



Prokuratura i Prawo

NR 4/kwiecień 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Małgorzata BEDNAREK, Aleksander HERZOG, Anna JASKUŁA, Małgorzata KOZŁOWSKA, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

dr hab. Radosław Krajewski, prof. Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy	
Targnięcie się na życie jako skutek przestępstwa znęcania	5
<i>Laying violent hands on one's own life in consequence of abuse</i> . . .	14
dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego	
Quantum odbytej kary pozbawienia wolności jako przesłanka warunkowego zwolnienia	16
<i>Quantum of a served penalty of deprivation of liberty as a premise for conditional release</i>	38
dr Damian Wąsik, prokurator Prokuratury Rejonowej Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku, asystent Collegium Medicum UMK w Toruniu	
Ocena prawnokarne zakażeń w szpitalu	40
<i>Legal and penal evaluation of hospital-acquired infections</i>	57
dr Marcin Rulka, adiunkt Uniwersytetu Humanistyczno-Społecznego w Poznaniu	
Penalizacja czynów godzących w równość formalną wyborów i referendum	58
<i>Penalisation of acts that violate formal equity of elections and referenda</i>	76
Łukasz Pasternak, adwokat w Warszawie	
Kryptowaluta i pieniądz wirtualny jako przedmiot przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.	77
<i>Cryptocurrencies and virtual currencies as objects of the offence under Article 310, § 1 of the Penal Code</i>	94
dr Sławomir Dudziak, prokurator Prokuratury Rejonowej w Międzyrzeczu	
Krajowa Administracja Skarbowa a postępowanie karne skarbowe . . .	95
<i>National Fiscal Administration versus criminal tax proceedings</i> . . .	107
Jarosław Janikowski, absolwent Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy	
Wykroczenie proponowania czynu nierządowego	108
<i>Petty offence of proposing an illicit sexual act</i>	123

Tomasz Janeczek, Prokurator Regionalny w Katowicach, Adam Roch, Zastępca Prokuratora Regionalnego w Katowicach	
Odpowiedzialność karna, odpowiedzialność za wykroczenia oraz zawieszenie w czynnościach prokuratora w świetle Prawa o prokuraturze	124
<i>Prosecutors' criminal liability, liability for petty offences, and suspension in the light of the light of the Prosecution Service Act</i>	144

Materiały szkoleniowe/Training materials

dr hab. Piotr Chlebowicz, prof. Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie	
Uwagi w związku z artykułem Michała Gabriela-Węglowskiego „Analiza kryminalna w pracy prokuratora”	146
<i>Remarks to the contribution by Michał Gabriel-Węglowski, Criminal Analysis in a Prosecutor's Practice</i>	150

Glosy/Commentaries

do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16 (dot. usiłowania nieudolnego) – oprac. dr Andrzej Jezusek	151
<i>to the Supreme Court resolution of 19 January 2017, ref. no. I KZP 16/16 (concerns failed attempt) – by Andrzej Jezusek, Ph.D.</i>	166
do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2016 r., sygn. IV KK 398/16 (dot. samowoli budowlanej) – oprac. dr Bolesław Kurzępa	167
<i>to the Supreme Court judgment of 9 December 2016, ref. no. IV KK 398/16 (concerns illegal construction) – by Bolesław Kurzępa, Ph.D.</i>	170

ARTYKUŁY

Radosław Krajewski

Targnięcie się na życie jako skutek przestępstwa znęcania

Streszczenie

Targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie stanowi jedną z kwalifikowanych postaci przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą, zależną lub bezradną. Jest to przestępstwo materialne, którego skutkiem jest zakończony zgonem lub usiłowany zamach samobójczy. Jest ono popełniane z winy kombinowanej przy istnieniu związku przyczynowego między znęcaniem się nad pokrzywdzonym a targnięciem się przez niego na własne życie.

Problematyka przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą lub zależną zajmuje istotne miejsce w doktrynie prawa karnego. Jednocześnie jest ona ważnym zagadnieniem w praktyce instytucji ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości. Poświęcono jej liczne opracowania, w tym w szczególności fragmenty komentarzy do Kodeksów karnych, monografie oraz artykuły. Jednak pogłębionej analizie w postaci odrębnego opracowania umknęła nieco perspektywa jednej z kwalifikowanych postaci tego przestępstwa, a mianowicie targnięcia się na własne życie pokrzywdzonego znęcaniem się. Stanowi ona interesującą kwestię dogmatyczną, a szczegóły jej dotyczące wywołują pewne rozbieżności interpretacyjne. Daje to asumpt do pochylenia się nad nią, podjęcia próby pewnego przynajmniej jej przybliżenia, jak też odniesienia się do poszczególnych znamion tego przestępstwa.

Jest ono uregulowane w art. 207 § 3 Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.¹ W § 1 tego artykułu stypizowane zostało przestępstwo znęcania się w typie podstawowym. Przepis ten stanowi, że „kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Jego § 2 zawiera opis typu kwalifikowanego przedmiotowego przestępstwa, gdy sprawca działa ze szczególnym okrucieństwem, a mianowicie, że „jeżeli czyn określony w § 1 połączony jest ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”. Wspomniany § 3 przewiduje, że „jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”.

Ta forma kwalifikowana przestępstwa znęcania się miała swój odpowiednik w art. 184 § 2 Kodeksu karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r.², w którym to akcie prawnym pojawiła się ona w polskim ustawodawstwie po raz pierwszy. Nie przewidywał jej bowiem typizujący przestępstwo znęcania się nad pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy osobą poniżej lat siedemnastu lub bezradną art. 246 Kodeksu karnego z dnia 11 lipca 1932 r.³ Nie znał jej też art. 10 ustawy z dnia 27 kwietnia 1956 r. o zwalczaniu alkoholizmu⁴, który statuował przestępstwo znęcania się w stanie nietrzeźwości nad członkiem swojej rodziny lub osobą pozostającą w stosunku zależności od sprawcy, ani zastępujący go art. 23 ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu⁵.

Doprowadzenie pokrzywdzonego znęcaniem się do targnięcia się na własne życie nie jest jedynym typem czynu zabronionego przewidzianym przez obowiązujący Kodeks karny, którego znamieniem kwalifikującym jest właśnie takie targnięcie się. Oprócz niego przedmiotowe znamię uwzględnia bowiem art. 190a § 3 k.k., który penalizuje targnięcie się na własne życie pokrzywdzonego przestępstwem uporczywego nękania lub podszywania się pod inną osobę. Czyni to również art. 352 § 3 k.k., który opisuje kwalifikowaną przez następstwo targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie postać przestępstwa znęcania się przez żołnierza nad podwładnym. Zgodnie z art. 353 k.k. konstrukcję tę stosuje się odpowiednio do żołnierza, który dopuszcza się takiego czynu względem żołnierza młodszego stopniem albo równego stopniem, ale o krótszym okresie pełnienia służby wojskowej. Targnięcie

¹ Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

² Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 z późn. zm.

³ Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 1956 r., Nr 12, poz. 62 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 1959 r., Nr 69, poz. 434 z późn. zm.

się na własne życie jest także znamieniem przestępstwa namowy lub pomocy do samobójstwa z art. 151 k.k.

Art. 207 k.k. zamieszczony jest w rozdziale XXVI „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”. Z. Siwik wskazuje, że ubocznym przedmiotem ochrony typu kwalifikowanego z § 3 tego artykułu jest – obok rodziny i opieki – życie człowieka⁶. Podobnie kwestię tę postrzega J. Kosonoga, który pisze, że w przypadku art. 207 § 3 k.k. można mówić o dodatkowym przedmiocie ochrony, którym jest życie i zdrowie człowieka⁷. Na pewno rodzina i opieka są rodzajowymi przedmiotami ochrony art. 207 § 1–3 k.k., zaś takie dobra, jak nietykalność cielesna, godność oraz zdrowie człowieka, a w przypadku art. 207 § 3 k.k. także jego życie i zdrowie, mają zasadnicze znaczenie jako dobra podlegające takiej ochronie przez przedmiotowy artykuł.

Przestępstwo to ma charakter materialny. Jego skutkiem jest doprowadzenie przez sprawcę lub sprawców znęcania się pokrzywdzonego tym znęcaniem do targnięcia się na własne życie. W grę wchodzi tu zarówno zamach skuteczny, a więc zakończony zgonem, jak i samobójstwo usiłowane, tj. takie, gdy pokrzywdzony usiłował doprowadzić się do śmierci, ale z jakichkolwiek powodów skutku takiego nie osiągnął. Na taki właśnie charakter analizowanego przestępstwa, jak też to, że będzie ono miało miejsce niezależnie od tego, czy osoba, która w następstwie znęcania się nad nią targnęła się na własne życie, zmarła czy też przeżyła zamach autodestrukcyjny, zwracają uwagę przedstawiciele nauki prawa karnego. Tak w szczególności czynią M. Szewczyk⁸, M. Mozgawa⁹, Z. Siwik¹⁰, M. Szwarczyk¹¹ oraz J. Kosonoga¹². Na kwestię tę zwraca także uwagę V. Konarska-Wrzosek, zdaniem której dla bytu przestępstwa z art. 207 § 3 k.k. bez znaczenia jest wynik zamachu samobójczego. Rezultat targnięcia się na własne życie będzie jednak miał znaczenie dla wymiaru kary. Autorka ta zasadnie podnosi przy tym, że niezbędnym jest jednak ustale-

⁶ Z. Siwik, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1288.

⁷ J. Kosonoga, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1307.

⁸ M. Szewczyk, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) A. Zołta (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Warszawa 2008, s. 731.

⁹ M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 574.

¹⁰ Z. Siwik, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 1288.

¹¹ M. Szwarczyk, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 601.

¹² J. Kosonoga, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 1307.

nie, że przynajmniej do próby samobójczej doszło, a ofiara podjęła ją w następstwie znęcania się nad nią¹³.

O próbie samobójczej może być mowa wówczas, gdy osoba ją podejmująca pragnęła śmierci lub liczyła się z jej nastąpieniem w konsekwencji zastosowanych środków mających ją do niej doprowadzić. Gdyby osoba taka zastosowała metody lub środki nie mogące ją doprowadzić do śmierci (np. chcąc popełnić samobójstwo zażyła proszek do pieczenia pozostając w przekonaniu, że jest to silna trucizna, gdyż jako taką sprzedał jej go nieuczciwy sprzedawca internetowy) to i tak jej zachowanie należałoby kwalifikować jako próbę samobójczą. Nie byłoby nią jednak zachowanie rzekomej ofiary (rzekomej w perspektywie próby autodestrukcyjnej, co nie oznacza, że rzekomej, a nie prawdziwej na kanwie znęcania się nad nią jako takiego), która wykonałaby jedynie gest, że chce się pozbawić życia, używając świadomie do tego celu środka lub metody nie mogącej ją do skutku takiego doprowadzić.

Przedmiotowe przestępstwo miałyby również miejsce wtedy, gdyby osoba trzecia przyszła samobójcy z pomocą, jak też wówczas, gdyby została ona uratowana przez służby powołane do ratowania życia i zdrowia ludzi. Także uratowanie przed śmiercią pokrzywdzonego przez sprawcę znęcania się nad nim nie powodowałoby niewyczerpania znamion kwalifikowanej postaci analizowanego przestępstwa. Wszak sprawca doprowadziłby ofiarę do targnięcia się na własne życie, ale jego późniejsze zachowanie powinno mieć znaczenie dla wymiaru dla niego kary.

Bez znaczenia dla bytu przestępstwa z art. 207 § 3 k.k. byłaby sytuacja, gdyby pokrzywdzony targnął się na własne życie używając w tym celu środka mogącego realnie skutek taki spowodować, ale tak naprawdę nie chciał on śmierci, a jedynie chciał zwrócić na siebie uwagę lub coś zademonstrować. Suicydologia samobójstwo takie określa jako gest samobójczy. Jednak to nie nastawienie ofiary, lecz obiektywne ryzyko śmiertelnego skutku, ma tu znaczenie przesądzające, że takie zachowanie może stanowić podstawę odpowiedzialności sprawcy za kwalifikowaną postać znęcania się nad pokrzywdzonym.

Odpowiedzialność taka *in genere* jest możliwa przy istnieniu związku przyczynowego między znęcaniem się a targnięciem się ofiary na swoje życie. Konieczność taką dostrzegają m.in. M. Szewczyk¹⁴, A. Muszyńska¹⁵,

¹³ V. K o n a r s k a - W r z o s e k, Przesłpstwo znęcania się, (w:) J. W a r y l e w s k i (red.), System prawa karnego. Przesłpstwa przeciwko dobrom indywidualnym, Warszawa 2016, s. 991.

¹⁴ M. S z e w c z y k, Przesłpstwa przeciwko..., s. 731.

¹⁵ A. M u s z y ń s k a, Przesłpstwa przeciwko rodzinie i opiece, (w:) J. G i e z e k (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 580.

M. Szwarczyk¹⁶ oraz M. Mozgawa¹⁷. Kwestia ta wymaga nieco głębszej analizy osadzonej w teoriach związku przyczynowego.

Szeroko w kwestii tej wypowiedział się A. Wąsek, odwołując się do jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego z lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, w którym sąd ten wskazał, że dla bytu przestępstwa doprowadzenia ofiary znęcania się do samobójstwa konieczne jest ustalenie związku przyczynowego między działaniem lub zaniechaniem sprawcy a skutkiem, czyli między znęcaniem się przez niego nad pokrzywdzonym a następstwem w postaci targnięcia się na własne życie. W sprawie będącej przedmiotem tego orzeczenia pokrzywdzona targnęła się na swoje życie bezpośrednio pod wpływem wywołanej przez oskarżonego awantury, ale na krok ten wpływ miał jej stan chorobowy, który Sąd Najwyższy określił mianem nerwicy. Jednak, zdaniem tego sądu, okoliczność ta w niczym nie ekskulpowwała oskarżonego, bowiem w związku z przyjętą przez prawo karne zasadą nieograniczonego związku przyczynowego nie jest konieczne, aby działanie lub zaniechanie sprawcy było jedyną lub wyłączną przyczyną skutku w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie. Sąd Najwyższy miał tu zapewne na myśli teorię ekwiwalencji związku przyczynowego, która jako taka nigdy jednak nie była w prawie karnym obowiązująca, tak samo zresztą, jak żadna inna z teorii związku przyczynowego. A. Wąsek wskazał więc, że alternatywne dla takiego podejścia byłoby restryktywne podejście do związku przyczynowego w tym zakresie, zachodzącego wówczas, gdyby całokształt ustaleń w danej sprawie wykazał, że pokrzywdzony targnął się na swoje życie tylko i wyłącznie w następstwie znęcania się nad nim, którego dłużej nie był w stanie znieść, a nie z jakiegokolwiek innej przyczyny. Jednak jego zdaniem restryktywne ujmowanie związku przyczynowego może okazać się chybione, a w konsekwencji należy sięgnąć do koncepcji obiektywnego przypisania. Zgodnie z nią w każdej sprawie o przestępstwo z art. 207 § 3 k.k. należy ustalić, czy znęcanie się sprawcy nad pokrzywdzonym powiększyło ryzyko targnięcia się go na własne życie, przy jednoczesnym uwzględnieniu cech pokrzywdzonego, w tym jego osobowości, chorób, jak też rodzinnych uwarunkowań autodestrukcyjnych¹⁸. Pogląd ten podziela D. J. Sosnowska¹⁹.

Podobnie uważa Z. Siwik, a mianowicie, że związku między poszczególnymi fragmentami znęcania się a targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie nie wyklucza fakt, że na decyzję samobójczą pokrzywdzonego oddziaływały równolegle, tj. oprócz znęcania się nad nim, jeszcze inne okoliczności, jak np. pogłębiający się systematycznie stan zależności pokrzyw-

¹⁶ M. Sz w a r c z y k, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 601.

¹⁷ M. M o z g a w a, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 574.

¹⁸ A. W ą s e k, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) A. W ą s e k (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2006, s. 1050–1051.

¹⁹ D. J. S o s n o w s k a, *Przestępstwo znęcania się*, *Państwo i Prawo* 2008, nr 3, s. 70–71.

dzionego od sprawcy lub pogarszający się stan jego nieporadności. Występowanie tych okoliczności w połączeniu z faktem znęcania się nie wykluczają możliwości zakwalifikowania czynu z art. 207 § 3 k.k., do czego wystarczy ustalenie, że bez tych aktów znęcania się pokrzywdzony nie zdecydowałby się na zamach samobójczy²⁰. Tak samo uważa J. Kosonoga²¹.

Również zdaniem V. Konarskiej-Wrzosek niezbędne jest ustalenie, że ofiara podjęła próbę samobójczą właśnie w następstwie znęcania się nad nią, choć to wcale nie musiał być jedyny tego powód. Przy ustalaniu związku przyczynowego niezbędne jest przede wszystkim wykazanie, że bez aktów znęcania się nad daną osobą do aktu autodestrukcji by nie doszło. Znęcanie się jednak nie musi być wyłączną przyczyną targnięcia się ofiary na własne życie, gdyż takie przyjęcie byłoby wyrazem zbyt restryktywnego podejścia do tej kwestii. Dla surowszej kwalifikacji prawnej znęcania się wystarczy więc ustalenie, że to ono odegrało rolę wiodącą, inaczej decydującą, w postrzeganiu przez pokrzywdzonego swojej sytuacji jako beznadziejnej. Autorka pisze dalej, że w życiu zupełnie wyjątkowo zdarza się, że do samobójstwa prowadzi tylko jedna niekorzystna przyczyna, gdyż na ogół jest to cały splot niekorzystnych okoliczności. Jeśli do tego dochodzą akty znęcania się, które ostatecznie przeważają szalę i wpływają na decyzję o samobójstwie, to spełniony jest warunek następstwa czynu. Wymaganie więc, aby to znęcanie się było wyłączną przyczyną decyzji autodestrukcyjnej pokrzywdzonego, byłoby niezyciowe, a przy tym nie wynikające z ustawowego brzmienia przepisu art. 207 § 3 k.k.²²

Poglądy te należy podzielić, a w konsekwencji przyjąć, że w sytuacji, gdyby pokrzywdzony zdecydował się targnąć się na swoje życie bez jakiegokolwiek wpływu znęcania się nad nim, to zachowanie się sprawcy tegoż znęcania musiałoby być zakwalifikowane z art. 207 § 1 lub 2 k.k., nie zaś z art. 207 § 3 k.k. Inaczej, to znęcanie się musi mieć rzeczywisty wpływ na samobójczą decyzję pokrzywdzonego tym znęcaniem. Chodzi tu, jak chce ustawodawca o „następstwo” takiego znęcania się, które nie musi być jedyną przyczyną doprowadzającą do takiej decyzji, lecz może być także czynnikiem dlań współlistotnym. Oznacza to, że znęcający się ponosi także ryzyko konsekwencji prawnych, że jego ofiara targnie się na własne życie.

Co oczywiste – ale warte wyeksponowania – nie będzie przestępstwem z art. 207 § 3 k.k. sytuacja, gdyby osoba targnęła się na swoje życie, obarczając nawet inną osobę odpowiedzialnością za to, jakoby ta osoba miała się nad nią znęcać, co w rzeczywistości nie miałyby miejsca. Chodzić tu może np. o rzekome znęcanie się nauczyciela nad uczniem, przełożonego nad podwładnym, które nawet w ocenie osoby decydującej się na krok autode-

²⁰ Z. Siwik, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 1289.

²¹ J. Kosonoga, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 1307–1308.

²² V. Konarska-Wrzosek, *Przestępstwo znęcania się...*, s. 991.

strukcyjny, takim właśnie było, co nawet wyraziła w liście pożegnalnym, ale faktycznie w relacji tej nie było jakichkolwiek elementów znęcania się. Dla wszelkich ocen znaczenie muszą tu mieć kryteria obiektywne, przy ich zastosowaniu do indywidualnego przypadku, a nie subiektywne odczucia rzekomej ofiary. Np. uczeń może uważać, że podejście do niego nauczyciela jest znęcaniem, gdy *de facto* nauczyciel ten jest po prostu wymagający w jednakowym stopniu wobec wszystkich uczniów, a ten jeden, nie mając zdolności do pozyskiwania wiedzy w danym obszarze, przy innych osobowościowych obciążeniach samobójczych oraz zagmatwaniu sytuacji życiowej, targnął się na swoje życie, obarczając tegoż nauczyciela odpowiedzialnością za tą sytuację. Nie usprawiedliwiają ewentualnych rzeczywistych nadużyć w takich relacjach, nie sposób byłoby przyjąć, że takie wskazanie miałyby być podstawą odpowiedzialności karnej.

Zasadniczo wskazanie motywów zachowania się samobójcy przez niego samego powinno mieć znaczenie dowodowe, ale nie może być dowodem niekwestionowanym. Wszak do wyobrażenia jest sytuacja, gdyby osoba targnęła się na własne życie z innych powodów, a jako przyczynę takiej decyzji wskazała jej związek ze znęcaniem się, którego nie było albo wprawdzie które było, ale nie doprowadziło ofiary do zawężenia presuicydalnego. Możliwa byłaby także sytuacja, gdyby zmarły był ofiarą zabójstwa, a nie samobójstwa, którego sprawca lub sprawcy, zmusiliby go do napisania listu obciążającego inną osobę o rzekome przyczynienie się w związku z rzekomym znęcaniem się nad nim do takiej decyzji, a to po to, aby skierować postępowanie karne na inny tor i uwolnić się od odpowiedzialności za zabójstwo.

Ocena, czy znęcanie się miało miejsce i czy miało ono wpływ na decyzję pokrzywdzonego o targnięciu się na własne życie, czy też tak nie było, nie zawsze jest oczywista. Z jednej bowiem strony, jak wskazano powyżej, miarą w tym względzie powinny być kryteria obiektywne, które nie łatwo jest jednak ustalić. Z drugiej zaś, mając na względzie zindywidualizowaną wrażliwość poszczególnych osób, ocen takich należy też dokonywać z uwzględnieniem elementu subiektywnego. Trudności w tym zakresie dotyczą zwłaszcza znęcania psychicznego oraz zaniedbania, gdyż przemoc fizyczna jest bardziej widoczna, a tym samym może oceny jej dotyczące mogą być bardziej zobiektywizowane. W przypadku doprowadzenia pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie dla oceny, czy znęcanie to mogło mieć wpływ na taką decyzję, znaczenie powinny mieć takie elementy, jak intensywność tego znęcania, czas jego trwania, poszczególne czyny na niego się składające, ale także zależność pokrzywdzonego od sprawcy, szerszy kontekst relacji rodzinnych lub innych, w których pokrzywdzony pozostawał, osobowość pokrzywdzonego, jego wiek i inne indywidualne cechy.

Znęcanie się zasadniczo utożsamiane jest z negatywnym zachowaniem wielorazowym, nierzadko długotrwałym. Zatem *a contrario*, gdyby pokrzywdzony zupełnie incydentalnym znęcaniem się targnął się na swoje życie kwalifikacja czynu sprawcy z art. 207 § 3 k.k. mogłaby być wątpliwa, jednak zupełnie nie wykluczona. Za taką interpretacją przemawia podejście ustawodawcy, który w legalnej definicji przemocy w rodzinie zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie²³ za przemoc taką uważa tak zachowania powtarzające się, jak i jednorazowe, gdyż przepis ten stanowi, że przez przemoc w rodzinie należy rozumieć „jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób będących członkami rodziny, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą”. W perspektywie skutku w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie wyeksponować trzeba ten element definicji, który mówi o narażeniu go na utratę życia, przy dostrzeganiu, że nie chodzi tu tylko o próbę samobójczą, ale o ryzyko takie w szerszym kontekście, w tym jako spowodowanie śmierci przez sprawcę, np. w postaci pobicia ze skutkiem śmiertelnym.

Przestępstwo z art. 207 § 3 k.k. jest przestępstwem umyślno – nieumyślnym, które może być popełnione w formule *culpa dolo exorta*. Oznacza to, że sprawca umyślnie znęca się nad pokrzywdzonym, a następstwo w postaci targnięcia się przez niego na własne życie przewiduje albo przewidywać powinien. Tak też uważa M. Szwarczyk²⁴, A. Muszyńska²⁵, M. Mozgawa²⁶, Z. Siwik²⁷, S. Hypś²⁸, J. Kosonoga²⁹ oraz D. J. Sosnowska³⁰. Owe przewidywanie lub jego powinność muszą być oceniane według miary przeciętnego człowieka, który ma obowiązek przewidywać następstwa swoich zachowań, nawet jeśli nie potrafił lub nie chciał tego zrobić konkretny sprawca znęcania się. Przeciwna interpretacja byłaby wbrew istocie konstrukcji winy nieumyślnej, jak też stanowiłaby przejaw nieuprawnionej wykładni zwięzającej skutkującej brakiem odpowiedzialności sprawców znęcania się, którzy doprowadzają pokrzywdzonych do zachowań autodestrukcyjnych.

²³ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1390.

²⁴ M. Szwarczyk, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 602–603.

²⁵ A. Muszyńska, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 582.

²⁶ M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 574.

²⁷ Z. Siwik, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 1288.

²⁸ S. Hypś, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, (w:) M. Królikowski i R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Art. 117–221*, Warszawa 2013, s. 747.

²⁹ J. Kosonoga, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 1308.

³⁰ D. J. Sosnowska, *Przestępstwo znęcania się...*, s. 71.

Przestępstwo to będzie miało także miejsce wówczas, gdy sprawca znęcając się nad ofiarą chce lub godzi się na podjęcie przez nią zamachu samobójczego, a więc działa umyślnie – umyślnie. Tak samo uważał A. Wąsek, który pisał, że czyn zabroniony polegający na znęcaniu się z następstwem targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie może być popełniony zarówno z winy kombinowanej, jak też w całości z winy umyślnej. Jeżeli cały czyn zostałby popełniony umyślnie, to fakt ten powinien znaleźć wyraźne odbicie w sądowym wymiarze kary. Jednocześnie A. Wąsek uważał, że gdyby sprawca znęcania się doprowadził do samobójstwa małoletniego lub osobę niepoczytalną albo o poczytalności ograniczonej, to jego zachowanie powinno być kwalifikowane jako zabójstwo³¹, który to pogląd podziela D. J. Sosnowska³². Z tym ostatnim twierdzeniem, tj. kwalifikowaniem takich czynów jako zabójstw, nie można się zgodzić, gdyż zachowanie się sprawcy nie wypełniłoby wówczas niezbędnego dla zaistnienia przestępstwa zabójstwa znamienia „zabicia człowieka”, które polega na działaniu lub zaniechaniu, ale wprost ze strony sprawcy. Zresztą dla surowego potraktowania sprawcy takiego czynu wystarczyłaby kara z art. 207 § 3 k.k. w górnej ustawowej jej granicy, która wynosi lat 12, gdy za zabójstwo z art. 148 § 1 k.k. dolna jej granica to lat 8.

Przestępstwo doprowadzenia pokrzywdzonego znęcaniem się do targnięcia się na własne życie w praktyce wymiaru sprawiedliwości zdarza się nie aż tak rzadko, jak *prima facie* mogłoby się to wydawać. Jednak w odniesieniu do wszystkich osądzonych spraw o znęcanie się nad osobą najbliższą, zależną lub bezradną stanowi ono niewielki odsetek, co w najmniejszym zakresie nie umniejsza jego negatywnego znaczenia. Mianowicie, jak wynika z danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości, w 2008 r. z art. 207 § 1 k.k. skazano 15011 sprawców, z art. 207 § 2 k.k. – 31, a z art. 207 § 3–59 i z art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 25 oraz 1 osobę z art. 207 § 3 w zw. z § 2 k.k. W 2009 r. liczba skazań wyglądała następująco: art. 207 § 1 k.k. – 14025, art. 207 § 2 k.k. – 36, art. 207 § 3 k.k. – 38 i art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 17. W roku następnym, tj. 2010, liczby te kształtowały się: 207 § 1 k.k. – 13485, 207 § 2 k.k. – 29, 207 § 3 k.k. – 32, art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 24 oraz art. 207 § 3 w zw. z § 2 k.k. – 1. W 2011 r. z art. 207 § 1 k.k. skazano 13153 sprawców, z art. 207 § 2 k.k. – 18, z art. 207 § 3 k.k. – 27 i z art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 16. W 2012 r. statystyka dotycząca analizowanego przestępstwa była następująca: art. 207 § 1 k.k. – 12318, art. 207 § 2 k.k. – 29, art. 207 § 3 k.k. – 25, art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 16. Rok 2013 przyniósł następującą liczbę skazań za poszczególne typy przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą lub zależną: art. 207 § 1 k.k. –

³¹ A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982, s. 84–85.

³² D. J. Sosnowska, *Przestępstwo znęcania się...*, s. 71.

