



Prokuratura i Prawo

NR 10/październik 2021



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

Przewodniczący

–

Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI

Członkowie:

Janina BLACHUT, Władysław CZAPLIŃSKI, Romuald KMIECIK, Małgorzata
MANOWSKA, Lech K. PAPRZYCKI, Emil PLYWACZEWSKI, Zygfryd SIWIK,
Sławomir STEINBORN, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZĄSKA, Włodzimierz
WRÓBEL, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący

–

Marek SADOWSKI

Członkowie:

Beata HLAWACZ, Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz
SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Marek WOŹNIAK, Adam ZBIERANEK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny

–

Marek SADOWSKI

Z-ca Redaktora Naczelnego – Anna WDOWIARZ-PELC

Sekretarz Redakcji

–

Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:

02-676 Warszawa, ul. Postępu 3

Tel. 22 12 51 549

e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9

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

e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl

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

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu

27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4

tel. 15 649 97 00

e-mail: marketing@wds.com.pl

www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

Jan Kluza, asesor Sądu Rejonowego w Kielcach, doktorant UJ

Problematyka związana z kwalifikowaniem rozboju i pobicia w kumulatywnej kwalifikacji	5
<i>Issues in qualifying robbery and battery as a cumulative offence</i> ...	19

dr Maciej Aleksander Kędzierski, radca prawny

Szczególne środki ograniczające i sankcje jako forma przeciwdziałania wobec podmiotów terrorystycznych na tle polskiego ustawodawstwa (część 1)	20
<i>Specific restrictive measures and sanctions as counter-terrorism measures in the context of Polish legislation (part 1)</i>	45

dr hab. Katarzyna Nazar, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UMCS w Lublinie

Aspekty prawne procedur medycznych w zakresie postępowania z komórkami rozrodczymi i zarodkami w kontekście art. 78 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności	46
<i>Legal aspects of medical procedures for handling reproductive cells and embryos in the context of Article 78 of the Infertility Treatment Act of 25 June 2015</i>	61

dr Piotr Poniąkowski, adiunkt UMCS w Lublinie

Niedopuszczalne lub nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych – aspekty prawnokarne	62
<i>Criminal-law aspects of impermissible or unauthorised processing of personal data</i>	89

dr Aleksandra Miśkiewicz, adwokat, Bartosz Kaczmarek, radca prawny

Prawnokarne aspekty mechanizmu odwróconego łańcucha dystrybucji leków	90
<i>Criminal-law aspects of reverse distribution in medications</i>	124

dr Janusz Kanarek, adwokat

Powody wyodrębnienia prawa karnego skarbowego	125
<i>Reasons for separating criminal tax law</i>	155

Materiały szkoleniowe/Training material

Barbara Dziadek, asystent sędziego Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

Przesłuchanie małoletniego z niepełnosprawnością intelektualną – aspekty prawne oraz psychologiczne	156
<i>Legal and psychological aspects of interviewing minors with intellectual disability</i>	183

Glosy/Commentaries

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. I KK 14/19 (dot. roli znaku drogowego „stop”) – oprac. Wojciech Kotowski	184
<i>Commentary to the Supreme Court judgment of 19 November 2020, ref. no. I KK 14/19 (concerns the role of a stop road sign) – by Wojciech Kotowski</i>	190

Z historii Prokuratury/Prosecutor's office: historical overview

Andrzej Łada-Bieńkowski podprokurator przy Sądzie Okręgowym w Krakowie	191
--	-----

ARTYKUŁY

Jan Kluza¹

Problematyka związana z kwalifikowaniem rozboju i pobicia w kumulatywnej kwalifikacji

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie problematyki kwalifikowania przestępstwa rozboju dokonanego we współsprawstwie przez dwie lub więcej osób, w ramach którego pokrzywdzony doznał uszczerbku na zdrowiu. W orzecznictwie i doktrynie nie panuje bowiem zgoda co do tego, czy między przepisami art. 280 § 1 lub 2 k.k. a art. 158 § 1 k.k. zachodzi zbieg pozorny czy też realny. Ma to istotne znaczenie dla przypisania właściwej kwalifikacji karnej sprawcom takiego czynu, czego wyrazem jest przede wszystkim kwestia tego, czy sprawcy ci odpowiadają za spowodowany uszczerbek, czy też nie. To zaś ma istotne znaczenie dla wymiaru kary.

Słowa kluczowe

Rozbój, pobicie, zbieg pozorny, zbieg realny.

Wstęp

W nauce prawa karnego kryteria jedności czynu ustalane są w oparciu o kryteria naturalistyczne i normatywne². Podlegającym więc karno-

¹ Jan Kluza, asesor Sądu Rejonowego w Kielcach, doktorant w Katedrze Postępowania Karnego WPiA UJ, ORCID: 0000-0002-0929-6093.

² W. Wróbel, A. Zol, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013, s. 287.

prawnym ocenom jest pewne zdarzenie historyczne określane w ramach art. 11 § 1 k.k. przez pryzmat tożsamości czasu, miejsca, nośnika dobra prawnego i pokrzywdzonego³. To samo jednak jednorodne zachowanie może realizować znamiona kilku czynów zabronionych, co nauka prawa karnego stara się rozstrzygnąć za pomocą zbiegu pozornego oraz zasady subsydiarności i konsumpcji w odniesieniu do zbiegu właściwego. W przypadku, gdy powyższe nie pozwala na dokonanie eliminacji któregoś ze znamion czynu zabronionego, zachodzi konieczność zakwalifikowania czynu na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Wrazem tego jest art. 11 § 2 k.k., zgodnie z którym, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach ustawy karnej, sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. W praktyce jednak stosowania ocen wielości przestępstw powstały wątpliwości co do kwalifikowania zdarzenia polegającego na stosowaniu przemocy przez dwóch lub więcej sprawców w celu dokonania kradzieży. Oprócz bowiem zrealizowania znamion rozboju (art. 280 § 1 k.k.) zachowanie sprawców należy rozpatrywać również pod kątem zrealizowania znamion pobicia (art. 158 § 1 k.k.). Tymczasem w praktyce orzeczniczej kwestia ta wydaje się być niedostrzegana, co zostanie szerzej rozwinięte w dalszej części.

Zasady odpowiedzialności za współsprawstwo

Podstawą odpowiedzialności w ramach współsprawstwa czynu zabronionego jest jego popełnienie wspólnie i w porozumieniu, co *expressis verbis* wynika z treści art. 18 § 1 k.k. Element podmiotowy, tj. porozumienie, „polega ono na uzgodnieniu woli popełnienia czynu zabronionego, jak też na świadomym współdziałaniu w trakcie jego realizacji”⁴. Według słownika języka polskiego „porozumienie” oznacza „wspólnota poglądów w jakiejś sprawie, jednomyślność w danej kwestii, zgoda na coś”⁵. Elementami tego porozumienia jest proces jego zawierania, jego treść oraz świadomość i wola jego realizacji⁶. Zawarcie porozumienia może poprzedzać rozpoczęcie realizacji znamion czynu zabronionego, jak i w czasie jego popełniania⁷. Forma tego porozumienia również jest irre-

³ *Ibidem*.

⁴ K. Wiak, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2019, s. 196.

⁵ B. Dunaj (red.), Współczesny słownik języka polskiego, Warszawa 1996, s. 812.

⁶ K. Wiak, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, s. 196–197.

⁷ J. Warylewski, Prawo karne. Część ogólna, Warszawa 2020, s. 439.

lewantna z punktu widzenia prawa karnego, ponieważ „wspólne wykonanie przestępstwa zakłada zarówno wyraźne lub milczące porozumienie i wymaga objęcia świadomością podejmowania wspólnych działań przez współdziałających. Jedynie brak u jednego z dwóch lub większej liczby uczestników przestępczej akcji świadomości i woli wspólnej działalności wyklucza byt współsprawstwa, a ich czyny mogą być ocenione odrębnie jako jednosprawstwo, bądź odpowiedzialność jednego z nich należy rozważyć na gruncie niesprawczych form współdziałania. Ustawa karna nie wymaga żadnej szczególnej formy, w jakiej porozumienie miałoby zostać zawarte między współdziałającymi, co przesądza iż może być zawarte w sposób wyraźny lub konkludentny (dorozumiany). Ważny jest jedynie zamiar współdziałania z drugą osobą w wykonaniu czynu zabronionego. Współdziałający nie muszą się bezpośrednio kontaktować, natomiast muszą mieć świadomość wspólnego wykonania czynu zabronionego, a zatem przynajmniej wiedzieć o sobie i zdawać sobie sprawę, że podejmowana czynność składa się na realizację wspólnie wykonywanej całości przedsięwzięcia. Ustawa nie określa także czasu, w jakim porozumienie to powinno być zawarte i dlatego możliwe jest zarówno uczynienie tego przez przyszłych współsprawców przed przystąpieniem do wspólnego wykonywania czynu zabronionego, ale nie jest również wykluczone zawarcie porozumienia dopiero w trakcie wykonywania tego czynu”⁸. Istotą współsprawstwa jest „podział ról w wykonywaniu czynu zabronionego, a co za tym idzie, nie każdy ze współsprawców musi wypełnić swoim zachowaniem wszystkie znamiona danego typu czynu zabronionego, lecz każdy powinien odpowiadać też za zachowania innych, objęte porozumieniem, które łącznie składają się na wykonanie czynu zabronionego”⁹.

Jedną z form współsprawstwa jest również współsprawstwo konieczne, stanowiące sytuację, w której już ze znamion czynu zabronionego wynika konieczność realizacji jego znamion przez więcej niż jedną osobę. Trzeba jednak wskazać, że spotykane są również poglądy dotyczące tego, że współsprawstwo konieczne nie jest jedną z form współsprawstwa¹⁰. Wynika to z faktu, że określone w części szczególnej kodeksu karnego przestępstwa co do zasady nastawione są na jednosprawstwo, zaś warunki odpowiedzialności za współsprawstwo określa art. 18 § 1

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. II AKa 222/17, Legalis nr 1714252.

⁹ J. W a r y l e w s k i, *Prawo karne*, s. 439.

¹⁰ Tak: M. N a w r o c k i, *Współsprawstwo konieczne*, Państwo i Prawo 2021, nr 6, s. 89.

k.k.¹¹ Tym niemniej przykładem współsprawstwa koniecznego jest właśnie przestępstwo pobicia (art. 158 § 1 k.k.), ponieważ „W pobiciu występują też co najmniej trzy osoby, z tym że można tu odróżnić stronę atakującą i atakowaną, po stronie atakującej jednak muszą wystąpić minimum dwie osoby, gdyż tylko wtedy może zachodzić wątpliwość, czyj cios spowodował uszczerbek na zdrowiu albo śmierć”¹². Udział tych osób po stronie atakującej w realizacji znamion czynu zabronionego z art. 158 § 1 k.k. jest zatem konieczny i tylko w takim przypadku osoby te odpowiadać będą za przestępstwo pobicia, a nie inne określone w rozdziale XIX Kodeksu karnego. Spotykanym również określeniem na formę sprawstwa czynu z art. 158 § 1 k.k. jest określenie go mianem przestępstwa zbiorowego, „których istotę stanowi właśnie niemożność zindywidualizowania sprawstwa poszczególnych obrażeń doznanych przez pobitego. Wszyscy też biorący udział w pobiciu odpowiadają za obrażenia, także te zadawane przez pozostałych uczestników pobicia”¹³.

Istota współdziałania w przypadku rozboju i pobicia

Przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. chroni takie dobra prawne jak mienie, ale również nietykalność cielesną, zdrowie i życie człowieka¹⁴. Istotą tego czynu zabronionego jest uprzednie użycie przemocy lub groźby jej użycia albo doprowadzenie pokrzywdzonego do stanu nieprzytomności lub bezbronności w celu dokonania kradzieży. Zastosowanie przemocy, która musi być nakierunkowana przeciwko człowiekowi, oznacza „fizyczne i bezpośrednie oddziaływanie na człowieka, ukierunkowane na przełamanie lub uniemożliwienie oporu”¹⁵. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Krakowie „Przemoc wobec osoby w rozumieniu art. 280 § 1 k.k. polega na bezpośrednim fizycznym oddziaływaniu na człowieka i nie obejmuje oddziaływania pośredniego przez postępowanie z rzeczą. Powszechna praktyka sądowa przyjmuje, że już naruszenie nietykalności cielesnej może być uznane za użycie przemocy wobec osoby, o ile jest odpowied-

¹¹ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 363.

¹² L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 954.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 marca 2015 r., sygn. II AKa 19/15, LEX nr 1711547.

¹⁴ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2016, s. 103.

¹⁵ I. Zgoliński, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020, s. 1296.

nio ukierunkowane i stanowi sposób objęcia przez sprawcę władztwa nad rzeczą, a ma większy od minimalnego stopień intensywności i dolegliwości wobec osoby. Wystarczy więc użycie nawet niewielkiej siły, jeśli jest to siła wystarczająca dla doprowadzenia ofiary do bezbronności i pozbawienia jej woli przeciwdziałania zaborowi mienia (np. dziecka, kaleki itp.)”¹⁶. W związku z tym już samo naruszenie nietykalności cielesnej człowieka może być uznane za użycie przemocy, o ile „w wyniku zachowania sprawcy doszło do naruszenia nietykalności cielesnej, nie tylko odpowiednio ukierunkowanej i stanowiącej sposób objęcia przez sprawcę władztwa nad rzeczą, ale także mającej istotnie większy od minimalnego stopień intensywności i dolegliwości wobec pokrzywdzonego”¹⁷. Naruszenie nietykalności cielesnej nie musi jednak znamionować uszczerbkiem na zdrowiu. W przypadku jednak, gdy zastosowana przemoc spowodowała skutek, o którym mowa w rozdziale XIX Kodeksu karnego, zachodzi potrzeba rozważenia kumulatywnej kwalifikacji czynu. W przypadku jednosprawstwa między art. 280 § 1 k.k. i art. 157 k.k. lub art. 156 k.k. „zbieg taki ma miejsce w sytuacji, w której zastosowanie wobec pokrzywdzonego przemocy jest w takim stopniu intensywne, że powoduje ponadto określone następstwa dla zdrowia pokrzywdzonego, które samodzielnie wyczerpują znamiona odrębnego typu przestępstwa. Przepis art. 280 § 1 obejmuje bowiem swoją dyspozycją użycie przemocy wobec osoby, jednak dla wyczerpania znamion określonych w tym przepisie wystarcza samo użycie przemocy, niepowodujące żadnych dodatkowych następstw. Jeśli zatem użycie przemocy wobec osoby wywołuje skutki określone w art. 156 lub 157, to w takim przypadku zachodzi tzw. rzeczywisty zbieg przepisów ustawy, którego konsekwencją musi być kumulatywna kwalifikacja, oparta na wszystkich przepisach, których znamiona zachowanie sprawcy wyczerpuje”¹⁸.

W przypadku jednak współsprawstwa rozboju, kiedy przemoc spowodowała jakiś uszczerbek na zdrowiu, sprawa jest bardziej skomplikowana. Wynika to bowiem z faktu, że w przypadku pobicia (art. 158 § 1 k.k.) skutkiem tego przestępstwa „jest narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub nastąpienia skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (o jakim mowa w art. 156 § 1 k.k.) lub średniego naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia (o jakim

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 38/09, LEX nr 552042.

¹⁷ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. ZoII (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III, s. 112–113.

¹⁸ *Ibidem*, s. 127.

mowa w art. 157 § 1 k.k.) (...) (czyli – uwaga Autora) stworzenie stanu realnej groźby utraty chronionych dóbr”¹⁹. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Lublinie „Przypisanie przestępstwa z art. 158 k.k. wymaga ustalenia niebezpiecznego charakteru bójki – na co mogą wskazywać ustalone w konkretnym przypadku okoliczności zajścia – sposób zadawania uderzeń, ich siła, kierunek i umiejscowienie uderzeń, sposób ich zadawania czy też użycie niebezpiecznych przedmiotów do zadawania ciosów. Oczywistym jest przy tym, że przestępstwo z art. 158 § 1 k.k. nie jest znamienne skutkiem w postaci następstwa czynu. Jego istotą jest narażenie ofiary na powstanie skutków z art. 148 § 1 k.k., 156 § 1 k.k. bądź z art. 157 § 1 k.k.”²⁰ Z drugiej strony istota przestępstwa z art. 158 § 1 k.k. ma na celu ułatwienie postępowania dowodowego przez przypisanie wspólnej odpowiedzialności uczestnikom pobicia bez konieczności dowodzenia, kto zadał konkretny cios powodujący uszczerbek, co wielokrotnie jest niemożliwe do ustalenia²¹.

W przypadku zaś spowodowania uszczerbku na zdrowiu skutek ten może być przypisany tylko temu uczestnikowi bójki, którego zachowanie skutek ten spowodowało²². *A contrario*, przestępstwo z art. 158 § 1 k.k. stanowi przykład wspólnej odpowiedzialności za zbiorowe działanie i „Odpowiedzialność karną na tej podstawie poniesie uczestnik zdarzenia także wówczas, gdy jego osobisty w nim udział nie wykazywał cechy działania niebezpiecznego”²³. Innymi słowy, w razie nieustalenia, który z uczestników bójki spowodował skutek, nie może on zostać przypisany w kumulatywnej kwalifikacji z art. 158 § 1 k.k., lecz wszyscy uczestnicy pobicia będą odpowiadać za typ podstawowy lub kwalifikowany z art. 158 § 2 lub 3 k.k. Trafnie oddaje to teza Sądu Apelacyjnego w Gdańsku stwierdzająca, że „Do przypisania udziału sprawcy w pobiciu nie jest konieczne udowodnienie, że zadał on pokrzywdzonemu (pokrzywdzonym) cios w postaci uderzenia, kopnięcia itp., a wystarczające jest świadome połączenie działania jednego ze sprawców z działaniem drugiego czło-

¹⁹ V. Konarska-Wrzosek, (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz, s. 842–843; zob. też: M. Przestrzelski, Skutek przestępstwa z art. 158 § 1 k.k., Prokuratura i Prawo 2020, nr 12, s. 33.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. II AKa 281/01, LEX nr 75091.

²¹ A. Nowosad, Związek przyczynowy w kwalifikowanej bójce lub pobiciu, Prokuratura i Prawo 2011, nr 11, s. 76–77.

²² A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2016, s. 399.

²³ R. Kokot, (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020, s. 1021.

wieka lub większej grupy osób przeciwko innemu człowiekowi lub grupie osób. W takiej sytuacji sprawcy odpowiadają niezależnie od tego, czy można ustalić, który z nich spowodował konkretne następstwa, ale pod warunkiem, że każdy z nich możliwość nastąpienia ich przewidywał albo mógł i powinien był przewidzieć. (...) Jak wynika z powyższego, penalizowane jest branie udziału w pobiciu, które ma charakter niebezpieczny dla życia lub zdrowia człowieka. Przestępstwo to jest bowiem przestępstwem skutkowym. Jego skutkiem jest narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub nastąpienia skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (o jakim mowa w art. 156 § 1 k.k.) lub średniego naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia (o jakim mowa w art. 157 § 1 k.k.)²⁴. Innymi słowy „udział w pobiciu” z art. 158 § 1 k.k. to przestępstwo, które właśnie ze względu na liczbę uczestników i częste trudności dowodowe ustawodawca skonstruował przez określenie swoistej „odpowiedzialności zbiorowej”. Nie jest więc wymagane zindywidualizowanie roli poszczególnych uczestników pobicia w spowodowaniu konkretnych skutków, a każdy z nich odpowiada za sam udział w pobiciu narażającym ofiarę już tylko na bezpośrednie niebezpieczeństwo skutku z art. 157 § 1 k.k.”²⁵ Sytuację odmienną, w razie ustalenia, który z uczestników pobicia (bójki) spowodował uszczerbek, trafnie oddaje teza Sądu Apelacyjnego w Warszawie, gdzie stwierdzono, że „Jeżeli uczestnik bójki, w której człowiek narażony był na utratę życia lub ciężki uszczerbek na zdrowiu, spowodował umyślnie naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia innej osoby na czas powyżej 7 dni, to czyn jego, dla pełnej charakterystyki prawnokarnej, powinien być kwalifikowany jako jedno przestępstwo określone w przepisach art. 158 § 1 k.k. w zbiegu z art. 157 § 1 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k.”²⁶

Jak sygnalizowano jednak wcześniej, w orzecznictwie sądowym na problemy napotkała sytuacja prawidłowego zakwalifikowania dokonanego rozboju przez kilka osób, w wyniku którego pokrzywdzony doznał uszczerbku na zdrowiu. Na tym tle poglądy orzecznictwa są rozbieżne. O ile na gruncie rozboju kwalifikowanego (art. 280 § 2 k.k.) wyrażane jest stanowisko, że „Pomiędzy przepisami art. 280 § 2 k.k. i art. 158 § 1 k.k. zachodzi zbieg pozorny. Wchodzi tu w grę reguła *lex consumens derogat*

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 lipca 2018 r., sygn. II AKa 26/17, LEX nr 3128385.

²⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 marca 2016 r., sygn. II AKa 357/15, LEX nr 2112342.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2012 r., sygn. II AKa 296/12, LEX nr 1238300.

legi consumptae. Znamię bezpośredniego zagrożenia życia, o którym mowa w art. 280 § 2 k.k. wypełnia się najbardziej niebezpiecznymi zachowaniami sprawczymi i dlatego też nie można uznać, że pomiędzy znamionami ustawowymi zawartymi w każdym z tych przepisów zachodzi – wymagany dla zbiegu kumulatywnego – stosunek krzyżowania²⁷. W przypadku zaś rozboju w typie podstawowym (art. 280 § 1 k.k.) wyrażane jest stanowisko, że „Kumulatywny zbieg przepisów art. 280 § 1 k.k. z art. 158 § 1 k.k. jest możliwy i zachodzi w każdym wypadku, w którym sprawcy dopuszczając się rozboju i działając w sposób charakterystyczny dla przestępstwa pobicia, doprowadzają jednocześnie do narażenia pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo nastąpienia skutku, o którym mowa w art. 158 § 1 k.k. Do wyczerpania znamion czynu typizowanego w art. 280 § 1 k.k. nie jest bowiem konieczne narażenie pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub nastąpienia skutków, o których mowa w art. 156 § 1 k.k. lub art. 157 § 1 k.k., które to narażenie stanowi jedno ze znamion przestępstwa z art. 158 § 1 k.k.”²⁸ Inaczej stwierdził Sąd Apelacyjny w Gdańsku prezentując stanowisko, że „Przepis art. 280 § 1 k.k. nie pozostaje w kumulatywnym zbiegu z przepisem art. 158 § 1 k.k. Narażenie na niebezpieczeństwo mieści się bowiem w zakresie ochrony przewidzianej przez art. 280 § 1 k.k., co przesądza, że przepis art. 280 § 1 k.k. ma charakter *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 158 § 1 k.k.”²⁹ Przeciwny pogląd prezentuje A. Zoll stwierdzając, że zarówno w przypadku art. 280 § 1 k.k. i art. 280 § 2 k.k. zachodzić będzie zbieg kumulatywny z art. 158 § 1 k.k., ponieważ żaden z przepisów nie oddaje całej zawartości kryminalnej czynu³⁰. Inaczej jednak, w ramach tego samego komentarza, ale przy art. 280 k.k. M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas prezentują stanowisko zgoła odmienne³¹.

Za trafny należy uznać pogląd, że również w przypadku rozboju kwalifikowanego zachodzi konieczność kumulatywnego kwalifikowania zdarzenia razem z art. 158 § 1 k.k. Trafne jest stwierdzenie, iż „Należy mieć

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. II AKa 170/16, LEX nr 2399463; tak samo: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 sierpnia 2014 r., sygn. II AKa 215/14, LEX nr 1509132.

²⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. VI Ka 357/14, LEX nr 1662924.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. II AKa 274/12, LEX nr 1254339.

³⁰ A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I, s. 400.

³¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III, s. 128.

bowiem na uwadze, że pobicie pokrzywdzonego przez współsprawców rozboju stanowi szczególny przypadek stosowania wobec niego siły fizycznej, wykraczający poza znamiona przemocy wyznaczone treścią art. 280 § 1 i § 2 k.k. Nawet więc w przypadku rozboju kwalifikowanego z uwagi na użycie przez jego sprawców niebezpiecznego przedmiotu, co ze swojej istoty wiąże się ze stosowaniem wobec pokrzywdzonego przemocy, ale nie przesądza o jej skutkach, zrealizowanie przez nich wszystkich znamion pobicia w rozumieniu art. 158 § 1 k.k. obliguje sąd do powołania tego przepisu w kwalifikacji prawnej czynu, obok art. 280 § 2 k.k. Znamiona tych przepisów w takim przypadku się krzyżują (art. 11 § 2 k.k.)³². Nie można się w z związku z tym zgodzić, że bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k., o którym mowa w art. 158 § 1 k.k., mieści się w znamionach czy to czynu z art. 280 § 1 k.k. lub art. 280 § 2 k.k. W przypadku rozboju w typie podstawowym nie ma żadnych wątpliwości, że zastosowana przemoc nie musi doprowadzić do powstania bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia, ponieważ zastosowana przemoc może mieć także postać, co wskazano powyżej, naruszenia nietykalności cielesnej, szarpania itp., a co więcej nie musi nawet prowadzić do zagrożenia w ogóle tym dobrem prawnym³³. W przypadku zaś rozboju w typie kwalifikowanym nie można się zgodzić ze stwierdzeniem Sądu Apelacyjnego w Łodzi (przywołanym w przypisie 27), że „inny jest przedmiot ochrony prawnej przestępstw określonym w art. 280 k.k. i art. 158 k.k. Nie ma także potrzeby, aby dla oddania zawartości bezprawności zachowania oskarżonych (art. 11 § 2 k.k.) z samego faktu, że co najmniej dwóch sprawców stosując przemoc wobec pokrzywdzonego uznać, iż popełniają oni także przestępstwo z art. 158 k.k., skoro ten fakt objęty jest współdziałaniem przestępczym, o którym mowa w art. 18 k.k.” Otóż przede wszystkim fakt, że przepisy te chronią inne dobra prawne, nie jest argumentem wykluczającym kumulatywną kwalifikację, lecz całkowicie przeciwnie. Po drugie, kwalifikacja z art. 158 § 1 k.k. nie jest uzasadniona jedynie tym, że rozboju dokonuje dwóch lub więcej sprawców (co uzasadniać miałyby zastosowanie jedynie art. 18 § 1 k.k.), lecz tym, że w wyniku ich działania powstał skutek w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. Tego znamienia również jest brak wśród znamion czynu z art.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 459/13, LEX nr 1430712.

³³ P. Wiatrakowski, Typ podstawowy przestępstwa rozboju w doktrynie i orzecznictwie, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 3, s. 72.

280 § 2 k.k., choć co prawda przepis ten mówi o „działaniu w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu”. Tym niemniej jest to jedna z postaci czynności sprawczej opisanej w tym przepisie. Samo posłużenie się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem w żadnym stopniu nie konsumuje spowodowania niebezpieczeństwa dla utraty życia lub ciężkiego lub średniego uszczerbku na zdrowiu, gdyż „posługiwanie się” na gruncie tego przepisu oznacza „już samo okazanie noża ofierze w celu skłonienia jej do wydania swojego mienia. Sposób użycia noża może jedynie wpłynąć na ocenę stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa, a tym samym na wymiar kary”³⁴. Pojęcie zatem „posługiwania się” należy interpretować inaczej (szerzej) niż „używanie” noża i każda forma jego prezentacji realizuje znamię „posłużenia się”³⁵. Dopiero, gdy „następstwem tych zdarzeń [opisanych w art. 280 § 2 k.k. – uwaga Autora] jest spowodowanie obrażeń narażających pokrzywdzonego na bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia albo skutku określonego w art. 156 § 1 lub art. 157 § 1 k.k. i to niezależnie od tego, czy narażenie spowodowane zostało przedmiotami lub środkami, o których mowa w art. 280 § 2 k.k., czy też było wynikiem stosowania przemocy w rozumieniu art. 280 § 1 k.k.”³⁶ zachodzić będzie zbieg z art. 158 § 1 k.k.

Powyższe powoduje, że w przypadku dokonania rozboju przez dwóch lub więcej sprawców, prawidłowo przypisana im kwalifikacja powinna zawierać art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Wykluczone zaś jest przypisanie tym sprawcom rozboju w kumulatywnej kwalifikacji z powstałym uszczerbkiem, chyba że jest możliwe ustalenie, który z nich spowodował skutek. Wymaga to jednak poczynienia w tym zakresie dalej idących ustaleń faktycznych. Tymczasem pobieżna analiza wyroków sądów rejonowych dotyczących popełnienia rozboju we współsprawstwie wskazuje, że jest to kwestia budząca wątpliwości. Przykładowo, w stanie faktycznym Sądu Rejonowego w Chełmnie D.S. i D.T. zostali oskarżeni o to, że „w dniu 14 lutego 2019 r. w C. działając wspólnie i w porozumieniu dokonali rozboju na osobie P.P. w ten sposób, że uderzając pałką drewnianą po głowie oraz zadając uderzenia pięściami i kopiąc po całym ciele doprowadzili pokrzywdzonego do stanu bezbronności powodując tym samym obrażenia ciała w postaci wstrząśnienia

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 października 2019 r., sygn. II AKa 362/19, LEX nr 2772907.

³⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 września 2018 r., sygn. II AKa 229/17, LEX nr 2557283.

³⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 października 1999 r., sygn. II AKa 168/99, LEX nr 39445.

mózgu oraz rany tłuczonej głowy okolicy ciemieniowej lewej z obrzękiem, a następnie z kieszeni kurtki dokonali zaboru w celu przywłaszczenia paczki papierosów C. oraz 0,5 litra wódki, w wyniku czego powstały straty w kwocie 30 zł na szkodę P.P., przy czym czynu tego dopuścili się w warunkach powrotu do przestępstwa określonych w art. 64 § 2 k.k.”³⁷, co sąd zakwalifikował jako czyn z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. W ustalonym stanie faktycznym obaj sprawcy dopuścili się przemocy wobec pokrzywdzonego bijąc go i kopiąc, w związku z czym nie można było ustalić, który z nich spowodował opisany wyżej skutek. W związku z tym prawidłowo skutek ten nie został oddany w przypisanej im kwalifikacji prawnej, lecz znalazł się jedynie w opisie czynu. Niewątpliwie jednak ustalony stan faktyczny, w szczególności spowodowany skutek i sposób zadawania obrażeń, pozwala na stwierdzenie, że zostały również zrealizowane znamiona pobicia z art. 158 § 1 k.k., ponieważ pokrzywdzony został bezpośrednio narażony na nastąpienie skutku, o którym mowa w art. 157 § 1 k.k. Nieprawidłowo zostało też zakwalifikowane zdarzenie będące przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze, w którym A.P. i M.J. zostali uznani za winnych tego, że „działając wspólnie i w porozumieniu wdarli się do mieszkania przy ul. (...) w J., w którym przebywał Ł.K., siłowo wyłamując zamek górny od drzwi wejściowych, a następnie stosując przemoc w postaci uderzania drewnianym kołkiem o nieustalonych parametrach oraz pięściami po całym ciele Ł.K., spowodowali u niego obrażenia ciała w postaci złamania rzepki nogi prawej, rany na powierzchni grzbietowej placów III, IV i V ręki prawej, obrzęku i podbiegnięcia krwawe obu okolic jarzmowych i lewego łuku brwiowego, podbiegnięcia krwawego na tylnej powierzchni ramienia lewego w 1/3 dalszej oraz rozległych podbiegnięć krwawych w okolicy łędźwiowej lewej skutkujących naruszeniem czynności narządu ruchu na okres powyżej 7 dni, dokonując zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki N. o wartości 50 złotych oraz metalowej rury kominowej o wartości 50 zł”³⁸, co sąd ten zakwalifikował jako występki z art. 280 § 1 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. i art. 193 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. W takim właśnie przypadku zachodzi bowiem konieczność uzupełnienia kwalifikacji dotyczącej rozboju o przepis art. 158 § 1 k.k., a nie przypisanie obu sprawcom spowodowanego uszczerbku na zdrowiu, ponieważ nie można ustalić, który z tych sprawców spowodował skutek.

³⁷ Wyrok Sądu Rejonowego w Chełmnie z dnia 30 kwietnia 2021 r., sygn. II K 415/20, LEX nr 3189529.

³⁸ Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. II K 194/19, LEX nr 3126723.

Z tego powodu ponoszą oni „zbiorową odpowiedzialność” za spowodowanie zagrożenia, o którym mowa w art. 158 § 1 k.k. Nie można uznać, że tylko z tego względu, iż rozbój został dokonany przez kilka osób, „wspólnie i w porozumieniu” spowodowali oni uszczerbek na zdrowiu.

W konsekwencji zatem trzeba wskazać, że w przypadku rozboju dokonywanego przez dwie lub więcej osób przypisanie im kumulatywnie kwalifikacji z art. 280 § 1 k.k. (lub § 2) w zw. z art. 158 § 1 k.k., w zw. z art. 11 § 2 k.k. zależy będzie od tego, czy w stanie faktycznym zostanie ustalone, że zastosowana w celu dokonania kradzieży przemoc spowodowała powstanie realnego, bezpośredniego zagrożenia wystąpienia skutków wymienionych w tym przepisie³⁹. Okoliczność ta, jako element wiadomości specjalnych, musi wynikać ze sporządzonej na tę okoliczność opinii biegłego sądowego lekarza. W sposób precyzyjny przedstawił to Sąd Najwyższy jasno wskazując, że „zakwalifikowanie danego napadu rabunkowego popełnionego, przez co najmniej 2 sprawców w zbiegu z art. 158 § 1 k.k. uzależnione jest w głównej mierze od jednego czynnika: intensywności stosowanej wobec ofiary przemocy. Skoro stanowiąca jeden ze sposobów popełnienia przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. przemoc wobec osoby nie musi charakteryzować się użyciem siły fizycznej o natężeniu stwarzającym niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego (...), to tym samym w jednym wypadku wystąpi konieczność wprowadzenia do kwalifikacji prawnej czynu art. 158 § 1 k.k., a w innym nie”⁴⁰. Pogląd ten zachowuje w pełni aktualność, co jednak nie spotkało się z aprobatą w sądach niższego szczebla. *A contrario*, Sąd Najwyższy stwierdził, że „Jeżeli natomiast natężenie przemocy nie będzie tak duże i nie przekroczy wyznaczonego w art. 158 § 1 k.k. zagrożenia, wówczas przemoc taka zostanie włączona w zestaw znamion przestępstwa rozboju”⁴¹.

Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania należy wskazać, że między przestępstwem rozboju, zarówno w typie podstawowym jak i kwalifikowanym, a przestępstwem udziału w pobiciu zachodzić będzie zbieg kumulatywny wymagający zastosowania art. 11 § 2 k.k. Między przepisami art. 280 § 1 i 2 k.k. a art. 158 § 1 k.k. nie zachodzi stosunek pozorności,

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 września 2012 r., sygn. II AKa 275/12, LEX nr 1236121.

⁴⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2012 r., sygn. III KK 343/11, LEX nr 1212364.

⁴¹ *Ibidem*.

nie ma też zastosowania zasada subsydiarności ani konsumpcji. Przemoc stosowana w celu dokonania kradzieży nie musi bowiem powodować takiego stopnia zagrożenia dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego, jaki wymagany jest na gruncie art. 158 § 1 k.k. Oznacza to, że w przypadku dokonywania rozboju wspólnie i w porozumieniu przez dwóch lub więcej sprawców przypisanie im w kumulatywnej kwalifikacji udziału w pobiciu zależeć będzie od ustalenia intensywności tej przemocy, czego wyrazem jest stopień zagrożenia dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego. Jeśli w wyniku tej przemocy doszło do narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k., zachodzić będzie konieczność oddania tej okoliczności w kwalifikacji czynu sprawców przez kumulatywne przypisanie im przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k., w zw. z art. 11 § 2 k.k. Konsekwencją jednak tego jest przypisanie wszystkim uczestnikom pobicia służącym do rozboju w ramach odpowiedzialności zbiorowej skutku, o jakim mowa w art. 158 § 1 k.k., a tym samym wykluczenie możliwości przypisania wszystkim sprawcom spowodowanego uszczerbku na zdrowiu, jeśli nie zostanie ustalone, który z nich go spowodował.

Bibliografia

1. Dąbrowska-Kardas M., P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2016.
2. Dunaj B. (red.), Współczesny słownik języka polskiego, Warszawa 1996.
3. Kardas P., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016.
4. Kokot R., (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020.
5. Konarska-Wrzosek V., (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz.
6. Nawrocki M., Współsprawstwo konieczne, Państwo i Prawo 2021, nr 6.
7. Nowosad A., Związek przyczynowy w kwalifikowanej bójce lub pobiciu, Prokuratura i Prawo 2011, nr 11.
8. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2012 r., sygn. III KK 343/11, LEX nr 1212364.

9. Przestrzelski M., Skutek przestępstwa z art. 158 § 1 k.k., *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 12.
10. Tyszkiewicz L., (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
11. Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020.
12. Wiak K., (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
13. Wiatrakowski P., Typ podstawowy przestępstwa rozboju w doktrynie i orzecznictwie, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 3.
14. Wróbel W., A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013.
15. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. II AKa 222/17, *Legalis* nr 1714252.
16. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 września 2012 r., sygn. II AKa 275/12, *LEX* nr 1236121.
17. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. II AKa 274/12, *LEX* nr 1254339.
18. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 lipca 2018 r., sygn. II AKa 26/17, *LEX* nr 3128385.
19. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 października 2019 r., sygn. II AKa 362/19, *LEX* nr 2772907.
20. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 459/13, *LEX* nr 1430712.
21. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 38/09, *LEX* nr 552042.
22. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 października 1999 r., sygn. II AKa 168/99, *LEX* nr 39445.
23. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. II AKa 281/01, *LEX* nr 75091.
24. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 września 2018 r., sygn. II AKa 229/17, *LEX* nr 2557283.
25. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. II AKa 170/16, *LEX* nr 2399463.
26. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 marca 2015 r., sygn. II AKa 19/15, *LEX* nr 1711547.
27. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2012 r., sygn. II AKa 296/12, *LEX* nr 1238300.
28. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 marca 2016 r., sygn. II AKa 357/15, *LEX* nr 2112342.

29. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 sierpnia 2014 r., sygn. II AKa 215/14, LEX nr 1509132.
30. Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. VI Ka 357/14, LEX nr 1662924.
31. Wyrok Sądu Rejonowego w Chełmnie z dnia 30 kwietnia 2021 r., sygn. II K 415/20, LEX nr 3189529.
32. Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. II K 194/19, LEX nr 3126723.
33. Zgoliński I., (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020.
34. Zoll A., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2016.

Issues in qualifying robbery and battery as a cumulative offence

Abstract

This paper presents issues in qualifying the crime of robbery that is committed jointly by two or more individuals and involves impairment of a victim's health. Past judicial decisions and legal commentators differ on whether there is an apparent or real concurrence between the provisions of Article 280, section 1 or 2 of the Penal Code and those of Article 158, section 1 of the Penal Code. The issue is essential for criminal qualification of perpetrators and for determination on whether perpetrators are liable for such impairment. And this has an impact on sentencing.

Key words

Robbery, battery, apparent concurrence, real concurrence.

Maciej Aleksander Kędzierski¹

Szczególne środki ograniczające i sankcje jako forma przeciwdziałania wobec podmiotów terrorystycznych na tle polskiego ustawodawstwa (część 1)

Streszczenie

Sankcje wymierzone w terroryzm stanowią administracyjne i równoległe (np. wobec konfiskaty mienia w procedurze karnej) działania instytucji obowiązanych, mające skutkować niemożnością skorzystania przez sprawców z aktywów na rzecz przestępczej działalności terrorystycznej. Sankcje, określane także jako szczególne środki ograniczające stanowią rodzaj sankcji finansowych wymierzanych w podmioty aktywne w obszarze terroryzmu i jego finansowania. Polegają na zamrażaniu środków lub na nieudostępnianiu środków. Polskie rozwiązania prawne uwzględniają zarówno stosowanie sankcji międzynarodowych, jak i sankcje na poziomie krajowym. Decydentem w zakresie sankcji krajowych jest Generalny Inspektor Informacji Finansowej (GIIF). Ważną rolę odgrywa także Komitet Bezpieczeństwa Finansowego, który rekomenduje GIIF – propozycje stanowiska wobec podejmowanych decyzji. Jest on organem doradczym na wzór tych, które funkcjonują przy Radzie Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (sankcje ONZ) lub przy Radzie Unii Europejskiej (sankcje UE). Polskie ustawodawstwo uwzględnia także możliwość odwołania się od decyzji GIIF w zakresie nakładania sankcji oraz możliwość zwalniania środków z ich zamrożenia.

Słowa kluczowe

Szczególne środki ograniczające, sankcje, listy sankcyjne, Generalny Inspektor Informacji Finansowej (GIIF), finansowanie terroryzmu, zamrażanie środków, nieudostępnianie środków.

¹ Maciej Aleksander Kędzierski – doktor nauk prawnych, radca prawny, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3074-1355>.

Wprowadzenie

Polski ustawodawca zawarł w ustawie z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu² (dalej zwana: ustawą o p.p.p.f.t.) rozdział 10 pt.: Szczególne środki ograniczające (dalej zwane w skrócie: SSO), odnoszący się do ustanowienia stosowania tego międzynarodowego i krajowego mechanizmu przeciwdziałania wobec podmiotów powiązanych z terroryzmem i jego finansowaniem. W tym przypadku, przedmiotem przeciwdziałania jest ustanowienie restrykcyjnych rozwiązań prawnych o charakterze finansowym wobec podmiotów podejrzewanych o działalność terrorystyczną. Jak wskazano w uzasadnieniu do tej części projektu ustawy o p.p.p.f.t.: szczególne środki mają charakter administracyjny i prewencyjny. Oznacza to, że do ich zastosowania nie jest konieczne wszczęcie postępowania karnego przeciwko danej osobie. Celem stosowania szczególnych środków jest efektywne zapobieganie terroryzmowi i finansowaniu terroryzmu przez zapobieganie wykorzystywaniu wartości majątkowych przez osoby spełniające określone w ustawie przesłanki, wyznaczone przez uprawniony organ. Celem podjętych prac legislacyjnych było uregulowanie przedmiotowego zagadnienia w sposób, który umożliwi efektywne stosowanie szczególnych środków, zwłaszcza przez realizację zobowiązań wynikających z zawartych przez Polskę umów międzynarodowych oraz międzynarodowych standardów w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Polska, jako państwo członkowskie Organizacji Narodów Zjednoczonych i Unii Europejskiej, jest zobowiązana do stosowania szczególnych środków, dla których podstawą są rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ (podjęte na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych) oraz decyzje Rady UE (wydane na podstawie art. 29 Traktatu o Unii Europejskiej, w ślad za którymi są przyjmowane stosowane bezpośrednio w państwach członkowskich rozporządzenia Rady UE, zgodnie z art. 215 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Ponadto Polska powinna dążyć do pełnego wdrożenia międzynarodowych standardów w tej dziedzinie, w szczególności 6 rekomendacji FATF³. Ustawodawca posłużył się w nazewnictwie rozdziału 10. ustawy pojęciem „szczególne środki ograniczające”, które pozostaje w obiegu praw-

² Dz. U. z 2021 r., poz. 1132, 1163.

³ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, druk 2233 Sejmu VIII Kadencji, s. 56, (w:) <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2233>.

nym UE⁴. Przy czym należy zaznaczyć, że określenie to oznacza coś więcej niż tylko działania wskazane jako zamrożenie środków i nieudostępnianie aktywów (ale także np. embargo na broń, zakaz korzystania z pomocy technicznej lub otrzymywania usług związanych z towarami i technologiami wymienionymi we wspólnym wykazie uzbrojenia UE, czy zakaz wydawania wiz lub zakaz wjazdu na terytorium UE). Niemniej w dalszej części artykułu „szczególne środki ograniczające”, będą traktowane w taki sposób, jak określił je polski ustawodawca zwłaszcza w art. 118 ustawy o p.p.p.f.t. Ich kierunkowość nie tylko jest związana z identyfikacją i weryfikacją danych o wyznaczonych podmiotach (celem uniknięcia pomyłki co do adresata restrykcji), rodzajem sankcji ale także z tym, że mają służyć do celowej realizacji przeciwdziałania w postaci uniemożliwienia finansowania terroryzmu.

Środki ograniczające mogą obejmować: zamrożenie środków finansowych i zasobów gospodarczych będących w posiadaniu lub pod kontrolą osób lub organizacji objętych sankcjami (np. gotówki, depozytów bankowych, udziałów, akcji), które nie mogą zostać przesunięte, sprzedane lub do których nie można uzyskać dostępu, oraz nieruchomości, których nie można sprzedać ani wynająć. Ta swoista administracyjna kara finansowa za naruszanie dóbr prawnie chronionych (zwłaszcza w obszarze bezpieczeństwa), jest wypadkową działań o charakterze międzynarodowym, umiejscowionych na poziomie Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (RB ONZ), Rady Unii Europejskiej (Rady UE) oraz krajowych zagrożeń związanych z terroryzmem (decydentem w tym przypadku jest Generalny Inspektor Informacji Finansowej, GIIF). SSO powinny być wymierzone w podmioty fizyczne i prawne wykorzystujące dla swoich celów środki terrorystyczne, zarówno w zakresie fizycznego organizowania zamachów, budowy wsparcia logistyczno-finansowego (budowania zasobów) dla ugrupowań terrorystycznych, jak również wobec podmiotów dokonujących cyberataków terrorystycznych przeciwko infrastrukturze prawnie chronionej. Stanowią one administracyjne, i równoległe (np. wobec konfiskaty mienia w procedurze karnej) działania in-

⁴ Dla przykładu: Decyzja Rady (WPZiB) 2016/1693 z dnia 20 września 2016 r. dotycząca środków ograniczających przeciwko ISIL (Daisz) i Al-Kaidzie oraz osobom, grupom, przedsiębiorstwom i podmiotom z nimi powiązanym i uchylająca wspólne stanowisko 2002/402/WPZiB, (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A02016D1693-20170916>, Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 914/2014 z dnia 21 sierpnia 2014 r. zmieniające po raz 217. rozporządzenie Rady (WE) nr 881/2002 wprowadzające niektóre szczególne środki ograniczające skierowane przeciwko niektórym osobom i podmiotom związanym z siecią Al-Kaida, (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0914>.

stytucji obowiązanych, mające skutkować niemożnością skorzystania przez sprawców z aktywów na rzecz przestępczej działalności terrorystycznej. SSO stanowią rodzaj sankcji finansowych wymierzanych w obszarze „terroryzmu i jego finansowania”. Nie są to też jedyne sankcje funkcjonujące w przestrzeni publicznej. Inne sankcje finansowe wymierzone są ze względu na rodzaj naruszeń, za rozprzestrzenianie broni jądrowej, naruszanie praw człowieka, aneksję obcego terytorium czy też celową destabilizację suwerennego kraju⁵. Wykazują one podobieństwo do innych sankcji nakładanych z różnych powodów, których wykonawstwo polega na zamrożeniu/nieudostępnianiu aktywów osobom lub podmiotom umieszczonym na określonej liście (lista sankcyjna). Co oznacza, że cel takiego działania może być inny, a wykonawstwo podobne. Należy zauważyć, że określone sankcje finansowe nałożone mogą być na państwa i być dolegliwymi dla całości społeczeństwa danego kraju. Tak w przypadku SSO, ale także „sankcji terrorystycznych” o charakterze finansowym (przyp. aut. kierunkowych), wymiar restrykcyjny skierowany jest wobec określonych, sprecyzowanych podmiotów (najczęściej prywatnych), wobec których ustalono ich zaangażowanie w działalność terrorystyczną⁶. Decydenci w zakresie wyznaczania podmiotów na listy sankcyjne powinni dbać o właściwą identyfikację tych podmiotów, przed pozytywnym rozpatrzeniem wniosków o ich umieszczenie. Dodatkowo sprawdzanie aktualności list sankcji i ich respektowanie jest jedną z procedur przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu i realizacją obowiązku dochowania procedury należytej staranności wobec klienta. Instytucje obowiązane muszą wdrożyć ocenę ryzyka AML/CFT (ang. *Anti Money Laundering/Counter Financing of Terrorism*) w procesach *onboardingu* klientów i stałego monitorowania klientów.

⁵ <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/sanctions/different-types/> (dostęp w dniu 27 maja 2021 r.).

⁶ Niejednokrotnie podobny mechanizm wprowadza się także wobec stosowania innego rodzaju sankcji. Dla przykładu rezolucje 1737(2006), 1803(2008), 1929(2010) skierowane przeciwko Iranowi za nierespektowanie zaprzestania prowadzenia programu nuklearnego, wymierzały restrykcje finansowe także wobec skonkretyzowanych podmiotów: zamrożenie aktywów dotyczyło wysokich rangą funkcjonariuszy, członków Korpusu Strażników Rewolucji Islamskiej, osób fizycznych i podmiotów zaangażowanych w irański program nuklearny. Zob. D. K r a s i ń s k a, Autoryzacja transakcji z Iranem a współpraca międzyinstytucjonalna w Polsce, *Bezpieczeństwo Narodowe* 2013, nr 1 (25), s. 206, (w:) [file:///C:/Users/HP/Downloads/kwartalnik_199-222s_Dorota_Krasinska%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/kwartalnik_199-222s_Dorota_Krasinska%20(1).pdf).

Zakres stosowania szczególnych środków ograniczających

Zgodnie z zapisem zawartym w art. 117 ustawy o p.p.p.f.t. stosowanie przez instytucje obowiązane szczególnych środków ograniczających zostało wyrażone w postaci obowiązku (bezwzględne). Brak jest reguły wyjątku, która by zwalniała jakiegokolwiek instytucje obowiązane od ich stosowania. Stosując ten środek, instytucje obowiązane są szczególnie zobowiązane do zachowania staranności przy ustalaniu tożsamości osób oraz identyfikacji podmiotów, których wartości podlegałyby takiej procedurze, celem uniemożliwienia korzystania z tych środków, udzielania do nich dostępu lub ułatwienia ich posiadania⁷. Należy zauważyć, że skoro o wyższym ryzyku finansowania terroryzmu może świadczyć powiązanie stosunków gospodarczych lub transakcji okazjonalnej z państwem, w stosunku do którego ONZ lub UE podjęły decyzję o nałożeniu sankcji lub szczególnych środków ograniczających – to instytucję obowiązaną powinno obowiązywać do działania w zakresie środków bezpieczeństwa finansowego nie tylko dokonanie generalnego sprawdzenia list sankcyjnych, ale także dokonanie identyfikacji i weryfikacji danych tak zawartych w publikatorach ONZ/UE z danymi przedłożonymi przez klienta do dokonania zlecenia transakcji/transferu. Sprawdzenie list sankcyjnych powinno być dokonane co najmniej w zakresie: nazwy kraju, siedziby lub miejsca zamieszkania wyznaczonego podmiotu (osoby fizycznej lub prawnej), rodzaju sankcji, podmiotu decyzyjnego w zakresie sporządzenia i upublicznienia listy, stwierdzenia rodzaju waluty będącej przedmiotem transferu/transakcji oraz oceny stanu faktycznego w ramach określenia wyższego ryzyka finansowania terroryzmu, ale także merytorycznej właściwości rodzaju listy, którą musi respektować instytucja obowiązana. Niemniej jednak obowiązek stosowania tego rodzaju sankcji odnosi się wyłącznie do podmiotów mających status instytucji obowiązanej zgodnie z ustawą o p.p.p.f.t. Regulatorem więc podmiotowego stosowania SSO jest polski ustawodawca, który w tym zakresie powinien brać pod uwagę nie tylko uwarunkowania międzynarodowe, UE, ale także faktory krajowego zagrożenia procederem finansowania terroryzmu (dotyczy to zarówno podmiotów krajowych, jak i oddziaływania i generowania zagrożenia przez podmioty pozakrajowe – zewnętrzne). Z oczywistych więc po-

⁷ T. Mierzwiński, (w:) J. Grynfelder, W. Kapica, W. Ługowski, T. Mierzwiński, R. Obczyński, A. Otto, E. Patsiotos, Z. Piotrowska, A. Rycerski, J. Stolarczyk, W. Kapica (red.), *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz. Komentarze praktyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 307.

wodów poza zakresem obowiązku stosowania SSO pozostają takie podmioty, jak prowadzące pośrednictwo finansowe typu hawala. Tym samym znaczący „rynek finansowy”, zwłaszcza ten „czarny” czy „szary”, wykorzystywany faktycznie do finansowania terroryzmu, pozostaje poza obszarem regulowanym, a tym samym poza obszarem obowiązków związanych z respektowaniem SSO. SSO, zgodnie z polskimi przepisami, polegają na: zamrożeniu wartości majątkowych będących własnością, posiadanych, kontrolowanych pośrednio oraz bezpośrednio przez osoby i podmioty – umieszczone na listach sankcyjnych (o których mowa w art. 118 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), a także korzyści pochodzących z tych wartości majątkowych, przez co rozumie się zapobieganie ich przenoszeniu, zmianie lub wykorzystaniu, a także przeprowadzeniu z udziałem tych wartości jakiejkolwiek operacji w jakikolwiek sposób, który może spowodować zmianę ich wielkości, wartości, miejsca, własności, posiadania, charakteru, przeznaczenia lub jakąkolwiek inną zmianę, która może umożliwić osiągnięcie z nich korzyści. W ustawie wprowadzono definicję zamrożenia wartości majątkowych odpowiadającą w swojej treści brzmieniu przewidzianym w rezolucjach ONZ oraz rozporządzeniach UE⁸. Ponadto drugą istotą SSO jest nieudostępnienie wartości majątkowych bezpośrednio ani pośrednio osobom i podmiotom, o których mowa w art. 118 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t., ani na ich rzecz, przez co rozumie się w szczególności nieudzielanie pożyczek, kredytu konsumenckiego lub kredytu hipotecznego, niedokonywanie darowizn, niedokonywanie płatności za towary lub usługi (art. 117 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t.). Zgodnie ze standardami międzynarodowymi, szczególne środki stosuje się bez uprzedniego informowania osób i podmiotów, wobec których są one stosowane. Kwestia ta jest zrozumiała w związku z wykorzystaniem w pewnym sensie elementu zaskoczenia oraz ograniczeniu zadysponowania aktywami poprzez wyjęcie ich spod reżimu sanacyjnego. Wszelkie dane związane z zamrożeniem wartości majątkowych lub ich nieudostępnieniem są przekazywane niezwłocznie do GILF. Należy zauważyć, że wobec powszechnego raczej stosowania pojęcia „zamrożenia środków” lub „nieudostępniania wartości”, uznać należy, że polski ustawodawca zadał sobie trud wyjaśnienia, co należy rozumieć pod tymi określeniami. Taki zabieg legislacyjny trzeba ocenić pozytywnie. Instytucje obowiązane, w ramach swoich właściwości merytorycznych, otrzymały tym samym kierunkową wskazówkę jak postępować z aktywami mającymi służyć do finansowania terroryzmu.

⁸ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy, s. 58.

Ustawa o p.p.p.f.t. posługuje się pojęciem „szczególnych środków ograniczających” (ang. *specific restrictive measures*) nie zaś pojęciem „sankcji” wobec takich działań jak zamrażanie i nieudostępnianie wartości majątkowych. T. Mierzwiński stwierdza, że nowelizacja obok istniejącego nakazu zamrożenia, wprowadziła także sankcje w postaci nieudostępniania wartości majątkowych, w szczególności polegających na udzielaniu finansowania za pomocą kredytów i pożyczek, a także wszelkich transakcji związanych z zakupem ich dóbr i usług⁹. Tym samym można byłoby uznać, że SSO dzielą się na zamrażanie środków i sankcje. Ustawodawca jednak wprost wskazał, że pod pojęciem SSO należy uwzględniać działania określone jako: zamrażanie i nieudostępnianie wartości. Czyli precyzyjnie wskazał sposób ich wykonywania. Niemniej jednak w samej ustawie mowa jest już zarówno o SSO, jak i o sankcjach. Dla przykładu ma to miejsce, gdy instytucje obowiązane stosują wzmożone środki bezpieczeństwa finansowego w przypadkach wyższego ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. O wyższym ryzyku prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu może świadczyć w szczególności zaistnienie sytuacji powiązania stosunków gospodarczych lub transakcji okazjonalnej z państwem, w stosunku do którego ONZ lub UE podjęły decyzję o nałożeniu sankcji lub szczególnych środków ograniczających (ang. *imposing sanctions or specific restrictive measures*). W tym przypadku może to dotyczyć także innego rodzaju sankcji niż sankcje finansowe. Ważnym jest aby w ocenie instytucji obowiązanej „nałożone sankcje” stanowiły o potrzebie zastosowania wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego. A więc także w kontekście możliwego zagrożenia w procedurze finansowania terroryzmu. Wydaje się, że w tym przypadku użycie określenia „państwo” zdecydowanie zawęża, w aktualnym stanie prawnym, kwestię stosowania sankcji. Począwszy od końca lat 90-tych XX w., a w szczególności po 11 września 2001 r. RB ONZ stosuje sankcje nie tylko do podmiotów „państwowych”, ale także w odniesieniu do „podmiotów niepaństwowych” (np. ISIL, Al-Kaida, talibowie – występujący lub określani jako nieformalne ugrupowania terrorystyczne). O ile w kontekście procedury prania pieniędzy należy mieć na uwadze „państwa”, w szczególności te charakteryzujące się podatnością na korupcję i z wysokim stopniem zagrożenia zorganizowaną przestępczością. To w przypadku procedury finansowania terroryzmu należy uwzględniać zarówno podmioty „państwowe”, jak i „niepaństwowe”. Chodzi tu także o tzw. sankcje ukierunkowane, zwane również sankcjami in-

⁹ T. Mierzwiński, s. 307.

teligentnymi, które różnią się od klasycznej formy sankcji (adresatem są państwa), ponieważ są wymierzone w sprecyzowane (dookreślone) podmioty niepaństwowe (tj. jednostki, grupy związane z przestępstwami terrorystycznymi o okołoterrorystycznymi, ale także ukierunkowane na przywódców, elity polityczne i obszary społeczeństwa, które uważa się za odpowiedzialne za niewłaściwe zachowanie – np. sprzyjanie terrorystom, przy jednoczesnym zmniejszeniu szkód ubocznych w populacji ogólnej i krajach trzecich). Niejako sankcje takie nie działają globalnie (na całe państwo) a punktowo (wobec określonych osób lub obszarów). Posłużenie się zapisem „państwa” posiada natomiast uzasadnienie dla art. 43 ust. 2 pkt 10 ppkt b ustawy o p.p.p.f.t. (np. w relacji Iran – ugrupowanie terrorystyczne Hamas). Tym samym przyszła nowelizacja ustawy o p.p.p.f.t. powinna, w art. 43 ust. 2 pkt 10 ppkt c, uwzględnić również „podmioty niepaństwowe”, które zostały wyznaczone na listach sankcyjnych ONZ lub UE. Stosowanie szczególnych środków ograniczających nie wyklucza stosowanie innych instrumentów przeciwdziałania określonych w ustawie o p.p.p.f.t. Ogólne ramy dla sankcji unijnych wskazują, że pod pojęciem sankcji UE może zastosować cały wachlarz stopniowych sankcji wobec państw trzecich, które mogą obejmować, sankcje gospodarcze i finansowe, takie jak: embargo na broń dotyczące sprzętu wojenskowego wymienionego we wspólnym wykazie uzbrojenia UE, czy ograniczenia przywozu i wywozu produktów, które mogą być stosowane zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych (tzw. produktów podwójnego zastosowania). Natomiast pod pojęciem środków ograniczających należy rozumieć: zamrożenie środków finansowych i zasobów gospodarczych będących w posiadaniu lub pod kontrolą osób lub organizacji objętych sankcjami (np. gotówki, depozytów bankowych, udziałów, akcji), które nie mogą zostać przesunięte, sprzedane lub do których nie można uzyskać dostępu, oraz nieruchomości, których nie można sprzedać ani wynająć, ale także zakaz wydawania wiz lub zakaz podróży, uniemożliwiający osobom wjazd na teren UE; zakazy sektorowe, na przykład zakaz przywozu lub wywozu określonych towarów lub technologii¹⁰. Dlatego też, dla precyzji oceny, mówiąc o SSO wobec polskich rozwiązań prawnych, należałoby posługiwać się pojęciem zamrażania i nieudostępniania. Natomiast w odniesieniu do kwestii związanych z generowaniem wyższego ryzyka możliwym jest użycie pojęcia sankcji oraz SSO. W konsekwencji ocena relacji z „innym państwem” w kontekście powiązania stosunków gospodarczych lub transakcji okazjonalnej może być realizowana w oce-

¹⁰ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=LEGISSUM:25_1 (dostęp w dniu 27 maja 2021 r.).

nie trzech obszarów: zamrożenia środków, nieudostępniania środków oraz sankcji (w tym innego rodzaju sankcji niż te o charakterze finansowym). Oczywistym jest, że działania określone w art. 117 ust. 2 pkt 2 jako SSO mają „charakter sankcyjny”¹¹. Czym innym jednak jest sankcyjny charakter środków, a czym innym stosowane sankcje. Niestety należy poruszać się w takim reżimie jaki ustaliła UE, w tym pod kątem odmiennego nazewnictwa czynności przeciwdziałania. Takie rozróżnienie widoczne jest także w piśmie z dnia 15 kwietnia 2020 r. Urząd Komisji Nadzoru Finansowego pt.: „Stanowisko dotyczące oceny ryzyka instytucji obowiązanej”. Wspomina się w nim, że czynniki ryzyka dotyczące państw i obszarów geograficznych są uwzględniane także państwa, w stosunku, do których Organizacja Narodów Zjednoczonych lub Unia Europejska podjęły decyzję o nałożeniu sankcji lub szczególnych środków ograniczających. A także w przypadku pojęcia „powiązanie”, przez co rozumie się w szczególności następujące sytuacje: w przypadku klientów instytucjonalnych, gdy klient ma siedzibę w: państwie trzecim wysokiego ryzyka w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 13 ustawy o p.p.p.f.t. (tj. w państwie określonym przez wiarygodne źródła jako państwo o wysokim poziomie korupcji lub innego rodzaju działalności przestępczej) oraz państwie, w stosunku do którego Organizacja Narodów Zjednoczonych lub Unia Europejska podjęły decyzję o nałożeniu sankcji lub szczególnych środków ograniczających, tj. w państwie stosującym szkodliwą konkurencję podatkową (dalej: państwo wysokiego ryzyka). Zapisy te są konsekwencją tego, że różne reżimy prawne posługują się różnym nazewnictwem. W przypadku ONZ mowa jest o sankcjach, a w przypadku UE najczęściej występuje określenie „szczególnych środków ograniczających”. Niemniej, podobnie jak w przypadku „osób wyznaczonych”, występują także inne

¹¹ Zob. Decyzja Rady (WPZiB) 2016/1693 z dnia 20 września 2016 r. dotycząca środków ograniczających przeciwko ISIL (Daisz) i Al-Kaidzie oraz osobom, grupom, przedsiębiorstwom i podmiotom z nimi powiązanym i uchylająca wspólne stanowisko 2002/402/WPZiB, (w:) <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzienniki-UE/srodki-ograniczajace-przeciwko-isil-daisz-i-al-kaidzie-oraz-osobom-grupom-68674108>. Środki ograniczające w tym przypadku polegają na zakazie zapewniania finansowania lub środków finansowych związanych z działaniami wojskowymi, w tym w szczególności dotacji, pożyczek i ubezpieczenia kredytów eksportowych, jak również ubezpieczenia i reasekuracji na potrzeby sprzedaży, dostawy, transferu lub wywozu uzbrojenia i powiązanych materiałów lub na potrzeby zapewniania związanej z powyższymi działaniami pomocy technicznej, usług pośrednictwa i innych usług, bezpośrednio lub pośrednio, na rzecz osoby fizycznej, grupy, przedsiębiorstwa lub podmiotu, wskazanego przez RB ONZ na mocy rezolucji.

określenia np. międzynarodowe sankcje ograniczające¹². Kwestia ta jest związana z możliwością respektowania nie tylko sankcji lub szczególnych środków ograniczających (ONZ/UE/krajowe), ale także związanych z listami sankcyjnymi opracowywanymi przez np. Biuro ds. Kontroli Aktywów Zagranicznych Departamentu Skarbu Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej (OFAC). Listy te obowiązują w ramach jurysdykcji USA (jako państwa trzeciego wobec UE)¹³. Niezależnie od nazewnictwa stosowanie SSO przez instytucje obowiązane dotyczy zarówno sankcji, jak i środków ograniczających, co wynika z zapisu art. 118 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Istotnym jest tu głównie czynność wykonawcza stosowania SSO wobec osób i podmiotów wyznaczonych na listach „sankcyjnych” wskazanych podmiotów. Mowa jest tu zarówno o listach ogłaszanych przez Generalnego Inspektora na podstawie rezolucji RB ONZ, jak również prowadzonej przez GIIF liście osób i podmiotów, wobec których stosuje się szczególne środki ograniczające. Czym innym jest stosowanie kryteriów świadczących o wyższym ryzyku AML/CFT, a tym samym stosowaniu wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego, a czym innym jest realizowanie obowiązków w ramach szczególnych środków ograniczających. W pierwszym przypadku, rodzaj „przeciwdziałania” powinien być zgodny z przykładowym wskazaniem w ustawie o p.p.p.f.t. ale także z inicjatywą samej instytucji obowiązanej celem neutralizacji ustalonego, ocenionego i określonego ryzyka. Natomiast w przypadku stosowania SSO, instytucje obowiązane mają do zastosowania jedynie dwa rodzaje środków szczegółowo określonych w ustawie o p.p.p.f.t. (art. 117 ust. 2). Odnoszą się one także do zamkniętego katalogu podmiotów ogłaszanego na podstawie dokumentów, w których ten katalog jest również zamknięty (rezolucje ONZ, rozporządzenia UE, decyzja GIIF). Dlatego też, o ile w celu stosowania OSS zostały szczegółowo określono rodzaje „list”, to w przypadku środków bezpieczeństwa finansowego możliwym jest, jako kryteria „wyższego ryzyka” uwzględnianie tych list konkretyzowanych w ramach OSS (art. 43 ust. 2 pkt 10), ale również innych „list” nieokreślonych w art. 118 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. (np. publikowanych przez OFAC). Wynika więc z tego, że kryteria podmiotowe

¹² Zasady BGK w odniesieniu do przeciwdziałania praniu pieniędzy, finansowaniu terroryzmu oraz stosowania międzynarodowych sankcji ograniczających w BGK, (w:) https://www.bgk.pl/files/public/Pliki/Zasady_BGK_w_odniesieniu_do_przeciwdzialania_praniu_pieniedzy_finansowaniu_terroryzmu_oraz_stosowania_miedzynarodowych_sankcji_ograniczajacych_w_BGK.pdf.

