia tego typu przestępstwa do uprowadzeń poza granice Unii Europejskiej, argumentowanym tym, że w granicach Unii przewidziane są wzmocnione mechanizmy współpracy⁴³. Praktyka pokazuje, że z państw Unii nie jest też łatwo odzyskać dziecko.

Warunek postawiony przez sprawcę

Znamieniem kwalifikującym przestępstwo uprowadzenia małoletniego dziecka jest postawienie przez sprawcę warunku jego oddania. Warunek taki nie musi być prawnie niedozwolony. Niekoniecznie musi mieć charakter ekonomiczny, a w większości wypadków dotyczy systemu odwiedzin, wakacji, czy edukacji małoletniego⁴⁴. Może to być, np. zobowiązanie się rodzica, któremu powierzono opiekę o zaprzestanie dalszego utrudniania odwiedzin, do których sprawca porwania ma prawo⁴⁵. W doktrynie wskazuje się, że zrównanie z punktu widzenia zagrożenia karnego warunków prawnie dozwolonych z niedozwolonymi narusza zasadę proporcjonalności⁴⁶.

³⁹ J. M. Prats Canut, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Navarra 2008, s. 603.

⁴⁰ J. Saavedra Ruiz, (w:) C. Conde Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios...*, s. 1672.

⁴¹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 371.

⁴² J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 12.

⁴³ J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español...*, s. 357.

⁴⁴ J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español...*, s. 357.

⁴⁵ J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 6.

⁴⁶ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 9.

W literaturze uzasadnienia obostrzenia takiego zachowania doszukuje się w dodatkowym zamachu na wolność działania rodzica, któremu uprowadzono dziecko oraz w wykorzystaniu małoletniego jako przedmiotu⁴⁷.

Ten typ kwalifikowany zachodzi w każdej formie popełnienia tego przestępstwa w typie podstawowym, tj. zabrania lub zatrzymania i nie zależy od tego, czy sprawcy udało się osiągnąć cel w postaci spełnienia warunku czy też nie.

3. Typ uprzywilejowany

Znamieniem uprzywilejującym jest zachowanie *ex post* sprawcy uprowadzenia. Jest nim oddanie małoletniego w ciągu 15 dni od porwania (art. 225 bis ust. 4 zd. II h.k.k.). Chodzi o aktywne, spontaniczne odstąpienie i nie obejmuje wypadku, gdy małoletniego odbiera osoba trzecia lub on sam ucieka⁴⁸. Oddanie małoletniego powinno być dobrowolnym zachowaniem sprawcy⁴⁹.

Wymagane jest bezpośrednie oddanie małoletniego, a nie ma potrzeby powiadamiania o miejscu jego przebywania przed oddaniem. W doktrynie twierdzi się, że ta ostatnia okoliczność mogłaby dać podstawę do zastosowania analogicznego typu uprzywilejowanego, gdyż zachodzi *eadem ratio decidendi*⁵⁰. Zawiadomienie drugiego z rodziców o miejscu pobytu małoletniego jest jedną z kumulatywnych okoliczności klauzuli niekaralności (art. 225 bis ust. 4 zd. I h.k.k.).

W doktrynie uznaje się, że w typie tym nie bierze się pod uwagę praw małoletniego, a chodzi o jak najszybsze zakończenie naruszenia prawa do opieki uprawnionego, dlatego też przepis ten chroni wypełnianie ustalonego systemu opieki i nie odnosi się w ogóle do praw małoletniego, chyba że przyjmie się, iż nieprzestrzeganie tego systemu pociąga za sobą naruszenie praw małoletniego, co niełatwo uzasadnić z materialnego punktu widzenia⁵¹. Zgodnie z art. 225 bis ust. 4 dz. II h.k.k. termin 15 dniowy biegnie od dnia złożenia zawiadomienia o przestępstwie, a nie od dnia porwania⁵². Wobec tak wyraźnego uregulowania granicy tego terminu, nie sposób aprobować poglądu, że biegnie on od wszczęcia postępowania, uzasadnianego względami bezpieczeństwa

⁴⁷ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 17.

⁴⁸ J. Saavedra Ruiz, (w:) C. Conde Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios...*, s. 1673.

⁴⁹ J. M. Prats Canut, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la parte especial...*, s. 551.

⁵⁰ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 381.

⁵¹ J. M. Prats Canut, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la parte especial...*, s. 551.

⁵² F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial...*, s. 296, E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 18; J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 13; L. Lora García (dir.), *Secuestro de menores...*, s. 62.

prawnego, mającego na celu unikanie kryminalizacji zwykłych sprzeczek dotyczących miejsca, w którym powinien przebywać małoletni⁵³.

Uprzywilejowanie uzasadnia się względami polityki karnej, zmierzającej do rozwiązań, które wyrządzają jak najmniejszą szkodę przedmiotowi ochrony, mając na względzie trwały charakter tego przestępstwa. Chodzi o to, by porwanie trwało jak najkrócej, a czas 15 dni jest okresem, który nie pozwolił małoletniemu zaadoptować się w nowym miejscu zamieszkania⁵⁴.

V. Strona przedmiotowa

Czynność sprawcza polegająca na uprowadzeniu małoletniego została zdefiniowana w art. 225 bis ust. 2 h.k.k.). Jest nią:

- 1) zabranie małoletniego bez zgody rodzica z miejsca zwyczajowego zamieszkania albo od osób lub instytucji, którym powierzono opiekę nad nim;
- 2) zatrzymanie małoletniego, polegające na niewykonaniu w sposób poważny obowiązku ustanowionego w orzeczeniu sądowym lub administracyjnym.

W pierwszej formie odwołanie się do osób lub instytucji, którym powierzono opiekę nad małoletnim dotyczy przypadków sprawowania opieki przez rodziny zastępcze lub publiczne ośrodki ochrony małoletnich.

Druga forma zachowania wymaga wyraźnie uprzedniego orzeczenia właściwego organu, tj. sądu lub trybunału albo publicznego ośrodka ochrony małoletnich. W doktrynie przyjmuje się, że zachowanie to obejmuje zarówno wypadki odmowy oddania małoletniego przez rodzica, który ma prawo do kontaktów, rodzicowi posiadającemu prawo opieki, jak i odmowy oddania małoletniego drugiemu rodzicowi przez rodzica, posiadającego prawo do opieki, w terminie przypadającym na jego kontakty z małoletnim⁵⁵.

1. Zabranie małoletniego

Czynność sprawcza w postaci zabrania bez zgody rodzica małoletniego dziecka z miejsca jego zwyczajowego zamieszkania albo od osób lub instytucji, którym powierzono opiekę nad nim, nie wymaga *expressis verbis* nieprzestrzegania wydanego uprzednio orzeczenia sądowego. Z tego powodu w doktrynie podkreśla się, że znamię to jest zrealizowane także w wypadku konfliktu rodziców, gdy jeden z nich zmienia miejsce zamieszkania małolet-

⁵³ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 382.

⁵⁴ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 18.

⁵⁵ M. E. Torres Fernandez, *Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento de régimen de custodia (II)*, *Diario la Ley* nr 5857, de 25 de septiembre de 2003, s. 17.

nego⁵⁶. W orzecznictwie wyrażany jest pogląd odmienny, gdyż twierdzi się, że takie zachowanie nie wypełnia znamion przestępstwa, nawet w wypadkach zabrania małoletniego zagranicę⁵⁷. Przyjmuje się, że: „Zachowania stypizowane w art. 225 bis k.k. powinny sytuować się w przypadku kryzysu małżeńskiego uregulowanego orzeczeniem sądowym, a nie w przypadkach zwykłej sytuacji faktycznej, dlatego konieczne jest istnienie orzeczenia sądowego lub administracyjnego, które przyznaje prawo opieki jednemu z rodziców i to nie tylko w wypadku z punktu 2 ustępu 2 (zatrzymanie), ale także w wypadku z punktu 1 (zabranie małoletniego), nawet jeżeli ustawodawca wymaga wyraźnie istnienia takiego orzeczenia w drugim przypadku. Taka wykładnia wynika z preambuły ustawy 9/2002 z dnia 10 grudnia 2002 r., wprowadzającej oceniany przepis do kodeksu karnego, w której wskazuje się, że konieczne jest przewidzenie jasnej odpowiedzi, odmiennej od ogólnego przestępstwa nieposłuszeństwa dla tych wypadków, gdy sprawcą uprowadzenia lub odmowy oddania małoletniego jest jeden z rodziców, a opieka została prawnie przyznana drugiemu z rodziców”⁵⁸. Jak słusznie podkreśla się w literaturze, stanowisko to oznacza odróżnienie ochrony karnej uprowadzenia rodzicielskiego małoletnich od ochrony cywilnej przyznanej w międzynarodowych umowach, która ma zastosowanie również do uprowadzeń przed wydaniem orzeczeń sądowych⁵⁹.

Orzeczeniem sądowym może być wyrok lub postanowienie o środkach tymczasowych⁶⁰.

⁵⁶ R. García Albero, (w:) G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*, Madryt 2008, s. 2236; E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 9.

⁵⁷ Auto núm. 33/2005 de Audiencia Provincial de Sevilla, Sec. 1, de 20 de enero de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=1280160&links=%2233%2F2005%22&optimize=20050616&publicinterface=true> (data pobrania: 9 grudnia 2016 r.), Auto núm. 669/2007 de Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 2 de 12 de noviembre de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=248307&links=%22669%2F2007%22&optimize=20080207&publicinterface=true> (data pobrania: 9 grudnia 2016 r.), Auto núm. 340/2007 de Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 4, de 7 de junio de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=374190&links=%22340%2F2007%22&optimize=20070906&publicinterface=true> (data pobrania: 9 grudnia 2016 r.).

⁵⁸ Sentencia núm. 571/2009 de Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 3, de 16 de junio de 2009, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4726856&links=%22571%2F2009%22&optimize=20091008&publicinterface=true> (data pobrania: 9 grudnia 2016 r.).

⁵⁹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 356.

⁶⁰ Sentencia núm. 73/2008 de Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 3 de 11 de febrero de 2008, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=122959&links=%2273%2F2008%22&optimize=20080703&publicinterface=true> (data pobrania: 9 grudnia 2016 r.).

W doktrynie za miejsce zamieszkania małoletniego przyjmuje się dom rodzinny lub inny dom wyznaczony małoletniemu przez opiekuna; nie zalicza się tymczasowych miejsc pobytu małoletniego, które nie pociągają za sobą zmiany miejsca zamieszkania⁶¹. Twierdzi się, że zabranie małoletniego powinno być ukierunkowane na zmianę miejsca zamieszkania, powodujące zmianę regulacji systemu opieki nad małoletnim⁶². Niesłusznie w judykaturze wskazuje się, że zmiana miejsca zamieszkania wymaga zmiany miejscowości⁶³. Sprawca przecież może zamieszkiwać w tej samej miejscowości w innym mieszkaniu.

Środki użyte w celu zabrania małoletniego nie zostały wymienione w opisie czynu; są nieokreślone. Może to być groźba, przemoc lub zastraszanie, wykorzystanie pozycji dominującej, kłamstwo, błąd, podstęp, które mogą być zastosowane zarówno w stosunku do małoletniego, jak i do rodzica, któremu przyznano prawo opieki⁶⁴.

Zabranie małoletniego przez rodzica ma nastąpić *verba legis* „bez usprawiedliwionej przyczyny”. Istotny jest brak zgody rodzica posiadającego prawo opieki nad małoletnim. Gdy ten wyrazi zgodę, zachowanie przestaje być bezprawne; zgoda jest okolicznością wyłączającą bezprawność czynu. Ma to być zgoda wyraźna lub dorozumiana, z tym że w tym ostatnim wypadku powinna być jasna i niedwuznaczna⁶⁵. Nie chodzi zatem, jak trafnie podkreśla się w literaturze, o formalne niestosowanie się do decyzji sądu, gdyż wyłączone są z tego przestępstwa sytuacje, w których uprowadzenie może być usprawiedliwione porzuceniem, biciem małoletniego, czy niewykonywaniem prawnych obowiązków alimentacji, edukacji przez rodzica, któremu przyznano opiekę⁶⁶. Za usprawiedliwioną przyczynę uznaje się także sytuację, gdy małoletni nie chce wrócić do rodzica, któremu powierzono nad nim opiekę, jeżeli osiągnął już pewien wiek i stopień dojrzałości, pozwalający na wzięcie pod uwagę jego opinii⁶⁷.

⁶¹ J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 6. Miejscem zamieszkania osób fizycznych jest miejsce, gdzie osoba zwyczajowo mieszka (art. 40 zd. 1 hiszpańskiego kodeksu cywilnego).

⁶² E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 10.

⁶³ Sentencia núm. 669/2005 de Audiencia Provincial de Valencia, Sec.2, de 24 de noviembre de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=737910&links=%22669%2F2005%22&optimize=20060914&publicinterface=true> (data pobrania: 9 grudnia 2016 r.).

⁶⁴ J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 6; E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 9.

⁶⁵ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 9.

⁶⁶ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial...*, s. 295.

⁶⁷ L. Rodríguez Ramos (dir.), G. Rodríguez-Ramos Ladaria (coord.), *Código Penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y Leyes penales especiales y complementarias*, Madryt 2015, s. 1155.

Nie jest wymagane rzeczywiste wspólne mieszkanie rodzica sprawującego prawo opieki wraz z małoletnim. Przestępstwo może być popełnione także w wypadku gdy rodzic posiadający prawo opieki umieścił go w internacie⁶⁸.

W judykaturze przyjmuje się, że uprowadzenie przez rodzica może mieć miejsce także w wypadku dziecka, nad którym opiekę sprawuje publiczny ośrodek ochrony małoletnich po orzeczeniu jego porzucenia, tj. w wypadkach gdy nie ma orzeczenia sądowego przyznającego prawo opieki, istnieje zaś orzeczenie administracyjne stwierdzające porzucenie i przyznanie automatycznej opieki⁶⁹.

2. Zatrzymanie małoletniego

Czynność sprawcza zatrzymania małoletniego wymaga *expressis verbis* uprzedniego istnienia orzeczenia określającego prawo opieki nad małoletnim. Nie musi być ono prawomocne, o ile jest wykonalne i to nawet jeżeli zostało zaskarżone w terminie, gdyż środek odwoławczy nie wstrzymuje wykonalności tego orzeczenia⁷⁰. Orzeczenie może być sądowe lub administracyjne. Do sądowych orzeczeń należą orzeczenia o środkach tymczasowych, środkach definitywnych w procesach separacyjnych, o unieważnienie małżeństwa, rozwodowych oraz o środkach sądowych dotyczących opieki.

Zwykle zachowanie sprawcy polega na tym, że rodzic, który akurat wykonuje swoje prawo do odwiedzin nie oddaje małoletniego do miejsca jego zamieszkania⁷¹. W literaturze uznaje się, że ma to miejsce także w sytuacji, gdy rodzic sprawujący opiekę nie chce oddać małoletniego drugiemu rodzicowi, któremu przysługuje prawo odwiedzin⁷². W orzecznictwie przyjmuje się, że chodzi tylko o zatrzymanie naruszające prawo do opieki, wyłączając zatrzymanie przez sprawującego opiekę nad małoletnim naruszające system odwiedzin, stwierdzając iż: „ustęp 2 artykułu 225 bis rozpoczyna się wyszczególnieniem, że za uprowadzenie uważa się dwa wymienione zachowania; wspomniany ustęp 2 nie może być interpretowany jako typizujący zachowanie niezależne, tylko w kontekście lub w ramach wykładni autentycznej pozostałych ustępów, w szczególności ustępu pierwszego, w myśl którego podmiotem może być tylko rodzic, który nie posiada prawa opieki nad małoletnim. Wynika to nie tylko z treści preambuły noweli, ale i z wykładni

⁶⁸ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 359.

⁶⁹ Auto núm. 245/2005 de Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1 de 1 de junio de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=1208549&links=%22245%2F2005%22&optimize=20050915&publicinterface=true> (data pobrania: 12 grudnia 2016 r.).

⁷⁰ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 11.

⁷¹ P. Llorca García (dir.), *Secuestro de menores...*, s. 53.

⁷² P. Llorca García (dir.), *Secuestro de menores...*, s. 54; J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español...*, s. 354, M. E. Torres Fernández, (w:) M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal...* s. 872.

wewnątrzsystemowej tego przepisu; ustępy 3 i 4 typizujące typ kwalifikowany i uprzywilejowany oraz okoliczność wyłączającą karalność, zawierają wyrażenia wyłącznie odnoszące się do małżonka, który nie mieszka z małoletnim⁷³.

Zatrzymanie małoletniego ma być powiązane z poważnym niewykonaniem obowiązku. Obowiązek ten powinien być wyraźnie określony w orzeczeniu sądowym lub administracyjnym. W doktrynie zasadnie przyjmuje się, że pojęcie „poważne niewykonanie obowiązku” jest pojęciem nieostrym i powinno być indywidualnie oceniane w konkretnej sprawie. Zwykle spóźnienie się w oddaniu czy wydaniu małoletniego lub nieistotne zmiany warunków oddania, nie stanowią poważnego niewykonania obowiązku⁷⁴. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, wyłączone są zachowania polegające na zwykłych spóźnieniach⁷⁵.

Jest to przestępstwo trwałe, tj. po jego dokonaniu zachowanie przestępne czy działanie, czy zaniechanie ma miejsce przez cały czas⁷⁶.

VI. Podmiot

Podmiotem przestępstwa uprowadzenia małoletniego (art. 225 ust. 1, 3 i 4 h.k.k.) może być rodzic, a na mocy ust. 5 tego przepisu także wstępni małoletniego oraz krewni rodzica do drugiego stopnia pokrewieństwa lub powinowactwa⁷⁷. Czyn ten może być popełniony wyłącznie przez podmiot posiadający szczególnie cechy pokrewieństwa, a zachowanie sprawcze polega na naru-

⁷³ Sentencia núm. 11/2004 de Audeincia Provincial, sección 4, de 12 de enero de 2004. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=2642069&links=%2211%2F2004%22&optimize=20040313&publicinterface=true> (data pobrania: 12 grudnia 2016 r.).

⁷⁴ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 14.

⁷⁵ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 335.

⁷⁶ J. L. Díez Ripollés, *El nuevo delito...*, s. 10, P. Llorca García (dir.), *Secuestro de menores...*, s. 58.

⁷⁷ Fragmenty hiszpańskiego kodeksu cywilnego (Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo ultimo, Gaceta de 25 de Julio de 1889) dotyczące pokrewieństwa: Artykuł 915. Stopień pokrewieństwa określa się po ilości pokoleń. Każde pokolenie stanowi jeden stopień. Artykuł 916. Linia pokrewieństwa stanowi o jej stopniu. Może ona być prosta lub boczna. Linia prosta oznacza szereg stopni pomiędzy osobami zstępującymi po sobie. Zaś linia boczna oznacza szereg stopni, które nie zstępują po sobie, ale pochodzą ze wspólnego rodu. Artykuł 917. Wyróżnia się linię prostą zstępującą i wstępującą. Pierwsza łączy głowę rodziny ze zstępnymi. Druga łączy osobę z tymi osobami, z których zstępuje. Artykuł 918. W liniach liczy się tyle stopni, ile pokoleń lub ile osób, odliczając linię przodka. W linii prostej dochodzi się wyłącznie do rodu. Tym samym, syn pozostaje w stosunku do ojca w pierwszym stopniu, w dwóch stopniach od dziadka i w trzech stopniach od pradziadka. W linii bocznej dochodzi się to wspólnego rodu, a potem obniża się do osoby, z którą się liczy. Tym samym, brata oddzielają dwa stopnie od brata, trzy stopnie od wujka, brata jego ojca lub matki, cztery stopnie od kuzyna i tak dalej.

szeniu szczególnego prawnego obowiązku ochrony dobra małoletniego⁷⁸. Jest to więc przestępstwo indywidualne właściwe (*delictum proprium*).

Sprawcą tych przestępstw może być zarówno ojciec, jak i matka i to niezależnie od tego, czy jest rodzicem naturalnym, czy wynikającym z adopcji. Bez znaczenia jest fakt, czy rodzice pozostają w związku małżeńskim lub w związku partnerskim⁷⁹ albo nie pozostają w żadnym związku. W piśmiennictwie uważa się, że sprawcą może być nawet rodzic, wobec którego nie uznano ojcostwa, o ile może być ono udowodnione w późniejszym czasie⁸⁰.

W doktrynie powstał spór, czy rodzic sprawujący opiekę może być sprawcą tego przestępstwa w wypadku nieumożliwienia – wbrew obowiązkowi – odwiedzin drugiemu z rodziców.

Jedni na pytanie to udzielają odpowiedzi pozytywnej⁸¹, a drudzy zajmują stanowisko pośrednie, twierdząc, że podmiotem może być taki rodzic, o ile małoletni nie mieszka z nim na co dzień⁸².

W orzecznictwie zaś przyjmuje się, że podmiotem nie może być osoba sprawująca opiekę nad małoletnim⁸³. W doktrynie rozważano także, czy

⁷⁸ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 350.

⁷⁹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 342.

⁸⁰ M. E. Torres Fernández, (w:) M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, s. 863.

⁸¹ J. J. González Rus, (w:) M. Cobo del Rosal, *Derecho Penal español. Parte especial*, Madryt 2004, s. 413, P. Llorca García (dir.), *Secuestro de menores...*, s. 45; J. L. Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal. Parte especial II*, Valencia 2004, s. 46.