11593, art. 207 § 2 k.k. – 21, art. 207 § 3 k.k. – 35 i art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 21. W 2014 r. było ich: art. 207 § 1 k.k. – 11282, art. 207 § 2 k.k. – 23, art. 207 § 3 k.k. – 31, art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 4 oraz art. 207 § 3 w zw. z § 2 k.k. – 1. W 2015 r. liczba skazania wyglądały następująco: art. 207 § 1 k.k. – 10533, art. 207 § 2 k.k. – 12, art. 207 § 3 k.k. – 31 i art. 207 § 3 w zw. z § 1 k.k. – 24³³. Zatem udział kwalifikowanej przez następstwo targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie postaci przestępstwa znęcania się w ogólnej liczbie tego przestępstwa wahał się w poszczególnych latach w przybliżeniu od 0,3 do 0,5%, nie wykazując jakiegokolwiek trwałej tendencji zmiennej. W szczególności nie jest tak, że wraz z malejącą liczbą skazań za znęcanie się w typie podstawowym, która jest faktem, proporcjonalnie malała liczba przypadków kwalifikowanej przez przedmiotowe następstwo jego postaci.

Analizę danych statystycznych w przedmiotowym zakresie przeprowadził także A. Grządkowski, który uważa, że liczba skazań za kwalifikowane typy przestępstwa znęcania się stanowi niepokojący przejaw brutalizacji życia rodzinnego i stosowania w nim przemocy. Autor ten zwraca także uwagę na zależność skazań z art. 207 § 1 w zw. z § 2 i 3 k.k., która wskazuje na różne następstwa znęcania się, w tym targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, co jest najbardziej dotkliwą konsekwencją tych czynów³⁴. Jest to racja, gdyż samo w sobie złe znęcanie się nad osobą najbliższą, zależną lub nieporadną, prowadzić może do jeszcze gorszych następstw, w tym tego najtragiczniejszego, gdy pokrzywdzony decyduje się na targnięcie się na własne życie. Nawet, jeśli nie doprowadziło ono do jego śmierci, to można jedynie mówić o „szczęściu w nieszczęściu” – szczęściu zachowania życia w nieszczęściu bycia ofiarą znęcania się.

Laying violent hands on one's own life in consequence of abuse

Abstract

Laying hands on one's own life constitutes one of aggravated forms of the offence of abuse towards the closest relative, partner, or a dependent or

³³ www.isws.ms.gov.pl.

³⁴ A. Grządkowski, Przesłpstwo znęcania się w praktyce wymiaru sprawiedliwości – wybrane zagadnienia, *Studia Iuridica Lublinensia* 2010, nr 13, s. 167–168.

vulnerable person. The offence is defined as having criminal consequences that include death or attempted suicide. The offence entails a mixed form of guilt, with a causal link between abuse towards the victim and the laying of violent hands on the victim's own life.

Blanka Julita Stefańska

Quantum odbytej kary pozbawienia wolności jako przesłanka warunkowego zwolnienia

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest minimalny okres odbytej kary pozbawienia wolności (quantum), od którego uzależnione jest zastosowanie warunkowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności. Autorka omawia: kształtowanie się quantum kary w polskim ustawodawstwie karnym, uzasadnienie celowości jego istnienia, pojęcie odbycia kary pozbawienia wolności oraz rodzaje quantum kary, tj. ustawowe i sądowe. Analizując te problemy, w szerokim zakresie wykorzystuje dorobek doktryny i judykatury, który często przywołuje dla zobrazowania swoich rozważań.

I. Wprowadzenie

Warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary pozbawienia wolności jest jednym z elementów progresywnego systemu odbywania kary, gdyż skazany zostaje zwolniony z odbywania kary przed jej zakończeniem. Może to nastąpić w takim momencie wykonywania kary pozbawienia wolności, w którym w stosunku do skazanego stwierdzona zostaje pozytywna prognoza kryminologiczna, a więc, że kara spełniła swój główny cel i nie ma potrzeby dalszego izolowania go od społeczeństwa. Do wysnucia takiego wniosku niezbędne jest przebywanie skazanego w zakładzie karnym przez określony okres. W związku z tym kodeks karny przewiduje określone minimum okresu odbywania kary, wymagane do zastosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia.

II. Kształtowanie się *quantum* kary w polskim ustawodawstwie karnym

W polskim ustawodawstwie kara minimalna, jaką musiał odbyć skazany, by ewentualnie skorzystać z warunkowego zwolnienia przeszła określoną ewolucję. Była określana za pomocą dwóch wskaźników: stosunkowego, wyrażonego stosownym ułamkiem oraz bezwzględnie oznaczonego liczbowo.

Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z dnia 15 maja 1871 r. obowiązujący na ziemiach b. zaboru pruskiego przewidywał, że skazany na karę ciężkiego więzienia lub więzienia mógł być warunkowo zwolniony po odbyciu 3/4 kary, nie wcześniej jednak niż po roku (§ 23). Na terenie b. zaboru rosyjskiego obowiązywał rosyjski kodeks karny z 1903 r. oraz Przepisy przechodnie do kodeksu karnego, uchwalone przez Tymczasową Radę Stanu Królestwa Polskiego w dnia 7 sierpnia 1917 r.¹ W myśl art. 24 Przepisów przechodnich skazani na karę dłuższą pozbawienia wolności mogli być tymczasowo uwolnieniu z zamknięcia, gdy odbyli 2/3, a co najmniej rok wymierzonej kary. Jeżeli zaliczono zaaresztowanie, za wyznaczoną karę uważało się tę, którą skazany powinien odbyć po wyroku. Przepisy te nie określały pojęcia dłuższej kary, a w doktrynie przyjmowano, że chodzi o karę powyżej roku, skoro najkrótszy pobyt w więzieniu musiał trwać nie mniej niż rok². Przedterminowe zwolnienie mogło nastąpić także w wypadku bezterminowego ciężkiego więzienia, które nie miało trwać dłużej niż 20 lat³.

Ustawa z dnia 16 marca 1920 r. w przedmiocie zmiany niektórych postanowień ustaw karnych obowiązujących w b. zaborze austriackim⁴ w art. 4 przewidywała, że skazanych na dłuższą karę pozbawienia wolności, można było za ich zgodą, uwolnić warunkowo z zamknięcia, jeżeli odcierpieli w razie skazania na dożywotnie pozbawienie wolności co najmniej 15 lat, w razie zaś skazania na czasowe pozbawienie wolności – 2/3 nałożonej na nich kary. Skazani zaś na czasowe ciężkie więzienie lub więzienie, nie mogli być uwolnieni z zamknięcia przed odcierpieniem roku, a skazani na areszt lub areszt ścisły przed odcierpieniem 6 miesięcy kary.

W myśl art. 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 stycznia 1927 r. o zwolnieniu przedterminowem osób odbywających karę pozbawienia wolności⁵ skazani na karę pozbawienia wolności mogli być przedterminowo zwolnieni, jeżeli odbyli już 2/3, najmniej jednak 6 miesięcy wymierzonej kary, a skazani na karę bezterminowego (dożywotniego) pozbawienia wolności mogli być przedterminowo zwolnieni, jeśli odbyli nie mniej niż 15 lat. Niewielkie zmiany w tym zakresie w przewidział kodeks karny z 1932 r., w którym ustalał jej rozmiar na poziomie nie mniejszym niż 2/3 orzeczonej kary, jednak nie mniej niż 8 miesięcy, a w wypadku dożywotniego więzienia – nie mniej niż 15 lat (art. 65 § 2). Różnica polega na podwyższeniu bezwzględnie oznaczonej kary z 6 do 8 miesięcy. Do kary orzeczonej i do kary odbytej także nie wliczało się okresu tymczasowego aresztowania oraz da-

¹ Dz. Urz. Departamentu Sprawiedliwości Tymczasowej Rady Stanu, nr 1, poz. 6.

² W. M a k o w s k i, Kodeks karny obowiązujący w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego, Część ogólna, t. I, Warszawa 1921, s. 37.

³ W. M a k o w s k i, Kodeks karny..., s. 37

⁴ Dz. U. Nr 26, poz. 158.

⁵ Dz. U. Nr 5, poz. 25.

rowanej części kary (art. 65 § 3). Powodowało to, że do kary nie dodawano okresu tymczasowego aresztowania, ale uwzględniano go do wymaganego minimalnego okresu jej odbycia. W razie złagodzenia kary na mocy amnestii lub aktu łaski stosunkowy okres jej odbycia był odnoszony do kary złagodzonej. W takim wypadku przyjmowało się, że sprawca został skazany na karę w rozmiarze po zastosowaniu amnestii lub aktu łaski i ta kara była brana pod uwagę dla obliczenia *quantum* kary. W doktrynie podaje się przykład, że w wypadku gdy sąd orzekł karę 3 lat więzienia, która na mocy amnestii została zmniejszona o rok, a także zaliczono na poczet orzeczonej kary 6 miesięczny okres tymczasowego aresztowania, zostało mu do odbycia 18 miesięcy więzienia i od tej kary obliczało się 2/3 jej odbycia do uzyskania warunkowego zwolnienia, czyli po upływie 16 miesięcy⁶. Prezentowany był też odmienny pogląd, że za podstawę obliczeń należało brać karę orzeczoną z powodu popełnienia przestępstwa, a zarówno zaliczenie tymczasowego aresztowania lub darowanie kary nie zmieniało tej podstawy⁷.

Przepisy kodeksu karnego z 1932 r. dotyczące warunkowego zwolnienia zostały uchylone ustawą z dnia 31 października 1951 r. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności⁸ i zastąpione regulacją tej ustawy. W myśl tej ustawy warunkowe zwolnienie nie mogło w żadnym razie nastąpić wcześniej niż po odbyciu 1/2 kary więzienia, a w razie odbywania kary dożywotniego więzienia – wcześniej niż po odbyciu 10 lat (art. 3). Nie było określone bezwzględne minimum kary, które skazany musiał odbyć w zakładzie karnym, co poddane było krytyce w literaturze⁹. Wobec tego mogło być stosowane niezależnie od wymiaru kary, w tym nawet w niewielkim rozmiarze. Do kary odbytej wliczało się okres aresztu tymczasowego, jeżeli okres ten został zaliczony przez sąd na poczet orzeczonej kary (art. 4). W wypadku, gdy skazany wyróżniał się szczególnie sumienną i wydajną pracą, każdy dzień pracy liczył się dla warunkowego zwolnienia za 2 dni i takiego skazanego należało zwolnić warunkowo najpóźniej, gdy pozostawała mu do odbycia część kary równa okresowi, w którym wyróżniał się pracą (art. 2). W takiej sytuacji orzeczenie warunkowego zwolnienia było obligatoryjne¹⁰.

Rozbudowane minimalne okresy odbycia kary zawierała ustawa z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności,¹¹ według której warunkowe zwolnienie mogło nastąpić po od-

⁶ L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego Kraków 1936, s. 185.

⁷ J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Lublin 2012, s. 238.

⁸ Dz. U. Nr 58, poz. 399.

⁹ M. Ryba, Warunkowe zwolnienia w polskim prawie karnym, Warszawa 1966, s. 71.

¹⁰ M. Ryba, Warunkowe zwolnienia..., s. 70.

¹¹ Dz. U. Nr 31, poz. 134.

byciu przez skazanego co najmniej 1/2 kary, nie wcześniej jednak niż po 6 miesiącach (art. 2 § 1). Obejmowało ono karę więzienia lub karę aresztu, gdyż były to kary polegające na pozbawieniu wolności i mieściły się w tej zbiorczej nazwie¹². Ustawa zawierała odrębną regulację dotyczącą recydywistów, tj. osób, które zostały skazane za przestępstwo popełnione w ciągu 5 lat od odbycia w całości lub przynajmniej w jednej trzeciej kary pozbawienia wolności za przestępstwo z tych samych pobudek lub tego samego rodzaju co poprzednie. Dla nich przewidywała wyższe *quantum* kary; warunkowe zwolnienie takiej osoby mogło nastąpić jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach, po odbyciu przez niego co najmniej 2/3 kary, nie wcześniej jednak niż po roku (art. 2 § 2). Po raz pierwszy uregulowano minimalne odbycie kary do sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany miał odbyć kolejno; podwyższone minimum w stosunku do recydywisty było stosowane jeżeli chociażby jedno z przestępstw popełniono w takich warunkach (art. 2 § 3).

Skazanego można było – niezależnie od warunków dotyczących stosunkowego odbycia kary – zwolnić warunkowo po odbyciu 10 lat pozbawienia wolności (art. 2 § 4).

Okresy te zostały zmienione ustawą z dnia 17 lutego 1960 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności¹³. Podwyższono *quantum* odbycia kary przez skazanego do 2/3 kary, pozostawiając na tym samym poziomie bezwzględny okres, tj. 6-miesięczny (art. 2 § 1). Wyłączono stosowanie warunkowego zwolnienia do recydywistów (art. 2 § 2), także do sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany miał odbyć kolejno jeżeli chociażby jedno z przestępstw popełniono w warunkach recydywy (art. 2 § 3). Podwyższone też zostało *quantum* odbycia kary przez skazanego, niezależnie od warunków dotyczących stosunkowego odbycia kary, w tym kary dożywotniego pozbawienia wolności¹⁴ – z 10 do 15 lat pozbawienia wolności (art. 2 § 4). Regulacja ta dotyczyła także skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności oraz odbywających sumę kar w rozmiarze przekraczającym 15 lat, gdyż w art. 2 § 4 była mowa o zastosowaniu warunkowego zwolnienia bez względu na warunki wymienione w art. 2 § 1–3, które nie były spełnione między innymi przy skazaniu na więzienie dożywotnie¹⁵. W tych sytuacjach nie obliczało się 2/3 kary, a zastąpiono je 15-letnim okresem odbywania kary¹⁶.

¹² J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, Ustawy karne PRL. Komentarz, Warszawa 1965, s. 108.

¹³ Dz. U. Nr 11, poz. 69.

¹⁴ S. Mendyka, Instytucja warunkowego zwolnienia wczoraj i dziś, WPP 1961, nr 3, s. 329.

¹⁵ Postanowienie SN z dnia 28 stycznia 1961r., sygn. II KZ 17/61, OSNKW 1962, nr 1, poz. 17; J. Śliwowski, Nowe przepisy o warunkowym zwolnieniu, NP. 1957, nr 7, s. 89.

¹⁶ J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, Ustawy karne..., s. 115.

Przy karze dożywotniego pozbawienia wolności nie było niemożliwe określenie kary odbytej w sposób stosunkowy, dlatego ustawodawca przewidział jej rozmiar w sposób ściśle określony.

W kodeksie karnym z 1969 r. rozmiar *quantum* kary był zróżnicowany w zależności od uprzedniego odbywania przez skazanego kary oraz od jego właściwości.

Regułą było, że warunkowe zwolnienie mogło dotyczyć zasadniczej kary pozbawienia wolności, lecz ustawa dopuszczała stosowanie tej instytucji także do zastępczej kary pozbawienia wolności, jeżeli przemawiały za tym szczególne okoliczności (art. 90 § 2). Ograniczenie to nie było równoznaczne z całkowitym zakazem stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia do zastępczej kary pozbawienia wolności¹⁷.

Kodeks ten w pierwotnej wersji przewidywał, że warunkowe zwolnienie mogło nastąpić po odbyciu przez skazanego co najmniej 2/3 kary, a gdy chodziło o młodocianego co najmniej 1/2 kary, z tym że w obu wypadkach nie wcześniej jednak niż po 6 miesiącach. (art. 91 § 1). Dla młodocianego więc było najniższe *quantum* kary¹⁸.

Co do skazanego, który powracał wielokrotnie do przestępstwa jako wielokrotny recydywista szczególny (art. 60 § 2 lub 3), warunkowe zwolnienie było wyłączone, chyba że szczególne okoliczności za tym przemawiały, jednakże w takim wypadku warunkowe zwolnienie mogło nastąpić po odbyciu przez skazanego co najmniej 3/4 kary (art. 91 § 2). Te same zasady były stosowane odpowiednio do sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany miał odbyć kolejno; obostrzone zasady co do recydywisty wielokrotnego były stosowane, jeżeli chociażby jedno z przestępstw popełniono w tych warunkach (art. 91 § 3).

Skazanego było można, niezależnie od wyżej wymienionych warunków, zwolnić warunkowo po odbyciu 15 lat pozbawienia wolności (art. 92). Zasada ta dotyczyła także kary zasadniczej 25 lat pozbawienia wolności oraz sumy kar niepodlegających łączeniu w rozmiarze przekraczającym 15 lat¹⁹.

Ustawą z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach²⁰ zostały wprowadzone niższe minimalne okresy odbytej kary dla niektórych skazanych. Skazany za przestępstwo nieumyślne, młodociany, który sam sprawował pieczę nad dzieckiem do lat 15, do której wykonywania są obowiązani rodzice lub będący kobietą, która

¹⁷ Uchwała SN z dnia 30 maja 1981 r., sygn. VI KZP 9/81, OSNPG 1981, nr 8, poz. 87.

¹⁸ J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie z reszty kary pobawienia wolności, Warszawa 2010, s. 109.

¹⁹ J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, t. 1, Warszawa 1987, s. 326.

²⁰ Dz. U. Nr 23, poz. 100.

w chwili orzekania o warunkowym przedterminowym zwolnieniu miała ukończone 60 lat, albo mężczyzną, który ukończył 65 lat, warunkowe zwolnienie mogło nastąpić po odbyciu co najmniej jednej trzeciej kary (art. 91 § 2). Utrzymano to samo *quantum* kary dla recydywistów wielokrotnych (art. 91 § 3) oraz zasady jego stosowania w stosunku do sumy kar (art. 91 § 4).

Ustawa z dnia 17 czerwca 1988 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach²¹ wprowadziła możliwość warunkowego zwolnienia po odbyciu przez skazanego 1/2 kary, jeżeli odbywał ją po raz pierwszy, a 2/3 kary, jeżeli już uprzednio odbywał karę pozbawienia wolności jako karę zasadniczą (art. 91 § 1). Co do osób korzystających z uprzywilejowanej pozycji w zakresie minimum odbytej kary obniżono je z 2/3 do 1/2 kary oraz dodano młodocianego (art. 91 § 2). Minimalne *quantum* kary dla wszystkich skazanych określono na poziomie 6 miesięcy (art. 91 § 5).

Ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym²² uregulowano *quantum* kary dla skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności; taki skazany mógł być zwolniony warunkowo po odbyciu 25 lat pozbawienia wolności (art. 92a), co było związane z wprowadzeniem do kodeksu karnego tego rodzaju kary.

Kodeks karny z 1997 r. w pierwotnej wersji przewidywał, że skazanego można warunkowo zwolnić po odbyciu przez niego co najmniej 1/2 kary, jednak nie wcześniej niż po 6 miesiącach (art. 78 § 1). Skazanego recydywistę specjalnego zwykłego (art. 64 § 1) można było warunkowo zwolnić po odbyciu 2/3 kary, natomiast recydywistę specjalnego wielokrotnego (art. 64 § 2), po odbyciu 3/4 kary, z tym że warunkowe zwolnienie nie mogło nastąpić wcześniej niż po roku (art. 78 § 2).

Zasady te stosowało się odpowiednio do sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany miał odbyć kolejno; minima odbytej kary dotyczące recydywistów (art. 78 § 2) stosowało się, jeżeli chociażby jedno z przestępstw popełniono w warunkach recydywy (art. 97 § 1).

Skazanego można było, niezależnie od wyżej określonych warunków, zwolnić warunkowo po odbyciu 15 lat pozbawienia wolności (art. 79 § 2). Skazanego na karę 25 lat pozbawienia wolności można było warunkowo zwolnić po odbyciu 15 lat kary, natomiast skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności – po odbyciu 25 lat kary (art. 78 § 3).

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw²³ wpro-

²¹ Dz. U. Nr 20, poz. 135.

²² Dz. U. Nr 95, poz. 475.

²³ Dz. U. Nr 206, poz. 1589.

wadziła zasadę, że skazanego można warunkowo zwolnić po odbyciu co najmniej 1/2 kary (art. 78 § 1), a co do recydywistów zrezygnowano z warunku, że zwolnienie nie może nastąpić wcześniej niż po roku (art. 78 § 2). Uregulowano nią kwestię *quantum* kary, jeżeli chociażby jedna z niepodlegających łączeniu kar, które skazany ma odbyć kolejno, jest karą 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności; stosuje się wówczas minimum przewidziane dla kary 25 lat pozbawienia wolności, tj. odbycie 15 lat pozbawienia wolności (art. 79 § 3).

III. Uzasadnienie *quantum* kary

Powyższa prezentacja polskiego ustawodawstwa karnego regulującego warunkowe zwolnienie wskazuje, że określały one minimum kary, którą skazany musiał odbyć, by mógł skorzystać z warunkowego zwolnienia. W związku z tym rodzi się pytanie, co leży u podstaw jego istnienia. Określenie stosunkowego *quantum* kary jest związane z koniecznością dłuższego przebywania skazanego w zakładzie karnym, gdyż – jak podkreśla się w doktrynie – krótkotrwały pobyt w jednostce penitencjarnej nie sprzyja głębszym przeobrażeniom psychiki skazanego, która oparta jest na innych założeniach; jej celem jest stworzenie samej dolegliwości, oddziałującej prewencyjnie na skazanego oraz jego środowisko²⁴.

W literaturze podkreśla się, że określenie *quantum* kary świadczy o przywiązaniu znaczenia ustawodawcy dla samego wykonania kary, uznając karę wykonaną w mniejszym rozmiarze za niewystraszającą²⁵.

Pobyt w zakładzie karnym przez ten minimalny okres ma nie tylko spełnić zadanie kary w zakresie prewencji indywidualnej, ale także służy pozostałym celom kary, a przede wszystkim funkcji ogólnoprewencyjnej i stanowi zaśluszczywienie poczuciu sprawiedliwości społecznej²⁶.

Wskazuje się, że chodzi o względy zarówno prewencji ogólnej, jak i szczególnej, które są realizowane w toku wykonania kary, podkreślając, że ustawodawca nie zakłada możliwości w ciągu kilku tygodni utrwalenia w psychice sprawcy takich motywów, które przeciwdziałałyby popełnieniu nowego przestępstwa; im cięższe przestępstwo tym dłuższy okres jest potrzebny dla reedukacji²⁷. Ponadto, dla stwierdzenia pozytywnych efektów indywidualnoprewencyjnych konieczne jest poddanie skazanego oddziały-

²⁴ J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne...*, s. 112.

²⁵ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 237.

²⁶ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz do art. 53–116*, t. I, cz. 2, Warszawa 2016, s. 373–374.

²⁷ J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne...*, s. 111.

waniu resocjalizacyjnemu w zakładzie karnym, którego rezultat można zaobserwować po jakimś czasie²⁸.

Wykonywanie kary pozbawienia wolności – zgodnie z art. 67 § 12 k.k.w. – ma na celu wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa.

Nie sposób pominąć celu kary, jakim jest sprawiedliwa odpłata, która wprawdzie nie jest celem samym w sobie, lecz jako jeden z celów ma odbicie w rzeczywistości. Jest wymierzana za przestępstwo (sprawiedliwość retributywna) oraz wymierza się ją w rozmiarze proporcjonalnym do wagi przestępstwa (sprawiedliwość dystrybucyjna). W myśl art. 53 § 1 k.k. kara ma być współmierna do stopnia winy i szkodliwości społecznej²⁹. Cel ten mógłby być zatracony w sytuacji gdyby skazany po krótkim okresie pobytu w zakładzie karnym opuścił go, gdyż nie wyrządziłaby mu odpowiedniej dolegliwości. Wprawdzie celem wykonania kary pozbawienia wolności nie jest zadanie skazanemu określonej dolegliwości, lecz tkwi ona immanentnie w odizolowaniu go od rodziny i znajomych oraz poddaniu go określonym rygorom w zakładzie karnym.

IV. Quantum kary

1. Odbycie kary pozbawienia wolności

Dla prawidłowego ustalenia odbycia minimalnego okresu kary pozbawienia wolności, istotne znacznie ma określenie pojęcia „odbycie kary”. *Prima vista* widać, że nie chodzi o odbywanie kary w czasie orzekania w przedmiocie warunkowego zwolnienia, gdyż ustawa nie wymaga, by skazany przebywał w tym czasie w zakładzie karnym, W art. 78 k.k. jest mowa o „odbyciu” kary, a nie o jej odbywaniu³⁰.

Istotne jest ile kary odbył skazany, a nie ma znaczenia, jaka część kary pozostała mu do odbycia. Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 78 k.k. zwrotem „po odbyciu” świadczy, że chodzi o wykonaną już część kary.

Przez odbywanie kary pozbawienia wolności rozumie się jej rzeczywiste wykonywanie po prawomocnym skazaniu³¹. Niemniej, niektóre inne formy pozbawienia wolności, niebędące wykonywaniem kary po ich zaliczeniu na jej poczet, muszą być traktowane na równi z odbywaniem kary. Chodzi o każdy okres faktycznego pozbawienia wolności, o ile wiąże się w jakikol-

²⁸ J. Wąsik Przedterminowe zwolnienie wielokrotnych recydywistów, NP 1973, nr 12, s. 1836.

²⁹ R. A. Stefański, Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 2008, s. 244.

³⁰ J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie..., s. 217.

³¹ J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie..., s. 217.

wiek sposób z postępowaniem karnym, w którym zapadł wyrok, przy czym nie ma znaczenia podstawa formalnoprawna pozbawienia wolności³².

Trafnie podkreśla się w orzecznictwie, że: „Użyty w art. 63 § 1 k.k. zwrot o rzeczywistym pozbawieniu wolności odnosi się do różnych rodzajów pozbawienia wolności, podlegających zaliczeniu na poczet orzekanej kary, jak aresztowanie, zatrzymanie, obserwacja psychiatryczna, internowanie na leczeniu, pobyt w schronisku dla nieletnich itp. Zwrot ten jest zabiegiem legislacyjnym, obejmującym różne sytuacje, syntetycznym wyrazem zastępującym wyliczenie różnych sytuacji”³³.

Wprawdzie tymczasowe aresztowanie nie jest karą, lecz jego zaliczenie na poczet kary pozbawienia wolności powoduje, że okresy jego wykonywania są równoważne okresom odbywania tej kary³⁴. Zatem za odbycie kary uważa się okres tymczasowego aresztowania zaliczony na poczet orzeczonej kary (art. 63 § 1 k.k.). Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy: „Z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego sprawcę na karę pozbawienia wolności, okres tymczasowego aresztowania zaliczony na poczet tej kary staje się częścią odbytej przez niego kary”³⁵. To samo dotyczy zatrzymania (art. 63 § 1 k.k.), a także okresu pozbawienia wolności, zatrzymania, tymczasowego aresztowania stosowanego w państwie wykonania ENA, skoro okresy te podlegają zaliczeniu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności (art. 63 § 1 k.k.)³⁶.

Podobnie trzeba traktować, mimo że nie stanowią pozbawienia wolności w rozumieniu prawa karnego³⁷, o ile zostały zaliczone na poczet kary pozbawienia wolności: pobyt nieletniego w zakładzie poprawczym³⁸; zatrzy-

³² R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 346.

³³ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 20 maja 2008 r., sygn. II AKz 236/08, KZS 2008, nr 7–8, poz. 53; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 listopada 2009 r., sygn. II AKa 117/09, KZS 2010, nr 5, poz. 31; postanowienie SA w Krakowie z dnia 5 marca 2003 r., sygn. II AKz 54/03, KZS 2003, nr 3, poz. 42.

³⁴ D. Pleńska, Zagadnienie recydywy w prawie karnym, Warszawa 1974, s. 101; uchwała SN z dnia 16 czerwca 1993 r., sygn. I KZP 13/93, OSNKW 1993, nr 7–8, poz. 42, z głosami krytyczną K. Postulskiego, Pal. 1994, nr 3–4, s. 174 i nast.; S. Zabłockiego, Pal. 1994, nr 7–8, s. 211 i nast.; M. Szewczyk, Inf. Pr. 1994, nr 1–3, poz. 183, aprobującą głoszą L. K. Paprzyckiego, Pal. 1994, nr 7–8, s. 216 i nast. oraz uwagami Z. Dody, J. Grajewskiego, Węzłowe problemy postępowania karnego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego za lata 1991–1994, cz. I, PS 1996, nr 5, s. 29 i nast. i R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1991–1993, WPP 1994, nr 3–4, s. 80–81; wyrok SN z dnia 3 lutego 1967 r., sygn. V KRN 8323/66, OSNKW 1967, nr 8, poz. 75.

³⁵ Wyrok SN z dnia 25 kwietnia 2006 r., sygn. III KK 409/05, OSNKW 2006, nr 7–8, poz. 72; J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie..., s. 217–219.

³⁶ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 13 września 2012 r., sygn. II AKa 128/12, LEX nr 1223464.

³⁷ Uchwała SN z dnia 18 czerwca 1985 r., sygn. VI KZP 8/85, OSNKW 1985, nr 11–12, poz. 86.