¹³ Dokładnej kwestia dotyczy tzw. „Osoby Amerykańskiej” czyli obywatela USA, rezydenta USA, osoby prawnej utworzonej na podstawie prawa USA oraz jej zagranicznych oddziałów, czy osoby przebywającej w USA.

(dotyczące osób i firm) do zastosowania OSS zawarte zostały w art. 118 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz w rozporządzeniach UE stosowanych wprost do polskiego ustawodawstwa. Wskazane źródła stanowią zamknięte katalogi podmiotów. Kryteria świadczące o wyższym ryzyku finansowania terroryzmu, a tym samym stosowanie wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego umiejscowione zostały przykładowo w art. 43 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. O ich „otwartym” charakterze i przykładowym wymienieniu wskazuje zawarcie słowa „w szczególności”. Wskazane źródło przeciwdziałań w tym przypadku stanowi otwarty katalog zdarzeń będących impulsem do oceny podwyższonego ryzyka, w tym zakresie należałoby także uplasować umieszczenie podmiotu na zamkniętych listach sankcyjnych. Nie ma natomiast katalogu wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego (za wyjątkiem relacji z PEP i relacji korespondenckich z krajami państw trzecich wysokiego ryzyka). Ponadto instytucje obowiązane na bieżąco modyfikują zakres i częstotliwość stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Katalog sytuacji potencjalnie wyższego ryzyka jest katalogiem otwartym, lecz przede wszystkim jest to katalog nieobligatoryjny. To znaczy, że wystąpienie sytuacji przewidzianej w tym przepisie nie obliguje automatycznie instytucji do stosowania wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego¹⁴. Tym samym obligatoryjne stosowanie SSO odnosi się jedynie do podmiotów z list, o których mowa w art. 118 ust. pkt 1 i 2 i rozporządzeń UE dotyczących przeciwdziałania terroryzmowi oraz finansowaniu terroryzmu. W tym też zakresie SSO mogą polegać wyłącznie na stosowaniu instrumentów określonych w art. 117 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o p.p.p.f.t. Stąd też brak jest bezpośrednich podstaw do stosowania szczególnych środków ograniczających wobec podmiotów wyznaczonych na listach sankcyjnych przez państwa trzecie (podobnie wskazanych w listach przez RB ONZ), o tyle o ile taki podmiot nie zostanie włączony do list ONZ uznanych przez UE, rozporządzeń UE lub listy krajowej prowadzonej przez GIIF (o ile dany podmiot zostanie ogłoszony lub wpisany na listę).

Instytucje obowiązane stosują szczególne środki ograniczające wobec osób i podmiotów wskazanych na listach ogłaszanych przez Generalnego Inspektora na podstawie rezolucji RB ONZ wydanych w oparciu o rozdział VII Karty Narodów Zjednoczonych, dotyczących zagrożeń dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa spowodowanych aktami terrorystycznymi. W szczególności na listach, o których mowa w pkt 3

¹⁴ R. Obczyński, Nowa ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu – praktyczne ujęcie, 18 maja 2018 r., (w:) https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Prezentacja%20CEDUR%2018-05-2018_61911.pdf.

rezolucji 2253 (2015) Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych¹⁵ lub w pkt 1 rezolucji 1988 (2011) Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych¹⁶ oraz środki ograniczające stosowane wobec osób i podmiotów wskazanych na liście „krajowej” prowadzonej także przez GIIF. Jak można zauważyć, w pierwszym przypadku jest to lista ogłaszana przez GIIF, co sugeruje, że decydent w zakresie umieszczenia pierwotnego (źródłowego) określonych osób czy podmiotów na tej liście pozostaje poza samym GIIF. A działanie ze strony GIIF jest realizacją czynności technicznej ogłoszenia listy w postaci publikacji listy w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw finansów publicznych. W drugiej zaś sytuacji mowa jest o prowadzeniu przez GIIF listy osób i podmiotów, wobec których stosuje się szczególne środki ograniczające, oraz wydaje decyzje w sprawach wpisu na tę listę lub wykreślenia z niej – lista krajowa (art. 118 ust. 2 pkt 2 ustawy o p.p.p.f.t.). Postępowanie w sprawie wydania decyzji w sprawie wpisu na listę wszczyna się z urzędu. Podobnie jak w przypadku list międzynarodowych, również lista krajowa podlega publikowaniu w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw finansów publicznych. Ogłaszanie przez GIIF list stanowi dodatkowy element zabezpieczenia dla instytucji obowiązanych, co do monitorowania właściwych podmiotów pod względem dysponowania przez nie aktywami. Kwestia takiego postępowania precyzuje możliwe rozbieżności, jakie mogłyby wystąpić w związku z interpretacją zapisów zawartych w art. 118 ust. 1 pkt 1: „w szczególności na listach”, o których mowa w poszczególnych wymienionych rezolucjach. Choć możliwym jest również taka interpretacja, iż „z pewnością” chodzi tu o te rezolucje ONZ, ale także o inne dokumenty, w których ONZ neutralizuje zagrożenia dotyczące międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa spowodowanego aktami terrorystycznymi. Ponadto GIIF może rozpozszechniać, przy wykorzystaniu środków masowego przekazu, komunikat, w określonej przez Generalnego Inspektora formie i czasie, o stoso-

¹⁵ W rezolucji RB ONZ 2253 (2015) wezwano państwa członkowskie ONZ do zablokowania przepływów środków finansowych i innych aktywów finansowych oraz zasobów gospodarczych do osób fizycznych i podmiotów wymienionych w wykazie dotyczącym sankcji wobec ISIL (Daisz) i Al-Kaidy, zgodnie z wymogami ust. 2 lit. a) tej rezolucji oraz z uwzględnieniem stosownych zaleceń Grupy Specjalnej ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy i międzynarodowych standardów.

¹⁶ Rezolucja 1988 (2011) przyjęta przez Radę Bezpieczeństwa na 6557 posiedzeniu 17 czerwca 2011 r., Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 1988 (2011) [w sprawie ustanowienia nowego Komitetu Sankcji wobec osób i podmiotów oraz innych grup i przedsięwzięć związanych z talibami] w związku z sytuacją w Afganistanie.

waniu szczególnych środków ograniczających wobec osób lub podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t.). W dniu 26 czerwca 2021 r. GIIF opublikował Komunikat w którym stwierdzono, że dane osób i podmiotów zawarte w pliku¹⁷ nie stanowią listy osób i podmiotów, wobec których stosuje się szczególne środki ograniczające w rozumieniu art. 118 ust. 1 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Plik służy wyłącznie jako opcjonalne narzędzie dla instytucji obowiązanych, które może ułatwić dostęp i wykorzystanie danych tych osób i podmiotów w przypadku, gdy nie korzystają one bezpośrednio z list umieszczonych pod linkami i nie korzystają z oryginalnych danych udostępnianych przez ONZ w postaci plików xml. Aktualne listy osób i podmiotów, wobec których, zgodnie z ustawą o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, instytucje obowiązane stosują szczególne środki ograniczające, umieszczone są pod linkami¹⁸. Co należałoby rozumieć, że wskazane na stronie internetowej MF/GIIF linki, a nie pliki stanowią więc efekt ogłoszenia listy przez GIIF.

Ponadto należy zauważyć, że osoby, czy podmioty które umieszczone zostały na liście krajowej mogą również być umieszczone na sankcyjnych listach „międzynarodowych”. Pozwala na to art. 123 ustawy o p.p.p.f.t. Stwierdza się w nim, że GIIF po uzyskaniu rekomendacji Komitetu Bezpieczeństwa Finansowego może wystąpić za pośrednictwem ministra właściwego do spraw zagranicznych do niektórych podmiotów, stanowiących właściwe organy innych państw, a także zagranicznych instytucji i międzynarodowych organizacji zajmujących się przeciwdziałaniem praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu, z wnioskiem o stosowanie szczególnych środków ograniczających wobec osób lub podmiotów wpisanych na listę, o której mowa w art. 120 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Wskazanie dotyczy osób i podmiotów umieszczonych na krajowej liście sankcyjnej. Co oznacza, że kolejno najpierw dany podmiot musi się znaleźć na liście krajowej, aby można go było w dalszej fazie umieścić na innych „listach zagranicznych”.

Jak zauważa T. Mierzwiński, zasadniczą różnicą pomiędzy zamrożeniem a nieudostępnieniem wartości majątkowych jest ocena, czy rzeczona wartości majątkowe znajdują się lub nie pod kontrolą lub w posiadaniu

¹⁷ Plik przygotowany przez GIIF i umieszczony na stronie internetowej urzędu, z danymi tych osób i podmiotów, zawierający narzędzie do jego automatycznej aktualizacji.

¹⁸ <https://www.gov.pl/web/finanse/lista-osob-i-podmiotow-wobec-ktorych-stosuje-sie-szczegolne-srodk-i-ograniczajace-na-podstawie-art-118-ustawy-z-dnia-1-marca-2018-r-o-przeciwdzialaniu-praniu-pieniedzy-i-finansowaniu-terroryzmu>.

osób lub podmiotów objętych sankcjami¹⁹. Należy zgodzić się z tą oceną, ponieważ w przypadku posiadania kontroli (władztwa) nad wartościami majątkowymi przez podmiot umieszczony na listach sankcyjnych, powinno być dokonane przez instytucję obowiązana – zamrożenie środków. Natomiast w przypadku braku takiego władztwa, a w rzeczywistości staraniu się podmiotu umieszczonego na liście o określone aktywa będące w dyspozycji instytucji obowiązanej – instytucja ta zobowiązana jest do nieudostępnienia ich. To „staranie się” może być także związane z pozyskiwaniem środków od innego podmiotu niż instytucja obowiązana, ale obsługiwanego usługowo przez tę instytucję. W takim przypadku możliwym będzie zastosowanie innego mechanizmu np. wstrzymania transakcji zleconej przez klienta na rzecz wyznaczonego podmiotu. Dodatkowo Wytyczne Rady UE z 2018 r. wskazują na to, aby UE możliwie najszybciej wprowadzała w życie środki ograniczające ONZ. Szybkość działania jest szczególnie ważna w przypadku zamrażania aktywów, ze względu na możliwość szybkiego przepływu środków. W takich przypadkach każde państwo członkowskie mogłoby rozważyć możliwość zastosowania tymczasowych krajowych środków finansowych. UE powinna dążyć do wprowadzenia w życie niezbędnych aktów prawnych bezzwłocznie, a najpóźniej w ciągu 30 dni od przyjęcia rezolucji RB ONZ. W przypadkach gdy wykazy wyznaczonych osób i podmiotów należy zaktualizować, by uwzględnić nowe wskazania ONZ, niezbędne zmiany aktów prawnych UE należy przyjąć z jak najmniejszym opóźnieniem²⁰. Tym samym polski ustawodawca stworzył taką możliwość do działania w ustawie o p.p.p.f.t. wprowadzając tymczasowy krajowy środek finansowy w art. 118 ust. 1 pkt 1 ustawy o p.p.p.f.t.

Sankcje ONZ przyjmowane są przez ONZ w drodze rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, które na podstawie art. 25 Karty ONZ (ratyfikowanej przez Polskę) mają być wykonywane przez państwa członkowskie i podlegają transpozycji do porządku prawnego UE przez właściwe organy Wspólnoty Europejskiej w drodze nowelizacji rozporządzeń. Z punktu widzenia prawa Unii środki ograniczające przyjęte na szczęblu ONZ muszą być transponowane do prawa unijnego w drodze aktów prawnych UE, które jednocześnie muszą zawierać pewne gwarancje proceduralne dla osób ujętych w wykazie oraz obowiązki dotyczące sposobu podejmowania decyzji przez Komisję. Istotnym jest aby wykazy ONZ były dostępne instytucjom finansowym i podmiotom gospodarczym w UE natychmiast po ich opublikowaniu przez ONZ, a jeszcze przed ich transpo-

¹⁹ T. Mierzwiński, s. 308.

²⁰ Wytyczne w sprawie sankcji – uaktualnienie, nr dokumentu 5664/18, pkt 38, (w:) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/pl/pdf>.

zycją na poziomie UE, by w ten sposób ułatwić przestrzeganie zasad należytej staranności, o których mowa w dyrektywie w sprawie przeciwdziałania praniu pieniędzy, nawet przed wejściem w życie aktów prawnych UE²¹. Może więc wystąpić rozbieżność czasowa pomiędzy stosowaniem rezolucji ONZ a wprowadzeniem w życie jej postanowień w rozporządzeniu UE. W uzasadnieniu do projektu ustawy o p.p.p.f.t. wskazano, że: po pierwsze, rezolucje ONZ zobowiązują do stosowania szczególnych środków bez zbędnej zwłoki, podczas gdy ich implementacja na szczeblu Unii Europejskiej następuje ze znacznym opóźnieniem. W związku z tym wprowadzono obowiązek stosowania szczególnych środków na zasadach przewidzianych w ustawie wobec osób i podmiotów, umieszczonych na listach, o których mowa w rezolucjach ONZ, jeszcze zanim pojawią się w załącznikach do rozporządzeń unijnych. Jednocześnie w momencie pojawienia się osoby lub podmiotu na liście stanowiącej załącznik do rozporządzenia unijnego, bezpośrednie zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia. Po drugie, podstawa prawna dotychczasowych regulacji unijnych dotyczy wymiaru zewnętrznych działań Unii Europejskiej i przepisy te nie pozwalają na zastosowanie środków w postaci zamrożenia i nieudostępniania wartości majątkowych podmiotom z UE²². Zgodnie z Komunikatem GIIF²³ obowiązek stosowania szczególnych środków ograniczających wobec osób z list ogłaszanych przez GIIF na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (art. 118 ust. 1 pkt 1) stanowi element uzupełniający w stosunku do obowiązków wynikających z przepisów rozporządzeń unijnych, w tym znaczeniu, że ma na celu zapobiegnięcie sytuacji, w której osoba już wskazana na listach przez RB ONZ może użyć swoich wartości majątkowych i w konsekwencji uniemożliwić zastosowanie wobec niej szczególnych środków ograniczających w okresie zanim pojawi się w załącznikach do rozporządzeń unijnych. Niezależnie od przepisów ustawy o p.p.p.f.t., w momencie pojawienia się osoby lub podmiotu na liście stanowiącej załącznik do rozporządzenia unijnego, bezpośrednie zastosowanie znajdują przepisy stosownego rozporządzenia. Ma to związek

²¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie planu działania na rzecz skuteczniejszego zwalczania finansowania terroryzmu, Strasburg, dnia 2.2.2016 COM(2016) 50 final, (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0050&from=en>.

²² Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy, s. 56, (w:) <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2233>.

²³ Komunikat GIIF w sprawie nowych zasad stosowania szczególnych środków ograniczających, (w:) https://mf-arch2.mf.gov.pl/web/bip/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/giif/komunikaty/-/asset_publisher/8KnM/content/id/6425857.

z tym, że Rada UE co najmniej raz na pół roku weryfikuje listę na podstawie regularnej wymiany informacji między państwami członkowskimi o nowych faktach i okolicznościach związanych z listą. W takim przypadku może być jedynie mowa o działaniu instytucji obowiązanej na podstawie sankcji ONZ. Należy tu zwrócić uwagę na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, w którym stwierdza się, że: jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami²⁴. Warunki powyższe spełniają rozporządzenia Unii Europejskiej, które są bezpośrednio stosowane w polskim porządku prawnym. I tak jest to traktowane także w ustawie o p.p.p.f.t. Bezpośrednio stosowane w polskim porządku prawnym nie są natomiast rezolucje RB ONZ. Prezentowana kwestia stanowi niejako fakt zaistnienia sytuacji przedrozporządzeniowej, tj. po obowiązywaniu rezolucji, ale przed wydaniem rozporządzenia UE. W takim przypadku państwa członkowskie UE muszą we własnym zakresie wykonywać spoczywające na nich zobowiązanie do przestrzegania rezolucji RB ONZ. „Karta Narodów Zjednoczonych nie narzuca [jednak] z góry określonego modelu wykonania rezolucji Rady Bezpieczeństwa uchwalonych w trybie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych; wykonanie to może nastąpić zgodnie z zasadami obowiązującymi w tej kwestii w porządku prawnym każdego państwa będącego członkiem ONZ. Karta Narodów Zjednoczonych pozostawia bowiem członkom ONZ swobodę wyboru spośród możliwych modeli przyjmowania takich rezolucji do ich porządku wewnętrznego”²⁵. Wobec zapisów ustawy o p.p.p.f.t. (art. 118 ust. 1 pkt 1) będzie to – ogłoszenie listy przez GIIF. Nie będzie to więc każdorazowo wydanie aktu prawa krajowego (np. ustawy, rozporządzenia) bezpośrednio zobowiązujące jednostki do działań wymaganych przez RB²⁶. Ogłoszenie mogłoby być wydawane aktem prawa administracyjnego, w przypadku upoważnienia do wydawania takiego aktu dla GIIF. Wydaje się, że takie przedrozporządzeniowe ogłoszenie, wszak funkcjonujące na podstawie ustawy, ale indywidualnie obciążające pod-

²⁴ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483; z 2001 r., Nr 28, poz. 319; z 2006 r., Nr 200, poz. 1471; z 2009 r., Nr 114, poz. 946), (w:) <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970780483/U/D19970483Lj.pdf>.

²⁵ Zob. M. Wasiński, Prawo międzynarodowe publiczne (wykład 2013/2014) – Część Szósta, s. 74, (w:) http://www.grocjusz.edu.pl/Materials/mw_w_pm_2014-6.pdf (dostęp 6 lipca 2021 r.).

²⁶ Zob. M. Wasiński, Prawo międzynarodowe publiczne (wykład 2013/2014) – Część Piąta, (w:) http://www.grocjusz.edu.pl/Materials/mw_w_pm_2014-5.pdf (dostęp 6 lipca 2021 r.).

miotów wyznaczone, powinno posiadać wyższy poziom aktu prawnego (a nie czynności technicznej). Niemniej czynność ta stanowi swoiste „przetransponowanie czasowe” treści list RB ONZ na potrzeby jak najszybszego stosowania wobec wskazanych tam podmiotów SSO. Może w takim przypadku być rozważane nierespektowanie praw podstawowych (możliwości ochrony, co rozumiałe dotyczą jedynie listy określonej w art. 120 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t., a więc pkt 2 art. 118 ust. 1 nie zaś pkt 1. W konsekwencji przepis art. 118 ust. 1 pkt 1 może pozostać martwym, a alternatywą będzie skierowanie przez instytucję obowiązaną SAR do GIIF (inny tryb) lub szybkie uzupełnienie listy krajowej poprzez wydanie decyzji GIIF na podstawie art. 120 ustawy o p.p.p.f.t.

Umieszczenie zapisu, że instytucje obowiązane stosują szczególne środki ograniczające wobec osób i podmiotów wskazanych na listach ogłaszanych przez Generalnego Inspektora na podstawie rezolucji ONZ może sugerować sytuację, że zastosowanie SSO musi oczekiwać na „ogłoszenie” listy ze strony GIIF²⁷. W wyniku czego może nastąpić sytuacja, gdy rezolucja wejdzie w życie, a „ogłoszenie” ze strony GIIF może nastąpić z opóźnieniem. W konsekwencji instytucje obowiązane będą musiały, przy posiadaniu wiedzy o rezolucji ONZ, poczekać na dokonanie „ogłoszenia” przez GIIF. Rezolucje ONZ nie działają wprost do polskiego ustawodawstwa, jak rozporządzenia UE. W polskim systemie AML/CFT przyjęto wejście w życie tych przepisów poprzez ich ogłoszenie przez GIIF i publikację lub poprzez wprost stosowanie rozporządzenia UE, które będzie odnosiło się do tych rezolucji ONZ. Wydaje się, że GIIF może mieć prawo do „ogłoszenia” jedynie w części listy sankcyjnej wynikających z rezolucji ONZ. Fakt nieogłoszenia listy przez GIIF może wynikać z faktu uprzedniego braku wyrażenia poparcia przez Polskę, jako kraju dla danej rezolucji na forum ONZ lub oczekiwaniu na decyzję ze strony UE (np. połączenia tych sankcji z innymi środkami przeciwdziałania lub wystąpienia wątpliwości co do zaistnienia zagrożenia bezpieczeństwa dla krajów UE). Niemniej jednak, w przypadku gdy obszar podmiotowy list sankcyjnych zostanie przyjęty w rozporządzeniu UE, jego stosowanie będzie wymagane. Inna kwestia wiąże się z sytuacją, gdy GIIF ogłosi stosowanie SSO

²⁷ Zgodnie ze słownikiem Organizacji Narodów Zjednoczonych opracowanym przez J. Rydzkowskiego rezolucja jest uchwałą organów ONZ mającą charakter zaleceń i niemającą obowiązującej mocy prawnej. Ma natomiast duży ciężar moralny i polityczny, mogący doprowadzić do powstania pewnej praktyki, (w:) J. Rydzkowski, Słownik Organizacji Narodów Zjednoczonych, Warszawa 2000, s. 199. Wyjątkiem od tej reguły są rezolucje RB ONZ. Zgodnie z artykułem 25 Karty NZ – członkowie Organizacji Narodów Zjednoczonych zgadzają się przyjmować i wykonywać decyzje Rady Bezpieczeństwa zgodnie z niniejszą Kartą.

wobec podmiotu, który nie zostanie umieszczony na europejskiej liście sankcyjnej. Z dotychczasowej praktyki jednak taki stan rzeczy wydaje się wątpliwym. W przypadku środków wdrażających rezolucje RB ONZ, akty prawne UE będą musiały być zgodne z tymi rezolucjami. Uznaje się jednak, że UE może podjąć decyzję o zastosowaniu surowszych środków. Te jednak będą się mieścić w zakresie sankcji autonomicznych i będą obowiązywały po ich umieszczeniu w rozporządzeniu UE²⁸. Niemniej w przypadku polskiego rozwiązania zgodnie z art. 118 ust. 1 pkt 1 ustawy o p.p.p.f.t. wymagany będzie dodatkowy warunek (formalny) w postaci ogłoszenia listy przez GIIF na podstawie rezolucji RB ONZ. Tym samym GIIF jest zobowiązany do stałego monitorowania zmian na listach załączonych do rezolucji ONZ i ich bieżącej aktualizacji w ogłoszeniach.

Jeżeli chodzi o kwestię uregulowaną w art. 118 ust. 1 pkt 2 to zrozumiałym jest, iż instytucje obowiązane będą stosowały SSO wobec podmiotów umieszczonych na „liście krajowej” od dnia wskazanego w decyzji GIIF, o której mowa w art. 120 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Jak wskazano w ust. 4 decyzja zawiera w szczególności datę wydania, oznaczenie osoby lub podmiotu, wobec których stosuje się szczególne środki ograniczające lub zaprzestaje się ich stosowania, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie oraz uzasadnienie. Wydaje się, że również powinna zawierać datę wejścia w życie, gdy nie będzie posiadała klauzuli „wchodzi w życie z dniem daty decyzji”. Od tej daty także możliwym będzie realizowanie obowiązków przez instytucje obowiązane. Jak można zauważyć w jednym i w drugim przypadku instytucje obowiązane powinny z realizacją swojego obowiązku w zakresie SSO wstrzymać się do „ogłoszenia” bądź daty „wydania” decyzji przez GIIF. Ponadto należy zauważyć, że data podjęcia tych czynności może, ale nie musi być tożsama z datą czynności określonej w art. 118 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. Mimo tego, że ustawodawca stwierdził, iż listy te wraz z ich aktualizacjami są publikowane niezwłocznie w Biuletynie Informacji Publicznej (BIP jako urzędowym publikatorze teleinformatycznym) na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw finansów publicznych. Niezwłocznie – należy zauważyć, że pojęcie to nie posiada określenia ustawowego, ale możliwie posiłkując się wskazaniami doktryny pojęcie to należy rozumieć jako działanie „bez nieuzasadnionej zwłoki”, czyli bez zbędnych czynności, przeszkód, ale z zachowaniem czynności przewidzianych przepisami²⁹. Przy czym te czynności

²⁸ Wytoczne w sprawie sankcji, pkt 3.

²⁹ Zob. Sąd Najwyższy wyrok z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. II CSK 293/06, LEX nr 453147 i z dnia 30 czerwca 2011 r. (sygn. III CSK 282/10, LEX nr 898707) w kwestii „niezwłoczności” w art. 455 k.c.

„przewidziane przepisami” nie mogą iść w kierunku „sztucznego” wydłużenia terminu publikacji. Dla porządku strona BIP powinna być w tym zakresie powierzona do administrowania wyznaczonemu pracownikowi Departamentu Informacji Finansowej (DIF MF), jako komórki odpowiedzialnej za prowadzenie obsługi GIIF, który to działanie powinien mieć wpisane w zakres zadań na stanowisku pracy³⁰, a techniczne przestrzeganie terminów i publikowanie list powinno także znaleźć swoje odzwierciedlenie w wewnętrznym regulaminie organizacyjnym Departamentu określającym zakres zadań poszczególnych komórek organizacyjnych. Mankamentem nie może być, że DIF MF jest jednym z 42 komórek organizacyjnych Ministerstwa Finansów. Mając na względzie istotę publikacji i wielość odbiorców tej informacji, a także natychmiastowe zastosowanie list w czynnościach instytucji obowiązanych, sprawa „niezwłocznej publikacji” powinna być merytorycznie rozstrzygnięta „zawczasu” w kompetencji GIIF.

Odmierna kwestia związana jest z rozporządzeniami UE zawierającymi listy podmiotów objętych SSO i sankcjami. W tym przypadku, jak wiadomo, przepisy te działają wprost do ustawodawstwa krajowego. W związku z tym żadne działanie poprzedzające stosowanie SSO ze strony GIIF nie jest wymagane. Rozporządzenia i decyzje – stają się wiążące automatycznie w całej UE z dniem ich wejścia w życie, a organy krajowe muszą dopilnować, by były one prawidłowo stosowane³¹. Wydaje się, że większą trudnością nie byłoby, a nawet ustaloną prawidłowością na potrzeby utrzymania partnerstwa publiczno-prywatnego, gdyby GIIF za każdym razem zmiany „rozporządzeń sankcyjnych” UE w obszarze przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu publikował komunikat o zaistniałej zmianie na swojej stronie internetowej. W tym natomiast przypadku niezbędnym jest zaczekanie do chwili publikacji rozporządzenia w Dzienniku Urzędowym UE. Od dnia 1 lipca 2013 r. jedynie Dziennik Urzędowy publikowany w formie elektronicznej zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 Rozporządzenia Rady (UE) nr 216/2013 z dnia 7 marca 2013 roku w sprawie elektronicznej publikacji Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej³² jest uznawany za autentyczny i wywołujący skutki prawne. Rozpo-

³⁰ Zob. art. 8 ust 6 ustawy o z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r., poz. 2176).

³¹ Rozporządzenia to akty prawne, które od momentu wejścia w życie mają zastosowanie do wszystkich krajów UE w sposób automatyczny i jednolity, bez konieczności transpozycji na grunt prawa krajowego. Są w pełni wiążące dla wszystkich państw UE, (w:) https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_pl.

³² Rozporządzenie Rady (UE) nr 216/2013 z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie elektronicznej publikacji Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej OJ L 69, 13.3.2013, p. 1–3, (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:32013R0216>.

rzządzenia muszą być opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE i wchodzić w życie z dniem określonym w rozporządzeniu bądź 20 dni po jego ogłoszeniu (jeśli w rozporządzeniu nie określono daty wejścia w życie). W przypadku braku takiej publikacji, jej treść nie obowiązuje.

Mechanizm realizowania SSO pozwala instytucjom obowiązującym na zamrażanie wartości majątkowych oraz nieudostępnianie ich bez uprzedniego informowania osób i podmiotów, umieszczonych na listach sankcyjnych. Ten tryb postępowania jest zrozumiały ze względu na możliwość przedrepresyjnego usunięcia aktywów z instytucji obowiązanej poprzez ich fizyczne wyjęcie lub przesłanie do innej instytucji w kraju lub za granicą, która nie posiada statusu instytucji obowiązanej. W takim przypadku zrealizowane działanie uniemożliwiłoby przeprowadzenie zamrożenia (brak przedmiotu aktywów) i utrudniło zabezpieczenie śladów transakcyjnych świadczących o finansowaniu terroryzmu. Wszelkie dane związane z zamrożeniem wartości majątkowych lub ich nieudostępnieniem są przekazywane niezwłocznie (nie później niż w terminie 2 dni roboczych od dnia dokonania zamrożenia lub nieudostępnienia wartości majątkowych) do GIIF³³. W konsekwencji otrzymania zawiadomienia GIIF może wydać decyzję o zwolnieniu z zamrożenia wartości majątkowych lub o ich udostępnieniu, jeżeli stwierdzi ich zastosowanie wobec osób i podmiotów nieujętych na listach sankcyjnych. Instytucja obowiązana niezwłocznie wdraża postanowienia takiej decyzji po jej otrzymaniu.

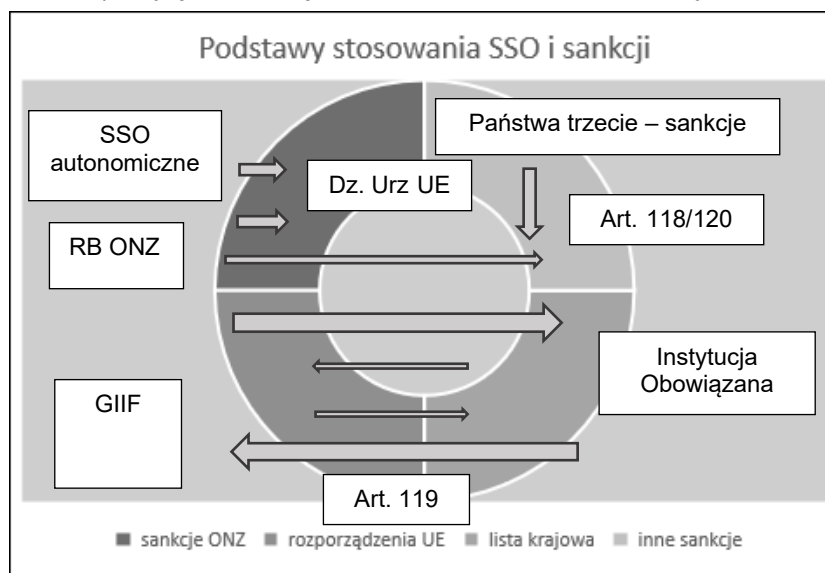
Ponadto należy zauważyć, że pomiędzy przepisami zawartymi w art. 119 ust. 2 a art. 119 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t. widnieje luka proceduralna związana z brakiem określenia, w jakim trybie powinna przebiegać komunikacja pomiędzy instytucją obowiązującą a GIIF w zakresie „niezwłocznego przekazania” do jednostki analityki finansowej faktu zamrożenia lub nieudostępnienia wartości majątkowych przez instytucję obowiązującą. T. Mierzwiński proponuje, aby po stronie instytucji obowiązanej wykonanie obowiązków z art. 119 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. skutkowało przekazaniem formalnego zawiadomienia do GIIF, korzystając z trybu przewidzianego w art. 79, przekazując jednocześnie informacje umożliwiające wykonanie czynności po stronie GIIF³⁴ (np. zwolnienie zamrożonych środków). W tej sytuacji nasuwa się kilka uwag. Po pierwsze, skoro ustawodawca nie wprowadził jakiegoś szczególnego trybu powiadamiającego GIIF o zamrożeniu lub nieudostępnieniu środków, tym samym możliwym jest uznanie, że mógł domniemanie uznać, że dostępne

³³ Komunikat GIIF w sprawie nowych zasad stosowania szczególnych środków ograniczających, s. 2.

³⁴ T. Mierzwiński, s. 311.

w ustawie o p.p.p.f.t. inne tryby pozostają wystarczające do wykonania tej czynności. Gdyby miało być inaczej, prawdopodobnie zostałby wprowadzony odrębny szczegółowy tryb postępowania i przepisy normujące w tym zakresie relacje pomiędzy instrukcją obowiązującą a GIIF. Art. 79 wskazuje na to, iż instytucja obowiązana przekazuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej zawiadomienia (do GIIF – przyp. Autora), o których mowa w art. 74, oraz informacje i dokumenty, o których mowa w art. 76 ustawy o p.p.p.f.t. Interpretując możliwość wykorzystania trybu z art. 79 ustawy o p.p.p.f.t. do przekazania informacji jednostce analityki finansowej o zamrożeniu lub nieudostępnieniu wartości majątkowych uznać należy, że działania poprzedzające podjęcie konkretnych czynności w instytucji obowiązanej będą między innymi stanowiły ustalenie okoliczności, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (art. 74 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.). W szczególności, że okoliczności te mogą być badane także w kontekście art. 43 ust. 2 pkt 10 ppkt c. Ponadto tożsamy jest czasokres przekazywania niezwłocznego informacji/zawiadomienia (art. 74 ust. 2 i art. 119 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t.). W art. 79 mowa jest również o przekazywaniu do GIIF informacji na jego żądanie zgodnie z art. 76 ustawy o p.p.p.f.t. Wydaje się, że również w tym zakresie nie ma podstaw do zastrzegania przekazywania informacji do jednostki analityki finansowej – na jej żądanie – o podjętych działaniach – zamrożenia i nieudostępnienia wartości majątkowych zwłaszcza w odniesieniu do zapisów art. 76 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o p.p.p.f.t. Istotą przepisu art. 119 ustawy o p.p.p.f.t. jest jednak inicjatywa i obowiązek ze strony instytucji obowiązanej, a nie działanie w związku z przesłanym żądaniem przez GIIF. Tak więc art. 76 będzie jedynie pomocnym co do uzyskania od instytucji obowiązanej dodatkowych informacji i dokumentów, po zastosowaniu SSO, gdy wymagają tego potrzeby realizacji zadań przez GIIF. Należy mieć jednak na uwadze dopuszczalną tożsamość merytorycznej podstawy do przekazania informacji o zastosowaniu SSO i w konsekwencji sposób (tryb) jej przekazania. W takim przypadku jedyną podstawą do przekazania informacji może okazać się wyłącznie art. 119 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. Przy tej okazji należy także pamiętać o osobie wyznaczonej do zrealizowania obowiązku współpracy z GIIF. Będzie nim wyznaczony pracownik, który jest również odpowiedzialny za przekazywanie w imieniu instytucji obowiązanej zawiadomień, o których mowa w art. 74 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. (art. 8). W konsekwencji niezbędnym będzie w ramach wewnętrznego podziału obowiązków i wewnętrznej procedury (art. 50) wprost wskazanie tego obowiązku wobec wyznaczonej osoby lub innego

pracownika (np. pracownika zajmującego kierownicze stanowisko). W szczególności, iż obowiązek taki nie jest wprost wyartykułowany w ustawie. Wydaje się jednak, że w przyszłości ustawodawca powinien rozstrzygnąć, czy chce wprowadzić odrębny tryb „przekazywania informacji” (tym samym także ustawowo wskazać osobę odpowiedzialną za przekazywanie informacji, w imieniu instytucji obowiązanej, z art. 119 ustawy o p.p.p.f.t.) w zakresie faktu zamrożenia lub nieudostępnienia wartości majątkowych, czy powołać się w tym zakresie na inne przepisy ustawy. Co w konsekwencji powinien jasno umiejscowić w przepisach art. 119 ustawy o p.p.p.f.t. Niniejsze rozwiązanie powinno także wskazać osobę odpowiedzialną w instytucji obowiązanej za realizację tego obowiązku. W grę będzie wchodziło także doprecyzowanie odpowiedzialności danego pracownika instytucji obowiązanej za niezrealizowanie obowiązku określonego w art. 119 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. W ostateczności może być nią podmiot wskazany w art. 6, 7 czy 9 niniejszej ustawy. Podobnie należałoby uwzględnić jakiego rodzaju informacje powinny być przedmiotem „przekazania” do GIIF w myśl art. 119 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. Aktualnie ustawa tego nie precyzuje. Przedmiotowe rozstrzygnięcie powinno również uwzględnić zakres informacji, o jakim mowa w art. 76 i kompetencje GIIF w zakresie „zwolnienia z zamrożenia wartości majątkowych lub ich udostępnienia” (decyzja, o której mowa w art. 119 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t.).



Rys. 1. Relacje pomiędzy GIIF a instytucją obowiązaną w zakresie stosowania SSO i sankcji. Opracowanie własne.

W kontekście stosowania sankcji, należy także wspomnieć o art. 75 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej³⁵, który ustala generalną regułę, iż jeżeli wymaga tego realizacja celów, o których mowa w artykule 67 Traktatu³⁶, w odniesieniu do zapobiegania terroryzmowi i działalności powiązanej oraz zwalczania tych zjawisk, Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, określają ramy środków administracyjnych dotyczących przepływu kapitału i płatności, takich jak zamrożenie funduszy, aktywów finansowych lub zysków z działalności gospodarczej, które należą do osób fizycznych lub prawnych, grup lub innych podmiotów innych niż państwa, są w ich posiadaniu lub dyspozycji. Przepis ten jest zawarty w rozdziale dotyczącym obszaru wolności, sprawiedliwości i bezpieczeństwa, a tym samym jego zakres nie odnosi się do stosunków zewnętrznych i może stanowić podstawę do przyjęcia rozwiązań, które pozwolą na stosowanie tego środka do podmiotów podejrzanych o związki z terroryzmem, działających na terytorium Unii (*the EU Internals*, terroryści wewnętrzni). W tym zakresie obowiązujący międzynarodowy reżim szczególnych środków wdrażają przepisy ustawy, przez umożliwienie wskazania osób lub podmiotów, przeciwko którym mają być stosowane szczególne środki na liście prowadzonej przez Generalnego Inspektora³⁷. Kwestia dotyczy tzw. „wewnętrznych terrorystów”. Aktualnie stosowany jest wykaz podmiotów wyznaczonych określanymi jako „terrorystów wewnętrznych UE”, którzy podlegają wzmocnionym środkom związanym ze współpracą policyjną i sądową w sprawach karnych. Umieszczani są oni na listach europejskich, a ich wyróżnienie polega na dodaniu „gwiazdki” przy danych identyfikacyjnych³⁸.

Przedmiotem SSO są wartości majątkowe. Ich definicja znajduje się w art. 2 ust. 2 pkt 27 ustawy o p.p.p.f.t. Tym samym poprzez wartości majątkowe należy rozumieć prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, środki płatnicze, instrumenty finansowe w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, inne papiery wartościowe, wartości dewizowe oraz waluty wirtualne. W odróżnieniu od przypadku, zamrożony majątek, narzędzia, środki pieniężne czy inne aktywa pozostają własnością osób o statusie fizycznym lub

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

³⁶ Zakres odnosi się do wspólnej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

³⁷ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy, s. 58.

³⁸ Wspólne stanowisko Rady 2009/468/WPZiB z dnia 15 czerwca 2009 r. aktualizujące wspólne stanowisko 2001/931/WPZiB w sprawie stosowania szczególnych środków zwalczania terroryzmem i uchylające wspólne stanowisko 2009/67/WPZiB.

prawnym, które mają w nich udziały w momencie zamrożenia, i mogą w dalszym ciągu być zarządzane przez osoby trzecie. W zakresie przedmiotowym obowiązkiem zostały objęte wartości majątkowe, bez dotychczasowego wyłączenia rzeczy ruchomych i nieruchomości. Szczególnych środków ograniczających, o których mowa w art. 117 ust. 2 pkt 2, czyli nieudostępnieniu wartości majątkowych bezpośrednio ani pośrednio osobom i podmiotom, ani na ich rzecz – nie stosuje się do: naliczania należnych odsetek od środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach osób lub podmiotów, wobec których stosuje się szczególne środki ograniczające, pod warunkiem że naliczone odsetki podlegają zamrożeniu oraz do dokonywania płatności na rachunki osób lub podmiotów, wobec których stosuje się szczególne środki ograniczające z tytułu zobowiązań wobec tych osób lub podmiotów powstałych przed dniem powstania obowiązku stosowania szczególnych środków ograniczających, pod warunkiem że płatności te dokonywane są na rachunek prowadzony w Unii Europejskiej i podlegają zamrożeniu. Zakres własności wartości majątkowych jest obwarowany zarówno osobowo – musi być powiązany z podmiotami umieszczonymi na listach sankcyjnych i SSO, jak również rzeczowo – aktywa muszą mieścić się w zasobie definicyjnym wskazanym w art. 2 ust. 2 pkt 27 ustawy o p.p.p.f.t. We wspólnym stanowisku Rady UE mowa jest natomiast o zamrażaniu wszystkich środków finansowych i zasobów gospodarczych należących, posiadanych, przetrzymywanych lub kontrolowanych, bezpośrednio lub pośrednio, przez osobę fizyczną lub prawną, podmiot, organ lub grupę, z członkami organizacji ISIL (Daisz) i Al-Kaida, w tym przez osoby trzecie działające w ich imieniu lub pod ich kierunkiem. Odnośnie nieudostępniania środków wskazano, że nie udostępnia się żadnych środków finansowych lub zasobów gospodarczych, bezpośrednio lub pośrednio, osobom fizycznym, grupom, przedsiębiorstw i podmiotom, wymienionym w wykazie sporządzonym zgodnie z rezolucjami RB ONZ 1267 (1999), 1333 (2000) oraz 2253 (2015), lub na ich rzecz³⁹. Tym samym zapisy zawarte w Rozdziale 10 ustawy o p.p.p.f.t. bardziej odnoszą się do zakresu przedmiotu sprawcy czynu z art. 165a k.k. niż do „właściciela” aktywów, które podlegają zamrożeniu. Należy zauważyć, że aktywa podlegające zamrożeniu już są we władaniu beneficjanta terrorystycznego i nie mu-

³⁹ Wspólne Stanowisko Rady z dnia 27 maja 2002 r. dotyczące środków ograniczających przeciwko członkom organizacji ISIL (Daisz) i Al-Kaida oraz innym osobom fizycznym, grupom, przedsiębiorstwom i podmiotom z nimi powiązanym (2002/402/WPZiB), art. 3 ust. 1 i 2, (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A02002E0402-20160316>.

szą być „dostarczane” przez zewnętrznych sprawców. Jak wskazano są to dwa odrębne tryby. Jeden – tryb karny (penalny), który może być zakończony zabezpieczeniem środków i ich konfiskatą w procesie karnym (zgodnie z procedurą Kodeksu postępowania karnego i Kodeksem karnym). Drugi zaś tryb administracyjny, w którym o utrzymywaniu stanu zamrożenia i uwolnieniu środków decyduje GIIF. Wydaje się więc, że zakres przedmiotu czynności powinien być podobny, ale wzajemnie się uzupełniający. W konsekwencji nie w każdym przypadku będzie można udowodnić, iż ustalone określone środki są powiązane ze sprawcą przestępstwa z art. 165a k.k. co umożliwia znacznie szersze ich potraktowanie, gdy sprawca został umieszczony na którejkolwiek liście sankcyjnej. To także może dotyczyć aktywów ujawnionych i stwierdzonych *post factum*, ustalonych po orzeczonej prawomocnie rozprawie karnej. Ponadto w przypadku aktywów sprawcy z art. 165a k.k. prawdopodobnie wystąpi sytuacja, w której w początkowej fazie nie będzie on umieszczony na liście sankcyjnej (np. krajowej) co utrudniać będzie ustalenie wszystkich aktywów, jakimi dysponował i potrzebę przyporządkowania ich przestępczemu procederowi. Szybkie umieszczenie sprawcy na liście sankcyjnej (z uwagą dla realizowanych czynności operacyjno-śledczych) pozwoliłoby na automatyczne zastosowanie mechanizmu zamrożenia nieustalonych z miejsca środków, aby nie trafiły one do beneficjentów terrorystycznych. Obecna definicja „wartości majątkowych” obejmuje możliwość zamrażania środków jako rzeczy ruchomych i nieruchomości. Poprzednia ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁴⁰ nie przewidywała takiego rozwiązania stwierdzając wprost w art. 20d, iż instytucja obowiązana dokonuje zamrożenia wartości majątkowych, z zachowaniem należytej staranności, z wyłączeniem rzeczy ruchomych i nieruchomości. Ponadto GIIF w swoim komunikacie wskazał, że celem stosowania szczególnych środków ograniczających jest przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu, a zatem poza zakresem uregulowania znajdują się te rzeczy ruchome i nieruchomości, które służą wyłącznie na osobiste potrzeby osób lub podmiotów i nie mogą być użyte w celu uzyskania przez nich środków na finansowanie terroryzmu⁴¹. Stanowisko tylko potwierdza szerokie potraktowanie przedmiotu „wartości majątkowych” na rzecz zastosowania wobec nich SSO i sankcji.

⁴⁰ Dz. U. z 2017 r., poz. 1049, z 2018 r., poz. 650, 1075, (w:) <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20001161216/U/D20001216Lj.pdf>.

⁴¹ [file:///C:/Users/HP/Downloads/komunikat_w_sprawie_nowych_zasad_stosowania_sankcji%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/komunikat_w_sprawie_nowych_zasad_stosowania_sankcji%20(7).pdf).

Specific restrictive measures and sanctions as counter-terrorism measures in the context of Polish legislation (part 1)

Abstract

Counter-terrorism sanctions are administrative activities undertaken in parallel (with actions such as confiscation of property provided for in criminal procedure) by obligated institutions and aimed at preventing perpetrators from using assets for terrorist purposes. Referred to also as specific restrictive measures, sanctions are of financial nature and are targeted at entities actively involved in terrorism or terrorism financing. The sanctions consist of asset freezes or prevention of access to funds. Polish legal solutions include the application of sanctions at both international and national level. It is the General Inspector of Financial Information (GIFI) who decides on national sanctions. The Financial Security Committee that provides recommendation to the GIFI as to decisions to be taken also plays an important role. The Committee is an advisory body modelled after advisory bodies operating at the UN Security Council (UN sanctions) or at the Council of the European Union (EU sanctions). Polish legislation also includes the possibility of appealing against freeze-imposing decisions taken by the GIFI, and lifting freezes.

Key words

Special restrictive measures, sanctions, sanction lists, General Inspector of Financial Information (GIFI), terrorism financing, freeze of funds, prevention of access to funds.

Katarzyna Nazar

Aspekty prawne procedur medycznych w zakresie postępowania z komórkami rozdrczymi i zarodkami w kontekście art. 78 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności

Streszczenie

Przedmiotem opracowania są aspekty prawne procedur medycznych w zakresie postępowania z komórkami rozrodczymi i zarodkami, a ściślej obchodzenia się z nimi tzn. „pobierania, stosowania i przechowywania”, według procedur przewidzianych w ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. Nieprawidłowości w tym zakresie mogą implikować odpowiedzialność karną zgodnie z art. 78 ustawy, dlatego przepis ten (analiza jego ustawowych znamion), stanowi punkt wyjścia rozważań podjętych w opracowaniu.

Słowa kluczowe

Procedura, medycznie wspomagana prokreacja, komórka rozrodcza, zarodek, przestępstwo.

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności¹, w sposób kompleksowy reguluje problematykę związaną z medycyną wspomaganego rozrodu, określając w szczególności: obowiązki władz publicznych w zakresie ochrony i promocji zdrowia reprodukcyjnego, warunki dopuszczalności stosowania metod leczenia niepłodności, zasady i administracyjne wymogi funkcjonowania ośrodków medycznie wspomagannej prokreacji, a także banków komórek rozrodczych i zarodków, zasady mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa przy obchodzeniu się z komórkami rozrodczymi i zarodkami w procedurze medycznie wspomaga-

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 442 (dalej u.l.n.).

nej prokreacji oraz przepisy karne, przewidujące sankcje karne w przypadku określonych w nich naruszeń.

Przedmiotem regulacji ustawy są: zasady ochrony zarodka i komórek rozrodczych w odniesieniu do ich zastosowania w biologii i medycynie w związku z leczeniem niepłodności; sposoby leczenia niepłodności, w tym stosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji; zadania władz publicznych w zakresie ochrony i promocji zdrowia rozrodczego; warunki dawstwa, pobierania, przetwarzania, testowania, przechowywania i dystrybucji komórek rozrodczych oraz zarodków przeznaczonych do zastosowania w procedurze wspomaganej prokreacji, a także zasady funkcjonowania ośrodków medycznie wspomaganej prokreacji oraz banków komórek rozrodczych i zarodków (art. 1 u.l.n.).

Rozdział 3 ustawy określa postępowanie z komórkami rozrodczymi i zarodkami w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. Poszczególne przepisy tego rozdziału korespondują z przepisami karnymi, które znalazły się w rozdziale 12 ustawy (Przepisy karne i administracyjne kary pieniężne). Ze względu na wielość zagadnień i złożoność problematyki, niniejsze opracowanie dotyczyć będzie jedynie aspektów prawnych procedur medycznych w zakresie postępowania z komórkami rozrodczymi i zarodkami, a ściślej obchodzenia się z nimi, tzn. „pobierania², stosowania³ i przechowywania⁴”, według procedur przewidzianych w ustawie. Nieprawidłowości w tym zakresie mogą implikować odpowiedzialność karną zgodnie z art. 78 u.l.n.⁵, dlatego przepis ten (jego ustawowe znamiona), będzie punktem wyjścia dalszych rozważań.

Ze względu na to, że art. 78 u.l.n. odsyła do innych przepisów ustawy, konkretyzacja przedmiotu ochrony musi nastąpić w związku z zawartymi tam normami. Chodzi zatem o zgodne z przepisami ustawy postępowanie w zakresie uzyskiwania wymaganej zgody dawców materiału rozrodczego, uszanowania faktu wycofania zgody na zastosowanie pobranego

² „Pobieranie” to czynności, w wyniku których są pozyskiwane komórki rozrodcze (art. 2 ust. 19 u.l.n.).

³ Przez „stosowanie” należy rozumieć „przeniesienie”, o którym mowa w art. 20–22 u.l.n., którego ustawa nie definiuje, ale odnosić je należy do pojęć „dawstwo” art. 2 ust. 7, „dawstwo partnerskie” art. 2 ust. 8 i „dawstwo zarodka” art. 2 ust. 9 u.l.n.

⁴ „Przechowywanie” to utrzymywanie komórek rozrodczych lub zarodków we właściwie kontrolowanych warunkach do chwili ich dystrybucji i zastosowania u ludzi (art. 2 ust. 22 u.l.n.). „Dystrybucja” zaś to czynności związane z przekazywaniem, transportem i dostarczaniem komórek rozrodczych lub zarodków przeznaczonych do zastosowania u ludzi w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji (art. 2 ust. 10 u.l.n.).

⁵ „Kto postępuje z komórkami rozrodczymi lub zarodkami w sposób niezgodny z art. 18, art. 20–22 lub art. 23 ust. 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku”.

od nich materiału rozrodczego czy braku przeciwwskazań medycznych do zastosowania pobranych komórek rozrodczych. Biorąc to pod uwagę, należy stwierdzić, że głównym przedmiotem ochrony wskazanego przepisu jest prawidłowość procedur medycznych (w zakresie prawidłowości postępowania z komórkami rozrodczymi lub zarodkami), ubocznym zaś – wolność człowieka, z której wywodzi się jego prawo do samostanowienia w zakresie poddania się określonym zabiegom, w tym przypadku czynnościom składającym się na procedurę medycznie wspomaganą prokreacji.

Artykuł 78 u.l.n. penalizuje zachowania polegające na naruszeniu przepisów dotyczących postępowania z komórkami rozrodczymi lub zarodkami w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji. Konieczne jest zatem rozpoczęcie rozważań od wyjaśnienia pojęć wskazanych w analizowanym przepisie. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 14 u.l.n. komórką rozrodczą jest ludzka męska komórka rozrodcza (ludzki plemnik) albo ludzka żeńska komórka rozrodcza (ludzka komórka jajowa) przeznaczona do zastosowania w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji. Zarodek natomiast to grupa komórek powstała wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy (art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.). Zgodnie zaś z art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. procedura medycznie wspomaganą prokreacji to czynności prowadzące do uzyskania oraz zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków wewnątrz lub pozaustrojowo u biorczyni w celu prokreacji; obejmuje ona bezpośrednie i inne niż bezpośrednie użycie komórek rozrodczych i zarodków.

Artykuł 78 u.l.n. obejmuje swym zakresem niezgodne z procedurą medycznie wspomaganą prokreacji zastosowanie i przekazywanie pobieranych od dawcy komórek rozrodczych (art. 18 u.l.n.), przenoszenie zarodków do organizmu biorczyni (art. 20–22 u.l.n.) oraz przechowywanie zarodków, które nie zostały zastosowane w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji (art. 23 ust. 1 u.l.n.). Analizowany typ przestępstwa, odsyłając do wskazanych wyżej przepisów zawiera dyspozycję niepełną (zależną). Niektóre z przepisów, do których odsyła art. 78 u.l.n., wprost wyrażają zakazy określonych zachowań poprzez użycie sformułowania „niedopuszczalne jest...” (np. art. 18 ust. 1, art. 21 ust. 1 u.l.n. i art. 22 u.l.n.), a niektóre z nich tylko ogólne warunki dotyczące przekazywania i zastosowania komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji (np. art. 18 ust. 2 i 3 u.l.n.) czy przechowywania zarodków (art. 23 ust. 1 u.l.n.) albo, jak w przypadku art. 20 u.l.n., warunki dopuszczalności przeniesienia zarodków do organizmu

biorczyńni. Należy zauważyć, że niecelowe było chyba wymienienie wśród przepisów, do których odsyła art. 78 u.l.n., całego art. 20 u.l.n., gdyż w ust. 1 określa on przesłanki pozytywne dopuszczalności przeniesienia zarodków (powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, dawstwa innego niż partnerskie oraz zarodków przekazanych do dawstwa zarodka) do organizmu biorczyńni, natomiast w art. 21 ust. 1 i 22 u.l.n. wskazane są przesłanki negatywne takiego przeniesienia. Wydaje się zatem, że racjonalne byłoby ograniczenie wskazanego w art. 78 u.l.n. – art. 20 tylko do ust. 2 i 3, które dotyczą zgody, o której mowa w ust. 1 pkt 1–3 tego przepisu.

W związku z takim ujęciem, dla bytu przestępstwa, w tym art. 20 ust. 2 i 3 u.l.n. oraz w innych przypadkach, kiedy mamy do czynienia z ogólnymi warunkami przekazywania i zastosowania komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, tak jak, np. w art. 18 ust. 2 i 3 u.l.n., czy przechowywania zarodków (art. 23 ust. 1 u.l.n.), konieczne jest wystąpienie zaprzeczenia stanu czy zachowań określonych w tych przepisach. Dodatkową trudność z dookreśleniem ustawowych znamion będą rodzić odesłania jeszcze do innych przepisów, które należy stosować odpowiednio (np. art. 18 ust. 2 odsyła do art. 30 ust. 1 oraz art. 35 u.l.n.; art. 18 ust. 3 do art. 29 ust. 1 lub art. 30 ust. 1 i art. 35 u.l.n.). Tego typu konstrukcja powoduje bardzo duże trudności jeżeli chodzi o określenie zakresu kryminalizacji art. 78 u.l.n., co w konsekwencji będzie implikować problemy w praktycznym stosowaniu tego przepisu.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy dokonać analizy wskazanych w art. 78 u.l.n. przepisów, tak, aby możliwe było stwierdzenie, że ustawowe znamiona stypizowanego tam przestępstwa, zostały zrealizowane.

Przepis art. 18 ust. 1 u.l.n. zawiera wymogi formalne, które muszą zostać spełnione, aby pobrane od dawcy komórki rozrodcze zastosowane zostały zgodnie z procedurą medycznie wspomaganej prokreacji. Zgodnie z tym przepisem „Niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli:

- 1) dawca, w formie pisemnej, wycofał zgodę na zastosowanie pobranych od niego komórek rozrodczych;
- 2) dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł;
- 3) biorczyńni nie wyraziła zgody na zastosowanie u niej komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie;
- 4) istnieją przeciwwskazania medyczne do zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy;

5) w wyniku wcześniejszego zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie urodziło się już dziesięcioro dzieci; ograniczenie to nie dotyczy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego”.

W związku z tym, realizacja ustawowych znamion przestępstwa z art. 78 u.l.n. w zw. z art. 18 ust. 1 u.l.n. będzie polegała na zastosowaniu w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, w przypadkach określonych w pkt 1–5.

Zgodnie zaś z art. 18 ust. 2 u.l.n. „Komórki rozrodcze pobrane od dawcy w celu dawstwa partnerskiego mogą być przekazane i zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w celu dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli dawca, w formie pisemnej wyraził zgodę na takie ich zastosowanie”. W tym przypadku, ustawowe znamiona przestępstwa art. 78 u.l.n. w zw. z art. 18 ust. 2 u.l.n. zostaną zrealizowane, gdy komórki rozrodcze pobrane od dawcy w celu dawstwa partnerskiego zostaną przekazane i zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w celu dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli dawca nie wyraził w formie pisemnej zgody na takie ich zastosowanie. Z kolei przepis art. 18 ust. 3 u.l.n. stanowi, że: „Komórki rozrodcze pobrane od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie mogą być przekazane temu dawcy do zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, jeżeli dawca, w formie pisemnej, wycofał zgodę na ich zastosowanie w celu dawstwa innego niż partnerskie i wyraził, w formie pisemnej, zgodę na ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego”. W związku z tym, że ustawa przewiduje dla dopuszczalności zastosowania tego przepisu łącznego spełnienia dwóch przesłanek (A – wycofania zgody na zastosowanie komórek rozrodczych w celu dawstwa innego niż partnerskie i B – udzielenia zgody na zastosowanie komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego), to naruszenie go będzie wyrażało się w przełamaniu obu tych przesłanek łącznie lub niespełnieniu tylko jednej z nich. A zatem, przestępstwo z art. 78 u.l.n. w zw. z art. 18 ust. 3 u.l.n. może polegać na: 1. zastosowaniu w dawstwie partnerskim komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli nie wycofał on w formie pisemnej zgody na ich zastosowanie w celu dawstwa innego niż partnerskie i nie wyraził (również w formie pisemnej), zgody na ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego (przesłanka A i B); 2. zastosowaniu w dawstwie partnerskim komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli nie wycofał on w formie pisemnej zgody na ich zastosowanie w celu dawstwa innego niż partnerskie (przesłanka A); 3. zastosowaniu w dawstwie

partnerskim komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli nie wyraził, w formie pisemnej zgody na ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego (przesłanka B).