⁸² C. Suárez-Mira Rodríguez (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*, Madryt 2005, s. 228.

⁸³ Auto núm. 130/2004 de Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3 de 3 de diciembre de 2004, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=3379296&links=%22130%2F2004%22&optimize=20050623&publicinterface=true> (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.), Sentencia núm. 520/2005 de Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17 de 19 de diciembre de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=943089&links=%22520%2F2005%22&optimize=20060223&publicinterface=true> (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.), Sentencia núm. 305/2007 de Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17 de 3 de septiembre de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=321828&links=%22305%2F2007%22&optimize=20071031&publicinterface=true> (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.), Auto núm. 428/2006 de Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2 de 8 de junio de 2006, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=539696&links=%22428%2F2006%22&optimize=20070329&publicinterface=true> (data pobrania: 05.12.2016), Sentencia núm. 314/2006 de Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1 de 4 de octubre de 2006, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=559355&links=%22314%2F2006%22&optimize=20070308&publicinterface=true> (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.), Sentencia núm. 24/2007 de Audiencia Provincial de Jaén, sec. 1, de 29 de enero de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=373019&links=%2224%2F2007%22&optimize=20070906&publicinterface=true> (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.), Auto núm. 440.2007 de Audiencia Provincial de Girona, sec. 4 de 21 de noviembre de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=content>

podmiotem mogą być rodzice biologiczni dziecka oddanego do adopcji, jeżeli uprowadzą go od rodziców adopcyjnych. Uznano, że po adopcji – w świetle prawa – rodzicami są rodzice adopcyjni, jednak mimo to więź biologiczna pozostaje i biologiczny rodzic może być sprawcą, zwłaszcza że przepis nie przewiduje warunku sprawowania władzy rodzicielskiej⁸⁴.

Art. 225 bis ust. 5 h.k.k. – jak już wspomniano – rozszerza podmiot tego przestępstwa na *verba legis* „wstępnych małoletniego oraz na krewnych rodzica do drugiego stopnia pokrewieństwa lub powinowactwa”. Chodzi o dziadków i pradiadków (wstępni), wujków, ciotki, szwagrów, bratowe, a także nowych współmałżonków rodziców i ich rodzeństwo (krewni rodzica). W doktrynie obejmuje się zarówno krewnych biologicznych, jak i adopcyjnych⁸⁵. W literaturze niesłusznie przyjmuje się, że działanie tych podmiotów powinno być uznane za pomocnicze, a więc ograniczone do uprowadzenia małoletniego w celu oddania go pod władzę rodzica⁸⁶, gdyż w myśl zasady *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (gdzie ustawa nie czyni rozróżnienia, tam nie należy rozróżniać) przestępstwo zostaje popełnione wtedy, gdy ten rozszerzony krąg podmiotu działa samodzielnie, bez porozumienia z rodzicem. Podkreśla się, że powód rozszerzenia kręgu sprawców związany jest z faktem, że ustawodawca jest świadomy trudności, jakie może napotkać samotny rodzic przy uprowadzeniu i przetrzymywaniu dziecka poza jego środowiskiem oraz zdaje sobie sprawę, że w takich przypadkach zwykle korzysta z mniejszego lub większego wsparcia innych członków rodziny⁸⁷. Nie brak też głosów krytycznych, że takie rozszerzenie podmiotu jest nadmierne, gdyż chodzi nie tylko o dziadków dziecka i rodzeństwa rodziców, ale także nowych współmałżonków rodziców, rodziców nowego współmałżonka rodzica, a nawet jego szwagrów i bratowe⁸⁸.

VII. Strona podmiotowa

W art. 225 bis h.k.k. nie została określona *expressis verbis* forma umyślności. W orzecznictwie przyjmuje się w związku z zasadą *ultima ratio* prawa

pdf&databasematch=AN&reference=69786&links=%22440%2F2007%22&optimize=20080612&publicinterface=true (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.), Auto núm. 336/2005 de Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5 de 22 de junio de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=1259096&links=%22336%2F2005%22&optimize=20050721&publicinterface=true> (data pobrania: 5 grudnia 2016 r.).

⁸⁴ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 345.

⁸⁵ J. Guardiola García, *Los sujetos del delito...*, s. 98.

⁸⁶ J. Guardiola García, *Los sujetos del delito...*, s. 98.

⁸⁷ M. E. Torres Fernández, (w:) M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal...*, s. 881.

⁸⁸ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 4.

karnego, że przestępstwo to wymaga chęci zabrania lub zatrzymania małoletniego wraz z wolą, by taki stan się utrzymywał w celu zmiany lub wypaczenia ustanowionej prawnie opieki, pozbawienia uprawnionego rodzica możliwości jej sprawowania, a tym samym pozbawienia skuteczności wypełnienia sądowego nakazu ustanawiającego opiekę⁸⁹. Wystarcza zamiar obejmujący świadomość oraz wolę zabrania lub zatrzymania małoletniego i tym samym złamania prawa do utrzymywania kontaktów małoletniego z obojgiem rodziców⁹⁰. Zamiar musi obejmować także wiedzę o wydaniu orzeczenia sądowego, które przyznaje prawo opieki drugiemu z rodziców⁹¹. Chodzi o zamiar bezpośredni⁹².

W judykaturze niejednokrotnie bezzasadnie dodaje się dodatkowe elementy strony podmiotowej nieprzewidziane w przepisie takie jak: złośliwe działanie w celu zatajenia miejsca, gdzie przebywa wspólne dziecko⁹³, umyślne dążenie do ostatecznego rozłączenia dziecka od drugiego rodzica, uporczywe pozbawienie go wykonywania praw i obowiązków rodzicielskich⁹⁴, zamiar przekształcenia w ostateczne zamieszkiwanie z małoletnim, które było wyłącznie tymczasowe w wypadku zachowania sprawcy polegają-

⁸⁹ Sentencia núm. 220/2007 de Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6 de 15 de marzo de 2007, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=505716&links=%22220%2F2007%22&optimize=20070524&publicinterface=true> (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.).

⁹⁰ E. Stern Briones, *La sustracción internacional...*, s. 9.

⁹¹ Sentencia núm. 1510/2008 de Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27, de 15 de diciembre de 2008, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4438828&links=%221510%2F2008%22&optimize=20090226&publicinterface=true> (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.).

⁹² W hiszpańskim prawie karnym wyróżnia się: 1) zamiar bezpośredni pierwszego stopnia, 2) zamiar bezpośredni drugiego stopnia (zwany też zamiarem koniecznych skutków, zamiarem pośrednim), 3) zamiar ewentualny. Zamiar bezpośredni pierwszego stopnia jest tożsamy z zamiarem bezpośrednim w polskim prawie karnym, tak samo jest z zamiarem ewentualnym. Zamiar bezpośredni drugiego stopnia ma miejsce, wówczas, kiedy niechciany bezpośrednio skutek jest koniecznym następstwem i nierozzerwalnie związanym ze skutkiem, gdy sprawca zamierza osiągnąć określony skutek, ale również następuje niechciany bezpośrednio skutek, np. sprawca podkłada bombę w samochodzie, gdyż chce zabić kierowcę, dopuszcza się zabójstwa w zamiarze bezpośrednim pierwszego stopnia, uszkodzenie zaś mienia (samochodu) – w zamiarze bezpośrednim drugiego stopnia.

⁹³ Auto núm. 738/2004 de Audiencia Provincial de Gerona de 17 de diciembre de 2004, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=1583515&links=%22738%2F2004%22&optimize=20050303&publicinterface=true> (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.).

⁹⁴ Sentencia núm. 669/2005, de Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2, de 14 de noviembre de 2005, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=737910&links=%22669%2F2005%22&optimize=20060914&publicinterface=true> (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.); Auto de Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2, de 28 de noviembre de 2003, núm. de recurso: 763/2003 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2765054&links=&optimize=20040207&publicinterface=true> (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.).

cego na zatrzymaniu małoletniego⁹⁵. W doktrynie zaś wprowadza się wymóg chęci ostatecznego zawładnięcia małoletnim⁹⁶. Art. 225 ust. 2 pkt 2 h.k.k. stanowiący o poważnym niewykonaniu obowiązku oraz samo znaczenie słowa „uprowadzenie”, które obejmuje wejście w ostateczne posiadanie, nie pozwalają na objęcie działań tymczasowych, tj. takich, z których okoliczności wynika, że sprawca ma zamiar zwrócić małoletniego lub zakończyć jego zatrzymanie w rozsądnym terminie⁹⁷.

Nieumyślnie uprowadzenie małoletniego jest bezkarne; kodeks karny nie zawiera typu przestępstwa popełnionego nieumyślnie.

VIII. Zagrożenie karne

Przestępstwo uprowadzenia małoletniego w typie podstawowym jest zagrożone karą więzienia od 2 do 4 lat oraz szczególnym pozbawieniem prawa wykonywania władzy rodzicielskiej na okres od 4 do 10 lat.

W doktrynie poddano krytyce tak surowe zagrożenie, podkreślając, że może ono naruszać zasadę współmierności, z tym że nie chodzi tylko o nadmierną dolegliwość kary więzienia, ale także kary pozbawienia prawa wykonywania władzy rodzicielskiej, bowiem może się okazać, że małoletni osiągnie pełnoletniość, zanim upłynie okres tej kary⁹⁸.

Zgodnie z art. 46 h.k.k. szczególne pozbawienie prawa wykonywania władzy rodzicielskiej, opieki, kurateli lub praw związanych z tymczasowym oddaniem dziecka do rodziny zastępczej lub ośrodka ochrony, obejmuje pozbawienie skazanego praw właściwych dla władzy rodzicielskiej oraz pozostałych wymienionych praw oraz niemożność bycia kuratorem lub opiekunem w czasie trwania kary. Kara pozbawienia wykonywania władzy rodzicielskiej oznacza jej utratę, przy czym pozostają w mocy prawa przynależne dziecku skazanego. Sędzia lub trybunał może w zależności od okoliczności sprawy orzec tę karę obejmującą wszystkich lub niektórych małoletnich bądź osób niepełnosprawnych potrzebujących szczególnej ochrony, które są pod opieką skazanego.

Celem tej kary – jak trafnie zauważa się w doktrynie – jest ochrona małoletnich pokrzywdzonych przestępstwem, gdyż rodzic, wykonując władzę ro-

⁹⁵ Auto núm. 302/2004 de Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17, de 17 de junio de 2004. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&refere nce=2040865&links=%22302%2F2004%22&optimize=20040923&publicinterface=true> (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.).

⁹⁶ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 366.

⁹⁷ L. Rodríguez Ramos (dir.), Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria (coord.), *Código Penal...*, s. 1156.

⁹⁸ J. L. Pérez de los Cobos y Esparza, *La sustracción de menores...*, s. 11.

dzicielską może szkodzić rozwojowi małoletnich⁹⁹. Jest to środek odmienny od pozbawienia władzy rodzicielskiej orzekanej w trybie postępowania cywilnego. Sąd Najwyższy zasadnie wskazał, że: „W tej sprawie także nie można orzec pozbawienia praw rodzicielskich wskutek bezpośredniego zastosowania przez trybunał karny przepisów prawa rodzinnego, które regulują tę instytucję w ramach prawa prywatnego, gdyż jurysdykcja cywilna jest właściwa do ich stosowania w odpowiednich postępowaniach cywilnych. Sądy i trybunały, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o władzy sądowniczej, sprawują jurysdykcję wyłącznie w sprawach przyznanych im przez ustawę. Sądownictwu karnemu jest przyznane rozpoznawanie spraw karnych i prowadzenie postępowań karnych (art. 9 ust. 3 ustawy o władzy sądowniczej). Do zakresu tego sądownictwa należą przepisy kodeksu karnego dotyczące pozbawienia władzy rodzicielskiej jako kary głównej lub dodatkowej, nie zaś sankcje cywilne, które w sferze prawa prywatnego i w związku z władzą rodzicielską uregulowane są w kodeksie cywilnym w przypadkach niewykonywania obowiązków rodzinnych. W istocie, artykuł 170 kodeksu cywilnego stanowi, że „ojciec lub matka mogą zostać całkowicie lub częściowo pozbawieni swojej władzy wyrokiem uznającym niewykonywanie obowiązków właściwych dla tej władzy bądź wyrokiem wydanym w sprawie karnej lub małżeńskiej”. Lecz przepis ten, pomijając sprawy małżeńskie, w których możliwość pozbawienia władzy rodzicielskiej następuje na podstawie art. 92 kodeksu cywilnego, nie ustanawia dualizmu alternatywnych dróg procesowych stosowanych w procesie cywilnym lub w procesie karnym, co do pozbawienia władzy rodzicielskiej, w wyniku niewykonywania obowiązków właściwych dla tej władzy; pozbawienie władzy rodzicielskiej następuje, z jednej strony w wyroku stwierdzającym niewykonywanie obowiązków właściwych dla tej władzy, z drugiej zaś – w wyroku wydanym w sprawie karnej, to znaczy, że albo pozbawia się władzy rodzicielskiej wyrokiem stwierdzającym niewykonywanie obowiązków albo pozbawia się jej w sprawie karnej; oznacza to, że nie można w procesie karnym pozbawić władzy rodzicielskiej z powodu niewykonywania obowiązków właściwych dla tej władzy, co jest istotą drugiej przewidzianej możliwości, można zaś to uczynić w sprawach i w wypadkach przewidzianych w przepisach karnych, to znaczy w kodeksie karnym, który, jak już wcześniej podniesiono, nie zezwala na wymierzenie takiej kary w niniejszej sprawie. Dlatego też artykuł 170 kodeksu cywilnego nie zezwala jurysdykcji karnej na stosowanie przepisów cywilnych o całkowitym lub częściowym pozbawieniu władzy rodzicielskiej w wypadkach, gdy takie pozbawienie nie stanowi kary głównej lub dodatkowej przewidzianej za przestępstwo”¹⁰⁰. W doktrynie jednak *de lege ferenda* postuluje się dopuszczenie

⁹⁹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 404.

¹⁰⁰ Sentencia núm. 780/2000 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 11 de septiembre de 2000, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&>

możliwości, by sędzia karny mógł zastosować środek cywilny w postaci pozbawienia władzy rodzicielskiej, argumentując, że taka możliwość była przewidziana w kodeksie karnym z 1973 r. oraz tym, że w art. 193 h.k.k. sędzia karny jest upoważniony w wyrokach skazujących za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej do rozstrzygania kwestii dotyczących ojcostwa i ustalenia alimentów¹⁰¹.

Za typ kwalifikowany jest przewidziana kara w wyższej połowie kary zagrożonej za typ podstawowy, który jest zagrożony karą więzienia od 2 do 4 lat. Grozi zatem za to przestępstwo kara więzienia od 3 do 4 lat, a pozbawienia praw od 7 do 10 lat¹⁰².

Typ uprzywilejowany zagrożony jest karą więzienia od 6 miesięcy do 2 lat. Nie tylko jest zmniejszone *quantum* kary pozbawienia wolności, ale także nie jest przewidziana kara szczególnego pozbawienia prawa wykonywania władzy rodzicielskiej.

IX. Niepodleganie karze

W art. 225 ust 4 h.k.k. wprowadzono klauzulę niekaralności w wypadku gdy:

- 1) sprawca powiadomił o miejscu przebywania małoletniego drugiego rodzica lub tego, komu prawnie przysługuje opieka nad małoletnim, w okresie 24 h od porwania wraz z obietnicą natychmiastowego jego oddania i ją wykonał lub
- 2) nieobecność małoletniego nie była dłuższa niż 24 h.

W pierwszym wypadku termin 24 h dotyczy powiadomienia drugiego rodzica o miejscu przebywania małoletniego, a nie jest terminem oddania małoletniego. Oznacza to, że zwrot może nastąpić w terminie przekraczającym 24 h, pod warunkiem, że sprawca złożył taką obietnicę. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że zobowiązanie się do oddania małoletniego jest zobowiązaniem osobistym sprawcy, wynikającym z jego woli i nie stosuje się tej instytucji w przypadku oddania „pośredniego” za pomocą osoby podstawionej ani w wypadku porzucenia małoletniego, dopuszczając jednak jej zastosowanie

reference=3172611&links=%22780%2F2000%22&optimize=20030830&publicinterface=true (data pobrania: 13 grudnia 2016 r.).

¹⁰¹ J. M. de la Rosa Cortina, *Sustracción parental...*, s. 408; C. Ruisánchez Capelastegui, *Privación de la patria potestas y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006*, *Indret* 4/2007, s. 22.

¹⁰² Aby określić wymiar górnej połowy kary, należy podzielić różnicę między górną a dolną granicę na połowę i dodać ją do dolnej granicy, np. w wypadku zagrożenia karą więzienia w wymiarze od 2 do 4 lat: $4 - 2 = 2$, $2 : 2 = 1$, po dodaniu do dolnej granicy wymiaru kary nowe granice wymiaru kary, to 3–4 lata, a w wypadku zagrożenia karą pozbawienia prawa wykonywania władzy rodzicielskiej na okres od 4 do 10 lat: $10 - 4 = 6$, $6 : 2 = 3$, po dodaniu do dolnej granicy wymiaru kary nowe granice wymiaru kary, to od 7 do 10 lat.

w razie oddania małoletniego określonym podmiotom publicznym lub prywatnym albo funkcjonariuszom publicznym w celu przyspieszenia oddania¹⁰³.

W literaturze niekaralność jest uzasadniana koniecznością ochrony bezpieczeństwa małoletniego¹⁰⁴ lub ułatwieniem małoletniemu powrotu do stabilnego otoczenia oraz kontaktów z obojgiem rodziców, tzn. lepszą ochroną nadrzędnego interesu małoletniego ułatwiającą szybkie rozwiązanie konfliktów powstałych niejednokrotnie w wyniku emocji¹⁰⁵.

Termin 24 h biegnie, tak jak w przypadku typu uprzywilejowanego, od zawiadomienia o przestępstwie porwania, co wynika wprost z art. 225 bis ust. 4 zd. III h.k.k. Nietrafny jest zatem pogląd, że decyduje wszczęcie postępowania, nawet jeżeli zawiadamiający nie otrzymał informacji o wydaniu postanowienia o jego wszczęciu¹⁰⁶.

Klauzula niepodlegania karze wchodzi w grę także wówczas, gdy w ogóle nie zostało złożone zawiadomienie. Do wniosku takiego prowadzi argumentacja *a fortiori*, bowiem jeżeli ten warunek bezkarności zostaje spełniony po złożeniu zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, to tym bardziej ma zastosowanie przed jego złożeniem¹⁰⁷.

X. Wnioski

Hiszpański kodeks karny z 1995 r. w art. 225 bis przewiduje przestępstwo uprowadzenia przez rodzica bez usprawiedliwionej przyczyny małoletniego (ust. 1), które ma postać kwalifikowaną ze względu na jego zabranie poza granice Hiszpanii lub uzależnienie jego oddania od spełnienia warunku postawionego przez sprawcę (ust. 3) oraz typ uprzywilejowany w wypadku oddania uprowadzonego w ciągu 15 dni od porwania (ust. 4 zd. II).

Urowadzenie jest zdefiniowane w art. 225 bis ust. 2 h.k.k.; jest nim zabranie małoletniego bez zgody rodzica z jego miejsca zwyczajowego zamieszkania albo od osób lub instytucji, którym powierzono opiekę nad nim (pkt 1) lub zatrzymanie małoletniego, polegające na niewykonaniu w sposób poważny obowiązku ustanowionego w orzeczeniu sądowym lub administracyjnym (pkt 2).

¹⁰³ E. Stern Briones, La sustracción internacional..., s. 20.

¹⁰⁴ L. García (dir.), Secuestro de menores..., s. 64.

¹⁰⁵ J. Saavedra Ruiz, (w:) C. Conde Pumpido Tourón (dir.), Comentarios..., s. 1673, J. M. de la Rosa Cortina, Sustracción parental..., s. 378.

¹⁰⁶ L. García (dir.), Secuestro de menores..., s. 66, E. Stern Briones, La sustracción internacional..., s. 20, J. L. Díez Ripollés, El nuevo delito..., s. 11; J. M. Prats Canut, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), Comentarios al Código..., s. 605.

¹⁰⁷ M. Prats Canut, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), Comentarios al Código..., s. 605.

Sprawcą tych przestępstw może być ojciec lub matka dziecka, niezależnie od tego, czy jest rodzicem naturalnym czy wynikającym z adopcji. Sprawcami – z mocy art. 225 bis ust. 5 h.k.k. – mogą też być wstępni małoletniego oraz krewni rodzica do drugiego stopnia pokrewieństwa lub powinowactwa.

Przewidziana jest – zgodnie z art. 225 ust 4 h.k.k. – bezkarność sprawcy w wypadku gdy;

- 1) sprawca powiadomił o miejscu przebywania małoletniego drugiego rodzica lub tego, komu prawnie przysługuje opieka nad małoletnim w okresie 24h od porwania wraz z obietnicą natychmiastowego go oddania i ją wykonał lub
- 2) nieobecność małoletniego nie była dłuższa niż 24 h.

Wprowadzenie bezkarności jest motywowane koniecznością ochrony bezpieczeństwa małoletniego, ułatwienia mu powrotu do stabilnego otoczenia oraz do kontaktów z obojgiem rodziców.