³⁸ Wyrok SN z dnia 21 lutego 1974 r., sygn. II KRN 4/74, OSNKW 1974, nr 6, poz. 114.

manie nieletniego w schronisku dla nieletnich³⁹; pobyt na obserwacji psychiatrycznej w zakładzie leczniczym⁴⁰; pobyt w zamkniętym zakładzie opieki zdrowotnej, o którym mowa w art. 71 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁴¹ oraz pobyt sprawcy w zakładzie psychiatrycznym tytułem środka zabezpieczającego (art. 93a pkt 4 i art. 93g k.k.)⁴².

Odbywaniem kary pozbawienia wolności jest sytuacja, w której skazany przebywa na wolności, korzystając z: zezwolenia na widzenie bez dozoru, poza obrębem zakładu karnego z osobą najbliższą lub osobą godną zaufania, na okres nieprzekraczający jednorazowo 30 godzin (art. 138 § 1 pkt 7 k.k.w.); zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego bez dozoru, na okres nieprzekraczający jednorazowo 14 dni (art. 138 § 1 pkt 8 k.k.w.); zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, na czas nieprzekraczający 5 dni, w miarę potrzeby pod konwojem funkcjonariusza Służby Więziennej lub w asyście innej osoby godnej zaufania (art. 141a § 1 k.k.w.); zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, łącznie na czas do 14 dni, zwłaszcza w celu podejmowania starań o uzyskanie po zwolnieniu odpowiednich możliwości zamieszkania i pracy (art. 165 § 2 k.k.w.)⁴³. Czasu przebywania skazanego poza zakładem karnym, na podstawie tych zezwoleń, nie odlicza się od okresu odbywania kary, chyba że sędzia penitencjarny zarządzi inaczej w wypadku, gdy skazany w tym czasie nadużył zaufania (art. 140 § 4 k. k. w.). Zasadnie jednak w judykaturze uznaje się, że: „Nie podlega zaliczeniu na poczet kary

³⁹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 12 czerwca 1992 r., sygn. II AKr 100/92, KZS 1992, nr 3–9, poz. 52.

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 17 września 2002 r., sygn. II KK 227/02, LEX nr 55534; wyrok SN z dnia 26 kwietnia 1982 r., sygn. II KR 69/82, OSNKW 1982, nr 7–8, poz. 49; wyrok SN z dnia 26 stycznia 1981 r., sygn. I KR 344/80, OSNKW 1981, nr 7–8, poz. 39 z glosą H. Gajewskiej, PiP 1983, nr 11, s. 148–152; wyrok SN z dnia 10 czerwca 1977 r., sygn. VII KZP 17/77, OSNKW 1977, nr 7–8, poz. 73; wyrok SN z dnia 2 kwietnia 1975 r., sygn. Rw 142/75, OSNKW 1975, nr 7, poz. 98 z glosą W. Daszkiewicza, NP 1975, nr 12, s. 1656–1961; wyrok SA w Krakowie z dnia 17 grudnia 1992 r., sygn. II AKr 204/92, KZS 1993, nr 1, poz. 7; wyrok SA w Krakowie z dnia 24 sierpnia 2000 r., sygn. II AKa 141/00, KZS 2000, nr 9, poz. 33; postanowienie SA w Krakowie z dnia 5 marca 2003 r., sygn. II AKz 54/03, KZS 2003, nr 3, poz. 42. Odosobniony jest pogląd niedopuszczający takiego zaliczenia (wyrok SN z dnia 26 lipca 1978 r., sygn. VII KZP 12/78, OSNKW 1978, nr 9, poz. 92 z glosą W. Grzeszczyka, NP 1979, nr 10, s. 175–179).

⁴¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 224 ze zm., wyrok SA w Łodzi z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. II AKa 293/14, LEX nr 1711510.

⁴² Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 14 grudnia 2000 r., sygn. II AKz 366/00, OSA 2001, nr 4, poz. 21. Z uwagi na treść art. 63 § 1 k.k., nieaktualny jest pogląd SN, że: „Okresu przebywania skazanego w szpitalu psychiatrycznym albo w innym odpowiednim zakładzie – tytułem środka zabezpieczającego określonego w art. 100 § 1 (obecnie art. 94 § 1) k.k. – nie zalicza się na poczet kary pozbawienia wolności” (wyrok SN z dnia 30 grudnia 1980 r., sygn. VI KZP 30/80, OSNPG 1981, nr 3, poz. 31).

⁴³ Postanowienie SN z dnia 17 maja 1990 r., sygn. V KZP 5/90, PS 1990, nr 9, s. 103 z aprobowaną glosą R. A. Stefańskiego, OSP 1991, nr 1, poz. 16.

pozbawienia wolności okres leczenia skazanego zarówno w warunkach szpitalnych, jak i ambulatoryjnie podjętego przezeń po uzyskaniu przepustki z kary z powodu ciężkich dolegliwości kardiologicznych oraz depresji reaktywnej. Choć leczenie to było konieczne, nie było „rzeczywistym pozbawieniem wolności” na podstawie decyzji organu procesowego (art. 63 § 1 k.k.)⁴⁴.

Nie zalicza się do odbywania kary pobytu skazanego na wolności z powodu udzielonej przerwy w wykonaniu kary lub ucieczki z zakładu karnego. Rację ma Sąd Najwyższy, że: „W myśl art. 38 § 1 (obecnie art. 69) k.k.w., karę pozbawienia wolności wykonuje się w zakładach karnych i tylko pobyt w nich uważany jest za odbywanie kary. Skoro skazany w wypadku udzielenia przerwy lub przerw w karze czy ucieczki nie przebywa w zakładzie karnym, nie może być mowy o odbywaniu kary, a tylko to stanowi przeszkodę do biegu kar dodatkowych. Skazany w obu wymienionych wypadkach, przebywając na wolności, ma możliwość korzystania z utraconych praw”⁴⁵.

Nie może być uznane za odbywanie kary wykonywanie kary porządkowej aresztowania (art. 287 § 2 k.p.k.) lub kary pozbawienia wolności do 14 dni (art. 49 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych⁴⁶). Słusznie podkreśla się w judykaturze, że: „Pozbawienie oskarżonego wolności, którego źródłem było naganne jego zachowanie w postaci naruszenia powagi sądu, będące wykonaniem kary orzeczonej w oparciu o art. 43 § 1 pr.o u.s.p., nie może być uznane za okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, o jakim mowa w art. 63 § 1 k.k.”⁴⁷

2. Rozmiar *quantum* kary

2.1 Rodzaje *quantum* kary

Quantum kary stanowi część, warunkującą ewentualne rozważania w przedmiocie zastosowania warunkowego zwolnienia. W literaturze jest określane mianem kryterium odbytej kary⁴⁸. Jest to warunek ogólny, odnoszący się do wszystkich spraw, w których dopuszczalne jest warunkowe przedterminowe zwolnienie⁴⁹.

W kodeksie karnym można wyróżnić *quantum*: ustawowe i sądowe. Pierwsze jest określone w ustawie, a drugie może wynikać z wyroku.

⁴⁴ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 20 lutego 2003 r., sygn. II AKz 633/02, KZS 2003, nr 3, poz. 41.

⁴⁵ Postanowienie SN z dnia 17 maja 1990 r., sygn. V KZP 5/90, OSP 1991, nr 1, poz. 16 z glosami częściowo krytyczną J. A. Kuleszy, PS 1992, nr 9, s. 103–108 i aprobującą R. A. Stefańskiego, OSP 1991, nr 1, poz. 16.

⁴⁶ Dz. U. z 2016 r., poz. 2062 ze zm.

⁴⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 18 listopada 1999 r., sygn. II AKa 243/99, OSA 2001, nr 1, poz.

⁴⁸ J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, Ustawy karne..., s. 111.

⁴⁹ J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, Ustawy karne..., s. 111.

Okresy te – ze względu na sposób ich określenia – można podzielić na: stosunkowe, wyrażone za pomocą ułamków i bezwzględnie oznaczone, które obrazuje określona liczba.

Quantum stosunkowe oblicza się od kary podlegającej wykonaniu. W wypadku, gdy kara pozbawienia wolności została złagodzona na skutek amnestii lub indywidualnego aktu łaski lub obniżona na podstawie art. 4 § 2 k.k., zaliczenia grzywny, na podstawie art. 71 § 2 k.k., na poczet zarządzonej do wykonania kary pozbawienia wolności⁵⁰, podstawę obliczenia stanowi kara zredukowana, bowiem ona podlega wykonaniu. W doktrynie, co do grzywny zaliczonej na poczet kary pozbawienia wolności, której wykonanie zarządzono, jest wypowiedzany pogląd, że nie dochodzi do zredukowania wymiaru orzeczonej kary, a do zaliczenia uiszczonych grzywny na poczet jej wykonania. W związku z tym podstawę do wyliczenia minimalnego okresu odbycia kary stanowi wymiar kary pozbawienia wolności orzeczony w wyroku skazującym⁵¹. Pogląd ten nie znajduje uzasadnienia normatywnego, gdyż na podstawie art. 71 § 2 k.k. nie dokonuje się zaliczenia na poczet wykonania zarządzonej kary, a *verba legis* „kara pozbawienia wolności ulega skróceniu o okres odpowiadający połowie liczby uiszczonych stawek dziennych grzywny z zaokrągleniem w górę do pełnego dnia”. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że użycie terminu „skróceniu” jest wysoce niefortunne, gdyż może sugerować, że wykonanie grzywny skutkuje skróceniem pozbawienia wolności, a zatem, że wykonywano dwie kary, a nie – ostatecznie – karę pozbawienia wolności, co rodzi pewne skutki na gruncie np. recydywy⁵².

Na sposób tego obliczenia nie ma żadnego znaczenia zaliczenie na poczet tej kary rzeczywistego pozbawienia wolności (art. 63 § 1 k.k.). Jest ono uwzględniane przy obliczaniu kary odbytej. Trafnie wskazuje się w judykaturze, iż: „To, że wobec rozstrzygnięcia na podstawie art. 63 § 1 k.k. do odbycia pozostaje sprawcy jedynie część orzeczonej kary, nie może ważyć na jej wysokości”⁵³.

2.2. Ustawowe quantum kary

Kodeks karny określa kilka minimalnych okresów odbywania kary niezbędnych do orzeczenia warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Są to:

- 1) *quantum* ogólne – mające charakter stosunkowy, dotyczące wszystkich skazanych, z wyjątkiem tych, których dotyczą minima szczególne. Obej-

⁵⁰ V. Konarska-Wrzosek, (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 452; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 246.

⁵¹ A. Zołł, Kodeks..., s. 452; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 246.

⁵² M. Kulik, (w:) Kodeks karny..., s. 246.

⁵³ Wyrok SA w Warszawie z 3 marca 2016 r., sygn. II AKa 13/16, LEX nr 2039654.

- muje ono odbycie co najmniej 1/2 kary (art. 78 § 1 k.k.) i dotyczy wszystkich skazanych na karę pozbawienia wolności do 15 lat;
- 2) *quantum* uniwersalne – wyrażone określoną liczbą, mogące mieć zastosowanie we wszystkich wypadkach, niezależnie od *quantum* stosunkowego; jest to 15 lat pozbawienia wolności (art. 79 § 2 k.k.);
 - 3) *quantum* szczególne odnoszące się do niektórych skazanych lub kar, tj.
 - a) recydywistów – wynoszące w stosunku do recydywistów specjalnych zwykłych (art. 64 § 1 k.k.) – 2/3 kary, a recydywistów specjalnych wielokrotnych (art. 64 § 2 k.k.) – 3/4 kary;
 - b) skazanych, którzy z popełnienia przestępstwa uczynili sobie stałe źródło dochodu lub popełnili przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz skazanych za przestępstwo o charakterze terrorystycznym lub za przestępstwo z art. 258 k.k. (art. 65 § 1 i 2 w zw. z art. 64 § 2 k.k.) – 3/4 kary. Wprawdzie w art. 78 § 2 k.k. jest odesłanie tylko do art. 64 § 1 i 2 k.k., a nie do art. 65 k.k., lecz przepis ten ma zastosowanie do sprawców określonych w art. 65 k.k. na podstawie podwójnego odesłania, a mianowicie art. 65 § 1 i 2 do art. 64 § 2, a z kolei art. 78 § 2 do art. 64 § 2 k.k. W judykaturze słusznie wskazuje się, że: „Na gruncie art. 78 § 2 k.k. przez skazanego „określonego w art. 64 § 2” należy rozumieć tym samym także skazanego, o którym, mowa w art. 65 k.k.”⁵⁴;
 - c) skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności – obowiązuje ich odbycie 15 lat kary (art. 78 § 3 k.k.);
 - d) skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności – mogą być warunkowo zwolnieni pod odbyciem 25 lat kary (art. 78 § 3 *in fine* k.k.);
 - e) skazanych, co do których odwołano warunkowe zwolnienie – ponowne warunkowe zwolnienie nie może nastąpić przed odbyciem, po ponownym osadzeniu, przynajmniej roku kary pozbawienia wolności, a w wypadku kary 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego pozbawienia wolności przed odbyciem przynajmniej 5 lat kary (art. 81 k.k.). Skazany zachowuje uprawnienia do skorzystania z tej instytucji prawa nabyte przy pierwszym jej zastosowaniu, obwarowane tylko dodatkowo koniecznością odbycia dalszej, określonej już wyżej części kary⁵⁵. Terminy te rozpoczynają swój bieg od umieszczenia skazanego w zakładzie karnym dla odbycia jakiegokolwiek kary pozba-

⁵⁴ Wyrok SN z dnia 16 listopada 2000 r., sygn. II KKN 381/00, LEX 509120; postanowienie SN z dnia 14 lutego 2005 r., sygn. II KK 505/04, OSNwSK 2005, poz. 348; postanowienie w Lublinie z dnia 21 stycznia 2004 r., sygn. II AKz 1 678/03, Prok. i Pr. 2005, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11, poz. 18; postanowienie SA w Szczecinie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. II Akzw 296/06, Orz. SA w Szczecinie, PA w Szczecinie; postanowienie SA w Szczecinie z dnia 24 lipca 2008 r., sygn. II AKzw 464/08, Orz. SA w Szczecinie, PA w Szczecinie.

⁵⁵ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 17 lutego 1999 r., sygn. II AKz 79/99, OSA 1999, nr 4, poz. 28.

wienia wolności, a nie od rozpoczęcia odbywania tej kary, z której uprzednio skazanego warunkowo zwolniono, a następnie zwolnienie to odwołano⁵⁶. Minimalne okresy odbycia kary przewidziane dla skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności są szczególnymi w stosunku do pozostałych, a w związku z tym nie mają do nich zastosowania te, które są przewidziane ze względu na właściwości skazanych. Nie stosuje się do nich okresów odbycia przewidzianych dla recydywistów i sprawców, którzy z popełnienia przestępstwa uczynili sobie stałe źródło dochodu lub popełnili przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz wobec sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa z art. 258 k.k.⁵⁷ Co do kary dożywotniego pozbawienia wolności nie jest możliwe określenie kary stosunkowej, dlatego ustawodawca oznacza jej okres w sposób ściśle określony⁵⁸. W doktrynie wskazywano, że próg minimalnej kary, która ma być odbyta przez skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności jest nadmiernie surowy, nawet gdyby była na poziomie 10 lat, podkreślając, że wprawdzie względy prewencji ogólnej uzasadniałyby usytuowanie jej na jak najwyższym pułapie, lecz z uwagi na prewencję indywidualną nie ma potrzeby przetrzymywania w zakładach karnych skazanych, co do których kara spełniła ten cel. Proponowano, by ustalić ją na poziomie 7 lat, gdyż jest to wystarczający okres od osiągnięcia celów kary, a po tym okresie może dojść do ich zniweczenia⁵⁹. Krytycznie też odniesiono się do jego poziomu dla kary 25 lat pozbawienia wolności, zgłaszając postulat obniżenia aktualnego progu ze względu na to, że kara pozbawienia wolności może oddziaływać korzystnie na skazanych, jeśli jej wykonanie nie przekracza 10 lat⁶⁰. Ten ostatni postulat został poddany krytyce z powodu wyjątkowego i eliminacyjnego charakteru tej kary oraz rodzaju czynów, które są nią zagrożone, z propozycją ustalenia jednego *quantum* kary zarówno dla kary dożywotniego pozbawienia wolności, jak i kary 25 lat pozbawienia wolności. Za ustaleniem jednolitego *quantum* mają przemawiać podobne funkcje obu tych kar, tj. przede wszystkim funkcja eliminacyjna. Obniżenie dotychczasowych progów uzasadnione jest dyrektywami płynącymi z Rezolucji (76) 2 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie postępowania ze skazanymi na kary długo-

⁵⁶ Postanowienie SA w Lublinie z dnia 2 marca 2011 r., sygn. II AKzw 179/11, LEX nr 852293.

⁵⁷ J. L a c h o w s k i, Warunkowe zwolnienie..., s. 224.

⁵⁸ J. M a k a r e w i c z, Kodeks karny..., s. 237.

⁵⁹ J. W ą s i k, O konieczności dalszego doskonalenia instytucji warunkowego zwolnienia, WPP 1982, nr 1, s. 91.

⁶⁰ J. K o r e c k i, Kara 25 lat pozbawienia wolności w Polsce, Warszawa 1988, s. 197.

terminowe z dnia 17 lutego 1976 r., która przewiduje, że w wypadku skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności, po odbyciu od 8 do 14 lat kary należy badać sprawę po raz pierwszy pod kątem warunkowego zwolnienia⁶¹. Ze względu na rodzaj przestępstwa, za które są te kary wymierzane oraz sprawców, będących z reguły głęboko zdemoralizowanymi, nie jest zasadne obniżanie istniejących progów;

- f) sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany ma odbyć kolejno – do osób niebędących recydywistami wymagane jest *quantum* przewidziane dla poszczególnych kar, a zatem wynosi 1/2 kary (art. 79 § 1 w zw. z art. 78 § 1 k.k.) lub 15 lat, gdy suma kary pozbawienia wolności przekracza 15 lat (art. 79 § 2 k.k.), np. kara łączna 20 lat pozbawienia wolności (art. 86 § 1 k.k.);
- g) jednej z niepodlegających łączeniu kar, które skazany ma odbyć kolejno, jest kara 25 lat pozbawienia wolności – 15 lat (art. 79 § 3 w zw. z art. 78 § 3 k.k.) albo kara dożywotniego pozbawienia wolności – 25 lat (art. 79 § 3 w zw. z art. 78 § 3 k.k.). Odesłanie w art. 79 § 3 k.k. do art. 78 § 3 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że w razie występowania w sumie kar chociażby jednej kary 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności stosuje się najsurowsze *quantum*. Przykładowo w wypadku, gdy suma kar obejmuje karę 15 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności i karę dożywotniego pozbawienia wolności, sprawca musi odbyć co najmniej 25 lat z tej sumy.

Suma kar jest traktowana tak jakby była to jedna kara. Do sumy kar zalicza się tylko kary pozbawienia wolności, które podlegają wykonaniu. W art. 79 § 1 k.k. jest mowa *expressis verbis* o karach pozbawienia wolności, które „skazany ma odbyć kolejno”. Słowo „kolejno” wskazuje, że kary mają być wykonywane bezpośrednio po sobie. Zasadnie twierdzi się w doktrynie, że do sumy kar nie wlicza się kary pozbawienia wolności uprzednio wykonanej, jeśli między zakończeniem jej odbywania a wprowadzeniem kolejnej do wykonania była przerwa⁶².

Trafnie zauważa się w orzecznictwie, że: „Warunkowe zwolnienie nie obejmuje kary niepodlegającej wykonaniu, w szczególności kary, która ma być wykonywana w przyszłości, bo jej wykonanie odroczone. Odroczenie wykonania kary sprawia, że nie podlega ona wykonaniu przez czas oznaczony w postanowieniu o odroczeniu wykonania, a podlega wykonaniu dopiero po upływie tego czasu. Podobne skutki powoduje wstrzymanie wykonania kary do

⁶¹ J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie..., s. 227–228.

⁶² J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie..., s. 229.

czasu rozpoznania kasacji (art. 532 k.p.k.) lub wniosku o wznowienie postępowania (art. 545 k.p.k.) albo do czasu podjęcia decyzji co do ułaskawienia (art. 568 k.p.k.) lub o zawieszeniu postępowania wykonawczego w całości bądź tylko co do pozbawienia wolności (art. 15 § 2 k.k.w.)⁶³.

W wypadku, gdy w skład sumy kar wchodzi kara orzeczona recydywiście lub sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, popełnił przestępstwo działając w zorganizowanej grupie lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz sprawcy przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa z art. 258 k.k., stosuje się do niej *quantum* kary przewidziane dla tej kategorii sprawców, tj. dla recydywisty specjalnego zwykłego – 2/3 kary, a dla recydywisty specjalnego wielokrotnego oraz skazanego za wyżej wymienione przestępstwa związane ze zorganizowaną grupą przestępczą – 3/4 kary (art. 79 §1 w zw. z art. 78 § 2 k.k.). Te wyższe minima obowiązują do wszystkich kar składających się na sumę, chociażby wchodziła w jej skład jedna kara orzeczona za przestępstwo popełnione w wyżej wymienionych warunkach. Trafny jest pogląd wyrażony w judykaturze, że: „Obostrzenia wynikające z treści przepisu art. 78 § 2 k.k. mogą dotyczyć tego skazanego, wobec którego wprowadzono do wykonania karę pozbawienia wolności orzeczoną za przestępstwo popełnione w warunkach art. 64 § 1 k.k. i kara ta jest lub ma być wobec skazanego wykonywana. Nie dotyczą więc sytuacji, gdy skazany odbył już w całości karę pozbawienia wolności za przestępstwo popełnione w warunkach art. 64 § 1 k.k., a obecnie odbywa karę pozbawienia wolności za przestępstwo nie-popełnione w takich warunkach”⁶⁴. W doktrynie akceptuje się ten pogląd przy założeniu, że między wykonaniem tej kary w całości, a wprowadzeniem do wykonania następnej kary istniała jakakolwiek przerwa⁶⁵.

W wypadku udzielenia ponownego zwolnienia (art. 81 k.k.) z sumy kar (art. 79 § 1 k.k.), termin jest liczony „od osadzenia skazanego w zakładzie karnym”, czyli od umieszczenia skazanego w zakładzie karnym dla odbycia którejkolwiek z kar, a nie od rozpoczęcia odbywania kary, z której poprzednio skazanego zwolniono, a następnie zwolnienie to odwołano⁶⁶. Trafnie wskazuje się w judykaturze, że „Gdyby czynić inaczej, to skazany byłby w praktyce wykluczony od zwolnienia, bo zwykle najpierw odbywałby karę, której wymierzenie spowodowało odwołanie zwolnienia, a dopiero później rozpoczynałby bieg termin z art. 81 k.k. Po drugie – podobnie świadczy uży-

⁶³ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 19 grudnia 2006 r., sygn. II AKz w 973/06, KZS 2007, nr 1, poz. 41.

⁶⁴ Postanowienie SA w Lublinie z dnia 15 lutego 2006 r., sygn. II AKz w 78/06, KZS 2006, nr 9, poz. 38.

⁶⁵ J. L a c h o w s k i, Warunkowe zwolnienie..., s. 229.

⁶⁶ Postanowienie SA w Lublinie z dnia 17 listopada 2010 r., sygn. II AKz w 977/10, LEX nr 785269; postanowienie SA w Krakowie z dnia 10 stycznia 2002 r., sygn. II AKz 513/01, KZS 2002, nr 1, poz. 15.

ty zwrot „od osadzenia” (a nie „od rozpoczęcia odbywania kary” czy tym podobne), znamieny dla umieszczenia w zakładzie karnym z jakiegokolwiek powodu. Po trzecie – chodzi o umożliwienie zwalniania skazanych odbywających długoterminowe kary uzasadniające odwołanie zwolnienia i znacznie krótsze kary po odwołaniu zwolnienia. Po czwarte – chodzi o zwolnienie z sumy kar, a nie zwalnianie z każdej kary oddzielnie, co byłoby wręcz dziwaczne. Przepisy art. 79 § 1 i art. 81 należy interpretować we wzajemnym powiązaniu, bo oba (wraz z innymi regulacjami) tworzą zespół norm regulujących probacyjne zwolnienie z reszty kary⁶⁷.

2.3. Sądowe *quantum kary*

W szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd – zgodnie z art. 77 § 2 k.k. – wymierzając karę pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności, może wyznaczyć wyższe *quantum* odbycia kary. Wprawdzie w przepisie tym nie ma mowy o minimalnym okresie odbycia kary, lecz stwierdzenie w nim, że „może wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78”, a zwłaszcza odesłanie do tego ostatniego przepisu jednoznacznie dowodzi, że w grę wchodzi określenie tego okresu. Podkreślenie, że sąd jest uprawniony do wyznaczenia surowszych ograniczeń, oznacza możliwość ich podwyższenia, a w żadnym wypadku – obniżenia. Niedopuszczalne jest całkowite ich wyłączenie⁶⁸. Możliwość ta dotyczy wszystkich minimalnych okresów odbytej kary przewidzianych w kodeksie karnym, a więc określonych stosunkowo, jak i liczbowo. Stosowanie art. 77 § 2 k.k. jest niezależne od rozmiaru orzeczonej kary. Może wchodzić w grę zakres kary w rozmiarze do 15 lat, kary 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego pozbawienia wolności. Rodzi się jednak pytanie, czy jest dopuszczalne określenie tego okresu w jednostkach czasowych w sytuacji gdy kodeks karny przewiduje *quantum* stosunkowe i *vice versa*. Wydaje się, że nie ma przeszkód⁶⁹, gdyż podwyższenie okresu stosunkowego byłoby niekiedy utrudnione, a poza tym nie pozwoliłoby na odpowiednią indywidualizację tego okresu ze względu na okoliczności czynu i związane ze sprawcą. Przykładowo, w wypadku wielokrotnego recydywisty specjalnego możliwość nowego ukształtowania *quantum* kary oscylowałaby w granicach od 3/4 do 4/4, czyli do dyspozycji sądu byłby niewielki ułamek. Sąd musi ją określić na

⁶⁷ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 18 listopada 2003 r., sygn. II AKz 548/03, KZS 2003, nr 11, poz. 28.

⁶⁸ S. Paweła, Z problematyki podstaw prawnych warunkowego zwolnienia w świetle kodeksu karnego z 1997, (w:) L. Bogunia (red.), Księga ku czci Prof. J. Wąsika, Wrocław 1999, s. 237; W. Rodakiewicz, Warunkowe zwolnienie młodocianych z reszty kary pozbawienia wolności, Kolonia Limited 2005, s. 149.

⁶⁹ J. Lachowski, Warunkowe zwolnienie..., s. 241.

poziomie niższym niż wymierzona kara, a nie może jej ustalić w rozmiarze odpowiadającym orzeczonej karze, bowiem wówczas wyłączyłby stosowanie warunkowego zwolnienia, a do tego nie upoważnia go art. 77 § 2 k.k. Zasadnie zwraca się uwagę w judykaturze, że: „Baczyć należy również na to, aby surowsze obostrzenia nie wywołały skutku w postaci całkowitego pozbawienia oskarżonego prawa do warunkowego przedterminowego zwolnienia i w tym też względzie wiek oskarżonego musi mieć znaczenie”⁷⁰, „co pozostawałoby w sprzeczności w zasadą humanitaryzmu (art. 3 k.k.)”⁷¹.

Ponadto nie może przekroczyć *quantum* uniwersalnego, tj. 15 lat pozbawienia wolności, z wyjątkiem przewidzianego dla kary 25 lat pozbawienia wolności i dożywotniego pozbawienia wolności, gdyż art. 79 § 2 k.k. nie odsyła do art. 78 § 3 k.k.⁷²

W literaturze rozwiązanie zawarte w art. 77 § 2 k.k. spotkało się z krytyką. Podkreśla się, że o warunkowym zwolnieniu powinny decydować wyłącznie postawa skazanego przed i po popełnieniu przestępstwa, a przede wszystkim zmiany w jego osobowości w czasie odbywania kary pozbawienia wolności⁷³. Wytacza się zarzut, że osłabia ono gwarancyjny charakter przesłanek formalnych tej instytucji oraz rodzi ryzyko niejednorodnych rozstrzygnięć, gdyż brak jest wskazówek, czym ma kierować się sąd przy zaostrzaniu tego minimum, a ponadto ma ono charakter represyjny, a w stosunku do kary 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności pozostaje w sprzeczności z powoływaną wcześniej Rezolucją Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 17 lutego 1976 r.⁷⁴ Jest to – moim zdaniem – rozwiązanie trafne, gdyż pozwala sądom na daleko idącą indywidualizację kary. W tym kontekście trudno podzielić pogląd, że unormowanie to stanowi wyraz braku zaufania do sędziów orzekających w tych sprawach⁷⁵.