W obu przypadkach (art. 18 ust. 2 i 3 u.l.n.) zasadność zastosowania komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego do dawstwa innego niż partnerskie i odwrotnie, czyli pobranych w celu dawstwa innego niż partnerskie do dawstwa partnerskiego – ocenia lekarz. Poza tym, w obu przypadkach stosuje się odpowiednio przepisy wydane na podstawie art. 35 u.l.n., a ponadto w pierwszym z nich muszą zostać spełnione łącznie warunki, o których mowa w art. 30 ust. 1 u.l.n. (warunki pobierania komórek rozrodczych w celu dawstwa innego niż partnerskie), a w drugim, warunki określone w art. 29 ust. 1 (warunki pobierania komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego), albo art. 30 ust. 1 u.l.n. Należy stwierdzić, że taka technika legislacyjna jest wysoce wadliwa.

Jeżeli chodzi o wymieniony w art. 78 u.l.n. – art. 20 u.l.n. (o czym była wcześniej mowa), w związku z tym, że określa on przesłanki pozytywne przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni, natomiast w art. 21 ust. 1 i art. 22 określone zostały przesłanki negatywne takiego przeniesienia, nie ma potrzeby przedstawiania tych określonych w art. 20 ust. 1 u.l.n., skoro analizie poddane zostaną tylko te, które stanowić będą realizację ustawowych znamion przestępstwa art. 78 u.l.n. w zw. z art. 21 i 22 u.l.n.

Należy jednak zwrócić uwagę na ust. 2 i 3 art. 20 u.l.n. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu (w zw. z art. 78 u.l.n.) zgoda, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1–3 nie może zostać wyrażona po rozpoczęciu procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Natomiast w myśl ust. 3 (w zw. z art. 78 u.l.n.) karalne będzie zachowanie w przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 1 pkt 1, przed każdym ponownym rozpoczęciem procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której mają zostać wykorzystane zarodki (powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego), przekazane do przechowania wskutek braku możliwości ich bezpośredniego użycia.

Przepis art. 21 ust. 1 u.l.n. stanowi, że niedopuszczalne jest przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli:

- 1) biorczyni, w formie pisemnej, wycofała zgodę (oznacza to również brak zgody biorczyni, o której mowa w art. 20 ust. 1 i 2 u.l.n. W punkcie tym nie ma mowy o wycofaniu zgody przez dawcę, gdyż zgodnie z art. 29 ust. 3 u.l.n. wycofanie jego zgody (w dawstwie partnerskim) może nastąpić do momentu rozpoczęcia u biorczyni procedury me-

dycznie wspomaganej prokreacji, w której mają zostać zastosowane komórki rozrodcze, w przypadku zastosowania wewnątrz organizmu biorczyni albo do momentu rozpoczęcia procesu tworzenia z tych komórek rozrodczych zarodka, w przypadku zapłodnienia pozaustrojowego. Identycznie jest w przypadku wycofania zgody przez dawcę w przypadku dawstwa innego niż partnerskie, o czym stanowi art. 30 ust. 3 u.l.n.);

- 2) w przypadku dawstwa partnerskiego dawca komórek rozrodczych nie wyraził zgody na przeniesienie zarodka (przesłanka, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1 u.l.n.);
- 3) w przypadku dawstwa innego niż partnerskie mąż biorczyni nie wyraził zgody na przeniesienie zarodka, a w przypadku, gdy biorczyni pozostaje we wspólnym pożyciu, mężczyzna nie złożył oświadczenia zgodnie z art. 75¹ § 1 k.r.o. (przesłanka, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 2 u.l.n.);
- 4) istnieją przeciwskazania medyczne do przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni (przesłanka, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 u.l.n.).

A zatem realizacja ustawowych znamion przestępstwa z art. 78 u.l.n. w zw. z art. 21 ust. 1 u.l.n. będzie polegała na przeniesieniu do organizmu biorczyni zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie w przypadkach określonych w pkt 1–4, czyli w przypadku: wycofania zgody przez biorczynię; niewyrażenia przez dawcę komórek rozrodczych zgody na przeniesienie zarodka (w przypadku dawstwa partnerskiego); niewyrażenia przez męża biorczyni zgody na przeniesienie zarodka (w przypadku dawstwa innego niż partnerskie), czy braku oświadczenia mężczyzny, gdy pozostaje on z biorczynią we wspólnym pożyciu oraz istnienia przeciwskażeń do przeniesienia zarodka.

Ponadto, zgodnie z ust. 2 art. 21 u.l.n. (w zw. z art. 78 u.l.n.), zabronione jest przeniesienie zarodka, w przypadku braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których zarodek ten powstał, bez zezwolenia sądu opiekuńczego. Natomiast zgodnie z ust. 3 (w zw. z art. 78 u.l.n.) karalne będzie nieprzekazanie do dawstwa zarodka – zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, w przypadku:

- 1) upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat, licząc od dnia, w którym zarodki zo-

stały przekazane do banku komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania, albo

- 2) śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie – śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu.

Kolejny przepis art. 22 u.l.n. stanowi, że niedopuszczalne jest przeniesienie zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka do organizmu biorczyni, jeżeli:

- a) dawcy zarodków, w formie pisemnej, wycofali zgodę na ich przekazanie (przesłanka, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 3 u.l.n.);
- b) biorczyni, w formie pisemnej wycofała zgodę na przeniesienie zarodka; w przypadku gdy biorczyni pozostaje w związku małżeńskim, niedopuszczalne jest przeniesienie zarodka, jeżeli jej mąż nie wyraził zgody na przeniesienie zarodka (warunek, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 7 lit. a u.l.n.);
- c) istnieją przeciwwskazania medyczne do przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni.

W tym przypadku z realizacją ustawowych znamion przestępstwa z art. 78 u.l.n. w zw. z art. 22 u.l.n. będziemy mieli do czynienia, gdy do przeniesienia zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka do organizmu biorczyni dojdzie w przypadkach określonych w pkt 1–3, czyli wycofania przez dawców zgody na przekazanie zarodków; wycofania przez biorczynię zgody na przeniesienie zarodka; istnienia przeciwwskazań medycznych do przeniesienia zarodków.

Zgodnie z ostatnim przepisem wymienionym w art. 78 u.l.n., czyli art. 23 ust. 1 zabronione jest zachowanie polegające na przechowywaniu zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, zdolnych do prawidłowego rozwoju, które nie zostały zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji – w warunkach niezapewniających im należytej ochrony do czasu ich przeniesienia do organizmu biorczyni. Przepis ten dotyczy zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju, które nie zostały zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. A zatem przechowywaniu podlegają zarodki zdolne do prawidłowego rozwoju. Tym samym ustawodawca wprowadza podział zarodków na te, które ową zdolność mają, i te, którym tej zdolności, na podstawie kryteriów określonych w art. 23 ust. 2 u.l.n.⁶, należy odmówić. W związku

⁶ W ust. 2 art. 23 określone zostały warunki, które muszą zostać łącznie spełnione, aby zarodek można było uznać za zdolny do prawidłowego rozwoju. Są to: 1. tempo i sekwencja podziału komórek, stopień rozwoju w odniesieniu do wieku zarodka, budowa

z tym, pojawia się pytanie, czy zarodki niezdolne do prawidłowego rozwoju mogą być przechowywane, czy też przepis tą możliwość wyłącza. Wykładnia językowa przepisu prowadzi do wniosku, że zarodki niezdolne do prawidłowego rozwoju nie będą przechowywane. Świadczy o tym sformułowanie, że „są przechowywane w warunkach zapewniających ich należyłą ochronę do czasu ich przeniesienia do organizmu biorczyni”.

Z treści art. 23 ust. 3 wynika, że niedopuszczalne jest niszczenie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju powstałych w procedurze wspomaganej prokreacji nieprzeniesionych do organizmu biorczyni (zachowanie takie stanowi czyn zabroniony, określony w art. 83 u.l.n.). Z takiego brzmienia przepisu wynika, że w procedurze wspomaganej prokreacji stosuje się jedynie zarodki zdolne do prawidłowego rozwoju, natomiast *a contrario* możliwe jest niszczenie zarodków niezdolnych do prawidłowego rozwoju. To prowadzi do wniosku, że nie wszystkim zarodkom powstałym w procedurze wspomaganej prokreacji przysługuje prawna ochrona do życia. Objęte są nią tylko te zarodki, które ze względu na swoje biologiczne właściwości rokują prawidłowy rozwój, a ocena tych właściwości należy do lekarza.

Choć ustawodawca nie rozstrzyga *expressis verbis* kwestii, co ma stać się z zarodkami, które nie wykazują zdolności do prawidłowego rozwoju, należy przyjąć, że będą one traktowane jak odpady medyczne⁷, a sposób postępowania z nimi określać będą przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach⁸. Odmienny pogląd w tej materii prezentuje M. A. Czajeczka, stwierdzając, że niszczenie zarodków niezdolnych do prawidłowego rozwoju, jak się wydaje, powinno być również obwarowane karą, gdyż art. 157a § 1 k.k. stanowi, że „kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego (...) podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Dzieckiem poczętym jest istota ludzka od chwili poczęcia do momentu osiągnięcia pełnoletności. Chwilą poczęcia jest natomiast połączenie komórki jajowej z plemnikiem⁹. Takie stanowisko, jak się zdaje, jednoznacznie przesądza, iż autorka opowiada się za przyznaniem zarodkom (bez względu na ich zdolność do prawidłowego rozwoju lub jej brak), takiej ochrony, jaką przyznaje się dziecku poczętemu. Wydaje się, że jest to chyba zbyt daleko idący

morfologiczna uprawdopodobniają prawidłowy rozwój; 2. nie stwierdzono u niego wady, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą.

⁷ J. H a b e r k o, Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz, Warszawa 2016, s. 157.

⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 779.

⁹ M. A. C z a j e c k a, Kilka uwag prawnych do ustawy o leczeniu niepłodności, Przegląd Prawa Publicznego 2016, nr 6, s. 31.

pogląd, z uwagi na fakt, że ustawa nie określa statusu prawnego zarodka. Jest to kwestia budząca szereg wątpliwości, a to stwarza trudności z jednoznacznym określeniem przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 83 u.l.n. (niszczenie zarodka zdolnego do prawidłowego rozwoju) i 85 u.l.n. (tworzenie zarodka w celu innym niż procedura medycznie wspomaganej prokreacji)¹⁰.

Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że określenie statusu prawnego zarodka ma fundamentalne znaczenie dla całego systemu prawa. Sąd Najwyższy w opinii o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności stwierdził, że „Z definicją legalną wiąże się szereg skutków prawnych odmiennych od tych, jakie towarzyszą obrotowi i przeszczepowi komórek, tkanek i narządów. System prawa, decydując się na reglamentację prawną, musi wszystkie te skutki przewidzieć i uregulować z uwzględnieniem niesprzeczności i racjonalności systemu prawa. To elementarne stwierdzenie odnosi się w sposób szczególny do sfery ludzkiej eugeniki, w której materiał biologiczny (komórka rozrodcza lub zarodek) pochodzą od osób trzecich”¹¹.

Przestępstwa, o których mowa w art. 78 u.l.n. są przestępstwami formalnymi (bezskutkowymi) z działania. Zabronione jest więc już samo zachowanie się sprawcy, bez względu na to, czy z tego zachowania wynikły jakieś skutki, czy też nie.

Z uwagi na fakt, że wskazane w art. 78 u.l.n. przepisy zostały umieszczone w rozdziale 3 ustawy, który dotyczy postępowania z komórkami rozrodczymi i zarodkami w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, *prima facie* zdaje się, że będą to przestępstwa indywidualne, których podmiotem mogą być jedynie osoby profesjonalnie zajmujące się tą procedurą. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, że także inne osoby (niezajmujące się czynnościami składającymi się na procedurę medycznie wspomaganej prokreacji), a nawet sami dawcy czy biorczyni będą postępować z komórkami rozrodczymi lub zarodkami w sposób niezgodny z art. 18, art. 20–22 lub art. 23 ust. 1 u.l.n. Należy zatem stwierdzić, że są to przestępstwa ogólnosprawcze.

Od strony podmiotowej, występki, o których mowa w art. 78 u.l.n. można popełnić tylko umyślnie, w obu postaciach zamiaru. Błędny jest

¹⁰ Szerzej na ten temat, zob. K. N a z a r, Ustawa o leczeniu niepłodności, (w:) M. M o - z g a w a (red.), *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu*. Komentarz, Warszawa 2017, s. 172–182.

¹¹ Opinia Sądu Najwyższego do rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności, (Druk Sejmu RP VII kadencji nr 3245), Warszawa 2015, s. 3. <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/.../2480/.../3245-002.pdf> (dostęp w dniu 20 czerwca 2021 r.).

pogląd J. Haberko, która twierdzi, że przestępstwa te mogą zostać popełnione nieumyślnie¹². Należy zauważyć, że obowiązuje tu generalna zasada, określona w art. 8 k.k., zgodnie z którą zbrodnię można popełnić tylko umyślnie, natomiast występki także nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi. Ustawodawca natomiast, na gruncie omawianej ustawy w ogóle nie przewiduje odpowiedzialności za nieumyślność. Nie można wykluczyć sytuacji, że określone zachowania będą polegały na niezachowaniu ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, można nawet zaryzykować twierdzenie, że będą one częstsze niż zachowania umyślne, ale pozostaną poza sferą kryminalizacji, gdyż ustawodawca nie kryminalizuje takich zachowań nieumyślnych.

Jeżeli chodzi o zbieg przepisów ustawy, możliwe będzie przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji z art. 192 § 1 k.k., w przypadku, np. art. 18 ust. 1 pkt 3 u.l.n., kiedy biorczyni nie wyraziła zgody na zastosowanie u niej komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie; art. 21 ust. 1 pkt 1 u.l.n., kiedy biorczyni wycofała zgodę na przeniesienie do jej organizmu zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, czy art. 22 pkt 2 u.l.n., kiedy biorczyni wycofała zgodę na przeniesienie do jej organizmu zarodka, przekazanego w celu dawstwa zarodka. W tych przypadkach będziemy mieli do czynienia z rzeczywistym właściwym zbiegiem przepisów ustawy (art. 11 § 2 k.k.).

Karalność przestępstw określonych w art. 78 u.l.n. odzwierciedlona jest w alternatywnie zbudowanej sankcji, pozwalającej na orzeczenie grzywny, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności do roku. Grzywna samoistna, zgodnie z art. 33 § 1 k.k. może wynosić od 10 do 540 stawek dziennych (a wysokość jednej stawki to kwota od 10 do 2000 zł – art. 33 § 3 k.k.). Najniższa kwotowa wartość grzywny orzeczonej za występki z art. 78 u.l.n. może zatem wynieść 100 zł, zaś najwyższa 1 080 000 zł. Sąd może wymierzyć sprawcy karę ograniczenia wolności (od jednego miesiąca do dwóch lat). Jeżeli sąd uzna, że powyższe nieizolacyjne kary (tzn. grzywna lub kara ograniczenia wolności) nie spełnią celów kary, wówczas, zgodnie z art. 58 § 1 k.k. może sięgnąć po karę pozbawienia wolności (od jednego miesiąca do roku). Wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności (orzeczonej w wymiarze do jednego roku) można warunkowo zawiesić. Z uwagi na górne granice kary pozbawienia wolności przewidzianej w art. 78 u.l.n. (nieprzekraczające

¹² J. Haberko, *Ustawa o leczeniu...*, s. 382.

lat 5), możliwe jest warunkowe umorzenie postępowania karnego, stosownie do art. 66 § 1 k.k., oczywiście pod warunkiem spełnienia wszystkich wskazanych tak przesłanek (wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, sprawca nie był karany za przestępstwo umyślne, pozytywna prognoza kryminologiczna). Możliwe jest również odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 59 k.k., z uwagi na fakt, że zagrożenie karą nie przekracza 3 lat pozbawienia wolności, oczywiście pod warunkiem, że społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna. W takim przypadku sąd orzeka środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny (przy założeniu, że cele kary zostaną w ten sposób spełnione).

Jeśli chodzi o środki karne, to w grę może wchodzić: zakaz zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu (art. 41 k.k.), orzeczenie świadczenia pieniężnego (art. 43a § 1 k.k.), podanie wyroku do publicznej wiadomości (art. 43b k.k.), Możliwe jest również orzeczenie przepadku przedmiotów (art. 44 k.k.).

Reasumując, należy stwierdzić, że omawiana ustawa w sposób kompleksowy reguluje problematykę związaną z medycyną wspomaganego rozrodu, co zasługuje na aprobatę. Zawiera ona wiele dobrych rozwiązań, które są potrzebne nie tylko ze względu na konieczność ustawowego uregulowania procedury zapłodnienia *in vitro*, wynikających z podpisania przez Polskę – Konwencji Bioetycznej¹³, ale przede wszystkim zapewnienia ochrony zdrowia rozrodczego oraz stworzenia warunków dla stosowania metod leczenia niepłodności w sposób chroniący prawa osób dotkniętych niepłodnością oraz dzieci urodzonych w wyniku stosowania procedur medycznie wspomaganą prokreacji¹⁴. Z drugiej strony jednak, niektóre rozwiązania ustawy mogą budzić pewne zastrzeżenia i zachodzi potrzeba ich doprecyzowania. W kontekście poczynionych rozważań należy wskazać przede wszystkim na brak określenia w ustawie prawnego statusu zarodka, co, jak wskazano ma fundamentalne znaczenie dla całego systemu prawa¹⁵. Ustawa nie rozstrzyga też kwestii, czy wszystkie

¹³ Konwencja z dnia 4 kwietnia 1997 r. o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp w dniu 20 czerwca 2021 r.).

¹⁴ Uzasadnienie projektu ustawy, s. 1. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/230033/230067/230068/dokument147770.pdf> (dostęp w dniu 20 czerwca 2021 r.).

¹⁵ Zob. M. Gałązka, J. Haberk, (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), System prawa medycznego, Tom 2, Szczególne świadczenia zdrowotne, Warszawa 2018, teza 27, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrqga2damromfrxiltg4ytiobxgm2daltqmfyc4mzygy2dqojrg4> (dostęp w dniu

zapłodnione komórki rozrodcze mają być przeniesione jednocześnie do organizmu kobiety, czy może przeniesienie to ma nastąpić kolejno w określonym czasie. J. Haberko jeszcze przed wejściem w życie omawianej ustawy postulowała wprowadzenie ustawowego ograniczenia dopuszczalności tworzenia zarodków nadliczbowych. Takie rozwiązanie skuteczniej chroniłoby wartość konstytucyjną, czyli ochronę ludzkiego życia, w tym przypadku zdolność do życia zarodka¹⁶. Należy zauważyć, że np. w Szwajcarii, Niemczech i Włoszech dopuszcza się utworzenie maksymalnie trzech embrionów w jednym cyklu, argumentując to potrzebą ochrony życia tych embrionów, które mogą w ogóle nie uzyskać szansy implantacji w organizmie kobiety z różnych powodów (rozpadu związku, wycofania zgody przez jednego z partnerów, itp.) oraz tym, że liczba trzech embrionów jest zasadniczo największą liczbą, którą można bezpiecznie transferować w jednym cyklu procedury zapłodnienia pozaustrojowego do organizmu kobiety¹⁷. Wydaje się, że skoro optymalne z punktu widzenia kobiety, potencjalnej ciąży i dzieci (które w efekcie takiego zabiegu się rodzą) jest wprowadzenie do organizmu kobiety jednego, dwóch a maksymalnie trzech embrionów, to należałoby ograniczyć ich tworzenie w warunkach pozaustrojowych tylko do tej liczby, która konieczna jest do spowodowania ciąży¹⁸. Należy zauważyć, że projekt ustawy w obronie życia i zdrowia nienarodzonych dzieci poczętych *in vitro*, o zmianie ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności, ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny oraz ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹⁹, zakładał zmianę obo-

2 lipca 2021 r.). Na temat statusu ludzkiego zarodka szerzej W. Galewicz, Status ludzkiego zarodka a etyka badań biomedycznych, Kraków 2013, s. 314.

¹⁶ J. Haberko, Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej, Przegląd Sądowy 2008, nr 10, s. 31.

¹⁷ Zob. szerzej J. Lipski, Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności, Opinia sporządzona 5 maja 2015 r. na zlecenie przewodniczącego Komisji Zdrowia (druk 3245/VII kad.), Zeszyty Prawnicze 2015, nr 4, s. 138–139 oraz A. Tymieńska, Włoskie ustawodawstwo dotyczące reprodukcji wspomaganiej: między prawem pisanym a jurysprudencją, Prawo i Medycyna 2018, nr 1 (70, vol. 20), s. 32–36.

¹⁸ Takie rozwiązanie przewiduje regulacja austriacka. Prawo zezwala tam na tworzenie tylko takiej liczby embrionów, jaka jest niezbędna z punktu widzenia medycznego do spowodowania ciąży. Zob. Przepisy prawne dotyczące zapłodnienia pozaustrojowego obowiązujące w wybranych krajach, Biuro Analiz i Dokumentacji, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, Opracowania Tematyczne OT-634, Kancelaria Senatu Czerwiec 2015, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/129/plik/ot-634_do_internetu_2.pdf (dostęp w dniu 20 czerwca 2021 r.).

¹⁹ Druk nr 525, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=525> (dostęp w dniu 20 czerwca 2021 r.).

wiązującego przepisu art. 9 ust. 2 u.l.n., poprzez ograniczenie liczby zapładnianych żeńskich komórek rozrodczych. Przepis ten miał otrzymać brzmienie: „W przypadku zapłodnienia pozaustrojowego nie można dokonać zapłodnienia więcej niż jednej żeńskiej komórki rozrodczej”. Wskazany projekt został jednak wycofany. Aktualnie więc (zgodnie z art. 9 ust. 2 u.l.n.) dopuszcza się zapłodnienie sześciu żeńskich komórek rozrodczych, a zatem może dojść do powstania sześciu zarodków. Biorąc pod uwagę, że najkorzystniejsze jest wykorzystanie w jednym cyklu zapłodnienia pozaustrojowego maksymalnie trzech z nich, oznacza to, że pozostałe trzy należy przechowywać do czasu kolejnego ich zastosowania (czyli przeniesienia do organizmu kobiety, oczywiście pod warunkiem, że są to zarodki zdolne do prawidłowego rozwoju)²⁰.

Ponadto, ustawa nie określa okresu zastosowania zarodków, które nie zostały wykorzystane w jednym cyklu. Zgodnie z art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n. mogą być one przechowywane maksymalnie przez 20 lat, a jeśli w tym czasie nie zostaną wykorzystane trafiają do dawstwa zarodka²¹. Zakłada się, że zamrożone zarodki nie mogą być przechowywane w nieskończoność, gdyż po pewnym czasie – przyjmuje się często, że po pięciu latach – doznają nieodwracalnych zmian i tracą zdolność dalszego rozwoju²². Jak pisze M. Gałązka zamrożenie zarodka nie tylko sztucznie wstrzymuje jego rozwój i naraża na wysokie niebezpieczeństwo śmierci, ale też jest rozwiązaniem tymczasowym, które nie gwarantuje możliwości dalszego jego rozwoju w koniecznym do tego środowisku²³. W innych państwach na ogół przyjmuje się właśnie 5-letni okres do wykorzystania embrionu²⁴.

²⁰ Por. M. Gałązka, J. Haberk, (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), System prawa medycznego, Tom 2, Szczególne świadczenia zdrowotne, Warszawa 2018, teza 37–38, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrqga2damromfrxiltg4ytiobxgm2daltqmfyc4mzygy2dqojrg4> (dostęp w dniu 2 lipca 2021 r.).

²¹ Na temat przechowywania zarodków, zob. szerzej A. Woźniak, Kontraktowe aspekty zabiegu zapłodnienia pozaustrojowego. Przechowywanie zarodków – ocena warunków umów, *Prawo i Medycyna* 2017, nr 4 (69, vol. 19), s. 66–83.

²² W. Galewicz, Etyczne dyskusje wokół prokreacji, (w:) W. Galewicz (red.), *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyczna*, Tom 2, Kraków 2010, s. 59.

²³ M. Gałązka, Polskie prawo wobec zapłodnienia *in vitro* – dyskusja wciąż otwarta, *Forum Prawnicze* 2016, nr 3 (35), s. 39–40.

²⁴ Tak jest, np. w Chorwacji, Danii, Francji, Grecji, Izraelu, Norwegii, Szwecji, Węgrzech. Zob. Przepisy prawne dotyczące zapłodnienia pozaustrojowego obowiązujące w wybranych krajach, Biuro analiz i dokumentacji, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, *Opracowania Tematyczne OT-634*, Kancelaria Senatu, Czerwiec 2015, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/129/plik/ot-634_do_internetu_2.pdf (dostęp w dniu 20 czerwca 2021 r.).

Po tym czasie powinny one zostać zniszczone bowiem nieznane jest ryzyko dla przyszłego dziecka wieloletniego stanu „zamrożenia” embrionu²⁵. Przyjęcie zatem w ustawie tak długiego okresu przechowywania wydaje się niewłaściwe. Jeżeli z dotychczasowych doświadczeń wynika, że optymalny okres na wykorzystanie zarodka to pięć lat – zarodki – które były przechowywane dłużej (ponad 5 lat) mogą nie nadawać się już do ich zastosowania, a tym bardziej mogą nie nadawać się te, które po 20 latach miałyby zostać zastosowane w dawstwie zarodka. Inną, sporną kwestią jest to, czy i jak zapłodnienie pozaustrojowe może wpłynąć na stan zdrowia i zdolność przeżycia tak poczętego człowieka²⁶.

Bibliografia

1. Czajęcka M. A., Kilka uwag prawnych do ustawy o leczeniu niepłodności, *Przegląd Prawa Publicznego* 2016, nr 6.
2. Galewicz W., Etyczne dyskusje wokół prokreacji, (w:) W. Galewicz (red.), *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyczna*, Tom 2, Kraków 2010.
3. Galewicz W., *Status ludzkiego zarodka a etyka badań biomedycznych*, Kraków 2013.
4. Gałązka M., Haberko J., (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *System prawa medycznego*, Tom 2, Szczególne świadczenia zdrowotne, Warszawa 2018.
5. Gałązka M., Polskie prawo wobec zapłodnienia *in vitro* – dyskusja wciąż otwarta, *Forum Prawnicze* 2016, nr 3 (35).
6. Haberko J., Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej, *Przegląd Sądowy* 2008, nr 10.
7. Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016.
8. Lipski J., Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności, Opinia sporządzona 5 maja 2015 r. na zlecenie przewodniczącego Komisji Zdrowia (druk 3245/VII kad.), *Zeszyty Prawnicze* 2015, nr 4.
9. Nazar K., *Ustawa o leczeniu niepłodności*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, Warszawa 2017.
10. Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2010.

²⁵ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 297.

²⁶ Szerzej na ten temat zob. M. Gałązka, *Polskie prawo...*, s. 40–41.

11. Tymińska A., Włoskie ustawodawstwo dotyczące reprodukcji wspomaganą: między prawem pisanym a jurysprudencją, *Prawo i Medycyna* 2018, nr 1 (70, vol. 20).
12. Woźniak A., Kontraktowe aspekty zabiegu zapłodnienia pozaustrojowego. Przechowywanie zarodków – ocena warunków umów, *Prawo i Medycyna* 2017, nr 4 (69, vol. 19).

Legal aspects of medical procedures for handling reproductive cells and embryos in the context of Article 78 of the Infertility Treatment Act of 25 June 2015

Abstract

This paper explores legal aspects of medical procedures for handling reproductive cells and embryos, or more specifically, for “collecting, using and storing” thereof as prescribed in the Infertility Treatment Act of 25 June 2015. Any irregularities in the area concerned may imply criminal liability under Article 78 of the Act, so it is Article 78 (or analysis of statutory criteria) which is taken as a starting point for further considerations offered in this paper.

Key words

Procedure, medically assisted procreation, reproductive cell, offence.

Piotr Poniatowski¹

Niedopuszczalne lub nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych – aspekty prawnokarne

Streszczenie

Opracowanie dotyczy przestępstwa stypizowanego w art. 107 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, które polega na przetwarzaniu danych osobowych, choć jest to niedopuszczalne albo dokonywane przez osobę do tego nieuprawnioną. W ramach wprowadzenia do głównej części artykułu opisano krótko źródła ochrony danych osobowych, wskazano, jakie typy przestępstw były określone w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, a także odniesiono się do uzasadnienia projektu ustawy z 2018 r. w zakresie dotyczącym przepisów karnych. Następnie dokonano analizy ustawowych znamion wskazanego typu czynu zabronionego, najwięcej miejsca poświęcając złożonym zagadnieniom strony przedmiotowej. Odniesiono się też do problematyki zbiegu przepisów, środków reakcji karnej, które mogą być stosowane wobec sprawców omawianego przestępstwa oraz trybu jego ścigania. Autor wyraził wątpliwość odnośnie do prawidłowości konstrukcji art. 107 ustawy o ochronie danych osobowych z 2018 r.

Słowa kluczowe

Dane osobowe, niedopuszczalne lub nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych, RODO, ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych.

¹ Piotr Poniatowski, doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji UMCS w Lublinie, ORCID: 0000-0001-9712-0663.

1. Uwagi wprowadzające

Prawo do ochrony danych osobowych jest zagwarantowane zarówno przez prawo polskie, jak i regulacje międzynarodowe. W myśl art. 47 Konstytucji RP² każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego³. Uszczegółowienie tego przepisu znajdujemy w art. 51 Konstytucji RP, który gwarantuje ochronę informacji o osobie⁴. Prawo do poszanowania życia prywatnego, w tym prawo do ochrony danych osobowych jest przewidziane również w art. 7⁵ i 8⁶ Karty praw podstawowych Unii Europejskiej⁷ oraz art. 16 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁸. Prawo do ochrony danych osobowych jest zagwarantowane także w regulacjach Rady Europy, a mianowicie w Konwencji Nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych oso-

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

³ Na temat relacji prawa do prywatności i prawa do ochrony danych osobowych zob. szerzej P. Sobczyk, *Ochrona danych osobowych jako element prawa do prywatności*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2009, nr 1, s. 299–317.

⁴ Zgodnie z tym artykułem: „1. Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. 2. Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. 3. Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Ograniczenie tego prawa może określić ustawa. 4. Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. 5. Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa”.

⁵ „Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”.

⁶ „1. Każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą. 2. Dane te muszą być przetwarzane rzetelnie w określonych celach i za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą. Każdy ma prawo dostępu do zebranych danych, które go dotyczą, i prawo do dokonania ich sprostowania. 3. Przestrzeganie tych zasad podlega kontroli niezależnego organu”.

⁷ Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 391.

⁸ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 47. Artykuł ten ma następujące brzmienie: „1. Każda osoba ma prawo do ochrony danych osobowych jej dotyczących. 2. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, określają zasady dotyczące ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez Państwa Członkowskie w wykonywaniu działań wchodzących w zakres zastosowania prawa Unii, a także zasady dotyczące swobodnego przepływu takich danych. Przestrzeganie tych zasad podlega kontroli niezależnych organów”.

bowych z dnia 28 stycznia 1981 r.⁹, a także w art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.¹⁰

Podstawowym aktem prawa Unii Europejskiej, który ustanawia przepisy o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz przepisy o swobodnym przepływie danych osobowych jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)¹¹. Ponadto przepisy o ochronie danych osobowych zawarte są w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłającej decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW¹².

Bardzo ważnym źródłem prawa krajowego w zakresie ochrony danych osobowych jest ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych¹³, która określa m.in. organ właściwy w sprawie ochrony danych osobowych; postępowanie w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych; kontrolę przestrzegania przepisów o ochronie da-

⁹ Dz. U. z 2003 r., Nr 3, poz. 25. Zgodnie z art. 1 tej konwencji jej celem jest zapewnienie każdej osobie fizycznej, bez względu na narodowość lub miejsce zamieszkania, poszanowania jej praw i podstawowych wolności na terytorium każdej ze stron konwencji, a w szczególności jej prawa do prywatności w związku z automatycznym przetwarzaniem dotyczących jej danych osobowych.

¹⁰ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm. Artykuł ten stanowi, że: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”. Zob. L. Garlicki, (w:) L. Garlicki (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. I, Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010, komentarz do art. 8, numery brzegowe 45–51, a także Podręcznik europejskiego prawa o ochronie danych, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2020, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_pl.pdf (dostęp: 12 lipca 2021 r.), s. 26–27, 41–47.

¹¹ Dz. Urz. UE L 119 z dnia 4 maja 2016 r., s. 1 ze sprostowaniami; dalej jako: RODO.

¹² Dz. Urz. UE L 119 z dnia 4 maja 2016 r., s. 89 ze sprostowaniem.

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1781; dalej jako u.o.d.o.

nych osobowych; odpowiedzialność cywilną za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych i postępowanie przed sądem, a także odpowiedzialność karną i administracyjne kary pieniężne za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych (art. 1 ust. 2 u.o.d.o.). Należy też wskazać na regulacje ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości¹⁴, która dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia wspomnianej wyżej dyrektywy 2016/680 i określa: 1) zasady i warunki ochrony danych osobowych przetwarzanych przez właściwe organy w celu rozpoznawania, zapobiegania, wykrywania i zwalczania czynów zabronionych, w tym zagrożeń dla bezpieczeństwa i porządku publicznego, a także wykonywania tymczasowego aresztowania, kar, kar porządkowych i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności; 2) prawa osób, których dane osobowe są przetwarzane przez właściwe organy w celach, o których mowa w pkt 1, oraz środki ochrony prawnej przysługujące tym osobom; 3) sposób prowadzenia nadzoru nad ochroną danych osobowych przetwarzanych przez właściwe organy w celach, o których mowa w pkt 1, z wyłączeniem danych osobowych przetwarzanych przez prokuraturę i sądy; 4) zadania organu nadzorczego oraz formy i sposób ich wykonania; 5) obowiązki administratora i podmiotu przetwarzającego oraz inspektora ochrony danych i tryb jego wyznaczania; 6) sposób zabezpieczenia danych osobowych; 7) tryb współpracy z organami nadzorczymi w innych państwach Unii Europejskiej; 8) odpowiedzialność karną za naruszenie przepisów tejże ustawy (art. 1 u.o.d.o.z.z.p.).

Naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych może pociągać odpowiedzialność różnego rodzaju: administracyjną (w szczególności polegającą na konieczności poddania się administracyjnej karze pieniężnej)¹⁵, cywilną¹⁶, karną, a także – w pewnych sytuacjach – dyscyplinarną¹⁷.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie ustawowych znamion przestępstwa z art. 107 u.o.d.o., a także innych kwestii związanych z tym

¹⁴ Dz. U. z 2019 r., poz. 125; dalej jako: u.o.d.o.z.z.p.

¹⁵ Zob. w szczególności art. 58, 77 i 83 RODO, a także art. 101–106 u.o.d.o. oraz art. 50 u.o.d.o.z.z.p.

¹⁶ Zob. w szczególności art. 79 i 82 RODO, a także art. 92–100 u.o.d.o. oraz art. 53 u.o.d.o.z.z.p.

¹⁷ Chodzi tutaj o osoby wykonujące zawody, w ramach których taka odpowiedzialność jest przewidziana, np. o adwokatów czy radców prawnych. Zob. P. Poniałowski, *Ochrona danych osobowych przetwarzanych przez adwokatów*, *Studia Iuridica Lublensia* 2017, nr 2, s. 106.

przestępstwem (zbiegu przepisów, środków reakcji karnej). Ograniczenie rozważań o przepisach karnych dotyczących naruszeń w zakresie ochrony danych osobowych do wskazanej regulacji uzasadnione jest szerokim wachlarzem stanów faktycznych, które mogą pod nią podpadać, a także wymogami w zakresie obszerności tekstu. Typy czynów zabronionych określone w art. 108 u.o.d.o. odnoszą się do zupełnie innej klasy zachowań niż opisane w art. 107 u.o.d.o. Z kolei art. 54 u.o.d.o.z.z.p., chociaż przewiduje karę za niedopuszczalne lub nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych, to umieszczony jest w akcie prawnym zbudowanym na odmiennej filozofii od RODO i u.o.d.o., a więc generuje częściowo odmienne wątki niż art. 107 u.o.d.o., które należałoby omówić. Biorąc pod uwagę ograniczenia długości tekstu niecelowe byłoby omawianie wszystkich tych typów przestępstw w jednym opracowaniu.

W porównaniu do przepisów karnych zawartych w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁸ zauważalne jest ograniczenie liczby tego rodzaju przepisów odnoszących się konkretnie do kwestii przestrzegania regulacji o ochronie danych osobowych. W ustawie z 1997 r. (w ostatnim jej brzmieniu¹⁹) określono sześć typów przestępstw: niedopuszczalne i nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych tzw. zwykłych albo wrażliwych (art. 49); umyślne albo nieumyślne udostępnianie danych osobowych lub umożliwianie dostępu do nich osobom nieupoważnionym (art. 51); umyślne albo nieumyślne naruszenie obowiązku zabezpieczenia danych osobowych przed zabraniami przez osobę nieuprawnioną, uszkodzeniem lub zniszczeniem (art. 52); niezgłoszenie zbioru danych do rejestracji (art. 53); niedopełnienie obowiązku poinformowania osoby, której dane dotyczą, o jej prawach lub przekazania tej osobie informacji umożliwiających korzystanie z praw przyznanych jej w tejże ustawie (art. 54), a także udaremnianie lub utrudnianie inspektorowi wykonania czynności kontrolnej (art. 54a). Przyczyny redukcji regulacji prawnokarnych zostały wskazane w uzasadnieniu projektu nowej ustawy o ochronie danych osobowych, gdzie podniesiono, że: „Generalnym celem projektodawcy było nierozbudowywanie przepisów karnych i ich ograniczenie do niezbędnych z punktu widzenia systemu ochrony danych osobowych. Wprowadzone do projektu regulacje nie są więc kopią obecnych rozwiązań. Obo-

¹⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 922, ze zm.

¹⁹ Do dnia 7 marca 2011 r. obowiązywał art. 50 tej ustawy, który przewidywał karę za przechowywanie w zbiorze danych osobowych niezgodnie z celem utworzenia zbioru; został on uchylony ustawą z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o ochronie danych osobowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 229, poz. 1497).

wiążące dziś przepisy wskazują wiele czynów zabronionych, ale jednocześnie zbyt ogólnie opisują znamiona poszczególnych z nich. W konsekwencji prokuratorzy i sądy niechętnie sięgają do tych regulacji, co z kolei przekłada się na niewielką liczbę prowadzonych postępowań. Odpowiedzialność karna ma być jednak wyjątkiem przewidzianym wyłącznie dla najcięższych naruszeń przepisów. Będzie stanowiła uzupełnienie dla szeroko uregulowanej odpowiedzialności administracyjnej i cywilnej, a nie główną oś gwarancji przestrzegania przepisów, jak obecnie. Przyjęto więc, iż podstawowymi »sankcjami« za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych są nakładane na administratora lub podmiot przetwarzający obowiązki wynikające z prawa administracyjnego oraz administracyjne kary pieniężne. Tym niemniej dla zapewnienia skuteczności systemu ochrony danych osobowych przewidziano sankcję karną za udaremnianie lub utrudnianie kontrolującemu prowadzenia kontroli przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych. (...) Przepisy penalizują również przetwarzanie zwykłych i szczególnych kategorii danych (z art. 9 Rozporządzenia) bez podstawy prawnej²⁰. Ustawodawca położył inaczej akcenty związane z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, co miało związek z wprowadzeniem przez RO-DO możliwości nakładania kar pieniężnych na drodze administracyjnej. W kontekście zacytowanego wyżej stwierdzenia, że „prokuratorzy i sądy niechętnie sięgają do tych regulacji, co z kolei przekłada się na niewielką liczbę prowadzonych postępowań” warto odnieść się do statystyk policyjnych oraz sądowych dotyczących przestępstw określonych w poprzednio obowiązującej ustawie. W latach 1999–2018 wszczęto łącznie 6885 postępowań w sprawach o czyny z art. 49–54 ustawy z 1997 r., stwierdzono 11381 przestępstw, natomiast wykryto 10268 przestępstw²¹. Nie są to wcale niewielkie liczby. Bardzo interesujące jest to, że we wskazanym okresie doszło łącznie tylko do 320 prawomocnych skazań za wszystkie przestępstwa stypizowane w ustawie z 1997 r., w tym do 43 skazań za czyn zabroniony z art. 49 ust. 1 oraz 7 skazań za czyn zabroniony z art. 49 ust. 2 (czyny te są obecnie opisane w art. 107 u.o.d.o. i art. 54

²⁰ Sejm RP VIII kadencji, druk nr 2410, s. 47–48 uzasadnienia projektu (<https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/8CCAC91A3C6BBF62C125826C0033588C/%24File/2410.pdf>; dostęp: 12 lipca 2021 r.).

²¹ Obliczenia własne na podstawie statystyk Policji zawartych w: Postępowania wszczęte, przestępstwa stwierdzone, wykryte oraz wskaźnik wykrycia (1999–2020) (<https://statystyka.policja.pl/download/20/364183/ochrona-danych-osobowych-1999-2020.xlsx>; dostęp: 12 lipca 2021 r.).

u.o.d.o.z.z.p.)²². Powstaje pytanie, skąd wzięła się taka rozbieżność (łączna liczba prawomocnych skazań stanowiła tylko 3% łącznej liczby przestępstw wykrytych). Uzyskanie odpowiedzi na to pytanie wymagałoby przeprowadzenia badań aktowych, dlatego też można tylko domyślać się, że zauważona dysproporcja wynikała z trudności dowodowych (brak możliwości udowodnienia winy – w sensie procesowym – w postępowaniu przed sądem) bądź z faktu umarzania lub warunkowego umarzania przez sądy postępowań karnych w tych sprawach. Nie wiadomo, czy taki stan rzeczy wynikał z wadliwości przepisów typizujących przestępstwa, czy z nieprawidłowości w działaniach organów ścigania, czy z pobłażliwości sądów, czy też może z innych powodów. Należy jednak uznać, że taka praktyka stosowania regulacji prawnokarnych jest niepożądana.

Warto dodać, że wskazówki odnośnie do konstruowania sankcji karnych w prawie krajowym zawarto w samym RODO. W myśl art. 84 ust. 1 zd. 2 tego aktu prawnego sankcje inne niż tam określone (a więc i karne) muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszaające. W motywie 149 preambuły RODO podkreślono ponadto, że nałożenie sankcji karnych oraz nałożenie sankcji administracyjnych nie powinno prowadzić do naruszenia zasady *ne bis in idem*, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości.

2. Analiza art. 107 u.o.d.o.

W art. 107 u.o.d.o. określono typ podstawowy (ust. 1) i kwalifikowany (ust. 2) przestępstwa niedopuszczalnego lub nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych. Typy te różnią się rodzajem danych osobowych, które są przetwarzane. W pierwszym przypadku chodzi o tzw. dane zwykłe, a w drugim – tzw. dane wrażliwe.

Należy pamiętać o tym, że zgodnie z art. 1 ust. 1 u.o.d.o. ustawę tę stosuje się do ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych w zakresie określonym w art. 2 i art. 3 RODO. W związku z tym kwestia odpowiedzialności karnej osoby przetwarzającej dane osobowe jest uzależniona od stwierdzenia, że w danym przypadku zostały spełnione przesłanki pozytywne i nie zaistniały przesłanki negatywne materialnego i terytorialnego zakresu stosowania RODO²³. Pogląd od-

²² Obliczenia własne na podstawie statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości zawartych w: Prawomocne skazania osób dorosłych w latach 1946–2018, Warszawa 2020 (<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/publikacje/download,2779,8.html>; dostęp: 12 lipca 2021 r.).

²³ Analogiczny pogląd wyraził na gruncie art. 49 ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r. A. Drozd, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism

mienny, wyrażony w piśmiennictwie, nie zasługuje z akceptacją, ponieważ stoi w sprzeczności z treścią art. 1 ust. 1 u.o.d.o.²⁴ Jak trafnie podnosi się w doktrynie, opis czynu karalnego nie może być rekonstruowany w sposób, który określałby szersze granice karalności, niż to wynika z zakazu rekonstruowanego z przepisu pozakarnoprawnego, stanowiącego podstawę rekonstrukcji normy sankcjonowanej (zakres karalności nie może być szerszy od zakresu bezprawności)²⁵.

Dla porządku należy dodać, że w odniesieniu do omawianego typu przestępstwa znajdują zastosowanie przepisy części ogólnej Kodeksu karnego²⁶ (zgodnie z art. 116 k.k.).

i przepisy, Warszawa 2008, komentarz do art. 49. RODO ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w sposób całkowicie lub częściowo zautomatyzowany oraz do przetwarzania w sposób inny niż zautomatyzowany danych osobowych stanowiących część zbioru danych lub mających stanowić część zbioru danych (art. 2 ust. 1 RODO). RODO ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora lub podmiotu przetwarzającego w Unii, niezależnie od tego, czy przetwarzanie odbywa się w Unii, a także do przetwarzania danych osobowych osób, których dane dotyczą, przebywających w Unii przez administratora lub podmiot przetwarzający niemających jednostek organizacyjnych w Unii, jeżeli czynności przetwarzania wiążą się z: a) oferowaniem towarów lub usług takim osobom, których dane dotyczą, w Unii – niezależnie od tego, czy wymaga się od tych osób zapłaty; lub b) monitorowaniem ich zachowania, o ile do zachowania tego dochodzi w Unii, oraz do przetwarzania danych osobowych przez administratora niemającego jednostki organizacyjnej w Unii, ale posiadającego jednostkę organizacyjną w miejscu, w którym na mocy prawa międzynarodowego publicznego ma zastosowanie prawo państwa członkowskiego (art. 3 RODO). Z kolei RODO nie ma zastosowania do przetwarzania danych osobowych: a) w ramach działalności nieobjętej zakresem prawa Unii; b) przez państwa członkowskie w ramach wykonywania działań wchodzących w zakres tytułu V rozdział 2 TUE; c) przez osobę fizyczną w ramach czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze; d) przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych lub wykonywania kar, w tym ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom, a także do przetwarzania danych osobowych przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii (art. 2 ust. 2 i 3 RODO).

²⁴ Zob. M. Gawroński, K. Kłoc, Odpowiedzialność karna w świetle polskiej ustawy o ochronie danych osobowych, LEX/el. 2018, gdzie wskazano, że przestępstwa niedopuszczalnego lub nieuprawnionego przetwarzania danych można dokonać bez względu na to, czy do przetwarzania danych stosuje się RODO czy też nie; RODO nie ma zastosowania do każdego przetwarzania danych osobowych; przetwarzanie danych osobowych, do którego RODO nie ma zastosowania, nadal pozostaje przetwarzaniem danych osobowych.

²⁵ A. ZoII, (w:) W. Wróbel, A. ZoII (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 40.

²⁶ Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444, ze zm.; dalej jako: k.k.

2.1. Problem dobra chronionego

Wartością, która jest chroniona na gruncie art. 107 u.o.d.o. jest zgodne z prawem przetwarzanie danych osobowych przez osoby uprawnione (indywidualny przedmiot ochrony). Wiąże się to ściśle z ochroną prawa do prywatności²⁷. Rodzajowym przedmiotem ochrony, wspólnym dla wszystkich typów przestępstw określonych w u.o.d.o., jest przestrzeganie przepisów dotyczących ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych. Jak wyżej wspomniano, wartości te mają swoje umocowanie w zarówno w aktach prawnych polskich (włącznie z najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej – Konstytucją RP), jak i w regulacjach unijnych i międzynarodowych. Na nałożenie sankcji karnych za naruszenia niektórych przepisów odnoszących się do ochrony danych osobowych należy patrzeć nie tylko z perspektywy konkretnego człowieka, którego dane osobowe są przetwarzane w określonej sytuacji. Taki ruch ustawodawczy trzeba też rozpatrywać z punktu widzenia wszystkich osób fizycznych, których dane osobowe mogą być potencjalnie przetwarzane, a ogólniej – z punktu widzenia całego społeczeństwa. Warto w tym kontekście przytoczyć motywy preambuły RODO, w których wskazano na przyczyny wprowadzenia nowych, jednolitych regulacji o ochronie danych osobowych. W preambule tej czytamy, co następuje: „Niniejsze rozporządzenie ma na celu przyczyniać się do tworzenia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości oraz unii gospodarczej, do postępu społeczno-gospodarczego, do wzmacniania i konwergencji gospodarek na rynku wewnętrznym, a także do pomyślności ludzi” (motyw 2 zd. 2); „Szybki postęp techniczny i globalizacja przyniosły nowe wyzwania w dziedzinie ochrony danych osobowych. Skala zbierania i wymiany danych osobowych znacząco wzrosła. Dzięki technologii zarówno przedsiębiorstwa prywatne, jak i organy publiczne mogą na niespotykaną dotąd skalę wykorzystywać dane osobowe w swojej działalności. Osoby fizyczne coraz częściej udostępniają informacje osobowe publicznie i globalnie” (motyw 6 zd. 1 i 2); „Przemiany te wymagają stabilnych, spójniejszych ram ochrony danych w Unii oraz zdecydowanego ich egzekwowania, gdyż ważna jest budowa zaufania, które pozwoli na roz-

²⁷ Na gruncie art. 49 ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r. B. Kurzępa słusznie wskazał, że przedmiotem ochrony tego przepisu jest prawo do ochrony życia prywatnego, czy mówiąc krócej – prawo do prywatności (Przestępstwa z ustawy o ochronie danych osobowych, Prokuratura i Prawo 1999, nr 6, s. 46 i 48).

wój gospodarki cyfrowej na rynku wewnętrznym. Osoby fizyczne powinny mieć kontrolę nad własnymi danymi osobowymi. Osoby fizyczne, podmioty gospodarcze i organy publiczne powinny zyskać większe poczucie pewności prawa i jego stosowania w praktyce” (motyw 7); „Cele i zasady dyrektywy 95/46/WE pozostają aktualne, jednak wdrażając ochronę danych w Unii, nie uniknięto fragmentaryzacji, niepewności prawnej oraz upowszechnienia się poglądu, że ochrona osób fizycznych jest znacznie zagrożona, w szczególności w związku z działaniami w Internecie. Różnice w stopniu ochrony praw i wolności osób fizycznych w państwach członkowskich – w szczególności prawa do ochrony danych osobowych – w związku z przetwarzaniem danych osobowych mogą utrudniać swobodny przepływ danych osobowych w Unii. Mogą zatem stanowić przeszkodę w prowadzeniu działalności gospodarczej na szczeblu Unii, zakłócać konkurencję oraz utrudniać organom wykonywanie obowiązków nałożonych na nie prawem Unii. Różnice w stopniu ochrony wynikają z różnic we wdrażaniu i stosowaniu dyrektywy 95/46/WE” (motyw 9). Prawodawca unijny, uzasadniając konieczność wprowadzenia RODO, wskazał na ponadindywidualne aspekty ochrony danych osobowych. Oczywiście, ważne jest poczucie „bezpieczeństwa informacyjnego” konkretnych osób fizycznych, których dane są przetwarzane, ale jest to podwalina czegoś dużo bardziej istotnego z punktu widzenia życia społecznego, mianowicie – cytując jeszcze raz (może nieco górnolotny) motyw 2 preambuły RODO – tworzenia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości oraz unii gospodarczej, do postępu społeczno-gospodarczego, do wzmacniania i konwergencji gospodarek na rynku wewnętrznym, a także do pomyślności ludzi. Przepisy karne u.o.d.o. wzmacniają ochronę przestrzegania tylko niektórych regulacji dotyczących przetwarzania danych osobowych, jednakże dokładają również i swoją cegiełkę w odniesieniu do realizacji wskazanych w preambule ogólnych celów RODO. Należy jednak odnotować, że w piśmiennictwie wyrażono wątpliwość odnośnie do konstytucyjności przepisów karnych zawartych w u.o.d.o., w szczególności z uwagi na nieadekwatność przewidzianych środków do celu, który ma być nimi osiągnięty²⁸.

²⁸ Zob. B. Sołtys, Wątpliwości wokół konstytucyjności sankcji karnych i administracyjno-karnych za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych, *Przegląd Sejmowy* 2019, nr 5, s. 38–42. W kontekście art. 107 u.o.d.o. autor ten podnosi, że: „Zgodnie z konstytucyjnym wymogiem proporcjonalności powinna istnieć adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia, natomiast w analizowanym przypadku ona nie występuje. Z jednej strony interes publiczny nie wymaga w sposób konieczny i niezbędny penalizowania wszystkich naruszeń, z drugiej zaś takie rozwiązanie nie jest w pełni skuteczne, ponieważ w praktyce drobniejsze przestępstwa faktycznie nie są

2.2. Strona przedmiotowa

Czynność sprawcza przestępstwa z art. 107 u.o.d.o. polega na przetwarzaniu danych osobowych, choć ich przetwarzanie nie jest dopuszczalne albo dana osoba do ich przetwarzania nie jest uprawniona. Należy więc zdefiniować pojęcie danych osobowych i ich przetwarzania, a także wskazać, kiedy przetwarzanie nie jest dopuszczalne, oraz kiedy można stwierdzić, że osoba, która przetwarza dane osobowe nie jest do tego uprawniona.

Dane osobowe oznaczają wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”); możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować²⁹, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej (art. 4 pkt 1 RODO). Definicja danych osobowych niesie za sobą wiele kontrowersji, których opisywanie tutaj jest niemożliwe z uwagi na objętość tekstu; w tym zakresie należy odesłać do literatury³⁰. Na po-

ścigane. Taki stan rzeczy stanowi jednak zagrożenie dla pewności prawa i bezpieczeństwa obrotu. Jest także wystarczającym powodem uzasadniającym stwierdzenie niezachowania odpowiednich proporcji między zakładanymi efektami regulacji art. 107 ust. 1 u.o.d.o. a skalą ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności oraz reakcją państwa na jej naruszenie” (*ibidem*, s. 40).

²⁹ „Aby stwierdzić, czy dana osoba fizyczna jest możliwa do zidentyfikowania, należy wziąć pod uwagę wszelkie rozsądnie prawdopodobne sposoby (w tym wyodrębnienie wpisów dotyczących tej samej osoby), w stosunku do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, iż zostaną wykorzystane przez administratora lub inną osobę w celu bezpośredniego lub pośredniego zidentyfikowania osoby fizycznej. Aby stwierdzić, czy dany sposób może być z uzasadnionym prawdopodobieństwem wykorzystany do zidentyfikowania danej osoby, należy wziąć pod uwagę wszelkie obiektywne czynniki, takie jak koszt i czas potrzebne do jej zidentyfikowania, oraz uwzględnić technologię dostępną w momencie przetwarzania danych, jak i postęp technologiczny. Zasady ochrony danych nie powinny więc mieć zastosowania do informacji anonimowych, czyli informacji, które nie wiążą się ze zidentyfikowaną lub możliwą do zidentyfikowania osobą fizyczną, ani do danych osobowych zanonimizowanych w taki sposób, że osób, których dane dotyczą, w ogóle nie można zidentyfikować lub już nie można zidentyfikować” (motyw 26 preambuły RODO).

³⁰ Zob. P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński, (w:) P. Litwiński (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2021, komentarz do art. 4 RODO, numery brzegowe 1–36; P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych*.

trzeby niniejszego opracowania skupić należy się na podziale danych osobowych na zwykłe i wrażliwe, ponieważ o kwalifikacji prawnej czynu polegającego na niedopuszczalnym lub nieuprawnionym przetwarzaniu danych osobowych (jako typ podstawowy bądź kwalifikowany) decyduje właśnie rodzaj tych danych. Dane wrażliwe (w RODO określa się je mianem szczególnych kategorii danych osobowych³¹) (których dotyczy art. 107 ust. 2 u.o.d.o.) są to dane osobowe ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych, a także dane genetyczne i dane biometryczne przetwarzane w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej oraz dane dotyczące zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby (art. 9 ust. 1 RODO). Danymi zwykłymi (których dotyczy art. 107 ust. 1 u.o.d.o.) są wszelkie informacje, które spełniają przesłanki uznania ich za dane osobowe, niebędące danymi wrażliwymi, np. imię, nazwisko, adres zamieszkania, zawód itp.³²

Z kolei przetwarzanie danych osobowych oznacza operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie (art. 4 pkt 2 RODO)³³. Zwraca uwagę, że definicja ta jest bardzo pojemna; przetwarzaniem danych osobowych są bowiem jakiekolwiek czynności faktyczne dokonywane na nich, poczynając od zbierania, a kończąc na usuwaniu i niszczeniu.

Należy teraz rozważyć, kiedy przetwarzanie danych osobowych jest niedopuszczalne. Naczelną zasadą rządzącą przetwarzaniem danych osobowych jest zasada zgodności z prawem (art. 5 ust. 1 lit. a RODO). Niedopuszczalnym przetwarzaniem danych osobowych będzie sytuacja, gdy zasada ta zostanie złamana, tj. w wtedy, gdy:

- 1) nie zachodzi ani jedna przesłanka legalizująca przetwarzanie danych osobowych wskazana w art. 6 ust. 1 RODO (dotyczącym danych

Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018, komentarz do art. 4 RODO, tezy 3–19.

³¹ Pojęcie danych wrażliwych jest użyte w RODO tylko w motywach 10 i 51 preambuły.

³² Danymi zwykłymi są również informacje dotyczące wyroków skazujących oraz czynów zabronionych lub powiązanych środków bezpieczeństwa (art. 10 RODO).

³³ Zob. szerzej P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński, (w:) P. Litwiński (red.), *Ogólne rozporządzenie...*, komentarz do art. 4 RODO, numery brzegowe 37–51; P. Fajgierski, *Ogólne rozporządzenie...*, komentarz do art. 4 RODO, tezy 20–23.

zwykłych)³⁴ albo art. 9 ust. 2 RODO (dotyczącym danych wrażliwych)³⁵. Chodzi tutaj o sytuacje, gdy od początku przetwarzania nie

³⁴ W myśl tego przepisu przetwarzanie jest zgodne z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy – i w takim zakresie, w jakim – spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków: a) osoba, której dane dotyczą wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w jednym lub większej liczbie określonych celów; b) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy; c) przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze; d) przetwarzanie jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby fizycznej; e) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi; f) przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią, z wyjątkiem sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych, w szczególności gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem. Niektóre ze wskazanych okoliczności legalizują przetwarzanie danych zwykłych wtedy, gdy spełnione są określone warunki, np. w odniesieniu do zgody (zob. art. 4 pkt 11 oraz art. 7 i 8 RODO) czy w przypadku podstaw, o których mowa w lit. c i e (zob. art. 6 ust. 3 RODO).

³⁵ Generalnie RODO wprowadza zakaz przetwarzania danych wrażliwych (art. 9 ust. 1), jednakże art. 9 ust. 2 RODO stanowi, że ust. 1 nie ma zastosowania, jeżeli spełniony jest jeden z poniższych warunków: a) osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może uchylić zakazu, o którym mowa w ust. 1; b) przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązków i wykonywania szczególnych praw przez administratora lub osobę, której dane dotyczą, w dziedzinie prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, o ile jest to dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, lub porozumieniem zbiorowym na mocy prawa państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą; c) przetwarzanie jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby fizycznej, a osoba, której dane dotyczą, jest fizycznie lub prawnie niezdolna do wyrażenia zgody; d) przetwarzania dokonuje się w ramach uprawnionej działalności prowadzonej z zachowaniem odpowiednich zabezpieczeń przez fundację, stowarzyszenie lub inny niezarobkowy podmiot o celach politycznych, światopoglądowych, religijnych lub związkowych, pod warunkiem że przetwarzanie dotyczy wyłącznie członków lub byłych członków tego podmiotu lub osób utrzymujących z nim stałe kontakty w związku z jego celami oraz że dane osobowe nie są ujawniane poza tym podmiotem bez zgody osób, których dane dotyczą; e) przetwarzanie dotyczy danych osobowych w sposób oczywisty upublicznionych przez osobę, której dane dotyczą; f) przetwarzanie jest niezbędne do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń lub w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy; g) przetwarzanie jest niezbędne ze względów związanych z ważnym interesem publicznym, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa do ochrony danych i przewidują odpowiednie i konkretne środki ochrony praw podsta-

- istniała żadna taka przesłanka, ale także przypadki, gdy przesłanka legalizująca na początku istniała, lecz odpadła w trakcie przetwarzania (np. osoba, której dane dotyczą cofnęła zgodę na przetwarzanie);
- 2) dane osobowe są zbierane w celu, który nie jest konkretny, wyraźny lub prawnie uzasadniony (np. w celu szantażowania osoby, której dane dotyczą) bądź są przetwarzane w sposób niezgodny z celami, dla realizacji których zostały zebrane (złamanie zasady „ograniczenia celu”, o której mowa w art. 5 ust. 1 lit. b RODO)³⁶;

wowych i interesów osoby, której dane dotyczą; h) przetwarzanie jest niezbędne do celów profilaktyki zdrowotnej lub medycyny pracy, do oceny zdolności pracownika do pracy, diagnozy medycznej, zapewnienia opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego, leczenia lub zarządzania systemami i usługami opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego lub zgodnie z umową z pracownikiem służby zdrowia i z zastrzeżeniem warunków i zabezpieczeń, o których mowa w ust. 3; i) przetwarzanie jest niezbędne ze względów związanych z interesem publicznym w dziedzinie zdrowia publicznego, takich jak ochrona przed poważnymi transgranicznymi zagrożeniami zdrowotnymi lub zapewnienie wysokich standardów jakości i bezpieczeństwa opieki zdrowotnej oraz produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które przewidują odpowiednie, konkretne środki ochrony praw i wolności osób, których dane dotyczą, w szczególności tajemnicę zawodową; j) przetwarzanie jest niezbędne do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych zgodnie z art. 89 ust. 1, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa do ochrony danych i przewidują odpowiednie, konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą.

³⁶ Podmiotem, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych jest administrator (art. 4 pkt 7 RODO). Cele i sposoby takiego przetwarzania mogą być również określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego. Dotyczy to podmiotów ze sfery publicznej. Należy zaznaczyć, że dalsze przetwarzanie zebranych danych do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych nie jest uznawane w myśl art. 89 ust. 1 RODO za niezgodne z pierwotnymi celami (art. 5 ust. 1 lit. b RODO). Jeżeli przetwarzanie w celu innym niż cel, w którym dane osobowe zostały zebrane, nie odbywa się na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, ani prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego stanowiących w demokratycznym społeczeństwie niezbędny i proporcjonalny środek służący zagwarantowaniu celów, o których mowa w art. 23 ust. 1 RODO, administrator – aby ustalić, czy przetwarzanie w innym celu jest zgodne z celem, w którym dane osobowe zostały pierwotnie zebrane – bierze pod uwagę między innymi: a) wszelkie związki między celami, w których zebrano dane osobowe, a celami zamierzonego dalszego przetwarzania; b) kontekst, w którym zebrano dane osobowe, w szczególności relację między osobami, których dane dotyczą, a administratorem; c) charakter danych osobowych, w szczególności czy przetwarzane są szczególne kategorie danych osobowych zgodnie z art. 9 lub dane osobowe dotyczące wyroków skazujących i czynów zabronionych zgodnie z art. 10; d) ewentualne

- 3) dane osobowe nie są adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane (np. nieuprawnione wykonywanie kserokopii dowodów osobistych przez pracowników banków³⁷) (złamanie zasady „minimalizacji danych”, o której mowa w art. 5 ust. 1 lit. c RODO);
- 4) dane osobowe są nieprawidłowe w świetle celów ich przetwarzania (złamanie zasady „prawidłowości”, o której mowa w art. 5 ust. 1 lit. d RODO)³⁸;
- 5) dane osobowe są przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osoby, której dotyczą przez okres dłuższy, niż jest to niezbędne do celów, w których dane te są przetwarzane (złamanie zasady „ograniczenia przetwarzania”, o której mowa w art. 5 ust. 1 lit. e RODO);
- 6) osoba, której dane dotyczą, wniosła sprzeciw na mocy art. 21 ust. 1 RODO wobec przetwarzania jej danych i nie występują nadrzędne prawnie uzasadnione podstawy przetwarzania³⁹ lub osoba, której da-

konsekwencje zamierzonego dalszego przetwarzania dla osób, których dane dotyczą; e) istnienie odpowiednich zabezpieczeń, w tym ewentualnie szyfrowania lub pseudonimizacji (art. 6 ust. 4 RODO).