Crime of unlawfully seizing a minor in Spanish criminal law

Abstract

This paper explores the crime under Article 225bis of the Spanish Penal Code of 1995, which crime is seizing a minor by a parent acting groundlessly. In addition to a standard crime of seizing (clause 1), the Code establishes an aggravated crime of seizing, where a minor is taken out of Spain or the return of a minor is made conditional upon satisfaction of a condition specified by a perpetrator (clause 3), and a lesser included crime where a seized minor is returned within 15 days after having been kidnapped (clause 4, sentence II). De lege lata considerations offered by this paper are preceded by a presentation of concept evolution for a crime of unlawfully seizing a minor in Spanish criminal legislation (1882, 1848 and 1973 Penal Codes). Based on extensive literature and case law, the considerations cover: object of protection; types of the crime (standard, aggravated, and lesser included); objective aspects of the crime including kidnapping (which consists in taking a minor without consent of its parent from its regular place of residence, or from persons or institutions entrusted with the care of a minor), or detention (which consists in a failure to seriously perform the obligation set in a court or administrative decision); doer who may be a father or a mother, as well as any of ascendants of the minor, or relatives of its parent up to the second degree of consanguinity or affinity; subjective aspect or a direct intent; crimi-

nal penalty range; non-punishability in the event that: a perpetrator notified the other parent or a person legally entrusted with the care of a minor of the location of such minor within 24 hours after kidnapping together with a promise that the minor will be promptly returned; or a perpetrator fulfilled such promise to promptly return the minor; or the absence of the minor did not exceed 24 hours.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Jerzy Jamiołkowski

Odpowiedzialność syndyka masy upadłości za naruszenie przepisów prawa pracy

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest odpowiedzialność syndyka masy upadłości. Prezentuje ono przegląd całego zakresu odpowiedzialności syndyka. Zdaniem Autora sam fakt objęcia zarządu majątkiem upadłego na podstawie art. 173 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe nie czyni syndyka pracodawcą w rozumieniu przepisów prawa pracy. W wyniku upadłości przedsiębiorcy zatrudniającego pracowników, następuje natomiast zmiana po stronie osoby dokonującej czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Uprawnienia syndyka w rozważanym zakresie są uzależnione od tego, czy syndyk po objęciu swojej funkcji jedynie obejmuje zarząd i przeprowadza likwidację majątku, czy też po objęciu zarządu majątkiem masy upadłości, nadal prowadzi przedsiębiorstwo upadłego.

Uwagi wprowadzające

Odpowiedzialność syndyka masy upadłości w stosunkach prawa pracy wiąże się w ścisły sposób ze statusem syndyka wynikającym z przepisów prawa upadłościowego oraz przepisów prawa pracy, w świetle których syndykowi nie można przypisać przymiotu pracodawcy w zakresie stosunków prawa pracy. Syndyk jest bowiem jedynie osobą zarządzającą masą upadłości w celu zrealizowania funkcji związanych z postępowaniem upadłościowym i nie jest następcą prawnym upadłego. Upadły przedsiębiorca zatrud-

niający pracowników i mający do chwili upadłości status pracodawcy, nadal nim pozostaje po ogłoszeniu upadłości, pomimo utraty możliwości zarządzania swoim majątkiem. Oznacza to, że formalnie nadal posiada on status pracodawcy, ale jednak nie ma już prawnych i faktycznych możliwości występowania w roli pracodawcy. Tak więc upadły nie może dokonywać czynności z zakresu prawa pracy zarówno w odniesieniu do indywidualnych, jak i zbiorowych stosunków pracy.

Przez sam fakt objęcia zarządu majątkiem upadłego na podstawie art. 173 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe¹, zwanej dalej „pr.up.”, syndyk nie staje się pracodawcą w rozumieniu przepisów prawa pracy. W wyniku upadłości przedsiębiorcy zatrudniającego pracowników, następuje natomiast zmiana po stronie osoby dokonującej czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Uprawnienia syndyka w rozważanym zakresie są uzależnione od tego, czy syndyk po objęciu swojej funkcji jedynie obejmuje zarząd i przeprowadza likwidację majątku czy też po objęciu zarządu majątkiem masy upadłości nadal prowadzi przedsiębiorstwo upadłego.

Syndyk dokonuje czynności z zakresu prawa pracy, ale musi uwzględniać odmiennosć i zróżnicowanie celów postępowania upadłościowego i przepisów prawa pracy. Jeśli syndyk uzyskał zgodę na dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa w trybie art. 312 pr.up., to tym samym uzyskuje uprawnienia do zatrudniania pracowników w niezbędnym zakresie.

Skoro więc syndyk masy upadłości jest z mocy art. 3¹ Kodeksu pracy² organem uprawnionym do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych, to jego odpowiedzialność w stosunkach prawa pracy ukształtowana jest analogicznie jak odpowiedzialność pracodawcy. Oznacza to, że syndyk podlega odpowiedzialności cywilnej, wykroczeniowej, a w przypadku najcięższych naruszeń, także odpowiedzialności karnej. Warto jednak zaznaczyć, że odpowiedzialność karną – zgodnie z zasadą *ultima ratio* – bierze się pod uwagę wówczas, gdy środki przewidziane w prawie pracy lub w innych gałęziach prawa nie są wystarczające do ochrony praw pracowników jako podmiotów stosunków pracy. W takiej sytuacji należy rozważyć zastosowanie ostrzejszych środków, którymi dysponuje prawo karne, ale powinny być one stosowane z dużą ostrożnością oraz w przypadkach najcięższych naruszeń³.

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.

² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502), zwana dalej k.p.

³ Zob. J. Marciniak, Odpowiedzialność karna pracodawcy, Warszawa 2010, s. 9.

I. Odpowiedzialność cywilna syndyka w stosunkach prawa pracy

Uwagi wstępne

Odpowiedzialność cywilna syndyka w stosunkach pracy wiąże się z ponoszeniem przez niego ujemnych konsekwencji przewidzianych przez prawo cywilne za fakty oceniane negatywnie z punktu widzenia porządku prawnego, przypisane syndykowi i ujawnione na tle stosunków prawa pracy.

Charakterystyczną cechą prawa cywilnego jest różnorodność sankcji przewidzianych przez to prawo, wśród których najważniejszą rolę odgrywa sankcja odszkodowawcza i związana z nią odpowiedzialność odszkodowawcza. Syndyk masy upadłości z mocy art. 3¹ k.p. jest organem uprawnionym do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych i z tych względów jego odpowiedzialność w stosunkach prawa pracy jest ukształtowana analogicznie jak odpowiedzialność pracodawcy. Syndyk ponosi więc w stosunkach pracy odpowiedzialność odszkodowawczą wynikającą wprost z przepisów prawa pracy, a także odpowiedzialność na podstawie ogólnych przepisów o odpowiedzialności deliktowej (art. 415 i nast. k.c.) oraz kontraktowej (art. 471 i nast. k.c.).

Pracodawca odpowiada bowiem majątkowo za wszelkie szkody powstałe wskutek niewykonywania lub nienależytego wykonania obowiązków wobec pracownika, a w niektórych przewidzianych prawem sytuacjach także za szkody powstałe w majątku pracownika spowodowane działaniami pracodawcy zgodnymi z prawem.

Należy podkreślić, że przepisy prawa pracy w wielu przypadkach w razie naruszenia przez pracodawcę uprawnień pracownika, wprost określają obowiązek wypłaty odszkodowania przez pracodawcę. Charakter prawny roszczeń majątkowych przysługujących pracownikowi z tego tytułu, np. w razie niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia, nie jest bezsporny. Podstawą istniejących w tej mierze wątpliwości jest fakt, że wystąpienie szkody, rozumianej jako uszczerbek w dobrach pracownika prawem chronionych, a także jej ewentualna wysokość, nie stanowią przesłanek powstania tego roszczenia i nie mają wpływu na jego wysokość. Z tych właśnie względów tego rodzaju roszczenie należne pracownikowi na podstawie przepisów prawa pracy określa się w orzecznictwie i literaturze jako „odszkodowanie ustawowe”. Za słuszny należy jednak uznać pogląd uznający je za roszczenie majątkowe *sui generis*, u którego podstaw obok funkcji kompensacyjnej, leży również funkcja socjalna i represyjna⁴.

⁴ Zob. Ł. Pisarczyk, Odszkodowanie z tytułu wadliwego wypowiedzenia lub rozwiązania umowy o pracę przez pracodawcę, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2002, nr 8, s. 18–19.

Uznanie ustawowego charakteru odszkodowania wynikającego z konkretnego przepisu prawa pracy wiąże się z dwiema istotnymi konsekwencjami. Po pierwsze – pracownik znajduje się w korzystnej sytuacji dowodowej. Odmienne niż na gruncie art. 415 lub art. 471 k.c., nie musi on bowiem udowadniać przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pracodawcy (kwestia szkody; zdarzenia, z którego szkoda wynikła i związku przyczynowego pomiędzy tym zdarzeniem a szkodą), a jedynie naruszenie przez pracodawcę przepisu prawa pracy. Po drugie – ponieważ co do zasady odszkodowanie ustawowe przysługuje pracownikowi niezależnie od wysokości szkody doznanej przez niego, nie ulega zmniejszeniu o wartość innych świadczeń np. zapewniających utrzymanie w okresie pozostawania bez pracy.

Stosownie do art. 300 k.p., w sprawach nieuregulowanych przepisami prawa pracy do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Uwzględniając więc powyższą normę należy przyjąć, że we wszystkich sprawach dotyczących odpowiedzialności syndyka masy upadłości w stosunkach prawa pracy, nieuregulowanych w prawie pracy, należy w związku z art. 300 k.p., stosować odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za szkodę, w szczególności art. 415 i art. 471.

1. Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka wynikająca z przepisów prawa pracy

1) Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka związana z naruszeniem przez niego praw pracowniczych

W sytuacji, gdy syndyk w ramach dokonywania czynności w sprawach pracowniczych naruszy uprawnienia pracownika, jest zobowiązany do wypłaty odszkodowania, o ile tak stanowią przepisy prawa pracy. Obowiązek wypłaty odszkodowania wynika z bardzo różnych przyczyn wymienionych w przepisach prawa pracy. Pracownik jest uprawniony do dochodzenia od syndyka odszkodowania, co nie oznacza oczywiście obowiązku jego automatycznego wypłacenia.

Ze względu na wielość i różnorodność przyczyn skutkujących obowiązkiem wypłaty odszkodowania przez syndyka w związku z naruszeniem przez niego praw pracowniczych, celowym jest dokonanie zestawienia ujmującego rodzaj naruszonego uprawnienia pracowniczego, wysokość odszkodowania przewidzianego przepisami prawa pracy oraz podstawę prawną jego wypłacenia⁵.

⁵ Por. L. Krysińska-Wnuk, M. Stojek-Siwińska, (w:) „Meritum” Prawo pracy 2007, Warszawa 2007, s. 383–384.

Lp.	Rodzaj naruszonego uprawnienia pracowniczego	Wysokość odszkodowania przewidziana przepisami	Podstawa prawna
1.	Naruszenie przepisów dotyczących równego traktowania w zatrudnieniu i przeciwdziałania mobbingowi	Nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na podstawie odrębnych przepisów	Art. 18 ^{3d} k.p. w zw. z art. 11, art. 18 ^{3a} –18 ^{3c} , art. 94 ³ k.p.
2.	Wyrządzenie pracownikowi szkody wskutek niewydania w terminie lub wydania niewłaściwego świadectwa pracy	W wysokości wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy z powodu niewydania lub wydania niewłaściwego świadectwa pracy, nie więcej niż za okres 6 tygodni	Art. 99 k.p.
3.	Ciężkie naruszenie przez syndyka podstawowych obowiązków wobec pracownika, w wyniku czego pracownik rozwiązał umowę o pracę bez wypowiedzenia	W wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia. Jeżeli umowa była zawarta na czas określony odszkodowanie przysługuje w wysokości wynagrodzenia za czas, do którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za okres wypowiedzenia.	Art. 55 § 1 ¹ k.p.
4.	Naruszenie przez syndyka przepisów o rozwiązaniu umowy o pracę:		
a	Wypowiedzenie niezasadne lub niezgodnie z przepisami umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony	W wysokości wynagrodzenia za okres od 2 tygodni do 3 miesięcy, nie niższej jednak od wynagrodzenia za okres wypowiedzenia	Art. 45 k.p., Art. 47 ¹ k.p.
b	Wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę zawartej na okres próbny z naruszeniem przepisów o wypowiedzaniu tych umów	W wysokości wynagrodzenia za czas, do upływu którego umowa miała trwać	Art. 50 § 1 k.p.
c	Wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę zawartej na czas określony lub na czas wykonania określonej pracy z naruszeniem przepisów o wypowiedzaniu tych umów	W wysokości wynagrodzenia za czas, do upływu którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za 3 miesiące	Art. 50 § 3 i § 4 k.p.

Lp.	Rodzaj naruszonego uprawnienia pracowniczego	Wysokość odszkodowania przewidziana przepisami	Podstawa prawna
d	Rozwiązanie umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony bez wypowiedzenia z naruszeniem przepisów o rozwiązywaniu umów o pracę w tym trybie	W wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia	Art. 56 § 1 k.p. Art. 58 k.p.
e	Rozwiązanie umowy o pracę zawartej na czas określony z naruszeniem przepisów o rozwiązywaniu umów o pracę w tym trybie	W wysokości wynagrodzenia za czas, do którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za okres wypowiedzenia	Art. 56 § 1 k.p. Art. 58 k.p.
f	Rozwiązanie umowy o pracę zawartej na okres próbny bez wypowiedzenia z naruszeniem przepisów o rozwiązaniu umowy w tym trybie	W wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia	Art. 56 § 1 k.p. Art. 58 k.p.
g	Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia w okresie wypowiedzenia z naruszeniem przepisów o rozwiązaniu umów o pracę bez wypowiedzenia	W wysokości wynagrodzenia za czas do upływu okresu wypowiedzenia	Art. 60 k.p.
5.	Naruszenie przez syndyka przepisów o wygaśnięciu umowy o pracę:		
a	Naruszenie przepisów o wygaśnięciu umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony lub na okres próbny	W wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia	Art. 67 w zw. z art. 58 k.p.
b	Naruszenie przepisów o wygaśnięciu umowy o pracę zawartej na czas określony	W wysokości wynagrodzenia za czas, do upływu którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za okres wypowiedzenia	Art. 67 w zw. z art. 58 k.p.

Należy podkreślić, że zróżnicowanie i wielość przyczyn powodujących obowiązek wypłacenia przez syndyka odszkodowania w razie naruszenia przez niego praw pracowniczych wiąże się z różnym charakterem tego odszkodowania, które jak wcześniej było wskazane, może przyjąć postać od-

szkodowania ustawowego, którego wysokość jest zryczałtowana i niezależna od rozmiaru faktycznie poniesionej szkody, jak również odszkodowania, którego wysokość w granicach określonych przez przepis ustawy limitowana jest wysokością poniesionej szkody przez pracownika.

Przykładowo stosownie do utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego w przypadku naruszenia przez pracodawcę przepisów dotyczących równego traktowania pracowników, odszkodowanie z art. 18^{3d} k.p. obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika⁶. Przepis ten przyznaje bowiem prawo do odszkodowania w wysokości minimalnego wynagrodzenia niezależnie od powstania jakiegokolwiek szkody i nie wynika z niego, aby w razie szkody majątkowej przysługiwało pracownikowi odrębne świadczenie odszkodowawcze (zadośćuczynienie) za doznaną krzywdę. Trzeba przy tym mieć na względzie, że sam fakt zasądzenia odszkodowania daje satysfakcję pracownikowi, gdyż wynika z niego stwierdzenie nienależytego zachowania pracodawcy, czyli jego szeroko rozumianej winy.

Zasadniczą funkcją tego odszkodowania jest jednak naprawienie szkody majątkowej⁷.

Z kolei w przypadku odszkodowania przysługującego pracownikowi w razie wypowiedzenie przez pracodawcę niezasadnie lub niezgodnie z przepisami umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony za podstawowe kryterium ustalania wysokości odszkodowania w granicach określonych przez art. 47¹ k.p. należy uznać wysokość szkody (art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 300 k.p.). Szkodą jest w tym przypadku utrata spodziewanych zarobków spowodowana bezprawnym wypowiedzeniem umowy. Ponadto, przy ustaleniu wysokości odszkodowania, należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, takie jak podleganie stosunku pracy pracownika szczególnej ochronie, jego możliwości znalezienia nowej pracy, a być może również stopień winy pracodawcy, skoro odpowiedzialność odszkodowawcza ma nie tylko wyrównać poniesioną szkodę, ale jest również sankcją wobec wyrządzającego ją podmiotu⁸.

2) Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka niezwiązana z naruszeniem praw pracowniczych

Przepisy prawa pracy przewidują również w niektórych sytuacjach obowiązek wypłaty odszkodowania przez pracodawcę w celu wyrównania

⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2009 r., sygn. III PK 43/08, OSNP 2010, nr 13–14, poz. 160.

⁷ Tak przyjął Sąd Najwyższy w tezie I wyroku z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. I PK 242/06, (OSNP 2008, nr 7–8, poz. 98), stwierdzając, że pracownik może dochodzić odszkodowania w wysokości różnicy między wynagrodzeniem, jakie powinien otrzymywać bez naruszenia zasady równego wynagrodzenia a wynagrodzeniem rzeczywiście otrzymywanym.

⁸ Zob. K. J a ś k o w s k i, Komentarz aktualizowany do art. 47¹ Kodeksu pracy, LEX 2016, stan prawny na 2 stycznia 2016 r.

uszczerbku powstałego w majątku pracownika, pomimo że pracodawca działał w sposób zgodny z prawem.

Przykładowo, stosownie do art. 36¹ § 1 k.p., jeżeli wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony lub umowy o pracę zawartej na czas określony następuje z powodu ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy albo z innych przyczyn nie dotyczących pracowników, pracodawca może, w celu wcześniejszego rozwiązania umowy o pracę, skrócić okres trzymiesięcznego wypowiedzenia, najwyżej jednak do 1 miesiąca. W takim przypadku pracownikowi przysługuje odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za pozostałą część okresu wypowiedzenia.

W przypadku skrócenia okresu wypowiedzenia na podstawie art. 36¹ k.p. umowa o pracę rozwiązuje się z upływem skróconego okresu, za późniejszy okres pracownik otrzymuje wprawdzie odszkodowanie, ale nie jest już pracownikiem. Poza odszkodowaniem za skrócenie okresu wypowiedzenia nie nabywa on prawa do świadczeń związanych ze stosunkiem pracy, z tym że okres skrócenia wypowiedzenia zalicza się do stażu pracy.

Z kolei zgodnie z art. 101² k.p. dopuszczalne jest zawarcie umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy. Jest to umowa znajdująca się na granicy między prawem pracy a prawem cywilnym. Z prawem pracy łączy ją względy formalne – jest uregulowana bowiem w Kodeksie pracy, zaś w razie sporu o odszkodowanie dla byłego pracownika orzeka sąd pracy (art. 101² § 3 k.p.) – a także okoliczności merytoryczne, jako że jest ona zawierana przez pracodawcę z pracownikiem (art. 101² § 1 k.p.), a przedmiotem jej jest zakaz konkurencji z uwagi na szczególnie ważne informacje, które pracownik uzyskał w czasie trwania stosunku pracy. Elementów cywilnoprawnych można dopatrzeć się w fakcie, że dotyczy ona obowiązków stron już po ustaniu stosunku pracy, a także w ponoszeniu przez byłego pracownika odpowiedzialności według Kodeksu cywilnego (bo § 1 nie odsyła do art. 101¹ § 2 k.p. przewidującego odpowiedzialność na zasadach określonych w Kodeksie pracy)⁹.

Także przedawnienie roszczeń pracodawcy, o których mowa w art. 101² § 2 k.p. podlega regulacji prawa cywilnego, gdyż art. 291 § 2¹ k.p. pomija odpowiedzialność z tego artykułu.

Stosownie do art. 101² § 2 k.p., zakaz konkurencji, o którym mowa w § 1, przestaje obowiązywać przed upływem terminu, na jaki została zawarta umowa przewidziana w tym przepisie, w razie ustania przyczyn uzasadniających taki zakaz lub niewywiązywania się pracodawcy z obowiązku wypłaty odszkodowania.

Natomiast w myśl § 3 cyt. artykułu, odszkodowanie, o którym mowa w § 1, nie może być niższe od 25% wynagrodzenia otrzymanego przez pra-

⁹ Zob. K. Jaśkowski, Komentarz aktualizowany do art. 101² Kodeksu pracy, System Informacji Prawnej LEX 2016, stan prawny na 2 stycznia 2016 r.

cownika przed ustaniem stosunku pracy przez okres odpowiadający okresowi obowiązywania zakazu konkurencji; odszkodowanie może być wypłacane w miesięcznych ratach. W razie sporu o odszkodowanie orzeka sąd pracy.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, w razie nieokreślenia wysokości odszkodowania lub ustalenia go poniżej kwoty z art. 101² § 3 należy stosować art. 58 § 1 k.c. w tej części, która przewiduje, że w miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Umowa o zakazie konkurencji jest zatem ważna, a były pracownik ma prawo do odszkodowania w wysokości określonej w § 3, która jest niezależna od rozmiarów szkody¹⁰.