W doktrynie dopuszcza się określenie wyższego *quantum* kary także w razie skazania na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania⁷⁶. Pogląd ten jest trudny do zaakceptowania przede wszystkim z punktu widzenia systemowego. Regulacja podwyższenia *quantum* kary zawarta jest w art. 77 k.k., który reguluje warunkowe przedtermi-

⁷⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. II AKa 79/03, Prok. i Pr. 2004, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 27; postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 253/13, LEX nr 1428331.

⁷¹ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 sierpnia 2016 r., sygn. II AKa 154/16, LEX nr 2139392.

⁷² J. L a c h o w s k i, Warunkowe zwolnienie..., s. 242.

⁷³ E. Bieńkowska, (w:) G. Rejman (red.), W. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 1175.

⁷⁴ J. L a c h o w s k i, Warunkowe zwolnienie..., s. 240–241.

⁷⁵ W. W r ó b e l, Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 199 r., sygn. I KZP 15/98, PiP 1999, nr 3, s. 103.

⁷⁶ J. L a c h o w s k i, Warunkowe zwolnienie..., s. 243–244.

nowe zwolnienie, podobnie jak następne przepisy (art. 78–82 k.k.). Staje się zatem oczywiste, że dotyczy tylko sytuacji, gdy sąd orzeka bezwzględna karę pozbawienia wolności, bowiem tylko wówczas może wchodzić w grę warunkowe przedterminowe zwolnienie. Ponadto określenie *quantum* w wyroku skazującym oskarżonego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zawierałoby wewnętrzną sprzeczność. Wskazywałoby to, że sąd uznał za wystarczające dla osiągnięcia wobec oskarżonego celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności (*arg. ex art. 69 §1 k.k.*), ale przewidział jednocześnie, że dojdzie do zarządzenia jej wykonania, skoro określił *quantum* dla warunkowego przedterminowego zwolnienia, dotyczącego bezwzględnej kary pozbawienia wolności.

Ustawa nie zawiera jakichkolwiek dyrektyw podwyższenia *quantum* kary, lecz z art. 77 § 2 *in principio* k.k. wynika, że powinno to być wyjątkiem, bowiem jest to możliwe *verba legis* „w szczególnie uzasadnionych wypadkach”. Zasadnie w judykaturze zwraca się uwagę, że: „Uprawnienie do zastosowania instytucji z art. 77 § 2 k.k. nie może być rozumiane jako zwykła prerogatywa sądu. Przeciwnie, skorzystanie z tego uprawnienia ma być wyjątkiem w procesie wyrokowania, nie regułą, a nastąpić może wyłącznie na podstawie szczególnych, nietypowych okoliczności”⁷⁷.

Jest to określenie nieostre, lecz jednoznacznie wskazuje, że nie może być powszechnie stosowane. W orzecznictwie słusznie podkreśla się, że: „Szczególnie uzasadnione wypadki, o jakich mowa w przepisie art. 77 § 2 k.k., nie sposób wiązać z okolicznościami określającymi wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu i zawinienia, a jedynie tymi, które odnoszą się do szeroko pojętej osoby sprawcy, w tym jego demoralizacji i niepodatności na oddziaływanie penitencjarne, które *a priori* w dacie orzekania, pozwolą z wysoką dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że w okresach, o jakich mowa w art. 78 k.k. niemożliwe jest takie przeobrażenie oskarżonego, które warunkowałoby skorzystaniem przez niego z omawianej w nim instytucji”⁷⁸.

Zasadnie też zauważa się, że: „Zastosowanie zastrzeżenia z art. 77 § 2 k.k., mające już wyjątkowy charakter, w odniesieniu do nieletniego czy młodocianego sprawcy powinno być stosowane jedynie ostatecznie, gdy ponad wszelką wątpliwość sąd stwierdzi, że wychować młodego sprawcę i wdrożyć go do przestrzegania powszechnie obowiązujących norm prawnych może

⁷⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 września 2016 r., sygn. II AKa 300/16, LEX nr 2171137.

⁷⁸ Wyrok SA w Katowicach z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. II AKa 139/04, Prok. i Pr. dodatek „Orzecznictwo” 2005, nr 6, poz. 21; wyrok SA w Katowicach z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. II AKa 346/07, Prok. i Pr. 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 30.

jedynie kara bardzo surowa, z dodatkowymi obwarowaniami, o których mowa w art. 77 § 2 k.k.”⁷⁹

Niewątpliwie sąd, podejmując decyzję o podwyższeniu tego okresu, powinien kierować się dyrektywami sądowego wymiaru kary, zawartymi w art. 53 k.k. W doktrynie doszło jednak do sporu, która z dyrektyw ma znaczenie priorytetowe.

Pierwszeństwo daje się w szczególności kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa i zadośćuczynieniu społecznemu poczuciu sprawiedliwości⁸⁰. W judykaturze wyrażono pogląd, że:

- „Ogólnoprewencyjne cele kary, w tym względnie na jej społeczne oddziaływanie są uwzględniane przy oznaczaniu wymiaru kary, a między innymi przez ustalenie warunków zwolnienia surowszych od zasadniczo przewidzianych ustawą (art. 77 § 2 k.k.)”⁸¹.
- „Stopień społecznej szkodliwości czynu, zadośćuczynienie poczuciu sprawiedliwości czy potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa nie są elementami, w oparciu o które można byłoby konstruować prognozę zachowania skazanego na wolności, a więc nie mają znaczenia dla decyzji w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Nie oznacza to jednak, że pozostają one bez wpływu na faktyczny czas trwania kary pozbawienia wolności. Decyzja w tym zakresie należy jednakże nie do sądu penitencjarnego, ale sądu skazującego, który stosownie do art. 77 § 2 k.k. może wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania z warunkowego zwolnienia”⁸².

Uznaje się, że należy mieć na uwadze także stopień winy oraz społeczną szkodliwość czynu oraz niektóre okoliczności wymienione w art. 53 § 2 k.k.⁸³ W tym duchu brzmi wypowiedź w orzecznictwie, że: „O wyznaczeniu dłuższego minimum odbywania kary koniecznego dla możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie powinien decydować charakter popełnionego przestępstwa. Sąd nie może kierować się okolicznościami odnoszącymi się do osoby sprawcy, bo w czasie wyrokowania nie może przewidzieć, jaka będzie

⁷⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. II AKa 541/15, LEX nr 2023563.

⁸⁰ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 31 marca 2016 r., sygn. II AKa 23/16, LEX nr 2136972; A. Zoll, (w:) Kodeks..., s. 371; I. Nowicka, Warunkowe przedterminowe zwolnienie – orzecznictwo i praktyka, (w:) B. Bogdański, W. Pływaczewski, I. Nowicka (red.), *Ius est ars boni et aequi*. Księga pamiątkowa ofiarowana Prof. S. Leleńtalowi, Szczytno 2008, s. 236.

⁸¹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 29 października 1999 r., sygn. II AKz1 441/99, KZS 1999, nr 10, poz. 43; postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 grudnia 2001 r., sygn. II AKz 1484/O1, KZS 2001, nr 12, poz. 25; postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 12 października 2007 r., sygn. II AKzw 754/07, OSA 2008, nr 12, poz. 59; wyrok SA w Krakowie z dnia 16 września 2015 r., sygn. II AKa 157/15, Prok. i Pr. 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 18.

⁸² Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 24 stycznia 2007 r., sygn. II AKzw 76/07, Prok. i Pr. 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 2, poz. 18.

⁸³ S. Leleńtał, Kodeks karny wykonawczy, Warszawa 2001, s. 412–413.

prognoza kryminologiczna po odbyciu odpowiedniej części kary. Przyjmowanie prognozy za przesłankę stosowania art. 77 § 2 k.k. świadczyłoby o zbędności tego unormowania. Skoro bowiem pozytywna prognoza jest podstawową materialną przesłanką warunkowego zwolnienia, to nie ma potrzeby ustalania *a priori* na jej podstawie, kiedy skazany będzie mógł zostać zwolniony. Dopóki bowiem pozytywnej prognozy nie będzie, to niezależnie od upływu okresu minimalnego określonego w art. 78 k.k. lub wyznaczonego na podstawie art. 77 § 2 k.k., skazany nie będzie mógł skorzystać ze zwolnienia⁸⁴.

Podkreśla się także wzmocnienie indywidualnoprewencyjnego oddziaływania wymierzonej kary pozbawienia wolności w aspekcie zapobiegawczym, z zaznaczeniem, że aspekt wychowawczy traci na znaczeniu⁸⁵. W judykaturze wskazuje się, że:

- „Sąd, wyrokując może wprowadzić jako przesłanki warunkowego zwolnienia potrzeby w zakresie innych niż indywidualnoprewencyjne celów kary, a w szczególności w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa i zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości”⁸⁶.
- „Szczególnie uzasadnionych wypadków, o jakich mowa w art. 77 § 2 k.k., nie sposób wiązać z okolicznościami określającymi wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu i zawinienia, a jedynie tymi, które odnoszą się do szeroko pojętej osoby sprawcy, w tym jego demoralizacji i niepodatności na oddziaływanie penitencjarne, które *a priori* w dacie orzekania pozwalają z wysoką dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że w okresach, o jakich mowa w art. 78 k.k., niemożliwe jest takie przeobrażenie oskarżonego, które warunkowałoby skorzystanie przez niego z omawianej instytucji”⁸⁷.

Wydaje się, że w grę mogą wchodzić wszystkie dyrektywy wymiaru kary⁸⁸, a dopiero w ramach ustalania *in concreto* podwyższonego *quantum* kary, sąd daje pierwszeństwo którejs z nich.

Za potrzebą podwyższenia minimalnej kary wymaganej do zastosowania warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności mogą przemawiać okoliczności dotyczące zarówno skazanego, jak i popełnionego przestępstwa. W orzecznictwie, uzasadniając podwyższenie wymaganego *quantum* kary wskazuje się, że:

⁸⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 25 marca 2015 r., sygn. II AKa 126/14, Prok. i Pr. 2015, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 18; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 września 2005 r., sygn. II AKa 165/05, Prok. i Pr. 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 21.

⁸⁵ J. L a c h o w s k i, Warunkowe zwolnienie..., s. 246.

⁸⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 18 października 2016 r., sygn. II AKa 203/16, LEX nr 2152839.

⁸⁷ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 5 marca 2013 r., sygn. II AKa 24/13, LEX nr 1294725; wyrok SA w Szczecinie z dnia 27 października 2005 r., sygn. II AKa 110/05, Orz. SA w Szczecinie, PA w Szczecinie.

⁸⁸ Postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 253/13, LEX nr 1428331.

- „Sposób popełnienia przestępstwa polegający na „poderżnięciu gardła” ofierze przy pomocy noża, planowanie przestępstwa, działanie z premedytacją, pod wpływem alkoholu, z niskich pobudek skoro naczelnym celem było zdobycie pieniędzy na zakup alkoholu, świadczą o wysokim stopniu demoralizacji obu oskarżonych. Z tego względu, jak i z uwagi na występujące zjawisko wzrostu przestępczości w zakresie najpoważniejszych przestępstw popełnionych przez sprawców młodocianych celowym jest stosowanie odpowiednich obostrzeń w zakresie czasu wykonywanej kary”⁸⁹.
- „Proces demoralizacji oskarżonego jest daleko posunięty i dlatego wymaga on długiego okresu resocjalizacji. Przemawia za tym, mimo młodego wieku oskarżonego, nadużywanie przez niego alkoholu, zupełny brak efektów resocjalizacyjnych w związku z poprzednim umieszczeniem oskarżonego w zakładzie poprawczym, wreszcie dokonanie zabójstwa bez racjonalnego powodu, pod wpływem alkoholu, z zamiarem bezpośrednim. Nawet po popełnieniu przestępstwa wobec świadków zdarzenia oskarżony zupełnie bagatelizował sprawę i zachował się tak jakby pozbawienie życia człowieka nie miało dla niego żadnego znaczenia”⁹⁰.
- „Zasadnie Sąd Okręgowy stosownie do art. 77 § 2 k.k. wyznaczył też surowsze ograniczenie (35 lat) do skorzystania przez oskarżonego z warunkowego zwolnienia, podnosząc, iż jest on z uwagi na wysoki poziom agresji i nieprzewidywalność zachowania groźny dla innych. Gdyby nadto uwzględnić i dalsze wnioski wynikające z opinii psychologicznopsychiatrycznej, że u oskarżonego stwierdzono zaburzenia osobowości z rysami schizoidalnymi, to mając w polu widzenia potrzebę ochrony społeczeństwa przed takimi jednostkami, poprawne jest twierdzenie, iż stanowi to szczególnie uzasadniony wypadek, o którym mowa w art. 77 § 2 k.k.”⁹¹.

V. Wnioski

1. *Quantum* kary, jaką skazany musi odbyć, by skorzystać z warunkowego zwolnienia jest związane z koniecznością dłuższego przebywania skazanego w zakładzie karnym, gdyż taki pobyt w stosunkowo niedługim okresie może nie tylko nie spełnić zadań kary w zakresie prewencji indywidualnej, kształtowania świadomości prawnej społeczeństw oraz zadośćuczynienia poczuciu sprawiedliwości społecznej.

⁸⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 20 kwietnia 2000 r., sygn. II AKa 65/00, Prz. Orz. PA w Katowicach 2000, poz. 12.

⁹⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 czerwca 2000 r., sygn. II AKa 142/00, Prz. Orz. PA w Katowicach 2000, poz. 10.

⁹¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 24 października 2002 r., sygn. II AKa 82102, Prz. Orz. PA w Katowicach 2003, poz. 5.

2. Stanowi ono część kary pozbawienia wolności podlegającej wykonaniu, warunkującą ewentualne rozważania w przedmiocie zastosowania warunkowego zwolnienia. Jest to warunek ogólny, odnoszący się do wszystkich spraw, w których dopuszczalne jest warunkowe przedterminowe zwolnienie.

3. *Quantum* to może być: ustawowe, określone w ustawie i sądowe, mogące wynikać z wyroku. Oblicza się je od kary podlegającej wykonaniu, która nie zawsze jest karą wymierzoną w wyroku, np. w razie darowania części kary w drodze amnestii lub ułaskawienia, podstawę obliczenia stanowi kara tak zredukowana.

4. Podstawowym minimalnym okresem jest odbycie co najmniej 1/2 kary (art. 78 § 1 k.k.); dotyczy wszystkich skazanych na karę pozbawienia wolności do 15 lat, z wyłączeniem tych, co do których są przewidziane szczególnie tego okresy. *Quantum* kary wynosi: 2/3 – dla recydywistów specjalnych zwykłych (art. 64 § 1 k.k.); 3/4 – dla recydywistów specjalnych wielokrotnych (art. 64 § 2 k.k.), skazanych, którzy z popełnienia przestępstwa uczynili sobie stałe źródło dochodu lub popełnili przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz skazanych za przestępstwo o charakterze terrorystycznym lub za przestępstwo z art. 258 k.k. (art. 65 § 1 i 2 w zw. z art. 64 § 2 k.k.); 15 lat – dla skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności (art. 78 § 3 k.k.); 25 lat – dla skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 78 § 3 *in fine* k.k.); rok – ponowne warunkowe zwolnienie i 5 lat w wypadku ponownego warunkowego zwolnienia z kary 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 81 k.k.). Ponadto przewidziane jest *quantum* uniwersalne, 15 lat pozbawienia wolności stosowane we wszystkich wypadkach, niezależnie od *quantum* stosunkowego (art. 79 § 2 k.k.).

W szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd wymierzając karę pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności, może wyznaczyć wyższe *quantum* odbycia kary (art. 77 § 2 k.k.). Sąd, podejmując decyzję o podwyższeniu tego okresu, powinien kierować się dyrektywami sądowego wymiaru kary, zawartymi w art. 53 k.k., dając *in concreto* pierwszeństwo którejś z nich.

Quantum of a served penalty of deprivation of liberty as a premise for conditional release

Abstract

This paper explores a minimum period a penalty of deprivation of liberty, which should be served (quantum) to enable the application of conditional

release from the remaining unserved portion of the penalty. The following are discussed: evolution of the quantum approach in the Polish criminal justice legislation, grounds for the existence of the quantum approach, notion of serving a penalty of deprivation of liberty, and statutory and judicial types of quantum. Views of legal academics and commentators as well as judicial decisions are extensively used as reference for illustration purposes.

Damian Wąsik

Ocena prawnokarna zakażeń w szpitalu

Streszczenie

Problematyka zakażeń w szpitalu była dotychczas analizowana w większości w piśmiennictwie medycznym i medyczno-sądowym, zaś aspekty karnomaterialne nie stanowiły przedmiotu głębszych analiz w doktrynie prawniczej. Niniejsze opracowanie ma na celu uzupełnienie literatury z zakresu prawa karnego o publikację porządkującą najistotniejsze z punktu widzenia prawników kwestie medyczne i organizacyjne dotyczące zakażeń w szpitalu, zwrócenie uwagi na konieczność uważnego badania winy osób odpowiedzialnych za zakażenia z uwzględnieniem złożonej struktury podmiotów leczniczych, a także prawidłowego kwalifikowania czynów zabronionych związanych ze stworzeniem ryzyka wystąpienia zakażeń tudzież ich faktycznego spowodowania działaniami lub zaniechaniem członków personelu szpitala.

I. Wprowadzenie

Zakażenia w szpitalu należą do jednych z najbardziej złożonych i skomplikowanych etiologicznie zjawisk występujących w procesie hospitalizacji pacjentów. Przesądzają o tym takie okoliczności, jak chociażby zróżnicowanie czynników ryzyka zakażeń, przebieg choroby uzależniony od rodzaju drobnoustroju i indywidualnej reaktywności organizmu ludzkiego na zakażenie, występujące niejednokrotnie w praktyce problemy ze zdiagnozowaniem rodzaju bakterii lub wirusa odpowiedzialnych za powstanie czy powikłanie stanu chorobowego, trudności w zlokalizowaniu źródeł zakażenia, czy też nieefektywność podejmowanej antybiotykoterapii. Specyficznym aspektem zakażeń w szpitalu jest również fakt, że mogą one być zarówno konsekwencją klasycznie rozumianego błędu medycznego (braku staranności w wykonywaniu procedur medycznych, niezgodnie z obowiązującymi zasadami sztuki lekarskiej), a także skutkiem błędu zarządczego, tj. nieprawidłowej organizacji działalności leczniczej w podmiocie leczniczym. Dość wspomnieć, że z powyższych przyczyn szczególną rangę w funkcjonowaniu szpitali nadaje się właściwemu sprawowaniu nadzoru epidemiologicznego, bieżącego monitorowania zakażeń i likwidacji ich źródeł.

Mając na uwadze podniesione dotychczas kwestie stwierdzić należy, że charakter zakażeń w szpitalu może powodować znaczne trudności w ocenie prawno-karnej postępowania członków kierownictwa czy personelu medycznego, badania winy za zaistniałe zdarzenie, wreszcie kwalifikacji karnej czynu, jeżeli postępowanie przygotowawcze dostarczy dowodów popełnienia przestępstwa w danej sprawie. Problematyka zakażeń w szpitalu była dotychczas analizowana w większości w piśmiennictwie medycznym i medyczo-sądowym, zaś aspekty karnomaterialne nie stanowiły przedmiotu głębszych analiz w doktrynie prawniczej. Niniejsze opracowanie ma na celu uzupełnienie literatury z zakresu prawa karnego o publikację porządkującą najistotniejsze z punktu widzenia prawników kwestie medyczne i organizacyjne dotyczące zakażeń w szpitalu, zwrócenie uwagi na konieczność uważnego badania winy osób odpowiedzialnych za określone zakażenia z uwzględnieniem złożonej struktury podmiotów leczniczych, a także prawidłowego kwalifikowania czynów zabronionych związanych ze stworzeniem ryzyka wystąpienia zakażeń tudzież ich faktycznego spowodowania działaniami lub zaniechaniem członków personelu szpitala.

II. Pojęcie, rodzaje i przyczyny zakażeń w szpitalu

Zakażenia w szpitalu zdefiniowane są w sposób legalny. Niezależnie jednak od tego w piśmiennictwie medycznym formułuje się też inne propozycje interpretacji tego terminu. Zgodnie z art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1866), pod pojęciem zakażenia w szpitalu ustawodawca nakazuje rozumieć zakażenie, które wystąpiło w związku z udzieleniem świadczeń zdrowotnych, w przypadku gdy choroba nie pozostawała w momencie udzielania świadczeń zdrowotnych w okresie wylegania albo wystąpiła po udzieleniu świadczeń zdrowotnych, w okresie nie dłuższym niż najdłuższy okres jej wylegania. Co więcej, charakter zdarzenia medycznego powodującego odpowiedzialność odszkodowawczą zakładu opieki zdrowotnej nadaje zakażeniom szpitalnym przepis art. 67a ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 159 ze zm.). Warunkiem przypisania winy podmiotowi leczniczemu, w myśl wymienionego przepisu, jest udzielanie świadczenia zdrowotnego (diagnoza, leczenie) lub stosowanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych w sposób niezgodny z aktualną wiedzą medyczną, prowadzące do zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym¹. W literaturze medycznej zakażenie w szpitalu definiuje

¹ Uwzględniając tło terminologiczne zakażenia w szpitalu, warto wskazać na częściową polemikę środowiska medycznego z prawną definicją wymienionego zjawiska. Większych za-

się na ogół jako każde zakażenie nabyte w szpitalu, rozpoznane klinicznie i potwierdzone laboratoryjnie, które ujawniło się podczas pobytu chorego w szpitalu lub po jego opuszczeniu². Innymi słowy, określone zakażenie jest miejscową lub ogólną niekorzystną reakcją na obecność czynnika zakaźnego lub jego toksyny, które rozwinęły się w czasie hospitalizacji pacjenta, a w chwili przyjęcia do szpitala nie były w okresie inkubacji³.

Kliniczny podział zakażeń w szpitalu obejmuje zakażenia układu moczowego, zakażenia przewodu pokarmowego, zakażenia ośrodkowego układu nerwowego, zapalenie płuc, zapalenie otrzewnej, zakażenia ran pooperacyjnych, zakażenia u chorych onkologicznych, zakażenia u pacjentów po przeszczepie (z obniżoną odpornością), zakażenia u chorych po wszczepieniu protez zastawkowych, naruszenie ciągłości tkanek – zakażenia związane z terapią dożylną, a także bakteriamię i wstrząs septyczny⁴.

Zakażenia szpitalne mogą mieć źródła egzogenne, czyli pochodzić od innego chorego lub ze środowiska, oraz endogenne w przypadku zakażenia własną florą bakteryjną skóry lub błon śluzowych. Zakażenia endogenne dzielą się też na wczesne i późne. W piśmiennictwie podkreśla się, że jeśli u chorego operowanego natychmiast po przyjęciu do szpitala rozwinie się zakażenie, to zazwyczaj jest ono spowodowane przez własne drobnoustroje, które stanowiły fizjologiczną florę w warunkach domowych (zakażenie endogenne wczesne).

W zakażeniach endogennych wczesnych czynnikami etiologicznymi są te drobnoustroje, które normalnie bytują na tkankach uszkodzonych w wyniku zabiegu (np. błona śluzowa przewodu pokarmowego), lub drobnoustroje z najbliższego sąsiedztwa. Szczepy własne chorego są przy tym wrażliwe na

strzeżeń nie budzi sposób definiowania określonego zakażenia w świetle ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Wątpliwości niektórych przedstawicieli nauk medycznych nasuwa jednak ujęcie cywilnoprawne zakażenia w szpitalu jako czynu niedozwolonego skutkującego odpowiedzialnością odszkodowawczą. Ogólne przypisywanie określonemu zakażeniu charakteru błędu wynikającego z nieprzestrzegania właściwych procedur higienicznych postrzegane jest jako wyraz przesadnie deterministycznego podejścia do problemu. Omawiana problematyka nie jest bowiem tak jednoznaczna, a każdy przypadek zachorowania należy rozpatrywać indywidualnie. Więcej na ten temat zob. D. Wąsik, N. Wąsik, B. Sygít, M. Dubiel, Zakażenie endogenne a odpowiedzialność cywilna szpitala – studium przypadku, *Arch. Med. Sąd. i Krym.* 2014, nr 3, s. 147–148; J. Michalak, S. Wytrych, Odpowiedzialność prawna a zakażenia szpitalne, (w:) A. Denys (red.), *Zakażenia szpitalne w wybranych oddziałach, Część II*, Warszawa 2013, s. 43 i nast.

² A. Przondo-Mordarska, l. Zagadnienia ogólne. 2. Definicja zakażenia szpitalnego, (w:) A. Przondo-Mordarska (red.), *Zakażenia szpitalne. Etiologia i przebieg*, Wrocław 1999, s. 10–11.

³ A. Zieliński, Epidemiologiczne podstawy nadzoru nad zakażeniami szpitalnymi, (w:) P. B. Heczko, J. Wójcikowska-Mach (red.), *Zakażenia szpitalne. Podręcznik dla zespołów kontroli zakażeń*, Warszawa 2009, s. 16–17.

⁴ D. Dzierżanowska, J. Krzysztoń, A. Pawlińska, Kliniczny podział zakażeń szpitalnych, (w:) D. Dzierżanowska, J. Jeljaszewicz (red.), *Zakażenia szpitalne*, Bielsko-Biała 1999, s. 157 i nast.

antybiotyki, a zakażenia przez nie wywołane są łatwiejsze do leczenia. Wraz z czasem pobytu chorego w szpitalu własna flora endogenna pacjenta zastępowana jest florą szpitalną⁵. Skład flory fizjologicznej człowieka jest dynamiczny. Rozwijając tę myśl podkreślić trzeba, że skóra i błony śluzowe człowieka zawierają własną fizjologiczną florę bakteryjną, zaś liczba i rodzaj drobnoustrojów ma związek z warunkami miejscowymi, tj. wilgotnością, temperaturą oraz dostępem do środków odżywczych. Drobnoustroje te nie stanowią zagrożenia dla zdrowego człowieka, a ich obecność zabezpiecza przed wtargnięciem innych patogennych szczepów. Bakterie te stają się chorobotwórcze wówczas, gdy zmienią miejsce swojego pobytu (np. gronkowiec skórną skolonizuje linię naczyniową i wywoła bakteriemię). Zagrożeni są również chorzy z poważnym uszkodzeniem układu odpornościowego⁶.

Źródłem egzogennych zakażeń w szpitalu mogą być bakterie pochodzące od innego chorego lub bytujące w środowisku otaczającym pacjenta. Ze względu na sposób przenoszenia zakażenia te nazywane są krzyżowymi (np. przenoszenie drobnoustrojów z pacjenta na pacjenta). Najważniejszym wektorem transmisji zakażenia w szpitalu są ręce, chociaż określone zakażenia mogą szerzyć się także drogą kropelkową oraz przez inny bezpośredni kontakt z zakażonym chorym lub jego wydzielinami. Źródłem bakterii w powietrzu bloku operacyjnego jest zespół operacyjny, natomiast w salach chorych najwięcej drobnoustrojów dostaje się do powietrza podczas zmiany pościeli i ścielenia łóżek⁷. Zakażenia egzogenne mogą mieć miejsce przy niedostatecznym zachowaniu higieny i aseptyki przez personel oddziału przy okazji np. wykonywania zabiegów pielęgnacyjnych, leczniczych lub diagnostycznych albo podczas zabiegów operacyjnych⁸.

Z punktu widzenia tematyki niniejszego opracowania i prawnokarnej analizy zjawiska przedmiotem dalszego zainteresowania będą zakażenia w szpitalu o podłożu egzogennym.

III. Obowiązki podmiotu leczniczego w zakresie nadzoru epidemiologicznego

Niewątpliwie warunkami skuteczności nadzoru epidemiologicznego są utrzymanie właściwego poziomu świadomości personelu medycznego, efek-

⁵ D. Wąsik, N. Wąsik, B. Sygit, M. Dubiel, Zakażenie endogenne..., s. 149–150; D. Dzierżanowska, K. Madaliński, Wprowadzenie, (w:) D. Dzierżanowska, J. Jeljaszewicz (red.), Zakażenia szpitalne, Bielsko-Biała 1999, s. 14.

⁶ D. Dzierżanowska, K. Madaliński, Wprowadzenie, (w:) D. Dzierżanowska, J. Jeljaszewicz (red.), Zakażenia szpitalne, s. 17–18.

⁷ *Ibidem*, s. 15.

⁸ D. Dzierżanowska, J. Krzysztoń, A. Pawlińska, Kliniczny podział zakażeń szpitalnych, (w:) D. Dzierżanowska, J. Jeljaszewicz (red.), Zakażenia szpitalne, s. 159–160, s. 186.

tywna organizacja pracy na oddziałach, podejmowanie adekwatnych do potencjalnych zagrożeń działań profilaktycznych, przestrzeganie zasad higieny szpitalnej, a także właściwa sterylizacja i dezynfekcja.

Zasady i tryb zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w tym również zakażeń w szpitalu, a także zasady i tryb rozpoznawania i monitorowania sytuacji epidemiologicznej oraz podejmowania działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia, przecięcia dróg szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych czy uodpornienia osób podatnych na zakażenie, regulują przepisy wspomnianej ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1866), zwanej w dalszej części artykułu „ustawą o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń”.