³⁷ Zob. odpowiedź Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych dla Prezesa Związku Banków Polskich w sprawie kserowania dokumentów tożsamości (ZSPR.027.306.2019) (<https://uodo.gov.pl/pl/file/2343>; dostęp: 12 lipca 2021 r.) oraz komunikat: Prezes UODO rekomenduje opracowanie wytycznych w sprawie kopiowania dokumentów tożsamości (<https://uodo.gov.pl/pl/138/1491>; dostęp: 12 lipca 2021 r.).

³⁸ Jak podnosi P. Fajgielski (Ogólne rozporządzenie..., komentarz do art. 5 RODO, teza 18), przetwarzanie danych nieaktualnych, błędnych czy też w inny sposób nieprawidłowych może pociągać za sobą negatywne konsekwencje dla osób, których dane dotyczą, a także dla podmiotów, które te dane przetwarzają, dlatego prawodawca unijny uznaje za kwestię zasadniczą wymóg zapewnienia, aby przetwarzane dane były prawidłowe, tzn. zgodne ze stanem faktycznym, aktualne i nie zawierały błędów. Interesujący punkt widzenia prezentują P. Barta, M. Kawecki i P. Litwiński, (w:) P. Litwiński (red.), Ogólne rozporządzenie..., komentarz do art. 5 RODO, numer brzegowy 19, wskazując, że odwołanie się w kontekście prawidłowości danych do celów ich przetwarzania sprawia, że w istocie zasada ta dotyczy nie kwestii treści danych rozumianej jako dane merytorycznie poprawne lub nie, ale zakresu danych rozumianego w kontekście zasady minimalizacji danych właśnie w odniesieniu do celu przetwarzania danych. Trzeba przyznać, że fragment art. 5 ust. 1 lit d RODO, w którym mówi się o „nieprawidłowości w świetle celów przetwarzania” może budzić wątpliwości. Wydaje się jednak, że wniosek P. Barty, M. Kaweckiego i P. Litwińskiego jest zbyt daleko idący. We wspomnianym przepisie RODO mówi się wszakże o uaktualnianiu i sprostowaniu danych, a czynności te nie muszą mieć wpływu na przestrzeganie zasady minimalizacji danych.

³⁹ Zgodnie z tym przepisem osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie wnieść sprzeciw – z przyczyn związanych z jej szczególną sytuacją – wobec przetwarzania dotyczących jej danych osobowych opartego na art. 6 ust. 1 lit. e) lub f), w tym profilowania na podstawie tych przepisów; administratorowi nie wolno już przetwarzać tych

ne dotyczą, wniosła sprzeciw na mocy art. 21 ust. 2 RODO wobec przetwarzania jej danych na potrzeby marketingu bezpośredniego⁴⁰;

- 7) dane osobowe są przetwarzane, chociaż powinny zostać usunięte w celu wywiązania się z obowiązku prawnego przewidzianego w prawie Unii lub prawie państwa członkowskiego, któremu podlega administrator (argument z art. 17 ust. 1 lit. e RODO);
- 8) dane osobowe zostały zebrane w związku z oferowaniem usług społeczeństwa informacyjnego, o których mowa w art. 8 ust. 1 RODO i są dalej przetwarzane pomimo żądania ich usunięcia pochodzącego od osoby, której dane dotyczą (argument z art. 17 ust. 1 lit. f RODO);
- 9) dane osobowe zostały przekazane do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej wbrew przepisom rozdziału V RODO⁴¹.

W piśmiennictwie podaje się różne przykłady niedopuszczalnego przetwarzania danych, z którymi można się spotkać w praktyce: sprzeniewierzenie (nieuprawnione ujawnienie lub skopiowanie) danych osobowych przez osoby, które mają dostęp do bazy danych PESEL w celu innym niż cel, dla którego dostęp został nadany; sprzeniewierzenie danych osobowych przez agenta operatora telekomunikacyjnego w celu przekazania bazy danych konkurencyjnemu operatorowi; sprzeniewierzenie danych osobowych agenta operatora telekomunikacyjnego w celu próby sprzedaży na czarnym rynku; odmowa usunięcia danych osobowych przetwarzanych w imieniu pracodawcy z komputera prywatnego po ustaniu stosunku pracy lub współpracy⁴².

Drugi wariant czynności sprawczej wskazany w art. 107 u.o.d.o., tj. przetwarzanie danych osobowych przez osobę nieuprawnioną może być zrealizowany w przypadku, gdy samo przetwarzanie danych w konkretnej sytuacji jest dopuszczalne, jednakże osoba, która go dokonuje nie została w ogóle uprawniona do ich przetwarzania albo przetwarza je w zakresie bądź w sposób wykraczający poza udzielone jej uprawnienie. Pod-

danych osobowych, chyba że wykaże on istnienie ważnych prawnie uzasadnionych podstaw do przetwarzania, nadrzędnych wobec interesów, praw i wolności osoby, której dane dotyczą, lub podstaw do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń.

⁴⁰ Jeżeli dane osobowe są przetwarzane na potrzeby marketingu bezpośredniego, osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie wnieść sprzeciw wobec przetwarzania dotyczących jej danych osobowych na potrzeby takiego marketingu, w tym profilowania, w zakresie, w jakim przetwarzanie jest związane z takim marketingiem bezpośrednim (art. 21 ust. 2 RODO). Jeżeli osoba, której dane dotyczą, wnieśli sprzeciw wobec przetwarzania do celów marketingu bezpośredniego, danych osobowych nie wolno już przetwarzać do takich celów (art. 21 ust. 3 RODO).

⁴¹ Warunki zgodnego z prawem przekazania danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej zostały określone w art. 44–49 RODO.

⁴² M. Gawroński, K. Kłoc, Odpowiedzialność karna...

miotami uprawnionymi do przetwarzania danych osobowych są: administrator danych (o którym mowa w art. 4 pkt 7 RODO), podmiot przetwarzający (o którym mowa w art. 4 pkt 8 RODO), inny podmiot przetwarzający (o którym mowa w art. 28 ust. 2 i 4 RODO) oraz osoby przetwarzające dane z upoważnienia administratora lub (innego) podmiotu przetwarzającego⁴³, bądź też z upoważnienia nadanego przez przepis prawa⁴⁴. Przykładem przetwarzania danych osobowych przez osobę nieuprawnioną będzie sytuacja, w której osoba generalnie upoważniona przez administratora do przetwarzania danych przetwarza je bez polecenia z jego strony⁴⁵.

Może zdarzyć się również tak, że osoba nieuprawniona będzie przetwarzała dane osobowe w sytuacji, gdy jest to niedopuszczalne⁴⁶. Wyda-

⁴³ Zob. P. Barta, (w:) P. Litwiński (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2021, komentarz do art. 107 u.o.d.o., numer brzegowy 13; A. Błachnio-Parzych, *Przepisy karne w ustawie z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych*, *Monitor Prawniczy* 2018, nr 22, s. 20 oraz M. Zińska, *Odpowiedzialność karna za naruszenie ochrony danych osobowych*, *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 1, s. 64. Jak już wyżej wskazano administratorem jest osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych (art. 4 pkt 7 RODO). Natomiast podmiotem przetwarzającym jest osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora (art. 4 pkt 8 RODO).

⁴⁴ P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie...*, komentarz do art. 107 u.o.d.o., teza 7.

⁴⁵ Zgodnie z art. 29 RODO podmiot przetwarzający oraz każda osoba działająca z upoważnienia administratora lub podmiotu przetwarzającego i mająca dostęp do danych osobowych przetwarzają je wyłącznie na polecenie administratora, chyba że wymaga tego prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego. Inne przykłady nieuprawnionego przetwarzania danych podają M. Gawroński, K. Kłoc, *Odpowiedzialność karna...*

⁴⁶ Tak też J. Barta, R. Markiewicz i P. Fajgielski, którzy na gruncie art. 49 ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r. wskazali, że między zakresami tych dwóch odmian przestępstwa zachodzi stosunek krzyżowania (*Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 49, teza 2). Z taką sytuacją miał do czynienia Sąd Rejonowy w Legionowie w sprawie II K 90/20 (wyrok z dnia 19 października 2020 r., LEX nr 3116275). J. J. oskarżona została o to, że: przetwarzała dane osobowe, choć ich przetwarzanie nie było dopuszczalne i nie była osobą upoważnioną do ich przetwarzania w ten sposób, że w dniu 16 sierpnia 2019 r. w Ośrodku (...) zwróciła się do B. P. o wykonanie dla niej w celach prywatnych kserokopii dwóch stron karty medycznej z dokumentacji medycznej A. S., a następnie zapoznała się z tą dokumentacją i wykorzystała ją w celach prywatnych, tj. o przestępstwo z art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych. W uzasadnieniu wyroku czytamy, że: „Oskarżona J. J. zleciła recepcjonistce B. P. skserowanie dwóch kart karty medycznej pacjentki A. S. Wynikało to z wszczętego przez A. S. sporu sądowego o zapłatę za nieprawidłową diagnozę lekarską. Niewątpliwie dokumentacja ta nie stanowiła prywatnego dokumentu doktor J. J., nawet jeśli częściowo ona ją sporządziła. Oskarżona nie miała uprawnienia, by przetwarzać dane osobowe pokrzywdzonej, poprzez sksero-

je się, że w takim przypadku ta nadwyżka bezprawia (zrealizowanie dwóch wariantów czynności sprawczej) powinna być wzięta pod uwagę przy wymiarze kary (oczywiście będzie to zależało od okoliczności konkretnej sprawy).

Niedopuszczalne lub nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych stypizowane w art. 107 u.o.d.o. jest przestępstwem formalnym, w skład jego znamion nie został włączony żaden skutek. W szczególności osoba, które dane osobowe były bezprawnie przetwarzane nie musi ponieść żadnej szkody w związku z tym faktem. Takie kształtowanie omawianego przestępstwa, jeśli weźmie się pod uwagę, że znamiona czasownikowe mogą w praktyce być zrealizowane przez wiele rodzajów zachowań, w tym bagatelnych, może wydawać się rozwiązaniem wątpliwym z punktu widzenia konstytucyjnego wymogu proporcjonalności sankcji (o czym wcześniej już wspomniano)⁴⁷. Trzeba jednak pamiętać o materialnym aspekcie przestępstwa. Nie stanowi wszakże przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma (art. 1 § 2 k.k.). Drobne naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych niekoniecznie muszą więc wiązać się z pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności karnej, szczególnie jeśli wyczerpałby on swoim czynem znamiona określone w art. 107 ust. 1 u.o.d.o. (typ podstawowy omawianego przestępstwa odnoszący się do danych osobowych zwykłych). W konkretnym przypadku czyn zabroniony mógłby być uznany – wzięwszy pod uwagę treść art. 115 § 2 k.k. – za niekarygodny. Łagodzi to nieco szeroki zakres penalizacji, ale nie usuwa podniesionej wątpliwości.

2.3. Podmiot

Przestępstwo z art. 107 u.o.d.o. ma charakter powszechny. Sprawcą tego typu czynu zabronionego – jeśli chodzi o niedopuszczalne przetwarzanie danych osobowych – może być każdy człowiek, natomiast jeśli chodzi o przetwarzanie danych przez osobę nieuprawnioną – każdy człowiek, z wyjątkiem oczywiście osoby, która jest uprawniona do przetwarzania danych w konkretnym przypadku.

Warto wskazać na marginesie, że do omawianego przestępstwa nie ma zastosowania ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁴⁸. Trudno powiedzieć, czy taki stan rzeczy wynika z przeoczenia ustawo-

wanie tej dokumentacji, tym bardziej, że dokumentacja ta została przez oskarżoną użyta w celu wywarcia wpływu na pokrzywdzoną, by zaniechała z nią sporu sądowego”.

⁴⁷ B. Sołtys, *Wątpliwości wokół konstytucyjności...*, s. 39–40.

⁴⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 358.

dawcy, czy jest efektem świadomej decyzji. *Prima facie* wydaje się, że przestępstwo z art. 107 u.o.d.o. (jak też czyny stypizowane w art. 108 u.o.d.o.) „ma potencjał” do umieszczenia go w wykazie z art. 16 wspomnianej ustawy, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę przesłanki odpowiedzialności określone w art. 3 i 5 tego aktu prawnego. Należy jednak pamiętać o wprowadzonych wraz z reformą ochrony danych osobowych administracyjnych karach pieniężnych, które mogą być nałożone w przypadku naruszenia przepisów o ochronie danych, które to naruszenia mogłyby podpadać również pod art. 107 u.o.d.o. (zob. art. 83 ust. 4 i 5 RO-DO). Można więc uznać, że wprowadzenie możliwości stosowania ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w przypadku popełnienia omawianego przestępstwa byłoby zbyt represyjne.

2.4. Strona podmiotowa

Omawiane przestępstwo może być popełnione wyłącznie umyślnie. Oprócz zamiaru bezpośredniego wejdzie w grę zamiar ewentualny⁴⁹. W tym drugim przypadku przypisanie sprawcy zamiaru będzie wymagało wykazania, że przewidywał on możliwości popełnienia czynu zabronionego (miał świadomość, że jego zachowanie może stanowić niedopuszczalne przetwarzanie danych osobowych albo przetwarzanie danych bez upoważnienia, przy czym nie miał pewności odnośnie do tych okoliczności) oraz godził się na jego popełnienie. Zamiarem ewentualnym może być objęte również znamię kwalifikujące, o którym mowa w art. 107 ust. 2 u.o.d.o. (sprawca przewiduje, że przetwarzane przez niego dane osobowe mogą należeć do kategorii danych wrażliwych i akceptuje taką ewentualność). Sprawca nie musi przetwarzać bezprawnie danych osobowych w celu osiągnięcia jakiegokolwiek korzyści (nie mamy do czynienia z przestępstwem kierunkowym). Jednakże, jeśli sprawca będzie działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (co wydaje się dość prawdopodobne w kontekście omawianego typu zachowania) sąd będzie mógł wymierzyć grzywnę obok kary pozbawienia wolności (art. 33 § 2 k.k.). Ustawodawca nie zdecydował się – wydaje się, że słusznie – na wprowadzenie nieu-

⁴⁹ Tak też A. Błachnio-Parzych, *Przepisy karne...*, s. 21; J. Łuczak-Tarka, (w:) D. Lubasz (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2019, komentarz do art. 107, teza 5; O. Legat, (w:) B. Marcinkowski (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 107, teza 6, a także E. Hryniewicz-Lach, (w:) R. Zawłocki (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 10, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2018, s. 361.

myślnego typu omawianego przestępstwa. Regulacja taka byłaby przejawem nadmiernej penalizacji.

2.5. Kwestia zbiegu przepisów

Bardzo szeroka definicja przetwarzania danych osobowych i wielość możliwych sytuacji, w których takie przetwarzanie może być niedopuszczalne albo osoba, która to czyni nie jest do tego uprawniona powoduje, że art. 107 ust. 1 lub 2 u.o.d.o. może pozostawać w rzeczywistym zbiegu m.in. z następującymi przepisami:

- 1) art. 190a § 2 k.k. (kiedy sprawca, podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej⁵⁰) – będzie to zbieg pomijalny, przy którym art. 190a § 2 k.k. będzie przepisem konsumującym (kwalifikacja z tego przepisu odda zawartość całą kryminalną zachowania sprawcy)⁵¹;
- 2) art. 212 § 1 lub 2 k.k. (kiedy sprawca zniesławi osobę fizyczną, w tym za pomocą środków masowego komunikowania, wykorzystując przy tym jej dane osobowe) – będzie to zbieg rzeczywisty właściwy (kumulatywny), gdyż do oddania całego bezprawia zachowania sprawcy konieczne będzie wskazanie w kwalifikacji, że doszło do zniesławienia, a więc zaatakowania dobra prawnego w postaci czci zewnętrznej i do niedopuszczalnego lub nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych);
- 3) art. 231 § 1 lub 2 k.k. (kiedy funkcjonariusz publiczny będzie przetwarzał dane osobowe, choć ich przetwarzanie nie jest dopuszczalne albo do ich przetwarzania nie jest uprawniony i tym samym przekroczy swoje uprawnienia, działając na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, w tym w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej) – trudno stwierdzić, jakiego rodzaju zbieg tutaj wystąpi: w zależności od okoliczności będzie to mógł być zbieg kumulatywny albo

⁵⁰ Warto na marginesie zwrócić uwagę na to, że w art. 190a § 2 k.k. obok pojęcia „dane osobowe” występuje zwrot „inne dane, za pomocą których jest ona (inna osoba) publicznie identyfikowana”. Definicja danych osobowych zawarta w art. 4 pkt 1 RODO obejmuje wszakże dane, za pomocą których osoba fizyczna jest publicznie identyfikowana. Nie wiadomo więc, o jakie „inne dane” chodziło ustawodawcy – zob. M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, komentarz do art. 190a, teza 13 oraz K. Nazar, (w:) M. Mozgawa (red.), Przestępstwa przeciwko wolności, Lublin 2020, s. 350–351.

⁵¹ K. Nazar, (w:) M. Mozgawa (red.), Przestępstwa..., s. 353–354, opowiada się w takim przypadku za przyjęciem zbiegu kumulatywnego.

- pomijalny, przy którym przepisem konsumującym będzie art. 231 § 1 lub 2 k.k. (przepisy przewidujące surowsze zagrożenie karne);
- 4) art. 234 k.k. (kiedy sprawca przed organem powołanym do ścigania lub orzekania w sprawach o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne, fałszywie oskarży inną osobę o popełnienie tych czynów zabronionych lub przewinienia dyscyplinarnego, wykorzystując do tego dane osobowe tej osoby) – wydawać by się mogło, że powinien być tu przyjęty zbieg pomijalny (art. 234 k.k. jako przepis konsumujący), gdyż aby kogoś oskarżyć, trzeba przetwarzać jego dane osobowe. Jednakże art. 107 ust. 2 u.o.d.o. przewiduje surowszą karę niż art. 234 k.k., dlatego też w przypadku wykorzystania w oskarżeniu danych wrażliwych (co nie jest wykluczone), należałoby przyjąć zbieg kumulatywny, żeby w kwalifikacji prawnej był uwidoczniiony fakt ataku na dobro prawne w postaci prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości oraz na ochronę danych szczególnie dla człowieka ważnych;
 - 5) art. 235 k.k. (kiedy sprawca przez tworzenie fałszywych dowodów lub inne podstępne zabiegi, kierował przeciwko określonej osobie ściganie o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne albo w toku postępowania zabiegi takie przedsięwziął, wykorzystując przy tym dane osobowe tej osoby) – wydaje się, że będzie to zbieg kumulatywny, chociaż w przypadku wyczerpania znamion przestępstwa z art. 107 ust. 1 u.o.d.o. można rozważyć skonsumowanie tego przepisu przez art. 235;
 - 6) art. 241 § 1 lub 2 k.k. (kiedy sprawca bez zezwolenia będzie rozpowszechniał publicznie wiadomości z postępowania przygotowawczego, zanim zostały ujawnione w postępowaniu sądowym, bądź będzie rozpowszechniał publicznie wiadomości z rozprawy sądowej prowadzonej z wyłączeniem jawności, a wiadomościami tymi będą dane osobowe innej osoby) – będziemy mieli do czynienia ze zbiegiem kumulatywnym, za czym przemawia atak na prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, a więc dobro prawne inne, niż chronione na gruncie u.o.d.o.;
 - 7) art. 266 § 1 lub 2 k.k. (kiedy sprawca wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawni lub wykorzysta stanowiącą dane osobowe informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, bądź funkcjonariusz publiczny ujawni osobie nieuprawnionej stanowiącą dane osobowe informację, którą uzyskał w związku z wykonywaniem czynności służbowych, a której

ujawnienie może narazić na szkodę prawnie chroniony interes) – wydaje się, że będzie to zbieg kumulatywny, trudno bowiem wskazać, który z pozostałych w zbiegu przepisów powinien być wyeliminowany z kwalifikacji prawnej;

- 8) art. 267 § 1 lub 4 k.k. (kiedy sprawca bez uprawnienia uzyska dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej, stanowiącej dane osobowe, otwierając zamknięte pismo, podłączając się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamując albo omijając elektroniczne, magnetyczne, informatyczne lub inne szczególne jej zabezpieczenie, bądź taką informację ujawni innej osobie) – tutaj również wystąpi, jak się zdaje, zbieg kumulatywny (z powodu wskazanego wyżej);
- 9) art. 268 § 1, 2 lub 3 k.k. (kiedy sprawca, nie będąc do tego uprawnionym, zniszczy, uszkodzi, usunie lub zmieni zapis istotnej informacji stanowiącej dane osobowe albo w inny sposób udaremni lub znacznie utrudni osobie uprawnionej zapoznanie się z nią, w tym w sytuacji, gdy czyn dotyczy zapisu na informatycznym nośniku danych, a także gdy sprawca wyrządza znaczną szkodę majątkową) – będzie to raczej zbieg kumulatywny; można jednak rozważyć zbieg pomijalny w odniesieniu do art. 268 § 1 k.k., przy czym przepisem konsumującym byłby, jak się wydaje, art. 107 ust. 1 lub 2 u.o.d.o.;
- 10) art. 268a § 1 lub 2 k.k. (kiedy sprawca, nie będąc do tego uprawnionym, zniszczy, uszkodzi, usunie, zmieni lub utrudni dostęp do danych informatycznych stanowiących dane osobowe albo w istotnym stopniu zakłóci lub uniemożliwi automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie takich danych, w tym wyrządzając znaczną szkodę majątkową) – należałoby tutaj przyjąć kumulatywną kwalifikację prawną;
- 11) art. 270 § 1 lub 2 k.k. (kiedy sprawca, w celu użycia za autentyczny, podrabia lub przerabia dokument, przetwarzając przy tym cudze dane osobowe, lub takiego dokumentu jako autentycznego używa, bądź wypełnia blankiet zawierający cudze dane osobowe, opatrzony cudzym podpisem, niezgodnie z wolą podpisanego i na jego szkodę albo takiego dokumentu używa) – będzie to zbieg kumulatywny, gdyż w kwalifikacji trzeba ująć, że sprawca poprzez bezprawne przetwarzanie danych osobowych zaatakował dobro prawne w postaci wiarygodności dokumentów;
- 12) art. 274, 275 lub 276 k.k. (kiedy sprawca zbędzie cudzy dokument stwierdzający tożsamość, bądź posłuży się dokumentem stwierdzającym tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe lub dokument taki ukradnie lub go przywłaszczy, bezprawnie przewiezie,

przeniesie lub prześle za granicę dokument stwierdzający tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe, względnie zniszczy, uszkodzi, uczyni bezużytecznym, ukryje lub usunie dokument zawierający cudze dane osobowe, którym nie ma prawa wyłącznie rozporządzać) – w takiej sytuacji należałoby przyjąć zbieg kumulatywny z powodu wskazanego w kontekście art. 270 k.k.;

- 13) art. 286 § 1 lub 3 k.k. (kiedy sprawca, wykorzystując cudze dane osobowe, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd) – wydaje się, że można byłoby tu rozważyć zbieg pomijalny, przy którym przepisem konsumującym byłby art. 286;
- 14) art. 297 § 1 k.k. (kiedy sprawca, wykorzystując cudze dane osobowe, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi, wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia, instrumentu lub zamówienia) – podobnie jak przy oszustwie z art. 286 tutaj również można byłoby przyjąć, że art. 297 § 1 k.k. konsumuje art. 107 u.o.d.o.;
- 15) art. 23 ust. 1, 2 lub 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵² (kiedy sprawca, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови w stosunku do przedsiębiorcy, ujawni innej osobie lub wykorzysta we własnej działalności gospodarczej informację, będącą danymi osobowymi, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa⁵³, jeżeli wyrządzi to poważną szkodę przedsiębiorcy, bądź, uzyskawszy bezprawnie informację, będącą danymi osobowymi, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawni ją innej osobie lub wykorzysta we własnej działalności gospodarczej, albo ujawni lub wykorzysta informację, będącą danymi osobowymi, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa,

⁵² Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913.

⁵³ Zgodnie z art. 11 ust. 2 wskazanej ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

z którą zapoznał się, biorąc udział w rozprawie lub w innych czynnościach postępowania sądowego dotyczącego roszczeń z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa albo przez dostęp do akt takiego postępowania, jeżeli w postępowaniu tym została wyłączona jawność rozprawy) – będzie to zbieg kumulatywny, gdyż uzasadnione jest ukazanie w kwalifikacji prawnej czynu, że doszło jednocześnie do naruszenia ochrony danych osobowych oraz zachowania godzącego w uczciwą konkurencję.

Omawiany art. 107 ust. 1 lub 2 u.o.d.o. może oczywiście pozostawać w zbiegu z więcej niż jednym przepisem, o czym przekonują przykłady z praktyki⁵⁴.

Należy zauważyć, że wykluczony jest zbieg art. 107 ust. 1 lub 2 u.o.d.o. z art. 54 ust. 1 lub 2 u.o.d.o.z.z.p., a to dlatego, że do przetwarzania danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych lub wykonywania kar, w tym ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom przepisy RODO ani u.o.d.o. nie mają zastosowania. Zakresy zastosowania tych regulacji są rozłączne.

2.6. Środki reakcji karnej

Typ podstawowy przestępstwa niedopuszczalnego lub nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych (art. 107 ust. 1 u.o.d.o.) zagrożony jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch. W odniesieniu do typu kwalifikowanego (art. 107 ust. 2 u.o.d.o.) ustawodawca podwyższył tylko górną granicę kary pozbawienia wolności do lat 3. W obu przypadkach możliwe będzie w jednocześnie wymierzenie kary pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy oraz kary ograniczenia wolności do lat 2 przy zastosowaniu art. 37b k.k. Jak już wyżej wskazano, jeśli sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść taką osiągnął sąd będzie mógł wymierzyć grzywnę obok kary pozbawienia wolności (art. 33 § 2 k.k.). Możliwe też będzie odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie

⁵⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 31 maja 2017 r., sygn. IV Ka 650/15 (LEX nr 2385176). Orzeczenie to odnosiło się do kwestii odpowiedzialności karnej osoby, którą skazano m.in. za przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k. w zb. z art. 297 § 1 k.k. w zb. z art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (odpowiednik art. 107 ust. 1 u.o.d.o.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

art. 59 k.k. bądź warunkowe umorzenie postępowania karnego, jeśli spełnione zostaną warunki określone w art. 66 § k.k.

W zależności od okoliczności czynu możliwe będzie też orzeczenie środka karnego w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Możliwość taka otworzy się, jeżeli sąd ustali, że sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, bądź też w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, jeżeli dalsze jej prowadzenie zagraża istotnym dobrom chronionym prawem (art. 41 § 1 i 2 k.k.). Wydaje się, że tego typu środek mógłby być orzeczony w poważnych przypadkach bezprawnego przetwarzania danych osobowych. W sprawach drobnych nie byłoby to natomiast uzasadnione.

Jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa z art. 107 ust. 1 lub 2 u.o.d.o., chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6 k.k., sąd ma, co do zasady, obowiązek orzec przepadek takiej korzyści albo jej równowartości (art. 45 § 1 k.k.).

Jeśli sprawca omawianego przestępstwa wyrządził pokrzywdzonemu szkodę majątkową lub krzywdę, może być, a jeśli zażąda tego pokrzywdzony – musi być, zobowiązany do naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za krzywdę (art. 46 § 1 k.k.). Należy pamiętać, że jeżeli sąd umorzy warunkowo postępowanie karne, to ma obowiązek nałożyć na sprawcę obowiązek naprawienia szkody w całości albo w części, a w miarę możliwości również obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, albo zamiast tych obowiązków orzec nawiazkę (art. 67 § 3 k.k.).

Niewykluczone, że zachowania sprawcy polegające na niedopuszczalnym lub nieuprawnionym przetwarzaniu danych osobowych zostaną spięte klamrą czynu ciągłego (art. 12 § 1 k.k.). W takim wypadku sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia (art. 57b k.k.)⁵⁵.

2.7. Tryb ścigania

⁵⁵ Należy pamiętać, że jeżeli ustawa przewiduje nadzwyczajne obostrzenie górnej granicy ustawowego zagrożenia, a ustawowe zagrożenie obejmuje więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3 k.k., obostrzenie odnosi się do każdej z tych kar, jednakże kara nadzwyczajnie obostrzona nie może przekroczyć 810 stawek dziennych grzywny i 2 lat ograniczenia wolności (art. 38 § 1 i 2 k.k.).

Przestępstwo niedopuszczalnego lub nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych zarówno w typie podstawowym, jak i kwalifikowanym ścigane jest z oskarżenia publicznego z urzędu. Taki tryb ścigania jest uzasadniony, gdyż zapewne bardzo często jest tak, że osoba, której dane są bezprawnie przetwarzane nawet o tym nie wie.

3. Uwagi końcowe

Kształt przestępstwa niedopuszczalnego lub nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych nie zmienił się prawie w ogóle w porównaniu do regulacji zawartej w poprzednio obowiązującej ustawie o ochronie danych osobowych z 1997 r. Jak wspomniano wcześniej, tworząc nową ustawę, projektodawcy wskazywali, że: „Obowiązujące dziś przepisy wskazują wiele czynów zabronionych, ale jednocześnie zbyt ogólnie opisują znamiona poszczególnych z nich. W konsekwencji prokuratorzy i sądy niechętnie sięgają do tych regulacji, co z kolei przekłada się na niewielką liczbę prowadzonych postępowań”. Rzeczywiście, przez 20 lat doszło jedynie do 50 prawomocnych skazań za przestępstwo określone w art. 49 ust. 1 i 2 ustawy z 1997 r. (choć trzeba pamiętać o dużo większej liczbie przestępstw wykrytych). Pojawia się pytanie, co chciał osiągnąć ustawodawca umieszczając w nowej ustawie (a właściwie w nowych ustawach: u.o.d.o. oraz u.o.d.o.z.z.p.) typ przestępstwa, który wcześniej – jeśli chodzi o skazania prawomocne – był w praktyce niemalże martwy. Znamiona przestępstwa z art. 107 u.o.d.o. są określone bardzo ogólnie, co – jak wcześniej wskazano – może budzić wątpliwości odnośnie do zgodności tej regulacji z Konstytucją RP. Ustawodawca w tym zakresie nic nie doprecyzował. Można powiedzieć nawet więcej – z uwagi na to, że RODO jest bardziej skomplikowanym i trudniejszym w interpretacji aktem prawnym niż ustawa o ochronie danych osobowych z 1997 r., omawiany w niniejszym opracowaniu typ przestępstwa jest jeszcze mniej określony niż opisany w art. 49 starej ustawy. Czas pokaże, czy prokuratorzy i sądy będą „chętnie” sięgali do art. 107 u.o.d.o. Wydaje się jednak – nie dysponując jeszcze aktualnymi statystykami skazań – że można wyrazić pogląd, iż omawiana regulacja powinna być zmieniona poprzez jej doprecyzowanie i ograniczenie zakresu zastosowania do najpoważniejszych naruszeń w zakresie bezprawnego przetwarzania danych osobowych. Chyba że ustawodawca chce, by wiele postępowań karnych było umarzanych albo po prostu niewyszczynanych z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu, co być może z czasem zniechęci do stosowania art. 107 u.o.d.o. (ze szkodą dla

ochrony prawidłowego przetwarzania danych osobowych przed poważnymi naruszeniami).

Bibliografia

1. Barta J., Markiewicz R., Fajgielski P., Ochrona danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2015.
2. Błachnio-Parzych A., Przepisy karne w ustawie z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, *Monitor Prawniczy* 2018, nr 22.
3. Drozd A., Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy, Warszawa 2008.
4. Fajgielski P., Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018.
5. Garlicki L. (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. I, Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010.
6. Gawroński M., Kloc K., Odpowiedzialność karna w świetle polskiej ustawy o ochronie danych osobowych, *LEX/el.* 2018.
7. Kurzępa B., Przestępstwa z ustawy o ochronie danych osobowych, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 6.
8. Litwiński P. (red.), Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz, Warszawa 2021.
9. Lubasz D. (red.), Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2019.
10. Marcinkowski B. (red.), Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018.
11. Mozgawa M. (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, *LEX/el.* 2021.
12. Mozgawa M. (red.), Przestępstwa przeciwko wolności, Lublin 2020.
13. Podręcznik europejskiego prawa o ochronie danych, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2020 (https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_pl.pdf).
14. Poniatowski P., Ochrona danych osobowych przetwarzanych przez adwokatów, *Studia Iuridica Lublinensia* 2017, nr 2.
15. Sobczyk P., Ochrona danych osobowych jako element prawa do prywatności, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2009, nr 1.

16. Sołtys B., Wątpliwości wokół konstytucyjności sankcji karnych i administracyjno-karnych za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych, *Przegląd Sejmowy* 2019, nr 5.
17. Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016.
18. Zawłocki R. (red.), *System Prawa Handlowego, t. 10, Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2018.
19. Zimna M., Odpowiedzialność karna za naruszenie ochrony danych osobowych, *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 1.

Criminal-law aspects of impermissible or unauthorised processing of personal data

Abstract

This study deals with the offence under Article 107 of the Personal Data Protection Act of 10 May 2018, which consists in the processing of personal data where such processing is neither allowed nor carried out by an authorised person. The introduction section of the study briefly describes sources of personal data protection laws, indicates types of offences specified in the previous Personal Data Protection Act of 29 August 1997, and refers to the justification for the draft Act of 2018 as far as penal provisions are concerned. Body sections analyse statutory elements of the prohibited act concerned, with a specific focus on the objective side of the offence. References are also made to issues pertaining to concurrence of provisions, measures of penal reaction applicable to perpetrators, and basis for prosecution. Doubts about correctness of the construct of Article 107 of the Personal Data Protection Act of 10 May 2018 are raised.

Key words

Personal data, impermissible or unauthorised processing of personal data, GDPR, Personal Data Protection Act of 10 May 2018.

Aleksandra Miśkiewicz¹, Bartosz Kaczmarek²

Prawnokarne aspekty mechanizmu odwróconego łańcucha dystrybucji leków

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania są rozważania dotyczące mechanizmu odwróconego łańcucha dystrybucji leków jako przepisu poza-kodeksowego, wprowadzającego typ czynu zabronionego ujętego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne. Artykuł ma na celu analizę obecnie funkcjonującego modelu prawnego, w którym osadzone są działania organów wymiaru sprawiedliwości, w szczególności w zakresie płaszczyzny materialnoprawnej, obejmującej przepisy części ogólnej Kodeksu karnego, oraz właściwe przepisy ustawy Prawo farmaceutyczne.

Słowa kluczowe

Odwrócony łańcuch dystrybucji leków, prawo farmaceutyczne, przepięczność zorganizowana, apteki, hurtownie farmaceutyczne, obrót produktami leczniczymi.

1. Wstęp

1.1. Informacje ogólne. Zarys problematyki

Odwrócony łańcuch dystrybucji leków to termin pozaustawowy służący zbiorczemu określeniu praktyk polegających na zbywaniu produktów leczniczych przez apteki do hurtowni farmaceutycznych, dokonywanemu głównie w celach związanych z dalszą sprzedażą tych produktów za granicę. Jakkolwiek szeroki i niedookreślony charakter tego pojęcia, daje możliwość uwzględnienia w jego zakresie wszelkich zachowań polegających na wykroczeniu poza krąg odbiorców dozwolonych przy zbyciu produktu leczniczego przez aptekę, w tym np. sprzedaży leków pomiędzy

¹ Aleksandra Miśkiewicz, doktor nauk prawnych, adwokat, ORCID: 0000-0003-3692-6481.

² Bartosz Kaczmarek, radca prawny.

aptekami krajowymi. Typowe rozumienie odwróconego łańcucha dystrybucji pozostaje w ścisłym związku z działalnością hurtowni farmaceutycznych oraz wywozem produktów leczniczych poza granicę Polski. Historyczna potrzeba regulacji omawianego zjawiska pojawiła się bowiem przede wszystkim na tle tych dwóch okoliczności, a towarzyszyła jej szeroka dyskusja, akcentująca nie tyle kontekst *stricte* prawny, co przede wszystkim ujemny wpływ wywozu produktów leczniczych za granicę na ich dostępność na rynku krajowym, a w konsekwencji na stan zdrowia publicznego, z powodowaniem zagrożenia zdrowia lub życia pacjentów włącznie.

W typowo rozumianym odwróconym łańcuchu dystrybucji, produkt leczniczy znajdujący się na etapie bezpośrednio poprzedzającym detaliczne zbycie do odbiorcy końcowego (pacjenta), tj. będący w ofercie apteki – podmiotu uprawnionego i zobowiązanego do prowadzenia obrotu detalicznego produktami leczniczymi³ – nie trafia do takiego odbiorcy. W to miejsce staje się ponownie przedmiotem obrotu hurtowego, by finalnie zostać zbytym przez uczestnika tego obrotu (hurtownię farmaceutyczną) za granicę. Operacja zwrotnego transferu produktu leczniczego do obrotu hurtowego jest zazwyczaj dokonywana pod pozorem różnorodnych działań mających nadać jej pozory legalności, np. zwrotów powodowanych rzekomą wadliwością lub wykorzystania pośrednictwa podmiotów prowadzących działalność leczniczą. Uzasadnienie operacji ma *prima facie* charakter ekonomiczny, związany z różnicami w cenach leków produktów leczniczych obowiązujących w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W Polsce ceny produktów leczniczych kształtują się na niskim poziomie, a w niektórych kategoriach (np. leki generyczne⁴) są najniższe w Unii Europejskiej, co w sposób oczywisty może zachęcać do działań służących transferowi leków na inne rynki zbytu, jako opłacalnym ekonomicznie.

Należy podkreślić, że sama idea obrotu produktami leczniczymi w unijnym wymiarze międzyterytorialnym, w tym sprzedaży leków dopuszczonych do obrotu w jednym państwie członkowskim do innego państwa członkowskiego, nie jest sprzeczna z prawem, również wówczas, gdy jest powodowana intencją wykorzystania rozbieżności cenowych pomiędzy krajami Unii Europejskiej. Analogiczna intencja leży u podstaw importu

³ Art. 68 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 974 ze zm.). O ile nie wskazuje się inaczej, użyty w artykule termin „apteka” dotyczy aptek ogólnodostępnych oraz punktów aptecznych.

⁴ Puls Biznesu, W Polsce są najtańsze w UE leki generyczne, wydanie online <https://www.pb.pl/w-polsce-sa-najtansze-w-ue-leki-generyczne-1105760> z dnia 17 stycznia 2021 r.

równoległego towarów na obszarze Unii Europejskiej, w stosunku do którego nie ma żadnych wątpliwości, że jest działaniem usankcjonowanym zasadą swobodnego przepływu towarów. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie potwierdzał obowiązywanie tej zasady również w stosunku do produktów leczniczych akcentując, że swobodny przepływ towarów uprawnia przedsiębiorcę, który kupił produkt leczniczy legalnie sprzedawany w państwie członkowskim na podstawie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu wydanego w tym państwie, do przywozu tego produktu leczniczego do innego państwa członkowskiego, w którym produkt ten posiada już pozwolenie na dopuszczenie do obrotu, bez obowiązku uzyskania takiego pozwolenia zgodnie z Dyrektywą 2001/83/WE⁵. Refleksem tego prawa jest wynikający z art. 34 i 36 TFUE⁶ obowiązek państwa członkowskiego do powstrzymania się od utrudniania przywozu równoległego produktu leczniczego poprzez nakładanie na importera równoległego obowiązku przestrzegania takich samych wymogów jak wymogi mające zastosowanie do przedsiębiorstw, które wnoszą o wydanie po raz pierwszy pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, o ile import równoległy danego produktu leczniczego nie podważa ochrony zdrowia publicznego⁷.

W przypadku odwróconego łańcucha dystrybucji to jednak nie intencja uzyskania ekonomicznej korzyści lub przeznaczenie produktu leczniczego na wywóz do innego kraju Unii Europejskiej są kwestionowane z prawnego punktu widzenia, ale sposób realizacji tej intencji. Polega on bowiem na wyraźnym wykroczeniu poza wynikający z przepisów i utrwalony od lat porządek obrotu produktami leczniczymi, w myśl którego apteki są podmiotami uprawnionymi do prowadzenia obrotu detalicznego produktami leczniczymi, ale nie mają tytułu do dokonywania wobec takich produktów czynności właściwych obrotowi hurtowemu, w tym do umieszczania (cofania) produktów leczniczych w łańcuchu dystrybucji w taki sposób, że stają się one ponownie przedmiotem obrotu hurtowego ze wszystkimi tego konsekwencjami, z wywozem za granicę włącznie. To właśnie tak rozumiane „odwrócenie” łańcucha dystrybucji stanowi istotę pojęcia omawianej instytucji, a także legło u podstaw zmian legislacyjnych służących potwierdzeniu jej bezprawności oraz penalizacji, obok równocześnie występujących względów ochrony zdrowia publicznego.

⁵ Tak m.in. wyrok Trybunału UE z dnia 10 września 2002 r., Ferring, C-172/00, EU:C:2002:474, pkt 21.

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE z 26.10.2012; C 326/47).

⁷ Tak m.in. wyrok Trybunału UE z dnia 16 grudnia 1999 r., Rhône-Poulenc Rorer i May & Baker, C-94/98, EU:C:1999:614, pkt 40.

1.2. Administracyjnoprawna regulacja odwróconego łańcucha dystrybucji – geneza

Regulacja administracyjnoprawna zakazu odwróconego łańcucha dystrybucji jest zawarta przede wszystkim w art. 86a ustawy Prawo farmaceutyczne. Jest to regulacja stosunkowo nowa, bowiem przepis ten został wprowadzony do ustawy nowelizacją z dnia 19 grudnia 2014 r., która weszła w życie 8 lutego 2015 r.⁸ Przepis był następnie kilkakrotnie nowelizowany, zyskując finalną i znacznie zmienioną względem pierwotnego kształtu postać w 2019 r.⁹ Uzupełnieniem normy art. 86a są m.in. art. 103 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo farmaceutyczne, stanowiący że naruszenie art. 86a jest obligatoryjną przesłanką cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki, oraz dodany nowelizacją z dnia 9 kwietnia 2015 r.¹⁰ art. 126b, penalizujący naruszenie art. 86a. Poza zakresem niniejszego opracowania są pozostałe przepisy służące eliminacji praktyk odwróconego łańcucha dostaw poprzez nałożenie na uczestników obrotu obowiązków notyfikacyjnych i raportowych, w szczególności w ramach Zintegrowanego Systemu Monitorowania Obrotu Produktami Leczniczymi.

Należy podkreślić, że w stanie prawnym poprzedzającym wprowadzenie art. 86a do ustawy Prawo farmaceutyczne administracyjnoprawna kwalifikacja odwróconego łańcucha dystrybucji jako zjawiska bezprawnego była możliwa i miała miejsce. Jak wspomniano, zjawisko to jest wyraźnym wykroczeniem poza normatywną rolę apteki jako podmiotu uprawnionego i zobowiązanego do zaopatrywania w produkty lecznicze ludności, *ergo* dokonującego sprzedaży detalicznej takich produktów, natomiast nieuprawnionego do dystrybucji produktów leczniczych w kierunku innym niż wyżej wskazani odbiorcy. Taki model rozumienia funkcji apteki, jej umiejscowienia w łańcuchu dystrybucji produktu leczniczego oraz funkcji i zależności pomiędzy pozostałymi uczestnikami tego łańcucha, był ugruntowany co najmniej od momentu wejścia w życie ustawy Prawo farmaceutyczne, jak również znajdował i nadal znajduje potwierdzenie w jej odnośnych przepisach.

Punktem wyjścia dla powyższych konkluzji jest art. 65 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, statuujący niezmiennie zasadę, że obrót produktami leczniczymi jest obrotem regulowanym i może odbywać się tylko na

⁸ Ustawa z dnia 19 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 28).

⁹ Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2019 r., poz. 1542).

¹⁰ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2015 r., poz. 788).

warunkach określonych w przepisach tej ustawy. Jakkolwiek ustawa nie zawiera przepisu określającego zbiorczo katalog tych warunków, w tym wyrażającego najistotniejszą dla omawianej kwestii zasadę, że dla każdego etapu dystrybucji wyznacza się grupę podmiotów uprawnioną do dokonywania czynności właściwych temu etapowi, taką zasadę można było wywieść z całokształtu przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne.

Podążając za systematyką ustawy należy w pierwszej kolejności wskazać na art. 36g ust. 1 pkt 18, określający obowiązki podmiotu odpowiedzialnego, tj. przedsiębiorcy, który uzyskał pozwolenie na wprowadzenie produktu leczniczego do obrotu lub wnioskuje o takie pozwolenie, zatem z założenia sytuowanego na pierwszym miejscu w łańcuchu dystrybucji. Zgodnie z tym przepisem, podmiot odpowiedzialny mógł dostarczać produkty lecznicze wyłącznie na rzecz zamkniętego katalogu odbiorców, wśród których na pierwszym miejscu wymienione były podmioty uprawnione do prowadzenia obrotu hurtowego produktami leczniczymi, następnie m.in. apteki szpitalne, instytucje naukowe (dostawa w celach badawczych) oraz odbiorcy zagraniczni. Jednocześnie ustawa nie uprawniała żadnego z tych odbiorców do dystrybucji zwrotnej na rzecz podmiotu odpowiedzialnego, a temu ostatniemu nie nadawała dalej idących uprawnień do dostarczania produktów leczniczych, np. na rzecz aptek ogólnodostępnych. W świetle zasady wyrażonej w art. 65 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne uzasadniało to wniosek, że dystrybucja dokonana przez podmiot odpowiedzialny miała charakter jednokierunkowy i służyła – w przypadku, gdy odbiorcą był podmiot uprawniony do prowadzenia obrotu hurtowego produktami leczniczymi – wyłącznie wprowadzeniu produktu leczniczego do obrotu hurtowego, celem dalszej dystrybucji w jego ramach przez inne podmioty, którym ustawodawca przypisał w tym zakresie kompetencję.

W stanie prawnym poprzedzającym wprowadzenie art. 86a do ustawy prawo farmaceutyczne podmiotami uprawnionymi do prowadzenia obrotu hurtowego produktami leczniczymi były hurtownie farmaceutyczne oraz składy celne i konsygnacyjne (obecnie są to wyłącznie hurtownie farmaceutyczne)¹¹. Obrót ten, upraszczając definicję zawartą w art. 72 ust. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne, obejmuje ogół działań polegających na zaopatrywaniu się, przechowywaniu, dostarczaniu lub eksportowaniu produktów leczniczych, prowadzonych z wytwórcami lub importerami w zakresie wytwarzanych lub importowanych przez nich produktów leczniczych, hurtowniami farmaceutycznymi, aptekami lub z innymi upoważnionymi podmiotami, z wyłączeniem *explicite* bezpośredniego zaopatrywania

¹¹ Art. 72 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

ludności. Wymaga podkreślenia, że hurtownie farmaceutyczne nie miały i nie mają swobody w zakresie doboru podmiotów, u których nabywają produkty lecznicze lub na rzecz których dokonują zbycia takich produktów. W obu przypadkach są związane treścią art. 78 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo farmaceutyczne, nakazującym odpowiednio zaopatrywanie się wyłącznie u podmiotów odpowiedzialnych, wytwórców, importerów lub innych hurtowni farmaceutycznych oraz dostarczanie wyłącznie podmiotom uprawnionym, których zamknięty katalog jest określony w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 78 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne¹². Te ostatnie obejmują zarówno innych uczestników obrotu hurtowego (hurtownie farmaceutyczne), jak i podmioty dokonujące rozporządzenia produktem leczniczym na rzecz ludności, np. apteki ogólnodostępne, zakłady opieki zdrowotnej¹³, sklepy zielarsko-medyczne lub sklepy ogólnodostępne.

Powyższe uregulowania nie pozostawiały zatem wątpliwości, że charakter i przedmiot obrotu hurtowego produktami leczniczymi zostały normatywnie określone, m.in. ze skutkiem w postaci wyraźnego odróżnienia obrotu hurtowego od obrotu detalicznego oraz usytuowania obrotu hurtowego na etapie poprzedzającym obrót detaliczny. Jakkolwiek ustawa Prawo farmaceutyczne nie definiowała tego ostatniego i nie czyni tego nadal, to mając na względzie wyłączenie bezpośredniego zaopatrywania ludności z zakresu definicji obrotu hurtowego oraz ujęcie tej czynności w katalogu podstawowych obowiązków aptek ogólnodostępnych (art. 87 ust. 1 pkt 1) oraz placówek handlowych wskazanych przez ustawę¹⁴, wydaje się oczywiste, że obrót detaliczny należało rozumieć jako zbywanie produktów leczniczych na rzecz ludności. Analogicznie rozumienie przyjmuje doktryna¹⁵. Jednocześnie językowa wykładnia art. 71 ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne nie pozostawiała wątpliwości, że krąg podmiotów uprawnionych do prowadzenia tak rozumianego obrotu detalicznego był ograniczony do aptek i wyżej wspomnianych placówek handlowych.

Uzupełnienie powyższych wywodów o zasady wydania produktów leczniczych z apteki określone w ówczesnie obowiązującym art. 96 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne¹⁶, w myśl którego takie wydanie mogło służyć realizacji recepty, dostarczeniu leku bez recepty (OTC) lub reali-

¹² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie podmiotów uprawnionych do zakupu produktów leczniczych w hurtowni farmaceutycznej.

¹³ Obecnie podmioty lecznicze (art. 218 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej).

¹⁴ Art. 71 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

¹⁵ M. Kondrat (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz, wyd. II (art. 87), WK 2016, LEX/el. 2021.

¹⁶ Ustawa prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 974 ze zm.).

zacji zapotrzebowania uprawnionych podmiotów (np. podmiotów leczniczych lub lekarzy prowadzących indywidualną praktykę), potwierdza konkluzję, że apteka to podmiot, którego funkcją w łańcuchu dystrybucji było rozporządzenie produktem leczniczym na rzecz odbiorcy końcowego celem leczenia, niezależnie czy miało to miejsce w ramach zbycia produktu leczniczego klientowi (konsumentowi) czy zaopatrzenia w ten produkt podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych.

Ewentualne rozważania czy oba rodzaje rozporządzenia produktem leczniczym można wspólnie kwalifikować jako obrót detaliczny czy też należy dokonać dalszej dywersyfikacji, nie zmieniają wniosku o charakterze wyżej wspomnianej funkcji, jak również nie wpływają na kolejną konkluzję, tj., że apteki nie były uprawnione do rozporządzania produktem leczniczym w innym celu, w szczególności do wprowadzania produktu leczniczego do obrotu hurtowego. Wystarczy wskazać, że gdyby przyznanie aptekom tytułu do dokonania czynności z zakresu obrotu hurtowego było intencją prawodawcy, ustawa Prawo farmaceutyczne potwierdzałaby ten tytuł *expressis verbis*. Taki wniosek byłby bowiem uzasadniony na tle wynikającej z art. 65 ust. 1 ustawy zasady, że obrót produktami leczniczymi jest regulowany. Ustawa nie zawierała i nie zawiera takiego przepisu.

1.3. Administracyjnoprawna regulacja odwróconego łańcucha dystrybucji – stan obecny

Wyżej przedstawione rozważania dawały podstawę do uznania odwróconego łańcucha dystrybucji za niezgodny z prawem również w stanie prawnym poprzedzającym wprowadzenie art. 86a do ustawy Prawo farmaceutyczne. Istnieje stosunkowo bogate orzecznictwo sądów administracyjnych na tle rozstrzygnięć organów nadzoru farmaceutycznego polegających na cofnięciu zezwoleń na prowadzenie aptek lub hurtowni farmaceutycznych, z uwagi na naruszenie przez te podmioty opisanych zasad obrotu produktami leczniczymi, w tym wykroczenie poza uregulowany zakres kompetencji w ramach takiego obrotu. Wspólnym elementem ocen prawnych wyrażanych przez sądy było uznanie za niedopuszczalne przypadków zbywania produktów leczniczych przez apteki hurtowniom farmaceutycznym, jak również przypadków nabywania produktów leczniczych przez hurtownie od podmiotów niewymienionych przez ustawę Prawo farmaceutyczne. Dostrzeżona została m.in. praktyka zakładania hurtowni farmaceutycznych wyłącznie na potrzeby odwróconego łańcucha dystrybucji¹⁷.

¹⁷ M.in. wyrok NSA z 3 lutego 2014 r., sygn. II GSK 2066/12; wyrok NSA z dnia 21 maja 2014 r., sygn. II GSK 374/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 maja 2014 r., sygn. VI SA/Wa 3132/13.

Postępująca ekspansja praktyki odwróconego łańcucha dystrybucji i jej negatywny wpływ na dostępność produktów leczniczych w Polsce, odbijające się stosunkowo szerokim echem społecznym spowodowały, że ustawodawca uznał za wskazane poddanie owej praktyki bardziej rygorystycznej regulacji, pomimo że prezentowana wcześniej wykładnia ustawy Prawo farmaceutyczne zachowała aktualność i pozostaje w swej istocie aktualna również obecnie. Ubocznie wskazywano na potrzebę zmian legislacyjnych w odpowiedzi na zarzuty aptek, że surowa sankcja w postaci utraty zezwolenia na prowadzenie apteki wymaga ustanowienia normy, której dyspozycja *expressis verbis* określałaby niedozwolone zachowania w obszarze obrotu produktami leczniczymi skutkujące powyższą sankcją¹⁸.

Efektom działań ustawodawcy była nowelizacja z dnia 19 grudnia 2014 r., w następstwie której do ustawy Prawo farmaceutyczne wprowadzony został art. 86a. W pierwotnej treści przepis ten ustanawiał zakaz sprzedaży produktów leczniczych przez aptekę na rzecz hurtowni farmaceutycznej, innej apteki lub innego punktu aptecznego. Równolegle wprowadzona zmiana do art. 103 ust. 2 ustawy uprawniała wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego do cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki w razie naruszenia powyższego zakazu, przy czym uprawnienie to miało charakter fakultatywny. Stosunkowo szybko po wejściu w życie art. 86a, bowiem już nowelizacją z dnia 9 kwietnia 2015 r., treść przepisu została zmieniona poprzez zastąpienie zakazu sprzedaży produktów leczniczych zakazem zbywania. Zmianie tej towarzyszyła równoczesna nowelizacja art. 103 ustawy prawo farmaceutyczne, w wyniku której naruszenie art. 86a stało się obligatoryjną przesłanką cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki.

Intencja tej zmiany, choć nie została wyrażona wprost w uzasadnieniu nowelizacji z dnia 9 kwietnia 2015 r., wydaje się oczywista. Jakkolwiek ani ustawa prawo farmaceutyczne ani uzasadnienie nowelizacji z dnia 19 grudnia 2014 r. nie definiowały pojęcia sprzedaży, to zdaje się, że nie istnieją przeszkody, aby terminowi temu nadać znaczenie wynikające z art. 535 § 1 k.c. Wprawdzie stosowanie analogii przy wypełnianiu luk prawa administracyjnego to materia nierzadko dyskusyjna, jednakże wobec precyzyjnej wykładni terminu „sprzedaż” na gruncie prawa cywilnego oraz braku w ustawie Prawo farmaceutyczne regulacji przeciwstawiających się tej wykładni, należy opowiedzieć się za jej dopuszczalnością na gruncie art. 86a. Możliwość tą wydaje się potwierdzać wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 lutego 2019 r., sygn. VI SA/Wa 1586/18, zawierający

¹⁸ W. Olszewski (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz (art. 86a), WK 2016, LEX/el. 2021.

wywody dotyczące odstąpienia przez aptekę od umowy sprzedaży ze skutkiem *ex tunc*, w tym kwestionujący na gruncie doktryny prawa cywilnego dopuszczalność wykonania tego prawa. Również wykładnia funkcjonalna art. 86a zdawała się wskazywać na cywilnoprawne rozumienie terminu „sprzedaż”, skoro zamiarem ustawodawcy była ingerencja w stosunki pomiędzy uczestnikami obrotu produktami leczniczymi i polegające na obracaniu tymi produktami. Stosunki te mają charakter cywilnoprawny, a w ich ramach dominującą formą obrotu produktami leczniczymi jest sprzedaż w rozumieniu art. 535 § 1 k.c. Normę wyrażoną w art. 86a należało zatem rozumieć jako zakaz zawierania przez aptekę umów zobowiązujących do odpłatnego przeniesienia prawa własności produktów leczniczych na rzecz hurtowni farmaceutycznej, innej apteki lub innego punktu aptecznego. W istocie, mając na uwadze, że umowa sprzedaży zazwyczaj wywołuje równoczesny skutek prawnorzeczowy, intencją ustawodawcy należało objąć również taki skutek, tj. przeniesienie prawa własności na nabywcę, albowiem bez niego trudno mówić o dalszym rozporządzaniu produktem leczniczym przez nabywcę na rzecz kolejnych uczestników obrotu.

Objęcie zakazem z art. 86a wyłącznie sprzedaży produktów leczniczych pozostawiało poza zakresem regulacji inne formy rozporządzenia produktami leczniczymi, w szczególności pod tytułem darmym. Przepis nie miał zastosowania również do innych praktyk stosowanych w ramach odwróconego łańcucha dystrybucji, np. dokonywania przez apteki zwrotów rzekomo wadliwych produktów leczniczych. W pierwotnej postaci art. 86a nie był więc efektywnym rozwiązaniem legislacyjnym i jest oczywiste, że nowelizacja z dnia 9 kwietnia 2015 r. służyła korekcie powyższych luk. W jej wyniku zakazem z art. 86a objęte zostało zbywanie produktów leczniczych przez aptekę na rzecz hurtowni farmaceutycznej, innej apteki lub innego punktu aptecznego.

Termin „zbywanie”, analogicznie jak w przypadku terminu „sprzedaż”, nie został zdefiniowany w ustawie prawo farmaceutyczne. Nie wyjaśnia go również uzasadnienie nowelizacji. Mając na względzie judykaturę powstałą na tle zbliżonych rozwiązań legislacyjnych można przyjąć, że termin ten obejmuje czynności prawne, na podstawie których dochodzi do wyzbycia się własności na rzecz innego podmiotu, z wyłączeniem przypadków utraty rzeczy z mocy prawa¹⁹. W podobny sposób wypowiada się doktryna na gruncie art. 86a ustawy prawo farmaceutyczne uznając, że zbywaniem w rozumieniu tego przepisu są wszelkie czynności prze-

¹⁹ Uchwała SN z dnia 7 lipca 2016 r., sygn. III CZP 33/16, OSNC 2017, nr 5, poz. 5.

niesienia własności rzeczy, w tym nieodpłatne, np. darowizny²⁰. Jest to więc termin szerszy niż sprzedaż, aczkolwiek jego immanentną cechą wydaje się pozostawać skutek prawnorzeczowy w postaci przeniesienia prawa własności produktu leczniczego na inny podmiot. Dlatego też przyjmuje się m.in. że dyspozycja art. 86a nie obejmuje przesunięcia międzymagazynowego w ramach struktur tego samego przedsiębiorcy, o ile ma ono charakter czynności faktycznej²¹. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że znamię czasownikowe „zbywania” odgrywa zasadniczą rolę w określeniu rzeczywistego zakresu możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za naruszenie art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, o czym szerzej w dalszej części niniejszego opracowania.

Ustanowiony w powyższy sposób zakaz zbywania produktów leczniczych obowiązywał do dnia 6 czerwca 2019 r., tj. daty wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo farmaceutyczne z dnia 26 kwietnia 2019 r.²² W znaczący sposób zmieniła ona treść art. 86a oraz charakter wynikającej zeń dotychczas normy, przekształcając ją w normę pozwalającą. W świetle nowej treści przepisu apteki mogły zbywać produkty lecznicze w czterech enumeratywnie określonych sytuacjach: w celu bezpośredniego zaopatrzenia ludności (w tym nieodpłatnie pacjentowi – wyłącznie na potrzeby jego leczenia); na podstawie zapotrzebowania wystawionego przez podmioty wykonujące działalność leczniczą zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne; nieodpłatnie – wyłącznie na rzecz domów pomocy społecznej w celu realizacji udzielanych tam świadczeń opieki zdrowotnej, na rzecz organów władzy publicznej w przypadku wystąpienia konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych lub na rzecz podmiotów wykonujących działalność leczniczą zgodnie z art. 96 ust. 1, przy czym każdy przypadek nieodpłatnego zbycia wymaga uprzedniej zgody właściwego wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. Czwarta sytuacja obejmowała zaopatrzenie podmiotów innych niż pacjenci lub podmioty prowadzące działalność leczniczą w produkty lecznicze dopuszczone do obrotu w sklepach ogólnodostępnych lub w sklepach specjalistycznego zaopatrzenia medycznego. Poza rozszerzeniem katalogu produktów możliwych do zbycia w ramach czwartej sytuacji²³, art. 86a obowiązuje w postaci niezminionej w aktualnym stanie prawnym.

²⁰ M. Kondrat (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz, wyd. II (art. 86a), WK 2016, LEX/el. 2021.

²¹ Tak m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. VI SA/Wa 2410/19.

²² Ustawa z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2019 r., poz. 959.

²³ Obecnie produkty lecznicze OTC, z wyłączeniem zawierających określone substancje psychoaktywne. Nowelizacja wskazana w przypisie 6.