Pracodawca zobowiązany jest także wypłacić odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia w sytuacji, gdy rozwiąże on z pracownikiem młodocianym umowę o pracę z powodu zagrożenia zdrowia młodocianego. W myśl bowiem art. 201 § 2 k.p., jeżeli lekarz orzeknie, że dana praca zagraża zdrowiu młodocianego, pracodawca jest obowiązany zmienić rodzaj pracy, a gdy nie ma takiej możliwości, niezwłocznie rozwiązać umowę o pracę i wypłacić odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia. Jeżeli młodociany nie podejmie pracy u innego pracodawcy niezwłocznie po rozwiązaniu stosunku pracy, okres pozostawania bez pracy, za który wypłacono odszkodowanie, zostanie mu zaliczony do stażu pracy (art. 201 § 2 w związku z art. 51 § 2 k.p.).

3) Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka za szkody wyrządzone osobie trzeciej

Zgodnie z art. 120 § 1 k.p., w razie wyrządzenia przez pracownika przy wykonywaniu przez niego obowiązków szkody osobie trzeciej, zobowiązany do naprawienia szkody jest wyłącznie pracodawca.

¹⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2001 r., sygn. I PKN 742/00 (OSNP 2003, nr 24, poz. 588), w którym Sąd Najwyższy – z powołaniem się na art. 18 § 2 k.p. – wyraził pogląd, że umowa przewidująca nieodpłatny zakaz działalności konkurencyjnej po ustaniu stosunku pracy nie jest nieważna, lecz klauzula o nieodpłatności zostaje automatycznie zastąpiona przez odszkodowanie gwarantowane w art. 101² § 3. W wyroku tym przyjęto także, że prawo do powyższego odszkodowania przysługuje z tytułu zachowania obiektywnie zgodnego z treścią zakazu konkurencji, więc bez znaczenia jest okoliczność, że wskutek niezdolności do pracy w następstwie choroby pracownik nie byłby w stanie podjąć działalności konkurencyjnej, ani fakt ewentualnego wypłacania mu w czasie takiej niezdolności świadczeń wyrównujących utracony zarobek. Z kolei według uchwały Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2003 r., sygn. III PZP 16/03 (OSNP 2004, nr 7, poz. 116) w razie niezgodnienia przez strony stosunku pracy odszkodowania za powstrzymanie się od prowadzenia działalności konkurencyjnej (art. 101² § 1 k.p.) pracownikowi – zgodnie z art. 56 K.c. w zw. z art. 300 k.p. – przysługuje odszkodowanie w minimalnej wysokości określonej w art. 101² § 3 k.p.

Przepis ten określa zasadę wyłącznej odpowiedzialności pracodawcy wobec osoby trzeciej wówczas, gdy pracownik wyrządził jej szkodę „przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych”. Zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego. Z uwagi na potrzebę ochrony interesów poszkodowanych orzecznictwo dopuszcza bezpośrednią odpowiedzialność pracownika, jeżeli z przyczyn faktycznych poszkodowany nie może dochodzić naprawienia szkody od pracodawcy¹¹.

Pracownik wyrządza szkodę „przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych” wówczas, gdy szkoda pozostaje nie tylko w normalnym, ale też funkcjonalnym związku przyczynowym z czynnościami pracownika podejmowanymi na podstawie stosunku pracy w ramach działalności zakładu¹². Pracodawca nie jest podmiotem wyłącznie odpowiedzialnym za wyrządzoną szkodę, jeżeli wykonywanie obowiązków pracowniczych było jedynie okazją (sposobnością) do wyrządzenia szkody. Zachodzi to zwłaszcza w razie winy umyślnej pracownika.

Z kolei osobą trzecią w rozumieniu art. 120 k.p. jest każdy podmiot prawa, a więc osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, niebędący pracownikiem wyrządzającym szkodę ani jego pracodawcą. Osobą trzecią w tym znaczeniu może więc być również inny pracownik z danego zakładu pracy.

Dla zastosowania kodeksowych zasad odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez pracownika osobie trzeciej nie ma znaczenia rodzaj szkody. Pracodawca obowiązany jest do naprawienia zarówno szkody majątkowej, jak i szkody na osobie (np. uszczerbku za zdrowiu, jakiego doznał pracownik wskutek wypadku przy pracy zawinionego przez innego pracownika). Elementu szkody nie stanowi odpowiednia suma zasądzona na wskazany cel społeczny na podstawie art. 448 k.c., w razie umyślnego naruszenia przez sprawcę dobra osobistego poszkodowanego¹³.

Pracodawca jest także odpowiedzialny za szkody wyrządzone przez pracowników nienależycie wykonujących obowiązki względem powierzonego im cudzego mienia.

Należy jednak podkreślić, że przepis art. 120 § 1 k.p. nie jest podstawą odpowiedzialności pracodawcy wobec osoby trzeciej, której pracownik szko-

¹¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2008 r., sygn. II CSK 618/07 (OSNC-ZD 2009, nr B, poz. 41), w którym Sąd Najwyższy odwołując się do uzasadnienia uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 7 czerwca 1975 r., sygn. III CZP 19/75 (OSNCP 1976, nr 2, poz. 20), stwierdził, iż poszkodowany może dochodzić naprawienia szkody także bezpośrednio od pracownika, jeżeli pracownik nieumyślnie wyrządził mu szkodę czynem niedozwolonym podczas wykonywania obowiązków pracowniczych i jeżeli zakład pracy na skutek upadłości nie jest w stanie wypłacić należnego odszkodowania.

¹² Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 1976 r., sygn. III PR 21/76, (PiZS 1977, nr 10, s. 68).

¹³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 1982 r., sygn. IV CR 255/82.

dę wyrządził. O tej odpowiedzialności rozstrzygają bowiem przepisy prawa cywilnego, a w szczególności art. 417–421 k.c., art. 430 k.c., art. 435 k.c. oraz art. 474 k.c.

Pracownik, który wyrządził szkodę przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych, choć nie ponosi odpowiedzialności wobec osoby trzeciej, to ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą regresową wobec pracodawcy, który naprawił szkodę. Pracownik zobowiązany jest do zwrotu wypłaconego osobie trzeciej przez pracodawcę odszkodowania lub zwrotu wydatków poniesionych na naprawienie szkody np. przez przywrócenie do stanu poprzedniego.

Zakres odpowiedzialności regresowej pracownika w takiej sytuacji, zależy od stopnia winy pracownika, a także od okoliczności, czy została ona wyrządzona w powierzonym pracownikowi mieniu osoby trzeciej. W przypadku winy nieumyślnej pracownik odpowiada w granicach z art. 119 k.p., a w razie umyślności – w pełnej wysokości (art. 122 k.p.). Także w pełnej wysokości odpowiada pracownik wówczas, gdy nie rozliczył się z powierzonego mu mienia osoby trzeciej, przy spełnieniu warunków z art. 124 k.p.

4) Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka za szkody wyrządzone w majątku pracownika

Syndyk dokonując czynności w sprawach pracowniczych ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za szkody wyrządzone w majątku pracownika m.in. w sytuacji, gdy:

- 1) szkoda wynikła z winy innego pracownika,
- 2) szkoda została wyrządzona przez ruch przedsiębiorstwa,
- 3) szkoda powstała na skutek nienależytej pieczy nad rzeczami pracownika,
- 4) szkoda powstała w czasie wypadku przy pracy i wiąże się z uszkodzeniem lub utratą przedmiotów osobistego użytku oraz przedmiotów niezbędnych do wykonywania pracy.

Odpowiedzialność pracodawcy wobec pracownika, który poniósł szkodę wskutek działalności innego pracownika, mieści się w reżimie odpowiedzialności pracodawcy za szkody wyrządzone osobie trzeciej.

Z kolei w myśl art. 435 § 1 k.c., prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.) ponosi odpowiedzialność za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.

Przepis ten określa rygorystyczną odpowiedzialność odszkodowawczą prowadzącego przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody, niezależną od winy przedsiębiorcy i innych osób, za które odpowiada, przy

czym tak normatywnie ukształtowana odpowiedzialność nie może być z góry wyłączona lub ograniczona.

Obiektywizacja odpowiedzialności odszkodowawczej i określenie obowiązku naprawienia szkody w sposób, który stwarza poszkodowanemu mocniejszą ochronę przy dochodzeniu odszkodowania uzasadniona jest zwiększonym niebezpieczeństwem, jakie rodzi dla swego otoczenia działalność przedsiębiorstw wprawianych w ruch wskutek przetwarzania sił przyrody, oraz faktem, że następuje to w interesie przedsiębiorcy. Przepis art. 435 § 1 k.c. udziela więc ochrony poszkodowanemu ruchem przedsiębiorstwa także w sytuacji, gdy do powstania uszczerbku doszło, mimo że przedsiębiorca nie dopuścił się zachowań sprzecznych z prawem i działał z dochowaniem wymaganej od niego staranności¹⁴.

Na podstawie art. 435 k.c. pracodawca może więc ponosić odpowiedzialność w szczególności za szkodę na osobie lub mieniu pracownika ponad zakres przewidziany przez przepisy o wypadkach przy pracy.

Na pracodawcy spoczywa również obowiązek pieczy nad rzeczami pracownika wniesionymi na teren zakładu pracy lub inne miejsce świadczenia pracy. Jeżeli na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania tego obowiązku rzeczy pracownika zostaną zniszczone, uszkodzone bądź utracone – pracodawca ponosi za to odpowiedzialność majątkową.

Obowiązek zapewnienia pracownikowi bezpieczeństwa jego rzeczy, znajdujących się w związku z pracą w zakładzie pracy, jest elementem stosunku pracy łączącego pracodawcę z pracownikiem. Pracodawca przez nawiązanie stosunku pracy przyjmuje na siebie jednocześnie zobowiązanie zapewnienia pracownikowi odpowiednich warunków pracy, w których mieści się również obowiązek pieczy nad rzeczami pracownika, wniesionymi do zakładu w związku z pracą¹⁵.

Przepisy Kodeksu pracy nie regulują jednak odpowiedzialności pracodawcy z tytułu szkód wynikłych z niewykonania obowiązku pieczy nad rzeczami pracownika. W takich przypadkach podstawę prawną roszczenia odszkodowawczego pracownika będzie stanowił przepis art. 471 k.c., w związku z art. 300 k.p.

Do uznania istnienia odpowiedzialności pracodawcy za rzeczy pracownika z mocy samej umowy o pracę konieczne jest spełnienie przesłanki, aby rzeczy te znajdowały się w zakładzie pracy „w związku z pracą”.

Związek ten może występować w różnych sytuacjach, zarówno w przypadku, gdy rzeczy są potrzebne pracownikowi i pracodawcy w celu wykonywania pracy i muszą się znajdować w miejscu pracy lub są konieczne do przybycia

¹⁴ A. Olejniczak, Komentarz do art. 435 kodeksu cywilnego, (w:) A. Kidyba (red.), A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna, LEX, 2010.

¹⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1977 r., sygn. I PR 89/77.

do pracy i odejścia z miejsca pracy, jak i w wypadku chwilowego znajdowania się ich w miejscu pracy z konieczności w zwykłym porządku zdarzeń, np. zwyczajowo noszonych przy sobie przedmiotów lub kwot pieniężnych¹⁶.

Obowiązek roztoczenia pieczy nad rzeczami pracownika wniesionymi do zakładu lub pozostawionymi w nim w związku z pracą wynika z obowiązku zapewnienia zatrudnionym bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 94 pkt 4 k.p.), a ponadto taki obowiązek może wynikać z umowy o przechowanie. Ta ostatnia umowa dochodzi do skutku najczęściej w sposób dorozumiany w momencie oddania rzeczy przez pracownika pracodawcy, który zobowiązuje się ją przechowywać w stanie niepogorszonym w przeznaczonym do tego pomieszczeniu przez okres świadczenia pracy przez pracownika.

Niezależnie jednak od tego, jaka będzie podstawa prawna odpowiedzialności pracodawcy, do jego odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu obowiązku pieczy nad rzeczami pracownika zastosowanie znajdują ogólne zasady Kodeksu cywilnego, dotyczące odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań (art. 471 k.c. i nast.).

Obok niewykonania lub nienależytego wykonania przez pracodawcę obowiązku zapewnienia właściwej pieczy nad pozostawionymi na terenie zakładu pracy rzeczami pracownika oraz powstania w wyniku tego zdarzenia szkody majątkowej po stronie pracownika warunkiem odpowiedzialności pracodawcy jest również istnienie normalnego związku przyczynowego między naruszeniem przez niego swego obowiązku a zaistnieniem szkody. Oznacza to, że pracownik dochodzący swoich roszczeń majątkowych z tego tytułu musi udowodnić, że gdyby pracodawca właściwie wykonywał kodeksowy obowiązek zapewnienia odpowiednich warunków pracy, to nie doszłoby do powstania szkody.

Syndyk ponosi także odpowiedzialność odszkodowawczą, gdy szkoda powstała w czasie wypadku przy pracy i wiąże się z uszkodzeniem lub utratą przedmiotów osobistego użytku oraz przedmiotów niezbędnych do wykonywania pracy. Zgodnie bowiem z art. 237¹ § 2 k.p., pracownikowi, który uległ wypadkowi przy pracy, przysługuje od pracodawcy odszkodowanie za utratę lub uszkodzenie w związku z wypadkiem przedmiotów osobistego użytku oraz przedmiotów niezbędnych do wykonywania pracy, z wyjątkiem utraty lub uszkodzenia pojazdów samochodowych oraz wartości pieniężnych.

Z przepisu tego nie wynika wprost, czy pracodawca ponosi odpowiedzialność za rzeczy pracownika na podstawie odpowiednio stosowanych przepisów Kodeksu cywilnego czy też na zasadzie wzmożonego ryzyka, na której opiera się odpowiedzialność za wypadki przy pracy. Jednak ze względu na fakt, iż w paragrafie 1 art. 237¹ k.p.¹⁷ zawarte jest uregulowanie odpowiedzial-

¹⁶ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1976 r., sygn. IV PZP 5/76.

¹⁷ Art. 237¹ § 1 k.p. stanowi: „Pracownikowi, który uległ wypadkowi przy pracy lub zachorował na chorobę zawodową określoną w wykazie, o którym mowa w art. 237 § 1 pkt 3, przysługu-

ności za wypadki przy pracy odsyłające do ustawy przewidującej odpowiedzialność na zasadzie wzmożonego ryzyka, to uzasadnionym jest stanowisko, że odpowiedzialność pracodawcy w omawianym zakresie ukształtowana jest również na tej samej zasadzie, a więc na zasadzie wzmożonego ryzyka.

Przepis art. 237¹ § 2 k.p. nie określa wysokości odszkodowania, a zatem zgodnie z art. 300 k.p., przy ocenie należnego odszkodowania zastosowanie znajduje art. 361 § 2 k.c., co oznacza, że odszkodowanie obejmuje zarówno poniesione straty (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*).

Reasumując ten zakres odpowiedzialności, należy zaznaczyć, że syndyk masy upadłości z mocy art. 3¹ k.p. jest organem uprawnionym do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych i z tych względów jego odpowiedzialność w stosunkach prawa pracy jest ukształtowana analogicznie jak odpowiedzialność pracodawcy. Syndyk ponosi więc w stosunkach pracy odpowiedzialność odszkodowawczą wynikającą wprost z przepisów prawa pracy, a także odpowiedzialność na podstawie ogólnych przepisów o odpowiedzialności deliktowej oraz kontraktowej. W związku z powyższym syndyk ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą zarówno w sytuacji, gdy doszło do naruszenia przez niego uprawnień pracowniczych, jak również w niektórych sytuacjach niezwiązanych z naruszeniem tych uprawnień, gdy konieczne jest wyrównanie uszczerbku powstałego w majątku pracownika. Syndyk zobowiązany jest również do naprawienia szkody wyrządzonej osobie trzeciej przez pracownika przy wykonywaniu przez niego obowiązków pracowniczych, a także ponosi, w określonych przez prawo sytuacjach, odpowiedzialność odszkodowawczą za szkody wyrządzone w majątku pracownika.

Na podkreślenie zasługuje wielość i różnorodność przyczyn skutkujących obowiązkiem wypłaty odszkodowania przez syndyka na tle stosunków pracy, co niewątpliwie wiąże się z szerokim zakresem uprawnień pracowniczych mających swoje źródło w zarówno w Konstytucji RP, Kodeksie pracy, jak i ustawach szczególnych, a w tym w przepisach normujących zagadnienia z zakresu ubezpieczeń społecznych.

II. Odpowiedzialność karna syndyka w stosunkach prawa pracy

1. Odpowiedzialność za wykroczenia syndyka w stosunkach prawa pracy

Jak wiadomo wykroczenia to, najogólniej ujmując, drobne naruszenia prawa. Mogą to być przy tym naruszenia nakazów lub zakazów administra-

ją świadczenia z ubezpieczenia społecznego, określone w odrębnych przepisach". Chodzi tu przede wszystkim o przepisy ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1242 ze zm.).

cyjnoprawnych albo też mogą mieć charakter deliktów kryminalnych. W aktualnym stanie prawnym wykroczenia w Polsce obejmują więc zarówno naruszenia o charakterze administracyjnym, jak i w szerszym niż kiedyś zakresie naruszenia o charakterze kryminalnym. Wykroczenia pozostają jednak nadal odrębną od przestępstw kategorią czynów zabronionych. Są to czyny zabronione przez ustawę, cechujące się co do zasady mniejszą szkodliwością społeczną niż przestępstwa.

Odpowiedzialność za wykroczenia, normowana w ustawie z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń¹⁸, zwanej dalej k.w., opiera się na podobnych, ale nie na tych samych, zasadach, jakie rządzą odpowiedzialnością karną za przestępstwa. Nie jest to zatem odpowiedzialność karna *sensu stricto*, lecz odpowiedzialność za wykroczenia, którą można uznać ewentualnie za odpowiedzialność karną *sensu largo*¹⁹.

Kodeks wykroczeń nie definiuje wykroczenia, jednak w art. 1 określa, kiedy ponosi się odpowiedzialność za wykroczenie, wskazując na wszystkie elementy struktury samego wykroczenia. Z art. 1 k.w. wynika, że odpowiedzialność za wykroczenie dotyczy popełnienia czynu:

- a) bezprawnego, czyli zabronionego przez ustawę w czasie jego popełnienia pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 5000 zł lub nagany, a przy tym
- b) społecznie szkodliwego (§ 1) oraz
- c) zawinionego (§ 2).

Należy podkreślić, że w prawie wykroczeń, poza Kodeksem wykroczeń, funkcjonuje wiele ustaw szczególnych zawierających przepisy określające czyny zabronione jako wykroczenia. Zgodnie z art. 48 k.w., przepisy części ogólnej Kodeksu wykroczeń stosuje się do wykroczeń przewidzianych w innych ustawach, jeżeli ustawy te nie zawierają przepisów odmiennych. Przepis ten spełnia więc funkcję klamry spinającej przepisy pozakodeksowe z Kodeksem wykroczeń w zakresie zasad odpowiedzialności za wykroczenia, środków reakcji na nie i zasad ich stosowania oraz przedawnienia karalności, wykonania kary i zatarcia ukarania, a także rozumienia określonych pojęć ustawowych. Przepisy części ogólnej k.w. nie mają jednak w ogóle zastosowania do wykroczeń skarbowych jako innych niż wykroczenia powszechne, co zostało podkreślone w art. 46 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy²⁰ przyjmując, że: „Do wykroczeń skarbowych nie mają zastosowania przepisy części ogólnej Kodeksu wykroczeń”.

Karalność przewidziana w prawie wykroczeń odnosi się jedynie do zachowania się człowieka (osoby fizycznej). Tym samym, jeżeli określony sku-

¹⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1094 ze zm.

¹⁹ Zob. T. H. Grzegorzczak, Komentarz do art. 1 Kodeksu wykroczeń, Komentarz LEX 2013, stan prawny na dzień 1 stycznia 2013 r.

²⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 186 ze zm.

tek, przewidziany w przepisach prawa wykroczeń, np. uszkodzenie lub zniszczenie cudzego mienia do określonej wartości, nie jest efektem czynu, jako uzewnętrznionego zachowania się człowieka (działania lub zaniechania) będącego przejawem jego woli, to w grę wchodzić może jedynie odpowiedzialność cywilna za zaistniałą szkodę, ale nie odpowiedzialność za wykroczenie, ponieważ nie miało ono miejsca, a szkoda nie była następstwem czynu, czyli zachowania się człowieka.

W przypadku, gdy syndykiem jest osoba fizyczna, kara za nieprzestrzeganie praw pracowniczych może zostać nałożona na niego osobiście, natomiast, jeżeli funkcję syndyka pełni, stosownie do art. 157 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe²¹, zwanej dalej pr.up., spółka handlowa, to odpowiedzialność wykroczeniową w tym zakresie może ponieść osoba działająca w imieniu tego podmiotu.

2. Odpowiedzialność za wykroczenia syndyka związana z naruszeniem praw pracowniczych

Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika zasadniczo uregulowana jest w Dziale trzynastym Kodeksu pracy. Nie jest to regulacja całościowa, ponieważ wykroczenia przeciwko prawom pracownika wskazane są również w niektórych ustawach szczególnych. Przepisy art. 281–283 k.p. zawierają katalog wykroczeń za naruszenia przepisów o:

- zawieraniu i rozwiązywaniu umów o pracę;
- odpowiedzialności porządkowej;
- czasie pracy;
- uprawnieniach rodzicielskich;
- prowadzeniu dokumentacji prawnopracowniczej;
- udzielaniu pracowniczych urlopów wypoczynkowych;
- zasadach wypłaty wynagrodzeń lub innych świadczeń pracowniczych;
- zasadach wydawania pracownikowi świadectwa pracy;
- dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy.