W literaturze medycznej obowiązki ciężące na podmiocie leczniczym, których założeniem jest wdrożenie i stosowanie procedur gwarantujących ochronę przed zakażeniami i chorobami zakaźnymi, dzieli się na: obowiązki o charakterze ogólnym (utrzymanie odpowiedniego stanu sanitarnego pomieszczeń szpitala, właściwa gospodarka odpadami etc.), obowiązki o charakterze organizacyjno-funkcjonalnym (np. minimalizowanie ryzyka zakażeń w szpitalu i powołanie zespołu lub komitetu kontroli zakażeń), obowiązki o charakterze ewidencyjno-sprawozdawczym (np. przygotowanie raportów dotyczących aktualnej sytuacji epidemiologicznej szpitala, zgłaszanie potwierdzonego endemicznego wzrostu zakażeń w szpitalu, prowadzenie dokumentacji w tym przedmiocie), a także obowiązki o charakterze faktycznym (np. zapewnienie środków ochrony indywidualnej dla personelu medycznego oraz pacjentów)⁹.

Zadania kierowników szpitali w zakresie wdrażania oraz funkcjonowania systemu zapobiegania i zwalczania zakażeń w szpitalu, uwzględniając brzmienie art. 14 ust. 1 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń, obejmują następujące obszary działalności: 1) powołanie i nadzór nad działalnością zespołu i komitetu kontroli zakażeń w szpitalu), 2) ocenę ryzyka i monitorowanie występowania zakażeń w szpitalu i czynników alarmowych, 3) organizację udzielania świadczeń zdrowotnych, w sposób zapewniający: a) zapobieganie zakażeniom w szpitalu i szerzeniu się czynników alarmowych, b) warunki izolacji pacjentów z zakażeniem lub chorobą zakaźną oraz pacjentów szczególnie podatnych na zakażenia, c) możliwość wykonywania badań laboratoryjnych w ciągu całej doby, d) wykonywanie badań laboratoryjnych, umożliwiających identyfikację biologicznych czynników chorobotwórczych wywołujących zakażenia i choroby zakaźne, oraz ich weryfikację przez wymienione w ustawie podmioty, wskazane lub upoważnione przez ministra właściwego do spraw zdrowia, e) ograniczenie narastania lekoopor-

⁹ J. Michałak, S. Wytrych, Odpowiedzialność prawna a zakażenia szpitalne, s. 44–45.

ności biologicznych czynników chorobotwórczych w wyniku niewłaściwego stosowania profilaktyki i terapii antybiotykowej, 4) monitorowanie i rejestrację zakażeń w szpitalu i czynników alarmowych, 5) sporządzanie i przekazywanie właściwemu państwowemu inspektorowi sanitarnemu raportów o bieżącej sytuacji epidemiologicznej szpitala, 6) zgłaszanie w ciągu 24 godzin potwierdzonego epidemicznego wzrostu liczby zakażeń w szpitalu właściwemu państwowemu inspektorowi sanitarnemu.

W piśmiennictwie medycznym zauważa się, że warunkiem prawidłowej i efektywnej kontroli zakażeń jest świadomość, iż to nie tylko zbieranie danych do obliczania częstości zakażeń i prowadzenia oficjalnych statystyk. Ewidencja zakażeń musi być bowiem częścią spójnego programu obejmującego ocenę działania oddziału lub szpitala (w tym analiza poziomu i prawidłowości stosowanych metod diagnostycznych i leczniczych, wyposażenia i organizacji), szybką doraźną reakcję w momencie pojawienia się ogniska zakażenia lub powtarzającego się czynnika ryzyka, a także ustalenia zasad leczenia, szczególnie antybiotykami. Realizacja programu jest możliwa przy ścisłej współpracy laboratorium mikrobiologicznego z personelem medycznym oddziału oraz akceptacji programu przez administrację szpitala¹⁰.

Stosownie do art. 14 ust. 2 i 6 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń kierownicy podmiotów leczniczych wykonujących działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne są obowiązani do gromadzenia w szpitalu informacji o zakażeniach i czynnikach alarmowych¹¹ oraz prowadzenia rejestru zakażeń w szpitalu i czynników alarmowych¹², przy czym zbiory te mogą być prowadzone w formie papierowej lub w systemie elektronicznym. Li-

¹⁰ A. Przondo-Mordarska, Kontrola i rejestracja zakażeń występujących w szpitalu, (w:) A. Przondo-Mordarska (red.), Zakażenia szpitalne. Etiologia i przebieg, Wrocław 1999, s. 34–35.

¹¹ Informacje o zakażeniach szpitalnych i czynnikach alarmowych zawierają: 1) rozpoznanie kliniczne zakażenia w szpitalu lub czynnika alarmowego, 2) charakterystykę podstawowych objawów klinicznych, 3) okoliczności wystąpienia zakażenia, zachorowania lub zgonu z powodu zakażenia w szpitalu lub czynnika alarmowego, ze szczególnym uwzględnieniem czynników ryzyka oraz charakterystyki biologicznego czynnika zakaźnego, oraz inne informacje niezbędne do sprawowania nadzoru epidemiologicznego, zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy medycznej (art. 14 ust. 4 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń).

¹² Rejestr zawiera następujące dane osób, u których rozpoznano zakażenie w szpitalu lub czynnik alarmowy: 1) imię i nazwisko, 2) datę urodzenia, 3) numer PESEL, a w przypadku gdy osobie nie nadano tego numeru – serię i numer paszportu albo numer identyfikacyjny innego dokumentu, na podstawie którego jest możliwe ustalenie danych osobowych, 4) płeć, 5) adres miejsca zamieszkania, 6) rozpoznanie kliniczne zakażenia lub czynnika alarmowego oraz charakterystykę podstawowych objawów klinicznych oraz okoliczności wystąpienia zakażenia, zachorowania lub zgonu z powodu zakażenia lub czynnika alarmowego, ze szczególnym uwzględnieniem czynników ryzyka oraz charakterystyki biologicznego czynnika chorobotwórczego, oraz inne informacje niezbędne do sprawowania nadzoru epidemiologicznego, zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy medycznej (art. 14 ust. 5 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń).

stę czynników alarmowych, sposób prowadzenia rejestru zakażeń w szpitalu i czynników alarmowych, udostępniania danych nim objętych oraz okres ich przechowywania, a także wzory oraz sposób sporządzania raportów o bieżącej sytuacji epidemiologicznej szpitala oraz tryb i terminy ich przekazywania właściwemu państwowemu inspektorowi sanitarnemu szczegółowo określają przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2011 r. w sprawie listy czynników alarmowych, rejestrów zakażeń szpitalnych i czynników alarmowych oraz raportów o bieżącej sytuacji epidemiologicznej szpitala (Dz. U. z 2011 r., Nr 294, poz. 1741)¹³.

Jednostkami odpowiedzialnymi w podmiocie leczniczym za nadzór epidemiologiczny są zespół do spraw zakażeń i komitet do spraw zakażeń.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń skład zespołu kontroli zakażeń w szpitalu wchodzi: 1) lekarz jako przewodniczący zespołu, 2) pielęgniarka lub położna jako specjalista do spraw epidemiologii lub higieny i epidemiologii, w liczbie nie mniejszej niż 1 na 200 łóżek szpitalnych, a także 3) diagnosta laboratoryjny jako specjalista do spraw mikrobiologii, jeżeli lekarz, wymieniony w pkt 1, nie posiada specjalizacji z dziedziny mikrobiologii lekarskiej¹⁴. Do zadań zespołu kontroli zaka-

¹³ Warto podkreślić, że czynnikami alarmowymi w myśl obowiązujących przepisów są: gronkowiec złocisty (*Staphylococcus aureus*) oporny na metycylinę (MRSA) lub glikopeptydy (VISA lub VRSA) lub oksazolidynony, enterokoki (*Enterococcus spp.*) odporne na glikopeptydy (VRE) lub oksazolidynony, pałeczki Gram-ujemne Enterobacteriaceae spp. wytwarzające beta-laktamazy o rozszerzonym spektrum substratowym (np. ESBL, AMPc, KPC) lub odporne na karbapenemy lub inne dwie grupy leków lub polimyksyny, pałeczka ropy błękitnej (*Pseudomonas aeruginosa*) oporna na karbapenemy lub inne dwie grupy leków lub polimyksyny, pałeczki niefermentujące *Acinetobacter spp.* odporne na karbapenemy lub inne dwie grupy leków lub polimyksyny, szczepy chorobotwórcze laseczki beztlenowej *Clostridium difficile* oraz wytwarzane przez nie toksyny A i B, laseczka beztlenowa *Clostridium perfringens*, dwoinka zapalenia płuc (*Streptococcus pneumoniae*) oporna na cefalosporyny III generacji lub penicylinę, grzyby *Candida* odporne na flukonazol lub inne leki z grupy azoli lub kandyd, grzyby *Aspergillus*, rotawirus (*rotavirus*), norowirus (*norovirus*), wirus syncytialny (respiratory syncytial virus), wirus zapalenia wątroby typu B, wirus zapalenia wątroby typu C, wirus nabytego niedoboru odporności u ludzi (HIV), a także biologiczne czynniki chorobotwórcze izolowane z krwi lub płynu mózgowo-rdzeniowego, odpowiedzialne za uogólnione lub inwazyjne zakażenia.

¹⁴ Wymagane kwalifikacje członków zespołu kontroli zakażeń w szpitalu określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2010 r. w sprawie kwalifikacji członków zespołu kontroli zakażeń szpitalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 746). Przewodniczący zespołu powinien posiadać co najmniej 3-letnie doświadczenie w wykonywaniu zawodu lekarza w szpitalu oraz tytuł specjalisty lub uzyskać specjalizację I stopnia w jednej z następujących dziedzin medycyny: epidemiologia lub higiena i epidemiologia, mikrobiologia lub mikrobiologia lekarska, choroby zakaźne, organizacja ochrony zdrowia, zdrowie publiczne. Przewodniczącym zespołu może też być lekarz, który rozpoczął specjalizację w jednej z wymienionych dziedzin lub posiada inną specjalizację oraz co najmniej 2-letnie doświadczenie w pracy w zespole kontroli zakażeń w szpitalu i ukończył kurs specjalistyczny w zakresie epidemiologii szpitalnej oraz posiada świadectwo jego ukończenia lub jest w trakcie odbywania kursu specjalistycznego w zakresie epidemiologii szpitalnej prowadzonego przez właściwe podmioty.

żeń w szpitalu należy natomiast: 1) opracowywanie i aktualizacja systemu zapobiegania i zwalczania zakażeń w szpitalu; 2) prowadzenie kontroli wewnętrznej w zakresie realizacji działań zapobiegających szerzeniu się zakażeń i chorób zakaźnych oraz przedstawianie wyników i wniosków z tej kontroli kierownikowi szpitala i komitetowi zakażeń w szpitalu; 3) szkolenie personelu w zakresie kontroli zakażeń w szpitalu; 4) konsultowanie osób podejrzanych o zakażenie lub chorobę zakaźną oraz tych, u których rozpoznano zakażenie lub chorobę zakaźną.

W myśl art. 15 ust. 3 i 4 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń skład komitetu kontroli zakażeń w szpitalu wchodzi pracownicy szpitala: 1) kierownik szpitala lub jego przedstawiciel oraz wyznaczeni przez niego kierownicy komórek organizacyjnych szpitala, w tym działu diagnostyki mikrobiologicznej, centralnej sterylizatorni, apteki szpitalnej – jeżeli szpital posiada takie komórki organizacyjne; 2) przewodniczący oraz członkowie zespołu kontroli zakażeń w szpitalu; 3) osoba kierująca pracą pielęgniarek w szpitalu; jak również 4) lekarz wykonujący zadania służby medycyny pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o służbie medycyny pracy. Do zadań komitetu kontroli zakażeń w szpitalu należy: 1) opracowywanie planów i kierunków systemu zapobiegania i zwalczania zakażeń w szpitalu; 2) ocena wyników kontroli wewnętrznej przedstawianych przez zespół kontroli zakażeń w szpitalu; 3) opracowywanie i aktualizacja standardów farmakoprofilaktyki i farmakoterapii zakażeń i chorób zakaźnych w szpitalu.

Istotnym z punktu widzenia realizacji zadań z zakresu nadzoru epidemiologicznego jest art. 16 ust. 1–3 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń, zgodnie z którym osoby inne niż udzielające świadczeń zdrowotnych podejmujące czynności, w trakcie wykonywania których dochodzi do naruszenia ciągłości tkanek ludzkich, są obowiązane do wdrożenia i stosowania procedur zapewniających ochronę przed zakażeniami oraz chorobami zakaźnymi. Procedury te powinny regulować sposób postępowania przy wykonywaniu czynności, w trakcie których dochodzi do naruszenia ciągłości tkanek ludzkich, zasady stosowania sprzętu poddawanego sterylizacji oraz sposoby przeprowadzania dezynfekcji skóry i błon śluzowych oraz dekontaminacji pomieszczeń i urządzeń. Na wniosek podmiotu obowiązane do wdrożenia

Specjalista do spraw epidemiologii lub higieny i epidemiologii powinien posiadać specjalizację w dziedzinie pielęgniarstwa epidemiologicznego, epidemiologii lub higieny i epidemiologii, średnie medyczne lub wyższe wykształcenie w dziedzinie pielęgniarstwa, a także co najmniej 3-letnie doświadczenie w zawodzie pielęgniarki lub w zawodzie położnej wykonywanym w szpitalu. Z kolei specjalista do spraw mikrobiologii musi posiadać specjalizację w dziedzinie mikrobiologii, mikrobiologii medycznej lub mikrobiologii lekarskiej, a także co najmniej 2-letnie doświadczenie w zawodzie diagnosty laboratoryjnego w szpitalnym laboratorium mikrobiologicznym albo innym laboratorium mikrobiologicznym wykonującym badania na rzecz szpitali.

i stosowania procedur, są one opiniowane przez państwowego powiatowego inspektora sanitarnego.

IV. Indywidualizacja winy pracowników szpitala w przypadku wystąpienia zakażenia w szpitalu

Przechodząc do omówienia zagadnienia indywiduacji winy pracowników szpitala w przypadku wystąpienia zakażenia w szpitalu w pierwszej kolejności należy odwołać się do podnoszonego w piśmiennictwie medycznym poglądu uzasadniającego podjęcie tej tematyki, mianowicie koncepcji, że zakażenia nigdy nie są prostym następstwem jakiejś jednej bezpośredniej przyczyny i są spowodowane splotem okoliczności, wśród których występują warunki konieczne, np. obecność czynnika zakaźnego i wiele innych zmiennej¹⁵.

Założenie indywiduacji winy podejrzanych w sprawach karnych wynika m.in. z dyrektyw sądowego wymiaru kary. Zgodnie z art. 53 § 1 k.k. sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. W § 2 wymienionego przepisu przewidziano z kolei, że wymierzając karę, sąd uwzględnia m.in. sposób zachowania się sprawcy, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, a także staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości. W myśl art. 55 k.k. okoliczności wpływające na wymiar kary uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą.

Wyjaśniając ideę indywiduacji winy płynącą z przepisów Kodeksu karnego należy odwołać się do ugruntowanego stanowiska judykatury, zgodnie z którym orzekanie o karze ma charakter indywidualny i jest procesem do pewnego stopnia subiektywnym, obejmującym dokonanie wyboru i zastosowanie odpowiedniej represji karnej właściwej dla konkretnej sytuacji i konkretnego sprawcy. Z tych powodów zasady i dyrektywy orzekania w przedmiocie kary zawarte w art. 53 k.k. pozostawiają organowi orzekającemu pewien zakres swobody w procesie jej wymierzania a granice tej swobody określa wskazana w przepisie art. 438 pkt 4 k.p.k. „rażąca niewspółmierność

¹⁵ A. Zieliński, Zasady zbierania informacji o zakażeniach szpitalnych, (w:) P. B. Heczko, J. Wójcikowska-Mach (red.), Zakażenia szpitalne. Podręcznik dla zespołów kontroli zakażeń, Warszawa 2009, s. 25.

kary”¹⁶. Współmierność kary do stopnia winy musi być powiązana z indywidualnym sprawcą przestępstwa i, w zależności od okoliczności wpływających na jej ustalenie, karę należy ukształtować tak, aby zróżnicowanie kar oddawało stopień zawinienia¹⁷.

Problematykę nieprawidłowej opieki medycznej nad hospitalizowanym pacjentem i związanej z tym odpowiedzialności karnej za spowodowanie zakażenia w szpitalu (tudzież ryzyka jego spowodowania) można rozważać w dwóch aspektach:

- 1) zaniedbań w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych przez osoby wykonujące zawody medyczne, powodujących ryzyko zakażenia lub przyczyniających się do jego wystąpienia,
- 2) uchybień w organizacji pracy jednostek szpitala oraz organizacji nadzoru epidemiologicznego w podmiocie leczniczym.

Podział ten rozszerza granice odpowiedzialności karnej na członków zarządu podmiotu leczniczego oraz pracowników szpitala zajmujących samodzielne stanowiska pracy, których zakres czynności obejmuje nadzór lub realizację zadań związanych z zapobieganiem i zwalczaniem zakażeń w szpitalu. Tym samym odpowiedzialność karną za zakażenie chorego – w niektórych przypadkach – mogą ponosić również osoby spoza personelu medycznego, *nota bene* niemające bezpośredniego kontaktu z hospitalizowanym pacjentem.

Zaniedbania przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych przez lekarza, skutkujące zakażeniem pacjenta lub stwarzające realne ryzyko takiego zakażenia, stwierdzone są w obszarach diagnostyki, terapii i profilaktyki chorób i wiążą się na ogół z ignorowaniem podstawowych zasad aseptyki. Czynniki ryzyka, których bagatelizowanie może obciążać np. lekarza operatora, są też brak dyscypliny na sali operacyjnej czy decyzja o przeprowadzeniu zabiegu w trybie planowym mimo dostrzeżonego niedostatecznego reżimu sanitarnego sali operacyjnej. Do zakażenia może przyczynić się nieodpowiednia okołoperacyjna profilaktyka antybiotykowa, za którą odpowiedzialność ponosić będzie lekarz prowadzący leczenie pacjenta (np. zbyt mała dawka leku w stosunku do potencjalnego zakażenia, podanie leku w niewłaściwym czasie, albo wybór leku o nieadekwatnym do specyfiki zakażenia spektrum działania). Zestawienie faktu wykrycia na przestrzeni kilku dni w badaniach krwi pacjenta określonej bakterii i załamanie się stanu zdrowia pacjenta w krótkim czasie po wypisaniu ze szpitala, musi budzić uzasadnione podejrzenie, że przyczyną choroby było *de facto* zakażenie w szpitalu. W przypadku badania odpowiedzialności lekarza za spowodowanie zakażenia w szpitalu przedmiotem oceny powinny być takie kwestie, jak zakres ob-

¹⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 8 września 2016 r., sygn. II AKa 75/16, LEX nr 2171292; wyrok SA w Łodzi z dnia 29 października 2013 r., sygn. II AKa 178/13, LEX nr 1428174.

¹⁷ Wyrok SA w Lublinie z dnia 27 marca 2012 r., sygn. II AKa 13/12, LEX nr 1210833.

owiązków oskarżonego jako lekarza prowadzącego (dyżurnego), sposób rozpoznania określonej bakterii, obraz kliniczny i patomorfologiczny zakażenia organizmu tą bakterią, następstwa i powikłania wywołane rozwojem zakażenia organizmu tą bakterią, sposób leczenia pacjenta w kolejnych placówkach leczniczych (jeżeli miało to miejsce w stanie faktycznym danej sprawy), a także możliwość zaistnienia innej prócz zakażenia przyczyny załamania stanu zdrowia pacjenta. Podkreślenia wymaga, że również inni niż lekarze członkowie personelu medycznego mogą ponosić odpowiedzialność karną za niedopełnienie zasad aseptyki, skutkujące zakażeniem w szpitalu lub stwarzających ryzyko wystąpienia tego zdarzenia. Jako przykład wskazać należy zaniechanie przez pielęgniarkę lub położną czynności pielęgnacyjnych nad pacjentem i brak zmiany opatrunków, tudzież oczyszczenia rany pooperacyjnej.

Dodać należy, że niewydanie i niewdrożenie w podmiocie leczniczym procedur nadzoru epidemiologicznego *eo ipso* nie powinno wpływać na ocenę prawnokarną postępowania lekarza lub innego członka personelu medycznego. Prawidłowa opieka medyczna nad pacjentami wynika bowiem z wiedzy lekarskiej i pielęgniarskiej oraz doświadczeń praktyki medycznej. Źródłem powstania reguły postępowania medycznego sprowadzającego się do zapewnienia odpowiedniego nadzoru nad chorym należy zatem poszukiwać w innej od wewnętrznych procedur i regulaminów szpitala przestrzeni prawnej i faktycznej. Procedury mogą stanowić jedynie potwierdzenie uznanych i powszechnie obowiązujących zawodowych reguł prawidłowego postępowania medycznego w odniesieniu do przestrzegania zasad aseptyki przy leczeniu chorych. Pewne reguły postępowania medycznego istnieją bowiem i są wymagalne już przed dniem wdrożenia procedur nadzoru epidemiologicznego.

Błąd organizacyjny polegający na nieprawidłowym zarządzaniu podmiotem leczniczym, tudzież jego poszczególnymi komórkami, może uzasadniać przypisanie winy kierownikowi podmiotu lub osobom przez niego upoważnionym do realizacji określonych zadań. Przykładem może być sposób funkcjonowania centralnej sterylizatorni w szpitalu. Wśród najważniejszych uchybień, które powodują ryzyko wystąpienia w szpitalu zjawiska zakażeń pacjentów, a związane są z organizacją pracy wspomnianej komórki, wymienia się np. brak możliwości sterylizacji całego sprzętu, który bierze udział w przerwaniu ciągłości tkanek oraz pozostaje w kontakcie m.in. ze spojówkami i sluzówkami, niewłaściwe kwalifikowanie sprzętu do zastosowanej metody sterylizacji, nieprawidłowa kontrola procesu i technologii sterylizowania, brak właściwego wyposażenia sterylizacyjnego w szpitalu, niewielka pojemność sterylizatorów parowych, czy też brak dostępności innych metod wyja-

ławiania (obok metod termicznych)¹⁸. Nieprawidłowości rzutujące na osiągnięcie tzw. sukcesu aseptycznego, które na ogół obciążają kierownictwo podmiotu leczniczego, mogą występować też w polityce kadrowej szpitala (np. zaniechanie kierowania pracownikami mających kontakt z pacjentem, żywnością etc. na profilaktyczne badania sanitarno-epidemiologiczne, tudzież bagatelizowanie przeciwwskazań medycznych do zatrudniania osób – nosicielek bakterii i wirusów do pracy na określonym stanowisku), w systemie zaopatrzenia szpitala w wyroby medyczne (np. zakup w drodze zamówień publicznych materiałów opatrunkowych, które nie spełniają wymaganych przepisami norm bezpieczeństwa i nie są dopuszczone do obrotu w Polsce), czy w organizacji ruchu chorych (np. brak izolowania pacjentów cierpiących na choroby zakaźne i umieszczanie ich w salach ogólnych). Do epidemii tzw. zakażeń pokarmowych mogą prowadzić np. nieprawidłowości w organizacji i pracy kuchni szpitalnej, w tym nieprawidłowe przechowywanie produktów leczniczych, nieprawidłowa temperatura rozprowadzania gotowych posiłków, zanieczyszczenie podczas przygotowania produktów, niski poziom higieny pracowników, zanieczyszczenie urządzeń i sprzętu kuchennego, czy też niedostateczna kontrola sanitarno-higieniczna pomieszczeń kuchennych i magazynowych. Wreszcie błędy organizacyjne mogą występować w nadzorze epidemiologicznym, którego sprawowanie – jak wcześniej zauważono – jest obowiązkiem ustawowym, a szczegółowe wymogi sprawowania nadzoru określone są przepisami rangi powszechnie obowiązujących. Z uwagi na strukturę nadzoru epidemiologicznego, a także kwalifikacje i zadania poszczególnych pracowników zaangażowanych w ten nadzór, wymagane jest każdorazowe ustalenie przyczyn jego nieskuteczności, prowadzącej do zakażeń w szpitalu pacjentów. Tym samym kierownik podmiotu leczniczego może ponosić odpowiedzialność karną w przypadku udowodnienia, że świadomie powierzał obowiązki członków zespołu lub komitetu zakażeń w szpitalu osobom niekompetentnym, nieposiadającym wymaganych przepisami kwalifikacji i doświadczenia zawodowego. Członkowie zespołu lub komitetu zakażeń w szpitalu będą natomiast ponosić odpowiedzialność karną w sytuacji jednoznacznego ustalenia ignorowania powierzonych im zadań, czy niedopełniania obowiązków wynikających z nadzoru epidemiologicznego (np. ignorowanie zaleceń właściwych organów administracji publicznej co do konieczności wdrożenia określonych procedur, niewykonanie zaleceń kontroli przeprowadzonej przez te organy, poświadczanie nieprawdy w dokumentacji, rejestrach etc. polegającej na ukrywaniu faktu wystąpienia określonych zakażeń, rzeczywistej skali zjawiska czy stwierdzonych czynników ryzyka). Warunkiem koniecznym do przypisania winy wymienionym osobom jest rów-

¹⁸ Por. D. Dzierżanowska, A. Gzyl, U. Łopaciuk, U. Wojda, E. Vogtt, T. Dyśko, Zabiegi sanitarne, (w:) D. Dzierżanowska, J. Jeljaszewicz (red.), Zakażenia szpitalne, Bielsko-Biała 1999, s. 325–328.

nież wykazanie związku przyczynowego między konkretnymi błędami organizacyjnymi, a wystąpieniem zakażeń w szpitalu lub realnego, bezpośredniego ryzyka ich wystąpienia w oddziałach podmiotu leczniczego.

V. Wybrane problemy kwalifikacji karnej czynów zabronionych związanych z wystąpieniem zakażeń w szpitalu

Zdecydowanie największa liczba przestępstw związanych bądź to z błędami medycznymi, bądź z innymi zaniedbaniami w organizacji opieki medycznej nad pacjentem kwalifikowana jest jako narażenie człowieka na niebezpieczeństwo. Zgodnie z art. 160 § 1 k.k. kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. W § 2 wymienionego przepisu przewidziano, że jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Nieumyślność wymienionych przestępstw określa § 3 omawianego przepisu przewidując w tej sytuacji karę grzywny, karę ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Ściganie przestępstwa następuje wówczas na wniosek pokrzywdzonego (§ 5). W myśl art. 160 § 4 k.k. nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1–3 sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo¹⁹.

W judykaturze wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym przepis art. 160 k.k. chroni życie i zdrowie człowieka na etapie poprzedzającym naruszenie tych dóbr. Jest to przestępstwo skutkowe, do przyjęcia odpowiedzialności konieczne jest zatem zaistnienie skutku w postaci obiektywnie istniejącego potencjału niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie na to niebezpieczeństwo ma mieć charakter konkretny, ustawodawca wymaga, aby było to niebezpieczeństwo bezpośrednie. Bezpośredniość tę rozumieć należy bądź jako nieuchronne następstwo dalszego niebezpiecznego dla życia lub zdrowia rozwoju sytuacji, bądź jako wysokie

¹⁹ W przedmiocie przestępstwa narażenia człowieka na niebezpieczeństwo zob. m.in. D. Wąsik, *Mors in tabula* w teorii i praktyce śledczej, Bydgoszcz 2016, s. 107–109 wraz z powołanym tam piśmiennictwem oraz O. Kocaj, Prawnokarne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi, *Prok. i Pr.* 2015, nr 7–8, s. 111–126; M. Małecki, Interpretacja art. 231 § 1 k.k. Rzecz o uzasadnieniu i konsekwencjach uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 24/12, *Cz.PKiNP* 2014, nr 1, s. 109–124; M. Wołińska, Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, *Prok. i Pr.* 2013, nr 5, s. 19–35; K. Syroka-Marczewska, Odpowiedzialność karna lekarza – wybrane aspekty, *St.lur.* 2012, nr 55, s. 91–100; L. Kubicki, Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej, *PiM* 2003, nr 13, s. 4 i nast.; S. Rutkowski, Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza, *Prok. i Pr.* 1999, nr 9, s. 71–91.

prawdopodobieństwo jego wystąpienia²⁰. Jeśli dany układ sytuacyjny jest tego rodzaju, że w każdej chwili, bez jakiegokolwiek ingerencji człowieka, może doprowadzić do wskazanych skutków w postaci utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pokrzywdzonego, to jak najbardziej zasadne jest twierdzenie, że zaistniał już stan „bezpośredniego niebezpieczeństwa”, w rozumieniu art. 160 § 1 k.k. (co trzeba odnieść również do znamienia określonego w art. 220 § 1 k.k., z uwagi na normatywne powiązanie tych przepisów). Dlatego też, jeśli w wyniku działania sprawcy lub – gdy ciąży na nim szczególny obowiązek zapobieżenia narażeniu danych dóbr prawnych na niebezpieczeństwo – przez jego zaniechanie, powstanie sytuacja charakteryzująca się wystąpieniem, w nieuchronny sposób, bez jej dalszego zdynamiczowania, takiej skali zagrożenia dla życia lub zdrowia człowieka, że istnieje już „konkretne” zagrożenie dla tych dóbr prawnych, w postaci możliwości ich naruszenia, należy uznać, że zaistniał już stan narażenia na „bezpośrednie niebezpieczeństwo” w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów²¹.