Nowelizacja została uzasadniona koniecznością poprawy efektywności rozwiązań legislacyjnych mających przeciwdziałać odwróconemu łańcuchowi dystrybucji, w związku z postępującą ewolucją praktyk służących ukryciu zwrotnego transferu produktów leczniczych z aptek do hurtowni farmaceutycznych, w tym angażowaniem większej liczby uczestników obrotu oraz korzystaniem z pośrednictwa podmiotów nieuczestniczących bezpośrednio w obrocie produktami leczniczymi, np. domów opieki społecznej, sklepów ogólnodostępnych lub podmiotów prowadzących działalność leczniczą. W tym świetle dotychczasowa redakcja art. 86a została przez ustawodawcę uznana za zbyt wąską. Oprócz jej zmiany zwiększoną efektywność miało też zapewnić wprowadzenie przepisów stanowiących *explicite* o zakazie lub nakazie określonych działań przez podmioty uczestniczące w powyższych praktykach. Dotyczy to w szczególności hurtowni farmaceutycznych, w stosunku do których wyrażono w nowo dodanym art. 78b zakaz zaopatrywania się w produkty lecznicze od podmiotów innych niż określone w art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo farmaceutyczne. Podmioty prowadzące działalność leczniczą zostały z kolei objęte odpowiednio zakazem nabywania produktu leczniczego, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego objętych refundacją w celu innym niż udzielanie przez ten podmiot świadczenia opieki zdrowotnej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 87 ust. 5) oraz całkowitym zakazem zbywania tychże, z wyjątkiem zaopatrywania podmiotu prowadzącego działalność leczniczą przez aptekę szpitalną na warunkach określonych w art. 106 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo farmaceutyczne (art. 87 ust. 5a).

Wyżej wskazane zmiany znalazły refleks w rozbudowanej treści art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne. W postaci nadanej nowelizacją i obowiązującej również obecnie penalizuje on zarówno naruszenie art. 86a, jak również każdego z zakazów zawartych w art. 78b oraz art. 87 ust. 5 i 5a ustawy.

2. Analiza prawnokarna. Aspekty materialne

2.1. Znamiona typu czynu zabronionego

W pierwszej kolejności należy wskazać, że częściowo blankietowy charakter art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne nastręcza pewnych trudności interpretacyjnych w zakresie nie tylko dekodowania, ale również analizy znamion tego typu czynu zabronionego.

Rekonstruowanie normy nakazu lub zakazu wprowadzonej przez ustawodawcę wymaga zatem rzetelnej syntezy treści wszystkich opisanych powyżej przepisów. W art. 126b ustawodawca decyduje się na penalizację trzech rodzajów zachowań. I tak w zakresie ust. 1 oraz ust. 2 tego przepisu, przedmiotem normowania zdaje się być penalizacja odpowiednio: zbywania przez apteki ogólnodostępne lub punkty apteczne produktów leczniczych do podmiotów prowadzących dalszy nimi obrót, tj. hurtowni farmaceutycznych lub innych aptek czy też punktów aptecznych oraz nabywania takich produktów. Natomiast zakres penalizacji art. 126b ust. 3 to czyny polegające na nabywaniu lub zbywaniu, wywożeniu poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przewożeniu lub przechowywaniu produktu leczniczego uzyskanego za pomocą czynu opisanego w ust. 1 lub ust. 2. W treści ust. 4 oraz ust. 5 ustawodawca wprowadza dwa typy kwalifikowane – odpowiednio: ze względu na wartość przedmiotu przestępstwa (mienie znacznej wartości²⁴, znajdujące swoją definicję legalną w treści art. 115 § 5 k.k.) oraz ze względu na jego charakter (produkt leczniczy zamieszczony w wykazie, o którym mowa w art. 37av ust. 14²⁵ – tj. zamieszczony w wykazie produktów leczniczych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych zagrożonych brakiem dostępności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Niewątpliwie przedmiotem ochrony przestępstwa stypizowanego w art. 126b jest bezpieczeństwo obrotu produktami leczniczymi oraz ochrona zdrowia publicznego.

Jakkolwiek ustawodawca w treści art. 126b, w celu wskazania podmiotu, posługuje się sformułowaniem „kto” – co mogłoby sugerować powszechny typ czynu zabronionego, to doprecyzowanie znamion podmiotowych w art. 78b, 86a oraz art. 87 ust. 5 i 5a prowadzi do konkluzji, że czyn zabroniony stypizowany w art. 126b może być popełniony jedynie przez osoby prowadzące aptekę lub punkt apteczny, hurtownię farmaceutyczną czy podmiot wykonujący działalność leczniczą, a tym samym ma charakter indywidualny. Okoliczność ta winna mieć szczególne znaczenie interpretacyjne w kontekście analizy ewentualnego modelu odpowiedzialności *ekstraneusa* przy przyjęciu sprawczego lub niesprawczego współdziałania w popełnieniu tego czynu zabronionego.

W zakresie treści art. 126b ust. 1 należy ponownie wskazać, że użyte przez ustawodawcę znamię czasownikowe „zbywa” nie znajduje swojej definicji legalnej ani w treści komentowanej ustawy, ani na gruncie Kodeksu karnego (aczkolwiek termin ten występuje w treści art. 121, art.

²⁴ Art. 126b ust. 4 ustawy Prawo farmaceutyczne.

²⁵ Art. 126b ust. 5 ustawy Prawo farmaceutyczne.

269b, art. 274, art. 300 oraz art. 363 k.k.). Słusznym wydaje się jednak być założenie, że „zbycie” obejmuje wszelkie możliwe czynności prowadzące do przejęcia trwałego władztwa nad przedmiotem przez inną osobę. Zakres desygnatów tego pojęcia będzie zatem szerszy niż pojęcia sprzedaży i pokryje wszelkie formy przeniesienia władztwa nad przedmiotem na inną osobę. Zbyciem nie będzie jednocześnie jakakolwiek forma utraty władztwa, która nie prowadzi do przeniesienia tego władztwa na inną osobę, np. utrata, zgubienie, porzucenie, wyrzucenie czy oddanie na przechowanie.

Jakkolwiek zrozumiałe wydaje się być stanowisko części przedstawicieli doktryny w zakresie formalnego charakteru przestępstwa stypizowanego w art. 126b²⁶, oparte, zdaje się, na wykładni językowej tego przepisu, to w ocenie Autorów stanowisko to jest błędne – a to z uwagi na konieczność dokonania wykładni celowościowej. Skutkiem „zbywania”, z punktu widzenia cywilistycznego byłoby zatem przeniesienie trwałego władztwa nad przedmiotem z jednej osoby na drugą, a z punktu widzenia prawnokarnej oceny, wystąpienie zmiany w rzeczywistości w postaci tegoż przeniesienia i objęcia we władztwo przedmiotu zbycia przez inną osobę. Oznacza to, że przestępstwo stypizowane w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne ma charakter materialny, tj. ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do treści przepisu znamienia modalnego w postaci wyżej opisanego skutku, a do przypisania odpowiedzialności karnej ewentualnemu sprawcy niezbędne jest wystąpienie tegoż skutku.

Analogicznie należy ocenić znamię „nabywania”, oznaczające zasadniczo drugi, obok zbywcy, podmiot transakcji podlegający prawnokarnemu wartościowaniu i mającej stanowić odwrócony łańcuch dystrybucji leków. W tym kontekście należy przypomnieć, co sygnalizowano już uprzednio, że kwalifikacja prawna oparta na ust. 1 albo ust. 2 omawianego przepisu różnicuje również podmioty zdolne do popełnienia czynu zabronionego – i tak, odpowiednio w przypadku ust. 1 może być on popełniony jedynie przez osobę prowadzącą aptekę lub punkt apteczny, a w przypadku ust. 2 – hurtownię lub podmiot wykonujący działalność leczniczą.

W konsekwencji należy przyjąć, że dokonanie przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne następuje z momentem trwałego, tj. odpowiadającego spokojnemu posiadaniu, przejęcia władztwa nad produktem leczniczym. Nie jest jednakże konieczne, aby władanie to odpowiadało całkowicie prawu własności. Należy bowiem pamiętać, że celem penalizacji tego typu zachowań jest wykluczenie mechanizmu odwróconego łańcucha dystrybucji leków z obrotu prawnego

²⁶ Tak np. W. Olszewski (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz, WK 2016.

i gospodarczego, a zatem ewentualne ograniczenie zakresu czynności sprawczych do sprzedaży czy darowizny byłoby sprzeczne z zamysłem i celem ustawodawcy.

2.2. Strona podmiotowa

Ocena strony podmiotowej komentowanego czynu zabronionego wymaga analizy dwóch płaszczyzn – formalnej, odnoszącej się do redakcji językowej typu czynu zabronionego oraz psychologicznej, wskazującej na proces motywacyjny zachodzący w psychice konkretnego sprawcy.

W aspekcie formalnym art. 126b należy wskazać, że ustawodawca nie decyduje się na zamieszczenie w treści tego przepisu klauzuli nieumyślności. Oznacza to, że zgodnie z treścią art. 8 k.k.²⁷ występnek, a jako taki należy kwalifikować przestępstwo stypizowane w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne z uwagi na wysokość karnego zagrożenia, co do zasady może być popełnione umyślnie. Jakkolwiek ustawodawca przewiduje wyjątki dopuszczające nieumyślne popełnienie czynu zabronionego, to muszą znaleźć one wyraźne odzwierciedlenie w treści przepisu, a to w postaci klauzuli nieumyślności. Milczenie ustawodawcy w tym zakresie będzie oznaczało, że czyn może być popełniony jedynie umyślnie – co niewątpliwie ma miejsce w przypadku omawianego art. 126b ustawy.

Co istotne, w rozumieniu prawa karnego, pojęcia umyślności oraz zamiaru – zarówno w formie *dolus directus*, jak i *dolus eventualis* – są pojęciami o charakterze technicznym. Oznacza to, że o ile w języku potocznym intuicyjnie działania człowieka dzielone są jedynie na umyślne i nieumyślne, to w świetle art. 9 k.k.²⁸ nieumyślność nie jest li tylko prostym zaprzeczeniem umyślności, a umyślność z kolei nie jest równoznaczna wyłącznie z zamiarem osiągnięcia czegoś, rozumianym jako chęć. I tak w przypadku zamiaru bezpośredniego (*dolus directus*) sprawca chce popełnić czyn zabroniony, a w przypadku zamiaru wynikowego (*dolus eventualis*) sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, na to się godzi²⁹.

²⁷ Zbrodnię można popełnić tylko umyślnie; występnek można popełnić także nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi.

²⁸ Zgodnie z treścią art. 9 § 1 k.k.: Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi, natomiast zgodnie z treścią art. 9 § 2 k.k.: Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć.

²⁹ A. Z o l l, (w:) W. W r ó b e l (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

Do przyjęcia umyślności, co w przypadku art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne równoznaczne jest ze zdolnością popełnienia tego czynu zabronionego, po stronie sprawcy konieczna jest świadomość wszystkich okoliczności dających się subsumować jako znamiona składające się na opis typu czynu, rozumiana jako zarejestrowanie w świadomości sprawcy, że dana cecha czynu występuje również w rzeczywistości³⁰. Jakkolwiek brak w tym zakresie, rozumiany jako prawnokarny błąd, będzie stanowił okoliczność wyłączającą umyślność, a zatem uniemożliwiał popełnienie omawianego czynu zabronionego – wyjątek od tej zasady stanowi jedynie błąd określony w art. 28 § 2 k.k.³¹, który nie znajduje jednak zastosowania w kontekście art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, a to z uwagi na brak określenia w ustawie typów uprzywilejowanych.

Analizując psychologiczny aspekt strony podmiotowej art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne należy pamiętać, że omawiana wyżej świadomość lub jej brak obejmować może jedynie okoliczności o charakterze przedmiotowym – tj. leczniczy charakter produktu, naruszenie warunków określonych w art. 86a ust. 1–4 ustawy, naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 78b, art. 87 ust. 5 lub 5a ustawy (w zakresie ust. 1 i ust. 2), pochodzenie produktu (w zakresie ust. 3), a także jego wartość (w zakresie ust. 4) oraz ewentualne umieszczenie go w odpowiednim wykazie (ust. 5). Nie mogą być bowiem przedmiotem błędu okoliczności o charakterze podmiotowym, tzn. związane z osobą sprawcy.

Powyższe okoliczności modelowy sprawca winien rozpoznać i w konsekwencji podjąć decyzję o dopuszczeniu się konkretnego, uzewnętrznionego zachowania. Należy jednocześnie pamiętać, że świadomość należy rozumieć jako zaktualizowaną w momencie popełniania czynu wiedzę – nie będzie możliwe zatem przyjęcie zamiaru w jakiejkolwiek jego formie, a tym samym umyślności, w przypadku powzięcia przez sprawcę wiadomości o okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego już po ukończeniu zachowania. Oznacza to, że w przypadku, gdy potencjalny sprawca nie obejmował swoją świadomością którejkolwiek z okoliczności wskazanych powyżej, nie można przypisać mu zamiaru, a zatem nie jest zdolny do popełnienia czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne.

³⁰ Tamże.

³¹ Odpowiada na podstawie przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność sprawca, który dopuszcza się czynu w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność stanowiąca znamię czynu zabronionego, od której taka łagodniejsza odpowiedzialność zależy.

Elementem odróżniającym zamiar bezpośredni od wynikowego jest jego strona woluntatywna – w przypadku *dolus directus* sprawca chce popełnić czyn zabroniony, w przypadku *dolus eventualis* zaś, przewidując możliwość jego popełnienia, godzi się na to. Jakkolwiek zdefiniowanie godzenia się wydaje się być niemalże niemożliwe, już to na gruncie prawa karnego, już to w oparciu o nauki pomocnicze, takie jak psychologia czy filozofia, to można z całą pewnością stwierdzić, że człowiek zawsze działa w jakimś – niekoniecznie przestępnym – celu, a więc zamiar wynikowy nigdy nie wystąpi samodzielnie, a zawsze obok zamiaru bezpośredniego³². Intuicyjnie wyczuwalne jest, że godzenie się jest jednocześnie czymś mniej niż chęcią, ale czymś więcej niż niechęcią – co odpowiada założeniom koncepcji obojętności woli, zaprezentowanej przez W. Woltera³³. Należy jednocześnie uzupełniającą wskazać, że jakiegokolwiek uzewnętrznione zachowanie sprawcy mające na celu zapobieżenie popełnieniu przez niego czynu zabronionego uniemożliwia przyjęcie zamiaru wynikowego.

Popełnienie czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne z zamiarem ewentualnym byłoby zatem realizacją znamion tego typu czynu niejako przy okazji, w związku z innym, chociażby prawnokarnie obojętnym zachowaniem, polegającym na jakiegokolwiek aktywności, której realizacja przez potencjalnego sprawcę pociąga za sobą wypełnienie znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 126b ustawy, przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek przeciwwagi ze strony sprawcy w tym zakresie.

Potencjalnie problematyczne wydaje się być odróżnienie stanów faktycznych, w których sprawca przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne działa umyślnie w postaci zamiaru wynikowego, od działania w ramach nieumyślności w jej świadomej odmianie. Strona intelektualna charakteryzująca świadomą nieumyślność jest bowiem tożsama z tą charakteryzującą obie postaci zamiaru. Jak wskazuje K. Buchała, różnica pomiędzy powyższymi opiera się na stopniu uświadomionego przez sprawcę prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego³⁴. Oznacza to, że sprawca może działać nieumyślnie w postaci świadomej w dwóch przypadkach – albo rozpoznaje wysoki stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, ale przedsięwzięcie czynności mające na celu zmniejszenie tego stopnia (w przypadku

³² Tak np. wyrok SA w Krakowie z dnia 10 grudnia 2008 r., sygn. II AKa 192/08, KZS 2009, nr 1, poz. 62 oraz wyrok SA w Krakowie z dnia 29 maja 2014 r., sygn. II AKa 26/14, KZS 2014, nr 7–8, poz. 63.

³³ W. Wolter, Nauka o przestępstwie, PWN, Warszawa 1973, s. 127.

³⁴ K. Buchała, Prawo karne materialne, PWN, Warszawa 1980, s. 311 i n.

omawianego art. 126b ustawy – przykładowo czynności sprawdzające pochodzenie produktu leczniczego), albo przewiduje niewysoki stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego. Obydwie te sytuacje, ponieważ dotyczą nieumyślności, nie mogą być podstawą przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa z art. 126b ustawy.

Konkludując należy przyjąć, że przestępstwo stypizowane w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne ma charakter umyślny i może zostać popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i wynikowym.

2.3. Formy zjawiskowe

Czyn zabroniony stypizowany w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, oprócz oczywistej postaci sprawstwa pojedynczego, może być popełniony również w formie przestępnego współdziałania – współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego oraz polecającego, a także jego niesprawczych form, tj. podżegania i pomocnictwa³⁵. Ustawodawca nie wprowadza bowiem do treści przepisu żadnych ograniczeń w możliwości poszerzenia podmiotowego zakresu odpowiedzialności karnej poza sytuacje, gdy wszystkie znamiona typu czynu zabronionego wypełnia jedna osoba ani *a contrario* nie wymaga dla pełnej realizacji znamion współdziałania dwóch lub więcej osób (zob. współsprawstwo konieczne).

Należy jednak zachować w pamięci, że w myśl polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa, formy te stanowią w swej istocie odrębne typy czynu zabronionego, które charakteryzują się odmiennymi od sprawczych form współdziałania znamionami.

W świetle art. 18 k.k., popełnienie czynu zabronionego wskazanego w części szczególnej Kodeksu karnego lub innych przepisach karnych (jak art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne) może mieć miejsce w czterech sprawczych formach: samodzielnego wypełnienia przez jedną osobę znamion typu czynu zabronionego (sprawstwo pojedyncze), wypełnienia tych znamion wspólnie i w porozumieniu z inną osobą (współsprawstwo), wypełnienia znamion w formie kierowania zachowaniem innej osoby (sprawstwo kierownicze) lub wydania osobie uzależnionej polecenia (sprawstwo polecające)³⁶. Należy jednocześnie wskazać, że każda z wymienionych wyżej osób zostanie uznana za wykonawcę czynu

³⁵ Zgodnie z treścią art. 18 k.k.

³⁶ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

zabronionego, a tym samym jego sprawcę³⁷ i poniesie ewentualną odpowiedzialność karną za całość przestępnego zdarzenia, tj. również za elementy, które nie zostały przez nią własnoręcznie wykonane³⁸.

Za kryterium rozgraniczające sprawstwo pojedyncze przestępstw materialnych (a zatem także art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne) od form sprawczego współdziałania należy przyjąć koncepcję obiektywnego przypisania skutku, uzależniającą ewentualną odpowiedzialność karną konkretnego sprawcy (lub sprawców) i jej zakres od spełnienia określonych przesłanek normatywnych i ontycznych. Zarówno sama hipoteza przepisu art. 126b ustawy, jak i opisana w części wstępnej niniejszego artykułu praktyka, wskazuje na możliwość wystąpienia wielu podlegających prawnokarnemu wartościowaniu stanów faktycznych o skomplikowanym i wieloodmianowym charakterze. W tym kontekście szczególnie istotne jest każdorazowe, kazuistyczne wręcz dokonanie analizy w świetle koncepcji obiektywnego przypisania skutku w celu upewnienia się, że przyjęta kwalifikacja prawna, także w zakresie ewentualnego rozszerzenia strony podmiotowej czynu, w pełni oddaje zakres i stopień prawnokarnego bezprawia.

I tak w zakresie współsprawstwa należy wskazać, że jego istota zdaje się wynikać z konieczności stworzenia warunków do przypisania każdemu ze współdziałających całości prawnokarnego ładunku popełnionego czynu zabronionego. W świetle treści art. 18 § 1 k.k., tj. działaniu wspólnie i w porozumieniu z inną osobą należy wskazać na szczególne znaczenie porozumienia jako elementu wyznaczającego granice odpowiedzialności za współsprawstwo. Oznacza to, że po pierwsze porozumienie jest warunkiem koniecznym zaistnienia współsprawstwa jako takiego, a po drugie wyznacza ono subiektywne granice odpowiedzialności karnej, tzn. wszystkie działania lub zaniechania wykraczające poza zakres tego porozumienia będą stanowiły eksces, a ewentualna odpowiedzialność karna za ich dokonanie nie obejmie pozostałych współdziałających.

Z uwagi na możliwość popełnienia czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne jedynie umyślnie, niezwykle istotne jest, że przedmiotem porozumienia musi być zamiar wspólnego popełnienia czynu zabronionego – każdy ze współdziałających musi obejmować zatem swoim zamiarem, bezpośrednim lub ewentualnym, realizację wszystkich przedmiotowych znamion tego typu czynu zabronionego³⁹.

³⁷ Odmienne m. in. A. Liszewska, (w:) A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004, s. 28 i n.

³⁸ Tak np. postanowienie SN z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. II KK 17/14.

³⁹ Tak np. wyrok SA w Katowicach z dnia 23 września 2004 r., sygn. II Aka 276/04.

W odróżnieniu od porozumienia, które musi być w całości objęte świadomością współdziałających, warunek taki nie jest konieczny w zakresie drugiego z elementów konstytuujących współsprawstwo, tj. wspólnego wykonania czynu zabronionego. Wyróżnia się bowiem dwie zasadnicze odmiany współsprawstwa – równoległe (każdy ze współdziałających samoistnie wypełnia wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, jednocześnie istnieje między nimi porozumienie w tym zakresie) oraz dopełniające (porozumienie zakłada wypełnienie przez każdego ze współdziałających części znamion typu czynu zabronionego, które łącznie doprowadzą do realizacji całości tych znamion, przy czym wkład ten nie musi być równorzędny)⁴⁰.

Ma to szczególne znaczenie w kontekście omawianego art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, gdzie nierzadko w ramach jednego postępowania karnego rozpatrywany jest całokształt transakcji i działań podejmowanych w ramach określonego podmiotu gospodarczego lub ich grupy, w której występują powiązania osobowe czy kapitałowe, a także procedury tego rodzaju prowadzone na dużą skalę. Należy zauważyć, że mechanizm ten z biegiem lat ewoluował do form coraz to bardziej skomplikowanych, przejawiających się w jednoczesnym zaangażowaniu wielu podmiotów o zróżnicowanym charakterze. Przy czym działanie każdego z podmiotów dokonujących odwróconego obrotu produktami leczniczymi na poszczególnych jego etapach pozostaje niezbędne do osiągnięcia zamierzonego przestępnego celu.

Z uwagi na wprowadzenie przez ustawodawcę do treści art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne typu kwalifikowanego ze względu na wartość przedmiotu czynności wykonawczej (ust. 4), poszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej nabiera szczególnego znaczenia. Jeżeli bowiem suma działalności przestępnej sprawców pozwoli na zakwalifikowanie ich działania w oparciu o ust. 4 omawianego przepisu, to każdy ze współdziałających będzie odpowiadał za typ kwalifikowany, chociażby jego własnoręczna działalność nie dotyczyła mienia znacznej wartości w rozumieniu art. 115 § 5 k.k. – jednakże pod warunkiem, że jego aktywność objęta została porozumieniem⁴¹.

Jedynie uzupełniającą warto zaznaczyć, że do współsprawstwa znajdują zastosowanie reguły rozszerzające odpowiedzialność karną po

⁴⁰ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

⁴¹ Tak np. wyrok SA w Gdańsku z dnia 21 października 1999 r., sygn. II AKa 253/99.

stronie przedmiotowej, tzn. przewidziane odpowiednio w art. 13 k.k. oraz art. 16 k.k. postaci przeddokonania – usiłowanie i przygotowanie⁴².

W sytuacjach, gdy obrót produktami leczniczymi stanowiący w swej istocie odwrócony łańcuch dystrybucji leków prowadzony jest na znaczną skalę czy też w sposób wykorzystujący powiązania wielu podmiotów, należy rozważyć gruntowną analizę stanu faktycznego pod kątem istnienia ewentualnej struktury organizacyjnej, a w konsekwencji oparciu kwalifikacji prawnej o art. 258 § 1 k.k., tj. popełnienie przestępstwa w ramach zorganizowanej grupy przestępczej. Jest to bowiem zgoła odmienna od współsprawstwa konstrukcja prawa karnego, cechująca się wysokim poziomem strukturalnego zorganizowania grupy oraz różnorodnością i zmiennością czynności wykonawczych, które można określić jako branie udziału⁴³. Konstrukcja ta zostanie szerzej omówiona w kolejnych podrozdziałach niniejszego artykułu.

Kolejną formą sprawstwa w rozumieniu art. 18 k.k. jest sprawstwo kierownicze, obejmujące sytuacje, w których osoba kierująca wykonaniem czynu zabronionego nie realizuje własnoręcznie żadnego ze wskazanych przez ustawodawcę znamion tego typu czynu, a ogranicza swoje zachowanie do sterowania czynami innej osoby. Elementem konstytuującym tę formę sprawstwa jest zatem faktyczne, rzeczywiste i uświadomione przez kierującego władztwo nad tymi czynami, a realizacja znamion konkretnego typu czynu zabronionego przez sprawcę wykonawczego jest niezbędna do dokonania samego sprawstwa kierowniczego. Z treści art. 18 k.k. zdaje się wynikać również konieczność istnienia koincydencji czasowej w zakresie kierowania oraz wykonywania czynu zabronionego przez sprawcę właściwego.

W zakresie ewentualnej kwalifikacji prawnej opartej na sprawstwie kierowniczym należy przypomnieć, że odmiana ta cechuje się swoją własną stroną podmiotową, a umyślność lub nieumyślność sprawcy kierowniczego nie ma związku z świadomością i wolą bezpośredniego wykonawcy⁴⁴, co ma odzwierciedlenie w kodeksowej zasadzie indywidualizacji odpowiedzialności karnej, określonej w art. 20 k.k.⁴⁵

⁴² Tak uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03.

⁴³ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ Każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających.

Co szczególnie istotne w kontekście omawianego art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, za sprawcę kierowniczego nie sposób uznać osoby obmyślającej i organizującej techniczną część dokonania przestępstwa, a to w postaci przykładowo opracowania planu, zaopatrzenia w środki transportu czy zapewnienia ogólnego bezpieczeństwa całej akcji przestępnej⁴⁶. Tego rodzaju czynności mogą być, jednakże podstawą do kwalifikacji prawnej opartej na art. 258 § 3 k.k., tj. zakładaniu lub kierowaniu zorganizowaną grupą przestępczą.

Ostatnią kodeksową formą sprawczego współdziałania jest sprawstwo polecające. Z uwagi na jego stosunkowo nieostre znamiona, niepodobna wskazać jednoznacznej i klarownej jurydycznej charakterystyki tego rodzaju współdziałania. W doktrynie wskazuje się jednak, że sprawca polecający, jakkolwiek nie ma bezpośredniego władztwa nad realizacją znamion typu czynu zabronionego, to realizacja ta dokonuje się na skutek wydania polecenia opartego na uzależnieniu wykonawcy od sprawcy polecającego, oraz stanowczej formie tego oddziaływania⁴⁷.

Jakkolwiek ustawodawca nie przewiduje żadnej konkretnej formy wydania rzeczoności polecenia, to niezwykle istotne jest, że adresat musi zrozumieć jego treść obejmującą wolę wykonania czynu zabronionego oraz czuć się zobligowany do jego wykonania na skutek istnienia wystarczająco silnych więzi pomiędzy nim a sprawcą polecającym – przy czym więzi te mogą mieć charakter zarówno formalny, jak i nieformalny⁴⁸. W przypadku przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne należy wskazać, że polecenie to może znajdować swoje podstawy w zależnościach o charakterze gospodarczym, kapitałowym, strukturalnym czy osobowym, nie tylko w ramach jednego podmiotu, ale również w ramach ich grupy.

Omówienie niesprawczych form współdziałania w kontekście art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne wymaga ponownego zaznaczenia, że zarówno podżeganie, jak i pomocnictwo stanowią osobne, samodzielne czyny zabronione o swoich własnych znamionach, których to realizacja stanowi podstawę odpowiedzialności karnej⁴⁹. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej podżegacza czy pomocnika będzie zatem wymagało

⁴⁶ Tak np. postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. V KK 170/03.

⁴⁷ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

⁴⁸ Tamże.

⁴⁹ Tak np. uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03; postanowienie SN z dnia 3 sierpnia 2006 r., sygn. III KK 445/05; wyrok SA w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 2002 r., sygn. II AKa 112/02.

sformułowania złożonej kwalifikacji prawnej, na którą to będą składać się zarówno art. 18 § 2 k.k., jak i odpowiedni przepis części szczególnej Kodeksu karnego czy przepis pozakodeksowy – w przypadku odwróconego łańcucha dystrybucji leków art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne. Z tego samego względu dokonanie podżegania i pomocnictwa nie będzie wymagało od sprawcy posiadania cechy przestępstwa indywidualnego, tj. możliwe jest popełnienie tego typu czynu zabronionego przez osoby inne niż prowadzące aptekę lub punkt apteczny, hurtownię farmaceutyczną czy podmiot wykonujący działalność leczniczą.

Znamie czynnościowe podżegania zostało określone przez ustawodawcę jako nakłanianie, przy czym należy wskazać, że czasownik ten obejmuje wszelkie formy oddziaływania na wolę potencjalnego sprawcy, a tym samym również np. zlecenie, radę czy propozycję, ale również przyjęcie propozycji przedstawionej przez sprawcę⁵⁰ – co może znaleźć zastosowanie w przypadku art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, a to z uwagi na fakt, że w stosunkach gospodarczych złożenie oferty konkretnej transakcji oraz jej przyjęcie przez podmiot trzeci może stanowić podstawę zmiany nastawienia woluntatywno-decyzyjnego po stronie sprawcy bezpośredniego, tj. zmiany decyzji z niechęci lub samej gotowości do realizacji określonego zachowania do powzięcia zamiaru lub decyzji jego popełnienia.

Pomocnictwo, które zostało określone w ustawie karnej jako ułatwienie popełnienia innej osobie czynu zabronionego i jego dokonanie, możliwe jest zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie. Co istotne, wprowadzie bezpośredni wykonawca nie musi być w świadomości pomocnika zindywidualizowany co do tożsamości, ale jednocześnie pomocnictwo nie może być adresowane *ad incertam personam*⁵¹.

Osobnego omówienia w kontekście przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne wymaga również problem tzw. podżegania czy pomocnictwa łańcuskowego, tj. sytuacji, w której podżegacz nie ma możliwości oddziaływania na sprawcę bezpośredniego, ale nakłania osobę trzecią, która następnie ma nakłonić wykonawcę do popełnienia czynu zabronionego (analogiczne ułatwiania – w przypadku pomocnictwa). Zagadnienie to jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego jednorodnie rozstrzygane – nie ma przeszkód do przyjęcia odpowiedzialności karnej za podżeganie czy pomocnictwo łańcuskowe⁵². Spektrum zachowań potencjalnych sprawców przestępstwa określanego jako od-

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006 r., sygn. V KK 316/05.

⁵¹ Postanowienie SN z dnia 20 października 2005 r., sygn. II KK 184/05.

⁵² Wyrok SN z dnia 3 grudnia 1964 r., sygn. VI KO 36/62; uchwała SN z dnia 4 listopada 1966 r., sygn. VI KZP 33/66; uchwała SN z dnia 31 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03.

wrócony łańcuch dystrybucji leków nierzadko będzie przybierało formę zorganizowanego łańcucha logistycznego, mającego przecież na celu „rozmycie” faktycznego popełnienia tego przestępstwa, stąd możliwość oparcia kwalifikacji prawnej na podżeganiu lub pomocnictwie łańcuszowym może znaleźć w tym kontekście praktyczne zastosowanie.

2.4. Formy stadialne

Przyjęcie materialnego charakteru przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne implikuje oznaczenie momentu jego dokonania z chwilą przejęcia przez inny podmiot władztwa nad przedmiotem zbycia, tj. produktem leczniczym. Założenie to ma kluczowe znaczenie przy ocenie kwestii rozszerzenia strony przedmiotowej przestępstwa na dopuszczalne formy przeddokonania – usiłowanie i przygotowanie.

W świetle treści art. 13 § 1 k.k., usiłowanie udolne polega na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania, które jednak nie następuje. W przypadku art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, usiłowaniem udolnym byłoby zatem podejmowanie jakichkolwiek czynności mających na celu zbycie produktu leczniczego z naruszeniem warunków określonych w art. 86a ust. 1–4 lub z naruszeniem zakazu z art. 87 ust. 5a ustawy (ust. 1) czy nabycie produktu leczniczego z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 78b lub w art. 87 ust. 5 (ust. 2), przy jednoczesnym spełnieniu znamienia negatywnego w postaci braku dokonania tego przestępstwa, a tym samym braku faktycznego zbycia czy nabycia – zarówno z przyczyn leżących po stronie sprawcy, jak i po stronie adresata.

Wskazane w art. 13 § 2 k.k. znamiona usiłowania nieudolnego to w pierwszej kolejności brak dokonania, ale również brak uświadomienia sobie przez sprawcę, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. W kontekście art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne nieudolność usiłowania mogłaby opierać się w szczególności na błędnej ocenie charakteru zbywanego czy nabywanego produktu lub podmiotu, na rzecz którego miałyby dojść do zbycia albo który miałby być faktycznym zbywcą.

Powyższe założenie niewątpliwie pozytywnie wpływa na racjonalność karania usiłowania zarówno udolnego, jak i nieudolnego popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne. Należy wskazać, że na gruncie art. 14 k.k., usiłowanie w obu jego formach jest zagrożone karą w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa. Przyjęcie koncepcji odmiennej, tj. formalnego cha-

rakteru omawianego przestępstwa, niewątpliwie nastęczyłoby problemów nie tylko w zakresie oznaczenia zakresu treściowego form przeddokonania, ale także w zakresie racjonalizacji karania tych form. W szczególności należy tu wskazać na hipotetyczną ocenę społecznej szkodliwości tych czynów i możliwość niespełnienia przesłanki karygodności w strukturze przestępstwa.

W odróżnieniu od zawsze karalnego usiłowania, penalizacja czynności przygotowawczych ma miejsce jedynie wtedy, gdy ustawa tak stanowi – co w przypadku art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne nie ma zastosowania.

2.5. Alternatywne kwalifikacje prawne. Kwestia redukcji wielości ocen

Odwroćenie klasycznego łańcucha dystrybucji leków wymaga skonstruowania wieloetapowego mechanizmu, opierającego się na różnorodnej działalności wielu podmiotów oraz osób – włączając w to konieczność stworzenia pozorów legalności całej transakcji. Z uwagi na tak złożony charakter zachowań dążących do realizacji znamion typu czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne należy każdorazowo traktować zachowanie sprawcy lub sprawców jako pewne *continuum*, którego pojedyncze wycinki mogą stanowić w swej istocie realizację znamion innych typów czynów zabronionych określonych w ustawie karnej lub przepisach pomocniczych.

W zakresie przepisów penalizujących zachowania o charakterze rachunkowym lub skarbowym należy w szczególności wskazać na art. 77 pkt 1 ustawy o rachunkowości⁵³, dotyczący nieprowadzenia ksiąg rachunkowych, prowadzenia ich wbrew przepisom ustawy lub podawania w nich nierzetelnych danych, a to w zakresie ewentualnego braku ewidencji dokumentów prowadzących zbycie lub nabycie produktów leczniczych będących przedmiotem czynności wykonawczej oraz, w przypadku posługiwania się podrobionymi czy stwierdzającymi nieprawdę dokumentami lub wytwarzaniu ich, odpowiednio art. 270 § 1 k.k., art. 271 § 1 i 3 k.k. i art. 273 k.k. Jeżeli zaś opisane wyżej zachowania sprawcy związane z nierzetelną dokumentacją, a w szczególności fakturami, mogły mieć w konsekwencji wpływ na wysokość publicznoprawnej należności, zarówno po stronie nabywcy, jak i zbywcy produktu leczniczego, możliwa jest realizacja znamion czynów stypizowanych w art. 61 § 1 k.k.s., art. 62 § 1 lub 2 k.k.s. oraz art. 270a k.k. i art. 271a k.k.

⁵³ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 217.

Uzupełniając należy wskazać, że zakresy zbiegających się przepisów art. 126b ustawy prawo farmaceutyczne oraz jakiegokolwiek przestępstwa skarbowego pozostają w stosunku krzyżowania, a zatem oparcie kwalifikacji na żadnym z nich nie oddaje w pełni zawartości kryminalnej czynu. Na gruncie art. 8 § 1 k.k.s., przyjmuje się, że zachodzi wówczas idealny zbieg przestępstw.

Analiza skutku, oprócz nadania mu technicznego charakteru poprzez zakwalifikowania go jako znamię modalne art. 126b ustawy prawo farmaceutyczne, powinna nieść za sobą stworzenie pełnego obrazu zmiany, jaka zaszła w rzeczywistości w konsekwencji przestępnej działalności sprawcy. W tym kontekście należy przywołać możliwość popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 165 k.k., tj. sprowadzenia stanu powszechnie niebezpiecznego dla życia lub zdrowia. Odwrócenie łańcucha dystrybucji leków nierzadko powoduje wszak znaczne niedobory na rynku detalicznym, czy też nawet brak dostępności leków, także ratujących życie, co prowadzi do stworzenia zagrożenia dla prawidłowych procesów leczenia opartych na tychże lekach, a w skrajnych przypadkach zagrożenie dla zdrowia i życia. Szczególne znaczenie interpretacyjne należy nadać § 1 ust. 2 tego przepisu, penalizującemu sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach poprzez wyrabianie lub wprowadzanie do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji (...) lub też środków farmaceutycznych nieodpowiadającym obowiązującym warunkom jakości. Co istotne, postulowana jest szeroka interpretacja pojęcia wprowadzenia do obrotu – tj. obejmująca każde zbycie czy przekazanie faktycznego władztwa nad rzeczą (a więc także znamion art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne), zarówno w ramach obrotu konsumenckiego, jak i w celu późniejszej odsprzedaży czy innej dystrybucji⁵⁴. Do popełnienia tego czynu zabronionego mogłoby dojść w szczególności w sytuacji, gdy produkty lecznicze będące przedmiotem czynności wykonawczej dla zachowania swoich cech jakościowych wymagałyby konkretnych, specjalnych warunków przechowywania, które na skutek działania sprawcy nie zostały zapewnione – w szczególności w zakresie transportu i sposobu przechowywania produktów leczniczych w trakcie transakcji odwracających kierunek dystrybucji. Należy jednak pamiętać, że w przypadku art. 165 k.k., do realizacji znamion konieczne jest wystąpienie dwóch przesłanek, a to szkodliwości wprowadzonych do obrotu substancji lub produktów i w konsekwencji sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego. Tym samym, wprowadzenie do obrotu

⁵⁴ G. Bogdan, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017.

produktów leczniczych o nieznacznej szkodliwości dla zdrowia, powodujących li tylko niegroźne i przejściowe zakłócenie czynności organizmu, nie może stanowić realizacji znamion tego typu czynu zabronionego⁵⁵.

Z uwagi na szczególną doniosłość dobra prawnego chronionego przez art. 165 k.k. ustawodawca, mając na względzie treść art. 16 § 2 k.k., decyduje się na wprowadzenie karalności czynności przygotowawczych do przestępstwa spowodowania niebezpieczeństwa powszechnego – w odróżnieniu od art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne.

W zakresie zbiegu przepisów art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne oraz art. 165 k.k. należy wskazać, że zbieg ten będzie miał charakter niewłaściwy – mechanizmy redukcji wielości ocen w prawie karnym nakazą bowiem dokonać całościowej kwalifikacji prawnej opartej na art. 165 k.k. w sytuacji, gdy skumulowane zachowania określone w znamionach art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne stworzą łańcuch zdarzeń skutkujący spowodowaniem zagrożenia noszącego cechy powszechności.

Jak wskazywano przy okazji omawiania form zjawiskowych czynu stygizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, jeżeli analizowany obrót produktami leczniczymi odbywa się na szeroką skalę, w szczególności przy zaangażowaniu wielu podmiotów, należy dokonać stosownej analizy stanu faktycznego w celu ustalenia, czy ogół procedury spełnia znamiona art. 258 § 1 k.k. Należy, jednakże stwierdzić, że zorganizowana grupa przestępcza to nie tylko przestępstwo popełnione wspólnie i w porozumieniu, ale całościowy system skoordynowanych zachowań, który wymaga konkretnych przedsięwzięć organizacyjnych. Przepis art. 258 § 1 k.k. jest w swej wymowie na tyle jednoznaczny, że nie pozwala na penalizowanie w jego ramach przynależności do każdej grupy osób zrzeszonych celem popełnienia przestępstwa. Powinien mieć on zatem zastosowanie jedynie do udziału w takiej grupie, której struktura cechuje się opisanym przez ustawodawcę zorganizowaniem – chociażby niewysokim, ale widocznym stopniem powiązań organizacyjnych pomiędzy członkami.

Przeprowadzając taką ocenę, należy zatem stosować inne – oprócz samego porozumienia – kryteria pomocnicze, a to w szczególności istnienie przywództwa, stosunek podporządkowania, skoordynowany sposób działania, stabilny podział funkcji i zadań pomiędzy członkami grupy, planowanie przestępstw oraz pewna organizacyjna i faktyczna trwałość. Należy pamiętać, że zorganizowana grupa przestępcza, analogicznie jak sprawcze formy współdziałania, ma również na celu zapewnienie warunków do realizowania czynów przestępnych, których dokonanie przekra-

⁵⁵ Tak np. wyrok SN z dnia 30 maja 1977 r., sygn. IV KR 84/77.

czaloby możliwości pojedynczego sprawcy. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że zbieg czynu z art. 258 k.k. i określonego przestępstwa jednostkowego jest zbiegiem realnym⁵⁶.

2.6. Zakres odpowiedzialności karnej

Co do zasady, podstawowy wymiar odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne to, w przypadku ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 – pozbawienie wolności od 3 miesięcy do lat 5, w przypadku ust. 4 – pozbawienie wolności od 6 miesięcy do 8 lat, a w przypadku ust. 5 – pozbawienie wolności od roku do lat 10.

Posłużenie się przez ustawodawcę jedynie karą pozbawienia wolności najprawdopodobniej odzwierciedla stopień abstrakcyjnie pojmowanej społecznej szkodliwości czynu. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku typów kwalifikowanych możliwe jest wymierzenie kary pozbawienia wolności znacznie przekraczającej próg resocjalizacji, współcześnie oznaczany jako 5 lat odbywania kary izolacyjnej.

Jakkolwiek abstrakcyjnie pojmowana dolegliwość faktycznie nakazuje ocenić karę pozbawienia wolności jako niemalże najsurowszą wśród dostępnego katalogu kar, to należy zważyć, że dolegliwość *in concreto* może przedstawiać się zgoła odmiennie. W konsekwencji należałoby poczynić uwagę krytyczną w formie postulatu *de lege ferenda*, że dolegliwość kary grzywny, zwłaszcza wysokiej, może być w konkretnych przypadkach znacznie wyższa niż stosunkowo krótkoterminowej (np. w najniższym przewidzianym wymiarze – 3 miesięcy) kary pozbawienia wolności.

Przewidziane przez ustawodawcę zagrożenie karne wpływa na możliwość skorzystania przez ewentualnego sprawcę z dobrodziejstw środków probacyjnych. W przypadku kwalifikacji prawnej opartej na art. 126b ust. 1, 2 lub 3, sprawca spełnia określone w art. 66 § 2 kryterium, co w pewnych okolicznościach pozwala na zastosowanie instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego. Niezależnie od abstrakcyjnie ujętego zagrożenia karnego, w przypadku wszystkich typów określonych w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, jeżeli orzeczona *in concreto* kara nie przekracza roku pozbawienia wolności, możliwe jest również warunkowe zawieszenie jej wykonania w myśl art. 69 k.k., a na gruncie art. 71 § 1 k.k. będzie wówczas możliwe orzeczenie grzywny.

⁵⁶ Z. Ćwiąkański, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212–277d, Warszawa 2017; wyrok SN z dnia 22 maja 2007 r., sygn. WA 15/07.

Jeżeli czynu zabronionego jedynie usiłowano dokonać, w sytuacji, gdy sprawca albo dobrowolnie odstąpił od dokonania albo zapobiegł powstaniu skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego, możliwe jest odpowiednio wyłączenie karalności lub zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Przestanki teże bezkarności są odmienne w zależności od tego, czy usiłowanie zostało przez sprawcę ukończone – jeżeli nie, wystarczy jedynie zaniechanie dalszego działania przestępnego, a jeżeli tak, konieczne jest podjęcie przez sprawcę przeciwwakcji zapobiegającej naruszeniu dobra chronionego prawem⁵⁷.

W przypadku popełnienia czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne w którejkolwiek formie przestępnego współdziałania, należy przeanalizować określoną w art. 23 k.k. konstrukcję skutecznego oraz bezskutecznego czynnego żalu. Przepis ten ma charakter *lex specialis* wobec omówionego powyżej art. 15 k.k., opisującego problematykę analogicznej konstrukcji wobec sprawcy pojedynczego i obejmuje dwie kategorie przypadków – z jednej strony podjęcia przez współdziałającego czynności, których rezultatem jest zapobieżenie dokonaniu czynu zabronionego (czynny żal skuteczny), a z drugiej sytuacji, w których współdziałający dobrowolnie podjął starania zmierzające do zapobieżenia dokonaniu, które jednak następuje (czynny żal bezskuteczny)⁵⁸. Zastosowanie tej konstrukcji, w oparciu o art. 23 § 2 k.k. pozwala na fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary.

Indywidualny charakter przestępstwa stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne oraz możliwość popełnienia go w formie sprawczego i niesprawczego współdziałania wymaga dookreślenia problematyki odpowiedzialności *ekstraneusa* współdziałającego w popełnieniu tego przestępstwa z osobami posiadającymi cechę stanowiącą znamię czynu zabronionego, będącą warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej. W myśl art. 21 § 2 k.k., warunkiem takiej odpowiedzialności jest wiedza, że sprawca właściwy posiadał cechę lub właściwości szczególne, od których zależy karalność popełnianego czynu⁵⁹. W kontekście art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, dla przyjęcia odpowiedzialności współdziałającego nie jest konieczne, żeby był on którymkolwiek z podmiotów zdolnych do popełnienia tego czynu zabronionego, tj. osobą prowadzącą aptekę lub punkt apteczny, hurtownię farmaceutyczną czy

⁵⁷ A. Zoll, (w:) W. Wróbel (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

⁵⁸ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

⁵⁹ Tamże.

podmiotem wykonującym działalność leczniczą. W zupełności wystarczające jest występowanie tej cechy po stronie sprawcy właściwego (*intra-neusa*) i objęcie jej świadomością przez *ekstraneusa*. Na gruncie art. 21 § 3 k.k., wobec współdziałającego *ekstraneusa* możliwe jest fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary.

Z uwagi na charakter czynności wykonawczych określonych w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, należy każdorazowo ocenić możliwość spełnienia przez działania poszczególnych osób działających w ramach aptek lub punktów aptecznych czy podmiotów prowadzących jednocześnie podmiot leczniczy i hurtownię farmaceutyczną, przesłanek ciągu przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 k.k. lub znamion czynu ciągłego, określonych w art. 12 k.k., a to w szczególności, oprócz podobieństwa czynów oraz wykorzystania takiej samej sposobności, także tożsamości zamiaru sprawcy. Przyjęcie kwalifikacji prawnej opartej na czynie ciągłym będzie stanowiło, na mocy art. 57b k.k., podstawę do wymierzenia kary w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do jego podwójnej górnej granicy.

Ekonomiczno-gospodarczy charakter procederu odwróconego łańcucha dystrybucji leków implikuje możliwość spełnienia przesłanki uczynienia sobie przez sprawcę z popełnienia przestępstwa stałego źródła dochodu, co prowadzi do możliwości skorzystania z treści art. 65 § 1 k.k., na mocy którego do tego rodzaju sprawcy stosuje się przepisy dotyczące wymiaru kary, środków karnych oraz środków probacyjnych przewidziane wobec wielokrotnego recydywisty, tj. sprawcy określonego w art. 64 § 2 k.k.

Analizując zakres dolegliwości karnych związanych z popełnieniem czynu zabronionego stypizowanego w art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne nie sposób pominąć instytucji przepadku, realizującej przede wszystkim funkcję prewencyjną prawa karnego. W świetle odwróconego łańcucha dystrybucji leków przypadkiem mogłyby być objęte przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 § 1 k.k.), przedmioty służące do popełnienia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.) lub ich równowartość (art. 44 § 4 k.k.), a także przedsiębiorstwo (art. 44a § 1 k.k.) lub korzyść majątkowa osiągnięta z popełnienia przestępstwa lub jej równowartość (art. 45 k.k.). Co istotne, orzeczenie przepadku w jakimkolwiek zakresie wydaje się mieć na celu utrudnienie lub uniemożliwienie sprawcy kontynuowania działalności przestępczej, w szczególności poprzez pozbawienie go znaczących elementów przyjętego *modus operandi*.

2.7. Zagadnienia intertemporalne

Z uwagi na stosunkowo dynamiczne zmiany w zakresie przepisów regulujących kierunek dystrybucji leków, opisane w części wstępnej niniejszego artykułu, a także rozległy czasowo charakter postępowań o charakterze prawno-gospodarczym, osobnego omówienia wymaga kwestia stosowania reguł intertemporalnych, odnoszących się do przedziałów czasowych stosowania ustawy karnej. Jedną z podstawowych zasad nie tylko prawa karnego, ale przede wszystkim demokratycznego państwa prawa jest możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej jedynie za zachowanie, które jest penalizowane na gruncie przepisów aktu prawnego o randze co najmniej ustawowej obowiązującego w momencie popełnienia czynu.

W sytuacji, gdy już po popełnieniu czynu, mającego być przedmiotem prawnokarnej oceny następuje zmiana porządku prawnego, to organ procesowy oceniający zasady odpowiedzialności karnej musi ustalić dwa punkty czasowe – czas popełnienia czynu zabronionego i czas orzekania.

Zasady prawa karnego międzyczasowego reguluje art. 4 k.k., który w treści § 1 wskazuje, że zasadą jest stosowanie ustawy nowej, tj. obowiązującej w chwili orzekania. Wyjątek od tej zasady na rzecz ustawy obowiązującej poprzednio występuje jedynie wówczas, gdy ustawa poprzednia jest względniejsza dla sprawcy. Do prawidłowego stosowania reguł intertemporalnych podstawowe znaczenie będzie zatem miało ustalenie, która z kolidujących ustaw będzie *de facto* względniejsza. Co szczególnie istotne, za względniejszą uważa się ustawę, która w konkretnej sprawie przewiduje dla sprawcy najłagodniejsze konsekwencje – oprócz samego ustawowego zagrożenia karą, konieczne jest uwzględnienie również możliwości nadzwyczajnego złagodzenia lub obostrzenia kary czy możliwości zastosowania środków karnych oraz probacyjnych. W razie powzięcia wątpliwości w zakresie kolidujących porządków prawnych należy przyjąć stosowanie ustawy nowej.

W kontekście przepisów o charakterze pozakodeksowym, do których zalicza się również art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, konieczne jest każdorazowe badanie całości stanu prawnego mającego zastosowanie do badanego czynu w chwili jego popełnienia i w chwili orzekania. Pod pojęciem „ustawa” w treści art. 4 k.k. kryje się zatem także jakikolwiek akt prawny o randze ustawowej, zawierający przepisy regulujące typy czynów zabronionych.

W związku z powyższymi regulacjami zawartymi w Kodeksie karnym z 1997 roku, a także w odniesieniu do sekwencji nowelizacyjnej ustawy Prawo farmaceutyczne, opisanej w części wstępnej niniejszego artykułu,

zasadne zdaje się przyjęcie następującej systematyki konstruowania kwalifikacji prawnych:

- I. do czynów popełnionych po dniu 12 lipca 2015 roku, a polegających na zbyciu produktów leczniczych przez apteki lub punkty apteczne innym podmiotom, aniżeli określone w art. 86a ustawy Prawo farmaceutyczne, w tym innej aptece ogólnodostępnej lub innemu punktowi aptecznemu, a przede wszystkim hurtowni farmaceutycznej, również za pośrednictwem podmiotu leczniczego, winno się stosować art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne w brzmieniu obowiązującym uprzednio;
- II. do takich samych czynów popełnionych po dniu 6 czerwca 2019 roku, winno się stosować art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne w brzmieniu obowiązującym obecnie;
- III. do czynów popełnionych po dniu 6 czerwca 2019 roku, a polegających na nabyciu produktów leczniczych przez hurtownie farmaceutyczne od podmiotów prowadzących obrót detaliczny (apteki, punkty apteczne) również za pośrednictwem podmiotu leczniczego lub przez podmiot leczniczy, winno się stosować art. 126b ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne w brzmieniu obowiązującym obecnie;
- IV. w odniesieniu do zachowań osób reprezentujących nabywcę leków, podjętych po dniu 12 lipca 2015 roku, a przed dniem 6 czerwca 2019 roku, winno się dokonać analizy w kontekście wypełnienia którejkolwiek z form zjawiskowych art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne, w szczególności podżegania lub pomocnictwa, a także sprawstwa kierowniczego czy współsprawstwa z osobami reprezentującymi zbywcę leków, a jednocześnie wypełniającymi swoim zachowaniem znamiona typu czynu zabronionego z art. 126b ustawy;
- V. do czynów popełnionych po dniu 6 czerwca 2019 roku, a polegających na obrocie produktami leczniczymi pochodzącymi z rynku detalicznego (wprowadzonymi do dalszego obrotu w wyniku ich nabycia od aptek lub punktów aptecznych, albo podmiotów leczniczych z naruszeniem zakazów, o których mowa w art. 86a, art. 87 lub art. 78b ustawy Prawo farmaceutyczne), w tym poprzez ich nabycie, zbycie, wywóz poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przewóz, albo przechowanie, winno się stosować art. 126b ust. 3 ustawy.

3. Podsumowanie

Problematyka dotycząca odwracania łańcucha dystrybucji leków jest niezmiennie aktualna. Proceder ten z biegiem lat ewoluował do form coraz bardziej skomplikowanych mających na celu obejście obowiązują-

cych w danym czasie przepisów, za pomocą których ustawodawca zmierzał do ograniczenia tego zjawiska, przy jednoczesnym zaangażowaniu wielu podmiotów o zróżnicowanym charakterze. W zakres ten wchodzi więc nie tylko apteki oraz hurtownie, przez które dochodzi do wywozu leków z kraju, ale wszystkie inne podmioty, które stanowią ogniwa pośrednie pomiędzy tymi dwoma kategoriami, w tym hurtownie pozyskujące leki z rynku detalicznego, hurtownie prowadzące dalszy nimi obrót, aż do hurtowni wywozających, a także wszelkie podmioty uprawnione do nabycia produktów leczniczych, np. niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej, szpitale itd., które są wykorzystywane do pozyskiwania leków z rynku detalicznego, na etapie pomiędzy zbyciem leku z apteki do hurtowni. Przy czym działanie każdego z podmiotów dokonujących obrotu produktami leczniczymi na poszczególnych etapach odwróconej dystrybucji pozostaje niezbędne do osiągnięcia celu organizatorów procedury, jakim jest sprzedaż produktów leczniczych za granicę ze znacznym zyskiem, kosztem dostępności leków dla pacjentów w kraju.

Z uwagi na szczególny, podniosły charakter naruszanego dobra oraz kryminalno-polityczne potrzeby karania wywozu produktów leczniczych za granicę, skutkującego uszczupleniem lub wręcz wyeliminowaniem ich dostępności na rynku krajowym, a w konsekwencji ujemnym wpływem tego procedury na stan zdrowia publicznego, z powodowaniem zagrożenia zdrowia lub życia pacjentów włącznie, ustawodawca zdecydował się – skądinąd słusznie – na wprowadzenie w 2019 roku odrębnego przepisu penalizującego tego rodzaju zachowania. Niemniej, po dwóch latach od przedmiotowej nowelizacji ustawy Prawo farmaceutyczne, pomimo ciągłego prowadzenia postępowań karnych w tym zakresie, skutkujących dodatkowo zastosowaniem rozszerzonej konfiskaty mienia, w dalszym ciągu nie został wydany ani jeden prawomocny wyrok oparty na art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne.

Na płaszczyźnie językowej i systemowej, obecnie funkcjonujące uregulowania wydają się być, przynajmniej w teorii, wystarczające do dekodowania prawnokarnej normy sankcjonowanej, a w konsekwencji określenia grupy zachowań, które mogą stanowić zbiór desygnatów omawianego art. 126b ustawy Prawo farmaceutyczne.

Synteza wniosków pochodzących z łącznej analizy przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne oraz Kodeksu karnego w obowiązującym kształcie wysuwa jednakże na pierwszy plan, potencjalną problematykę zastosowania modelu obiektywnego przypisania skutku, w szczególności w kontekście częstego wydłużania odwróconego już łańcucha dystrybucji, a to z wykorzystaniem sztucznie namnożonych odrębnych podmio-

tów, takich jak spółki celowe czy kreowane pozornie niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej. Proceder ten pozwala na „rozmycie” odpowiedzialności w sensie prawnokarnym z uwagi na finalny brak możliwości przypisania skutku w postaci odwrócenia łańcucha dystrybucji leków konkretnej osobie fizycznej lub grupie takich osób, co jest niezbędne na gruncie przepisów Kodeksu karnego. Przeciwdziałanie temu procederowi jest tym bardziej utrudnione, że wymaga współpracy i koordynacji wielu organów, zarówno wymiaru sprawiedliwości, jak i administracyjnych.

Niezależnie od przyjętych regulacji i trudności materialnoprawnych oraz dowodowych w zakresie prowadzenia postępowań dotyczących niezgodnego z prawem pozyskania preparatów leczniczych dla celów eksportowych, ściganie tego procederu jest niezbędne nie tylko z uwagi na konieczność pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności karnej, ale przede wszystkim z uwagi na ujemną korelację pomiędzy odwracaniem łańcucha dystrybucji leków a ich dostępnością dla pacjentów w punktach aptecznych.

Bibliografia

Literatura

1. Bogdan G., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017.
2. Buchała K., Prawo karne materialne, PWN, Warszawa 1980.
3. Ćwiąkański Z., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017.
4. Kardas P., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.
5. Kondrat M. (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz, wyd. II (art. 87), WK 2016, LEX/el. 2021.
6. Liszewska A., Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004.
7. Olszewski W. (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz (art. 86a), WK 2016, LEX/el. 2021.
8. Puls Biznesu, W Polsce są najtańsze w UE leki generyczne, wydanie *online* z dnia 17 stycznia 2021 r.

9. Wolter W., Nauka o przestępstwie, PWN, Warszawa 1973, s. 127.
10. Zoll A., (w:) W. Wróbel (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, wyd. V, Warszawa 2016.

Akty prawne

1. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie podmiotów uprawnionych do zakupu produktów leczniczych w hurtowni farmaceutycznej.
2. Ustawa Prawo farmaceutyczne, tekst jednolity (Dz. U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271) (Dz. U. z 2021 r., poz. 974).
3. Ustawa z dnia 19 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 28).
4. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2019 r., poz. 1542).
5. Ustawa z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2019 r., poz. 959.
6. Ustawa z dnia 29 września 1994 o rachunkowości, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 217 z dnia 1 lutego 2021 r.
7. Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2015 r., poz. 788).

Orzecznictwo

1. Postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. V KK 170/03.
2. Postanowienie SN z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. II KK 17/14.
3. Postanowienie SN z dnia 20 października 2005 r., sygn. II KK 184/05.
4. Postanowienie SN z dnia 3 sierpnia 2006 r., sygn. III KK 445/05.
5. Uchwała SN z dnia 4 listopada 1966 r., sygn. VI KZP 33/66.
6. Uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03.
7. Uchwała SN z dnia 31 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03.
8. Uchwała SN z dnia 7 lipca 2016 r., sygn. III CZP 33/16, OSNC 2017, nr 5, poz. 5.
9. Wyrok NSA z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. II GSK 2066/12.
10. Wyrok NSA z dnia 21 maja 2014 r., sygn. II GSK 374/13.
11. Wyrok SA w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 2002 r., sygn. II AKa 112/02.
12. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 21 października 1999 r., sygn. II AKa 253/99.
13. Wyrok SA w Katowicach z dnia 23 września 2004 r., sygn. II AKa 276/04.
14. Wyrok SA w Krakowie z dnia 10 grudnia 2008 r., sygn. II AKa 192/08, KZS 2009, nr 1, poz. 62.

15. Wyrok SA w Krakowie z dnia 29 maja 2014 r., sygn. II AKa 26/14, KZS 2014, nr 7–8, poz. 63.
16. Wyrok SN z dnia 22 maja 2007 r., sygn. WA 15/07.
17. Wyrok SN z dnia 3 grudnia 1964 r., sygn. VI KO 36/62.
18. Wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006 r., sygn. V KK 316/05.
19. Wyrok SN z dnia 30 maja 1977 r., sygn. IV KR 84/77.
20. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 maja 2014 r., sygn. VI SA/Wa 3132/13.
21. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. VI SA/Wa 2410/19.
22. Wyrok Trybunału UE z dnia 10 września 2002 r., Ferring, C–172/00, EU:C:2002:474, pkt 21.
23. Wyrok Trybunału UE z dnia 16 grudnia 1999 r., Rhône-Poulenc Rorer i May & Baker, C–94/98, EU:C:1999:614, pkt 40.

Criminal-law aspects of reverse distribution in medications

Abstract

This paper explores the mechanism of a reverse distribution chain for medications as an off-Code provision that introduces a prohibited act type specified in Article 126 of the Act – Pharmaceutical Law. The purpose of this paper is to examine the current legal model, in which activities of the judicial authorities are embedded, with a specific focus on legally substantive context, including provisions of the General Part of the Penal Code, and relevant provisions of the Act – Pharmaceutical Law.

Key words

Reverse distribution in medications, pharmaceutical law, organized crime, pharmacies, pharmaceutical wholesalers, trading in medicinal products.

Janusz Kanarek¹

Powody wyodrębnienia prawa karnego skarbowego

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są powody wyodrębnienia prawa karnego skarbowego. Autor przedstawia zarys historyczny polskich ustaw karnych skarbowych, poczynając od odzyskania przez Polskę niepodległości. Wskazuje na oryginalność polskiego ustawodawstwa karnego skarbowego, które obejmuje całościową ochroną karną wszystkie dziedziny prawa finansowego. Autor zwraca uwagę, że specyficzny przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego stanowi przekonujące uzasadnienie dla jego wyodrębnienia z prawa karnego powszechnego. Przeprowadzona w artykule analiza prowadzi do wniosku, że powody wyodrębnienia prawa karnego skarbowego z prawa karnego powszechnego odnajduje się wyłącznie w szeroko rozumianej polityce kryminalnej ustawodawcy, gdyż zarówno teoria prawa, jak i dogmatyka prawa nie są w stanie udzielić satysfakcjonującej odpowiedzi na postawione w artykule pytanie.

Słowa kluczowe

Prawo karne skarbowe, prawo karne powszechne, dwutorowość represji karnej, przedmiot ochrony, polityka kryminalna.