Z kolei w przepisach pozakodeksowych zostały wskazane wykroczenia przeciwko prawom pracownika dotyczące m.in.:

- naruszenia przepisów ustawy o społecznej inspekcji pracy, a w szczególności uniemożliwiania działalności społecznego inspektora pracy (art. 22 ustawy z dnia 24 czerwca 1983 r. o społecznej inspekcji pracy²²);
- naruszenia obowiązków w zakresie terminowego odprowadzania składek na Fundusz Pracy oraz zgłaszania właściwych danych (art. 122 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy²³);

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.

²² Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 567.

²³ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 149 ze zm.

- naruszenia obowiązków w zakresie terminowego odprowadzania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych²⁴);
- naruszenia obowiązków w zakresie zgłaszania pracownika do ubezpieczenia zdrowotnego, odprowadzania składek na ubezpieczenie zdrowotne oraz zgłaszania wymaganych przepisami danych o okolicznościach mających wpływ na wymiar tych składek (art. 193 pkt 1–3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych²⁵);
- naruszenia przepisów dotyczących uprawnień do tworzenia i działania w specjalnym zespole negocjacyjnym europejskiej rady zakładowej oraz do informowania pracownika w trybie określonym w zawartym porozumieniu (art. 39 ustawy z dnia 5 kwietnia 2002 r. o europejskich radach zakładowych);
- naruszenia uprawnień pracownika tymczasowego do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 27 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych);
- naruszenia przepisów ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (art. 12a ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych²⁶);
- naruszenia uprawnień pracowniczych do naliczenia i pobrania przez pracodawcę oraz odprowadzenia zaliczki na podatek dochodowy od wynagrodzenia pracownika (art. 31, 32, 35 i 38 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych²⁷);
- naruszenie przepisów ustawy – Prawo budowlane (art. 93 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane²⁸);
- naruszenia przepisów odnoszących się do uprawnień pracowników zatrudnionych na statkach w zakresie spełniania wymagań dotyczących umów o pracę, przestrzegania norm czasu pracy, przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny przebywania na statku oraz przepisów określających warunki, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia mieszkalne, sanitarne i bytowe na statku (art. 93 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o pracy na morskich statkach handlowych).

Należy podkreślić, że nie każde naruszenie indywidualnych uprawnień pracowników wskazanych w Kodeksie pracy lub w przepisach pozakodeksowych skutkuje odpowiedzialnością wykroczeniową. Aby dany czyn mógł

²⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 121 ze zm.

²⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 581 ze zm.

²⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 111 ze zm.

²⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.

²⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 290.

być uznany za wykroczenie, musi być stosownie do art. 1 k.w., czynem bezprawnym, społecznie szkodliwym i zawinionym.

W przypadku zaś uchybienia przepisom o wypowiedaniu i rozwiązywaniu stosunku pracy naruszenia te muszą mieć charakter rażący, aby mogły być uznane za wykroczenia (art. 281 pkt 3 k.p.)²⁹. Natomiast inne naruszenia uprawnień pracowniczych są wykroczeniami nawet wtedy, gdy nie mają takiego charakteru.

Przepisy prawa pracy statuujące sankcje za wykroczenia przeciwko prawom pracownika przewidują co do zasady karę grzywny. Możliwe jest jednak także zastosowanie kary nagany (art. 36 k.w.), (ale w sytuacji, gdy przepis szczególny nie uwzględnia kary nagany, można ją wymierzyć jedynie w wypadku możliwości zastosowania wobec sprawcy nadzwyczajnego złagodzenia kary), środka oddziaływania społecznego (art. 39 § 4 k.w.), a także środka oddziaływania wychowawczego (art. 41 k.w.).

Warto jednak zauważyć, że stosownie do art. 1 § 1 k.w. sankcją za popełnienie wykroczenia jest m.in. grzywna do 5.000 zł, a z kolei, w myśl art. 24 § 1 k.w., grzywnę wymierza się w wysokości od 20 do 5000 złotych, chyba że ustawa stanowi inaczej. Norma zawarta w przepisie art. 24 § 1 k.w. oznacza więc, że ustawa szczególna może przewidywać inną wysokość grzywny i to w odniesieniu zarówno do dolnej granicy, jak i górnej. Takie właśnie rozwiązanie znalazło zastosowanie w art. 281–283 k.p. po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy³⁰, które przewidują za wykroczenia przeciwko prawom pracownika grzywnę od 1000 do 30.000 zł.

Postępowanie w sprawach o wykroczenia przeciwko prawom pracownika

Postępowanie w sprawach o wykroczenia przeciwko prawom pracownika toczy się według przepisów ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia³¹, zwanej dalej k.p.w. W sprawach tych orzeka sąd rejonowy na podstawie wniosku o ukaranie. Wniosek w sprawach o wykroczenia przeciwko prawom pracownika może złożyć inspektor pracy, który jest w tych sprawach oskarżycielem publicznym (art. 17 § 2 k.p.w.).

W celu ustalenia, czy istnieją podstawy do wystąpienia z wnioskiem o ukaranie oraz zebrania danych niezbędnych do sporządzenia takiego wniosku lub jego uzupełnienia, inspektor pracy może w miarę potrzeby prze-

²⁹ Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2004 r., sygn. II KK 222/04, sankcjonowane są tylko błędy rażące, tzn. jaskrawe, oczywiste dla każdego, a przez to budzące oburzenie społeczne. Z kolei, stosownie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2003 r., sygn. III KKN 513/00, nie stanowi również wykroczenia rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia bez zachowania wymaganej procedury, jeżeli istniały przyczyny do rozwiązania umowy w tym trybie.

³⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 640 ze zm.

³¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 395 ze zm.

słuchiwać świadków, dokonywać oględzin i przeszukania, okazywać osoby, wzywać do wydania lub okazania dokumentu lub przedmiotu mającego znaczenie dowodowe dla sprawy, a także powoływać i przesłuchiwać biegłych oraz wzywać specjalistów, przy czym czynności tych dokonuje się, o ile to możliwe, na miejscu popełnienia czynu, bezpośrednio po jego ujawnieniu. W toku czynności wyjaśniających należy także przesłuchać osobę, co do której istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko niej wniosku o ukaranie. Przed przesłuchaniem należy osobie przesłuchiwanej wyjaśnić, o jakie wykroczenie może być obwiniona oraz pouczyć ją o prawie do odmowy złożenia wyjaśnień, a także o możliwości zgłoszenia własnych dowodów. Z czynności tej sporządza się protokół (art. 54 k.p.w. w zw. z art. 17 § 2 k.p.w.).

Po przeprowadzeniu powyższych czynności inspektor pracy może jednak sam nałożyć grzywnę w drodze mandatu karnego, jeżeli uważa, że kara ta będzie wystarczająca. W takim przypadku grzywna może być nałożona w wysokości do 2000 zł (art. 96 § 1a k.p.w.). Grzywna nałożona przez inspektora pracy może wyjątkowo wynieść nawet 5000 zł, jeżeli ukarany co najmniej dwukrotnie za wykroczenie przeciwko prawom pracownika określone w kodeksie pracy popełnia w ciągu dwóch lat od dnia ostatniego ukarania takie wykroczenie (art. 96 § 1b k.p.w.).

Artykuł 96 § 1b k.p.w. przewiduje więc szczególną formę nadzwyczajnego zaostrzenia kary grzywny wymierzanej w postępowaniu mandatowym przez organy Państwowej Inspekcji Pracy³².

Wyższe grzywny od tych grzywien, które są wymierzane w drodze mandatu może nakładać jedynie sąd. Pracodawca ma prawo nie przyjąć mandatu. Wówczas inspektor pracy występuje z wnioskiem o ukaranie do sądu. Pracodawca, nawet jeżeli mandat przyjął, może złożyć do sądu wniosek o jego uchylenie. Wniesienie wniosku powinno nastąpić w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się mandatu, tj. od dnia pokwitowania jego odbioru

³² W uzasadnieniu projektu ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy, którą przepis ten wprowadzono, podkreślono, że obserwacja rynku pracy w Polsce skłania do wniosku, iż wysokość kar nakładanych przez inspektorów Państwowej Inspekcji Pracy powoduje, że dla pracodawców niejednokrotnie ekonomicznie korzystniejsze jest zapłacenie mandatu i w dalszym ciągu łamanie przepisów w celu uniknięcia kosztów, jakie wiązałyby się z przestrzeganiem praw pracowników. Konieczne jest zatem podwyższenie wysokości grzywien nakładanych w drodze mandatu. Stąd propozycja, aby w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia w postępowaniu mandatowym, w sprawach, w których oskarżycielem publicznym jest organ Państwowej Inspekcji Pracy, podwyższyć górną granicę grzywny do 2000 zł, a do 5000 zł w stosunku do pracodawcy ukaranego co najmniej dwukrotnie za takie wykroczenie w ciągu dwóch lat od ostatniego ukarania. Racją wprowadzenia omawianych zmian było więc zaostrzenie sankcji w stosunku do tych pracodawców, którzy w sposób zamierzony łamią przepisy prawa pracy (zob. A. Skowron, Komentarz do art. 96 kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, (w:) A. Skowron, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Komentarz, LEX, 2010, wyd. II).

(art. 101 § 1 k.p.w. w zw. z art. 98 § 3 k.p.w.). Prawomocny mandat może zostać uchylony, jeżeli grzywnę nałożono za czyn niebędący wykroczeniem, zaś uchylenie następuje na wniosek, o którym wyżej była mowa lub z urzędu.

Zgodnie z art. 14 § 1 k.p.w., sądem odwoławczym w sprawach o wykroczenia podlegających właściwości sądów powszechnych, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, jest:

- 1) sąd okręgowy do rozpoznania apelacji oraz zażaleń na postanowienia i zarządzenia zamykające drogę do wydania wyroku;
- 2) sąd rejonowy w innym równorzędnym składzie do rozpoznania pozostałych zażaleń.

Środkami odwoławczymi są apelacja i zażalenie (art. 103 § 1 k.p.w.). Z kolei kasację w sprawach o wykroczenia może wnieść wyłącznie Prokurator Generalny lub Rzecznik Praw Obywatelskich, w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych także Zastępca Prokuratora Generalnego do Spraw Wojskowych, a w sprawach naruszenia praw dziecka także Rzecznik Praw Dziecka. Kasację można wnieść od każdego prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie sądowe (art. 110 § 1 k.p.w.).

3. Odpowiedzialność karna syndyka za przestępstwa związane z naruszeniem praw pracowniczych

Przez odpowiedzialność karną należy rozumieć ponoszenie konsekwencji prawnych popełnienia przestępstwa określonych przez prawo karne. Jest to odpowiedzialność karna w znaczeniu ścisłym (*sensu stricto*), od czego należy odróżnić odpowiedzialność karną w znaczeniu szerokim (*sensu largo*), obejmującym również odpowiedzialność za wykroczenie³³.

Art. 1 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny³⁴, zwanej dalej k.k., stanowi:

§ 1. Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.

§ 2. Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma.

§ 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu.

Powyższe przepisy art. 1 k.k. określają warunki odpowiedzialności karnej, a zarazem stanowią podstawę do sformułowania ogólnej definicji przestępstwa. Tak więc przestępstwem jest czyn zabroniony pod groźbą kary przez obowiązującą ustawę, zawiniony i szkodliwy społecznie w stopniu większym niż znikomy. Uzupełniające znaczenie w tej definicji ma przepis art. 115 § 1 k.k., wymagają-

³³ A. Marek, Komentarz do art. 1 kodeksu karnego, Komentarz, LEX, 2010.

³⁴ Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

cy, aby znamiona czynu zabronionego określała ustawa, oraz przepisy art. 7 § 1–3 k.k., według których przestępstwo jest zbrodnią lub występkiem, o czym przesądza wysokość zagrożenia karą w ustawie³⁵.

Odpowiedzialność karną podobnie jak odpowiedzialność za wykroczenia może ponosić tylko osoba fizyczna³⁶, a podmiotowym warunkiem odpowiedzialności karnej jest wina indywidualna, przypisana osobie fizycznej w trybie określonym przez prawo karne (zasada *nullum crimen sine culpa*). Z kolei przedmiotowym warunkiem tej odpowiedzialności jest popełnienie czynu zabronionego pod groźbą kary.

Czynem zabronionym jest zachowanie się człowieka o znamionach określonych w ustawie karnej (art. 115 § 1 k.k.). Według przeważającego obecnie poglądu czynem jest jedynie sterowane świadomością i wolą zachowanie się człowieka, które ma określone znaczenie w układzie społecznym, tj. podlega wartościowaniu i ocenie.³⁷ Czyn może polegać na działaniu lub zaniechaniu, przez które należy rozumieć zamierzone powstrzymanie się od działania nakazanego przez prawo.

Do zaistnienia przestępstwa konieczne jest wystąpienie wszystkich przesłanek określających odpowiedzialność karną. Chodzi tu zarówno o przesłanki obejmowane pojęciem formalnej definicji przestępstwa (zabronienie czynu przez obowiązującą ustawę karną określającą jego znamiona), jak i definicji materialnej (ujemna społecznie treść czynu, jego społeczna szkodliwość). Polskie prawo karne opiera się bowiem na tzw. kompleksowej (formalno-materialnej) definicji przestępstwa³⁸.

Syndyk ponosi odpowiedzialność karną w stosunkach pracy wówczas, gdy jest osobą fizyczną i gdy popełni przestępstwo. W sytuacji, gdy syndykiem jest spółka handlowa, to odpowiedzialność karną w związku z naruszeniem uprawnień pracowniczych będą ponosiły osoby działające w jej imieniu.

a) Odpowiedzialność karna syndyka z art. 218 k.k.

Uprawnienia pracownicze wynikające ze stosunku pracy lub ze stosunku ubezpieczenia społecznego podlegają ochronie prawnokarnej bez względu na

³⁵ A. Marek, *op. cit.*, Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego.

³⁶ Należy podkreślić, że odpowiedzialność podmiotów zbiorowych, przewidziana w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1212 ze zm.), nie jest oparta na zasadach kodeksu karnego. Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych przypomina odpowiedzialność karną, jest do niej zbliżona, ale nie może się z nią identyfikować. Jest to swoisty, odrębny i nawet autonomiczny rodzaj odpowiedzialności prawnej. Przede wszystkim nie jest to odpowiedzialność za zindywidualizowany czyn zawiniony, który może być przypisany wyłącznie człowiekowi. (Zob. A. Zachuta, Specyfika odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 11, s. 147–158).

³⁷ A. Marek, *op. cit.*, Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego.

³⁸ *Ibidem*.

ich treść czy też charakter. Obecnie obowiązujący Kodeks karny przewiduje sankcje za naruszenie powyższych uprawnień w art. 218–221, zamieszczonych w rozdziale XXVIII zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową”. Kodeks karny znacznie rozszerzył w stosunku do Kodeksu karnego z 1969 r. zakres czynów karalnych naruszających prawa pracownicze. Regulacje te trzeba rozpatrywać w kontekście określonych w Kodeksie pracy i przepisach pozakodeksowych naruszeń praw pracowniczych, z których większość stanowi wykroczenia, przy czym niektóre z tych naruszeń zostały obecnie przekształcone w występki (odmowa wykonania orzeczonego obowiązku ponownego przyjęcia do pracy – art. 218 § 2 k.k.; naruszanie przepisów o ubezpieczeniach społecznych – art. 219 k.k.).

Podejmowane w rozważanym zakresie działania legislacyjne świadczą o dążeniu ustawodawcy do wzmocnienia karnoprawnej ochrony praw pracowniczych, chociaż należy podkreślić, że instrumenty karne pełnią w tym procesie jedynie funkcję subsydiarną.

Przestępstwo określone w art. 218 k.k. stanowi podstawowy typ naruszenia praw pracowniczych wynikających ze stosunku pracy lub z ubezpieczenia społecznego. Dla realizacji znamion przestępstwa z art. 218 nie jest konieczne, by naruszenie praw pracowniczych doprowadziło po stronie pracownika do szkody o charakterze majątkowym lub niemajątkowym. Powyższa cecha omawianego przestępstwa wiąże się bowiem z jego formalnym charakterem. Różna waga naruszonych interesów pracowniczych może natomiast znaleźć odzwierciedlenie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnych zachowań realizujących znamiona przestępstwa z cytowanego artykułu³⁹.

Przy omawianiu problematyki odpowiedzialności karnej związanej z naruszeniem uprawnień pracowniczych należy mieć na uwadze również okoliczność, iż prawa pracownika mają charakter względnych dóbr prawnych. Oznacza to, iż zgoda pracownika wyłącza możliwość przyjęcia, że doszło do naruszenia jego praw skutkującego odpowiedzialnością karną. Warunkiem jest dobrowolny i świadomy charakter zgody. Nie ma przy tym znaczenia, że w perspektywie skutków przewidzianych w prawie pracy zgoda pracownika może mieć charakter nieistotny prawnie z uwagi na treść art. 18 k.p.⁴⁰

Podmiotem naruszania praw pracowniczych, o których mowa w art. 218 § 1a k.k., może być jedynie pracodawca lub osoba odpowiedzialna w zakładzie pracy za sprawy związane z wykonywaniem czynności ze stosunku pracy i ubezpieczeń społecznych, a także inne osoby wykonujące czynności

³⁹ Zob. W. Wróbel, Komentarz do art. 218 kodeksu karnego, (w:) A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglowski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 K.k., Zakamycze, 2006, wyd. II.

⁴⁰ *Ibidem*.

urzędowe z zakresu prawa pracy lub ubezpieczeń społecznych, np. urzędnik Powiatowego Urzędu Pracy czy też Zakładu Ubezpieczeń Społecznych⁴¹.

W wypadku ogłoszenia upadłości upadły traci możliwość zarządzania swoim majątkiem, co w praktyce oznacza, że choć formalnie nadal posiada on status pracodawcy, to jednak nie ma już prawnych i faktycznych możliwości występowania w roli pracodawcy. Tak więc upadły nie może dokonywać czynności z zakresu prawa pracy zarówno w odniesieniu zarówno do indywidualnych, jak i zbiorowych stosunków pracy, jak również z zakresu stosunku ubezpieczenia społecznego. W takiej sytuacji organem uprawnionym do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych w wyżej wymienionym zakresie staje się z mocy art. 3¹ k.p. syndyk masy upadłości.

Syndyk spełnia więc przesłanki bycia podmiotem przestępstwa określonego w art. 218 k.k., a więc jednocześnie ponosi on odpowiedzialność karną przewidzianą w tym artykule.

Należy podkreślić, że art. 218 § 1a k.k. penalizuje każde uporczywe lub złośliwe naruszenie praw pracowniczych. Naruszenie to może nastąpić zarówno przez działanie, jak też przez zaniechanie wykonania obowiązkowej czynności. Stosowanie tego przepisu wymaga uwzględnienia odpowiednich regulacji z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, z których wynikają uprawnienia pracownicze, a w szczególności chodzi tu o przepisy Kodeksu pracy i ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, a także postanowień układów zbiorowych oraz opartych na ustawie innych porozumień, regulaminów i statutów określających prawa i obowiązki pracownika⁴².

Przestępstwo przewidziane w art. 218 § 1a k.k. jest przestępstwem kierunkowym, a więc może być popełnione tylko umyślnie, z zamiarem bezpośrednim, nacechowanym dodatkowo szczególnym nastawieniem podmiotowym sprawcy, w postaci złośliwości lub uporczywości (*dolus directus coloratus*)⁴³. Wyłączność zamiaru bezpośredniego można wyinterpretować z istoty sformułowania „złośliwie” lub „uporczywie”. Oba te terminy wskazują na pewną determinację w działaniach sprawcy, co wyklucza zamiar ewentualny⁴⁴.

Przez złośliwość rozumie się szczególnie negatywne nastawienie związane z dążeniem do wyrządzenia pracownikowi szkody lub innej określonej dolegliwości. O złośliwości decydują zewnętrzne symptomy zachowania sprawcy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego pojęcie złośliwości interpretowane jest

⁴¹ Zob. A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s. 417–418.

⁴² Por. A. Marek, Komentarz do art. 218 kodeksu karnego, Komentarz, LEX, 2010.

⁴³ J. Marciniak, *op. cit.* s. 158.

⁴⁴ Zob. W. Wróbel, *op. cit.*, Komentarz do art. 218 kodeksu karnego, teza 32; Odmienne A. Marek, który uważa, że uporczywość naruszeń praw pracownika nie wyklucza zamiaru ewentualnego (zob. A. Marek, Komentarz do art. 218 kodeksu karnego, teza 7, Kodeks karny. Komentarz, LEX, 2010).

jako działanie kierunkowe, podejmowane w celu dokuczenia innej osobie⁴⁵. Z kolei przez uporczywość rozumie się wielokrotne lub długotrwałe naruszanie praw pracownika. Zgodnie z postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 grudnia 2000 r., pojęcie uporczywości zawiera zarówno wielokrotność uchylania się od wykonania powinności, jak i świadomość niweczenia tym możliwości osiągnięcia stanu założonego przez prawo⁴⁶.