Dla realizacji znamienia występku z art. 160 § 1–3 k.k. wystarczające jest wystąpienie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego, a nie jego naruszenie. Jest to zatem przestępstwo skutkowe²². Znamię narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, o którym mowa w art. 160 § 1 k.k., może zostać zrealizowane w jeden z trzech sposobów: przez sprowadzenie zagrożenia, jego znaczące zwiększenie, a także – w przypadku gwaranta nienastąpienia skutku przy przestępstwach z zaniechania – przez niespowodowanie jego ustąpienia albo zmniejszenia²³. Jednocześnie wskazać należy, że możliwość przypisania sprawcy skutków czynu obejmuje jedynie normalne, a niewykraczające poza możliwość przewidywania, następstwa jego zachowania. I co równie ważne, następstwa te muszą pozostawać w związku z zawinionym naruszeniem tych reguł ostrożności, które w konkretnym układzie sytuacyjnym wywołały stan niebezpieczeństwa dla określonego dobra prawnego²⁴.

W tym miejscu – odnosząc powyższe rozważania do zagadnienia zakażeń w szpitalu – należy rozstrzygnąć, czy i ewentualnie w jakich przypadkach odpowiedzialność karną z art. 160 k.k. za narażenie pacjenta na zakażenie w szpitalu ponosić będą odpowiednio lekarz i kierownik podmiotu

²⁰ Postanowienie SN z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. V KK 342/15, LEX nr 1977834; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. II KK 177/11, OSNKW 2012, nr 3, poz. 29.

²¹ Postanowienie SN z dnia 6 maja 2015 r., sygn. IV KK 33/15, LEX nr 1745833.

²² Wyrok SN z dnia 24 września 2015 r., sygn. V KK 228/15, LEX nr 1808548; wyrok SA w Łodzi z dnia 10 września 2015 r., sygn. II AKa 162/15, LEX nr 1808686.

²³ Wyrok SN z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. III KK 77/11, OSNKW 2011, nr 10, poz. 94.

²⁴ Postanowienie SN z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. II KK 39/09, LEX nr 558347.

lecniczego, tudzież pracownik wyznaczony do nadzorowania i realizacji nadzoru epidemiologicznego.

Na lekarzu prowadzącym pacjenta ciąży obowiązek gwaranta w zakresie zapobiegania bezpośredniemu niebezpieczeństwu wystąpienia skutków określonych w art. 160 § 2 k.k. Obowiązki te aktualizują się w momencie wystąpienia niebezpieczeństwa, przy czym musi być ono obiektywnie rozpoznawalne *ex ante*. Obejmują one przeprowadzenie czynności diagnostycznych, pozwalających lekarzowi na ustalenie, czy występuje zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjenta oraz podjęcie stosownych czynności terapeutycznych, zmniejszających owo zagrożenie, o ile obiektywnie to jest możliwe²⁵. Lekarz, który przejął opiekę nad pacjentem w sytuacji, gdy ten znajdował się już w stanie bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia nie może ponieść odpowiedzialności karnej z art. 160 § 2 lub 3 k.k. w sytuacji, gdy pożądane zachowanie alternatywne, tj. zabieg lekarski (operacja) nie stwarzał realnej możliwości nawet na zmniejszenie tego stanu zagrożenia dla życia pacjenta²⁶. Skutkiem należącym do znamion strony przedmiotowej występku z art. 160 § 2 i 3 k.k. jest nie tylko wywołanie takiej sytuacji, w której pacjent znajduje się, nie będąc uprzednio, w położeniu grożącym mu bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia, ale również na utrzymaniu (nie odwróceniu, nie zmniejszeniu) istniejącego już poziomu tego niebezpieczeństwa w czasie, kiedy urzeczywistnił się obowiązek działania lekarza-gwaranta. Co więcej, przestępstwo jest dokonane z chwilą narażenia na niebezpieczeństwo, chociażby osoba narażona nie doznała żadnej krzywdy²⁷. Zakres obowiązków ciążyących na gwarancie (art. 160 § 2 k.k.) musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania²⁸. Wreszcie wskazać należy, że odpowiedzialność lekarza gwaranta na płaszczyźnie art. 160 § 2 k.k. nie musi polegać tylko na popełnieniu przez niego błędu diagnostycznego czy medycznego. Mogą to być różne inne podejmowane albo zaniechane przez

²⁵ Postanowienie SN z dnia 6 października 2016 r., sygn. V KK 94/16, OSNKW 2017, nr 1, poz. 3.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 19 maja 2015 r., sygn. II KK 236/14, LEX nr 1729282.

²⁷ Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. IV KK 43/13, LEX nr 1318212; wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. IV KK 42/12, LEX nr 1220930.

²⁸ Wyrok SN z dnia 8 czerwca 2010 r., sygn. III KK 408/09, LEX nr 598846; postanowienie SN z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. IV KK 356/10, OSNKW 2011, nr 2, poz. 18. Zob. również wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2008 r., WA 32/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1716; wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. IV KK 381/07, OSNKW 2008, nr 7, poz. 56; wyrok SN z dnia 7 grudnia 2006 r., sygn. V KK 91/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 18; wyrok SN z dnia 21 września 2006 r., sygn. V KK 10/06, LEX nr 196961.

niego czynności, narażające człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu²⁹.

Mając na względzie dotychczasowe uwagi zasadnym jest przyjęcie, że spowodowanie przez lekarza-gwaranta stanu zagrożenia zakażeniem szpitalnym następuje z chwilą uaktywnienia czynnika alarmowego występującego w obrębie postępowania diagnostycznego, terapeutycznego czy rehabilitacyjnego. Przykładowo o zaistnieniu bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta w wyniku możliwego zakażenia w szpitalu można mówić z chwilą przystąpienia przez lekarza do zabiegu operacyjnego z wykorzystaniem niewłaściwie wysterylizowanych narzędzi chirurgicznych, czego lekarz-operator, wbrew nałożonemu na niego obowiązkowi, nie sprawdził. Stan bezpośredniego zagrożenia życia i zdrowia chorego hospitalizowanego na danym oddziale szpitalnym dynamizuje się również w przypadku odstąpienia od zastosowania u pacjenta antybiotykoterapii mimo istnienia wskazań medycznych, ewentualnie zastosowania nieprawidłowych leków w uprzednio znanym lekarzowi stanie klinicznym pacjenta. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na wyrażony w judykaturze pogląd, zgodnie z którym z art. 160 § 3 k.k. odpowiada ten, kto sprowadza jedynie nieumyślne bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, zaś ten, kto przez swoje nieumyślne zachowanie powoduje już śmierć człowieka albo ciężki uszczerbek na zdrowiu innej osoby, ponosi odpowiedzialność z art. 155 lub 156 § 2 k.k.³⁰ Tym samym w zależności od skutku zakażenia w szpitalu o podłożu egzogennym i przejścia stanu niebezpieczeństwa w potwierdzony medycznie rzeczywisty ciężki uszczerbek na zdrowiu lub zgon pacjenta (co dość często ma miejsce w przypadku wstrząsu septycznego), lekarz może ponosić odpowiedzialność karną również z art. 155 k.k. lub art. 156 § 2 k.k.

W odniesieniu do kierownika podmiotu leczniczego, względnie pracownika szpitala wyznaczonego decyzją kierownika do nadzorowania i realizacji nadzoru epidemiologicznego, odpowiedzialność karna za wywołanie stanu zagrożenia życia lub zdrowia pacjentów w wyniku zakażenia w szpitalu może sprowadzać się do zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 160 § 1 k.k. Jak wcześniej wspomniano przypisanie odpowiedzialności karnej wymienionej kategorii pracowników szpitala wymaga jednak ustalenia bezpośredniego przełożenia zaniedbań organizacyjnych lub służbowych na uaktywnienie czynnika alarmowego. Takim będzie np. zwrot niewysterylizowanych narzędzi chirurgicznych z centralnej sterylizatorni na oddział szpitalny, przygotowywanie posiłków dla pacjentów z przeterminowanej żywności, czy niezapewnienie w aptece szpitalnej skutecznych antybiotyków do stosowania w przypadkach wystąpienia określonych zakażeń w szpitalu.

²⁹ Wyrok SN z dnia 3 września 2013 r., sygn. WK 14/13, LEX nr 1375270.

³⁰ Wyrok SO w Gliwicach z dnia 16 grudnia 2015 r., sygn. VI Ka 992/15, LEX nr 2090989.

Podkreślenia wymaga, że nie będą kwalifikowane z art. 160 § 1 k.k. takie uchybienia, jak niewdrożenie lub niestosowanie procedur zapewniających ochronę przed zakażeniami oraz chorobami zakaźnymi, nieprzestrzeganie wymagań higieniczno-sanitarnych, czy niepodjęcie działań w zakresie przeciwdziałania szerezeniu się zakażeń szpitalnych, określonych w art. 14 ust. 1 i 2 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń. Czyny te są bowiem traktowane przez ustawodawcę jako wykroczenia, a ich popełnienie podlega karze grzywny (por. art. 50 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych). Jeżeli jednak powyższe zaniedbania będą bezpośrednio generowały czynniki alarmowe i stwarzały wysokie prawdopodobieństwo ich zdynamiczowania, będzie można rozważać odpowiedzialność karną personelu szpitala z perspektywy znamion art. 160 § 1 k.k.

VI. Podsumowanie

Zapewnienie bezpieczeństwa pacjentom hospitalizowanym w podmiocie leczniczym uwarunkowane jest prawidłowym funkcjonowaniem wszystkich jednostek organizacyjnych szpitala. Niekiedy doświadczenie czy umiejętności personelu medycznego mogą okazać się całkowicie nieprzydatne w zażegnaniu stanu zagrożenia życia lub zdrowia pacjentów. Takie sytuacje generuje zwłaszcza zjawisko zakażeń w szpitalu, zdarzenia o złożonej etiologii, zawierającej w sobie mnogość czynników alarmowych występujących niejednokrotnie poza obszarem działalności medycznej *sensu stricto*. Przyczyny zakażeń w szpitalu bywają złożone, mogą wynikać z prostych błędów medycznych, ale ich źródłem może być też nieodpowiednie zarządzanie podmiotem leczniczym lub niedbałe wykonywanie obowiązków pracowniczych niezwiązanych bezpośrednio z leczeniem pacjentów. Sytuacja ta stawia przed organami ścigania zadanie ustawicznego pogłębiania wiedzy na temat uwarunkowań zakażeń w szpitalu i odnoszenie jej do złożonej struktury podmiotów leczniczych, gdzie rzeczywista przyczyna niebezpieczeństwa może znajdować się początkowo poza obszarem postępowania dowodowego. Specyfika zakażeń w szpitalu musi być również uwzględniona przy ocenie winy podejrzanym i kwalifikacji karnej przestępstw.

Legal and penal evaluation of hospital-acquired infections

Abstract

So far, issues pertaining to hospital-acquired infections have been addressed primarily in medical or judicial medical literature, while legal and penal aspects thereof have not been given much attention in the law doctrine. The purpose of this study is to: fill the gap in the criminal law literature by adding a publication which organizes medical and organizational issues relating to hospital-acquired infections, which issues are most meaningful from lawyers' perspective; draw attention to the need for careful investigation into the guilt of persons responsible for such infections, with due consideration given to a complex structure of healthcare institutions as well as proper classification of prohibited acts, whereby an infection risk is created, or hospital personnel's acts or omissions that have actually caused infections.

Marcin Rulka

Penalizacja czynów godzących w równość formalną wyborów i referendum

Streszczenie

W artykule omówione zostały czyny zabronione skierowane przeciwko równości formalnej wyborów. Autor dzieli te czyny na dwie grupy: zagrażające wymienionej zasadzie oraz ją naruszające. Wskazuje na brak odpowiedniego dostosowania katalogu przestępstw oraz wykroczeń do pojawienia się nowych sposobów głosowania. Dokonuje również krytycznej oceny kar nakładanych za popełnienie tych czynów.

I. Uwagi wstępne

Zasada równości wyborów w konstytucjach wielu państw, przede wszystkim europejskich ujmowana jest w konstytucyjnym katalogu zasad prawa wyborczego wespół z zasadami: powszechności i bezpośredniości wyborów, a także tajności głosowania¹. Można wyróżnić trzy aspekty tej zasady. Pierwszy aspekt zwany jest równością formalną, zgodnie z którym, każdy wyborca ma jeden głos, ewentualnie taką samą liczbę głosów (zasada jeden głos – jeden wyborca). Drugi, określany jako równość materialna, stanowi o obowiązku ustawodawcy takiego ukształtowania granic okręgów wyborczych, aby siła głosu wyborców z poszczególnych części kraju czy wspólnoty lokalnej była mniej więcej równa. Najpóźniej wykształcił się aspekt równości szans, zgodnie z którym podmioty ubiegające się o mandat powinny mieć równe szanse w „wyścigu wyborczym”².

W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. zasada równości wyborów pojawia się w katalogu zasad rządzących wyborami do Sejmu RP (art. 96 ust. 2), wyborami na urząd Prezydenta RP (art. 127 ust. 1) oraz organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego (art. 169 ust. 2), co oznacza obowiązywanie w zakresie tych wyborów również równości formalnej. Ten aspekt zasady równości obowiązuje także w pozostałych rodzajach wy-

¹ W katalogu tym bywają ujmowane również zasady wyborów proporcjonalnych (większościowych) oraz wolnych wyborów.

² Zob. P. Uziębło, *Zasada równości wyborów w państwach europejskich oraz południowoamerykańskich*, Warszawa 2013, s. 13–15.

borów, co wynika z ogólnej zasady równości ujętej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. W związku z tym należy stwierdzić, że równość formalna obowiązuje również w wyborach do Senatu RP oraz na urząd wójta (burmistrza, prezydenta miasta), a także w referendum ogólnokrajowym oraz referendum lokalnym.

Zasady tej nie można wyprowadzić z przepisów konstytucyjnych jedynie w zakresie wyborów do Parlamentu Europejskiego, jednak wynika ona w zakresie tych wyborów z prawa Unii Europejskiej, o czym w dalszej części opracowania.

Zasady rządzące wyborami stanowią rudymenty uczciwej procedury wyborczej, którym powinny odpowiadać przepisy szczegółowe i przez których pryzmat należy te przepisy interpretować. Wyrazem poszanowania tych zasad są również przepisy penalizujące łamanie najważniejszych elementów procedury wyborczej.

Większość z przestępstw określonych w Rozdziale XXXI Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum”³ oraz przestępstw i wykroczeń ujętych w Kodeksie wyborczym w Dziale XI „Przepisy karne”⁴ i ustawach referendalnych⁵ stanowi pośrednio naruszenie jednej z wymienionych zasad prawa wyborczego. Przykładowo, wyrazem dążenia do poszanowania zasady powszechności wyborów (ale również zasady równości, o czym szczegółowo w dalszej części opracowania) jest przepis art. 248 pkt 1 k.k., zgodnie z którym: „Kto w związku z wyborami do Sejmu, do Senatu, wyborem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, wyborami do Parlamentu Europejskiego, wyborami organów samorządu terytorialnego lub referendum (...) sporządza listę głosujących, z pominięciem uprawnionych lub wpisaniem nieuprawnionych (...) – podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Zasadę tajności głosowania chroni z kolei art. 251 k.k., według którego: „Kto, naruszając przepisy o tajności głosowania, wbrew woli głosującego zapoznaje się z treścią jego głosu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest polska regulacja prawna penalizująca czyny, które godzą w zasadę równości formalnej wyborów (referendum). W tym miejscu pragnę zaznaczyć, że na potrzeby niniejszego opracowania zasadę jeden wyborca – jeden głos rozciągam na wszystkie osoby, które mogą być sprawcami czynów zagrażających lub naruszających omawiany aspekt zasady równości. Przestępstwo godzące w ten aspekt za-

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2016 r., poz. 1137, dalej: k.k.

⁴ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. z 2011 r., Nr 21, poz. 112 ze zm., dalej: k.wyb.

⁵ Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 318 (Rozdział 11 „Przepisy karne”); Ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 706 (Rozdział 9 „Przepisy karne”).

sady równości należy zaliczyć do najbardziej dotkliwych z punktu widzenia jednej z podstawowych funkcji wyborów, tj. funkcji legitymizującej, która jest przez wybory realizowana tylko w przypadku, gdy władza została zdobyta w sposób zgodny z prawem.

W doktrynie dokonywana jest różna typologia przestępstw, której podlegają również przestępstwa przeciwko wyborom. Najczęściej wymieniane są podziały przestępstw ze względu na: wagę czynu (zbrodnie i występki), podmioty, który się go dopuściły (powszechne, indywidualne), formę winy (umyślne i nieumyślne), umieszczenie bądź nieumieszczenie w ustawowym opisie znamienia skutku, które dzieli przestępstwa na formalne (bezsukotkowe) i materialne (skutkowe), formę czynu (z działania, z zaniechania) czy tryb, w jakim są ścigane (publicznoscargowe i prywatnoscargowe).

Odnosząc się do ostatniego podziału należy zauważyć, że wszystkie przestępstwa przeciwko wyborom, w tym również będące przedmiotem tego opracowania, mają charakter publicznoprawny, co wynika z tego, że procedura wyborcza organizowana jest przez władze państwowe. Jeśli chodzi o podział na wagę czynu, to czyny skierowane przeciwko tej zasadzie obstrzone są z reguły stosunkowo niewielką karą, kwalifikującą je jako występki. Można wskazać również na wykroczenia uregulowane w Kodeksie wyborczym, o których w dalszej części opracowania.

Kwalifikację czynów skierowanych przeciwko równości formalnej wyborów do pozostałych kategorii zaprezentuję w dalszej części opracowania.

Przepisy karne chroniące równość formalną wyborów przedstawię w podziale na dwie grupy według kryterium skutku czynów wypełniających znamiona danego przestępstwa (wykroczenia). W pierwszej kolejności przedstawię te, które mogą się jedynie przyczynić do naruszenia równości formalnej wyborów, jednak nie powodują automatycznego naruszenia tej zasady. Następnie zaś te przestępstwa i wykroczenia, których popełnienie stanowi faktyczne naruszenie równości formalnej. Pomijam natomiast zupełnie te czyny zabronione, których popełnienie może spowodować, że głos oddany przez wyborcę nie zostanie uwzględniony z powodu, np. dopuszczenia się nadużycia przy obliczaniu głosów (art. 248 pkt 4 k.k.). W takich przypadkach nie mamy bowiem do czynienia z naruszeniem równości formalnej wyborów, a fałszowaniem wyników głosowania. Pragnę jednocześnie wyjaśnić, że podział ten, jakkolwiek podobny do podziału na przestępstwa formalne i materialne dokonywanego według skutku czynu zabronionego, tj. zmiany w świecie zewnętrznym, która jest możliwa do oddzielenia od samego działania lub zaniechania sprawcy i istnieje jeszcze przez pewien czas po zakończeniu samego działania lub zaniechania⁶, nie jest z nim tożsamy. Wynika to cho-

⁶ L. Gardocki, Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw w polskim prawie karnym, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio IUS* 2013, Tom LX, s. 34.

ciężby z tego, że nie wszystkie przestępstwa formalne stanowią jedynie zagrożenie, lecz naruszenie przedmiotowej równości, np. przestępstwo odstąpienia karty do głosowania (art. 248 pkt 5 k.k.)

II. Przestępstwa zagrażające równości formalnej wyborów (referendum)

Z uwagi na ograniczone ramy opracowania oraz fakt, iż przestępstwa, które zaliczam do tej grupy nie oddziałują wprost na równość formalną wyborów, przedstawię je w sposób pobieżny, podejmując jedynie te kwestie, które nie zostały podniesione dotąd w doktrynie, w pozostałym zakresie do niej odwołując.

1. Przestępstwa dotyczące sporządzenia listy głosujących (art. 248 pkt 1 i 2 k.k.)

Do grupy przestępstw o wskazanym charakterze można zaliczyć art. 248 pkt 1 k.k., który penalizuje sporządzenie listy głosujących z pominięciem uprawnionych lub wpisaniem nieuprawnionych, przewidując za popełnienie tego czynu karę pozbawienia wolności do lat 3 we wszystkich rodzaju wyborach oraz referendach. Sprawcą tego przestępstwa może być każdy, choć niewątpliwie dotyczy przede wszystkim urzędników odpowiedzialnych za przygotowanie list głosujących oraz członków obwodowych komisji wyborczych. Treść tego przepisu jest dość jasna, należy jednak uściślić, jak należy rozumieć pojęcie „lista głosujących”. W polskim prawie wyborczym można wyróżnić dwa wykazy wyborców. Pierwszym jest rejestr wyborców stanowiący ogólny zbiór osób, które są uprawnione do głosowania w jakichkolwiek wyborach (referendach). Rejestr wyborców służy do sporządzania drugiego z dokumentów, jakim jest spis wyborców uprawnionych do głosowania w danych wyborach (referendum). W chwili uchwalania kodeksu karnego obowiązywały już instytucje rejestru wyborców oraz spisu wyborców, co wskazywałoby, że posłużenie się ogólną nazwą „lista głosujących” miało na celu penalizację naruszeń obu wymienionych wykazów. Z drugiej strony należy zauważyć, że rejestr wyborców nie jest sporządzany, a prowadzony, gdyż ma charakter stały. Natomiast to spis wyborców stanowi potwierdzenie posiadania prawa do głosowania w danych wyborach (referendum). Można zatem przyjąć, że znamiona tego czynu zostaną wypełnione tylko w przypadku nieprawidłowości w spisie wyborców. W związku jednak z tym, że spis wyborców powinien być zgodny z rejestrem wyborców, na podstawie analizowanego przepisu pośrednią ochroną objęty jest również rejestr wyborców.

Przestępstwo to jedynie zagraża zasadzie równości wyborów, gdyż wypełnienie znamion czynu nie oznacza jeszcze, że osoba uprawniona do gło-

sowania zgodnie z odpowiednimi przepisami utraci możliwość oddania głosu lub też odda więcej niż jeden głos.

Wyborca ma możliwość sanowania powstałej nieprawidłowości wykluczającej go z głosowania, należy bowiem zauważyć, że zgodnie z wytycznymi Państwowej Komisji Wyborczej w dniu głosowania komisja wyborcza dopisuje do spisu wyborców, na dodatkowym formularzu spisu i umożliwia głosowanie osobie pominiętej w spisie, jeżeli udokumentuje ona, iż stale zamieszkuje na terenie tego obwodu głosowania, a dział ewidencji ludności urzędu gminy na żądanie komisji potwierdzi telefonicznie, że pominięcie jest wynikiem pomyłki powstałej przy sporządzaniu spisu; członek komisji, który otrzymał potwierdzenie z urzędu gminy sporządza notatkę, którą dołącza się do spisu wyborców⁷.

Odnosząc się natomiast do kwestii wielokrotnego głosowania, to zgodnie z przywołanymi wytycznymi komisja nie jest uprawniona do dokonywania jakichkolwiek innych zmian w spisie wyborców *ergo* nie może usunąć ze spisu osoby, która nie posiada prawa do głosowania. Powyższe może być dopiero przedmiotem protestu wyborczego. Nie oznacza to jednak braku możliwości sanacji zaistniałej nieprawidłowości. Skorygowanie spisu wyborców, który jest sporządzany 21 dni przed głosowaniem może bowiem następować aż do przekazania go właściwej obwodowej komisji wyborczej, co następuje w przeddzień głosowania. Kwestię tę reguluje rozporządzenie w sprawie spisu wyborców⁸, które dopuszcza również skreślenie ze spisu wyborców osób, m.in. z powodu umieszczenia ich w spisie w wyniku oczywistej omyłki. Otwarta jest jednak kwestia czy fakt, iż rozporządzenie dopuszcza aktualizację spisu wyborców, wyłącza penalizację czynu nieprawidłowego sporządzenia tego dokumentu. Zależy to od kwalifikacji tego przestępstwa, jako umyślne/nieumyślne.

Za kwalifikacją omawianego czynu jako przestępstwo nieumyślne przemawia redakcja przepisu, który wskazuje, że opisany czyn będzie kwalifikowany jako przestępstwo również w przypadku dopuszczenia się go nieumyślnie (brak sformułowania „celem” lub „w celu” wydaje się intencjonalnym zabiegiem ustawodawcy, szczególnie wobec użycia tego sformułowania w drugiej części pkt 1 art. 248 k.k. statuującego inne przestępstwo). Taką interpretację wspiera również redakcja całego art. 248, który w pkt 3 penalizuje niszczenie, uszkodzenie, ukrywanie, przerabianie lub podrabianie dokumentacji wyborczej (refe-

⁷ Zob. pkt 24 Uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 25 września 2015 r. w sprawie wytycznych dla obwodowych komisji wyborczych dotyczących zadań i trybu przygotowania oraz przeprowadzenia głosowania w obwodach głosowania utworzonych w kraju w wyborach do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej, zarządzonych na dzień 25 października 2015 r. M.P., poz. 1008, dalej: wytyczne PKW.

⁸ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 grudnia 2014 r. w sprawie spisu wyborców, Dz. U. z 2015 r., poz. 5.

rendum), który to czyn niewątpliwie ma charakter umyślny. Skoro lista głosujących jest dokumentem wyborczym, uzasadnieniem odrębnego uregulowania przestępstwa przeciwko temu dokumentowi mogło być rozszerzenie odpowiedzialności również na czyny popełnione nieumyślnie. Z drugiej strony, charakter czynu, z którego wynika duże prawdopodobieństwo wystąpienia omyłkowego wpisania osoby nieuprawnionej lub pominięcie uprawnionej wskazuje, że przestępstwo to polega na umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego co oznacza, że sprawca musi w sposób świadomy dążyć do fałszowania listy głosujących⁹. Należy wreszcie wskazać, że omyłkowe czy też nawet celowe umieszczenie w spisie wyborców osoby, która nie powinna się tam znaleźć nie oznacza, że osoba ta skorzysta ze stworzonej jej możliwości. Wymienione argumenty przemawiają raczej za tym, iż jest to przestępstwo umyślne.

Przedstawioną tezę wspiera również art. 248 pkt 2 k.k. określający kolejny czyn zabroniony o podobnym charakterze, jakim jest użycie podstępem celem nieprawidłowego sporządzenia listy kandydujących lub głosujących. Za podstęp w kontekście tego przepisu należy uznać świadome wprowadzenie innej osoby w błąd, w celu uniemożliwienia prawidłowego sporządzenia listy wyborczej¹⁰. O ile w przypadku listy kandydatów istnieje dość duże pole do podstępów ze strony przede wszystkim komitetów wyborczych i kandydatów (np. oświadczenie kandydata o posiadaniu prawa wybieralności), to w przypadku list głosujących jest ono zdecydowanie mniejsze, z uwagi na prowadzony rejestr wyborców, w którym ujmowane są tylko osoby spełniające ustawowe warunki posiadania prawa do głosowania. Takim podstępem może być jednak przykładowo sfalszowanie aktu urodzenia w zakresie daty urodzenia w przypadku, gdy ma to znaczenie dla posiadania prawa do głosowania.

2. Przestępstwo fałszowania dokumentów wyborczych – kart do głosowania (art. 248 pkt 3 k.k.)

Jak wspomniałem przy omawianiu przestępstwa fałszowania listy głosujących, w art. 248 k.k. zawarty został również taki zakaz obejmujący wszystkie dokumenty wyborcze. Zgodnie z pkt 3 tego artykułu odpowiedzialność ciąży na każdym, kto niszczy, uszkadza, ukrywa, przerabia lub podrabia protokoły lub inne dokumenty wyborcze albo referendalne. Fałszowanie większości dokumentów wyborczych nie ma wpływu na równość formalną wyborów. Do nielicznych tego rodzaju dokumentów należy zaliczyć, obok wymienionych już list głosujących, karty do głosowania. Zniszczenie karty do głosowania uniemożliwia wyborcy oddanie głosu, gdyż polska procedura wyborcza nie przewiduje możliwości wydania kolejnej karty do głosowania. Po-

⁹ T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. VI, Lex el. 2016.