1. Wstęp

Przepis art. 84 Konstytucji RP² na każdego człowieka i obywatela nakłada obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określonych w ustawie. Obowiązek określony w powyższym przepisie to obowiązek utrzymywania Rzeczypospolitej, a więc obowiązek zapewnienia jej możliwości suwerennego funkcjonowania i wypełniania zadań dla dobra wspólnego. Jest to zatem obowiązek o charakterze

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

² Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).

powszechnym, bo dotyczy wszystkich, którzy pozostają w związku z Państwem Polskim i korzystają z jego opieki prawnej³.

Człowiek w okresie swojej egzystencji posiada wiele potrzeb, zarówno indywidualnych, jak i zbiorowych. Potrzeby indywidualne, zwłaszcza w wieku dorosłym, zaspokajane są przede wszystkim z dochodów indywidualnych. Jednakże w sytuacji, gdy jednostka nie jest w stanie sama ich zaspokoić, również niektóre z tych potrzeb zaspokajane są w całości lub części ze środków publicznych. Jedną z relewantnych cech wspólnoty jest występowanie także potrzeb zbiorowych. Potrzeby te nie są zaspokajane, co do zasady ze środków indywidualnych, a wymagają uruchomienia środków publicznych⁴. System poboru przez państwo podatków i opłat ma na celu przede wszystkim w ramach szeroko pojętej ich redystrybucji zaspokajanie tychże potrzeb.

Postawa społeczna wobec obowiązku ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych uzależniona jest od mentalności i moralności podatkowej społeczności. Mentalność podatkowa określana jest zazwyczaj jako postawa lub nastawienie wobec podatków reprezentowane przez grupę społeczną. Grupa społeczna kształtuje postawę wobec państwa, czego następstwem jest postawa wobec ciężarów finansowych ponoszonych na rzecz państwa⁵. Podatki są wprawdzie „daniną”, która w warstwie prawnej jawi się jako zobowiązanie przymusowe, ale w istocie wyrażają fiskalnie ujętą treść stosunku moralnego, łączącego jednostkę i wspólnotę. Ten stosunek ma charakter dwustronny, określający całokształt uczestnictwa jednostki w życiu wspólnoty, współudział w budowaniu infrastruktury dóbr wspólnych, obowiązki wspólnoty wobec obywateli i korzyści osiągane przez nich z funkcjonowania we wspólnocie. Prawo podatkowe formalizuje zatem i instytucjonalizuje nasze zobowiązania wobec wspólnoty, wyraża i definiuje zarówno moralny aspekt stosunku jednostki do wspólnoty, jak i wyznacza podstawy jego sprawnego funkcjonowania⁶. W trakcie realizacji zobowiązań podatkowych stają naprzeciw siebie dwa podmioty o przeciwstawnych interesach: fiskus i podatnik. Każdy z nich ma przed sobą pewną alternatywę zachowań. Zapłacić podatek lub podjąć próbę „ominięcia” ciężaru podatkowego – taki wybór stoi przed podatni-

³ T. Dębowska-Romanowska, T. Nowak, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom 1, Komentarz art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1879.

⁴ B. Brzeziński, W. Matuszewski, *Ekonomiczne aspekty funkcjonowania systemu podatkowego*, (w:) B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 535 i nast.

⁵ A. Gomułowicz, *Mentalność i moralność podatkowa*, *Głosa* 1995, nr 3, s. 1.

⁶ R. Wiśniewski, *Etyka podatkowa*, (w:) B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 552.

kiem. Ustawodawca natomiast może zdecydować, czy i w jaki sposób kontrolować rzetelność w spełnieniu obowiązku podatkowego⁷.

Ustawodawca mając na uwadze nałożone przez ustawę zasadniczą zadania publiczne państwa zmuszony jest chronić jego interesy finansowe. Jednym z instrumentów tejże ochrony jest sankcja karna. Wszystkie systemy prawne, licząc się z negatywnym postępowaniem podmiotów zobowiązanych do świadczenia, przewidują jako skutek nieprzestrzegania nałożonych na te podmioty nakazów i zakazów, obok możliwości przymusowego wykonania świadczenia, także zagrożenie karą kryminalną⁸. Z czasem nastąpiło wyodrębnienie w ramach prawa karnego *sensu largo* szczególnej jego części, jaką jest prawo karne skarbowe.

Ustawodawstwo polskie cechuje dwutorowość represji karnej – inna represja w stosunku do przestępstw pospolitych, inna – w stosunku do skarbowych. Jak zauważył A. Mogilnicki te same przestępstwa, te same czyny, ulegają różnej karze w zależności od tego, czy są skierowane przeciwko interesom fiskalnym Skarbu Państwa, samorządu itp., czy też przeciwko innym dobrom. Ochrona specjalna dotyczy tylko przestępstw natury fiskalnej⁹.

2. Rozwój prawa karnego skarbowego

Pierwsza polska ustawa karna skarbową została uchwalona 2 sierpnia 1926 r.¹⁰ z mocą obowiązującą od 1 stycznia 1927 r. Znamiennym jest fakt, iż uchwalona została 6 lat wcześniej od kodyfikacji prawa karnego powszechnego. Była ona pierwszą normatywną regulacją karną opracowaną całościowo po czasach zaborów. Powyższe potwierdza tezę o szczególnej wadze jaką ustawodawca przywiązuje do ochrony interesów fiskalnych państwa. Ustawa karna skarbową z 1926 r. unifikowała prawo karne skarbowe, zastępując obowiązujące do tej pory ustawodawstwa karne skarbowe państw zaborczych. Na mocy art. 239 wszystkie ustawy byłych państw rozbiorowych straciły moc obowiązującą w przedmiocie unormowanym tą ustawą. W powyższym akcie prawnym widoczna jest odrębność od powszechnego prawa karnego materialnego i procesowego. Przepisom ogólnym prawa karnego materialnego, jak i proce-

⁷ A. Gomułowicz, *op. cit.*, s. 1.

⁸ A. Bieniek-Kosikowska, C. Kosikowski, Prawo karne skarbowe, czy prawo karne finansowe, NP 1967, nr 12, s. 1585.

⁹ A. Mogilnicki, Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych, RPEiS 1937, nr 3, s. 337.

¹⁰ Dz. U. R.P. Nr 105, poz. 609.

sowego przypisano bowiem wyłącznie rolę posiłkową (art. 2 i 135 ustawy). Ustawa karna skarbową z 1926 r. zawierała także instytucje, które są charakterystyczne dla prawa karnego skarbowego, tj. czynny żal skarbowy (art. 9 ustawy), idealny zbieg przestępstw (art. 22 ustawy), odpowiedzialność posiłkową osób trzecich (art. 33–36 ustawy) oraz dobrowolne poddanie się karze, stanowiące odpowiednik współczesnego dobrowolnego poddania się odpowiedzialności (art. 176–181 ustawy).

Następna ustawa karna skarbową została uchwalona 18 marca 1932 r.¹¹ z mocą obowiązującą od dnia 1 maja 1932 r. Podstawowym założeniem ustawy karnej skarbowej z 1932 r. było oparcie prawa karnego skarbowego na przepisach powszechnego prawa karnego. Skodyfikowano bowiem jedynie te przepisy, które w sposób szczególny odróżniały prawo karne skarbowe od prawa karnego powszechnego. Wprawdzie przepisy ogólne powszechnego prawa karnego materialnego pełniły wyłącznie rolę uzupełniającą (art. 2 ustawy), to przepisy proceduralne miały już zastosowanie odpowiednie (art. 136 ustawy).

Kolejna zmiana ustawodawstwa karnego skarbowego została przeprowadzona dekretem Prezydenta RP z dnia 3 listopada 1936 r. – Prawo karne skarbowe¹², z mocą obowiązującą od dnia 1 kwietnia 1937 r. Zasadniczym celem tej legislacji było „wprowadzenie zmian polegających na wyraźnym i bezpośrednim odwołaniu się do przepisów części ogólnej d.k.k. z 1932 r., na rozbudowaniu przepisów części ogólnej prawa karnego skarbowego (m.in. wyraźnie wprowadzono niektóre kary dodatkowe, możliwość zaliczenia na poczet kary grzywny okresu tymczasowego aresztowania, środki zabezpieczające, możliwość orzeczenia przepadku rzeczy tytułem środka zabezpieczającego, recydywę specjalną), na istotnym dostosowaniu przepisów szczególnych do ówczesnego stanu przepisów w dziedzinie skarbowości (nie tylko rozszerzenie penalizacji, ale także liczne przepisy blankietowe) oraz na uzgodnieniu przepisów postępowania karnego skarbowego z przepisami k.p.k. z 1928 r.”¹³

W okresie PRL już w 1947 r. wprowadzono dekretem z dnia 11 kwietnia 1947 r. Prawo karne skarbowe¹⁴ z mocą obowiązującą od dnia 1 czerwca 1947 r. Również powyższa okoliczność, tj. wprowadzenie w życie szczególnej regulacji dotyczącej prawa karnego skarbowego w okresie niespełna 2 lat od zakończenia działań wojennych świadczy o szczególnej roli, jaką przypisuje ustawodawca prawnokarnej ochronie

¹¹ Dz. U. R.P. Nr 34, poz. 355.

¹² Dz. U. R.P. Nr 84, poz. 581.

¹³ Z. Siwik, Podstawy prawa karnego skarbowego, Wrocław 1983, s. 11.

¹⁴ Dz. U. Nr 32, poz. 140.

interesów fiskalnych państwa. W przeważającej mierze przepisy prawa karnego skarbowego z 1947 r. zostały oparte na rozwiązaniach legislacyjnych okresu międzywojennego. W art. 3 i 40 dekretu wprost bowiem wskazano przepisy Kodeksu karnego z 1932 r., które należało stosować odpowiednio. Rozbudowano zaś we wskazanym akcie prawnym przepisy proceduralne, nakazując równocześnie jedynie odpowiednie stosowanie niektórych przepisów Kodeksu postępowania karnego.

Kolejna reforma prawa karnego skarbowego przeprowadzona została w 1960 r. W dniu 30 kwietnia 1960 r. uchwalono ustawę karną skarbową¹⁵ z mocą obowiązującą od dnia 30 czerwca 1960 r. „Ustawa karna skarbową z 1960 r. recypowała na swój grunt wiele wyraźnie wskazanych przepisów prawa karnego powszechnego (np. art. 3 i 38 ustawy), jednak również cechowała się dość znacznie rozbudowanymi, własnymi przepisami o charakterze ogólnym, normującymi zarówno specyficzne instytucje prawa karnego skarbowego, jak i pewne odmienności w stosunku do recypowanych uregulowań prawa karnego powszechnego. Niezwykle istotne unormowanie zawierał przepis art. 1 ustawy, który wyraźnie stanowił, że przestępstwami skarbowymi są występki skarbowe i wykroczenia skarbowe przewidziane w tej ustawie. Było to jednoznaczne wskazanie na zupełność katalogu czynów karnych skarbowych przewidzianych w polskim porządku prawnym, a tym samym przesądzenie statusu określonych zachowań nagannych godzących w interesy finansowe państwa lub jednostek terytorialnych oraz rozstrzygające w zakresie reżimu odpowiedzialności, jaki będzie miał zastosowanie do ich sprawców. Jeśli chodzi o przepisy proceduralne, to cechowały się one dużą autonomicznością (art. 113 ustawy) i niezbyt liczną recepcją określonych przepisów Kodeksu postępowania karnego”¹⁶.

Wejście w życie z dniem 1 stycznia 1970 r. nowej kodyfikacji prawa karnego powszechnego spowodowało również potrzebę istotnej zmiany w prawie karnym skarbowym, dostosowującej jego rozwiązania do nowej rzeczywistości normatywnej. W dniu 26 października 1971 r. uchwalono ustawę karną skarbową¹⁷ z mocą obowiązującą od dnia 1 stycznia 1972 r. Powyższy akt prawny wprowadził liczne i istotne zmiany w zakresie prawa materialnego. Przede wszystkim zerwano z tradycyjną w prawie pol-

¹⁵ Dz. U. Nr 21, poz. 123.

¹⁶ V. Konarska-Wrzošek, Kodeks karny a kodeks karny skarbowy – zbieżności i różnice skłaniające do refleksji nad zasadnością utrzymywania odrębnych kodyfikacji, (w:) A. Marek, T. Oczkowski (red.), Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji, Warszawa 2011, s. 171.

¹⁷ Dz. U. Nr 28, poz. 260.

skim konstrukcją przestępstwa skarbowego, która obejmowała zarówno występki, jak i wykroczenia skarbowe. Recypowano w znacznie szerszym zakresie aniżeli w uprzednio obowiązującym akcie prawnym przepisy części ogólnej kodeksu karnego. W szerokim zakresie ujednolicono przepisy proceduralne z przepisami kodeksu postępowania karnego. Wprowadzono materialne określenie przestępstwa i wykroczenia skarbowego (art. 1 ustawy). W powyższym akcie prawnym znalazły się również występujące do tej pory instytucje charakterystyczne dla prawa karnego skarbowego, jak m.in. idealny zbieg czynów karalnych (art. 6 ustawy), czynny żal skarbowy (art. 7 ustawy), odpowiedzialność posiłkowa osoby trzeciej (art. 32 ustawy), dobrowolne poddanie się karze (art. 196 ustawy).

W dniu 10 września 1999 r.¹⁸ uchwalono siódmą już po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 r. ustawę, która reguluje prawo karne skarbowe. Nadano jej szczególne miano Kodeksu karnego skarbowego. Uzasadnieniem uchwalenia nowego aktu prawnego regulującego prawo karne skarbowe był z jednej strony fakt, iż uprzednio miała miejsce nowa kodyfikacja prawa karnego w zakresie przestępstw pospolicznych, uchwalona dnia 6 czerwca 1997 r.¹⁹, która weszła w życie 1 września 1998 r., z drugiej zaś okoliczność, iż „mimo licznych zmian nowelizacyjnych (zwłaszcza 21 nowel w latach 1985–1997), stan prawa karnego skarbowego nie uległ radykalnej poprawie. Obowiązująca ustawa karna skarbową nie odpowiadała w pełni ani naszym możliwościom, ani też naszym potrzebom. W bardzo wielu miejscach była ona tak anachroniczna i wymagała tak głębokich zmian, że dalsze jej poprawianie nie miało już żadnego sensu. Po prostu trzeba ją było zastąpić całkiem nowym aktem prawnym, odpowiadającym zasadom demokratycznego państwa prawa i gospodarki otwartej (rynkowej)²⁰.

Jednym z determinantów zmian w prawie karnym skarbowym było wejście w życie nowej Konstytucji RP z 1997 r.²¹ i poddanie orzecznictwu sądowemu wszystkich spraw o przestępstwa i wykroczenia. Art. 4 ustawy z dnia 3 lipca 1998 r. o zmianie ustawy karnej skarbowej²², nawiązujący bezpośrednio do art. 236 ust. 1 Konstytucji RP, stanowił bowiem, że „w okresie 2 lat od dnia wejścia w życie Konstytucji RP w sprawach

¹⁸ Dz. U. Nr 83, poz. 931 ze zm.

¹⁹ Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

²⁰ Z. Siwik, Projekt kodeksu karnego skarbowego – o kierunkach zmian w materialno-prawnych przepisach części ogólnej, CzPKiNP 1998, nr 1–2, s. 5; zob. również uzasadnienie ustawy Kodeks karny skarbowy, Druk Sejmowy nr 1146.

²¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i ze zm.

²² Dz. U. Nr 108, poz. 682.

o przestępstwa skarbowe zagrożone wyłącznie karą grzywny oraz w sprawach o wykroczenia skarbowe orzekają finansowe organy orzekające”. Oznaczało to tym samym, że do tej chwili powinna zostać uchwalona nowa ustawa karna skarbowa (z datą wejścia w życie najpóźniej od 17 października 1999 r.), która przekazałaby wszystkie przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe do wyłącznej kompetencji orzecznictwa sądowego²³.

3. Specyfika prawa karnego skarbowego

Kodeks karny skarbowy jest aktem prawnym regulującym w sposób kompleksowy zagadnienia materialnoprawne, procesowe i wykonawcze, związane z ponoszeniem odpowiedzialności za czyny karne skarbowe. W zakresie unormowań materialnoprawnych o charakterze ogólnym k.k.s. jest z założenia aktem samodzielnym²⁴. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 20 § 1 k.k.s. do przestępstw skarbowych nie mają zastosowania przepisy części ogólnej kodeksu karnego poza przepisami wyrażone wskazaniem przez ustawodawcę w powyższym akcie prawnym. Również do wykroczeń skarbowych nie mają zastosowania przepisy części ogólnej kodeksu wykroczeń (art. 46 k.k.s.). Kodeks karny skarbowy ma charakter zamknięty w odróżnieniu od kodeksu karnego (art. 116 k.k.). Jednym z założeń legislacyjnych była bowiem zupełność przepisów kodeksu karnego skarbowego. Z treści przepisu art. 53 § 1 zd. drugie k.k.s. wynika, że określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może nastąpić tylko w niniejszym akcie prawnym. Powyższe świadczyć mogłoby *eo ipso* o zupełności tegoż aktu prawnego w zakresie penalizacji czynów karnych skarbowych²⁵. W piśmiennictwie podnosi się jednak, że nakaz określania (typizacji) przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych wyłącznie w kodeksie karnym skarbowym jest adresowany do ustawodawcy. Przepis ten ma wyłącznie charakter deklaracji, usytuowanie bowiem czynu karnego skarbowego poza kodeksem będzie zawsze odczytane jako *lex posterior*²⁶, ale ze wszystkimi tego prawnokarnymi skutkami, czyli wyłączenie

²³ Z. Siwik, Ogólne zasady odpowiedzialności i karania, Przegląd Podatkowy 1999, nr 12, s. 30.

²⁴ V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 172.

²⁵ V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 172.

²⁶ Tak m.in. G. Łabuda, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 568; T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 206; F. Prusak, Prawo karne skarbowe,

możliwości stosowania do sprawców takich czynów zabronionych reżimu odpowiedzialności przewidzianego w kodeksie karnym skarbowym.

Należy zwrócić uwagę, że już po półtora roku od wejścia w życie kodeksu karnego skarbowego ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych²⁷ wprowadzono do ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym²⁸ rozdział 4a – „Przepisy karne skarbowe”, penalizujący czyny skarbowe polegające na fałszowaniu bonów paliwowych albo upoważnienia do ich odbioru oraz przestępstwa i wykroczenia skarbowe uzyskiwania lub przysposabiania środków w celu fałszowania tychże bonów albo upoważnień. Doprawdy trudno zrozumieć brak konsekwencji ustawodawcy, który z jednej strony w art. 53 § 1 zd. drugie kodeksu karnego skarbowego wyraża zasadę zupełności tegoż aktu prawnego dla określenia czynów bezprawnych godzących w interes finansowy państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub Unii Europejskiej zagrożonych sankcją karną, z drugiej zaś umieszcza przepisy penalizujące przestępstwa (wykroczenia) skarbowe w innym akcie normatywnym. Powyższe świadczy o braku należytej staranności polskiego ustawodawcy w przestrzeganiu zasad prawidłowej techniki legislacyjnej. Jedynie *in margine* zauważyć wypada, że podobny zabieg legislacyjny, jak w przypadku aktu prawnego określającego czyny zabronione polegające na fałszowaniu bonów paliwowych albo upoważnienia do ich odbioru oraz przysposabiania środków w celu fałszowania tychże bonów albo upoważnień ustawodawca zastosował w ustawie o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r.²⁹, w której w art. 142 stypizował czyn zabroniony kwalifikowany jako wykroczenie skarbowe.

W zakresie postępowania karnego skarbowego i postępowania wykonawczego Kodeks karny skarbowy nie ma charakteru samodzielnego, gdyż opiera się zasadniczo na uregulowaniach Kodeksu postępowania karnego (art. 113 ustawy) oraz Kodeksu karnego wykonawczego (art. 178 ustawy).

Warszawa 2008, s. 16–17; G. Bogdan, (w:) G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A. R. Świątłowski (red.), Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Gdańsk 2007, s. 283; pogląd odmienny wyrażają m.in. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, Ułomne przepisy karne skarbowe dotyczące VAT, Glosa 2002, nr 7, s. 15–19 oraz O. Włodkowski, Reguła wyłączności polskiego ustawodawstwa karnego skarbowego w zakresie typizacji czynu zabronionego jako „przestępstwa skarbowego” lub „wykroczenia skarbowego”, RPEiS 2013, nr 2, s. 134–135.

²⁷ Dz. U. Nr 56, poz. 580.

²⁸ Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.

²⁹ Dz. U. Nr 201, poz. 1540.

Polskie ustawodawstwo karne ma niewątpliwie charakter oryginalny. W zasadzie nie spotyka się bowiem ustaw obcych, które by obejmowały całościową ochroną karną wszystkie dziedziny prawa finansowego³⁰. Na przykład w prawie niemieckim nie ma odpowiednika polskiego Kodeksu karnego skarbowego. Przestępstwa skarbowe uregulowane są w różnych aktach prawnych, takich jak: niemiecki Kodeks karny z 1971 r.³¹, federalna ustawa o podatku obrotowym³², czy też niemiecka Ordynacja podatkowa z 1976 r.³³ Ustawodawca niemiecki nie widział zatem potrzeby uchwalania odrębnej ustawy karnej skarbowej³⁴. W piśmiennictwie w oparciu o doświadczenia niemieckie wyrażony został nawet pogląd, że „znacznie bardziej praktycznym wydaje się rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę niemieckiego, gdzie zarówno obowiązki podatkowe, jak i sankcje za ich niedopełnienie uregulowane są w gruncie rzeczy w jednej ustawie i to w ustawie podatkowej, w której nieznający prawa obywatel intuicyjnie w pierwszej kolejności powinien poszukać ewentualnych skutków prawnych swojego zachowania”³⁵.

Zasadnym jest podjęcie próby weryfikacji powyższego stanowiska i udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy transponowanie na grunt polski rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę niemieckiego nie byłoby rozwiązaniem lepszym, a w szczególności zaś bardziej praktycznym. Zagadnienie powyższe jest *a fortiori* słuszne, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż przedstawiciele polskiej nauki prawa karnego często odwołują się do bogatych doświadczeń jurysprudencji niemieckiego obszaru językowego. Zauważyć w tym miejscu również wypada, że już pierwsza polska ustawa karna skarbowa odwoływała się przede wszystkim do ustawodawstwa niemieckiego³⁶.

Pogląd o wyższości przyjętego przez ustawodawcę niemieckiego rozwiązania, zasadzającego się na umieszczeniu czynów karnych skar-

³⁰ Z. Siwik, Podstawy prawa karnego skarbowego, Wrocław 1983, s. 25 oraz F. Prusak, Prawo karne skarbowe, (w:) M. Bojarski (red.), System Prawa Karnego. Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe, tom 11, Warszawa 2014, s. 6.

³¹ Kodeks karny (*Strafgesetzbuch*) z dnia 15 maja 1971 r. (Federalny Dziennik Ustaw 1998, I, s. 3322 ze zm.).

³² Ustawa o podatku obrotowym (*Umsatzsteuergesetz*) z dnia 26 listopada 1979 r. (Federalny Dziennik Ustaw 2005 I, s. 386 ze zm.).

³³ Ordynacja podatkowa (*Abgabenordnung*) z dnia 16 marca 1976 r. (Federalny Dziennik Ustaw I), s. 613 ze zm.

³⁴ I. Sepioło, Optymalny model odpowiedzialności prawnej za czyny karne skarbowe, Warszawa 2016, s. 67–69.

³⁵ I. Sepioło, *ibidem*, s. 68.

³⁶ G. Skowronek, Ewolucja prawa karnego skarbowego. Cz. 1, Prokurator 2006, nr 1, s. 52.

bowych w ustawach regulujących przedmiot obowiązków publicznoprawnych, nie wydaje się jednak trafny. Dokonując weryfikacji powyższego stanowiska, które zasadza się na przekonaniu, iż rozwiązania niemieckie są bardziej praktyczne aniżeli polskie odwołać należałoby się do poglądu J. Giezka³⁷, który zauważa, iż poszukując naukowego uzasadnienia dla pożądanej zmiany normatywnej powinniśmy sięgać do argumentów, jakich dostarczyć może: a) dogmatyka prawa karnego; b) teoria prawa karnego; c) polityka kryminalna. Dogmatyka prawa odwołuje się do prawa obowiązującego. Odpowiada ona bowiem na pytanie, jakie normy obowiązują w systemie prawa oraz jakie czyny są zakazane względnie nakazane. Tym samym trafności zaprezentowanego powyżej stanowiska w płaszczyźnie dogmatycznej nie sposób uzasadnić. Również w płaszczyźnie naukowej pogląd o bardziej praktycznym rozwiązaniu polegającym na umieszczeniu znamion typów relewantnych prawnokarnie w ustawach podatkowych jest trudny do uzasadnienia. Aplikując bowiem siatkę pojęciową wprowadzoną przez K. Poppera³⁸ zasadzającą się na kryterium falsyfikowalności nie sposób przyjąć, bez przeprowadzenia jakichkolwiek badań empirycznych, w szczególności zaś na wprowadzeniu do polskich ustaw podatkowych przepisów dotyczących podstaw odpowiedzialności karnej skarbowej, iż rozwiązania przyjęte w niemieckim porządku prawnym są trafniejsze. Tym samym wyłącznie argumenty z polityki kryminalnej mogłyby uzasadnić recepcję rozwiązań niemieckich na grunt polski. Wypada jednak odwołać się do J. Makarewicza³⁹, który kładł szczególny nacisk na to, aby prawo karne było wyrazem suwerennej woli państwa i jego społeczeństwa, aby było prawem autonomicznym, a nienarzucałym, chociażby przez bezkrytyczne powielanie obcych rozwiązań.

Reasumując uznać należy, że oryginalność polskiego prawa karnego skarbowego, zasadzająca się na całościowym uregulowaniu odpowiedzialności karnej skarbowej w jednym akcie prawnym, zasługuje na pozytywną ocenę. Trafnie bowiem V. Konarska-Wrżosek⁴⁰ podnosi, że rozparcelowanie norm prawa karnego skarbowego po różnych aktach prawnych jest niemożliwe do satysfakcjonującego przeprowadzenia i nie jest dobrym rozwiązaniem. Osobna regulacja karna skarbową wydaje się

³⁷ J. Giezek, O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej, PiP 2017, nr 2, s. 3–19.

³⁸ K. R. Popper, Logika odkrycia naukowego, Warszawa 2002, s. 106 i nast.

³⁹ D. Szeleszczuk, Juliusza Makarewicza wizja prawa karnego, (w:) Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza, Lublin 2005, s. 124 oraz J. Makarewicz, Polskie prawo karne. Część ogólna, Lwów – Warszawa 1919, s. 28.

⁴⁰ V. Konarska-Wrżosek, Kodeks karny a Kodeks karny skarbowy – zbieżności i różnice skłaniające do refleksji nad zasadnością odrębnych kodyfikacji, *op. cit.*, s. 174.

zdecydowanie lepszym rozwiązaniem i należy przy tej tradycji pozostać. Brak jest bowiem przekonujących argumentów, znajdujących swoje oparcie w teorii prawa, jak i polityce kryminalnej, które mogłyby uzasadnić pogląd odmienny.

W piśmiennictwie wyrażony został przez Z. Siwika⁴¹ pogląd, iż odrębność prawa karnego skarbowego jako wyspecjalizowanej dziedziny prawa karnego przejawia się: a) w swoistości przedmiotu ochrony (porządek finansowy Państwa, a obecnie także jednostek samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej), b) w odrębności wielu instytucji materialnoprawnych i procesowoprawnych, c) w regulacji problematyki w ramach jednego całościowego aktu prawnego. Z kolei F. Prusak⁴² podnosi, iż o odrębności prawa karnego skarbowego świadczy specyficzny przedmiot ochrony oraz liczne, związane z tym, odrębności konstrukcyjne. A. Wiśniewski⁴³ po zebraniu pozostałych poglądów wyrażonych w doktrynie i judykaturze sformułował następujące przesłanki odrębności, tj. a) odrębność legislacyjna, b) funkcjonowanie odrębnych pojęć „przestępstwa skarbowego” i „wykroczenia skarbowego”, c) idealny zbieg przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego z przestępstwem lub wykroczeniem powszechnym, d) rozszerzony zakres odpowiedzialności za czyny popełnione poza granicami kraju lub czyny nieumyślne, e) odrębności zasad karania, f) inny rodzajowy przedmiot ochrony, g) upoważnienie organów administracyjnych do orzekania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, h) odmienny tryb postępowania przed finansowymi organami dochodzenia oraz finansowymi organami orzekającymi, i) wprowadzenie do postępowania organów procesowych nieznanymi powszechnemu prawu karnemu, j) funkcjonowanie odrębnego trybu postępowania w stosunku do nieobecnych, k) istnienie instytucji materialnoprosesowych nieznanymi prawu powszechnemu, takich jak: interwencja, odpowiedzialność posiłkowa, dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, k) szerszy zakres czynnego żalu.

Trafnie podnosi A. Wiśniewski⁴⁴, że najłatwiej zauważalną odrębnością prawa karnego skarbowego jest odrębność legislacyjna. Dotychczasowa praktyka wykształciła bowiem model ustawy karnej skarbowej, jako jeden z elementów kodyfikacji karnej, ale trwale funkcjonującej poza ko-

⁴¹ Por. Z. Siwik, *Podstawy prawa karnego skarbowego*, Wrocław 1983, s. 25; tenże, *Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna*, Wrocław 1993, s. 9.

⁴² F. Prusak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2008, s. 3.

⁴³ A. Wiśniewski, *Zagadnienia odrębności prawa karnego skarbowego*, Szczecin 2012, s. 79.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 79.

deksem karnym. Okoliczność rzeczona nie może jednak stanowić uzasadnienia powodów wyodrębnienia prawa karnego skarbowego. Odrębność legislacyjna prawa karnego skarbowego jest bowiem skutkiem jego odrębności wobec prawa karnego powszechnego, a nie przyczyną.

Istotną cechą prawa karnego z punktu widzenia przeprowadzanych rozważań na temat przyczyn wyodrębnienia prawa karnego skarbowego z prawa karnego powszechnego jest jego specyficzny przedmiot ochrony. Literatura karnistyczna⁴⁵ podkreśla, że współczesna systematyka ustawowa przestępstw posługuje się zasadniczym kryterium przedmiotu ochrony, a lokalizacja danego przestępstwa w określonej grupie wyodrębnionej wedle tego kryterium wpływa na sposób rozwiązywania wątpliwości interpretacyjnych i zakres stosowania danego przepisu⁴⁶. Uprzedzając późniejsze rozważania, stanowiące główny przedmiot niniejszej rozprawy, zwrócić należy uwagę, że określona okoliczność ma niezwykle istotne znaczenie przy dokonywaniu oceny, czy zachodzi rzeczywisty (właściwy, pomijalny), czy też pozorny zbieg przepisów ustawy i przestępstw, a w dalszej kolejności kwestia stosowania reguł wyłączania wielości ocen. Ostatnio wprawdzie pojawiają się w piśmiennictwie poglądy co do ograniczonej przydatności posługiwania się dobrem prawnym przy dekodowaniu norm z przepisów prawnokarnych⁴⁷, to uznać jednak należy, iż dobro prawne w strukturze przestępstwa stanowi istotne wskazanie w kwestii określenia zakresu kryminalizacji i penalizacji zachowań relewantnych prawnie.

Na gruncie polskiego systemu prawa nie jest możliwe ustanowienie typu czynu zabronionego jako przestępstwo lub wykroczenie skarbowe,

⁴⁵ L. Wilk, *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe*, Katowice 2006, s. 31.

⁴⁶ Tak m.in. T. Bojarski, *O systematyce części szczególnej kodeksu karnego*, PPK 1993, nr 8, s. 19; zob. również tenże, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 15–17; I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 91–92; tenże, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 162; tenże, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 106; R. A. Stefański, *Źródła prawa karnego*, (w:) T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego*, tom 2, Warszawa 2011, s. 501; P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 117–119; W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, (w:) T. Sokołowski, Ł. Pohl, R. Zawłocki (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 629.

⁴⁷ Tak m.in. G. Łabuda, *Nierzetelne wystawianie faktur – oszustwo pospolite czy oszustwo podatkowe? Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03*, Glosa 2004, nr 6, 51 oraz Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 131 i nast.

jeśli celem wprowadzenia do porządku prawnego prawnokarnie relewantnego nakazu lub zakazu nie jest ochrona wartości cennej z punktu widzenia ocen społecznych⁴⁸. Pojęcie dobra prawnego zawdzięcza bowiem swoją genezę dążeniu do ustalenia w ten sposób granic prawa karnego⁴⁹. Wyrazić tym samym można pogląd, że zachowania, które nie są wymierzone przeciwko interesom fiskalnym państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej nie mogą stanowić przestępstwa skarbowego ani też wykroczenia skarbowego.

Prawo karne skarbowe chroni interes finansowy Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej. W literaturze wyrażany jest wręcz pogląd, iż z teoretycznego punktu widzenia bardziej adekwatna byłaby nazwa „prawo karne finansowe”, a nie „prawo karne skarbowe”⁵⁰. Podatki pobierane przez Państwo stanowiły bowiem zawsze podstawowe źródło jego dochodów. Dlatego też ochrona wpływów podatkowych, a także uzyskiwanych opłat była zawsze przedmiotem zainteresowania prawa karnego skarbowego⁵¹. Jak trafnie podnoszą L. Wilk i J. Zagrodnik⁵² jest to zatem przedmiot ochrony o charakterze ekonomicznym, a zarazem ponadindywidualnym. Wpływa to na postrzeganie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych w oczach opinii społecznej jako przestępstw (i wykroczeń) „bez ofiar”, ponieważ „pokrzywdzony” jawi się jako organizacja anonimowa. Ten przedmiot ochrony – zdaniem wskazanych autorów – nie ma mocnych etyczno-moralnych korzeni. Uzupełniając powyższą konstatację zwrócić należy uwagę, że w starożytności nie wyodrębniano przestępstwa przeciwko fiskusowi. W digestach justyniańskich znajdujemy stwierdzenie, że działanie przeciw fiskusowi nie jest przestępstwem⁵³. Tłumaczyć to można brakiem

⁴⁸ Sz. Tarapata, *ibidem* s. 25; tenże Dobro prawne w kontekście zasady *nullum crimen sine lege*, (w:) I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2012, s. 121; zob. również D. Gruszecka, Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym, Wrocławskie Studia Erazmańskie. Zeszyty Studenckie, Wrocław 2008, s. 135–155.

⁴⁹ H. J. Hirsch, W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego, RPEiS 2002, nr 1, s. 2; zob. również A. Zoll, Kryminalizacja jako rozwiązanie konfliktu wartości lub dóbr, (w:) Źródła prawa karnego, (w:) T. Bojarski (red.), System Prawa Karnego, tom 2, Warszawa 2011, s. 235.

⁵⁰ Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 8; zob. również A. Bieniek-Kosikowska, C. Kosikowski, Prawo karne skarbowe czy prawo karne finansowe, NP 1967, nr 12, s. 1585–1599.

⁵¹ W. Wójtowicz, Ochrona karna skarbowa dochodów podatkowych i z opłat, NP 1975, nr 2, s. 214.

⁵² L. Wilk, J. Zagrodnik, Prawo karne skarbowe, Warszawa 2009, s. 7.

⁵³ G. Skowronek, Ewolucja prawa karnego skarbowego. Cz. 1, Prokurator 2006, nr 1, s. 50; zob. również Z. Siwik, System środków penalnych w prawie karnym skarbowym, Wrocław 1986, s. 7.

potępienia społecznego, gdyż przeciętni obywatele nie odczuwali zagrożenia w stosunku do czynów zabronionych, które nie dotyczyły ich bezpośrednio⁵⁴.

Zasadnym jest tym samym uznanie, że właśnie specyficzny przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego stanowi przekonujące uzasadnienie dla jego wyodrębnienia z prawa karnego powszechnego. Wypada jedynie przytoczyć słowa wybitnego prawnika, teoretyka oraz praktyka okresu dwudziestolecia międzywojennego A. Mogilnickiego, który uzasadniając odrębność represji karnej od karnoskarbowej pisał: „Dużo by się dało powiedzieć na temat, dlaczego się taka dwutorowość wytworzyła. Jak przypuszczać należy, u podstawy tej dwutorowości leży poczucie prawne społeczeństwa, które nie godzi się jakoś z tym, iżby człowiek, który w drodze nielegalnej dąży do zmniejszenia przypadających nań ciężarów publicznych, miał być takim zbrodniarzem jak ten, kto przez czyny przestępne dąży do wzbogacenia się bezpośrednią krzywdą współobywateli”⁵⁵.

Z pewnością jednak specyficzny przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego nie stanowił wystarczającego powodu dla jego wyodrębnienia z powszechnego prawa karnego. W kodeksie karnym znajdziemy bowiem wiele typów czynów zabronionych, których przedmiotem ochrony są dobra specyficzne, charakteryzujące się przede wszystkim ponadindywidualnością (np. przestępstwa przeciwko środowisku). Tym samym dalszych powodów, dla których wyodrębniono prawo karne skarbowe poszukiwać należy w odrębnościach wielu instytucji materialnoprawnych i procesowoprawnych. Uznać bowiem należy, że właśnie określone odrębności, obok specyficznego przedmiotu ochrony, stanowiły determinującą przyczynę wyodrębnienia fiskalnego prawa karnego.

Czyny karne skarbowe nie mają jednorodnego statusu, gdyż część z nich uznawana jest za przestępstwa skarbowe inne zaś za wykroczenia skarbowe. Okolicznością o charakterze prymarnym jest fakt, że wiele typów czynów zabronionych w kodeksie karnym skarbowym, posiadających tożsamy zespół znamion, kwalifikowany jest przez ustawodawcę do typu podstawowego, uprzywilejowanego lub też wykroczenia wyłącznie ze względu na wartość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej lub wartość przedmiotu czynu zabronionego. Do wykroczeń skarbowych nie mają zastosowania przepisy części ogólnej kodeksu wykroczeń (art. 46 k.k.s.). Tym samym do powyższych czy-

⁵⁴ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 181.

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

nów karnych skarbowych zastosowanie znajdują przepisy części ogólnej kodeksu karnego skarbowego (rozdziału 1, 2 i 4). Istnieje więc w dość dużej mierze tożsamy reżim odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, co istotnie odróżnia prawo karne skarbowe od prawa karnego powszechnego, w którym istnieje odmienny reżim odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia.

Zgodzić się należy z V. Konarską-Wrzošek⁵⁶, która rozważając zasadność inkorporowania zasad odpowiedzialności karnej skarbowej do kodeksu karnego, jest przeciwna umieszczeniu wykroczeń skarbowych w kodeksie karnym ze względu na zburzenie logiki całego, polskiego systemu prawa karnego, który opiera się na dwupodziale czynów zabronionych na przestępstwa i wyodrębnioną kategorię czynów zabronionych pod groźbą kary o randze wykroczeń.

Niektóre z instytucji zawartych w kodeksie karnym skarbowym są niespotykane w prawie karnym powszechnym (idealny zbieg przestępstw, interwencja, dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, pociągnięcie osoby trzeciej do odpowiedzialności posiłkowej), inne zaś w sposób istotny się różnią (czynny żal karnej skarbowy, postępowania mandatowe, postępowanie w stosunku do nieobecnych⁵⁷).

Zasadnie podnosi się w piśmiennictwie⁵⁸, iż występujące różnice np. w kwestii karalności usiłowania, podstaw i sposobu progresji karania, liczenia biegu terminów przedawnienia czynów karnych skarbowych⁵⁹ w dostateczny sposób uzasadniają konieczność zachowania odrębności prawa karnego skarbowego. W kodeksie karnym skarbowym znajduje się pełna regulacja dotycząca zarówno wskazania czynów bezprawnych, zagrożonych sankcją karną, zasad ponoszenia odpowiedzialności za ich popełnienie, jak również zasad wykonywania orzeczeń. Uregulowanie całej materii dotyczącej odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe w jednym akcie prawnym stanowi nie tylko ułatwienie dla organów stosujących prawo, ale również dla podmiotów, których zachowanie pozostaje w zainteresowaniu prawa karnego skarbowego.

⁵⁶ V. Konarska-Wrzošek, Kodeks karny a Kodeks karny skarbowy – zbieżności i różnice skłaniające do refleksji nad zasadnością odrębnych kodyfikacji, (w:) A. Marek, T. Oczkowski (red.), Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji, Warszawa 2011, s. 174.

⁵⁷ Zob. m.in. Z. Siwik, Postępowanie w stosunku do nieobecnych w sprawach karnych skarbowych, Pal. 1978., nr 11–12, s. 51 i nast.

⁵⁸ V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 174–175.

⁵⁹ Zob. m.in. L. Wilk, A. Chorążewska, Przedawnienie karalności przestępstw skarbowych oraz zobowiązań podatkowych, Prok. i Pr. 2016, nr 2, s. 126 i nast.

Przepis art. 116 k.k. statuuje zasadę, w myśl której przepisy części ogólnej tego kodeksu stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie. Z kolei art. 20 § 1 k.k.s. wysławia zasadę, zgodnie z którą do przestępstw skarbowych nie mają zastosowania przepisy części ogólnej i rozdziału XXXVIII kodeksu karnego, z zastrzeżeniem § 2, w którym ustawodawca enumeratywnie wymienia przepisy kodeksu karnego, mające odpowiednie zastosowanie do przestępstw skarbowych. Zastosowana przez ustawodawcę formuła odpowiedniego jedynie stosowania do przestępstw skarbowych *explicite* wskazanych przepisów powszechnego prawa karnego również świadczy o autonomiczności prawa karnego skarbowego. Odpowiednie stosowanie przepisów prawa może bowiem polegać na ich zastosowaniu wprost, na ich modyfikacji, albo na odmowie ich zastosowania ze względu na ich bezprzedmiotowość bądź też ze względu na ich całkowitą sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, do których miały być one stosowane odpowiednio⁶⁰.

Na wyjątkowość stosowania przepisów kodeksu karnego do kodeksu karnego skarbowego zwraca się uwagę zarówno w piśmiennictwie⁶¹, jak i judykaturze⁶². Z. Siwik⁶³ zauważył również poważny problem legislacyjny wyraźnego ograniczenia zasięgu klauzuli odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej k.k. jako „pośrednika” ich działania na terenie prawa karnego skarbowego. Jak bowiem podnosi rzeczony autor „słuszny cel techniczno-legislacyjny znacznego skrócenia rozmiaru aktu prawnego, jakim jest ustawa karna skarbową, powinien mieć rozsądne granice użyteczności, zarówno pod względem ilościowym, jak i jakościowym.

⁶⁰ Zob. m.in. J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, nr 3, s. 370–371; tenże, Analogia legis, Warszawa 1966; M. Świetlicka, „Odpowiednie” stosowanie kodeksu postępowania karnego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, Prok. i Pr. 2006, nr 10, s. 69 i nast.; R. Hauser, Odpowiednie stosowanie przepisów prawa – uwagi porządkujące, Przegląd Prawa i Administracji, t. LXV, Wrocław 2005, s. 151 i nast.; A. Błachnio-Parzych, Przepisy odsyłające (wybrane zagadnienia), PiP 2003, nr 1, s. 43 i nast.; J. Raglowski, Stosunek przepisów części ogólnej nowego kodeksu karnego do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, PS 1998, nr 7–8, s. 19 i nast.

⁶¹ O. Włodkowski, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe za rok 2014, Prok. i Pr. 2016, nr 1, s. 119–120.

⁶² Np. wyrok SN z dnia 26 marca 2014 r., sygn. III KK 396/13, KZS 2014, nr 7–8, poz. 57, postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2014 r., sygn. II KK 55/14, KZS 2014, nr 7–8, postanowienie SN z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. II KZ 1/14, KZS 2014, nr 5, poz. 39.

⁶³ Z. Siwik, „Odpowiednie” stosowanie przepisów kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym (studium na tle systemu środków penalnych), Przegląd Prawa i Administracji, tom XXIII, Wrocław 1987, s. 131.

Wszakże klauzula „odpowiedniego” stosowania przepisów prawa, jako prosty zabieg legislacyjny, jest wygodna przede wszystkim dla samego ustawodawcy, lecz nie dla codziennej praktyki czy też obywateli zobowiązanych do ścisłego przestrzegania przepisów tego wyspecjalizowanego działu prawa karnego. Jest chyba charakterystyczne, że ta klauzula stała się w ustawie karnej skarbowej (obecnie w kodeksie karnym skarbowym) wręcz tradycyjną dyrektywą legislacyjną⁶⁴.

Istotne różnice dotyczą sposobu regulacji instytucji „czynnego żalu” w prawie karnym powszechnym i prawie karnym skarbowym. W prawie karnym powszechnym bezkarność – co do zasady – dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy nie nastąpił skutek relewantny prawnokarnie (art. 15 § 1 k.k.)⁶⁵. Z kolei w prawie karnym skarbowym instytucja „czynnego żalu” dotyczy zarówno czynów w stadium usiłowania, jak i dokonania (art. 16 § 1 k.k.s. oraz art. 16a k.k.s.). Wskazana różnica związana jest przede wszystkim z funkcją egzekucyjną i fiskalną prawa karnego skarbowego, które w przeciwieństwie do prawa karnego powszechnego preferuje wyrównanie uszczerbku w dochodach finansowych państwa, jednostek samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej, nawet kosztem realizacji funkcji represyjnej, tak charakterystycznej dla powszechnego prawa karnego.

W prawie karnym skarbowym w szerszym zakresie aniżeli w prawie karnym powszechnym przewidziano również możliwość odstąpienia od skazania za czyn wypełniający znamiona typu czynu zabronionego opisanego w ustawie karnej skarbowej. Jest to bowiem możliwe w razie zastosowania warunkowego umorzenia postępowania (art. 20 § 2 k.k.s. i art. 41 § 1–3 k.k.s.) lub też skorzystania z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności⁶⁶ (art. 17 § 1–2 k.k.s.).

W prawie karnym skarbowym przewidziano obligatoryjną odpowiedzialność posiłkową osób trzecich (fizycznych, prawnych albo jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, którym odrębne przepisy przyznają zdolność prawną) za karę grzywny orzeczoną wobec

⁶⁴ Z. Siwik, *ibidem*, s. 131.

⁶⁵ Zob. m.in. D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984; O. Sitarz, *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*, Katowice 2015 oraz H. Skwarczyński, *Czynny żal w prawie karnym skarbowym*, Mon. Pod. 2006, nr 2, s. 21 i nast.

⁶⁶ Zob. m.in. I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2011; H. Skwarczyński, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w kodeksie karnym skarbowym*, Mon. Pod. 2006, nr 4, s. 28 i nast.; D. Świecki, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w kodeksie karnym skarbowym*, PS 2001, nr 3, s. 83 i nast.; F. Prusak, *Normatywne i pragmatyczne aspekty dobrowolnego poddania się karze*, NP 1980, nr 3, s. 12 i nast.

sprawcy przestępstwa skarbowego, a także ściągnięcie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów⁶⁷ (art. 24 § 1 k.k.s.). Instytucja, o której mowa w art. 24 § 1–5 k.k.s., występuje wyłącznie w kodeksie karnym skarbowym, a co za tym idzie świadczy o jego odrębności wobec prawa karnego powszechnego.

W prawie karnym skarbowym co do zasady karalne jest dopiero stadium dokonania przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. Indyferentne prawnokarnie jest stadium przygotowania popełnienia przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego, jak również usiłowanie popełnienia wykroczenia skarbowego. Wyjątkowość karalności stadium usiłowania popełnienia przestępstwa wyrażona została w przepisie art. 21 § 1 k.k.s., zgodnie z którym usiłowanie przestępstwa skarbowego zagrożonego karą nieprzekraczającą roku pozbawienia wolności lub karą łagodniejszą jest karalne tylko wtedy, gdy kodeks tak stanowi. Za usiłowanie można wymierzyć karę w wysokości nieprzekraczającej dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa skarbowego. Rozwiązanie powyższe wyraźnie różni się od rozwiązań przyjętych w prawie karnym powszechnym. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 13 § 1 k.k. każdy typ przestępstwa umyślnego może zostać popełniony w stadium usiłowania. Również zagrożenie karą za usiłowanie popełnienia czynu zabronionego jest tożsame z zagrożeniem przewidzianym dla dokonania danego przestępstwa.

Rozwiązanie dotyczące karalności usiłowania przyjęte w kodeksie karnym skarbowym wydaje się trafniejsze, aniżeli przyjęte w prawie karnym powszechnym⁶⁸. Usiłowanie nie doprowadza bowiem do naruszenia dobra prawnego. Istnieje tym samym wyraźny deficyt bezprawia w jego stronie przedmiotowej. Tym samym powinno to znaleźć odzwierciedlenie w różnicowaniu sankcji karnej przy dokonaniu oraz usiłowaniu dokonania czynu zabronionego. Zauważyć wypada, że w pracach Komisji do spraw Reformy Prawa Karnego przeważał pogląd za dokonaniem różnicowania karalności dokonania i usiłowania przestępstw powszechnych. Przewidywano, że w przypadku usiłowania orzeczona kara nie mogłaby przekraczać 2/3 górnej granicy ustawowego zagrożenia⁶⁹. Proponowano więc rozwiązanie, które następnie przyjęte zostało w kodeksie karnym skarbowym.

⁶⁷ Zob. m.in. K. Rydz-Sybilak, Odpowiedzialność posiłkowa w polskim prawie karnym skarbowym, Łódź 2014.

⁶⁸ Tak m.in. Z. Jędrzejewski, Bezprawie usiłowania nieudolnego, Warszawa 2000, s. 150, przypis 614.

⁶⁹ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52, tom I, Warszawa 2016, s. 298–299.

Niestety określona propozycja nie została przyjęta w k.k. i obecnie mamy w prawie karnym zróżnicowanie ustawowego zagrożenia karą w przypadku przestępstw powszechnych i przestępstw karnych skarbowych.

Mimo niekaralności stadium przygotowania popełnienia przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego zauważyć wypada, że ustawodawca przewidział w k.k.s. znaczną liczbę typów przestępstw i wykroczeń z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego, jakim jest interes fiskalny państwa, jednostek samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej, na niebezpieczeństwo (np. art. 60–62 k.k.s.)⁷⁰. Zachowania określone w powyższych typach czynów zabronionych stanowią swoiste przygotowanie do uszczuplenia należności publicznoprawnej. Zgodzić się jedynie wypada z poglądem, iż określenie czynności przygotowawczych w odrębnym typie czynu zabronionego nie zmienia ich istoty⁷¹. Jak zauważa bowiem M. Małecki⁷² nie ma podstaw do odróżniania typu przygotowania do przestępstwa, jako formy stadialnej przestępstwa, od typu przestępstwa będącego przygotowaniem, tj. sprowadzającego się do realizacji czynności o charakterze przygotowawczym. *De lege lata ergo non distinguente* oba określenia oznaczają bowiem dokładnie to samo. Mimo więc ustawowo przyjętej niekaralności przygotowania do popełnienia przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego są typy czynów zabronionych, których zakres normowania obejmuje zachowania mogące stanowić przygotowanie do popełnienia czynu znamiennego skutkiem w postaci uszczuplenia należności publicznoprawnej czy też narażenia jej na uszczuplenie.

Również regulacja odpowiedzialności karnej skarbowej za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe popełnione za granicą różni się w sposób istotny od odpowiedzialności za przestępstwa powszechne popełnione poza granicami kraju, która uregulowana została w rozdziale XIII kodeksu karnego. Odpowiedzialność za przestępstwa powszechne jest określona bardzo szeroko pod względem przedmiotowym, choć z drugiej strony jest co do zasady uzależniona od uznania takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia (art. 111 § 1 k.k.). Odpowiedzialność karna skarbową za czyny popełnione za granicą określona została dość wąsko, ale ustawodawca

⁷⁰ Bliżej na temat narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo zob. m.in. D. Gruszecka, Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna, Warszawa 2012, oraz E. Hryniewicz, Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych, Warszawa 2012.

⁷¹ W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2010, s. 245.

⁷² M. Małecki, Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna, Warszawa 2016, s. 245–246.

polski ze względu na przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego przyjął zasadę przedmiotową obostrzoną. Rozciągnął bowiem odpowiedzialność w stosunku do obywateli polskich oraz cudzoziemców w razie popełnienia przez nich za granicą przestępstw skarbowych skierowanych wyłącznie przeciwko istotnym interesom finansowym państwa polskiego. Chodzi przy tym o takie przestępstwa skarbowe, które niezależnie od unormowań w miejscu ich popełnienia zagrażają wyłącznie Skarbowi Państwa (pominięto bowiem w treści art. 3 § 3 k.k.s. jednostki samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej) powstaniem uszczerbku finansowego w wysokości co najmniej dziesięciokrotności wielkiej wartości (art. 53 § 11 k.k.s. i art. 53 § 16 k.k.s.). Ustawą z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy⁷³ wprowadzono przepis art. 3 § 3a k.k.s., którym rozszerzono stosowanie kodeksu karnego skarbowego do obywatela polskiego w razie popełnienia przez niego za granicą przestępstwa skarbowego przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji i subwencji (rozdział 6 k.k.s.), a także przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami skierowanymi przeciwko interesom finansowym Unii Europejskiej.

W treści przepisu art. 3 § 4 k.k.s. wprowadzono również karalność przestępstw celnych i wykroczeń celnych, stypizowanych w rozdziale 7 k.k.s., popełnionych za granicą, o ile zostały one ujawnione w wyniku czynności kontrolnych przeprowadzonych przez polski organ celny lub inny organ uprawniony na podstawie umów międzynarodowych. Specyficzny przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego determinuje tym samym odmienny zakres odpowiedzialności prawnokarnej za czyny bezprawne godzące w interes fiskalny państwa i Unii Europejskiej, które popełnione zostały poza granicami kraju. Powyższa odmienność *eo ipso* uzasadnia również wyodrębnienie prawa karnego skarbowego z powszechnego prawa karnego.

W kodeksie karnym skarbowym przyjęto tożsame z kodeksem karnym określenie kary grzywny grożącej za przestępstwo w stawkach dziennych. Minimalna liczba stawek dziennych grzywny wynosi 10, natomiast ustawodawca dokonał rozróżnienia ich górnej granicy. W powszechnym prawie karnym wynosi ona 540 stawek (art. 33 § 1 k.k.), natomiast w prawie karnym skarbowym 720 (art. 23 § 1 k.k.s.). Istotna różnica występuje jednak w sposobie określenia rozpiętości jednej stawki dziennej. Zgodnie z treścią przepisu art. 33 § 3 k.k. stawka dzienna nie może być niższa niż 10 złotych, ani też przekraczać 2000 złotych, natomiast

⁷³ Dz. U. Nr 162, poz. 1569.

w prawie karnym skarbowym stawka dzienna nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia ani też przekraczać jej czterystukrotności (art. 23 § 3 k.k.s.). Również wysokość stawki dziennej grzywny za wykroczenie skarbowe odnoszona jest do minimalnego wynagrodzenia (art. 48 § 1 k.k.s.).

Wydawać by się mogło, że rozwiązanie przyjęte w kodeksie karnym skarbowym jest trafniejsze, gdyż uwzględnia zmiany w dochodach społeczeństwa. Określona uwaga podlega jednak weryfikacji, jeśli wziąć pod uwagę fakt, iż wysokość stawki dziennej należy odnosić do minimalnego wynagrodzenia z daty popełnienia czynu, a nie z daty orzekania przez sąd pierwszej instancji. Jak trafnie bowiem podnosi V. Konarska-Wrżosek⁷⁴ przyjęcie poglądu odmiennego, w sposób niebudzący wątpliwości, naruszałoby konstytucyjną zasadę dostatecznej określoności ustawowego wymiaru kary, która powinna być wyraźnie określona już w czasie popełnienia relewantnego prawnokarnie czynu (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP)⁷⁵. Powyższe pozwala na konstatację, iż rozwiązanie przyjęte w powszechnym prawie karnym jest czytelniejsze dla adresatów norm prawnych.

Reasumując uznać należy, iż odmienny sposób określenia przez ustawodawcę wysokości kary grzywny za przestępstwo powszechne i przestępstwo karne skarbowe nie stanowi przekonywającego uzasadnienia dla wyodrębnienia prawa karnego skarbowego, jako specjalistycznej gałęzi prawa karnego powszechnego. Uzasadnienie odnaleźć można jednak w odmiennej funkcji kary grzywny w prawie karnym skarbowym, która oprócz funkcji prewencyjnej spełnia także niewątpliwie funkcję fiskalną, która rekompensuje Skarbowi Państwa poniesione straty finansowe⁷⁶.

Zasadne jest wyrażenie poglądu, że kodeks karny skarbowy lepiej definiuje figurę prawną czynu ciągłego, aniżeli uczynił to ustawodawca w prawie karnym powszechnym. Jednoczynowa koncepcja czynu ciągłego budziła i budzi nadal, zarówno w piśmiennictwie⁷⁷, jak i w judykatu-

⁷⁴ V. Konarska-Wrżosek, Kodeks karny a kodeks karny skarbowy – zbieżności i różnice skłaniające do refleksji nad zasadnością utrzymywania odrębnych kodyfikacji, (w:) A. Marek, T. Oczkowski (red.), Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji, Warszawa 2011, s. 177–178.

⁷⁵ Zob. również m.in. W. Wróbel, Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Kraków 2003, s. 381 i nast.

⁷⁶ F. Prusak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, tom I, Kraków 2006, s. 345.

⁷⁷ Zob. m.in. A. Marek, J. Lachowski, Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego, Prok. i Pr. 2004, nr 11–12, s. 7 i nast. oraz A. Marek, O fikcji jednoczynowości przestępstwa ciągłego i jej konsekwencjach raz jeszcze, Prok. i Pr. 2010, nr 1–2, s. 126 i nast. oraz monograficzne opracowania P. Kardaśa, Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym, Kraków 1999, a także M. Dąbrowska-

rze⁷⁸ wątpliwości interpretacyjne. Jednakże w związku z trafniejszą definicją czynu ciągłego w prawie karnym skarbowym (art. 6 § 2 k.k.s.), aniżeli w prawie karnym powszechnym (art. 12 k.k.), jak również w związku z ostrzejszą legislacyjną delimitacją czynu ciągłego skarbowego i ciągu przestępstw skarbowych stosowanie tychże instytucji nie wywołuje tak wielu problemów wykładniczych, jak ich aplikacja w prawie karnym powszechnym. Przede wszystkim ustawodawca, nowelizując ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw⁷⁹ wyraźnie określił, jaki termin uważa za krótki przy zachowaniach stypizowanych w kodeksie karnym skarbowym polegających na uszczupleniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznonprawnej. Za krótki odstęp czasu uważa się bowiem okres 6 miesięcy. Precyzyjne określenie okoliczności mającej istotne znaczenie dla prawidłowego stosowania określonej instytucji przyjąć należy z uznaniem. Podnieść wypada, że im mniej w przepisach prawa karnego powszechnego i prawa karnego skarbowego pojęć ocennych i nieostrych, tym wyższy stopień realizacji konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności czynu zabronionego. Właściwsze również jest użycie w kodeksie karnym skarbowym przesłanki subiektywnej czynu ciągłego skarbowego. Zastosowanie tejże instytucji będzie bowiem możliwe przy wykazaniu, iż dwa lub więcej zachowań podjętych zostało w wykonaniu tego samego, a nie w wykonaniu z góry powziętego, zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności.

Należy zwrócić uwagę, że na gruncie prawa karnego skarbowego, odmiennie aniżeli w prawie wykroczeń powszechnych, konstrukcja czynu ciągłego odnosi się zarówno do przestępstw skarbowych, jak i do wykroczeń skarbowych⁸⁰.

Ustawodawca karny skarbowy przewidział również instytucję ciągu przestępstw skarbowych (art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.). Z powyższą instytucją prawną będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy sprawca popełnia dwa lub więcej przestępstw skarbowych zanim zapadł pierwszy wyrok,

Kardas, P. Kardas, Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r., Kraków 1999.

⁷⁸ Zob. m.in. uchwała SN z dnia 21 listopada 2001 r., sygn. I KZP 29/01, OSNKW 2001, nr 11, poz. 21; uchwała SN z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 15/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 55 oraz P. Kardas, *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, CzPKiNP 2007, nr 2, s. 53 i nast., a także J. Giezek, O powadze rzeczy osądzonej w ramach konstrukcji czynu ciągłego. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2007 r., CzPKiNP 2008, nr 1, s. 81 i nast.

⁷⁹ Dz. U. Nr 178, poz. 1479.

⁸⁰ M. Nawrocki, O konstrukcji wykroczenia ciągłego, PiP 2015, nr 1, s. 35.

choćby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu nie są długie. Dekodując normę prawną z przepisu art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. mieć należy na uwadze definicję legalną czynu ciągłego skarbowego, o której mowa w art. 6 § 2 k.k.s. Tym samym z ciągiem przestępstw będziemy mieć do czynienia, gdy odstępy od popełnionych przez sprawcę przestępstw skarbowych będą dłuższe niż 6 miesięcy. Trudno jednak wskazać, jak trafnie podnosi V. Konarska-Wrzosek⁸¹, do jakiego momentu czasowego uznawać będziemy, że odstęp czasu między przestępstwami skarbowymi nie jest długi. Trudności interpretacyjne powstają również w razie popełnienia przez sprawcę dwóch lub więcej przestępstw skarbowych, które nie będą polegać na uszczupleniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Wówczas bowiem nie posiadamy jakiegokolwiek wskazania, jaki okres między zachowaniami prawnokarnie relewantnymi uznać należy za krótki, a jaki za okres, który nie będzie długi. Należy przytoczyć jedynie ze wszech miar trafną konstatację M. Małeckiego⁸², który niezwykle obrazowo zauważył, że „(...) gdy ustawa strzela typem czynu zabronionego w stronę sprawcy przestępstwa, powinna zawsze stosować ostrą amunicję. Jej amunicją powinny być jasno określone typy zachowań karalnych, zbudowane ze znamion o ostrych granicach (...)”. Niestety ustawodawca tychże cennych uwag często nie bierze pod uwagę w procesie legislacyjnym, co implikuje następnie trudności przy stosowaniu prawa.

4. Podsumowanie

Przedstawiony powyżej rys historyczny polskiego prawa karnego skarbowego, a także specyficzne dla tej gałęzi prawa instytucje, jak również występujące różnice w instytucjach prawnych prawa karnego powszechnego i prawa karnego skarbowego świadczą o jego autonomiczności i samodzielności oraz subsydiarności prawa karnego powszechnego względem prawa karnego skarbowego. Przyczyny takiego stanu rzeczy doszukać się możemy z jednej strony w tradycji odrębnej regulacji prawa karnego skarbowego, gdyż jak trafnie podnosi się w piśmiennictwie⁸³ praktyka ustawodawcza czerpie zawsze pewne rozwiązania z tra-

⁸¹ V. Konarska-Wrzosek, *op. cit.* s. 178–179.