Znamiona strony podmiotowej przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. w postaci „złośliwości” i „uporczywości” w naruszaniu uprawnień pracowniczych stanowią kryterium rozgraniczające przestępstwo od wykroczenia. Jeżeli bowiem naruszenie chronionych prawnie uprawnień pracowniczych nie było złośliwe ani uporczywe, lecz było zawinione, to kwalifikacja takiego zachowania jako przestępstwa nie jest możliwa ze względu na brak znamienia strony podmiotowej. Oznacza to, że w takim wypadku sprawca będzie ponosił odpowiedzialność tylko wykroczeniową⁴⁷.

Z kolei w sytuacji, gdy sprawca naruszy uprawnienia pracownicze w sposób złośliwy lub uporczywy pojawia się pewien problem interpretacyjny, czy należy posłużyć się konstrukcją idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, czy też będzie zachodził stosunek pochłaniania, zgodnie z zasadą *lex consumens derogat legi consumptae*. Zasada ta mówiąca, iż przepis pochłaniający wyłącza przepis pochłonięty, pozwala na zredukowanie wielości ocen prawnych do odpowiedzialności wyłącznie za przestępstwo. Należy zgodzić się ze zwolennikami tej koncepcji, że wykroczenia przeciwko prawom pracownika wskazane w Kodeksie pracy i innych ustawach zawarte są w znamionach przestępstwa przewidzianego w art. 218 § 1a k.k., które je konsumuje, a więc w przypadku naruszenia uprawnień pracowniczych wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego w sposób opisany w tym przepisie, sprawca powinien odpowiadać wyłącznie za przestępstwo przewidziane w art. 218 § 1a k.k.⁴⁸

O ile art. 218 § 1a k.k. penalizuje praktycznie wszelkie naruszenia praw pracownika wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, przy zachowaniu znamion strony podmiotowej przestępstwa w postaci „złośliwości” i „uporczywości”, o tyle poza zakresem penalizacji tego przepisu są naruszenia praw pracowniczych wymienione w art. 218 § 2 i § 3 k.k.

Art. 218 § 2 penalizuje nierespektowanie orzeczenia sądu lub innego właściwego organu, zobowiązującego do ponownego przyjęcia pracownika do pracy, co godzi zarówno w prawa pracownika, jak i w zasady porządku prawnego. Przestępstwo to ma charakter umyślny, przy czym ustawa nie

⁴⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1995 r., sygn. III KRN 44/95.

⁴⁶ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 grudnia 2000 r., sygn. II AKz 289/00.

⁴⁷ Por. J. Marciniak, *op. cit.* s. 166–167.

⁴⁸ Por. W. Radecki, Kryteria rozgraniczenia wykroczeń i przestępstw przeciwko prawom pracownika, MPP 2005, nr 9, s. 240.

wymaga w tym wypadku (tak jak w § 1a) złośliwości lub uporczywości w działaniu sprawcy. Jego podmiotem może być jedynie pracodawca lub inna osoba podejmująca z upoważnienia pracodawcy decyzje w tym przedmiocie. W przypadku ogłoszenia upadłości przesłanki bycia podmiotem tego przestępstwa spełnia oczywiście syndyk masy upadłości. W literaturze podkreśla się, że regulacja zawarta w art. 218 § 2 k.k. stosunkowo słabo chroni interesy pracowników, których złośliwy pracodawca najpierw przyjmuje do pracy, wykonując orzeczenie sądu, a następnie w krótkim czasie zwalnia⁴⁹.

Z kolei przepis art. 218 § 3 k.k., dodany przez ustawę z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy, penalizuje niewykonywanie orzeczenia sądu zobowiązującego do wypłaty wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy, co stanowi reakcję ustawodawcy na częste naruszenie praw pracowniczych w tym zakresie. Podmiotem tego przestępstwa może być podmiot określony w art. 218 § 1a k.k. Jest to przestępstwo umyślne, przy czym dla jego realizacji nie są istotne przyczyny dla których sprawca nie wykonuje nałożonego przez sąd obowiązku, o którym mowa w tym przepisie.

Niezależnie od pewnych wątpliwości interpretacyjnych co do typów przestępstw, o których mowa w art. 218 § 2 i § 3 k.k. (zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny prawa karnego⁵⁰, przestępstwo z art. 218 § 2 k.k., ze względu na niższą sankcję, stanowi typ uprzywilejowany przestępstwa z art. 218 § 1a k.k., a z kolei przestępstwo z art. 218 § 3 k.k. stanowi typ kwalifikowany przestępstwa z art. 218 § 1a k.k., o czym ma świadczyć surowsza sankcja oraz umieszczenie przepisu w tej samej jednostce redakcyjnej co typ podstawowy przestępstwa⁵¹), należy z uznaniem odnieść się do podejmowanych działań ustawodawcy mających na celu wzmocnienie karnoprawnej ochrony praw pracowniczych w rozważanym zakresie.

b) Odpowiedzialność karna syndyka z art. 219 k.k.

Zgodnie z art. 219 k.k., kto narusza przepisy prawa o ubezpieczeniach społecznych, nie zgłaszając, nawet za zgodą zainteresowanego, wymaganych danych albo zgłaszając nieprawdziwe dane mające wpływ na prawo do świadczeń albo ich wysokość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Dobrem chronionym na gruncie art. 219 k.k. są prawa osób wykonujących pracę zarobkową do otrzymania świadczeń z ubezpieczenia społecznego w wysokości przewidzianej przepisami z zakresu ubezpieczeń spo-

⁴⁹ Zob. A. Marek, Komentarz do art. 218 kodeksu karnego, teza 8, Kodeks karny. Komentarz, LEX, 2010.

⁵⁰ Zob. Z. Siwik, (w:) Kodeks karny. Komentarz, M. Filar (red.), Warszawa 2008, s. 898.

⁵¹ Krytycznie do takiego poglądu odniósł się J. Marciniak (por. J. Marciniak, *op. cit.* s. 170–171).

łecznych. Ochrona ta obejmuje każdego uprawnionego do otrzymywania takich świadczeń (nie tylko pracownika w rozumieniu art. 2 k.p.⁵²) i jest niezależna od woli osoby wykonującej pracę zarobkową, co jednoznacznie wynika z brzmienia cytowanego przepisu. Przepis art. 219 k.k. chroni także prawidłowe funkcjonowanie systemu ubezpieczeń społecznych, opartego na zasadzie solidaryzmu społecznego. Zaniechanie bowiem czynności rejestracyjnych uniemożliwia wyegzekwowanie należnych składek ubezpieczeniowych, osłabiając tym samym podstawy ekonomiczne całego systemu, co z kolei zagraża pełnej realizacji prawa do świadczeń ubezpieczeniowych innych pracowników⁵³.

Stosownie do art. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia społeczne obejmują:

- 1) ubezpieczenie emerytalne;
- 2) ubezpieczenia rentowe;
- 3) ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa, zwane dalej „ubezpieczeniem chorobowym”;
- 4) ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, zwane dalej „ubezpieczeniem wypadkowym”.

Z kolei w myśl art. 2 ust. 2 cyt. ustawy, rodzaje świadczeń z ubezpieczeń społecznych, warunki nabywania prawa do nich oraz zasady i tryb ich przyznawania określają odrębne przepisy. Wśród tych przepisów w odniesieniu do poszczególnych rodzajów ubezpieczeń kluczowe znaczenie mają:

- 1) ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych⁵⁴ – w odniesieniu do ubezpieczeń emerytalnych i rentowych;
- 2) ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa⁵⁵ – w odniesieniu do ubezpieczeń chorobowych;
- 3) ustawa z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych⁵⁶ – w odniesieniu do ubezpieczeń wypadkowych.

⁵² Zgłoszeniu do ubezpieczenia społecznego podlegają bowiem nie tylko pracownicy w rozumieniu Kodeksu pracy, ale także inne podmioty zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych i administracyjnoprawnych. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnym i rentowym podlegają m.in. osoby wykonujące pracę nakładczą, osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia itd.

⁵³ Zob. W. Wróbel, *op. cit.*, Komentarz do art. 219 kodeksu karnego, teza 3, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006.

⁵⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1440 ze zm.

⁵⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 159.

⁵⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 167, poz. 1322 ze zm.

Przestępstwo z art. 219 k.k. jest przestępstwem indywidualnym (*delictum proprium*), którego sprawcą może być jedynie osoba, na której ciąży z mocy przepisów prawa ubezpieczeń społecznych prawny obowiązek zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego i podawania danych, mających wpływ na ustalenie prawa do świadczeń z ubezpieczenia oraz wysokości tychże świadczeń. Dla bytu tego przestępstwa nie jest natomiast istotne, czy zachowanie sprawcy w rzeczywistości wpływ taki wywarło, a więc jest to przestępstwo formalne.

Podmiotem zobowiązanym do zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego oraz do podawania danych jest płatnik składek, jednakże z zastrzeżeniem, że spoczywać na nim musi obowiązek zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego i podawania danych innej osoby lub innych osób⁵⁷.

Płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne co do zasady jest pracodawca, a także inne podmioty wskazane w przepisach szczególnych, na których ciąży obowiązek zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego i podawania danych. Syndyk masy upadłości z mocy prawa jest uprawniony do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych, a w tym do zgłoszenia określonych danych, mających wpływ na ustalenie prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego oraz wysokość tych świadczeń, a więc spełnia przesłanki bycia podmiotem przestępstwa z art. 219 k.k.

Przestępstwo z art. 219 k.k. może być popełnione w formie zaniechania, poprzez niezgłoszenie wymaganych danych mających wpływ na prawo do świadczeń z ubezpieczenia społecznego albo ich wysokość, bądź też w formie działania, poprzez zgłoszenie nieprawdziwych danych. W obu tych formach zachowanie sprawcy naruszać musi odpowiednie normy zawarte w przepisach z zakresu ubezpieczeń społecznych.

Występek z art. 219 k.k. może być popełniony wyłącznie umyślnie, a jego realizacja jest możliwa zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym.

Przestępstwo z art. 219 k.k. w zakresie zgłoszenia nieprawdziwych danych może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z przestępstwami przeciwko wiarygodności dokumentów, w szczególności z art. 271 § 1 i 3 k.k. (poświadczenie nieprawdy). Możliwy jest także kumulatywny zbieg przepisów art. 219 k.k. z art. 228 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

Zachodzi także jednoczynowy zbieg przestępstwa z art. 219 k.k. z wykroczeniem z art. 98 ust. 1 pkt 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Wykroczenie to popełnia podmiot, który jako płatnik składek albo osoba obowiązana do działania w imieniu płatnika, nie zgłasza wymaganych ustawą danych lub zgłasza nieprawdziwe dane albo udziela w tych sprawach nieprawdziwych wyjaśnień lub odmawia ich udzielenia.

⁵⁷ Por. M. Jachimowicz, Przestępstwo niezgłoszenia danych do ubezpieczenia społecznego (art. 219 k.k.), Prokuratura i Prawo 2007, nr 6, s. 22.

Należy zauważyć, że zakres odpowiedzialności za wykroczenie z art. 98 ust. 1 pkt 2 cyt. wyżej ustawy jest znacznie szerszy, niż w przypadku występku z art. 219 k.k., ponieważ przedmiotem tego wykroczenia są wszelkie dane, a nie tylko dane mające wpływ na prawo do świadczeń albo na ich wysokość. Wykroczenie można popełnić także nieumyślnie. Podmiotem wykroczenia może być każdy płatnik, nie tylko płatnik zobowiązany do zgłoszenia lub zgłaszający do ubezpieczenia inną osobę wykonującą pracę zarobkową. Takie rozwiązanie legislacyjne – zdaniem W. Radeckiego – należy uzasadnić intencją ustawodawcy wyłączenia najpoważniejszych naruszeń prawa ubezpieczeń społecznych z ram odpowiedzialności za wykroczenia i uznanie ich za przestępstwa⁵⁸.

Z kolei jeżeli przyjmie się, że wszystkie informacje z zakresu ubezpieczeń społecznych podlegające obowiązkowi zgłoszenia mają wpływ na prawo do świadczeń z ubezpieczenia społecznego albo na ich wysokość, to w zakresie złośliwego lub uporczywego niezgłaszania wymaganych danych albo zgłaszania nieprawdziwych danych, zostają wyczerpane ustawowe znamiona zarówno przestępstwa z art. 219 k.k., przestępstwa z art. 218 § 1a k.k., jak i wykroczenia z art. 98 ust. 1 pkt 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Różnica dotyczy więc jedynie strony podmiotowej popełnionego czynu⁵⁹.

Z konstrukcji normatywnej przyjętej przez k.k. wynika, że odpowiedzialność za przestępstwo jest odpowiedzialnością wyłączną, zgodnie z przywołaną wcześniej zasadą *lex consumens derogat legi consumptae*. Ustawodawcą słusznie bowiem uznał, że należy dokonać wyłączenia najpoważniejszych naruszeń prawa ubezpieczeń społecznych z ram odpowiedzialności wykroczeniowej i uznać je za przestępstwa. Działanie takie jest zgodne z zasadą *ultima ratio*, która mówi, że prawo karne powinno wkraczać jedynie w te sfery stosunków społecznych, dla których regulacje przewidziane w innych dziedzinach prawa są niewystarczające⁶⁰.

Podkreślenia wymaga również fakt, że może dochodzić do kumulatywnego zbiegu przestępstw z art. 218 § 1a i art. 219 k.k. poprzez naruszenie przepisów o ubezpieczeniach społecznych przez niezgłaszanie albo zgłaszanie nieprawdziwych danych mających wpływ na prawo albo wysokość świadczeń z ubezpieczenia społecznego w sposób złośliwy lub uporczywy. W takiej sytuacji sprawca wyczerpuje swoim zachowaniem jednocześnie ustawowe znamiona art. 218 § 1a i art. 219 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k.

⁵⁸ Zob. W. R a d e c k i, *Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową*. Rozdział XVIII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2001, s. 59–60.

⁵⁹ Por. J. Marciniak, *op. cit.* s. 176.

⁶⁰ Zob. J. Marciniak, *Prawnokarna ochrona praw osób wykonujących pracę zarobkową*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 2, s. 60.

c) Odpowiedzialność karna syndyka z art. 220 k.k.

Art. 220 k.k. stanowi:

§ 1. Kto, będąc odpowiedzialny za bezpieczeństwo i higienę pracy, nie dopełnia wynikającego stąd obowiązku i przez to naraża pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§ 3. Nie podlega karze sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo.

W art. 220 § 1 i 2 k.k. ustawodawca penalizuje narażenie pracownika na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przez naruszanie przepisów o bezpieczeństwie i higienie pracy. Jest to przestępstwo szczególne w stosunku do przewidzianego w art. 160 § 1 i 3 k.k. ogólnego przestępstwa narażenia życia lub zdrowia na ciężki uszczerbek, ale nie jest to typ kwalifikowany przestępstwa⁶¹. Ustawodawca wprowadził penalizację naruszenia prawa pracownika do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy w oddzielnym przepisie, uwzględniając zapewne fakt, iż są to najczęściej występujące naruszenia praw pracownika grożące poważnymi następstwami.

Do znamion omawianego przestępstwa należy narażenie pracownika na niebezpieczeństwo bezpośrednie (konkretne), tzn. takie, w którym niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu grozi niezwłocznie.

Z kolei podmiotem tego przestępstwa może być jedynie osoba fizyczna odpowiedzialna za przestrzeganie bezpieczeństwa i higieny pracy, ale wbrew niektórym poglądom, nie musi to być jedynie pracodawca, ponieważ może być nim każda osoba odpowiedzialna za przestrzeganie bhp w procesie pracy, w szczególności kierująca odpowiednimi działami lub zespołami ludzkimi⁶². Syndyk masy upadłości jako podmiot uprawniony do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych, spełnia niewątpliwie przesłanki zastosowania wobec niego normy z art. 220 k.k. w sytuacji, gdy dopuści się penalizowanych w tym artykule działań.

Stosownie do art. 220 § 1 i 2 k.k., przedmiotowe przestępstwo może być popełnione zarówno z winy umyślnej – z zamiarem bezpośrednim i ewentualnym, jak i nieumyślnej. Sprawca bowiem może naruszać zasady bhp i przewidywać możliwość narażenia życia lub zdrowia pracownika (lub pracowników), godząc się z tym, albo bezpodstawnie przypuszczać, że takie narażenie nie nastąpi, albo wreszcie naruszać zasady wymaganej ostrożno-

⁶¹ Zob. A. Marek, Komentarz do art. 220 Kodeksu karnego, LEX 2010.

⁶² *Ibidem*.

ści, nie przewidując sprowadzenia zagrożenia mimo możliwości i powinności takiego przewidywania.

Obowiązki osób odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i higienę pracy mają bardzo różnorodny charakter, uzależniony od rodzaju wykonywanej pracy. Niedopełnienie obowiązków z zakresu bhp może w szczególności polegać na zaniedbaniach natury organizacyjnej, wadliwym nadzorze, ograniczeniu środków finansowych niezbędnych dla zapewnienia właściwych warunków wykonywania pracy, czy też dopuszczeniu do wykonywania pracy osób nieposiadających odpowiednich kwalifikacji⁶³.

W razie spowodowania śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu konieczna jest kumulatywna kwalifikacja prawna czynu z art. 220 § 1 lub 2 w zw. z art. 155 lub 156 § 2 k.k., przy założeniu, że spowodowanie wymienionych skutków nie było objęte zamiarem sprawcy.

W art. 220 § 3 k.k. ustawodawca wprowadził klauzulę czynnego żalu, zgodnie z którą nie podlega karze sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo. Przepis ten oznacza, że klauzula niekaralności odnosi się jedynie do sprawcy, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo po tym, jak pracownik został na nie narażony.

Warunkiem niezbędnym niekaralności sprawcy jest dobrowolność uchylenia grożącego niebezpieczeństwa, przy czym motyw, którymi się sprawca kierował, nie są w tym wypadku istotne. Może to więc być zarówno autentyczny żal, w wyniku którego sprawca podejmuje decyzję z własnej inicjatywy, jak i działanie pod wpływem namowy lub perswazji innych osób, a nawet obawa przed odpowiedzialnością karną⁶⁴.

d) Odpowiedzialność karna syndyka z art. 221 k.k.

Zgodnie z art. 221 k.k., kto wbrew obowiązkowi nie zawiadamia w terminie właściwego organu o wypadku przy pracy lub chorobie zawodowej albo nie sporządza lub nie przedstawia wymaganej dokumentacji, podlega grzywnie do 180 stawek dziennych albo karze ograniczenia wolności.

Przedmiotem ochrony z art. 221 k.k. są uprawnienia pracownika wynikające z ubezpieczenia społecznego, których przesłanką jest wypadek przy pracy lub choroba zawodowa. Przestępstwo z art. 221 ma charakter abs-

⁶³ Por. wyrok SN z dnia 19 listopada 1997 r., sygn. III KKN 267/96, Prok. i Pr. 1998, nr 6, poz. 5, zgodnie z którym stwierdzenie posiadania przez podległych pracowników określonych umiejętności i kwalifikacji, należy w oczywisty sposób do przełożonego, a więc organizatora pracy, i stanowi w ogóle podstawową czynność, która musi poprzedzać rozdział stanowisk pracy, jeżeli mają być spełnione wymogi warunkujące bezpieczeństwo pracy. W tak doniosłej kwestii skazany nie miał zatem „prawa przypuszczania”, a zatem domniemywania kwalifikacji pracowników (a więc i pokrzywdzonego), bo zobowiązany był do całkowitej pewności i wiedzy w tym zakresie. Świadome zlekceważenie obowiązku sprawdzenia rzeczywistych kwalifikacji pracowników, jest oczywistym i umyślnym naruszeniem obowiązków przełożonego.

⁶⁴ Zob. A. Marek, Komentarz do art. 15 Kodeksu karnego, teza 2, LEX 2010.

trakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo interesów pracownika związanych z uzyskaniem odpowiednich świadczeń.

Jest to przestępstwo indywidualne, którego podmiotem może być jedynie osoba zobowiązana do zgłaszania i dokumentowania wymienionych zdarzeń, tj. pracodawca (zob. art. 234 § 2 i 3 oraz art. 235 § 1–4 k.p.), a także lekarz, jeżeli rozpoznał lub podejrzewa chorobę zawodową pracownika (art. 235 § 2 k.p.). Sprawcą przestępstwa z art. 221 k.p. może być zatem również syndyk masy upadłości, ponieważ z chwilą powołania jest on podmiotem dokonującym czynności z zakresu prawa pracy zamiast upadłego.

Omawiane przestępstwo ma charakter formalny, ponieważ penalizacja wymienionych zachowań jest niezależna od tego, czy pracownik odniósł efektywną szkodę. *Ratio legis* wymienionego przepisu tkwi w zabezpieczeniu ochrony osób wykonujących pracę zarobkową przed szkodami wynikłymi z wypadków przy pracy lub chorób zawodowych. Można je popełnić jedynie umyślnie – tak w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym⁶⁵.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych⁶⁶, za wypadek przy pracy uważa się nagłe zdarzenie wywołane przyczyną zewnętrzną powodujące uraz lub śmierć, które nastąpiło w związku z pracą:

- 1) podczas lub w związku z wykonywaniem przez pracownika zwykłych czynności lub poleceń przełożonych;
- 2) podczas lub w związku z wykonywaniem przez pracownika czynności na rzecz pracodawcy, nawet bez polecenia;
- 3) w czasie pozostawania pracownika w dyspozycji pracodawcy w drodze między siedzibą pracodawcy a miejscem wykonywania obowiązku wynikającego ze stosunku pracy.