¹⁰ W. Kozielowicz, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny Część szczególna. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 298.

dobny skutek wywiera ukrycie karty przed wyborcą, co może mieć miejsce w szczególności w przypadku głosowania korespondencyjnego. Uszkodzenie oraz przerobienie może z kolei w zależności od stopnia ingerencji w kartę do głosowania uniemożliwić oddanie ważnego głosu¹¹. Najbardziej szkodliwym czynem jest podrabianie karty do głosowania z uwagi na potencjalną masowość tego procederu. Część z wymienionych wyżej czynności wpływa bezpośrednio na równość formalną wyborów (niszczenie, ukrywanie), część zaś nie musi skutkować naruszeniem tej zasady (uszkadzanie, przerabianie, podrabianie). W związku z powyższym część znamion tego czynu kwalifikuje to przestępstwo do grupy przestępstw zagrażających równości formalnej wyborów, a część do grupy przestępstw naruszających tę równość.

3. Przestępstwo bezprawnego naruszenia swobody głosowania (art. 250 k.k.)

Kolejnym przestępstwem stwarzającym zagrożenie dla równości formalnej wyborów jest czyn określony w art. 250 k.k. zgodnie z którym: „Kto, przemocą, groźbą bezprawną lub przez nadużycie stosunku zależności, wywiera wpływ na sposób głosowania osoby uprawnionej albo zmusza ją do głosowania lub powstrzymuje od głosowania, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”¹². Z punktu widzenia równości formalnej wyborów nie są istotne wszystkie czynności sprawcze wypełniające ustawowe znamiona tego przestępstwa, a jedynie czynność polegająca na powstrzymaniu od głosowania osoby do tego uprawnionej przemocą, groźbą bezprawną lub przez nadużycie stosunku zależności. Należy zauważyć, że czynność zmuszania wyborcy do głosowania lub wywieranie wpływu na głosowanie w określony sposób nie godzi w omawianą zasadę, gdyż w jej rezultacie wyborca nie zostaje pozbawiony swojego głosu, a nadwątlona jedynie wolny charakter wyborów. Szczególnie istotna w tym kontekście wydaje się przesłanka nadużywania stosunku zależności, gdyż przemoc oraz groźba bezprawna wykorzystywana jest raczej w sytuacji dążenia do wpłynięcia na sposób głosowania wyborcy. Stosunek zależności może przykładowo wykorzystywać odwoływany piastun organu wykonawczego gminy w stosunku do pracowników urzędu gminy, któremu zależy na niskiej frekwencji wyborczej w referendum odwoławczym, co jest prawdopodobne, gdyż polskie prawo gwarantuje jedynie tajność treści głosu, nie zaś samego uczestnictwa wyborczego. Czynności te nie wywierają jednak bezpośredniego wpływu na liczbę

¹¹ Dla przykładu, zgodnie z załącznikiem do wytycznych PKW (pkt 60) obwodowa komisja wyborcza przegląda wszystkie karty i wydziela z nich karty całkowicie przedarte na dwie lub więcej części, których nie bierze się pod uwagę przy obliczeniach. Zob. Wytyczne PKW (przypis 7).

¹² Zob. szerzej, M. J a c h i m o w i c z, Przestępstwo naruszenia swobody głosowania (art. 250 k.k.), Prokurator 2009, nr 1.

głosów posiadaną przez poszczególnych wyborców, dla wypełnienia znamion przestępstwa nie jest bowiem konieczny skutek w postaci oddania głosu lub rezygnacja z przysługującego prawa wyborczego (przestępstwo formalne).

4. Przestępstwa korupcji wyborczej (art. 250a k.k.)

Do tej grupy należy zaliczyć również wszelkie formy przekupstwa wyborczego, tj. udzielanie korzyści majątkowej lub osobistej osobie uprawnionej do głosowania w zamian za oddanie głosu określonej treści, ale też przyjmowanie takiej korzyści. Czyny te nie powodują naruszenia równości formalnej wyborów, a jedynie stanowią dla niej zagrożenie. Należy bowiem zauważyć, że osoba przekupująca pod względem formalnym w dalszym ciągu ma jeden głos, tam samo jak osoba, która przyjmuje tę korzyść. Korupcja wyborcza jest penalizowana w przepisach kodeksu karnego w dwóch formach.

Po pierwsze, jest to sprzedajność wyborcza¹³ uregulowana w art. 250a § 1 k.k.: „Kto, będąc uprawniony do głosowania, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo takiej korzyści żąda za głosowanie w określony sposób, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

Po drugie, jest to przekupstwo wyborcze¹⁴ unormowane w art. 250a § 2 k.k., zgodnie z którym tej samej karze podlega ten: „kto udziela korzyści majątkowej lub osobistej osobie uprawnionej do głosowania, aby skłonić ją do głosowania w określony sposób lub za głosowanie w określony sposób”.

Tutaj należy zauważyć, że przekupujący zwykle nie kontrolują, czy przystający na korupcyjną propozycję wyborcy faktycznie zagłosowali w ustalony sposób¹⁵. W przypadku jednak zastosowania przez przekupującego skutecznego środka weryfikacji treści głosu oddanego przez wyborcę można takie przestępstwo zakwalifikować jako naruszające równość formalną wyborów. Należy zauważyć, że niezwykle trudno byłoby o taką skuteczną kontrolę, choć można wyobrazić sobie sytuację, w której przekupujący nakazuje wyborcy wyniesienie z lokalu wyborczego oraz okazanie skreślonej karty do głosowania, a następnie powrót z nim do lokalu wyborczego, gdzie wyborca umieszcza kartę do głosowania w urnie wyborczej.

5. Wykroczenie sprzedajności wyborczej w ramach głosowania przez pełnomocnika (art. 512 k.wyb.)

Kolejnym czynem dotykającym równości formalnej wyborów jest udzielenie pełnomocnictwa do głosowania w zamian za jakąkolwiek korzyść majątkową

¹³ Zob. szerzej, J. Skorupka, Przestępstwo korupcji wyborczej z art. 250a k.k., *Palestra* 2006, nr 11–12; R. A. Stefański, Przestępstwo korupcji wyborczej (art. 250a k.k.), *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 4.

¹⁴ Zob. szerzej, tamże.

¹⁵ D. Wąsik, Przekupstwo wyborcze (art. 250a § 2 k.k.) – Istota zjawiska, *Prokurator* 2011, nr 2, s. 92.

lub osobistą. Czyn ten jest zagrożony karą aresztu lub grzywny. Omawiany przepis został wprowadzony w związku z rozszerzeniem dopuszczalnych sposobów oddania głosu przez wyborcę o głosowanie pełnomocnika, które nie jest objęte przedstawioną już regulacją art. 250a § 1 k.k., gdyż dotyczy ona jedynie głosowania tradycyjnego (w lokalu wyborczym) oraz głosowania korespondencyjnego. Należy jednak przyjąć, że udzielający pełnomocnictwa nie będzie odpowiadał na podstawie wymienionego przepisu kodeksu karnego w sytuacji, gdy przyjął korzyść majątkową lub osobistą w zamian za przekazanie określonej woli co do treści głosu swojemu pełnomocnikowi.

Zastanawiające są dwie kwestie. Po pierwsze, trudno znaleźć przekonujące argumenty przemawiające za tym, aby wyborca udzielający pełnomocnictwa zagrożony był jedynie karą aresztu lub grzywny, podczas gdy „zwykły” wyborca, karą pozbawienia wolności nawet do 5 lat. Wydaje się wręcz, że czyn zabroniony, którego dopuszcza się udzielający pełnomocnictwa cechuje się większą szkodliwością społeczną, gdyż pełnomocnik zyskuje swobodę w wykorzystaniu pełnomocnictwa bez konieczności kontrolowania wyborcy. Po drugie, niezrozumiałe jest ograniczenie odpowiedzialności tylko do jednej strony tego procederu. Osoba, która przekazuje korzyści majątkowe lub osobiste w zamian udzielenie pełnomocnictwa staje się w ten sposób bezkarna, gdyż art. 250a § 1 k.k. (przestępstwo sprzedajności wyborczej) nie dotyczy tego sposobu głosowania.

Wykroczenie uregulowane w art. 512 k.wyb. nie narusza równości formalnej wyborów, gdyż samo dopuszczenie głosowania przez pełnomocnika *ex definitione* zakłada zgodność z równością formalną, co potwierdził w swym wyroku Trybunał Konstytucyjny¹⁶. Należy też zauważyć, że fakt przyjęcia korzyści majątkowej czy osobistej nie oznacza, że pełnomocnik nie odda głosu zgodnego z wolą udzielającego pełnomocnictwa. Ponadto z uwagi na obowiązujące gwarancje tajności głosowania, poza nielicznymi przypadkami (zob. pkt II.4) nie jest możliwe ustalenie treści głosu pełnomocnika.

III. Przestępstwa naruszające równość formalną wyborów (referendum)

W Kodeksie karnym oraz Kodeksie wyborczym można wyróżnić trzy przepisy penalizujące czyny naruszające w sposób bezpośredni zasadę

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11, Dz. U. Nr 149, poz. 889. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego głosowanie przez pełnomocnika nie jest sprzeczne z zasadą równości wyborów w sensie formalnym pełnomocnik oddaje bowiem głos w imieniu wyborcy, a nie w swoim. Nie dysponuje zatem dwoma głosami, ale jednym głosem własnym (jako wyborca) oraz jednym głosem realizowanym w imieniu innego wyborcy i jest zobowiązany do głosowania zgodnie z wolą wyborcy – mocodawcy.

równości formalnej wyborów. W ramach tej grupy można dokonać stopniowania czynów zabronionych na naruszające tę zasadę w sposób łagodniejszy (zob. pkt III.1) oraz poważniejszy (zob. pkt III.2, pkt III.3). Do pierwszej podgrupy zaliczam czyny, które powodują jedynie pozbawienie głosu wyborcę, nie przysparzają zaś tego głosu innej osobie lub odwrotnie. Do drugiej zaś podgrupy zaliczam czyny, które mają dwojakiego rodzaju skutek, z jednej strony pozbawiają wyborcę możliwości oddania głosu, z drugiej zaś powodują, że inna osoba „przejmuje” ich głos, tj. kartę do głosowania. Przesłępstwa tej grupy omówię w szerszym zakresie w stosunku do pierwszej grupy przestępstw, przede wszystkim z perspektywy zasady równości formalnej wyborów.

1. Przesłępstwo odstąpienia karty do głosowania (art. 248 pkt 5 k.k.)

Zgodnie z art. 248 pkt 5 k.k. karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto odstępuje innej osobie przed zakończeniem głosowania niewykorzystaną kartę do głosowania. Przesłępstwo to każdorazowo narusza równość formalną wyborów, gdyż co prawda samo odstąpienie karty do głosowania nie oznacza, że zostanie ona wykorzystana zgodnie z jej przeznaczeniem (tj. w głosowaniu, na potrzeby którego została wydrukowana) jednak oznacza pozbawienie głosu osoby, która odstępuje kartę do głosowania, co również godzi w tę zasadę. Powyższe wynika z tego, iż odstąpienie karty musi nastąpić przed zakończeniem głosowania. Przesłępstwem nie będzie zatem, przykładowo, wyniesienie karty do głosowania z lokalu wyborczego i odstąpienie jej innej osobie już po zakończeniu głosowania.

Przepis 248 pkt 5 k.k. stanowi o „niewykorzystanej karcie do głosowania”. Konieczne jest wyjaśnienie poszczególnych terminów zawartych w tej części przepisu. Pojęcie karty do głosowania można odnaleźć w przepisach Kodeksu wyborczego. Co prawda brak jest jego ustawowej definicji, z przepisów Kodeksu można jednak wywnioskować, że jest to urzędowy dokument, na którym znajdują się listy kandydatów/kandydaci, kratki przeznaczone do znaku „x”, a także informacje o sposobie głosowania oraz warunkach ważności głosu (art. 40 § 2 i 3 k.wyb.).

Kolejną kwestią jest wyjaśnienie, kiedy karta do głosowania jest kartą niewykorzystaną. Warunkiem ważności karty do głosowania jest jej ostemplowanie przez obwodową komisję wyborczą, w związku z powyższym przepis ten nie dotyczy odstąpienia kart nieważnych, np. kradzież w drodze z drukarni, nawet w przypadku ich późniejszego wykorzystania w wyborach. Prowadzi to do wniosku, iż karta do głosowania zostaje niewykorzystana jedynie w sytuacji, gdy wyborca po otrzymaniu karty do głosowania nie wypełni jej oraz nie wrzuci do urny wyborczej, ale przekaże ją innej osobie. Wydaje się jednak, że pod tym pojęciem można rozumieć również sytuację, w której wyborca wykorzystuje kartę nie w pełni, gdyż co prawda wrzuca ją do urny wyborczej, jednak jej nie wypełnia oddając tzw. głos pusty. W takiej

sytuacji istnieje ryzyko, że osoba trzecia, najczęściej członek obwodowej komisji wyborczej wykorzysta ją (ponownie) poprzez oznaczenie jednego z kandydatów. Zatem pod pojęciem niewykorzystania karty do głosowania należy rozumieć jedynie sytuacje, w których karta do głosowania w ogóle nie zostaje „skreślona”, ale też przypadki, gdy zostaje „skreślona” w taki sposób, że może być ponownie użyta. Znamieniem tego czynu zabronionego nie jest jednak czynienie jakichkolwiek dopisków wpływających na nieważność, gdyż jest to odrębne przestępstwo z art. 248 pkt 3 k.k. W związku z wprowadzeniem głosowania korespondencyjnego należy rozszerzyć zakres tego pojęcia również o karty do głosowania znajdujące się w pakiecie wyborczym. Brak jest jednak ochrony podobnej jak dla karty do głosowania, również dla innych dokumentów znajdujących się w pakiecie do głosowania, co należy uznać za przeoczenie legislacyjne, gdyż ich „przejęcie” przez inną osobę skutkuje tak samo jak przejęcie karty do głosowania, tj. pozbawieniem możliwości oddania ważnego głosu przez wyborcę. Należy wreszcie zauważyć, że sprawcą tego przestępstwa może być każdy, nie tylko wyborca, biorąc pod uwagę możliwość wystąpienia pośredników w tym procedurze. Jest to zatem przestępstwo powszechne.

Jest to przestępstwo umyślne, gdyż odstąpienie karty do głosowania *ex definitione* może się odbyć jedynie za wiedzą wyborcy. Biorąc to pod uwagę oraz charakter procedury wyborczej jest to przestępstwo z działania.

Przestępstwo to należy zakwalifikować jako formalne, gdyż do realizacji znamion czynu zabronionego nie jest konieczne, aby karta do głosowania została użyta w wyborach¹⁷. Dowodzi tego porównanie analizowanego przestępstwa uregulowanego w pierwszej części punktu 5 art. 248 do treści drugiej części tego punktu, która penalizuje czyn drugiej strony tej procedury, tj. pozyskującego kartę do głosowania. Ta część przepisu stanowi o wymogu celowości pozyskania karty do głosowania (wykorzystania w głosowaniu) dla wypełnienia znamion czynu zabronionego.

Zastanawiające jest to, że maksymalna kara za tego rodzaju czyn zabroniony jest niższa aniżeli przestępstwo sprzedajności wyborczej (zob. pkt III.2) w sytuacji gdy osoba, która przyjmuje kartę do głosowania ma większą swobodę w jej wykorzystaniu. Wydaje się, że na stopień szkodliwości czynu nie wpływa fakt, że odstąpienie karty do głosowania może następować w dowolnych okolicznościach, również bez przyjęcia jakiegokolwiek korzyści.

2. Przestępstwo pozyskania karty do głosowania (art. 248 pkt 5 k.k.)

W art. 248 pkt 5 k.k. jak już wspomniałem, można wyodrębnić jeszcze jedno przestępstwo, które stanowi logiczne uzupełnienie zakazu odstępo-

¹⁷ M. Sze w c z y k, (w:) A. Z o l l (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II, Kraków 2006, s. 1109.

wania karty do głosowania. Przepięstwo to polega na pozyskaniu od innej osoby w celu wykorzystania w głosowaniu niewykorzystanej karty do głosowania. Pojęcie niewykorzystanej karty do głosowania wyjaśniłem już przy okazji omawiania przestępowstwa odstąpienia karty do głosowania.

Jeśli chodzi o termin „pozyskanie” to jest on niezwykle szeroki i obejmuje wszelkie przypadki wejścia w posiadanie niewykorzystanej karty do głosowania niezależnie od tego czy nastąpiło ono za wiedzą posiadacza karty, czy też bez jego wiedzy. Termin „pozyskanie” jest zatem szerszy od terminu „odstąpienie”, gdyż obejmuje również przypadki wejścia w posiadanie karty do głosowania bez zgody jej posiadacza.

Powstaje tutaj pytanie, czy do realizacji znamion tego typu czynu zabronionego konieczne jest wykorzystanie karty do głosowania czy jedynie taki zamiar¹⁸. Należy zauważyć, że podobny warunek postawiony został przy przestępowstwie odstąpienia karty do głosowania. W doktrynie przeważa jednak pogląd, który podzielam, że nie jest konieczne, aby karta była użyta w wyborach. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku przyjęcia, że konieczne jest wykorzystanie karty do głosowania, czyli jej umieszczenie w urnie wyborczej (ewentualnie również „skreślenie”), niekaralne byłyby czyny polegające na samym pozyskaniu karty do głosowania, a tym samym pozbawianiu innej osoby głosu, co samo w sobie narusza równość formalną. Jest to zatem przestępowstwo formalne. Powyższe prowadzi jednak do wniosku, że nie jest penalizowana sytuacja, w której osoba pozyskująca karty do głosowania nie ma zamiaru ich wykorzystywać w głosowaniu, a tylko wpłynąć na wynik głosowania czy jego ważność. Jako przykład można podać referenda lokalne w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego, gdzie dla ich ważności wymagana jest określona frekwencja (3/5 biorących udział w wyborze odwoływanego organu). Taki zamiar można sobie wyobrazić, gdyż znana jest taktyka odwoływanych organów polegająca na prowadzeniu kampanii polegającej nie na nawoływaniu do poparcia tychże organów, lecz niebrania udziału w referendum. Wprawdzie omawiany wyżej art. 248 pkt 3 k.k. (zob. pkt II.2) penalizuje niszczenie dokumentów wyborczych, ale nie obejmuje swym zakresem powyższej sytuacji, gdyż do niszczenia kart do głosowania w tym przypadku nie dochodzi.

Sprawcą tego przestępowstwa może być każdy, nie tylko wyborca. Zakładając nawet, że wykorzystać kartę do głosowania zgodnie z jej przeznaczeniem może tylko wyborca, należy zauważyć, jak już wskazałem, że wystarczającym jest zamiar. Jest to zatem przestępowstwo powszechne.

Jest to przestępowstwo umyślne, gdyż pozyskanie karty do głosowania *ex definitione* może mieć miejsce jedynie za wiedzą przejmującego ten doku-

¹⁸ D. Wąsik, Przepięstwa przeciwko wyborom i referendum – aspekty karnomaterialne, procesowe i kryminologiczne, Olsztyn 2012, s. 124; J. Jurewicz, Przepięstwa przeciwko wyborom i referendum z rozdziału XXXI Kodeksu Karnego, Studia Wyborcze 2006, Tom II, s. 30.

ment wyborczy w posiadanie. Z tego samego powodu jest to przestępstwo z działania.

3. Wykroczenie wielokrotnego głosowania (art. 513 k.wyb.)

Zgodnie z art. 513 k.wyb. „wyborca, który więcej niż jeden raz uczestniczył w głosowaniu w tych samych wyborach podlega karze grzywny”. Warto zauważyć, że czyn zabroniony z art. 513 k.wyb. nie był penalizowany przez ustawy wyborcze uchylone na podstawie ustawy wprowadzającej Kodeks wyborczy¹⁹. Taki zakaz wprowadzał jedynie dekret Naczelnika Państwa z dnia 8 stycznia 1919 r. o postanowieniach karnych za przeciwdziałanie wyborom do Sejmu i wykonywaniu obowiązków poselskich²⁰.

Przepis ten w znacznym zakresie pokrywa się z art. 248 pkt 5 k.k. w zakresie, w jakim dotyczy przestępstwa pozyskiwania karty do głosowania. Różnica polega przede wszystkim na podmiocie czynu zabronionego, którym w przepisie kodeksu wyborczego jest tylko i wyłącznie osoba uprawniona do głosowania, natomiast w przepisie kodeksu karnego jest to każda osoba fizyczna.

Odniesienie tego wykroczenia jedynie do wyborcy oznacza, że jego sprawcą nie może być np. osoba pozbawiona praw publicznych prawomocnym wyrokiem sądu, nawet jeśli powodem pozbawienia jej praw publicznych było przestępstwo przeciwko wyborom. Takie ograniczenie, a także zakwalifikowanie tego czynu jedynie jako wykroczenie wskazuje, że celem ustawodawcy było spenalizowanie jedynie takich przypadków, w których wyborca wykorzystuje przede wszystkim nieświadomie, nieefektywne rozwiązania prawne mające na celu eliminację wielokrotnego głosowania czy też niezastosowanie tych przepisów przez pracowników samorządowych lub członków obwodowych komisji wyborczych. Jako przykład można podać niewykreślenie z rejestru wyborców gminy dotychczasowego zamieszkania osoby, która zmieniła miejsce zamieszkania (poza obszar gminy) lub pobrała zaświadczenie o prawie do głosowania upoważniające do głosowania w dowolnym lokalu wyborczym (choć nie we wszystkiego rodzaju wyborach), czy też wydanie karty do głosowania osobie, która nie była umieszczona w spisie wyborców i nie wykazała, że błędnie się na niej nie znalazła.

Należy zauważyć, że ustawodawca w tym przepisie stanowi o uczestniczeniu w głosowaniu, nie zaś wykorzystaniu karty do głosowania w głosowaniu, jak to uczynił w art. 248 pkt 5 k.k. Oba te pojęcia są nieprecyzyjne, gdyż pozostają wątpliwość w zakresie tego, czy oddanie głosu „pustego” oznacza odpowiednio uczestnictwo w głosowaniu oraz wykorzystanie karty

¹⁹ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Kodeks wyborczy, Dz. U. z 2011 r., Nr 21, poz. 113.

²⁰ Dz.P.P.P Nr 5, poz. 96. Zob. J. Juchniewicz, P. Pałka, Ewolucja kryminalizacji zachowań przeciwko wyborom, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2011, nr 3, s. 96.

do głosowania. W przypadku uczestnictwa w głosowaniu wydaje się, że przy jego interpretacji można posłużyć się pokrewną do kodeksu wyborczego regulacją ustawy o referendum lokalnym. Ustawa ta posługuje się bliskoznacznym terminem „biorący udział w wyborze” (art. 55 ust. 2). Zgodnie z uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej: „za liczbę biorących udział w wyborze odwoływanego organu należy uznać liczbę kart ważnych oddanych w tych wyborach [chodzi tutaj o wybory, w których dany organ został wybrany (przyp. Autora)]”²¹. Z powyższego wynika, że liczba biorących udział w głosowaniu, zgodnie z wyjaśnieniami PKW, jest tożsama z liczbą ważnych kart do głosowania, w której są ujęte również głosy puste oraz nieważne, z innych powodów niż nieprawidłowość karty do głosowania. Odwołując się do przytoczonej regulacji należałoby przyjąć, że znamiona wykroczenia z art. 513 k.wyb. zostają wypełnione zarówno w sytuacji, gdy wyborca odda dwa ważne głosy jak i wówczas, gdy ważny okaże się tylko jeden głos, a nawet gdy oba będą nieważne. Należy jednak pamiętać, że już samo pozbawienie wyborcy karty do głosowania stanowi naruszenie równości formalnej wyborów. Te rozważania nie mają jednak większego znaczenia, gdyż tajność głosowania uniemożliwia powiązania konkretnego głosu z wyborcą, który go oddał.

Kolejną kwestią, którą należy wyjaśnić jest zakaz uczestnictwa w głosowaniu jedynie w tych samych wyborach. Na początek należy wskazać, że głosowanie podwójne czy nawet potrójne nie stanowi wykroczenia w przypadku posiadania aktu pełnomocnictwa od wyborcy, w imieniu którego pełnomocnik oddaje głos, gdyż znajduje oparcie w przepisach kodeksu wyborczego. Ustawodawca stanowiąc o zakazie głosowania w tych samych wyborach miał na myśli ograniczenie znamion wypełniania tego czynu jedynie do przypadków podwójnego czy wielokrotnego głosowania w wyborach tej samej kadencji danego organu. W sytuacji bowiem, gdy dana osoba odda głos w wyborach dwóch kolejnych kadencji danego organu równość formalna nie zostaje naruszona, gdyż wszyscy wyborcy spełniający wymogi ustawowe mają do tego prawo. Wątpliwość może dotyczyć jednak wyborów przeprowadzanych w ramach tej samej kadencji. Należy bowiem zauważyć, że w trakcie kadencji, szczególnie w wyborach przeprowadzanych według proporcjonalnego systemu wyborczego, możliwe są wybory uzupełniające. Dodatkowo w trakcie kadencji mogą zostać przeprowadzone wybory ponowne z uwagi na nieprawidłowości stwierdzone przez właściwy sąd w związku z rozpatrywaniem protestów wyborczych. Na szczeblu samorządowym możliwe są również wybory przedterminowe oraz tzw. wybory nowe, które również odbywają się w trakcie kadencji. Problem ten dotyczy szczególnie wy-

²¹ Punkt 46 uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 7 maja 2012 r. w sprawie wytycznych i wyjaśnień w sprawie referendów lokalnych dotyczących odwołania organów jednostek samorządu terytorialnego, M.P. z 2012 r., poz. 353.

borów do organów samorządu terytorialnego w sytuacji zmiany miejsca zamieszkania wyborcy. Można wyobrazić sobie sytuację, często zresztą występującą, w której osoba zamieszkująca w jednej z miejscowości danej gminy po przeprowadzeniu wyborów do organów tej gminy, przeprowadza się do innej miejscowości w tej samej gminie. Miejscowości poprzedniego oraz obecnego zamieszkania leżą w innych okręgach wyborczych. W związku z wygaszeniem mandatu radnego w okręgu wyborczym, który rozciąga się na obszar nowej miejscowości zarządzane zostają wybory uzupełniające, w których to wyborach mieszkaniec ten oddaje głos. Powyższa okoliczność jakkolwiek zdaje się naruszać równość formalną, prowadzi bowiem to tego, że niektórzy wyborcy mają większy wpływ na skład organu samorządowego, nie wypełnia jednak znamion omawianego wykroczenia, gdyż znajduje oparcie w przepisach prawa wobec braku wyłączenia z głosowania wyborców zmieniających miejsce zamieszkania pomiędzy okręgami wyborczymi.

Bardziej problematyczne są przypadki podwójnego głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego. Wybory te są uregulowane są zarówno w prawie Unii Europejskiej, jak również w prawie poszczególnych państw członkowskich. Jeśli chodzi o prawo Unii Europejskiej, należy przywołać mające moc prawa pierwotnego Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej²² oraz Akt dotyczący wyborów członków Parlamentu Europejskiego w bezpośrednich wyborach powszechnych²³. O ile pierwszy z wymienionych aktów nie wymienia zasady równości wyborów, to drugi z wymienionych chroni równość formalną wyborów stanowiąc, że: „Nikt nie może głosować więcej niż jeden raz w danych wyborach członków Parlamentu Europejskiego” (art. 9). Regulacja ta zakazuje nie tylko dwukrotnie głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego w danym państwie członkowskim, ale również sytuacji, w której wyborca jednokrotnie głosuje w dwóch lub większej liczbie państw członkowskich. Powyższy zakaz dotyczył jedynie osób, które posiadały obywatelstwo co najmniej dwóch państw członkowskich i przez długi miał czas charakter czysto teoretyczny. Brak było jednak jakiegokolwiek procedury, która miałaby eliminować takie przypadki. Sytuacja zmieniła się po wejściu w życie Traktatu z Maastricht, który ustanowił obywatelstwo UE przyznając je wszystkim obywatelom państw członkowskich. Jednocześnie Traktat przyznał obywatelom UE prawo do głosowania w wyborach do PE w państwie członkowskim miejsca zamieszkania niezależnie od tego, czy posiadają obywatelstwo tego państwa. Tym samym obywatele UE, którzy zamieszkiwali poza rodzimym państwem mieli zwykle możliwość wyboru

²² Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 391

²³ Akt ustanowiony decyzją Rady z 20.09.1976 r. (76/787/EWWiS, EWG, Eurat.), Dz. Urz. EWG L 278 z 1976 r., s. 1, zmieniony Traktatem z Amsterdamu, Dz. Urz. WE C 340 z 1997 r., s. 1 i decyzją Rady (2002/772/WE, Eurat.) z 25.06.2002 r. i 23.09.2002 r., Dz. Urz. WE L 283 z 2002 r., s. 1), dalej: Akt o wyborach.

między głosowaniem w wyborach w państwie zamieszkania lub też głosowaniem w wyborach w państwie pochodzenia w placówce dyplomatycznej.