⁸² M. Małecki, *op. cit.*, Warszawa 2016, s. 22–23; szerzej na ten temat zob. m.in. J. Długosz, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016.

⁸³ Tak J. Bafia, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 1980, s. 6.

dycji, jak również ze specyficznego przedmiotu ochrony, którym jest interes fiskalny państwa, jednostek samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej oraz z przewagi w prawie karnym skarbowym funkcji egzekucyjnej i fiskalnej przed represją.

U podstaw wyodrębnienia czynów karnych skarbowych leżała również konieczność kształtowania dopiero przez normy karne, społecznej świadomości potrzeby przestrzegania nakazów i zakazów ze sfery finansowej⁸⁴. Jak bowiem już uprzednio wskazano mentalność i moralność podatkowa społeczeństwa, wyraźnie odróżniająca się od postawy wobec czynów nagannych kryminalnie skierowanych przeciwko dobrom indywidualnym, nakazywała chronić interes finansowy państwa, jednostek samorządu terytorialnego, jak również Unii Europejskiej również przez wprowadzenie sankcji karnej za przełamanie zakazów czy też nakazów, wynikających z norm prawnych, chroniących określony interes.

W literaturze wyrażane są różne poglądy również w odniesieniu do odrębności systemowej prawa karnego skarbowego. Jedni autorzy⁸⁵ aprobuje wyodrębnienie tej dyscypliny w osobną dziedzinę prawa karnego, inni⁸⁶ pogląd ten kontestują, a reprezentujący trzecią grupę⁸⁷ nie do końca przesądza o jego odrębności systemowej, zaliczając jednak go do szczególnej dziedziny prawa karnego, wyspecjalizowanej ze względu na

⁸⁴ Tak uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 4 kwietnia 2005 r., sygn. I KZP 7/05, OSNKW 2005, nr 5, poz. 44; zob. również J. Bafia, *op. cit.* s. 10.

⁸⁵ Tak m.in. V. Konarska-Wrzesek, *op. cit.*, s. 180; Z. Siwik, Projekt Kodeksu karnego skarbowego – o kierunkach zmian w materialnoprawnych przepisach części ogólnej, CzPKNP 1998, nr 1–2, s. 6 oraz S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, Kraków 2001, s. 17.

⁸⁶ Tak m.in. T. Bojarski, *Kodeks karny skarbowy, a kodeks karny. Kilka uwag porównawczych*, (w:) P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, Katowice 2003, s. 35 i nast. Ostatnio pogląd o konieczności podjęcia dyskusji nad zasadnością utrzymywania odrębnych regulacji k.k. oraz k.k.s. wyraził A. Błachnio. Zdaniem tego autora znacznie lepszym rozwiązaniem byłoby dokonanie szerokiej nowelizacji kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego zmierzającej do ujednolicenia obowiązujących przepisów, a w efekcie końcowym do derogacji kodeksu karnego skarbowego, zob. A. Błachnio, *Przestępstwo poświadczenia nieprawdy w fakturze na gruncie art. 271a k.k.*, PS 2018, nr 5, s. 97–98. Na podobnym stanowisku stanęła I. Sepioło, która także kontestuje potrzebę kontynuowania tradycji odrębnej regulacji karnoskarbowej, zob. I. Sepioło, *Optymalny model odpowiedzialności prawnej za czyny karne skarbowe*, Warszawa 2016, s. 237. Powyższy pogląd autorka powtórzyła w *Faktura VAT jako przedmiot wykonawczy przestępstwa skarbowego*, PUG 2016, nr 9, s. 26.

⁸⁷ F. Prusak, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2002, s. 3 oraz tenże, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2008, s. 3.

specyfikę przedmiotu ochrony oraz na liczne, związane z tym odrębności konstrukcyjne. Prawo karne skarbowe określane jest jako suplement prawa karnego⁸⁸, jako prawo karne szczególne⁸⁹ czy też „pogranicze” karnistyki⁹⁰. Jego związki z prawem karnym powszechnym nie powinny jednak budzić najmniejszej wątpliwości. Trafne jest stanowisko, w myśl którego prawo karne skarbowe charakteryzuje się, z przyczyn, o których pisałem wcześniej, odrębnością wpisującą się jednak w system prawa karnego.

W uchwale pełnego składu izby karnej Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2005 r. (sygn. I KZP 7/05) wyrażony został pogląd, że dopiero wejście w życie z dniem 17 października 1999 r. Kodeksu karnego skarbowego dało wyraz pełnej autonomiczności prawa karnego skarbowego, który to dopiero akt prawny formalnie rozgraniczył pojęcie „przestępstwa skarbowego” od pojęcia „przestępstwa”. Z powyższą tezą nie sposób jednak się zgodzić. W całej rozciągłości przychylić się bowiem należy do zdania odrębnego dziesięciu sędziów Sądu Najwyższego, którzy trafnie zauważyli, że istniejąca zawsze całkowita autonomiczność prawa karnego skarbowego w granicach systemu prawa karnego wynikała z odmiennych rodzajowo, merytorycznych i aksjologicznych podstaw odpowiedzialności, co stało się w konsekwencji przyczyną sformalizowania tej odrębności w postaci własnej ustawy karnej i katalogiem czynów zabronionych i ich nazewnictwem. Zmiany, jakie nastąpiły w prawie karnym skarbowym wraz z wejściem w życie Kodeksu karnego skarbowego, miały tym samym jedynie charakter porządkujący, a co za tym idzie nie kreowały autonomii prawa karnego skarbowego i jego deliktów, gdyż wskazana autonomiczność prawa karnego skarbowego istniała już wcześniej.

Uchwała podjęta została w odpowiedzi na przekazane na podstawie art. 61 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.), przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, pełnemu składowi Izby Karnej, zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „Czy pojęcie «popelnianie przestępstw», o którym mowa w art. 258 § 1 Kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym przed dniem 17 października 1990 r. – art. 4 § 6 pkt 7 i art. 17 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 83, poz. 931) – obejmowało także popelnianie przestępstw skarbowych? Sąd Najwyższy uznał, że pojęcie

⁸⁸ Tak J. Śliwowski, *Ustawa karna skarbową a ogólne zasady prawa karnego*, Pal. 1961, nr 5, s. 68.

⁸⁹ Tak B. Koch, *Ustawa karna skarbową na tle kodyfikacji prawa karnego*, PiP 1996, nr 4–5, s. 785.

⁹⁰ L. Wilk, *Zagadnienia materialnego prawa karnego skarbowego*, Toruń 2004, s. 15.

„przestępstwa”, występujące w art. 258 § 1 Kodeksu karnego, w brzmieniu obowiązującym przed 17 października 1999 r., obejmowało również „przestępstwa skarbowe”.

Stanowisko zaprezentowane przez najwyższą instancję sądową uznać należy za przejaw tzw. „ciśnienia kryminalizacyjnego”⁹¹. Przyjęcie stanowiska odmiennego od tego, które zaprezentowane zostało w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2005 r., prowadziłoby niewątpliwie do pozostawienia poza zakresem kryminalizacji wiele czynów z pewnością charakteryzujących się znacznym ładunkiem karygodności. Jednakże powyższa okoliczność nie pozwala, biorąc pod uwagę przede wszystkim zasadę priorytetu wykładni językowej oraz wykładnię historyczną, która również powinna być zastosowana w procesie rekonstrukcji normy prawnej zakodowanej w przepisie art. 258 k.k. (sprzed nowelizacji ustawą z dnia 10 września 1999 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny skarbowy) na przyjęcie stanowiska wyrażonego w określonej uchwale. Trafnie bowiem już w literaturze sprzed uchwalenia Kodeksu karnego skarbowego zwracano uwagę na autonomiczność pojęć „przestępstwo” i „przestępstwo skarbowe”⁹². Poglądy kontestujące powyższe stanowisko pozostawały zaś – jak się wydaje – w mniejszości⁹³. Sąd Najwyższy uzasadniając przyjętą uchwałę z dnia 4 kwietnia 2005 r. odwołał się do treści uzasadnienia rządowego projektu przepisów wprowadzających Kodeks karny skarbowy. Otóż, w uzasadnieniu rządowego projektu przepisów wprowadzających Kodeks karny skarbowy, mocą których dokonano zmian w niektórych przepisach Kodeksu karnego, w tym i art. 258 k.k. – które to uzasadnienie z uwagi na uchwalenie tej ustawy, i to w propono-

⁹¹ Bliżej na ten temat L. Gardocki, Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990, s. 22 i nast.

⁹² Zob. przede wszystkim J. Raglowski, Relacja pojęć „przestępstwo” – „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” – „wykroczenie skarbowe” w polskim systemie prawa karnego materialnego, Prok. i Pr. 1998, nr 5, s. 99 i nast., który rozpoczyna swój artykuł od motta autorstwa A. Mogilnickiego „(...) przestępstwo zwykłe i przestępstwo skarbowe to są dwie rzeczy zupełnie różne” oraz B. Koch, Przestępstwa i wykroczenia dewizowe, Warszawa 1975, s. 40; Z. Gostyński, W prawie karnym skarbowym bez zmian, PS 1996, nr 10, s. 77, a także Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 111.

⁹³ Zob. m.in. G. Bogdan, Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym, PS 1997, nr 5, s. 83 i nast.; F. Prusak, Nowe podwyższenie granic kar majątkowych oraz progów rozgraniczających przestępstwa i wykroczenia skarbowe, PS 1996, nr 4, s. 35; M. Szwarczyk, Ewolucja pojęcia przestępstwa skarbowego w polskim ustawodawstwie karnym skarbowym, (w:) L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 598.

wanym brzmieniu, uznać trzeba – zdaniem Sądu Najwyższego – za w pełni zaakceptowane przez ustawodawcę – wskazano, że zmiany te następują „z uwagi na wyraźne, formalne rozgraniczenie w Kodeksie karnym skarbowym pojęcia „przestępstwa skarbowego” od pojęcia „przestępstwa” oraz pojęcia „wykroczenia skarbowego” od pojęcia „wykroczenia”⁹⁴. Wskazuje to – zdaniem najwyższej instancji sądowej – *a contrario*, że wcześniej rozgraniczenia takiego, zdaniem ustawodawcy, nie było, stąd też nie istniała dotąd potrzeba zmian w przepisach części szczególnej Kodeksu karnego.

Również powyższy pogląd ocenić należy krytycznie. Nie sposób bowiem przypisać tak istotnego znaczenia uzasadnieniu aktu prawnego w procesie dekodowania norm prawnych z przepisów prawnych. Jakkolwiek ten materiał legislacyjny może stanowić materiał pomocniczy w procesie wykładni⁹⁵, to zauważyć jednak wypada, że Trybunał Konstytucyjny dokonując oceny roli uzasadnień w określonym procesie, stwierdził, że „(...) uzasadnienie projektu ustawy wnoszonej do Sejmu nie jest częścią tego aktu normatywnego. Może ono pomocniczo stać się źródłem dyrektyw wykładni funkcjonalnej, ale wyłącznie dyrektyw niesprzecznych z wykładnią językową i wykładnią systemową, to znaczy z tymi rodzajami wykładni, które interpretują treści normatywne przepisów prawnych oraz uwzględniają zasady systemu prawa”⁹⁶. Treść uzasadnienia ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny skarbowy pozwoliły zaś Sądowi Najwyższemu na przełamanie rezultatów wykładni językowej, a to – biorąc pod uwagę cytowany powyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego – uznać należy za niedopuszczalne.

Aprobowując stanowisko Sądu Najwyższego należałoby również dojść do wniosku, że ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny skarbowy nie wprowadziła żadnej nowości normatywnej do treści przepisu art. 258 k.k. W aktualnym orzecznictwie wydaje się wprawdzie dominować stanowisko, że istnieją nienormatywne zmiany tekstu prawnego⁹⁷, to zauważyć jednak wypada, iż przyjęcie określonego stanowiska skutkuje w zasadzie złamaniem zakazu retroakcji prawa. Zakaz ten ma zaś szczególne znaczenie w prawie represyjnym, jakim jest

⁹⁴ Zob. uzasadnienie rządowego projektu: Przepisy wprowadzające Kodeks karny skarbowy w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999, s. 310.

⁹⁵ Bliżej na ten temat zob. Z. Tobor, W poszukiwaniu intencji prawodawcy, Warszawa 2013, s. 258 i nast.

⁹⁶ Wyrok TK z dnia 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK-A 2008, nr 8, poz. 138.

⁹⁷ Tak T. Grzybowski, Wpływ zmian prawa na jego wykładnię, Warszawa 2013, s. 218.

prawo karne *sensu largo*. Tym samym również z powyższego powodu uznać należy stanowisko Sądu Najwyższego za błędne.

Reasumując uznać należy, że pełna autonomiczność i samodzielność prawa karnego skarbowego datowana jest już od wejścia w życie pierwszej ustawy karnej skarbowej z dnia 2 sierpnia 1926 r., a nie dopiero ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, jak stwierdził Sąd Najwyższy w części motywacyjnej uchwały pełnego składu Izby Karnej z dnia 4 kwietnia 2005 r. (sygn. I KZP 7/05). Autonomiczność prawa karnego skarbowego uzasadniona jest zarówno tradycją, jak również szczególnym jego przedmiotem ochrony, jakim jest interes fiskalny państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej oraz specyficznymi instytucjami, zarówno prawa materialnego, jak i procesowego, a także z ich pogranicza, których odrębność uzasadniona jest przede wszystkim preferowaniem przez ustawodawcę funkcji egzekucyjnej i fiskalnej prawa karnego skarbowego przed funkcją represyjną.

Tym samym powody wyodrębnienia prawa karnego skarbowego z prawa karnego powszechnego odnajdujemy wyłącznie w szeroko rozumianej polityce kryminalnej ustawodawcy, gdyż zarówno teoria prawa, jak i dogmatyka prawa nie są w stanie udzielić satysfakcjonującej odpowiedzi na postawione na wstępie pytanie.

Bibliografia

1. Bafia J., Prawo karne skarbowe, Warszawa 1980.
2. Baniak S., Prawo karne skarbowe, Kraków 2001.
3. Bartosiewicz A., Kubacki R., Ułomne przepisy karne skarbowe dotyczące VAT, Glosa 2002, nr 7.
4. Beccaria C., O przestępstwach i karach, Warszawa 1959.
5. Bieniek-Kosikowska A., Kosikowski C., Prawo karne skarbowe, czy prawo karne finansowe, Nowe Prawo 1967, nr 12.
6. Bogdan G., Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym, Przegląd Sądowy 1997, nr 5.
7. Bogdan G., (w:) G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A. R. Świątłowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz Gdańsk 2007.
8. Bojarski T., O systematyce części szczególnej kodeksu karnego, PPK 1993, nr 8.
9. Bojarski T., Kodeks karny skarbowy, a kodeks karny. Kilka uwag porównawczych, (w:) Hofmański, K. Zgryzek (red.), Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała P., Katowice 2003.

10. Brzeziński B., Matuszewski W., Ekonomiczne aspekty funkcjonowania systemu podatkowego, (w:) B. Brzeziński (red.), Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie, Toruń 2009.
11. Dębowska-Romanowska T., Nowak T., (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP, Tom 1. Komentarz art. 1–86, Warszawa 2016.
12. Gardocki L., Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990.
13. Giezek J., O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej, PiP 2017, nr 2.
14. Gomułowicz A., Mentalność i moralność podatkowa, Glosa 1995, nr 3.
15. Grzegorzczak T., Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009.
16. Grzybowski T., Wpływ zmian prawa na jego wykładnię, Warszawa 2013.
17. Hirsch H.J., W kwestii stanu aktualnego dyskusji o pojęciu dobra prawnego, RPEiS 2002, nr 1.
18. Koch B., Ustawa karna skarbową na tle kodyfikacji prawa karnego, PiP 1996, nr 4–5.
19. Konarska-Wrzošek, Kodeks karny a kodeks karny skarbowy – zbieżności i różnice skłaniające do refleksji nad zasadnością utrzymywania odrębnych kodyfikacji, (w:) A. Marek, T. Oczkowski (red.), Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji, Warszawa 2011.
20. Łabuda G., Nierzetelne wystawianie faktur – oszustwo pospolite czy oszustwo podatkowe? Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03, Glosa 2004, nr 6.
21. Łabuda G., (w:) P. kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017.
22. Makarewicz J., Polskie prawo karne. Część ogólna, Lwów–Warszawa 2019.
23. Mogilnicki A., Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych, RPEiS 1937, nr 3.
24. Popper K.R., Logika odkrycia naukowego, Warszawa 2002.
25. Prusak F., Prawo karne skarbowe, Warszawa 2008.
26. Raglewski J., Relacja pojęć „przestępstwo” – „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” – „wykroczenie skarbowe” w polskim systemie prawa karnego materialnego, Prok. i Pr. 1998, nr 5.
27. Sepiolo I., Optymalny model odpowiedzialności prawnej za czyny karne skarbowe, Warszawa 2016.
28. Siwik Z., Postępowanie w stosunku do nieobecnych w sprawach karnych skarbowych, Palestra 1978, nr 11–12.

29. Siwik Z., Podstawy prawa karnego skarbowego, Wrocław 1983.
30. Siwik Z., „Odpowiednie” stosowanie przepisów kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym (studium na tle systemu środków penalnych), Przegląd Prawa i Administracji, tom XXIII, Wrocław 1987.
31. Siwik Z., Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993.
32. Siwik Z., Projekt kodeksu karnego skarbowego – o kierunkach zmian w materialnoprawnych przepisach części ogólnej, CzPKiNP 1998, nr 1–2.
33. Siwik Z., Ogólne zasady odpowiedzialności i karania, Przegląd Podatkowy 1999, nr 12.
34. Skowronek G., Ewolucja prawa karnego skarbowego, Cz. 1, Prokurator 2006, nr 1.
35. Szeleszczuk D., Juliusza Makarewicza wizja prawa karnego, (w:) Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza, Lublin 2005.
36. Szwarczyk M., Ewolucja pojęcia przestępstwa skarbowego w polskim ustawodawstwie karnym skarbowym, (w:) L. Ileszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005.
37. Śliwowski J., Ustawa karna skarbową a ogólne zasady prawa karnego, Palestra 1961, nr 5.
38. Tarapata Sz., Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna, Warszawa 2016.
39. Wilk L., Zagadnienia materialnego prawa karnego skarbowego, Toruń 2004.
40. Wilk L., Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe, Katowice 2006.
41. Wilk L., Chorążewska A., Przedawnienie karalności przestępstw skarbowych oraz zobowiązań podatkowych, Prok. i Pr. 2016, nr 2.
42. Wiśniewski A., Zagadnienia odrębności prawa karnego skarbowego, Szczecin 2012.
43. Wiśniewski R., Etyka podatkowa, (w:) B. Brzeziński (red.), Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie, Toruń 2009.
44. Włodkowski O., Przegląd orzecznictwa Sądu najwyższego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe za rok 2014, Prok. i Pr. 2016, nr 1.
45. Włodkowski O., Reguła wyłączności polskiego ustawodawstwa karnego skarbowego w zakresie typizacji czynu zabronionego jako

„przestępstwa skarbowego” lub „wykroczenia skarbowego”, RPEiS 2013, nr 2.

46. Wójtowicz W., Ochrona karna skarbowa dochodów podatkowych i z opłat, Nowe Prawo 1975, nr 2.

Reasons for separating criminal tax law

Abstract

This paper addresses reasons for separating criminal tax law. A historical outline of Polish criminal tax acts is presented, with the moment of regaining independence by Poland as a starting point. The originality of Polish criminal tax legislation, which provides comprehensive penal protection for all areas of financial, is shown. It is pointed out that the specific object of protection under criminal tax law provides convincing grounds for separating criminal tax law from general criminal law. An analysis is provided to conclude that the reasons for separating criminal tax law from general criminal law can only be found in the criminal policy of the legislator, as both the theory of law and legal dogma are unable to provide a satisfactory answer to the question of why such separation is reasonable.

Kew words

Criminal tax law, general criminal law, double-track penal repression system, object of protection, criminal policy.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Barbara Dziadek

Przesłuchanie małoletniego z niepełnosprawnością intelektualną – aspekty prawne oraz psychologiczne

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie problematyki przesłuchania małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną. Opisano w nim zagadnienia związane z niepełnosprawnością intelektualną, w tym realizację praw małoletnich wynikających z Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oraz Dyrektywy 2012/29/UE. Zajęto się również omówieniem organizacji przesłuchania, z uwzględnieniem indywidualnych potrzeb małoletnich. Wskazano na możliwość porozumiewania się z osobami niepełnosprawnymi intelektualnie za pomocą alternatywnych środków komunikacji oraz osoby wspierające.

Słowa kluczowe

Niepełnosprawność, dziecko, przesłuchanie, małoletni, postępowanie karne.

1. Pojęcie niepełnosprawności i klasyfikacja

Według wyników spisu powszechnego w 2011 roku wśród ogółu ludności Polski żyło 4,7 mln osób niepełnosprawnych, co stanowiło 12,2%

ogólnej populacji. Liczba osób niepełnosprawnych stale rośnie. Wśród ogółu osób w wieku przedprodukcyjnym (0–17 l.) najmłodszy niepełnosprawni intelektualnie stanowili 3%. Niepełnosprawność intelektualna jest poważnym problemem medycznym i społecznym¹.

Pojęcie niepełnosprawności intelektualnej jest wielowymiarowe. Jej definiowanie zależy od przyjętych kryteriów i ulega ciągłym transformacjom, gdyż zmienia się postrzeganie osób z niepełnosprawnością intelektualną wśród społeczeństwa. Jednak mimo poprawy sytuacji prawnej osób z niepełnosprawnością intelektualną, dotychczas w prawodawstwie krajowym nie powstał żaden akt prawny, który jednoznacznie definiowałby to pojęcie.

Amerykańskie Towarzystwo ds. Upośledzenia Umysłowego (AAMR) niepełnosprawność intelektualną definiuje jako niższy niż 450 przeciętny ogólny poziom sprawności intelektualnych, który powstaje w okresie rozwojowym i wiąże się z zaburzeniami w zachowaniu przystosowawczym. W 1975 r. AAMR opublikowało definicję Grossmana mówiącą, że „niedorozwój umysłowy to istotnie niższy niż przeciętny (co najmniej dwa odchylenia standardowe od średniej) ogólny poziom funkcjonowania intelektualnego, któremu towarzyszą zaburzenia w zachowaniu przystosowawczym powstałe w okresie rozwojowym, do 18. roku życia”. W definicji tej uwzględniono cztery stopnie upośledzenia umysłowego – lekki, umiarkowany, znaczny i głęboki².

Próbie uporządkowania pojęcia „niepełnosprawność intelektualna” podjęła Światowa Organizacja Zdrowia (WHO). W 1980 roku oficjalną definicję niepełnosprawności, zawartą w Międzynarodowej Klasyfikacji Uszkodzeń, Niepełnosprawności i Upośledzeń (ICIDH – *International Classification of Impairments Disabilities and Handicaps*), która podkreśla trzy jej aspekty: Uszkodzenie (*impairment*), które oznacza utratę lub odstępstwo od norm struktury albo funkcji psychicznej, fizjologicznej lub anatomicznej wskutek wady wrodzonej, choroby lub urazu. Niepełnosprawność (*disability*) to ograniczenia lub brak zdolności wykonywania jakiejś czynności w sposób lub w zakresie uważanym za normalny dla człowieka. Upośledzenie (*handicap*) oznacza niekorzystną dla danej jednostki sytuację, wynikającą z ograniczenia lub niepełnosprawności, która zmniejsza lub uniemożliwia pełnienie ról społecznych uznanych za normalne dla danej jednostki³.

¹ Główny Urząd Statystyczny, Ludność i gospodarstwa domowe. Stan i struktura społeczno-ekonomiczna, cz. I Ludność, Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań, s. 53 i 58.

² E. Stanić, Metody komunikacji niewerbalnej z osobami niepełnosprawnymi intelektualnie, Edukacja–Technika–Informatyka 2018, nr 4/26, s. 449–450.

³ Osoba z niepełnosprawnością intelektualną w postępowaniach sądowych i przed innymi organami. Poradnik praktyczny, Warszawa 2015, s. 18.

Najnowsza definicja niepełnosprawności intelektualnej została stworzona przez zespół specjalistów *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities* (AAIDD) w 2010 r., którego przewodniczącym był Robert L. Schalock. Według niej niepełnosprawność intelektualna charakteryzuje się znacznymi ograniczeniami w funkcjonowaniu intelektualnym (dotyczącym ogólnych zdolności umysłowych, takich jak: rozumowanie, uczenie się, rozwiązywanie problemów) oraz równocześnie w zachowaniach przystosowawczych (które obejmują codzienne umiejętności społeczne i praktyczne). Niepełnosprawność ta ujawnia się przed 18 rokiem życia⁴.

W Polsce od 1 stycznia 1968 r. obowiązuje czterostopniowa klasyfikacja niepełnosprawności intelektualnej wprowadzona przez Światową Organizację Zdrowia: lekka niepełnosprawność intelektualna, umiarkowana niepełnosprawność intelektualna, znaczna niepełnosprawność intelektualna i głęboka niepełnosprawność intelektualna. Stopnie ocenia się za pomocą badania ilorazu inteligencji mierzonego na podstawie specjalnych testów⁵.

W populacji osób z niepełnosprawnością intelektualną, aż 70–80% stanowią osoby niepełnosprawne intelektualnie w stopniu lekkim. Rozpoznanie lekkiego stopnia niepełnosprawności intelektualnej stanowi często złożony problem, gdyż wynika z podobnych objawów zachowania się dziecka zaniedbanego i upośledzonego. Często warunki środowiskowe, z których dziecko pochodzi, mogą wpłynąć na jego rozwój ogólny⁶.

U osób z lekką niepełnosprawnością intelektualną sprawność intelektualna zawiera się między 2–3 odchyleniami standardowymi poniżej średniej, co odpowiada ilorazowi inteligencji według skali Wechlsera 50–69. Osoby z diagnozą niepełnosprawności intelektualnej w stopniu lekkim najczęściej posiadają umiejętności językowe pozwalające na posługiwanie się mową do codziennych potrzeb, podtrzymywania rozmowy, uczestniczenia w badaniu klinicznym. Mają także w większości osiągniętą niezależność w zakresie samoobsługi. Większość osób w tej grupie jest potencjalnie zdolna do pracy głównie wymagającej praktycznych

⁴ Z. Kazanowski, Społeczny wymiar współczesnej koncepcji niepełnosprawności intelektualnej, 2015, s. 37–38.

⁵ K. Bobińska, P. Gałęcki, Rys historyczny, terminologia, definicja, nozologia, kryteria rozpoznawania niepełnosprawności intelektualnej, (w:) K. Bobińska, T. Pietras, P. Gałęcki (red), Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia, Wrocław 2012, s. 33.

⁶ J. Wyczęsany, Wybrane aspekty diagnozy i terapii osób z niepełnosprawnością intelektualną, (w:) K. Bobińska, T. Pietras P. Gałęcki (red), Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia, Wrocław 2012, s. 69.

umiejętności⁷. Jednostki niepełnosprawne w stopniu lekkim mają zaburzoną zdolność właściwego odczytywania sytuacji społecznych, relacji, jakie zachodzą między ludźmi. Siebie samych postrzegają pozytywnie, określają siebie jako idealne, pod każdym względem, oceniają bardzo wysoko swoje możliwości. Wynika to z deficytów w sferze poznawczej, które nie pozwalają na adekwatną samoocenę. Kompetencje społeczne wyrażają się w umiejętnościach współpracy i współdziałania. Istotne aspekty kompetencji społecznych to umiejętność wczuwania się w drugą osobę, komunikowanie się, rozwój moralny, umiejętność rozwiązywania problemów społecznych⁸. Umiarkowana niepełnosprawność intelektualna charakteryzuje się sprawnością intelektualną między 3–4 odchyleniami standardowymi poniżej średniej, iloraz inteligencji mieści się w granicach 35–39 według skali Wechlsera. Osoby takie mają ograniczony zakres zrozumienia i posługiwania się mową. Upośledzone jest także funkcjonowanie w zakresie samoobsługi i umiejętności ruchowych. Osoby te potrzebują najczęściej codziennego nadzoru, potrafią jednak wykonywać proste, praktyczne czynności⁹. W niepełnosprawności intelektualnej znacznego stopnia iloraz inteligencji wynosi 20–34 i stanowi 4–5 odchyłeń standardowych poniżej średniej. Klinicznie osoby te funkcjonują podobnie jak osoby niepełnosprawne w stopniu umiarkowanym, wykazują jednak częściej znaczny stopień uszkodzenia aparatu ruchowego, gorszy rozwój mowy oraz inne deficyty wskazujące na istotne uszkodzenie ośrodkowego układu nerwowego¹⁰. Dzieci z głębszą niepełnosprawnością intelektualną (niepełnosprawność intelektualna w stopniu umiarkowanym i znacznym) odznaczają się poważnymi uszkodzeniami centralnego układu nerwowego. Mowa jest ich agramatyczna, często bełkotliwa i niewyraźna, słownictwo ubogie. Spostrzegają wolniej, dostrzegają mniej elementów. Niepełnosprawni intelektualnie w stopniu umiarkowanym i znacznym wykazują zadowolenie i uspokojenie przy działaniu opartym na dobrze znanych im sposobach postępowania terapeutycznego, a niezadowolenie i rozdrażnienie, jeśli znajdują się w sytuacji, w której muszą zmienić sposób działania lub napotykają przeszkodę podczas działania dobrze im znanego¹¹.

Natomiast niepełnosprawność intelektualna głęboka stanowi poniżej 5 odchyłeń standardowych od średniej, iloraz inteligencji wynosi poniżej 20. Osoby te mają znaczne ograniczenia w porozumieniu się, spełnianiu

⁷ K. Bobińska, P. Gałęcki, *Rys...*, s. 33.

⁸ J. Wyczęsany, *Wybrane...*, s. 72–73.

⁹ K. Bobińska, P. Gałęcki, *Rys...*, s. 33.

¹⁰ K. Bobińska, P. Gałęcki, *Rys...*, s. 34.

¹¹ J. Wyczęsany, *Wybrane...*, s. 74.

poleceń, głęboko zaburzone pozostają też funkcje ruchowe, towarzyszą temu zmiany neurologiczne, częste są uszkodzenia wzroku i słuchu. Niepełnosprawni intelektualnie w stopniu głębokim nie posiadają zdolności dbania o podstawowe potrzeby życiowe i wymagają nadzoru przy wszystkich podstawowych czynnościach¹². Około 1–2% populacji niepełnosprawnych intelektualnie to osoby niepełnosprawne w stopniu głębokim. Funkcjonowanie osób z głęboką niepełnosprawnością intelektualną we wszystkich sferach rozwoju przebiega na bardzo niskim poziomie. U osób tych może w ogóle nie wystąpić chęć współpracy z rodzicami, co wiąże się z niską percepcją, uwagą mimowolną czy niskim poziomem pamięci. Jednakże te najczęściej nie potrafią komunikować się werbalnie, jednak zdają sobie, że rozumieją niektóre słowa i potrafią wykonać proste polecenia, dzięki intensywnej pracy terapeutycznej rodziny i profesjonalistów¹³.

Najważniejszym i pierwszym aktem prawnym na arenie międzynarodowej, który wyznaczył standardy stosowania praw i wolności wobec osób niepełnosprawnych jest sporządzona w Nowym Jorku w dniu 13 grudnia 2006 r. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych. Konwencja weszła w życie w 2008 r. Polska ratyfikowała Konwencję 6 września 2012 r., a od 25 października 2012 r. weszła do krajowego porządku prawnego. Ratyfikacja oznacza, że polskie przepisy prawa w zakresie realizacji praw osób niepełnosprawnych muszą spełniać standardy Konwencji. Pod pojęciem „osoby niepełnosprawne” Konwencja rozumie osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, psychiczną, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami¹⁴.

Osoby niepełnosprawne nie powinny być postrzegane jedynie przez pryzmat swojej niepełnosprawności. Zwłaszcza niepełnosprawność intelektualna zwiększa ryzyko stygmatyzacji.

Konwencja o prawach dziecka w art. 23 odwołuje się bezpośrednio do uprawnień małoletnich z niepełnosprawnością. Dziecko psychicznie lub fizycznie niepełnosprawne powinno mieć zapewnioną pełnię normalnego życia w warunkach gwarantujących mu poszanowanie godności, osiągnięcie niezależności oraz ułatwiających aktywne uczestnictwo w życiu społeczeństwa¹⁵.

¹² K. Bobińska, P. Gałęcki, Rys..., s. 34.

¹³ J. Wyczęsany, Wybrane..., s. 75–76.

¹⁴ Art. 1 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 1169).

¹⁵ Konwencja o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526).

Słusznie konstatuje A. Gutowska, że każdy człowiek jest odrębnym bytem. Każdy na swój sposób przeżywa rzeczywistość. Osoby niepełnosprawne intelektualnie, podobnie jak inni ludzie, mają własną historię. Historia ich życia, tak jak historia każdego człowieka, rozpoczyna się od narodzin, obarczona jest jednak uszkodzeniem, upośledzeniem, defektem. To, jak będzie się ona toczyła, w dużej mierze zależy od tego, jak te obciążenia zostaną wykorzystane przez otoczenie i samych niepełnosprawnych¹⁶.

2. Ochrona praw małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną w oparciu o realizację przepisów Dyrektywy 2012/29/UE oraz art. 13 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r.

Liczba osób pokrzywdzonych przestępstwem w 2017 roku wyniosła około 220 000, z czego około 8% stanowiły dzieci. Dzieci z niepełnosprawnością intelektualną są szczególnie narażone na wtórną wiktymizację. Zjawisko wtórnej wiktymizacji ma miejsce, gdy ofiara przestępstwa doznaje kolejnej krzywdy wskutek działania innych osób, a w tym także organów procesowych, podczas czynności odnoszących się do traumatycznego dla niej zdarzenia, np. podczas przesłuchania¹⁷.

Państwo powinno podejmować odpowiednie kroki, aby zapewnić im należytą ochronę, przez dostęp do pomocy prawnej dostosowanej do ich specjalnych potrzeb, z możliwością skorzystania z pomocy wyznaczonego z urzędu pełnomocnika w sprawach karnych, przygotowanie małoletnich do czynności przesłuchania oraz przekonanie społeczeństwa o konieczności ujawniania przestępstw popełnianych na szkodę małoletnich.

Analiza polskiego systemu ochrony dzieci przed krzywdzeniem sporządzona przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę wskazuje, że w 2018 roku sporządzonych zostało 93 311 „Niebieskich Kart”, z czego 78% założyli przedstawiciele Policji, 12% pracownicy ośrodków pomocy społecznej, 5% pracownicy placówek oświatowych, 4% przedstawiciele gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, a jedynie 0,6% przedstawiciele ochrony zdrowia. Pomocą objęto 51 157 dzieci,

¹⁶ A. Gutowska, „(Nie)pełnosprawna” twórczość niepełnosprawnych intelektualnie, (w:) K. Bobińska, T. Pietras, P. Gałęcki (red.), *Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia*, Wrocław 2012, s. 445.

¹⁷ M. Goetz, *Wtórna wiktymizacja*, *Niebieska linia* 2012, nr 3, <https://www.niebieskalinia.pl/pismo/wydania/dostepne-artykuly/5093-wtorna-wiktymizacja>.

w tym 1650 niepełnosprawnych (w porównaniu odpowiednio z 47 883 i 1347 dzieci rok wcześniej)¹⁸.

Przyjęty w 2018 r. program Pomocy Osobom Pokrzywdzonym na lata 2019–2021 przewiduje wsparcie i rozwój instytucjonalnego systemu pomocy osobom pokrzywdzonym przestępstwem i świadkom przez utworzenie Sieci Pomocy Osobom Pokrzywdzonym m.in. w celu zapewnienia osobom pokrzywdzonym przestępstwem i świadkom pomocy dostosowanej do ich specjalnych potrzeb, w szczególności pomocy dzieciom i młodzieży, osobom niepełnosprawnym, wymagającym rehabilitacji bądź pozostającym w stanie wegetatywnym¹⁹.

Wyniki badań wskazują, że diagnoza niepełnosprawności intelektualnej zwiększa ryzyko wiktylizacji od trzech do siedmiu razy w porównaniu z populacją ogólną. Osoby z niepełnosprawnością są częściej ofiarami kradzieży, ale przede wszystkim znacznie częściej niż osoby pełnosprawne doświadczają różnych form przemocy²⁰. Co istotne, są również grupą, która ma trudności z ujawnianiem doświadczonych krzywd, w tym często wykorzystania seksualnego. Z tych właśnie względów, to właśnie na organach ścigania i sędziach spoczywa obowiązek stworzenia warunków przesłuchania, w których małoletni z niepełnosprawnością intelektualną będzie czuł się bezpiecznie i swobodnie. Regulacje prawne i praktyka powinny uwzględniać ograniczenia i potrzeby osób wynikające z ich niepełnosprawności.

W praktyce zdarza się, że osoby z niepełnosprawnościami intelektualnymi mogą być postrzegane jako niewiarygodni świadkowie. Często też sędziowie mają wątpliwość co do prawdziwości osoby niepełnosprawnej intelektualnie, w związku z czym zlecają dodatkowe badania przez biegłych. Wątpliwości co do wiarygodności osób z niepełnosprawnościami najczęściej wynikają z braku wiedzy dotyczącej ograniczeń i możliwości związanych z danymi rodzajami niepełnosprawności.

W kodeksie postępowania karnego brak jest przepisów przewidujących ograniczenie w powołaniu osób w charakterze świadków ze względu na ich wiek lub ewentualne cechy psychopatologiczne. Ustawodawca nie wskazuje również dolnej granicy wieku, od której można przesłuchiwać małoletniego w charakterze świadka. Każde dziecko rozwija się inaczej i niezasadne byłoby ustalenie sztywnej granicy wieku dla małoletnich.

¹⁸ Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, Analiza polskiego systemu ochrony dzieci przed krzywdzeniem, s. 12.

¹⁹ Program Pomocy Osobom Pokrzywdzonym na lata 2019–2021, s. 6.

²⁰ E. Pieńkowska, I. Fornalik, Przesłuchiwanie świadków z niepełnosprawnością intelektualną, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, s. 120–121.

Świadkiem w procesie może być zarówno małoletni, jak i osoba cierpiąca na określone zaburzenie psychiczne²¹. Sądy nie mają prawa rezygnować z żadnego źródła dowodowego. Rzeczywiście, niepełnosprawność intelektualna oznacza utrudnienia w sferze percepcyjnej i poznawczej, jednak w żadnym wypadku nie może przesądzać o wiarygodności konkretnej osoby. W tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 stycznia 1980 r.: Osoby niepoczytalne czy dzieci nie są wyłączone z grona świadków. Niemożność rozpoznania bowiem znaczenia czynu w zakresie jego treści moralno-społecznej nie oznacza bynajmniej niemożności zapamiętania czynu i przedstawienia jego opisu²².

Art. 13 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych gwarantuje osobom niepełnosprawnym dostęp do wymiaru sprawiedliwości na równi z innymi osobami. Zgodnie z ust. 2, aby wesprzeć gwarancje skutecznego dostępu osób niepełnosprawnych do wymiaru sprawiedliwości, na zasadzie równości z innymi osobami, Państwa Strony będą popierać odpowiednie szkolenia osób pracujących w wymiarze sprawiedliwości, w tym w policji i więziennictwie²³.

Wbrew tym obowiązkom, do chwili obecnej nie wprowadzono systematycznych szkoleń osób pracujących w wymiarze sprawiedliwości w zakresie ochrony praw osób z niepełnosprawnościami i ich szczególnych potrzeb. Programy szkolenia sędziów i prokuratorów prowadzone przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury również nie przewidują żadnego bloku szkoleniowego poświęconego ochronie praw osób z niepełnosprawnościami.

²¹ M. Leśniak, Wybrane problemy badań psychologicznych w procesie karnym, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 5, s. 77.

²² Wyrok SN z dnia 15 stycznia 1980 r., sygn. III KR 428/79, *OSP i KA* 1981, nr 4, poz. 59.

²³ W odniesieniu do osoby z niepełnosprawnością intelektualną chodzi o zagwarantowanie w szczególności: domniemania jej zdolności do reprezentacji i udziału w sprawie (uznanie zdolności do czynności prawnej i zdolności procesowej); dostępu do informacji prawnej adekwatnej do jej możliwości poznawczych (język łatwy do czytania i rozumienia); możliwości zastosowania różnorodnych form komunikacji, w szczególności nie tylko werbalnej lub pisemnej (komunikacja alternatywna i wspomagająca), także podczas zawierania czynności prawnych; czytelnych i zrozumiałych formularzy pism procesowych (język łatwy do czytania i rozumienia); udziału w sprawie ekspertów w zakresie niepełnosprawności intelektualnej (komunikacji, funkcjonowania, sytuacji społecznej), niekoniecznie jako biegłych sądowych; możliwości skorzystania z pomocy osoby wspierającej w postępowaniu, bez utraty możliwości samodzielnego działania; możliwości ustanowienia przedstawiciela z urzędu, nieskutkującego wyłączeniem jej z postępowania; dostępu do nieodpłatnej pomocy prawnej, szerzej o tym Rzecznik Praw Obywatelskich, *Dostęp osób z niepełnosprawnościami do wymiaru sprawiedliwości. Analiza i Zalecenia, Zasada równego traktowania*, *Prawo i praktyka*, Warszawa 2016, nr 21, s. 17.

Gdy ofiarą przestępstwa staje się małoletni z niepełnosprawnością intelektualną, organy ścigania powinny podjąć szczególne starania w celu zapewnienia mu należytej reprezentacji. W trakcie postępowania, małoletni powinien mieć prawo do uzyskania profesjonalnej pomocy prawnej. Obecnie, na podstawie art. 51 § 2 k.p.k., jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje.

Natomiast na mocy art. 98 § 2 pkt 1 i 2 k.r.o. żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka: przy czynnościach prawnych między dziećmi pozostającymi pod ich władzą rodzicielską oraz przy czynnościach prawnych między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem, chyba że czynność prawna polega na bezpłatnym przysporzeniu na rzecz dziecka albo że dotyczy należnych dziecku od drugiego z rodziców środków utrzymania i wychowania. Wówczas sąd rodzinny ustanawia kuratora w osobie adwokata lub radcy prawnego. Jednak w celu zapewnienia lepszej ochrony małoletnich (zwłaszcza małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną) przed wtórną wiktymizacją, należy rozważyć wprowadzenie rozwiązania pełnomocnika z urzędu we wszystkich sprawach, w których pokrzywdzonym jest dziecko z niepełnosprawnością intelektualną.

Już w 2012 r. Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał w raporcie, że powinna zostać wprowadzona obowiązkowa – niezależna od dochodu – reprezentacja we wszystkich postępowaniach sądowych osób z niepełnosprawnościami, w szczególności ruchową, sensoryczną, intelektualną lub psychiczną przez profesjonalnego prawnika²⁴.

Art. 13 ust. 1 Konwencji nakłada obowiązek wprowadzenia uregulowań, które zapewnią osobom z niepełnosprawnością intelektualną równy z innymi osobami dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Takimi dostosowaniami mogą być przykładowo różne formy komunikacji alternatywnej lub używanie języka łatwego do zrozumienia.

Kolejnym problemem, z jakim najczęściej spotykają się osoby z niepełnosprawnością intelektualną, są bariery komunikacyjne. Organy wymiaru sprawiedliwości nie mają obowiązku prowadzenia korespondencji np. przy użyciu komunikacji wspomagającej i alternatywnej. Ważne, żeby informacje kierowane do osób z niepełnosprawnością intelektualną były dla nich zrozumiałe. Zdarza się, że język prawniczy jest niezrozumiały nawet dla ludzi sprawnych intelektualnie. Tym bardziej większą wagę

²⁴ Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami, praca zbiorowa – monografia, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2015, s. 88.

należy przywiązać do przekazania informacji niepełnosprawnych intelektualnie. Pomocne w tym zakresie mogą być symbole, ilustracje²⁵.

Należy wskazać, że zagwarantowanie realizacji prawa do sądu wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną wymaga wielu działań, nie tylko ustawodawczych, edukacyjnych, ale także organizacyjnych, związanych z dostępem do osób wspierających.

Natomiast na arenie międzynarodowej do określenia ochrony praw dziecka (w tym dziecka z niepełnosprawnością intelektualną) przyczyniła się dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW²⁶. W preambule dyrektywa, nakłada na państwa członkowie obowiązek zapewnienia, by ofiary będące osobami niepełnosprawnymi były w stanie korzystać w pełni z praw na równi z innymi, w tym ułatwiając dostęp do pomieszczeń, w których prowadzone są postępowania karne, a także dostęp do informacji. Ponadto zgodnie z dyrektywą, należy zwrócić szczególną uwagę na problemy ze zrozumieniem lub komunikacją, które mogą wynikać z pewnego rodzaju niepełnosprawności, takiego jak upośledzenie słuchu lub mowy. Tak samo podczas postępowania karnego należy uwzględnić ograniczone możliwości ofiary w zakresie komunikowania się. Dyrektywa wymaga, by państwo udzielało pomocy ofiarom przestępstw w rozumieniu i byciu rozumianym od momentu pierwszego kontaktu z właściwym organem.

Art. 3 ust. 2 dyrektywy nakłada na Państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by przekazywanie informacji ofiarom odbywało się z zastosowaniem prostego i przystępnego języka, ustnie lub pisemnie. Przy przekazywaniu informacji uwzględnia się cechy osobowe ofiary, w tym wszelkie rodzaje niepełnosprawności, które mogą mieć wpływ na zdolność ofiary do rozumienia lub bycia rozumianym. Natomiast zgodnie z art. 22 dyrektywy pokrzywdzeni powinni zostać poddani indywidualnej ocenie w celu ustalenia potrzeb w zakresie ich ochrony oraz zastosowania wobec nich gwarancji określonych w art. 33 i art. 23 dyrektywy 2012/29. Indywidualna

²⁵ Standard *easy to read* powstał w celu realizacji Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych. Zgodnie z jej zapisami wszystkie osoby z niepełnosprawnościami mają prawo do wolności wypowiedzenia się i wyrażania opinii oraz dostępu do informacji. Standard opracowała organizacja *Inclusion Europe* będąca Europejskim Zrzeszeniem Stowarzyszeń Osób Niepełnosprawnych Intelektualnie i ich Rodzin. Wytyczne są zawarte w dokumencie zatytułowanym „Information for all: European standards for making information easy to read” (Informacja dla wszystkich: Europejskie Standardy przygotowania tekstu łatwego do czytania i rozumienia).

²⁶ Dz. Urz. UE.L 2012 nr 315, s. 57.

ocena powinna uwzględniać takie elementy jak: cechy osobowe, wiek, płeć oraz tożsamość i ekspresja płciowa, pochodzenie etniczne, rasa, religia, orientacja seksualna, stan zdrowia, niepełnosprawność, prawa do bytu, problemy z komunikacją, związek ze sprawcą lub zależność od niego, doświadczenie przestępstwa w przeszłości²⁷.

Należy zaznaczyć, że dyrektywa wprowadza „normy minimalne”, więc państwa członkowskie mogą dowolnie rozszerzyć zakres praw w celu zapewnienia lepszej ochrony ofiarom przestępstw.

Ustawą z dnia 16 grudnia 2020 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego wprowadzono dwa przepisy zmierzające do uściślenia i doprecyzowania przepisów zawierających gwarancje procesowe przysługujące małoletnim pokrzywdzonym²⁸.

Art. 49b k.p.k. wskazał, że jeżeli wątpliwości co do wieku pokrzywdzonego nie da się usunąć, a zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że jest on małoletni, stosuje się do niego przepisy niniejszego kodeksu dotyczące małoletnich pokrzywdzonych. Artykuł wprowadził zasadę domniemania wieku pokrzywdzonego. Rezultatem wejścia w życie tej zmiany jest rozciągnięcie stosowania szczególnych standardów, jakie stosuje się w postępowaniu karnym do pokrzywdzonych dzieci na osoby, których wieku nie można ustalić, zaś ich cechy fizyczne i psychiczne mogą świadczyć o tym, że nie są osobami pełnoletnimi²⁹.

Natomiast art. 52a k.p.k., wskazuje, że mając na względzie potrzebę zastosowania wobec pokrzywdzonego art. 147 § 1 w odniesieniu do czynności, o której mowa w art. 143 § 1 pkt 2, a także art. 177 § 1a, art. 184–185c, art. 299a § 1, art. 360 § 1 pkt 1 lit. d oraz pkt 3, art. 390 § 2 i 3 oraz art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz. U. z 2015 r., poz. 21), organ prowadzący postępowanie karne ustala okoliczności sprawy, w szczególności dotyczące właściwości i warunków osobistych pokrzywdzonego, a także rodzaju i rozmiaru ujemnych następstw przestępstwa. Przed rozpoczęciem czynności wskazanych w przepisach wymienionych w zdaniu pierwszym organ odbiera od pokrzywdzonego oświadczenie, czy chce zastosowania przewidzianych w nich środków, chyba że odebranie oświadczenia jest niemożliwe, zastosowanie określonego środka jest obowiązkowe lub organ prowadzący postępowanie działa na wniosek pokrzywdzonego. Organ bierze pod uwagę oświadczenie pokrzywdzonego.

²⁷ Dz. Urz. UE. L 2012, nr 315, s. 57.

²⁸ Dz. U. z 2021 r., poz. 155.

²⁹ Opinia do ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego (druk nr 299), Warszawa, 31 grudnia 2020 r.

go³⁰. Artykuł wynika z dyspozycji art 23 i 24 dyrektywy. Przepis służy zebraniu informacji i wysłuchaniu stanowiska pokrzywdzonego w ramach tzw. oceny indywidualnej.

Dopiero w 2020 r., czyli po dziewięciu latach, do wykazu prac legislacyjnych rządu wpisano projekt zmian w procedurze karnej wynikających z przepisów dyrektywy. *De lege ferenda*, planowane jest również zapewnienie osobom małoletnim pokrzywdzonym przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności procesjonalnej reprezentacji przez pełnomocnika wyznaczonego z urzędu, będącego adwokatem lub radcą prawnym, w przypadkach, gdy nie ma on pełnomocnika z wyboru lub nie został ustanowiony kurator reprezentujący dziecko. Zwiększona zostanie ochrona osób najmłodszych przesłuchiowanych w trybie art. 185a–185b k.p.k. przez m.in. rozszerzenie stosowania tzw. przyjaznego trybu przesłuchania wobec dzieci pokrzywdzonych, jak również dzieci, które w chwili przesłuchania nie ukończyły 15 lat, w sprawach o przestępstwa inne niż popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego, jeżeli jest to uzasadnione stanem psychicznym świadka. To tylko przykładowe zmiany wynikające z przyjęcia dyrektywy. Planowany termin przyjęcia projektu został wyznaczony na drugi kwartał 2021 r.³¹ Proponowane zmiany należy ocenić pozytywnie z uwagi na poprawę sytuacji procesowej małoletniego świadka i jego ochronę przed wtórną wiktyimizacją.

3. Organizacja przesłuchania małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną

Brak przepisów prawa obligujących sądy do stosowania odrębnych zasad postępowania wobec małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną nie uniemożliwia sądowi zastosowania takich przewidzianych przepisami prawa dostosowań, które zapewniłyby ochronę interesu pokrzywdzonego. Przesłuchując małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną stosuje się przepisy postępowania karnego regulujące prawa małoletniego świadka i pokrzywdzonego z art. 185a–185d k.p.k. Ustawodawca przewidział szczególny tryb przesłuchania zarówno dla małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami popełnionymi z użyciem przemocy

³⁰ Dz. U. z 2021 r., poz. 155.

³¹ Biuletyn Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów <https://archiwum.bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r52492632,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-Kodeks-postepowania-karnego-oraz-niektorych-inny.html>.

lub groźby bezprawnej bądź określonymi w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI kodeksu karnego (art. 185a k.p.k.), jak i dla świadków przestępstw określonych w rozdziałach XXV i XVI kodeksu karnego (art. 185b k.p.k.). Na mocy nowelizacji z 2013 r., która weszła w życie 27 stycznia 2014 r., ustawodawca w art. 185a § 4 k.p.k. przewidział także ochronę dla małoletnich pokrzywdzonych, którzy ukończyli 15 lat.

Zgodnie z art. 185a § 2 k.p.k., przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego przeprowadza niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni Sąd na posiedzeniu w specjalnie do tego przygotowanym pokoju z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Czynność powinna być utrwalona za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk, o czym należy uprzedzić świadka. Prawo obecności przy czynności przysługuje również przedstawicielowi ustawowemu małoletniego lub osobie, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje, jeśli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. W art. 185a § 1 k.p.k. nastąpiło odesłanie do art. 51 § 1 k.p.k., w którym wymieniona jest także ta osoba.

Art. 185a § 1 k.p.k. wprowadza zasadę jednokrotnego przesłuchania pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat. Ustawodawca wprowadził w tym zakresie dwa wyjątki: wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania lub zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego.

Ustawa nie konkretyzuje, o jakie okoliczności chodzi, dlatego też należy przyjąć, że są to okoliczności dotyczące czynu oraz sprawcy, nieznane sądowi podczas pierwszego przesłuchania, które mogą mieć istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania. Kwestia istotności tych okoliczności podlega ocenie Sądu, który przed podjęciem decyzji o ponownym przesłuchaniu, powinien rozważyć, jaki wpływ na sferę emocjonalną pokrzywdzonego może mieć powtórne przesłuchanie. Sąd może w tym zakresie zasięgnąć konsultacji biegłego psychologa, zwłaszcza tego, który uczestniczył w pierwszym przesłuchaniu. Przeprowadzenie ponownego przesłuchania z uwagi na ujawnienie tych istotnych okoliczności może nastąpić z urzędu, jak również na wniosek strony³².

Drugi wyjątek dotyczy żądania oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Jednak samo zgłoszenie żądania przez oskarżonego nie oznacza konieczności ponownego przesłuchania pokrzywdzonego przez Sąd. Żądanie ponowne-

³² J. Skorupka, Kodeks postępowania Karnego, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2020, Komentarz do art. 185a k.k., s. 451.

go przesłuchania osoby małoletniej podlega ocenie jak każdy wniosek dowodowy³³. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 lutego 2020 r. w sprawie V KK 80/19 stwierdził, iż wolno odmówić uwzględnienia wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, opierając się na opinii biegłego wskazującej na obawę narażenia psychiki dziecka na traumę, jaką może wywołać takie przesłuchanie. Ustalenie w przedmiocie narażenia psychiki dziecka na traumę w związku z ponownym przesłuchaniem, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., mogące zadecydować o oddaleniu wniosku oskarżonego o takie przesłuchanie na podstawie art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k., wymaga – co do zasady – uprzedniego skorzystania z opinii biegłego psychologa, a w szczególnych wypadkach także biegłego z innej dziedziny³⁴. Sąd Najwyższy słusznie wskazuje, że przepis art. 185a k.p.k. jest normą o charakterze gwarancyjnym, lecz jego funkcjonowanie nie wiąże się z zabezpieczeniem interesów procesowych oskarżonego, ale z koniecznością ochrony psychiki małoletnich pokrzywdzonych i zapobiegania ich wtórnej wiktyimizacji³⁵.

Ponadto nowelizacja art. 185a § 2 k.p.k. wyeliminowała ryzyko braku obrońcy w trakcie przesłuchania, gdyż dodano zdanie, zgodnie z którym „Jeżeli oskarżony zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, Sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu”³⁶.

Obecnie nie ma żadnych unormowań wskazujących, na jakim etapie postępowania powinno odbyć się przesłuchanie dziecka. W badaniu przeprowadzonym przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę, respondenci stwierdzili, że czasem dobro dziecka wskazuje na potrzebę spokojnego przeprowadzenia postępowania przygotowawczego i przesłuchanie dziecka w końcowym etapie, żeby ochrona dziecka w postaci jednokrotnego przesłuchania była faktyczna, a uzyskane zeznania pełne i oparte o wszystkie elementy, które mogły się pojawić w trakcie dochodzenia czy śledztwa³⁷. Jednak praktyka wskazuje, iż przesłuchanie małoletniego jest często pierwszą czynnością, którą wykonuje organ prowadzący postępowanie. W fazie *in rem* nie ma jeszcze nawet podejrzanego i wówczas istnieje ryzyko ponownego przesłuchania pokrzywdzonego na późniejszym etapie postępowania.

³³ Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. V KK 4/14.

³⁴ Wyrok SN z dnia 27 lutego 2020 r., sygn. V KK 80/19.

³⁵ Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. III K 187/15.

³⁶ Art. 185a § 2 zmieniony przez art. 1 pkt 27 lit. A ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz. U. poz. 1694) zmieniającej ustawę kodeks postępowania karnego z dniem 5 października 2019 r.

³⁷ Fundacja Dajemy Dzieciom siłę. Praktyka Przesłuchiwanie Dzieci w Polsce. Raport z Badania, Warszawa 2020, s. 14.

Dla dziecka ponowne przesłuchanie oznacza najczęściej poczucie niewłaściwego wywiązania się z roli świadka oraz jest sygnałem braku zaufania ze strony organów wymiaru sprawiedliwości. Może się to wiązać z poczuciem bezradności, osamotnienia, krzywdy, winy, co w konsekwencji często skutkuje zakłóceniami motywacji do składania zeznań³⁸.

Jeżeli niezbędne jest przeprowadzenie co najmniej dwóch przesłuchiwań, w miarę możliwości powinna je prowadzić ta sama osoba, aby zapewnić spójne podejście dla dobra dziecka.

Przy omawianiu problematyki przesłuchania małoletnich świadków (pokrzywdzonych) warto zastanowić się, czy wpływ na dziecko i jego zeznania może mieć wygląd (płeć) osoby przesłuchującej. Jeśli np. ofiara została skrzywdzona przez mężczyznę z wąsem, to istnieje prawdopodobieństwo, że jeśli sędzia przesłuchujący dziecko będzie właśnie mężczyzną z wąsem, to jego osoba będzie oddziaływać krępująco na przesłuchiwanego. Należy pamiętać, że wtórna wiktymizacja może być spowodowana przez osoby prowadzące czynność.

Warunki przesłuchania odbywającego się w odpowiednio przystosowanym pokoju określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2020 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c k.p.k.³⁹

Zgodnie z § 4 pkt 3 rozporządzenia, jeżeli świadek jest małoletnim, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, lub osobą cierpiącą na upośledzenie umysłowe, a także w innych przypadkach uzasadnionych stanem emocjonalnym lub właściwościami osobistymi, biegły psycholog w miarę potrzeby udziela sędziemu pomocy w wyjaśnieniu w sposób zrozumiały dla świadka zasad przesłuchania, w tym prawa odmowy składania zeznań, o ile prawo to świadkowi przysługuje, obowiązku mówienia prawdy oraz faktu utrwalania czynności w formie zapisu na nośnikach⁴⁰.

Można skonstatować, że powyższa regulacja ma charakter racjonalnego dostosowania dla osób z niepełnosprawnością intelektualną.

J. Zmarzlik wskazuje, że zadbanie o dobrostan psychiczny dziecka, to również odpowiednie przygotowanie miejsca przesłuchania dostosowanego do potrzeb rozwojowych dziecka, właściwe przygotowanie do pracy

³⁸ Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę. Przesłuchanie małoletniego świadka w postępowaniu karnym. Poradnik dla profesjonalistów, 2018, s. 28.

³⁹ Dz. U. z 2020 r., poz. 1691.

⁴⁰ Dz. U. z 2020 r., poz. 1691.

z dzieckiem sędziego lub prokuratora oraz współpraca prowadzącego przesłuchanie z kompetentnym psychologiem i rodzicami⁴¹.

Miejszem przesłuchania powinien być niebieski pokój (przyjazny pokój). Zrealizowana przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości analiza spraw karnych z art. 207 k.k. pokazała, że w większości przypadków (76%) przesłuchania odbyły się w budynkach sądów. 2/3 czynności odbyło się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań. W co trzecim przypadku na protokole podpis złożył składający zeznania małoletni, mimo że małoletni świadek nie powinien składać pod nim swojego podpisu⁴².

W przypadku osób z niepełnosprawnością, które źle reagują na zmiany dnia (np. w przypadku spectrum autyzmu), konieczne może okazać się dostosowanie planu przesłuchania do planu aktywności świadka⁴³.

Przy planowaniu terminu przesłuchania małoletniego świadka należy uwzględnić jego: wiek i możliwości rozwojowe; stan psychofizyczny; sytuację opiekuńczo-wychowawczą i życiową; etap postępowania karnego⁴⁴.

Czas, w którym dziecko jest w stanie skupić uwagę jest ograniczony. Sędzia może wydawać limity pytań, zarządzać przerwy w zależności od potrzeb dziecka⁴⁵.

Dziecko im jest młodsze, tym krótszy powinien być czas przesłuchania. Zdolność do koncentracji dzieci w wieku przedszkolnym wynosi od 20 do 30 minut, zaś dzieci w wieku szkolnym około 45 min – trzeba jednak mieć na uwadze, iż czynność jaką jest przesłuchanie wiąże się z większym stresem niż zajęcia szkolne⁴⁶.

Jak już wyżej wskazano obligatoryjny tryb ochronny przesłuchania małoletnich świadków i pokrzywdzonych, którzy nie ukończyli 15 roku życia dotyczy tylko niektórych kategorii przestępstw. Jeśli natomiast dziecko z niepełnosprawnością intelektualną zostanie ofiarą przestępstwa z nienawiści lub świadkiem sprawy o handel ludźmi, to z uwagi na brak wskazanego przestępstwa w katalogu opisanym w art. 185a i 185b k.p.k. ustawodawca nie zapewni mu ochrony. Małoletni będzie wówczas mógł zeznawać na zasadach ogólnych tj. art. 177 § 1a k.p.k. tj. na odle-

⁴¹ J. Zmarzlik, Przygotowanie dziecka do uczestnictwa w przesłuchaniu, (w:) M. Sajkowska (red.), *Przyjazne przesłuchanie dziecka*, Wydawnictwo Fundacja Dzieci Niczyje, Warszawa 2007, s. 59.

⁴² Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, *Praktyka...*, s. 7.

⁴³ E. Pieńkowska, I. Fornalik, *Przesłuchiwanie...*, s. 132.

⁴⁴ Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, *Przesłuchanie...*, s. 36.

⁴⁵ S. Jędrzejowska, A. Kostrzewska, *Świadek świadkowi nierówny*, KPP Monografie, Olsztyn 2019, s. 78.

⁴⁶ S. Jędrzejowska, A. Kostrzewska, *Świadek...*, s. 79.

głośność za pomocą urządzeń technicznych z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku.