Należy jednak podkreślić, że w myśl art. 234 § 2 k.p. obowiązek zawiadomienia właściwego okręgowego inspektora pracy i prokuratora dotyczy tylko takiego wypadku przy pracy, który jest śmiertelny, ciężki lub zbiorowy⁶⁷.

⁶⁵ A. Marek, Komentarz do art. 121 Kodeksu karnego, teza 2, LEX 2010.

⁶⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1242 ze zm.

⁶⁷ W myśl art. 3 ust. 4, 5 i 6 ustawy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, za śmiertelny wypadek przy pracy uważa się wypadek, w wyniku którego nastąpiła śmierć w okresie nieprzekraczającym 6 miesięcy od dnia wypadku. Za ciężki wypadek przy pracy uważa się wypadek, w wyniku którego nastąpiło ciężkie uszkodzenie ciała, takie jak: utrata wzroku, słuchu, mowy, zdolności rozrodczej lub inne uszkodzenie ciała albo rozstrój zdrowia, naruszające podstawowe funkcje organizmu, a także choroba nieuleczalna lub zagrażająca życiu, trwała choroba psychiczna, całkowita lub częściowa niezdolność do pracy w zawodzie albo trwale, istotne zeszpecenie lub zniekształcenie ciała. Za zbiorowy wypadek przy pracy uważa się wypadek, któremu w wyniku tego samego zdarzenia uległy co najmniej dwie osoby.

IV. Uwagi końcowe

Syndyk masy upadłości z mocy przepisów prawa upadłościowego oraz prawa pracy jest organem uprawnionym do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych. Odpowiedzialność syndyka w stosunkach prawa pracy ukształtowana jest więc analogicznie jak odpowiedzialność pracodawcy, chociaż syndykowi nie można przypisać przymiotu pracodawcy w zakresie stosunków prawa pracy, ponieważ syndyk jest jedynie osobą zarządzającą masą upadłości w celu zrealizowania funkcji związanych z postępowaniem upadłościowym i nie jest następcą prawnym upadłego. Oznacza to, że w stosunkach prawa pracy syndyk podlega odpowiedzialności cywilnej, wykroczeniowej, a w przypadku najcięższych naruszeń, także odpowiedzialności karnej.

Syndyk ponosi odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika, która zasadniczo uregulowana jest w Dziale trzynastym Kodeksu pracy. Nie jest to regulacja całościowa, ponieważ wykroczenia przeciwko prawom pracownika wskazane są również w niektórych ustawach szczególnych. Jednak nie każde naruszenie indywidualnych uprawnień pracowników wskazanych w Kodeksie pracy lub w przepisach pozakodeksowych skutkuje odpowiedzialnością wykroczeniową. Aby dany czyn mógł być uznany za wykroczenie, musi być stosownie do art. 1 k.w., czynem bezprawnym, społecznie szkodliwym i zawinionym.

Z kolei odpowiedzialność karną w stosunkach pracy syndyk ponosi wówczas, gdy jest osobą fizyczną i gdy popełni przestępstwo. W sytuacji, gdy syndykiem jest spółka handlowa, to odpowiedzialność karną w związku z naruszeniem uprawnień pracowniczych będą ponosiły osoby działające w jej imieniu.

Warto jednak zaznaczyć, że odpowiedzialność karną – zgodnie z zasadą *ultima ratio* – bierze się pod uwagę wówczas, gdy środki przewidziane w prawie pracy lub w innych gałęziach prawa nie są wystarczające do ochrony praw pracowników jako podmiotów stosunków pracy. W takiej sytuacji należy rozważyć zastosowanie ostrzejszych środków, którymi dysponuje prawo karne, ale powinny być one stosowane z dużą ostrożnością oraz w przypadkach najcięższych naruszeń.

Uprawnienia pracownicze wynikające ze stosunku pracy lub ze stosunku ubezpieczenia społecznego podlegają ochronie prawnokarnej bez względu na ich treść czy też charakter. Obecnie obowiązujący Kodeks karny przewiduje sankcje za naruszenie powyższych uprawnień w art. 218–221, zamieszczonych w rozdziale XXVIII, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową”. Kodeks karny znacznie rozszerzył w stosunku do Kodeksu karnego z 1969 r. zakres czynów karalnych naruszających prawa pracownicze. Podejmowane w rozważanym zakresie działania legislacyjne świadczą o dążeniu ustawodawcy do wzmocnienia

karnoprawnej ochrony praw pracowniczych, chociaż należy podkreślić, że instrumenty karne pełnią w tym procesie jedynie funkcję subsydiarną.

Liability of receivers for violating labour law

Abstract

This study discusses liability of receivers. The entire scope of receivers' responsibilities is presented. It is claimed that the fact itself that a receiver is given responsibility for managing assets of a bankrupt under Article 173 of the Act of 28 February 2003 – Bankruptcy Law does not make the receiver an employer as defined by labour law. However, when a company is declared bankrupt, there is a change to a person who performs acts in any matter relating to labour law. In this respect, rights of the receiver depend on whether the receiver, after assuming their role, assumes only management of assets, and works to liquidate thereof, or, after assuming management of bankruptcy estate, continues to run the bankrupt's business operations.

GLOSA

Marcin Janusz Szewczyk

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2016 r., sygn. III KK 474/15¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest instytucja zakazu reformationis in peius. Autor nie aprobuje poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym przepis art. 443 k.p.k. nie ma zastosowania w ponownym postępowaniu pierwszoinstancyjnym, w sytuacji gdy sąd pierwotnie rozpoznający sprawę nie wyda rozstrzygnięcia, co do jednego z czynów wyszczególnionych w akcie oskarżenia, a środek zaskarżenia zostanie wniesiony wyłącznie na korzyść oskarżonego.

Co do zasady, zakaz *reformationis in peius*, wynikający z art. 443 k.p.k., nie pozwala sądowi, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania, na wydanie orzeczenia surowszego niż uchylone, gdy orzeczenie to zostało zaskarżone tylko na korzyść oskarżonego, również wtedy, gdy do uchylenia tego orzeczenia doszło na podstawie art. 440 k.p.k., poza granicami zaskarżenia i podniesionych w środku odwoławczym zarzutów. Przepis art. 443 k.p.k. nie ma natomiast zastosowania do wydania orzeczenia w sprawie ze skargi uprawnionego oskarżyciela o popełnienie przestępstwa, rozpoznawanej wobec oskarżonego po raz pierwszy w tym samym postępowaniu, w którym sąd – będąc zobowiązany do respektowania zakazu *reformationis in peius* – orzeka w prze-

¹ OSNKW 2016, nr 8, poz. 55.

kazanej mu do ponownego rozpoznania sprawie tego oskarżonego o inne przestępstwo.

Na wstępie należy pokrótce przypomnieć stan faktyczny, na tle którego doszło do sformułowania wyrażonych w sentencji poglądów prawnych. Prokurator wniósł do Sądu w S. akt oskarżenia, w którym zarzucił R. P. popełnienie 12 przestępstw. Sąd Rejonowy rozpoznający sprawę w pierwszej instancji dokonał zmiany opisu i kwalifikacji poszczególnych czynów i wymierzył podsądnemu karę łączną 6 lat pozbawienia wolności. Wyrok nie zawierał jednak rozstrzygnięcia do jednego z występów wyszczególnionych w akcie oskarżenia. Pomimo to, orzeczenie zostało zaskarżone wyłącznie na korzyść R. P.

W wyniku rozpoznania apelacji Sąd Okręgowy w G. na podstawie art. 440 k.p.k., niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, uchylił zaskarżony wyrok w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Sąd Okręgowy uznając, że utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwe, stwierdził, iż w postępowaniu pierwszoinstancyjnym doszło do szeregu rażących uchybień prawa procesowego w zakresie postępowania dowodowego, oceny dowodów i ich prezentacji, opisu części przypisanych czynów oraz ich kwalifikacji, które to uchybienia przeczyły możliwości uznania, że ustalenia faktyczne, przyjęte za podstawę odpowiedzialności karnej oskarżonego, poczynione zostały zgodnie z dyrektywą określoną w art. 2 § 2 k.p.k. Wydane co do powtórnego postępowania wytyczne wskazywały na niezbedność przeprowadzenia wszystkich koniecznych czynności dowodowych, zmierzających do wyjaśnienia wątpliwości i poczynienia prawidłowych ustaleń stanu faktycznego, a następnie do dokonania analizy materiału dowodowego zgodnej z treścią art. 7 k.p.k. Sąd odwoławczy nie odniósł się w żaden sposób do uchybienia polegającego na pominięciu w postępowaniu pierwszoinstancyjnym rozstrzygnięcia co do jednego z czynów zarzuconych oskarżonemu.

Po powtórным rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2014 r., uznano R. P. winnym popełnienia wszystkich zarzuconych mu aktem oskarżenia przestępstw, z wyjątkiem czynu opisanego w punkcie 6 skargi, od którego popełnienia Sąd uniewinnił oskarżonego. W kolejnych punktach wyroku rozstrzygnięto o podstawach prawnych skazania i wymiaru kar. Pominięty uprzednio w rozstrzygnięciu czyn, Sąd zakwalifikował jako przestępstwo z art. 189 § 1 k.k. w zb. z art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 217 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i na podstawie art. 189 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i art. 64 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności. Następnie orzeczone za poszczególne przestępstwa kary pozbawienia wolności połączył i orzekł łącznie 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca R. P., który zarzucił orzeczeniu naruszenie przepisu art. 443 k.p.k., polegające na niezastosowaniu się przez Sąd Rejonowy do zakazu *reformationis in peius* poprzez:

- dokonanie niekorzystnej dla oskarżonego zmiany kwalifikacji prawnej drugiego, piątego i siódmego z zarzucanych mu czynów przez zmianę recydywy specjalnej zwykłej (art. 64 § 1 k.k.) na multirecydywę (art. 64 § 2 k.k.) – co nie było dopuszczalne w związku z brakiem apelacji na niekorzyść oskarżonego;
- skazanie za czyn zarzucany w punkcie 8 aktu oskarżenia, który nie został objęty pierwszym wyrokiem wydanym w sprawie – co było niedopuszczalne w związku z brakiem środka odwoławczego.

Na podstawie tych zarzutów obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu.

Po rozpoznaniu apelacji, wyrokiem z dnia 16 grudnia 2014 r., Sąd Okręgowy w G. zmienił zaskarżone orzeczenie w ten sposób, że:

- czyn przypisany w punkcie II wyroku zakwalifikował na podstawie art. 190 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. oraz wyeliminował art. 64 § 2 k.k. z podstawy wymiaru kary;
- czyny przypisane oskarżonemu w punktach V i VI wyroku zakwalifikował z art. 191 § 1 k.k. zw. z art. 64 § 1 k.k.

W pozostałej części wyrok został utrzymany w mocy, a Sąd uznał apelację za oczywiście bezzasadną.

Orzeczenie zaskarżył kasacją obrońca R. P. W skardze tej zarzucił rażąco naruszenie prawa procesowego – art. 443 k.p.k., mające wpływ na treść orzeczenia, a polegające na niezastosowaniu przez Sąd zarówno pierwszej, jak i drugiej instancji zakazu *reformationis in peius*, poprzez przypisanie i skazanie oskarżonego za czyn zarzucany mu w punkcie ósmym aktu oskarżenia, który nie został objęty pierwszym wyrokiem wydanym w sprawie – co było niedopuszczalne w związku z brakiem środka odwoławczego złożonego na niekorzyść oskarżonego od pierwszego wyroku, uchylonego następnie przez Sąd Okręgowy w G. do ponownego rozpoznania.

Na podstawie tak sformułowanego zarzutu skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w zakresie punktu II oraz wyroku Sądu Rejonowego w zakresie punktu IX i XV oraz przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Omawiany wyrok Sądu Najwyższego zawiera spostrzeżenia dotyczące niezwykle istotnej instytucji procesu karnego, jaką jest zakaz *reformationis in peius*.

Nazwa *reformatio in peius* została zaczerpnięta z języka łacińskiego i oznacza zmianę lub przekształcenie na gorsze. W literaturze przedmiotu wypracowano podział omawianej regulacji na zakaz „bezpośredni” i „pośredni”. Adresatem pierwszego z nich jest sąd odwoławczy, a drugi wiąże

sąd, który rozpoznaje sprawę po raz kolejny. Bezpośredni zakaz pogarszania sytuacji oskarżonego polega na tym, że sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, i tylko w granicach zaskarżenia. Zakaz pośredni oznacza, że sąd, który rozpoznaje sprawę po jej uchyleniu, na skutek środka odwoławczego wniesionego na korzyść oskarżonego, nie może wydać orzeczenia surowszego względem tego, które zapadło uprzednio.

W Kodeksie postępowania karnego zakaz *reformationis in peius* został ujęty szeroko. Zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie przedmiotu przyjmuje się, że sąd odwoławczy nie może w jakimkolwiek punkcie pogorszyć sytuacji oskarżonego w stosunku do rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym orzeczeniu². Oznacza to niemożność dokonania niekorzystnych zmian w zakresie kary, kwalifikacji prawnej, stanu faktycznego, motywów wydanego orzeczenia, ale również np. w zakresie kosztów postępowania. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, zakaz *reformationis in peius* nakłada obowiązek powstrzymania się od dokonywania posunięć powodujących, a nawet mogących powodować, negatywne skutki w sytuacji prawnej oskarżonego³.

Instytucja zakazu *reformationis in peius* jest zakotwiczona w systemie praw i gwarancji oskarżonego, czego skutkiem jest korekta szeregu innych modelowych założeń procesu karnego. Zakaz jest instytucją gwarancyjną, która polega na zabezpieczeniu swobody zaskarżania orzeczeń przez oskarżonego przez zapewnienie mu warunków do powzięcia nieskrępowanej decyzji woli co do poddania orzeczenia kontroli instancyjnej⁴. Pojawienie się jej w prawie karnym procesowym i rozwój na dalszym etapie przeobrażeń prawnych w tej sferze był integralnie związany ze wzrostem uprawnień oskarżonego. Z kolei ograniczenia w tej dziedzinie, mające w większości zabarwienie polityczne, skutkowały zawężeniem zakresu obowiązywania zakazu *reformationis in peius*⁵. Znamienność tej zależności uzasadnia konstatację, iż omawiana regulacja jest bardzo ważnym elementem systemu procesowego⁶.

² Zob. wyroki SN: z dnia 2 kwietnia 1996 r., sygn. V KKN 4/96, LEX nr 25598; z dnia 4 lutego 2000 r., sygn. V KKN 137/99, LEX nr 39864; z dnia 2 marca 2004 r., sygn. IV KK 336/03, LEX nr 162580; z dnia 2 marca 2005 r., sygn. IV KK 9/05, LEX nr 147114; oraz K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 428.

³ Tak wyrok SN z dnia 2 kwietnia 1996 r., sygn. V KKN 4/96, LEX nr 25598.

⁴ Zob. K. Marszał, *Proces...*, s. 426; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. II, P. Hofmański (red.), Warszawa 2007, s. 636; T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 860.

⁵ Szerzej zob.: M. J. Szewczyk, *Historia rozwoju instytucji i pojęcia zakazu reformationis in peius w zarysie*, (w:) *Zakaz reformationis in peius w polskim procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 23–49.

⁶ Por. P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 425.

Zakaz *reformationis in peius* urealnia prawo do obrony na etapie postępowania odwoławczego, zapewniając uwolnienie oskarżonego od obawy pogorszenia jego sytuacji prawnej na skutek podjęcia kroków zmierzających do zmiany własnej sytuacji procesowej. Bez tej gwarancji prawo do odwołania byłoby iluzoryczne w związku z obawą oskarżonego co do możliwości zmiany wydanego w pierwszej instancji orzeczenia w kierunku pogarszającym jego sytuację prawną⁷. W zakazie takiej zmiany wyraża się aksjologia instytucji i jej podstawowa wartość prawna i pozaprawna.

Instytucja zakazu *reformationis in peius* sytuuje się na wyższym poziomie praw i gwarancji procesowych. Trudno byłoby ją utożsamiać z prawem naturalnym. Jest wynikiem rozwoju cywilizacyjnego, którego szczególną emanacją pozostaje ewolucja prawa, zwłaszcza zaś sfer związanych z prawami człowieka. Jednym z obszarów leżących w zainteresowaniu systemu praw człowieka jest koncepcja rzetelnego procesu. Wśród jej niezbędnych atrybutów mieści się prawo do odwołania się.

Uprawnienie do wniesienia środka zaskarżenia od orzeczenia pierwszej instancji w sprawach karnych nie jest przewidziane wprost w art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności, niemniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest uważane za fundament rzetelnego procesu.

Do kanonu praw człowieka gwarantowanych przez Radę Europy wymienione uprawnienie zostało wprowadzone na mocy Protokołu Dodatkowego nr 7⁸, który został podpisany przez Polskę 14 września 1993 r., ratyfikowany 4 grudnia 2002 r. ze skutkiem od 1 marca 2003 r.⁹

W konsekwencji braku normatywnego postanowienia w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych dotyczącego prawa do odwołania, brak jest również postanowienia Trybunału określającego te wszystkie cechy, które powinny charakteryzować rzetelne postępowanie odwoławcze. Bez żadnych wątpliwości można jednak uznać, że jednym z jego elementów jest zakaz *reformationis in peius*.

Potwierdzenie wyrażonego zapatrywania odnaleźć można w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 maja 1985 r. w sprawie 10563/83 Ekbatani v. Sweden, który opowiedział się za respektowaniem zakazu *reformationis in peius* i niezaostrzaniem (w porównaniu z sądem pierwszej instancji) orzeczenia wydanego przez sąd odwoławczy¹⁰.

⁷ Por. P. Łuczyński, Zakaz *reformationis in peius* w kontekście niektórych zasad procesu karnego, Państwo i Prawo 2013, nr 10, s. 40–41.

⁸ Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

⁹ Zob. Oświadczenie Rządowe z dnia 31 stycznia 2003 r. w sprawie mocy obowiązującej Protokołu nr VII do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonego 22 listopada 1984 r. w Strasburgu, Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 365.

¹⁰ LEX nr 81055.

Prawo do kwestionowania orzeczeń organów pierwszej instancji zostało natomiast *expressis verbis* wyrażone w art. 14 ust. 5 MPPOiP. Przepis ten stanowi, że „Każda osoba skazana za przestępstwo ma prawo odwołania się do sądu wyższej instancji w celu ponownego rozpatrzenia orzeczenia o winie i karze zgodnie z ustawą”.

Niewątpliwie zakaz *reformationis in peius* jest jedną z najistotniejszych gwarancji właściwego korzystania z prawa do odwołania się od orzeczenia sądu pierwszej instancji¹¹. Zapewnia on bowiem oskarżonemu możliwość zaskarżenia wydanego rozstrzygnięcia bez obawy o to, że jego sytuacja procesowa na skutek zainicjowania postępowania ulegnie pogorszeniu i to rozwiązanie wyraża najważniejszą aksjologiczną motywację prawną omawianej regulacji. Zapewnienie jedynie formalnej możliwości zaskarżenia orzeczenia, w sytuacji nieobowiązywania zakazu *reformationis in peius*, czyniłoby prawo do odwołania się czysto iluzorycznym. W tym znaczeniu zakaz stanowi również gwarancję konstytucyjnego prawa do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP¹², pozostającego w ścisłym związku z zasadą instancyjności postępowania.

Rozpoznawanie spraw przez różne organy, orzekające niezależnie od siebie, zwiększa gwarancję, że wydane rozstrzygnięcie będzie wolne od wad. Z tego względu zapewnienie oskarżonemu nieskrępowanych możliwości inicjowania postępowania odwoławczego chroni nie tylko realizację gwarancji procesowych tego podmiotu, lecz także jest istotne z punktu widzenia funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Prowadzi bowiem do wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczeń, które zawierają usterki.

Choć zakaz nie jest zasadą konstytucyjną, to niewątpliwie jego źródła należy poszukiwać w treści art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, który zapewnia pod sądnym prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania.

Zakaz *reformationis in peius* został ukształtowany jako instytucja o charakterze bezwzględny. Oznacza to, iż działa niezależnie od innych zasad procesowych oraz karnomaterialnych i w przypadku kolizji, gwarancja nie-pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego ma pierwszeństwo przed innymi regułami rządzącymi prawem karnym¹³. Ten czynnik w decydujący sposób przesądza o jego pozycji i znaczeniu jurydycznym.

Aby zobrazować praktyczne funkcjonowanie omawianej instytucji warto przytoczyć, kilka tez z orzeczeń wydanych przez polskie sądy.

¹¹ Por. W. Kociubiński, Zasady rzetelnego procesu w postępowaniu apelacyjnym – wybrane zagadnienia, (w:) J. Skrupka (red.), Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdy, Warszawa 2009, s. 612.

¹² Por. wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52.

¹³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 marca 2001 r., sygn. II Aka 18/01, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2001, nr 3, poz. 40 oraz uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2004 r., sygn. I KZP 23/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 98.

W wyroku z dnia 31 maja 2007 r.¹⁴ Sąd Najwyższy przyjął, że z punktu widzenia oceny, czy naruszono zakaz *reformationis in peius*, nie jest rozstrzygające to, czy *in concreto* doszło lub nie doszło do pogorszenia jego sytuacji procesowej. „Naruszenie omawianego zakazu następuje także wówczas, gdy niekorzystnych dla oskarżonego zmian dokonano jedynie w zakresie ustaleń faktycznych w uzasadnieniu orzeczenia, choćby nie miało to wpływu na rozstrzygnięcie w zakresie kary”¹⁵. Nadmienić należy, że tożsame stanowisko wyrażane jest również w literaturze przedmiotu¹⁶.