Ponadto, jeśli małoletni ukończył 15 lat, może być przesłuchany w charakterze świadka w tym trybie, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Natomiast małoletni pokrzywdzony, który ukończył lat 15 może być przesłuchany w szczególnym trybie, jeśli zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny⁴⁷. Takie rozwiązanie należy uznać za niewystarczające. W praktyce rzadko korzysta się w stosunku do małoletnich, którzy ukończyli 15 rok życia z ochronnego trybu przesłuchania. A. Wesołowska podaje przykład zgwałconej po dniu swoich 15. urodzin nastolatki, której nie przysługuje ochrona z art. 185a k.p.k., jeżeli zeznanie będzie składała następnego dnia. Równie trudna może być sytuacja dzieci, które przez wiele lat były ofiarami przemocy, a do ujawnienia przestępstwa dochodzi po ukończeniu 15. roku życia⁴⁸. Badanie akt prowadzone przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w sprawach o przestępstwa z art. 203 k.k. i art. 204 § 3 k.k. popełniane na szkodę małoletnich, wykazało, że największą grupą małoletnich pokrzywdzonych stanowiły dziewczęta w granicach wiekowych 15–18 lat w chwili czynu. Stanowiły one 40,7% wszystkich przypadków. Jednocześnie niemal ta sama grupa wiekowa małoletnich pokrzywdzonych (45,35%) była w takim samym wieku w chwili pierwszego przesłuchania⁴⁹. Praktyka uczy, że takie dzieci wymagają szczególnej ochrony.

Rzecz w tym, że zgodnie z art. 1 Konwencji o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność. Zatem małoletni, który ukończył 15 lat jest nadal dzieckiem i powinien również korzystać z obligatoryjnej formy szczególnego trybu przesłuchania na równi z małoletnim, który tego wieku nie osiągnął, Sądy powinny przy podejmowaniu

⁴⁷ Art. 185a § 4 k.p.k. zmieniony przez art. 1 pkt 27 lit. b ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz. U., poz. 1694), z dniem 5 października 2019 r.

⁴⁸ A. Wesołowska, Regulacje prawne dotyczące ochrony małoletnich w toku postępowania karnego, *Dziecko Krzywdzone* 2007, nr 3(20), s. 35–36.

⁴⁹ H. Paluszkiwicz, M. Błaszczak, Analiza akt i kierunki orzecznictwa sądów w sprawach z przestępstwa z art. 203 k.k. i art. 204 § 2 k.k. popełnione na szkodę osoby małoletniej – aspekty procesowe związane z udziałem małoletnich w badanych postępowaniach karnych oraz ocena adekwatności obowiązujących unormowań kodeksu postępowania karnego, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016, s. 25.

decyzji brać pod uwagę nie tylko wiek małoletniego, ale i jego stan psychiczny, kierować się jego dobrem, gdyż skorzystanie ze specjalnego trybu przesłuchania małoletnich może uchronić ich przed wtórną wiktymizacją i wieloma przesłuchaniami.

Należy wziąć pod rozwagę możliwość zrezygnowania z ograniczenia przedmiotowego i zastosować jednolity ochronny tryb przesłuchania dla wszystkich małoletnich poniżej 18 roku życia we wszystkich kategoriach przestępstw.

Respondenci badania przeprowadzonego przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę, zostali poproszeni o wyrażenie swojej opinii na temat przesłuchiwanie w przyjaznych warunkach małoletnich świadków, którzy ukończyli 15. rok życia. Wielu badanych twierdziło, że jest to dobre rozwiązanie, praktykowane przez część sędziów. Rozmówcy uważają, że przesłuchania wszystkich małoletnich świadków powinny odbywać się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań. Argumentują swoje stanowisko troską o dzieci, dla których przesłuchiwanie na sali sądowej, na której obecne są zarówno strony postępowania, jak i publiczność, może być traumatycznym przeżyciem⁵⁰.

Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę opracowała poradnik przesłuchania małoletnich świadków dla profesjonalistów. Poradnik wskazuje pięć faz przesłuchania: czynności przedwstępnych, czynności wstępnych, swobodnej narracji, pytań szczegółowych oraz czynności końcowych⁵¹.

W trakcie czynności przedwstępnych znaczącą rolę odgrywa biegły, którego zadaniem jest przygotowanie dziecka do czynności składania zeznań. Przygotowanie małoletniego do przesłuchania nie zostało co prawda uregulowane ustawowo i nie jest obligatoryjne, jednak jego znaczenia nie sposób przecenić. Celem tej czynności jest głównie obniżenie lęku i niepokoju dziecka. Przygotowanie powinno odbyć się w sposób adekwatny do stopnia jego wieku oraz rozwoju. Słusznie stwierdził M. Leśniak, że dla organu procesowego biegły jest tym, czym mikroskop dla biegłego⁵². Psycholog bowiem współpracuje z sędzią podczas przesłuchania przez nawiązywanie kontaktu z dzieckiem, wyjaśnienie dziecku w sposób zrozumiały zasad przesłuchania oraz pomoc w formułowaniu pytań.

Działania podejmowane w ramach przygotowania dziecka i jego rodziny do przesłuchania powinny być planowane z uwzględnieniem wieku, stanu zdrowia, sytuacji rodzinnej oraz rodzaju zdarzenia, z powodu którego jest przesłuchiwane. Organizacja przesłuchania osoby z niepełno-

⁵⁰ Fundacja Dajemy dzieciom Siłę. Praktyka..., s. 37.

⁵¹ Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę. Przesłuchanie..., s. 63.

⁵² M. Leśniak, Wybrane..., s. 77.

sprawnością intelektualną może nieco odbiegać od schematu stosowanego w przypadku przesłuchiwania sprawnych intelektualnie małoletnich świadków i może wiązać się z wprowadzeniem czynności dodatkowych. Zasadnicza zmiana dotyczy przede wszystkim znacznego rozbudowania fazy przedwstępnej (przygotowawczej) przesłuchania⁵³.

Psycholodzy podkreślają, że narażenie dziecka na doświadczenie odtwarzania traumatycznego zdarzenia bez wcześniejszego przygotowania go, jest wręcz niedopuszczalne. Dziecko musi wiedzieć, czego się od niego oczekuje i co się wydarzy. Daje mu to większe, choć i tak mocno nadwerżone, poczucie bezpieczeństwa. Przygotowanie dziecka do przesłuchania to nie tylko wyjaśnienie procedur, ale także udzielenie mu pomocy w osiągnięciu emocjonalnej i psychicznej gotowości na to doświadczenie⁵⁴.

Pomocne w tej fazie przesłuchania mogą być broszury, które zawierają informacje dla dzieci i rodziców na temat tego, jak będzie wyglądało przesłuchanie. Materiały edukacyjne można nabyć od organizacji pozarządowych np. Fundacji Dajemy Dzieciom Siłę.

Faza czynności wstępnych jest początkiem przesłuchania, gdyż dopiero podczas tej fazy małoletni jest pytany o imię i nazwisko. Przesłuchujący powinien się przedstawić dziecku, poinformować je kto będzie obecny w trakcie przesłuchania i jakie są zadania poszczególnych uczestników czynności (np. „Witaj, jestem sędzią. Moja praca polega m.in. na rozmowie z dziećmi”). Należy również poinformować małoletniego o celu czynności oraz o tym, iż przesłuchanie jest nagrywane za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk⁵⁵.

Następnie przesłuchujący poucza małoletniego o jego prawach i obowiązkach. Najtrudniejszym problemem do rozwiązania pozostaje kwestia poinformowania dziecka o prawie do odmowy złożenia zeznań. Zgodnie z art. 182 k.p.k. osoby najbliższe mogą odmówić zeznań obciążających oskarżonego. Dziecko może odmówić składania zeznań, gdy oskarżonym jest jego rodzic, rodzeństwo lub dziadkowie⁵⁶. Pouczenie nie może ograniczać się do odczytania odpowiednich przepisów. W uchwale z dnia 20 grudnia 1985 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że decyzja w sprawie odmowy składania zeznań musi należeć wyłącznie do osoby, której przysługuje takie prawo także wtedy, gdy do dnia przesłuchania nie ukończyła 18 lat⁵⁷.

⁵³ E. Pieńkowska, I. Fornalik, *Przesłuchiwanie...*, s. 125.

⁵⁴ J. Zmarzlik, *Przygotowanie...*, s. 60.

⁵⁵ A. Gradowska-Radel, *Przesłuchanie dziecka jako ofiary i świadka przestępstwa w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 213.

⁵⁶ J. Zmarzlik, *Przygotowanie...*, s. 67.

⁵⁷ Uchwała SN z dnia 20 grudnia 1985 r., sygn. VI KZP 28/85, *Legalis* nr 25086.

Nie istnieje wzorzec pouczenia małoletniego o jego prawach. Zdarza się, że sędziowie posługują się zbyt formalnym dla dziecka językiem i przez to stają się niezrozumiali. Wówczas pomocny może okazać się biegły psycholog, który wytłumaczy w sposób przystępny dziecku, na czym polega jego uprawnienie. W projekcie zmian zagwarantowano prawo osobom małoletnim rzetelnego prawa do informacji oraz pouczeń (także pisemnych wzorów), przez ich dostosowanie do wieku oraz potrzeb dzieci⁵⁸. Warto również zasygnalizować małoletniemu, że jeśli nie zna odpowiedzi na zadane pytanie, to może udzielić odpowiedzi „nie wiem” albo „nie pamiętam”. Osoby przesłuchujące powinny też przeprowadzić wywiad, który pozwoli na ustalenie, czy świadek potrafi odróżnić kłamstwo od prawdy – jest to szczególnie ważne przy osobach z niepełnosprawnością intelektualną. Może się zdarzyć, że małoletni z niepełnosprawnością w celu zwrócenia na siebie uwagi będzie niesłusznie pomawiał lub konfabulował. Osoba z niepełnosprawnością może potrzebować więcej czasu na zrozumienie swojej roli w postępowaniu.

Po pouczeniu przesłuchiwanego o jego prawach i obowiązkach następuje faza swobodnej wypowiedzi polegająca na zrelacjonowaniu przez małoletniego świadka przebiegu zdarzenia lub zdarzeń będących przedmiotem procedur prawnych w sposób swobodny, we własnym tempie. Sędzia może rozpocząć ją od słów: „opowiedz mi o tym co się wydarzyło”. Faza swobodnej wypowiedzi pozwala poznać język i sposób myślenia dziecka, co powinno być uwzględnione w dalszym postępowaniu, przy formułowaniu pytań. Faza ta spełnia swoją funkcję, jeżeli przestrzegane są dwa podstawowe warunki: nieingerowanie w treść wypowiedzi oraz nieprzerywanie relacji⁵⁹.

Następnie przesłuchujący przechodzi do zadawania pytań. Pytania kierowane do małoletniego z niepełnosprawnością intelektualną powinny być formułowane w sposób zrozumiały. Należy zadawać pytania otwarte, pytania zamknięte powinny ograniczać odpowiedź do kilku słów. Przesłuchujący powinien mówić językiem prostym, unikać metafor, pytań sugerujących i zadawania więcej niż jednego pytania w tym samym czasie, powtarzania tego samego pytania w różnych momentach⁶⁰.

Warto wspomagać się przykładami z życia codziennego, odnoszenie się do doświadczeń będących udziałem rozmówcy, są zazwyczaj lepiej

⁵⁸ Biuletyn Informacji Publicznej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów <https://archiwum.bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r52492632,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-Kodeks-postepowania-karnego-oraz-niektorych-inny.html>.

⁵⁹ Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę. Przesłuchanie..., s. 64.

⁶⁰ E. Pieńkowska, I. Fornalik, Przesłuchiwanie..., s. 134–135.

przez niego rozumiane. Nie jest dopuszczalne zadawanie pytań typu „Dlaczego tak późno zawiadomiłaś (zawiadomiłeś) o zdarzeniu?” Ważne, aby nie komentować zeznań świadka. Jeśli jakieś pytanie wyda się dla niego niezrozumiałe, należy je powtórzyć albo przekształcić.

Faza czynności końcowych jest istotna dla ochrony psychiki dziecka. Podziękowanie za wysiłek, a nie za przekazane konkretne treści, wyjaśnienie wątpliwości dotyczących dalszego postępowania oraz zamknięcie kontaktu rozmową na tematy nieobciążające mają zmierzać do obniżenia poziomu napięcia emocjonalnego świadka i jego niepokoju po złożonych zeznaniach. Można zadać pytanie, „Czy chciałbyś o czymś jeszcze powiedzieć?”, „Czy chciałbyś coś dodać?” Zdecydowanym błędem z perspektywy nie tylko prawnej, ale również psychologicznej, jest odczytywanie przez dziecko lub odczytywanie dziecku protokołu przesłuchania i odbieranie pod nim podpisu świadka⁶¹.

4. Osoba wspomagająca i Alternatywne Metody Komunikacji Wspomagającej jako metody wsparcia komunikacji w trakcie przesłuchania

Przesłuchanie jest formą komunikacji interpersonalnej. Natomiast w rozumieniu prawnym przesłuchanie jest czynnością procesową polegającą na złożeniu zeznań przez świadka przestępstwa lub osobę pokrzywdzoną przestępstwem. Zatem zeznanie określa wypowiedź świadka ukierunkowaną na treści związane z przedmiotem sprawy, rejestrowaną i obwarowaną obowiązkiem mówienia prawdy⁶². Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 roku wprowadziła w art. 2 definicję „komunikacji”, która obejmuje języki, wyświetlanie tekstu, alfabet Braille'a, komunikację przez dotyk, dużą czcionkę, dostępne multimedia, jak i sposoby, środki i formy komunikowania się na piśmie, przy pomocy słuchu, języka uproszczonego, lektora oraz formy wspomagające (augmentatywne) i alternatywne, w tym dostępną technologię informacyjno-komunikacyjną. „Język” według Konwencji obejmuje język mówiony i język migowy oraz inne formy przekazu niewerbalnego⁶³.

Dzieci z niepełnosprawnością, zwłaszcza z autyzmem, niepełnosprawnością intelektualną, mózgowym porażaniem dziecięcym bardzo często mają zablokowaną możliwość wypowiadania się. Im głębszy stopień nie-

⁶¹ Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę. Przesłuchanie..., s. 65.

⁶² Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę. Przesłuchanie..., s. 20.

⁶³ Dz. U. z 2012 r, poz. 1169.

pełnosprawności, tym większe trudności w komunikowaniu spostrzeżeń. Nie można jednak pochopnie odrzucać takiego źródła dowodowego.

Organ przesłuchujący zobowiązany jest zapewnić dobrą komunikację, nie może w jakikolwiek sposób wykorzystywać problemów komunikacyjnych, na przykład zadawaniem podczas przesłuchiwania osób z niepełnosprawnością intelektualną podchwytliwych pytań, czy też wykorzystywaniem niezrozumienia przez osobę przesłuchiwaną pytania. W przypadku trudności w tej materii ograny wymiaru sprawiedliwości mają obowiązek skorzystać z pomocy osób doświadczonych w kontaktach z osobami z niepełnosprawnością intelektualną w celu zapewnienia odpowiedniej komunikacji. W postępowaniach sądowych z ich udziałem dużą rolę może odegrać dopuszczenie wsparcia osoby trzeciej (osoby wspierającej), którą osoba z niepełnosprawnością intelektualną zna i której ufa. Osoba taka, znając specyfikę niepełnosprawności intelektualnej, zapewni odpowiednie wsparcie, często umożliwiając przedstawienie swojego stanowiska przez osobę z niepełnosprawnością⁶⁴.

Zgodnie z art. 299a § 1 k.p.k., podczas czynności z udziałem pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym może być obecna osoba przez niego wskazana, jeżeli nie uniemożliwia to przeprowadzenia czynności albo nie utrudnia jej w istotny sposób⁶⁵.

Osoba wspierająca bywa często w trakcie przesłuchań z osobami niepełnosprawnymi intelektualnie, najbardziej efektywnym środkiem wsparcia. Uwzględnienie osoby wspierającej w procedurze, a przede wszystkim przyznanie jej prawa do interpretowania z najlepszą wiarą i wiedzą oświadczeń osoby z niepełnosprawnością intelektualną może rozwiązać szereg problemów w korzystaniu przez tę osobę ze wszystkich wolności i praw, w tym prawa do Sądu. Niezwykle ważne, aby osoba wspierająca była osobą zaufaną osoby z niepełnosprawnością intelektualną i aby jej obecność nie pozbawiała lub ograniczała czynności prawnych osoby z niepełnosprawnością intelektualną⁶⁶.

Należy pamiętać, że nie tylko słowa są nośnikiem informacji w procesie komunikowania się. Dla osób z niewykształconą mową werbalną powstały systemy wspomagające ich kompetencje komunikacyjne. Komuni-

⁶⁴ Osoba z niepełnosprawnością intelektualną w postępowaniach sądowych i przed innymi organami. Poradnik Praktyczny, Warszawa 2015.

⁶⁵ Przepis ten jest konsekwencją implementowania do polskiego porządku prawnego art. 3 ust. 3 i art. 20 lit. C Dyrektywy 2012/29 (Dz. U. z 2021 r., poz. 534).

⁶⁶ Rzecznik Praw Obywatelskich, Dostęp osób z niepełnosprawnościami do wymiaru sprawiedliwości. Analiza i Zalecenia, Zasada równego traktowania, Prawo i praktyka, Warszawa 2016, nr 21, s. 19–20.

kacja z osobą z niepełnosprawnością intelektualną w stopniu znacznym może przebiegać z udziałem alternatywnych metod komunikacji.

Termin „komunikacja alternatywna” i „wspomagająca” pochodzi z języka angielskiego *Alternative and Augmentative Communication* (AAC) i dotyczy wszelkich działań, których celem jest pomoc w porozumiewaniu się osobom niemówiącym lub mówiącym w sposób niewyraźny, niezrozumiały dla otoczenia⁶⁷. Formy komunikacji alternatywnej można podzielić na komunikację wspomaganą – osoba niemówiąca korzysta z symboli, znaków, które stanowią jej sposób ekspresji językowej oraz niewspomaganą – człowiek niepełnosprawny wykorzystuje możliwości swoje ciała do ekspresji językowej np. znaki manualne, migi, mrugnięcie okiem. Strategie AAC pomagają w procesie budowania języka w umyśle, nie tylko mowy⁶⁸. Metody AAC pomagają w nawiązywaniu, utrzymywaniu i doskonaleniu interakcji oraz w wyrażaniu własnych chęci i pragnień. Wykorzystując AAC, dajemy narzędzie do komunikacji, wspomagamy rozwój mowy, a także budujemy proces socjalizacji⁶⁹.

Alternatywne i wspomagające sposoby porozumiewania można podzielić na trzy podstawowe systemy:

- system przestrzenno-dotykowe,
- system znaków manualnych,
- system znaków graficznych.

Systemy przestrzenno-dotykowe wykorzystywane są głównie w pracy z osobami niewidomymi i osobami o głębszej niepełnosprawności intelektualnej. Ich zaletą jest wysoki poziom koncentracji. Mogą to być przedmioty zamontowane na podkładce, wszelkie kształty symbolizujące daną rzecz czy zdarzenie. System znaków manualnych można podzielić na dwie grupy. Pierwsza grupa języków migowych używanych przez osoby niesłyszące, charakterystycznych i zróżnicowanych, podobnie jak język mówiony, w każdym kraju. Są to języki prymarne, niewykształcone na bazie języka mówionego. Posiadają własną gramatykę, z określoną odmianą i składnią, niezależną od języka mówionego. Język migowy, choć jest alternatywą wobec werbalnej formy komunikacji, nie wchodzi w skład ogólnie przyjętego systemu, stosowanego w pracy z użytkownikami AAC. Druga grupa systemów znaków manualnych, skonstruowa-

⁶⁷ A. Bombińska-Domżał, *Komunikacja wspomagająca i alternatywna w pracy z dzieckiem niepełnosprawnym intelektualnie*, (w:) J. J. Błeszyński (red.), *Alternatywne i wspomagające metody komunikacji*, Kraków 2006, s. 487.

⁶⁸ A. Bombińska-Domżał, *Komunikacja...*, *op. cit.*

⁶⁹ Ł. Maj, A. Urban-Madziar, *wspomagające i alternatywne metody komunikacji w terapii logopedycznej*, *Conversatoria Linguistica* 2017, s. 146.

nych tak, by podążać słowo w słowo za mową. Wypowiedzi z użyciem znaków manualnych mają zatem taką samą strukturę jak język mówiony. Natomiast system znaków graficznych wymaga od użytkowników korzystania z pomocy komunikacyjnych, począwszy od pojedynczych symboli i prostych tablic, kończąc na podręcznikach, urządzeniach technicznych i zaawansowanych, technologiach komputerowych⁷⁰.

Piktogramy są jednym z najprostszych i najefektywniejszych sposobów nawiązania komunikacji z osobami mającymi problemy w zakresie porozumiewania się (niemówiącymi, nierozumiejącymi mowy, niekorzystającymi z języka, o nieukształtowanej formie reprezentacji symbolicznej), rozumienia sytuacji społecznych. Piktogramy są obrazkami czarno-białymi, mają kształt kwadratu. Znaczenie każdego obrazka jest opisane słownie, pismem drukowanym w formie wyrazu znajdującego się nad wizerunkiem symbolu. Wszystkie występujące w systemie piktogramów znaki zostały podzielone na 26 kategorii słownych, które reprezentują otaczającą rzeczywistość, symbole społecznego kontaktu, porządek czasowy i relacje przestrzenne. Na piktogramach schematycznie przedstawiono przedmioty, osoby, czynności i stworzono kategorie cech przedmiotów czasu, stosunków przestrzennych i ilościowych. Dzięki takiemu opracowaniu Piktogramy stały się uogólnionymi, ale jednocześnie prostymi formami przekazu informacji, pozwalają na kształtowanie podstawowej wiedzy o otaczającej nas rzeczywistości⁷¹.

System Komunikacji Symbolicznej Bliss to metoda porozumiewania się, w której słowa są przedstawione w postaci rysunku. Rysunki są graficzną ilustracją znaczenia danego słowa. Każdy symbol ma swoje znaczenie, które bliższe jest pojęciom niż konkretnym słowom. Jeden symbol oznacza kilka wyrazów pokrewnych, bliskich znaczeniowo. Podstawowy słownik Blissa zawiera około 3000 symboli, które reprezentują ponad 6000 słów. Najbardziej rozpowszechnioną metodą komunikacji jest indywidualna tablica Blissa. Nad każdym symbolem umieszczony jest napis, tak by rozmówca, który nie zna symboli mógł przeczytać jego znaczenie. Przenośna tablica komunikacyjna, na której są umieszczone symbole, musi być indywidualnie dobrana. Dziecko wskazuje znaki zazwyczaj ręką, stopą, skinieniem głowy lub kodem wzrokowym, a niekiedy za pomocą komputera. Symbol Blissa umożliwia nazywanie konkretnego przedmiotu, ale również pojęcia abstrakcyjnego, na przykład uczucia.

⁷⁰ Osoba z niepełnosprawnością intelektualną w postępowaniach sądowych i przed innymi organami. Poradnik Praktyczny, Warszawa 2015, s. 149–153.

⁷¹ J. J. Błęszyński, Znaki graficzne. Piktogramy, (w:) J. J. Błęszyński (red.), Alternatywne i wspomagające metody komunikacji, Kraków 2006, s. 365–366.

Zaletą symboli abstrakcyjnych jest szerokie pole znaczeniowe, co otwiera szansę na porozumiewanie się bez barier. Podstawowym zadaniem systemu jest danie szansy każdemu użytkownikowi czytania znaków w dowolnym, wybranym przez siebie języku naturalnym, co pozwala przekroczyć barierę porozumiewania się nie tylko osobom niepełnosprawnym ze światem, ale wszystkim ludziom żyjącym na ziemi⁷².

5. Uwagi końcowe

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, że małeletni z niepełnosprawnością intelektualną może być cennym źródłem dowodowym, jednak należy przesłuchać go w odpowiedni sposób, po dokonaniu indywidualnej oceny jego potrzeb. Do skutecznego przesłuchania małeletnich z niepełnosprawnością intelektualną, niezbędny jest udział biegłego psychologa posiadającego wiedzę specjalistyczną oraz doświadczenie w tym zakresie. W każdym przypadku trzeba dostosować metodę przesłuchania do stopnia niepełnosprawności. Może się zdarzyć, że przy np. zaburzeniach mowy zajdzie konieczność posłużenia się wspomagającymi metodami komunikacji. Ważne, aby w niebieskich pokojach znajdowały się tablice komunikacyjne, piktogramy, które posłużą biegłemu do komunikacji z małeletnim. Dziecko może się komunikować również za pomocą zabawek znajdujących się w pomieszczeniu. Warto posłużyć się przykładem z praktyki, gdy dziecko nie znało słów „wanna” czy „umywalka”, ale na pytanie „gdzie się myje?” wskazała meble znajdujące się w domku dla lalek, które były wanną i umywalką.

Aby zapewnić pełną ochronę małeletnim z niepełnosprawnością intelektualną należy wdrożyć do krajowego porządku prawnego przepisy wynikające z Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oraz dyrektywy 2012/29. Nadzieje budzą plany legislacyjne, o których wspomniano w artykule. Szczególną uwagę należy zwrócić na reprezentowanie małeletnich pokrzywdzonych w postępowaniu karnym. Obecnie w praktyce często zdarzają się przypadki, że przesłuchiwanie dzieci w sprawie, w której oskarżonym jest jeden z rodziców odbywa się bez kuratora. Prokuratorzy albo w ogóle nie składają wniosków o ustanowienie kuratora albo wnioski te rozpoznawane są z dużym opóźnieniem z uwagi na duże obciążenie pracą sądu rodzinnego. Wydaje się, iż zasadnym byłoby

⁷² J. J. Błęszyński, *Alternatywne i Wspomagające Metody Komunikacji*, A. Lechowicz, *System komunikacji symbolicznej Bliss – twórca systemu, budowa, użytkownicy, rozwój systemu w Polsce*, Kraków 2006, s. 454–455.

przekazanie kompetencji do ustanowienia kuratora w sprawach karnych, sądom karnym. Kolejną kwestią jest moment wyznaczenia kuratora. Rekomenduje się, aby wniosek o ustanowienie kuratora dla małoletniego był składany, jeszcze zanim zostaną przedstawione zarzuty. Co prawda na początkowym etapie postępowania przygotowawczego, w fazie *in rem* brak jest osoby, przeciwko której się ono toczy. Jednak Sąd Najwyższy⁷³ w postanowieniu wydanym w dniu 30 września 2015 roku, w sprawie I KZP 8/15 wskazał, iż zakaz zawarty w art. 98 § 2 pkt 2 i 3 k.r.o. jest aktualny także wtedy, gdy jeden z rodziców małoletniego pokrzywdzonego nie jest oskarżonym, lecz jedynie osobą podejrzaną.

Należy również rozważyć wprowadzenie rozwiązań proceduralnych, które zapewniłyby sprawną komunikację między organami sprawiedliwości, a osobami z niepełnosprawnością intelektualną np. wprowadzenie alternatywnej komunikacji z osobami, które nie potrafią mówić bądź tekstu łatwego do czytania. Może się zdarzyć, że osoba z niepełnosprawnością intelektualną nie będzie potrafiła odczytać treści pisma wysłanego z Sądu lub go zrozumieć. W związku z powyższym konieczne jest takie opracowanie pism, aby ich treść była zrozumiała i dostępna dla niepełnosprawnych intelektualnie. Istotne, aby kierując pisma do osób niepełnosprawnych nie używać skrótów np. zamiast „UE” napisać „Unia Europejska”. W piśmie dla lepszego zrozumienia informacji można zawrzeć symbole lub ilustracje.

W ocenie autorki sposobem na poprawę sytuacji jest wprowadzenie zajęć edukacyjnych już na etapie studiów prawniczych i aplikacji. Zarówno aplikacja radcowska jak i adwokacka nie posiadają w swoich blokach zajęć z prowadzenia czynności przesłuchania z udziałem małoletnich z niepełnosprawnością intelektualną. Odpowiednia edukacja przedstawicieli zawodów prawniczych z natury rzeczy prowadzi do lepszej ochrony małoletnich i realizacji ich praw w postępowaniu karnym.

Bibliografia

Literatura

1. Błęszyński J. J., Alternatywne i Wspomagające Metody Komunikacji, Kraków 2006.
2. Bobińska, T., Pietras P., Gałęcki (red.), Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia, Wrocław 2012.

⁷³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2015 r., sygn. I KZP 8/15.

3. Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, Analiza polskiego systemu ochrony dzieci przed krzywdzeniem.
4. Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, Przesłuchanie małoletniego świadka w postępowaniu karnym. Poradnik dla profesjonalistów, Warszawa 2018.
5. Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, Praktyka przesłuchiwanie dzieci w Polsce. Raport z badania, Warszawa 2020.
6. Gradowska-Radel A., Przesłuchanie dziecka jako ofiary i świadka przestępstwa w procesie karnym, Warszawa 2015.
7. Jędrzejowska S., Kostrzewska A., świadek świadkowi nierówny, KPP Monografie, Olsztyn 2019.
8. Kazanowski Z., Społeczny wymiar współczesnej koncepcji niepełnosprawności intelektualnej, 2015.
9. Leśniak M., Wybrane problemy badań psychologicznych w procesie karnym, Prokuratura i Prawo 1998, nr 5.
10. Maj Ł., Urban-Madziar A., Wspomagające i alternatywne metody komunikacji w terapii logopedycznej, Conversatoria Linguistica 2017.
11. Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami, praca zbiorowa – monografia, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2015.
12. Osoba z niepełnosprawnością intelektualną w postępowaniach sądowych i przed innymi organami. Poradnik Praktyczny, Warszawa 2015.
13. Paluszkiwicz H., Błaszczuk M., Analiza akt i kierunki orzecznictwa sądów w sprawach z przestępstwa z art. 203 k.k. i art. 204 § 2 k.k. popełnione na szkodę osoby małoletniej – aspekty procesowe związane z udziałem małoletnich w badanych postępowaniach karnych oraz ocena adekwatności obowiązujących unormowań kodeksu postępowania karnego, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016.
14. Rzecznik Praw Obywatelskich, Dostęp osób z niepełnosprawnościami do wymiaru sprawiedliwości. Analiza i Zalecenia. Zasada równego traktowania, Prawo i praktyka, Warszawa 2016, nr 21.
15. Skorupka J., Kodeks postępowania Karnego, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2020. Komentarz do art. 185a k.k.
16. Staniec E., Metody komunikacji niewerbalnej z osobami niepełnosprawnymi intelektualnie, Edukacja–Technika–Informatyka 2018, nr 4, poz. 26.
17. Wesołowska A., Regulacje prawne dotyczące ochrony małoletnich w toku postępowania karnego, Dziecko Krzywdzone 2007, nr 3(20).

18. Zmarzlik J., Przygotowanie dziecka do uczestnictwa w przesłuchaniu, (w:) Sajkowska M. (red.), Przyjazne przesłuchanie dziecka, Wydawnictwo Fundacja Dzieci Niczyje, Warszawa 2007.

Orzeczenia

1. Wyrok SN z dnia 15 stycznia 1980 r., sygn. III KR 428/79.
2. Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. V KK 4/14.
3. Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. III K 187/15.
4. Wyrok SN z dnia 27 lutego 2020 r., sygn. V KK 80/19.
5. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2015 r., sygn. I KZP 8/15.
6. Uchwała SN z dnia 20 grudnia 1985 r., sygn. VI KZP 28/85.

Legal and psychological aspects of interviewing minors with intellectual disability

Abstract

This paper discusses problems of interviewing minors with intellectual disability. It describes issues associated with intellectual disability, including the exercise of minors' rights under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Directive 2012/29/EU. It also discusses how interviews should be arranged to accommodate individual needs of minors. The possibility that alternative means and assistance of a support worker can be used to communicate with individuals with intellectual disability is shown.

Key words

Disability, child, interview, minor, criminal proceedings.

GLOSY

Wojciech Kotowski¹

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. I KK 14/19

Streszczenie

Glosator z aprobatą odnosi się do rozstrzygnięcia dokonanego przez Sąd Najwyższy słusznie uznającego trafność wyводу ujętego w skardze kasacyjnej Rzecznika Praw Obywatelskich, który ujawnił rażące naruszenie przez Sąd orzekający przepisów postępowania w sprawach o wykroczenia, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w. oraz art. 201 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.w., przez dokonanie dowolnej, zamiast swobodnej, oceny opinii biegłego ds. kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków drogowych. W konsekwencji dokonano nieuprawnionego oczyszczenia obwinionej z zarzutu popełnienia wykroczenia określonego dyspozycją art. 86 § 1 k.w.

Słowa kluczowe

Swobodna ocena dowodów, opinia biegłego, szczególna ostrożność, nakaz zatrzymania, zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu drogowym, wypadek drogowy.

¹ Ekspert do spraw prawnych aspektów wypadków drogowych, członek Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego i Rady Naukowej czasopisma „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”, ORCID 0000-0001-5820-6077.

W myśl dyspozycji § 21 rozporządzenia Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2310 ze zm.) znak B-20 „stop” oznacza zakaz wjazdu na drogę z pierwszeństwem bez uprzedniego zatrzymania pojazdu, które powinno nastąpić w wyznaczonym w tym celu miejscu, a w razie jego braku, w takim miejscu, z którego kierujący może upewnić się, że nie utrudni ruchu na drodze, na którą wjeżdża, celem ustąpienia pierwszeństwa kierującym poruszającym się tą drogą.

1. Stan faktyczny

Wyrokiem z dnia 11 marca 2019 r., w sprawie II W 236/18, Sąd Rejonowy w P. uniewinnił M. L. od zarzutu popełnienia wykroczenia z art. 86 § 1 k.w., polegającego na tym, że 12 lutego 2018 r., ok. godz. 11²⁵, w P. na skrzyżowaniu ulic: S. i P., podczas wyjazdu z bramy prowadzącej do Zespołu Szkół samochodem marki Fiat Seicento nie zastosowała się do znaku „stop” (B-20), w wyniku czego uderzyła przodem w prawy bok pojazdu marki Audi A3, który przemieszczał się drogą posiadającą pierwszeństwo. Wskazany wyrok nie został zaskarżony przez strony i uprawomocnił się 9 kwietnia 2019 r.

Kasację od wyroku wniósł na niekorzyść obwinionej Rzecznik Praw Obywatelskich. Zaskarżając go w całości zarzucił rażące naruszenie przepisów postępowania w sprawach o wykroczenia, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w. i art. 201 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.w., przez dowolną ocenę opinii biegłego z zakresu kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków drogowych, wskutek uznania jej za pełną i w konsekwencji podzielenia przez Sąd konkluzji zawartych w tejże opinii, w myśl której kierująca wykonując manewr włączania się do ruchu przez bramę wyjazdową z posesji Zespołu Szkół na jezdnię ulicy P. w miejscowości P. należyce obserwowała sytuację na drodze. Stawiając ten zarzut Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu kasacji wniesionej przez Rzecznika Praw Obywatelskich na niekorzyść, uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

2. Stan prawny

Zdaniem Sądu Najwyższego kasacja jest zasadna. Należało zgodzić się ze skarżącym, że wyrok Sądu Rejonowego został wydany z rażącym naruszeniem przepisów wskazanych w jej zarzucie.

Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na uwarunkowania drogowe – wynikające przede wszystkim z układu skrzyżowania, na którym doszło do zdarzenia będącego przedmiotem postępowania oraz sposobu rozmieszczenia w jego rejonie znaków drogowych, ocena prawna zachowania uczestników tego zdarzenia nie jest tak prosta, jak mógłby sugerować charakter i skutki zdarzenia, które miała spowodować obwiniona. Z przebiegu przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego można było wnioskować, że Sąd Rejonowy miał tego świadomość, ponieważ zdecydował się na dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. rekonstrukcji wypadków drogowych. Chodzi jednak o to, że zgromadzony w sprawie stosunkowo obszerny materiał dowodowy nie został oceniony przez Sąd Rejonowy zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w.² oraz art. 201 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.w.³, stosowanymi odpowiednio w postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Dotyczy to w szczególności opinii biegłego, której konkluzja miała decydujący wpływ na treść rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego. Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że uznając, iż obwiniona nie ponosi odpowiedzialności za kolizję drogową⁴, w której uczestniczyła, a jej sprawcą był faktyczny pokrzywdzony, Sąd Rejonowy kierował się stanowiskiem biegłego, który nie znalazł podstaw do zarzucenia obwinionej zastosowania niewłaściwej taktyki jazdy oraz niezachowania szczególnej ostrożności, a za wyłączną przyczynę zaistniałego zdarzenia uznał za zachowanie kierującego samochodem Audi A3. Aprobując bez zastrzeżeń wnioski opinii biegłego i przyjmując je bezkrytycznie za wyznacznik oceny zachowania obwinionej, Sąd Rejonowy rażąco naruszył reguły określone w art. 7 k.p.k. i art. 201 k.p.k. Zaniechanie przeprowadzenia oceny prawidłowości opinii biegłego przez pryzmat całokształtu zgromadzonego

² W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 73.

³ W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks..., *op. cit.*, s. 241.

⁴ Kolizja drogowa jest sformułowaniem potocznym. Prawidłowo powinno się stosować jednolite nazewnictwo dla skutkowego zdarzenia drogowego, które jest wypadkiem. W myśl utrwalonej definicji wypadkiem drogowym jest każde skutkowe zdarzenie, przy czym stanowi on wykroczenie (art. 86 k.w.), gdy inna osoba niż sprawca doznała obrażeń ciała naruszających czynności organizmu do 7 dni włącznie, a przestępstwo (art. 177 k.k.), jeżeli naruszenie czynności u takiej osoby przekracza 7 dni.

materiału dowodowego (w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie przedstawiono argumentów, które zdecydowały o uznaniu tego dowodu za w pełni wartościowy), uniemożliwiło Sądowi Rejonowemu dostrzeżenie, że jest ona niepełna i niejasna.

Skupiając się na ocenie zachowania drugiego uczestnika rozpoznawanego zdarzenia – która choć istotna dla ustalenia okoliczności jego zaistnienia, to jednak nie powinna zdominować postępowania w przedmiocie zarzucanego obwinionej czynu – opinia biegłego nie uwzględnia tego, co dla określenia obowiązków obwinionej jako kierującej pojazdem włączającej się do ruchu z terenu Zespołu Szkół było najważniejsze. Opinia biegłego nie zawiera analizy zachowania obwinionej w kontekście obowiązku wynikającego ze znaku B-20, którego naruszenie stanowiło istotę zarzucanego jej wykroczenia. W konsekwencji, Sąd Rejonowy, idąc za opinią biegłego, nie ustalił czy obwiniona – tak, jak jej zarzucono – nie zastosowała się do wymienionego znaku, czego następstwem było spowodowanie zagrożenia stanowiącego znamię czynu określonego w art. 86 § 1 k.w.⁵, czy też z tego obowiązku się wywiązała.

Poza sporem pozostaje fakt, że wyjazd z terenu wymienionego wyżej Zespołu Szkół na drogę ulicy P. był oznaczony znakiem B-20 „stop”, który zgodnie z § 21 z.s.d.⁶ oznacza zakaz wjazdu na skrzyżowanie bez zatrzymania się przed drogą z pierwszeństwem w wyznaczonym w tym celu miejscu, a w razie jego braku – w takim miejscu, w którym kierujący może upewnić się, że nie utrudni ruchu na drodze z pierwszeństwem (ust. 1 pkt 1 i ust. 2) oraz obowiązek ustąpienia pierwszeństwa kierującym poruszającym się tą drogą (ust. 1 pkt 2). Treść przywołanego przepisu nie pozostawia zatem żadnych wątpliwości, że niezależnie od tego, jak kształtowałyby się obowiązki kierującego pojazdem Audi A3 w związku z wjazdem na skrzyżowanie, na którym doszło do zderzenia, obowiązujący wyjeżdżających z terenu Zespołu Szkół znak zakazu nakładał na obwinioną bezwzględny obowiązek zatrzymania się przed drogą z pierwszeństwem przejazdu. W tym przypadku drogą o takim statusie była ulica P., na którą obwiniona wjeżdżała z nieruchomości – terenu Zespołu Szkół w P. (art. 17 ust.1 pkt 1 p.r.d.)⁷.

⁵ W. K o t o w s k i, Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 505.

⁶ Rozporządzenie Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2310 ze zm.).

⁷ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 450 ze zm.).

Patrząc z tej perspektywy na treść opinii biegłego, stwierdzić trzeba, że nie wyjaśnia ona, na jakiej podstawie przyjęto w jej wnioskach końcowych, iż obwiniona stosowała właściwą taktykę jazdy i zachowała zasadę szczególnej ostrożności wymaganej w sytuacji, w której się znajdowała, skoro opinia nie udziela odpowiedzi na podstawowe w tej kwestii pytanie – czy obwiniona prawidłowo zrealizowała obowiązek wynikający ze znaku B-20, obligującego ją do zatrzymania w takim miejscu, w którym mogła upewnić się, że nie utrudni ruchu na drodze, na którą wjeżdżała. Wprawdzie z dokonanych przez Sąd Rejonowy ustaleń faktycznych wynika, że obwiniona zatrzymała się przed tym znakiem, ale już sam ogląd zamieszczonej w aktach sprawy dokumentacji fotograficznej z miejsca zdarzenia podaje w wątpliwość możliwość prowadzenia z tego miejsca prawidłowej obserwacji sytuacji na drodze. Potwierdza to sam biegły, który składając ustną opinię na rozprawie (14 lutego 2019 r.), przyznał, że po zatrzymaniu się przed znakiem „stop” obwiniona mogła nie widzieć kierującego pojazdem Audi A3 z uwagi na oddalenie od linii jezdni, co w znacznym stopniu ograniczało jej widoczność z lewej strony.

Trudno odmówić racji twierdzeniu zawartemu w kasacji, że opinia biegłego nie wyjaśnia, na jakiej podstawie biegły przyjął, iż obwiniona po włączeniu się do ruchu i dostrzeżeniu pojazdu Audi A3 podjęła manewr hamowania, skoro sama obwiniona w toku całego postępowania ani razu nie posłużyła się taką argumentacją. Fakt ten nie wynika również z zeznań przesłuchanych świadków ani ujawnionych na miejscu zdarzenia śladów. Jakkolwiek okoliczność ta nie znalazła bezpośredniego odzwierciedlenia w ustaleniach faktycznych Sądu Rejonowego, to jednak miała wpływ na jego rozstrzygnięcie. Przyjęte przez biegłego założenie rzutowało – i to w sposób bezpośredni – na przedstawioną we wnioskach jego opinii i podzieloną przez Sąd Rejonowy ocenę zachowania obwinionej.

W świetle zaprezentowanej argumentacji godzi się stwierdzić, że wydanie orzeczenia w sprawie obwinionej nastąpiło z rażącym naruszeniem przepisów wskazanych w zarzucie kasacji, które mogło mieć istotny wpływ na jego treść. Dlatego też, uznając trafność zarzutu i wniosku kasacji Rzecznika Praw Obywatelskich, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy niewątpliwie weźmie pod uwagę – zgodnie z zapatrywaniem Sądu Najwyższego – przedstawione wcześniej powody uchylenia zaskarżonego wyroku. Będzie to w rzeczy samej oznaczało konieczność uzupełnienia postępowania dowodowego w zakresie dotyczącym zastosowania się przez obwi-

nioną do znaku B-20, w tym również – jeżeli Sąd Rejonowy stwierdzi taką potrzebę – przez powołanie innego biegłego, a następnie dokonanie ustaleń faktycznych w sposób uwzględniający całokształt materiału dowodowego i gwarantujący przeprowadzenie jego oceny z zachowaniem standardów określonych w art. 7 k.p.k.

3. Konkluzja

Znaki i sygnały drogowe stanowią bardzo istotny element wyposażenia drogi⁸. W sposób konkretny regulują ruch, prowadząc kierującego pojazdem oraz pieszego, ostrzegają ich i informują, określają sposób poruszania się, przyczyniając się w ten sposób do podniesienia poziomu bezpieczeństwa w ruchu oraz jego usprawnienia. Obowiązują przed normami zawartymi w przepisach. Znaki i sygnały drogowe spełniają funkcje: ostrzegawcze, zarządzające (zakazy i nakazy) oraz informacyjne. Jakkolwiek znaki drogowe zostały podzielone na określone kategorie, nie można ich automatycznie przypisać tylko do jednej funkcji. Przykładem jest, będący w kręgu ścisłego zainteresowania organów rozpoznających przedmiotową sprawę, znak „stop” (B-20), z roli którego wynika zakaz kontynuacji jazdy bez zatrzymania, a równocześnie nakaz zatrzymania w miejscu gwarantującym odpowiednie pole widzenia jezdni, którą odbywa się ruch pojazdów posiadających pierwszeństwo. Z dyspozycji przywołanego przepisu wynika, że zatrzymanie pojazdu powinno nastąpić zarówno przed znakiem, jak i za nim, zależnie od jego umieszczenia w korelacji z obszarem widzenia przez kierującego, który podejmuje manewr włączenia się do ruchu. Innymi słowy znak „stop” (B-20) wzywa do bezwzględnego zatrzymania pojazdu i bacznej obserwacji ruchu odbywającego się na jezdni posiadającej pierwszeństwo przejazdu. Należy zatrzymać się w miejscu wyznaczonym znakiem poziomym, a jeżeli go nie umieszczono – w miejscu dobrej widoczności, i kontynuować jazdę dopiero po upewnieniu się, że droga jest wolna⁹.

Ujawnione okoliczności zdarzenia drogowego prowadzą, drogą prostej dedukcji, do wniosku, że w sprawie biegły do spraw kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków drogowych był zbędny, z uwagi na brak śladów umożliwiających przeprowadzenie analizy czasowo-przestrzennej ruchu pojazdów uczestniczących w zderzeniu. Sprawę można było bez trudu

⁸ W. Kotowski, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, Wyd. III, Warszawa 2011, s. 288.

⁹ W. Kotowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 303.

rozpoznać w ramach analizy prawnych aspektów przedmiotowego wypadku drogowego, która nie wymagała wiadomości specjalnych.

Bibliografia

1. Kotowski W., Kurzępa B., Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2014.
2. Kotowski, W., Prawo o ruchu drogowym. Komentarz, wyd. III, Warszawa 2011.
3. Kotowski, W., Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2009.

Commentary to the Supreme Court judgment of 19 November 2020, ref. no. I KK 14/19

Abstract

This commentary approves the ruling of the Supreme Court that rightly recognized the validity of arguments of the cassation appeal lodged by the Commissioner for Human Rights who unveiled a gross violation of the petty offence case procedure, namely Article 7 of the Code of Criminal Procedure in relation with Article 8 of the Code of Criminal Procedure and Article 201 of the Code of Criminal Procedure in relation with Article 42 of the Code of Criminal Procedure, by the adjudicating Court evaluating the opinion of the expert in forensic reconstruction of road traffic accidents in an arbitrary instead of discretionary way. Consequently, the defendant was wrongfully acquitted of the charge of the petty offence under Article 86, section 1 of the Code of Petty Offences.

Key words

Free evaluation of evidence, expert opinion, special caution, stop order, traffic safety hazard, traffic accident.

Z HISTORII PROKURATURY

Andrzej Łada-Bieńkowski podprokurator przy Sądzie Okręgowym w Krakowie



Prokurator Andrzej Bieńkowski, urodził się 3 lipca 1909 r. w Krakowie, w rodzinie szlacheckiej, wyznania rzymskokatolickiego. Był synem Piotra h. Łada Bieńkowskiego, archeologa i profesora UJ oraz Lucyny h. Janta Połczyńskiej. Miał starszą siostrę Agnieszkę, po mężu Dobrowolską, historyka sztuki i etnografa oraz brata Krzysztofa, prokuratora Sądu Najwyższego, szefa Nadzoru Prokuratorskiego przy Ministrze Sprawiedliwości, następnie szefa Departamentu Ustawodawczego, a po II wojnie światowej adwokata. Andrzej Bieńkowski poślubił 21 listopada 1936 r. w Sanoku Marię Stanisławę Gölis, z którą miał syna.

Edukacja

Kształcił się w IV Gimnazjum im. Henryka Sienkiewicza w Krakowie, gdzie zdał maturę w 1927 r. W latach 1927–1931 studiował prawo na Uniwersytecie Jagiellońskim, uzyskując 22 czerwca 1931 r. tytuł magistra praw.

Służba dla wymiaru sprawiedliwości oraz okres II wojny światowej

Aplikację sędziowską Andrzej Bieńkowski odbywał od 3 lipca 1931 r. początkowo w Sądzie Grodzkim w Toruniu, a następnie w Sądzie Okręgowym w Krakowie. Uzyskał zgodę na skrócenie okresu aplikacji do dwóch lat z uwagi na uzyskiwane bardzo dobre wyniki w jej trakcie. 18 czerwca 1934 r. złożył egzamin na urząd sędziowski z wynikiem dobrym. Postanowieniem z dnia 10 lipca 1934 r. Minister Sprawiedliwości nominował Andrzeja Bieńkowskiego na stanowisko asesora sądowego w okręgu Sądu Apelacyjnego w Krakowie i powierzył mu pełnienie czynności sędziowskich w Sądzie Grodzkim w Jaśle. Następnie reskryptem Prezesa Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 grudnia 1934 r. został przydzielony do Sądu Okręgowego w Jaśle celem pełnienia obowiązków podprokuratora w Oddziale Zamiejscowym w Sanoku. Decyzją Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 sierpnia 1936 r. został powołany na stanowisko podprokuratora Sądu Okręgowego w Płocku i 29 września 1936 r. objął urzędowanie w Oddziale Zamiejscowym w Mławie Prokuratury Sądu Okręgowego w Płocku. Następnie został przeniesiony z dniem 1 stycznia 1938 r. do Sądu Okręgowego w Krakowie. Od stycznia 1938 r. był podprokuratorem w Sądzie Okręgowym w Krakowie.

W dniu 3 września 1938 r. oskarżył Gustawa Beckmana, obywatela polskiego pochodzenia niemieckiego, za czyn z art. 152 ówczesnego k.k., tj. za wyszydzanie narodu polskiego. Gustaw Beckman w utarczce słownej miał powiedzieć: „zasraną polską mową nie mówię”. Orzeczona wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 3 września 1938 r. w sprawie o sygn. IV K 545/38 kara 1 roku więzienia została podtrzymana przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w dniu 20 marca 1939 r. wyrokiem o sygn. I KA 2919/38. Sąd odwoławczy uznał, iż „oskarżony Beckman łącząc w ten sposób polską mowę zelżył Naród Polski”. Skazany Gustaw Beckman, który karę odbywał w więzieniu w Berezie Kartuskiej, po wkroczeniu Niemców do Krakowa został funkcjonariuszem gestapo oraz zakonspirowanym członkiem tzw. V kolumny i w wyniku współdziałania z okupantem doprowadził do aresztowania osądzających go prawników, tj. podprokuratora Andrzeja Bieńkowskiego i sędziego dr. Władysława Bobilewicza w dniu 14 października 1939 r. bądź 23 listopada 1939 r. oraz sędziego

Konrada Frąckiewicza w dniu 27 grudnia 1939 r., który rozpatrywał apelację od wyroku w sprawie Beckmana. Sędzia Konrad Frąckiewicz został brutalnie pobity; istnieją rozbieżne informacje co do okoliczności jego śmierci 27 grudnia 1939 r.: jedna wskazuje, że został wyrzucony przez Niemców przez okno, druga, że popełnił samobójstwo w więzieniu przy ul. Montelupich. Prokuratora Andrzeja Bieńkowskiego po aresztowaniu osadzono w Areszcie Śledczym w Krakowie przy ul. Montelupich. W lutym 1940 r. został wraz z sędzią Władysławem Bobilewiczem przewieziony do więzienia w Wiśniczu, gdzie zorganizowany został przez hitlerowców pierwszy na terenach południowej Polski obóz pracy. W ramach hitlerowskich represji za ucieczkę żydowskiego więźnia 27 maja 1940 r., decyzją ówczesnego komendanta obozu Wilhelma Asmusa, Andrzej Bieńkowski został stracony 5 czerwca 1940 r. w lasku „Brzezinka” nieopodal więzienia w Wiśniczu wraz z 9 innymi więźniami: sędzią Władysławem Bobilewiczem, księdzem Ferdynandem Machayem, porucznikiem Wojska Polskiego Jerzym Libanem, przewodniczącym Związku Powstańców Śląskich Józefem Kanią, Janem Pistulą i Ryszardem Pistulą z Katowic – uczestnikami powstań śląskich, Józefem Kranzlerem – dziennikarzem z Częstochowy, Izaakiem Ungerem – kupcem z Nowego Sącza i Bernardem Wachsem z Krakowa. Ekshumacja ciał pomordowanych więźniów odbyła się 27 kwietnia 1946 r. i wykazała, że przed śmiercią ich ręce Niemcy skrępowali drutem kolczastym. Prokurator Andrzej Bieńkowski pochowany został w grobowcu rodzinnym na Cmentarzu Rakowickim w Krakowie.

Gustaw Beckman, który wielokrotnie znęcał się nad osadzonymi w więzieniu w Krakowie prawnikami, pod koniec wojny uciekł do Rzeszy. Po wojnie został zatrzymany przez żołnierzy amerykańskich, przekazany Polsce i skazany przez Sąd Okręgowy w Krakowie na karę śmierci. Wyrok wykonano w 1947 r. wobec nieuwzględnienia przez Izbę Karną Sądu Najwyższego złożonej apelacji.

W miejscu kaźni w lesie nieopodal Wiśnicza straconych upamiętniono symbolicznym pomnikiem.

Pamięci sędziów Władysława Bobilewicza oraz Konrada Frąckiewicza, a także prokuratora Andrzeja Łada-Bieńkowskiego, zamordowanych przez hitlerowskich okupantów w odwecie za wyrok skazujący Gustawa Beckmana za wyszydzanie Narodu Polskiego, 4 czerwca 2012 r. odsłonięta i poświęcona została tablica znajdująca się na ścianie budynku Collegium Broscianum w Krakowie przy ul. Grodzkiej 52, stanowiącego w przeszłości siedzibę sądów krakowskich.

Nazwisko prokuratora Andrzeja Łada-Bieńkowskiego zostało umieszczone na uroczyscie odsłoniętej w siedzibie Prokuratury Krajowej w dniu

17 września 2020 r. tablicy, upamiętniającej prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, którzy oddali życie za Ojczyznę w latach 1939–1945.

41

BIURO PERSONALNE
2. M. Nr. B.P. 18071/37

Correccia
179/1

WNIOSEK O PRZENIESIENIE.

Biuro Personalne zgodnie z wnioskiem Prokuratora Sądu Apelacyjnego w *Krakowie* Nr *2322/34* wnosi, aby Pan Minister Sprawiedliwości (na mocy art. *242 § 1* prawa o ustroju sądów powszechnych—Dz. U.R.P. Nr. 102, poz. 863 z 1932 r.), przeniósł *podprokuratora Sądu Okręgowego w Płocku, Andrzeja Bienkowskiego*, na stanowisko *podprokuratora Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 1 stycznia 1938.*

Dnia *3 listopada* 1937 r.

Henriem
DYREKTOR BIURA PERSONALNEGO

PRZENOSZĘ

podprokuratora Sądu Okręgowego w Płocku, Andrzeja Bienkowskiego, na stanowisko *podprokuratora Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 1 stycznia 1938.*

Dnia *4 listopada* 1937 r.

MINISTER

[Signature]

[Signature]

Druk. Druk. W-wa. Rakowicka 37. 722-40.

Decyzja Ministra Sprawiedliwości o przeniesieniu Andrzeja Bienkowskiego na stanowisko podprokuratora Sądu Okręgowego w Krakowie (ze zbiorów Archiwum Akt Nowych).



Nekrolog Andrzeja Łada-Bieńkowskiego.

Źródło: <https://jbc.bj.uj.edu.pl/dlibra/doccontent?id=827979>



Tablica na grobie na Cmentarzu Rakowickim w Krakowie. Źródło: <https://genealogia.okiem.pl/foto2/displayimage.php?pid=9980>.



Grobowiec rodziny Bieńkowskich na Cmentarzu Rakowickim w Krakowie – miejsce pochówku Andrzeja Łada-Bieńkowskiego. Źródło: https://pl.wikipedia.org/wiki/Piotr_Bie%C5%84kowski.



Upamiętnione miejsce śmierci Andrzeja Łada-Bieńkowskiego w lesie nieopodal więzienia w Wiśniczu. Źródło: <https://www.czasbochenski.pl/portal/bochnia-wydarzenia/nowy-wisnicz-80-rocznica-meczenskiej-smierci-10-wiezniow/18093/>.



Ksiądz Ferdynand
Machay młodszy

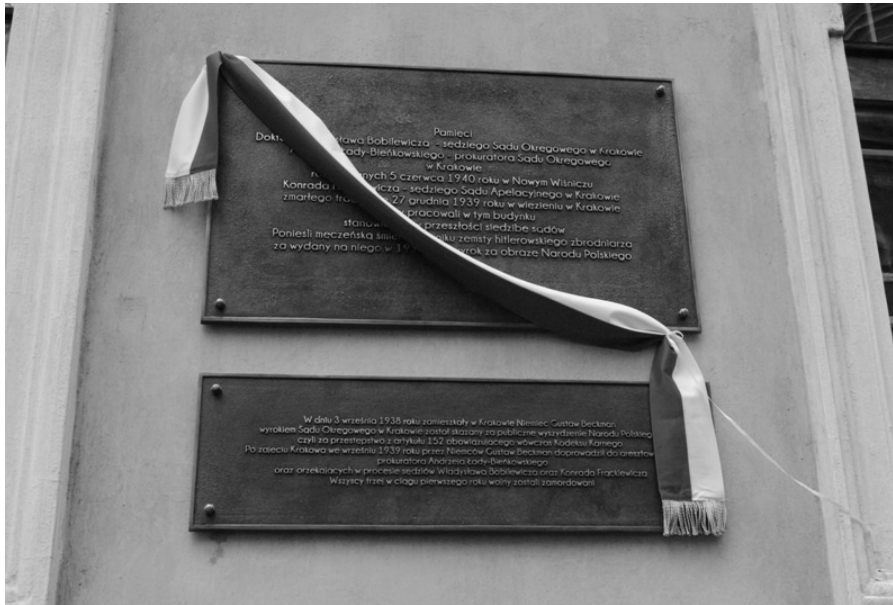


Sędzia Władysław
Bobilewicz



Prokurator Andrzej
Łada-Bieńkowski

Zdjęcia zamordowanych w lesie nieopodal Wiśnicza. Źródło: <https://tarnow.gosc.pl/doc/6340207.Nowy-Wisnicz-Ofiara-nie-poszla-na-marne>.



Tablice upamiętniające sędziego Władysława Bobilewicza i prokuratora Andrzeja Łada-Biełkowskiego na elewacji budynku Collegium Broscianum w Krakowie przy ul. Grodzkiej 52, dawnej siedziby Sądu Okręgowego w Krakowie. Źródło: <https://web.archive.org/web/20150223144319/http://www.sw.gov.pl/pl/okregowy-inspektorat-sluzby-wieziennejkrakow/news,9581,oisw-krakow-odsloniecie.html>.

Źródła

1. Archiwum Akt Nowych 13–925;
2. <https://www.czasbochenski.pl/porta1/bochnia-wydarzenia/nowy-wisnicz-80-rocznica-meczenskiej-smierci-10-wiezniow/18093/>;
3. <https://sw.gov.pl/aktualnosc/zaklad-karny-w-nowym-wisniczu-minelo-80-lat-od-niemieckiej-zbrodni-na-wisnickich-wiezniach>;
4. <https://wpolityce.pl/polityka/133745-minister-sprawiedliwosci-uczcil-pamiec-zamordowanych-prawnikow>;
5. <https://web.archive.org/web/20150223144319/http://www.sw.gov.pl/pl/okregowy-inspektorat-sluzby-wieziennejkrakow/news,9581,oisw-krakow-odsloniecie.html>;
6. <https://nowywisnicz.pl/2012/06/05/pamici-wadysawa-bobilewicza-andrzeja-ady-biekowskiego-i-konrada-frckiewicz/>;

7. <https://tarnow.gosc.pl/doc/6340207.Nowy-Wisnicz-Ofiara-nie-poszla-na-marne;>
8. <https://genealogia.okiem.pl/foto2/displayimage.php?pid=9980;>
9. [https://pl.wikipedia.org/wiki/Piotr_Bie%C5%84kowski;](https://pl.wikipedia.org/wiki/Piotr_Bie%C5%84kowski)
10. Olgierd Missuna Wspomnienie pośmiertne: adwokat Krzysztof Łada-Bieńkowski *Palestra* 18/1(193), 79–80 [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Palestra/Palestra-r1974-t18-n1\(193\)/Palestra-r1974-t18-n1\(193\)-s79-80/Palestra-r1974-t18-n1\(193\)-s79-80.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Palestra/Palestra-r1974-t18-n1(193)/Palestra-r1974-t18-n1(193)-s79-80/Palestra-r1974-t18-n1(193)-s79-80.pdf);
11. Losy krakowskich sędziów i prokuratorów podczas Drugiej Wojny Światowej. Krzysztof Dratwa, PPO w Krakowie. <https://duszpasterstwoprawnikiow.pl/index.php/dla-refleksji/50-artykul-p-prok-krzysztofa-dratwy-pt-losy-krakowskich-sedziow-i-prokuratorow-podczas-drugiej-wojny-swiatowej.html>;
12. Nekrolog – <https://jbc.bj.uj.edu.pl/dlibra/doccontent?id=827979>.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Z uwagi na zmianę w procesie ewaluacji czasopism naukowych prowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Redakcja czasopisma uprzejmie informuje, że za publikację artykułów w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” w latach 2017–2018 autorom przysługuje 6 punktów. Natomiast, za publikację artykułów w latach 2019 i 2020 przysługuje 5 punktów.

Analiza wydań czasopisma sprawiła, że Zespół Ekspertów Index Copernicus wyznaczył wartość wskaźnika w wysokości **ICV 2018 = 38.15**. Wyznaczona ocena ICV za rok 2018 jest widoczna na liście czasopism indeksowanych w bazie ICI Journals Master List 2018 oraz w **Pasporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

Wynik kolejnej oceny ICV **2019 = 47.15** uwidocznił na liście czasopism **ICI Journals Master List 2019** <https://journals.indexcopernicus.com/search/formjml> oraz w **Pasporcie** naszego czasopisma <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169&lang=pl>.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 21 cm, wysokość 29,7 cm), marginesy: górny 5 cm, boczne (lewy i prawy) 4,2 cm i dolny 6,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania oraz słowa kluczowe, a na ostatniej alfabetyczny wykaz wykorzystanej literatury. 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, a także ORCID. Od studentów, 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. Niewykorzystane materiały zwracane są na wyraźne życzenie autora.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.