W innym judykacie ten sam organ stwierdził, że ponownie wydany wyrok, pomimo uchylenia poprzedniego orzeczenia w całości, w rezultacie uwzględnienia kasacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego, nie może zawierać rozstrzygnięć surowszych niż poprzednio wymierzone co do kar oraz innych środków karnych, jeżeli przedmiotem zarzutu kasacyjnego na niekorzyść oskarżonego była wyłącznie kwestia środka karnego określonego w art. 45 § 1 k.k.¹⁷

Sąd Najwyższy przyjął również, że orzeczenie w postępowaniu odwoławczym kary grzywny obok kary pozbawienia wolności, choćby rozstrzygnięcie takie było obligatoryjne, narusza zakaz *reformationis in peius*¹⁸.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 8 listopada 2012 r.¹⁹, Sąd Apelacyjny w Katowicach wyraził podobny pogląd, stwierdzając że w przypadku wniesienia środka odwoławczego wyłącznie na korzyść oskarżonego nie jest możliwa zmiana rozstrzygnięcia polegająca na orzeczeniu środka karnego²⁰, choćby w świetle przepisów prawa jego orzeczenie było obowiązkowe.

W postanowieniu z dnia 22 czerwca 2006 r.²¹ Sąd Najwyższy uznał z kolei, że brak określenia w opisie czynu wieku pokrzywdzonej przestępstwem z art. 200 § 1 k.k., w przypadku braku apelacji na niekorzyść oskarżonego, musi skutkować wydaniem przez sąd odwoławczy wyroku uniewinniającego.

W literaturze nie ma zgodności poglądów odnośnie kryteriów, które powinny zostać uwzględnione przez sąd przy ocenie surowości skazania.

¹⁴ Sygn. IV KK 85/07, LEX nr 282827.

¹⁵ Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyrażał już wcześniej – zob. wyrok SN z dnia 2 kwietnia 1996 r., sygn. V KKN 4/96, Legalis nr 29890; wyrok SN z dnia 4 lutego 2000 r., sygn. V KKN 4/96, LEX nr 25598; wyrok SN z dnia 9 listopada 2000 r., sygn. II KKN 363/00, LEX nr 50909; wyrok SN z dnia 6 maja 2002 r., sygn. V KKN 352/00, LEX nr 54387.

¹⁶ Zob. K. Marszał, *Proces...*, s. 428; T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie...*, s. 861; M. J. Szewczyk, *Zakaz...*, s. 242.

¹⁷ Por. wyrok SN z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. III KK 243/11, LEX nr 1119516.

¹⁸ Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 2 maja 1958 r., sygn. II K 1071/57, OSNPG 1958, nr 12, poz. 35, oraz wyrok SN z dnia 1 października 1963 r., sygn. IV K 1354/61, niepubl.

¹⁹ Sygn. II AKa 404/12, LEX nr 1236441.

²⁰ W sprawie nie orzeczono obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody (art. 46 § 1 k.k. – obecnie środek kompensacyjny), mimo że pokrzywdzony złożył taki wniosek w przewidzianym przez ustawę terminie.

²¹ Sygn. IV KK 108/06, LEX nr 323285.

Zgodnie z opiniami zwolenników tzw. kryterium obiektywnego wszelkie zmiany zaskarżonego orzeczenia, w sytuacji gdy sąd jest związany zakazem *reformationis in peius*, powinny opierać się na przeliczniku mającym podstawy w przepisach prawa karnego materialnego. Jeżeli nie da się ustalić obiektywnego kryterium (gdyż brak jest stosownych przepisów pozwalających np. na porównywanie kary ograniczenia wolności z zakazem prowadzenia pojazdów czy też kary pozbawienia wolności z zakazem prowadzenia określonej działalności gospodarczej), zdaniem zwolenników tego zapatrywania, modyfikacje rozstrzygnięcia są niedopuszczalne, gdyż byłyby one oparte na dowolnym, niepoddającym się kontroli uznaniu sądu²².

Przedstawicielem odmiennej, subiektywno-obiektywnej koncepcji jest M. Cieślak. Według tego autora przy ocenie, które z porównywanych orzeczeń jest mniej korzystne dla oskarżonego, należy uwzględnić w pierwszej kolejności kryterium ilościowe w przypadku orzeczenia kary tego samego rodzaju, a przy różnego rodzaju środkach represji karnej – „obiektywny stosunek porównywanych rodzajów środków do interesu oskarżonego”. Według M. Cieślaka dopiero w sytuacji, gdy nie ma możliwości jednoznacznego określenia orzeczenia mniej korzystnego, oceny należy dokonać „z uwzględnieniem wszelkich okoliczności konkretnej sytuacji oskarżonego”, w tym również zapatrywania oskarżonego w tej kwestii. Zdaniem tego autora stanowisko podsądnego należałoby pominąć tylko wtedy, gdyby wyraźnie przeczyło ono rozsądnej, przeciętnej ocenie życiowej co do tego, które z porównywanych rozstrzygnięć jest dla niego korzystniejsze.

Podobne zapatrywanie zostało wyrażone przez R.A. Stefańskiego. Zdaniem wymienionego autora, dokonując oceny surowości sankcji, w wypadku obowiązywania zakazu *reformationis in peius*, sąd powinien wziąć pod uwagę dolegliwość, jaką wywołają dla oskarżonego porównywalne kary. Miernikiem obiektywnym będą normatywne wyznaczniki surowości porównywanych kar, subiektywnym natomiast odczucie oskarżonego²³.

Zaprezentowany pogląd zasadniczo jest aprobowany w piśmiennictwie. Problematyka ta w najnowszych publikacjach nie była często podejmowana²⁴.

²² Por. A. Kaftal, W sprawie obowiązywania zakazu *reformationis in peius*, *Palestra* 1980, nr 6, s. 43; tenże, O niektórych zagadnieniach zakazu *reformationis in peius* w praktyce Sądu Najwyższego oraz wojewódzkich sądów rewizyjnych, *NP* 1962, nr 9, s. 1142–1144; K. Marszał, Zakaz *reformationis in peius* w nowym ustawodawstwie karnym procesowym, Warszawa 1970, s. 176–177, a także wyroki SN: z dnia 28 kwietnia 1979 r., sygn. Rw 118/79, LEX nr 19549, oraz z dnia 18 lipca 1978 r., sygn. VI KRN 106/78, OSNKW 1978, nr 10, poz. 121.

²³ Zob. R. A. Stefański, Glosa do wyroku SN z dnia 22 grudnia 1994 r., sygn. III KRN 203/92, *OSP* 1994, nr 4.

²⁴ Zob. Z. Doda, Zakres zakazu *reformationis in peius* według obowiązującego kodeksu postępowania karnego, *ZNUJ PP* 1967, nr 31, s. 198–199; J. Bratoszewski, Procesowe funkcje i kryteria pojęć: „orzeczenie na korzyść lub na niekorzyść oskarżonego” w orzecznictwie Sądu Najwyższego, *St. Iur.* 1997, t. 33, s. 45; J. Brylak, Orzekanie wbrew kierunkowi środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, *Prok. i Pr.* 2006, nr 7–8, s. 51; P. Łu-

Wydaje się jednak, że ewolucja rozwoju instytucji zakazu *reformationis in peius* w polskim porządku prawnym uzasadnia nieco inne rozłożenie akcentów. Mianowicie przyjąć należy, że ocena określonej modyfikacji powinna mieć charakter zobiektywizowany. Odstępstwa od tej zasady na rzecz kryterium subiektywnego mogą mieć miejsce tylko w sytuacjach, gdy nie da się ustalić przelicznika mającego podstawy w przepisach prawa karnego materialnego. Uznać należy, że uwzględnienie woli oskarżonego powinno nastąpić w wypadkach, gdy nie sposób na podstawie obiektywnych kryteriów ocenić, która z orzeczonych kar jest surowsza. Niemniej sytuacje, kiedy sąd powinien wziąć pod uwagę subiektywne odczucie podsądnego, powinny stanowić wyjątek, a nie regułę postępowania²⁵.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy sprawy, uznać należy, że wyrażony w glosowanym orzeczeniu pogląd, iż przepis art. 443 k.p.k. nie ma zastosowania do sytuacji procesowej, w której sąd orzekając w pierwszej instancji pominie rozstrzygnięcie co do jednego z czynów wyszczególnionych w akcie oskarżenia, a środek zaskarżenia zostanie złożony wyłącznie na korzyść oskarżonego, nie zasługuje na afirmację.

Argumentując przedstawione zapatrywanie Sąd Najwyższy wskazał, że petryfikacja stanu faktycznego i prawnego, która zdaniem wymienionego organu determinuje stosowanie art. 443 k.p.k., nie nastąpiła w zakresie do czynu który nie został osądzony, bowiem wyrok nie zawierał w jego przedmiocie żadnego rozstrzygnięcia, które mogło podlegać uchyleniu. Zdaniem Sądu Najwyższego skarżący błędnie zidentyfikował zakres ponownego rozpoznania sprawy w wyniku uchylenia zaskarżonego na korzyść oskarżonego wyroku z zakresem całości aktualnie przeprowadzonego wobec oskarżonego postępowania, stąd mylnie wywodzi, że wyrok wydany w przekazanej do ponownego rozpoznania sprawie jest surowszy niż uchylony, choć w omawianym tu aspekcie porównania takiego dokonać nie sposób.

Według Sądu, obrońca nietrafnie również zarzucił, że to wniesienie apelacji od uchylonego następnie wyroku wywołało efekt sprzeczny z kierunkiem zaskarżenia polegający na przypisaniu oskarżonemu w obecnie przeprowadzonym postępowaniu dodatkowego przestępstwa, bowiem i tak sąd wydałby w jego kwestii orzeczenie, gdyż był do tego zobligowany wniesioną przez prokuratora skargą, a nie z tego powodu, że doszło do ponownego

czyński, Kryteria oceny surowości orzeczenia wydawanego w postępowaniu ponownym w porównaniu z orzeczeniem uchylonym w kontekście zakazu pośredniego *reformationis in peius*, PS 2013, nr 10, s. 72–76.

²⁵ Przykładowo w wyroku z dnia 12 lutego 2010 r., sygn. IV KK 451/09, LEX nr 577234, Sąd Najwyższy, analizując modyfikację orzeczenia polegającą na zastąpieniu 1 roku ograniczenia wolności karą 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 4 lat próby i grzywną w wymiarze 100 stawek dziennych, uwzględnił stanowisko oskarżonego, który uznał, że nowo wydane orzeczenie jest dla niego surowsze.

rozpoznania sprawy oskarżonego w przedmiocie innych czynów, objętych uchylonym wyrokiem.

Następnie wymieniony organ stwierdził, że wniesienie przez prokuratora aktu oskarżenia obejmującego zarzut popełnienia owego przestępstwa wszczęło postępowanie jurysdykcyjne o tenże czyn, co wynika z treści art. 14 § 1 k.p.k. Skarga określa podmiotowe, jak i przedmiotowe granice rozpoznania sprawy, co oznacza, że sąd jest obowiązany wydać rozstrzygnięcie co do każdego czynu będącego jej przedmiotem. Sąd Najwyższy wskazał, że niewydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie jednego z czynów, nie oznacza, że w tym zakresie skarga oskarżyciela została „unicestwiona”. Brak orzeczenia nie może być bowiem w takim wypadku utożsamiany z rozstrzygnięciem negatywnym.

Według Sądu Najwyższego okoliczność, że zgodnie z treścią art. 442 § 1 zd. 1 k.p.k. organ pierwszej instancji, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania, miał obowiązek orzec w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie, nie oznacza, że nie był uprawniony do rozstrzygnięcia również zawisłej przed tym Sądem skargi oskarżyciela co do innego czynu oskarżonego. Zdaniem tego organu rozpoznanie zarzutu popełnienia tego czynu w postępowaniu przeprowadzonym odrębnie oznaczałoby konieczność wydania wyroku łącznego, co do kary orzeczonej za czyn wymieniony w ósmym punkcie aktu oskarżenia.

Argumentacja przytoczona na poparcie zajętego stanowiska jest nieprzekonująca. Zauważyć należy, że w toku postępowania karnego rzeczą naturalną są kolizje dóbr skutkujące zwykle koniecznością odstępstw od ogólnej (słusznej) zasady, na rzecz dóbr czy interesów uznanych za społecznie ważniejsze. Ma to miejsce, w szczególności, gdy chronione jest dobro wyższego rzędu, nawet ze szkodą dla wymiaru sprawiedliwości²⁶.

Taka sytuacja zaistniała na kanwie rozpoznawanej sprawy. Sądy niewłaściwie wyważyły dobra prawne, nie nadając należytej ochrony gwarancji procesowej oskarżonego wyrażonej w treści art. 443 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, że zakaz *reformationis in peius* powinien mieć pierwszeństwo w przypadku kolizji z zasadą skargowości, jak również prawdy materialnej, czy trafnej represji. A. Murzynowski wypowiadając się w tym przedmiocie słusznie stwierdził, że w sytuacji, gdy przepisy prawa procesowego mają wyjątkowy charakter (chronią szczególne wartości prawne i społeczne), wówczas powinny być stosowane w pierwszej kolejności niezależnie od treści innych norm prawnych²⁷. Uznanie przeciwnego poglądu bez wątpienia prowadzi do naruszenia standardów rzetelnego procesu.

²⁶ Zob.: T. Grzegorzcyk, J. Tyłman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 1999, s. 46.

²⁷ A. Murzynowski, Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994, s. 200.

Nie można zatem przyjąć, że w realiach analizowanej sprawy, Sąd wyrokujący po raz kolejny w postępowaniu pierwszoinstancyjnym był uprawniony do skazania oskarżonego za czyn nieobjęty uprzednim orzeczeniem.

Jak zaznaczono, funkcjonowanie zakazu *reformationis in peius* oznacza, że nie można w jakimkolwiek zakresie pogorszyć sytuacji oskarżonego. Jeżeli zatem sąd nie jest władny uzupełnić opis czynu o brakujące znamię, czy też wymierzyć dodatkowej kary lub środka karnego, którego orzeczenie było obligatoryjne, to trudno zgodzić się z poglądem, że instytucja z art. 443 k.p.k. uprawnia do skazania za czyn, co do którego nie wydano żadnego rozstrzygnięcia.

Uwzględniając kryteria obiektywne, tj. przypisanie oskarżonemu dodatkowego czynu zabronionego i wymierzenie kolejnej kary pozbawienia wolności, jak również stanowisko podsądnego, wyrażone w treści skargi złożonej przez obrońcę, nie sposób uznać, że takie rozstrzygnięcie jest indyferentne z punktu widzenia interesu procesowego tego podmiotu. Odstąpienie przez oskarżyciela od złożenia apelacji na niekorzyść oskarżonego od pierwszego wyroku wydanego przez Sąd Rejonowy oznaczało, że zaakceptował jego treść. Nawet jeżeli było to wynikiem nieprzeprowadzenia należytej analizy orzeczenia, nie jest to okoliczność, która powinna obciążać podsądnego.

Wniesienie skargi wyłącznie na korzyść oskarżonego uruchomiło zakaz orzekania w przeciwnym kierunku, a zatem również co do czynu, który został pominięty w wydanym rozstrzygnięciu. Oznacza to, że doszło do petryfikacji sytuacji procesowej oskarżonego, która w dalszym postępowaniu nie mogła być już ukształtowana mniej korzystnie, niż uczynił to organ rozpoznający sprawę w pierwszej instancji.

Wypowiadając się na gruncie poprzedniego stanu prawnego w wyroku z dnia 31 lipca 1996 r.²⁸, Sąd Najwyższy zasadnie stwierdził, że Minister Sprawiedliwości jest uprawniony do łącznego zaskarżenia wadliwego orzeczenia sądu pierwszej instancji oraz utrzymującego je w mocy orzeczenia sądu odwoławczego, ale ta okoliczność nie daje podstaw do ominięcia zakazu *reformationis in peius*, który wiązał sąd rozpoznający sprawę w drugiej instancji. Sąd Najwyższy celnie dodał, że respektowanie przez sąd zakazu *reformationis in peius* nie może być uznane za naruszenie prawa.

Mając na względzie wskazane uwarunkowania przyjąć należy, że Sąd odwoławczy orzekający po raz pierwszy w postępowaniu drugoinstancyjnym, już wówczas powinien wydać decyzję procesową co do czynu, który pominął w swoim rozstrzygnięciu organ niższej instancji. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy wniosek obrońcy, który domagał się uniewinnienia

²⁸ Sygn. IV KKN 8/96, LEX nr 45490.

oskarżonego, był niezasadny. Takie rozstrzygnięcie może bowiem zostać wydane jedynie w przypadkach określonych w art. 414 § 1 k.p.k.²⁹

Niemniej nie oznacza to, że postępowanie w omawianym zakresie powinno być kontynuowane. Podstawę decyzji procesowej o jego umorzeniu stanowi przepis art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., który obejmuje zbiorczo te wszystkie przeszkody w prowadzeniu postępowania karnego, których enumeratywne wyliczenie nie jest możliwe. W najnowszym orzecznictwie³⁰ zasadnie wskazano, że przez „inną okoliczności wyłączające ściganie”, o której mowa w powołanym przepisie, należy rozumieć przesłanki natury prawnej³¹, a nie faktycznej³².

W uchwale z 26 września 2002 roku Sąd Najwyższy przyjął, że wymieniony przepis stanowi podstawę prawną do umorzenia postępowania w wypadku wniesienia przez prokuratora aktu oskarżenia, mimo że – ze względu na zakaz *reformationis in peius* – dochodzenie lub śledztwo powinno być umorzone³³.

Mając na względzie powyższe uwagi, uznać należy, że Sąd Najwyższy powinien był uwzględnić kasację i przekazać sprawę sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania, wskazując na konieczność umorzenia postępowania w zakresie czynu opisanego w punkcie ósmym aktu oskarżenia oraz proporcjonalnego³⁴ zredukowania wymierzonej skazanemu kary łącznej.

Analizowana sprawa dowodzi, że w praktyce funkcjonowania zakazu *reformationis in peius* często dochodzi do jego kolizji z regułą trafnej represji,

²⁹ To jest w sytuacji, gdy czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia, lub czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa (art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k.). W pozostałych przypadkach określonych w art. 17 § 1 k.p.k. sąd wyrokiem umarza postępowanie.

³⁰ Por. uzasadnienie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2016 r., sygn. II KK 313/15, LEX nr 2075751.

³¹ Takie jak: abolicja, brak strony oskarżającej powstały w toku procesu w wyniku jej śmierci, ograniczony zakres ekstradycji (art. 596 k.p.k.), uznanie danego czynu za współukarany (tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 16 stycznia 2001 r., sygn. II AKa 248/00, LEX nr 49842, oraz Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 10 lutego 2005 r., sygn. II AKa 22/05, LEX nr 147209), ale także tzw. konsumpcja skargi publicznej (wygaśnięcie prawa oskarżyciela publicznego do oskarżenia) wskutek uprzedniego umorzenia dochodzenia lub śledztwa (tak F. P r u s a k, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1999, s. 1812). Zaznaczyć należy, że ostatnia kwestia nie jest ujmowana jednolicie. Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał (zob. postanowienie z dnia 27 lipca 2012 r., sygn. II AKz 416/11, LEX nr 1102930), że w takiej sytuacji procesowej podstawą umorzenia postępowania winien być przepis art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. (brak skargi uprawnionego oskarżyciela).

³² Por.: T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, t. I, s. 152–153; M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17 k.p.k., (w:) D. Świecki (red.), B. Augustyniak, K. Z. Eichstaedt, M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, t. I, s. 140.

³³ Sygn. I KZP 23/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 98.

³⁴ Sąd orzekający winien w takiej sytuacji ustalić (liczbowo, procentowo) stopień asperacji kar i na tej podstawie ukształtować wymiar nowej kary łącznej.

czy zasadą prawdy materialnej. Mimo to, skutek w postaci wyłączenia stosowania wymienionych dyrektyw jest usprawiedliwiony racją tkwiącą w generalnym sensie zakazu *reformationis in peius*. Legitymizacja ujemnych następstw zakazu na tle innych wartości prawnych wynika z faktu generalnego ujęcia jego treści i bezkompromisowego znaczenia normatywnego. Cecha ta pozostaje niewspółmierna do przypadków, w których ujawniają się pozytywne skutki jego obowiązywania. Z tego względu organy procesowe powinny stanowczo respektować przepisy art. 434 § 1 i 443 k.p.k., choćby ich zastosowanie skutkowało uwolnieniem podsądnego od odpowiedzialności karnej.

Commentary to the Supreme Court decision of 12 May 2016, file no. III KK 474/15

Abstract

This commentary touches upon the prohibition of reformatio in peius. The commentator does not agree with the Supreme Court that Article 443 of the Code of Criminal Procedure does not apply to reinvestigation of a case by a court of first instance where a court, which originally considered the case, did not issue a decision in respect of any of the acts listed in an indictment and an appeal is only lodged for a defendant.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniłmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 35.56 pkt.

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) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:

<http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

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

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

wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pk.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie będą publikowane na naszych łamach recenzje książek.