W celu wyeliminowania przypadków, w których obywatel UE chciałby skorzystać z obu możliwości przyjęto Dyrektywę²⁴, w której ustalono zasady wymiany informacji pomiędzy państwami członkowskimi o takich wyborcach. Żaden przepis prawa Unii Europejskiej nie reguluje jednak kwestii odpowiedzialności za naruszenie równości formalnej. Jeśli chodzi o regulacje krajowe to poszczególne państwa, podobnie jak Polska, regulują kwestie odpowiedzialności za wielokrotne głosowanie w wyborach do PE. Powstaje jednak pytanie, czy zakazy te obejmują również przypadki transgraniczne tj. sytuacje, w których wyborca głosował w tych samych wyborach do Parlamentu Europejskiego w dwóch państwach. Rozważając ten problem na gruncie polskich rozwiązań należy zauważyć, że dopuszczalność takiej odpowiedzialności można rozważać jedynie na gruncie art. 513 k.wyb. Należy bowiem zauważyć, że w zasadzie niemożliwe byłoby pozyskanie karty do głosowania od innej osoby w jednym kraju i wykorzystanie jej w wyborach w innym państwie, gdyż karty do głosowania nie są ujednolicone, w związku z czym taka karta uznana byłaby za nieważną. Nie byłoby w takiej sytuacji podstaw do karania na podstawie art. 248 pkt 5 k.k. Taka możliwość, jak się wydaje, istnieje w przypadku art. 513 k.wyb. jednak tylko w przypadku gdy możliwe jest ustalenie, że w tym właśnie państwie nastąpiło nieuprawnione oddanie głosu. Kwestia ta powinna być jednak uregulowana w prawie Unii Europejskiej.

Za niedopatrzenie legislacyjne należy uznać brak ujęcia podobnego wykroczenia w rozdziałach dotyczących przepisów karnych ustaw referendalnych. Co prawda w obu ustawach znajduje się ogólne odesłanie do przepisów kodeksu wyborczego, jednak katalog wykroczeń wymienionych w tych ustawach wskazuje, że w zamierzeniu ustawodawcy miało ono mieć charakter enumeratywny. Świadczą o tym wykroczenia, które powtarzają się w kodeksie oraz ustawach referendalnych, np. zakaz publikowania wyników sondaży w okresie od zakończenia kampanii wyborczej do zakończenia głosowania. Zastosowana technika legislacyjna polegająca na wprowadzeniu w ustawach referendalnych odesłania do kodeksu wyborczego zastosowana w sposób prawidłowy, powinna polegać na ograniczeniu katalogu wykroczeń ujętych w ustawach referendalnych tylko do tych dotyczących danego rodzaju referendum, ewentualnie unormowaniu omawianego wykroczenia we wszystkich wymienionych aktach normatywnych.

²⁴ Dyrektywa Rady 93/109/WE z dnia 6 grudnia 1993 r. ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami, Dz. Urz. WE L 329, 30.12.1993, s. 34 zmieniona Dyrektywą Rady 2013/1/UE, Dz. Urz. WE L 26, 26.1.2013, p. 27.

Pomimo obowiązywania tajności głosowania wychwycenie tego wykroczenia w większości przypadków jest możliwe z uwagi na fakt, iż dochodzi do niego głównie w związku z ujęciem w dwóch spisach wyborców. W takiej sytuacji podpis wyborcy w dwóch spisach oznacza podwójne głosowanie. Jest to jednak możliwość jedynie teoretyczna z uwagi na brak centralnego rejestru wyborców, który nie tylko mógłby pomóc w ustaleniu tego typu nieprawidłowości, ale przy wykorzystaniu środków elektronicznych nawet im zapobiec²⁵. Kwalifikacja tego czynu jedynie jako wykroczenia uzasadniona jest jego niską szkodliwością społeczną z uwagi na nikłe naruszenie chronionej niniejszym przepisem wartości, jaką jest równość formalna wyborów. Popęlnienie tego wykroczenia wiąże się z reguły z minimalną nieprawidłowością wyników głosowania (jeden głos). Inne zdanie w tej kwestii wyraża Stefan Jaworski, według którego stopień społecznego niebezpieczeństwa tego czynu zabronionego jest bardzo wysoki i dlatego powinien być zakwalifikowany jako występki²⁶, co wiązałoby się z surowszą karą. Omawiany przepis stanowi uzupełnienie przepisów art. 248 punkty 1 i 2 k.k. (zob. pkt II.1), które nakładają zdecydowanie poważniejszą karę za sporządzenie list głosujących z wpisaniem nieuprawnionych. Można się jednak zastanawiać, czy kara dla wyborcy łamiącego równość formalną nie powinna być surowsza w sytuacji, gdy działa w porozumieniu z osobą, która wpisała ją na listę.

Jest to wykroczenie indywidualne²⁷, gdyż dotyczy szerokiej, jednak ograniczonej grupy osób uprawnionych do głosowania, nie każdy bowiem człowiek zdolny do odpowiedzialności karnej może być jego sprawcą, np. 17-latek. W sytuacji bowiem, gdy osoba ta wejdzie w posiadanie kart do głosowania, które wykorzysta do oddania głosów, popełni czyn określony w art. 248 pkt 5 k.k. Należy również zauważyć, że w sytuacji, gdy błędnie zostanie on ujęty na liście głosujących będzie odpowiadał z art. 248 pkt 1 lub 2 k.k. Jest to przestępstwo formalne, gdyż jakkolwiek znamiona czynu zabronionego zostają wypełnione tylko w sytuacji, gdy wyborca oddał więcej niż jeden głos, to wobec tajności głosowania wyłączającej możliwość ustalenia czy głos został faktycznie oddany należy przyjąć, że dla stwierdzenia naruszenia wystarczające jest pobranie więcej niż jednej karty do głosowania, niezależnie od dalszych zdarzeń, które wobec obowiązywania tajności głosowania mogą być trudne do ustalenia. Należy tutaj zatem domniemywać oddanie głosu. Jest to wreszcie, podobnie jak inne czyny zabronione związane z procedurą wyborczą, wykroczenie z działania oraz publicznoskargowe.

²⁵ Zob. szerzej, A. Rakowska, M. Rulka, Centralny elektroniczny rejestr wyborców podstawą reformy prawa wyborczego. Badania, ekspertyzy, rekomendacje Instytutu Spraw Publicznych, Warszawa 2011,

²⁶ S. Jaworski, (w:) B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, S. J. Jaworski, K. W. Czapliski, Kodeks Wyborczy. Komentarz, LEX 2014.

²⁷ Jako wykroczenie powszechne czyn ten kwalifikuje, S. Jaworski, *op. cit.*

IV. Podsumowanie

Jak wynika z przedstawionej analizy równość formalna wyborów jest chroniona przez wiele przepisów kodeksu karnego oraz dwa przepisy kodeksu wyborczego. Silna ochrona tej zasady jest w pełni uzasadniona jej wagą. Czyny skutkujące nieprawidłowościami w procedurze wyborczej mogą bowiem potencjalnie wpływać nie tylko na wyborców, ale również na wynik wyborów. Z kolei ich wykrycie może skutkować unieważnieniem wyborów, koniecznością organizacji wyborów ponownych, co z kolei wiąże się z zakłóceniem funkcjonowania organów władzy publicznej oraz dużymi wydatkami na ich organizację. Przedstawione w opracowaniu przepisy dotyczą różnych czynów, które zagrażają równości formalnej lub stanowią jej naruszenie. Ustawodawca nie stworzył niestety pełnej ochrony dla chronionych omawianymi przepisami wartości, gdyż zabrakło ich dostosowania do alternatywnych sposobów głosowania, w szczególności zaś głosowania przez pełnomocnika.

Kolejną kwestią są kary. Za większość przedstawionych czynów zabronionych maksymalna kara to 3 lub 5 lat pozbawienia wolności. Kary za tego rodzaju czyny zabronione i w ogóle wszelkie czyny skierowane przeciwko wyborom wydają się zbyt niskie mając na względzie fakt, że chodzi tutaj o czyny, które godzą w demokratyczny ustrój państwa. Warto zauważyć, że są one zdecydowanie niższe aniżeli kary za popełnienie przestępstw przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi, które sięgają nawet 25 lat pozbawienia wolności (rozdział XXXVII). Tymczasem zamach na demokratyczne wybory i szerszej instytucje demokratyczne może mieć podobny skutek jak fałszowanie środków płatniczych, tj. rozchwianie wartości pieniądza. Wskazana stosunkowo niska kara za naruszenia procedury wyborczej ma również wpływ na ograniczoną możliwość nałożenia na ich sprawców środka karnego pozbawienia praw publicznych, gdyż sąd może orzec pozbawienie praw publicznych w razie skazania za przestępstwo na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 (art. 40 § 2 k.k.). Większość przestępstw wyborczych obostrzonych jest karą maksymalną w takiej wysokości, która w praktyce rzadko jest stosowana. Ponadto dla pozbawienia praw publicznych wymagane jest, aby przestępstwo zostało popełnione w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, co stawia pytanie czy przestępstwa wyborcze w ogóle wpisują się w tę kategorię. Wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem byłoby automatyczne pozbawianie wszystkich sprawców przestępstw wyborczych prawa do udziału w jakimkolwiek charakterze w procedurze wyborczej, przynajmniej na minimalny okres 1 roku z możliwością rozszerzenia tej kary do maksymalnej wysokości, tj. 10 lat, o której stanowi art. 43 § 1 k.k.

Penalisation of acts that violate formal equity of elections and referenda

Abstract

This paper discusses prohibited acts against formal equality of elections. The acts are classified in two groups, i.e. those that pose a threat to the principle of formal equality, and those which violate the said principle. The lack of appropriate alignment between the catalogue of offences and petty offences, and newly emerged methods of voting is pointed out. Also, penalties imposed for the said acts are critically evaluated.

Łukasz Pasternak

Kryptowaluta i pieniądz wirtualny jako przedmiot przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.*

Streszczenie

Autor niniejszego opracowania stara się odpowiedzieć na pytanie czy Bitcoin może być przedmiotem czynu zabronionego stypizowanego w art. 310 k.k. Przedmiotowe opracowanie skoncentrowane zostało na tym, czym jest Bitcoin oraz jak należy traktować go na gruncie art. 310 k.k., czy prawo chroni uczestników obrotu czy też przestępstwa wyczerpujące znamiona czynu zabronionego określonego w art. 310 k.k. mogą dotyczyć również osób fałszujących Bitcoiny.

Wprowadzenie

W ostatnich latach popularność zdobywają wirtualne waluty, które coraz częściej pojawiają się nie tylko w opracowaniach naukowych (przeważnie w ekonomii), publikacjach prasowych czy informacyjnych, ale również zyskują coraz większą popularność w obrocie gospodarczym, niekiedy zastępując wręcz pieniądz w rozumieniu tradycyjnym¹.

W cywilistyce przyjmuje się szerokie i wąskie rozumienie pieniądza. W szerokim znaczeniu pieniądzem są wszelkie występujące w obrocie środki płatnicze, a zatem: pieniądz Polski i waluta obca, czeki, weksle, listy zastawne, obligacje i inne papiery wartościowe wystawiane w jednostkach pieniężnych. W wąskim znaczeniu za pieniądz uznaje się wyłącznie te środki płatnicze, którym państwo nadaje moc umarzania zobowiązań pieniężnych². Nie ulega jednak wątpliwości, iż we współczesnej karnistyce definicja pieniądza jest bliższa drugiej ze wskazanych powyżej cywilistycz-

* Łukasz Pasternak – Adwokat – Kancelaria Prawna SSP Łukasz Pasternak i Partnerzy.

¹ Zwolennicy tej formy płatności mówią, że bitcoin to rewolucja i dla świata finansów jest tym, czym e-mail był dla tradycyjnej poczty. Przeciwnicy wirtualnej monety traktują bitcoina jako piramidę finansową lub też bańkę spekulacyjną, która kiedyś musi pęknąć – (zob. M. Szymankiewicz, Bitcoin, Wirtualna waluta internetu, Helion, 2014, s. 8).

² S. Grzybowski, (w:) System prawa cywilnego. Część Ogólna, t. I, Ossolineum 1985, s. 444.

nych koncepcji pieniądza, a na potrzeby kodeksu karnego nie powinna być rozszerzana.

Wirtualne waluty, a w tym kryptowaluty używane są w wielu „zakątkach świata” jako środki płatnicze czy wręcz jako forma inwestycji. Warto zaznaczyć, iż stale rośnie liczba transakcji dokonywanych przy pomocy kryptowaluty oraz liczba miejsc, gdzie sposób zapłaty np. Bitcoinem jest dopuszczalny. Przykładowo można wskazać, na coraz większą liczbę sklepów internetowych, portali społecznościowych, portali gier, gdzie płatności Bitcoinem są dopuszczalne, tworzone są również giełdy Bitcoin. Dynamiczny rozwój wirtualnych walut stawia nas, uczestników obrotu, gospodarczego przed coraz to bardziej realną szansą stworzenia zupełnie nowego modelu pieniądza i płatności. Wirtualne waluty pozwalają bowiem na dokonywanie błyskawicznych płatności ponad granicami państw i poza ramami oficjalnych systemów płatniczych. Płatności za pomocą wirtualnych walut, a w tym Bitcoin, dokonują się bez udziału banków, instytucji finansowych, pośredników, oraz bardzo często anonimowo, co dodatkowo sprawia, że obrót wirtualną walutą staje się coraz bardziej atrakcyjny. Uczestnicy obrotu chcą mieć możliwość korzystania z systemów płatności elektronicznych tak jak ze zwykłego papierowego pieniądza, bez sprawdzania ich tożsamości. Nie ulega również wątpliwości, iż anonimowość wirtualnej waluty niesie ze sobą ryzyko wykorzystania jej przez uczestników tzw. czarnego rynku jako środka płatniczego. Istnieje również ryzyko wykorzystania tego instrumentu do procederu prania brudnych pieniędzy.

Niezależnie jednak od powyższego popularyzacja wirtualnej waluty niesie ze sobą szereg zagadnień rewolucyjnych, nowych nie tylko dla systemów płatniczych, ale również dla prawa. Wirtualne waluty stwarzają bowiem szereg nowych zagadnień prawnych, których istnienia często nie byliśmy dotąd świadomi. Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę na liczne problemy interpretacyjne, które dotyczyły zagadnień podatkowych związanych z obrotem Bitcoinami. Dopiero w dniu 22 października 2015 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej potwierdził kwalifikację wymiany Bitcoin jako usługi zwolnionej z VAT, co w wykładni polskich organów skarbowych nie było rzeczą oczywistą, a co więcej, w ocenie licznych organów podatkowych, transakcje te podlegały z natury rzeczy podatkowi VAT³. W dalszej kolejności uwagę zwracają zagadnienia natury praktycznej, dotyczącej użycia wirtualnego pieniądza w zakresie stosowania prawa. Przykładowo należy zadać pytanie, czy kradzież wirtualnych walut jest przestępstwem, a jeżeli tak, to gdzie zostaje ono popełnione? Czy Bitcoiny można odziedziczyć? Czy można na nich ustanowić zabezpieczenie majątkowe? To tylko przykładowe py-

³ Wyrok Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2015 r., w sprawie o sygn. C-264/14, ECLI:EU:C:2015:718.

tania, które sprawiają, że zagadnienia dotyczące prawnych regulacji wirtualnych walut nie tylko na gruncie ustawy karnej, ale również w innych gałęziach prawa nabierają istotnego znaczenia.

W tym miejscu należy zadać pytanie, czy polska ustawa karna regulująca odpowiedzialność karną za fałszowanie pieniędzy, środków płatniczych lub papierów wartościowych nadaża za owym postępowaniem?

Rozwój systemów kryptowaluty (szerzej mówiąc wirtualnej waluty), został zapoczątkowany około roku 2009, kiedy to na rynku amerykańskim pojawił się Bitcoin – anonimowa, niezależna „waluta”, niezwiązana z żadną instytucją, oparta na społeczności z niej korzystającej, algorytmie kryptograficznym oraz modelu *peer-to-peer*⁴, wykorzystująca kryptografię do jej „produkcji”, „wydobycia”. Bitcoin nie posiada, co istotne, żadnego centralnego organu emitującego czy też nadzorującego.

Do powstania wirtualnego pieniądza przyczyniło się zapewne złagodzenie ograniczeń w stosowaniu kryptografii (kontrolowanej wcześniej restrykcyjnie przez służby bezpieczeństwa większości państw świata), jak również wzrost znaczenia serwisów społecznościowych i rozproszonych systemów zarządzania sieciami. Po sukcesie Bitcoina wielu naśladowców rozpoczęło pracę nad swoimi projektami wirtualnych walut, które dziś coraz częściej stanowią „środek płatniczy” używany na różnego rodzaju portalach społecznościowych, grach, forach czy wirtualnych giełdach. Warto wspomnieć o takich walutach jak litecoin⁵, peercoin⁶, freecoin, namecoin, fathercoin, quark, primecoin.

Jak wynika z powyższego, istnieją różne rodzaje wirtualnych walut, niemniej jednak przedmiotowe opracowanie zostanie skoncentrowane na problematyce Bitcoina, albowiem w ramach jednego opracowania nie sposób zbiorczo odnieść się do wszystkich wirtualnych walut łącznie. Wirtualne waluty różnią się swoimi funkcjonalnościami, sposobami kreacji, czy zasięgiem. Tym samym na potrzeby niniejszego opracowania sformułowania dotyczące wirtualnej waluty, kryptowaluty czy pieniądza wirtualnego dotyczyły będą Bitcoina.

⁴ Za twórcę bitcoina uważa się Satoshi'ego Nakamoto – (zob. M. Szymankiewicz, Bitcoin, Wirtualna waluta internetu, Helion, 2014, s. 8). Liczbę bitcoinów, które pojawią się na rynku obliczono na 21 milionów.

⁵ Jest ona bardzo podobna do bitcoina, posiada nieco zmodyfikowany algorytm, a maksymalna jej liczba to 84 mln sztuk.

⁶ Kolejna alternatywa dla bitcoina, z jeszcze bardziej dopracowanym algorytmem i teoretycznie z systemem odpornym na ataki hakerów. System ten opiera się na hybrydowym modelu proof-of-stake/proof-of-work, gdzie kreacja nowych monet odbywa się nie tylko w zależności od mocy obliczeniowej komputera użytkownika, ale także od posiadanych przez niego do tej pory jednostek wirtualnej waluty (zob. M. Szymankiewicz, Bitcoin, Wirtualna waluta internetu, Helion, 2014, s. 8).

Celem publikacji jest zasadniczo udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy Bitcoin może być przedmiotem czynu zabronionego stypizowanego w art. 310 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁷, a także odpowiedź na pytanie czy kreacja kryptowaluty jaką jest Bitcoin podlega penalizacji na gruncie art. 310 § 1 k.k.?

Z punktu widzenia tytułowej problematyki celowym jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czym jest Bitcoin.

Bitcoin – kryptowaluta, wirtualna waluta czy waluta cyfrowa – różne pojęcia „pieniądza wirtualnego”

Bitcoin jest środkiem wymiany dóbr stworzony przez prywatny podmiot, który w obrocie gospodarczym posiada funkcję zarówno płatniczą jak i inwestycyjną. Nie posiada organu centralnego wydającego go lub nadzorującego jego wydawanie, natomiast kreowany jest w systemie zdecentralizowanym. Posługując się znacznym uproszczeniem Bitcoin może zostać wykreowany, stworzony przez każdą osobę, która rozwiąże określone zadanie matematyczne. Liczba Bitcoinów możliwych do wydobywania oraz użycia w obrocie została ograniczona przez jej twórców. Bitcoiny często są używane jako środki wymiany dóbr. Warto nadmienić, iż w licznych krajach europejskich oraz poza europejskich używa się ich niekiedy jako środków płatniczych. Na nadrzędną funkcję płatniczą bitcoina wskazał również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu z 2015 r.

Bitcoin jest elementem szerszego zjawiska, które trudno ująć w jednolite ramy terminologiczne. Wśród pieniędzy wirtualnych, wyróżnić można:

- kryptowaluty (*cryptocurrencies*);
- wirtualne waluty (*virtual currencies*);
- waluty cyfrowe (*digital currencies*)⁸.

Naprzód należy jednak wskazać, iż samo pojęcie „waluta” używane wspólnie dla wszystkich trzech wyżej wskazanych terminów, ma charakter umowny i nie oznacza oficjalnych znaków pieniężnych będących środkiem płatniczym w danym kraju, ale raczej walutę *sensu largo*, tj. ogólnie rozumiany będący w użyciu środek wymiany. Możliwe jest też rozumienie tego pojęcia szerzej, jako systemu wymiany określonych dóbr.

Różnice pomiędzy ww. walutami nie mają charakteru wyłącznie semantycznego. Ich nazewnictwo odzwierciedla istotne różnice w zakresie tychże walut. Poniższa tabela przedstawia różnice pomiędzy wskazanymi rodzajami

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137.

⁸ Zob. D. Bradbury, Is Bitcoin a Digital Currency or a Virtual One? – <http://www.coindesk.com/bitcoin-digital-currency-virtual-one> (dostęp w dniu 5 grudnia 2016 r.).

walut⁹. Zaznaczyć jednak należy, iż przedstawiony poniżej podział ma charakter pozaprawny, poglądowy i umowny, a w praktyce wyróżnić można również inne podziały wirtualnych walut.

Nazwa Waluty	Cechy waluty	Przykłady waluty
Kryptowaluta	Środek wymiany funkcjonujący w niescentralizowanym systemie opierający się na zasadach kryptografii, akceptowany w określonej społeczności	Bitcoin, Peercoin, Litecoin
Waluta Wirtualna	Środek wymiany zaprojektowany do funkcjonowania w świecie wirtualnym (np. w grze) i wydawany przez scentralizowanego wydawcę, akceptowany w określonej społeczności	Linden Dollars (używane w grze online)
Waluta Cyfrowa	Środek wymiany tworzony i przechowywany w środowisku cyfrowym	Kryptowaluty, waluty wirtualne

Wydaje się, iż pojęcie waluty cyfrowej jest pojęciem najszerszym, albowiem obejmuje swoim zasięgiem pojęcie walut wirtualnych oraz kryptowalut. Jakkolwiek w tym miejscu zauważyć wypadnie i w licznych opracowaniach dotyczących problematyki waluty cyfrowej pojęcia tego używa się zamiennie z pojęciem waluty wirtualnej – niejako nadając temu pojęciu najszersze znaczenie.

Warto nadmienić, iż Europejski Bank Centralny, zdefiniował wirtualną walutę jako nieuregulowany, cyfrowy pieniądz, wydawany i zazwyczaj kontrolowany przez swoich twórców, używany i akceptowany wśród użytkowników określonej wirtualnej społeczności¹⁰. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż Bitcoin jest środkiem wymiany dóbr, akceptowanym przez określone środowiska czy społeczności oraz umownie nazywany jest walutą wirtualną.

⁹ Opracowanie własne.

¹⁰ Zob. European Central Bank, Virtual Currency Schemes, October 2012.

Po krótkiej charakterystyce Bitcoina w dalszej kolejności należy udzielić odpowiedzi na pytanie jak na gruncie obowiązujących przepisów prawa należy traktować kryptowalutę, jaką jest Bitcoin. Poprawne ustalenie natury prawnej kryptowaluty ma zasadnicze znaczenie dla zidentyfikowania przepisów prawa, które będą miały do niej zastosowanie.

Obecnie obowiązujące przepisy prawa pozwalają przyjąć, iż Bitcoin nie jest prawnym środkiem płatniczym w Polsce. Na konstatację taką pozwala brzmienie art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r.¹¹ o Narodowym Banku Polskim, zgodnie z którym NBP przysługuje wyłączne prawo emitowania znaków pieniężnych w Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 31 ustawy o NBP „znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze”. Nadto zgodnie z art. 32 ww. ustawy „znaki pieniężne emitowane przez NBP są prawnymi środkami płatniczymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej”. Powyższe regulacje prowadzą do wniosku, iż traktowanie określonego środka płatniczego jako prawnego środka płatniczego uzależnione jest od faktu jego emisji przez Narodowy Bank Polski. Nie powinno jednak budzić wątpliwości, iż Bitcoin nie posiada tego waloru. Kreacja wirtualnej waluty odbywa się poza jakimikolwiek oficjalnymi strukturami publicznymi, w szczególności poza bankami centralnymi.

Skoro Bitcoin nie posiada waloru prawnego środka płatniczego, albowiem nie jest emitowany przez NBP należy się zatem zastanowić czy „pieniądz” ten nie może być traktowany jako waluta obca? Na tak postawione pytanie również należy odpowiedzieć przecząco. Bitcoin nie może na gruncie przepisów prawa polskiego być traktowany jako waluta obca. Za taką konstatacją przemawia brzmienie art. 2 punkty 7–10 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. – Prawo dewizowe¹². Zgodnie z przepisami ustawy prawo dewizowe „walutą polską są znaki pieniężne (banknoty i monety) będące w kraju prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie”. Wartościami dewizowymi są zagraniczne środki płatnicze oraz złoto dewizowe i platyna dewizowa. Zagranicznymi środkami płatniczymi są waluty obce i dewizy. Walutami obcymi są znaki pieniężne (banknoty i monety) będące poza krajem prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie; na równi z walutami obcymi traktuje się wymienialne rozrachunkowe jednostki pieniężne stosowane w rozliczeniach międzynarodowych, w szczególności jednostkę rozrachunkową Międzynarodowego Funduszu Walutowego (SDR). Kryptowaluta nie spełnia wyżej wskazanych wymogów na gruncie prawa polskiego, nie jest ona bowiem uznawana za prawny środek płatniczy w Pol-

¹¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 908, tekst jedn. z dnia 9 sierpnia 2013 r.

¹² Dz. U. z 2012 r., poz. 826, tekst jedn. z dnia 19 lipca 2012 r.

sce i poza jej granicami. Bitcoin nie posiada również postaci banknotów czy też monet. Bitcoiny, o ile wiadomo na chwilę obecną, nie zostały uznane za prawny środek płatniczy w żadnym Państwie. Jedynie prawo niemieckie określiło Bitcoina jako instrument finansowy spełniający wymogi jednostki rozliczeniowej. Wobec powyższego, Bitcoiny nie są traktowane jako waluty na potrzeby prawa dewizowego.

Skoro kryptowaluta nie jest prawnym środkiem płatniczym ani walutą obcą, może jest pieniądzem elektronicznym? Definicja pieniądza elektronicznego została zawarta w art. 2 pkt. 21a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych¹³. Zgodnie z tym przepisem „pieniądz elektroniczny to – wartość pieniężną przechowywana elektronicznie, w tym magnetycznie, wydawana, z obowiązkiem jej wykupu, w celu dokonywania transakcji płatniczych, akceptowana przez podmioty inne niż wyłącznie wydawca pieniądza elektronicznego”. Definicja legalna pieniądza elektronicznego zawarta w ww. ustawie uzależnia przyjęcie, iż dane rozwiązanie technologiczne stanowi pieniądz elektroniczny pod warunkiem, że zostaną spełnione łącznie wszystkie wymienione w art. 2 pkt 21a tej ustawy elementy. Pieniądz elektroniczny jest to określona wartość pieniężna przechowywana elektronicznie, w tym również magnetycznie (możemy więc wskazać na różne instrumenty pieniądza elektronicznego, np. elektroniczna przedpłacona karta). Bitcoin tej cechy nie posiada, nie stanowi on sam w sobie określonej wartości pieniężnej przechowywanej elektronicznie. Bitcoin jest bowiem wart tyle, „ile na rynku można za niego uzyskać”. Pieniądz elektroniczny występuje w formie elektronicznych impulsów zapisanych na magnetycznym lub elektronicznym nośniku informacji. Występuje również tzw. pieniądz sieciowy, który „jest reprezentowany jako plik zapisany na dysku twardym komputera”¹⁴. Pieniądz elektroniczny może być wydawany wyłącznie przez podmioty, które uzyskały odpowiednie zezwolenie na prowadzenie tego rodzaju działalności, czyli wydawanie i wykup pieniądza elektronicznego (instytucje pieniądza elektronicznego)¹⁵. Bitcoin tej cechy również nie posiada. Jest on wydobywany w sposób zdecentralizowany a jego „kreatorem” może być hipotetycznie każdy. Pieniądz elektroniczny jest wydawany w zamian za środki pieniężne przeznaczone na ten cel, z zastrzeżeniem możliwości jego wykupu w każdym momencie, co również powinno wynikać z treści umowy o wydanie pieniądza elektronicznego. Bitcoin takiej gwarancji również nie daje. Bitcoina się „po prostu” kupuje.

¹³ Dz. U. z 2016 r., poz. 1572, tekst jedn. z dnia 29 września 2016 r.

¹⁴ R. Janowicz, R. Klepacz, Pieniądz elektroniczny na świecie. Istota i zastosowanie elektronicznej portmonetki, Warszawa 2002, s. 32; zob. również A. Borcuch, Pieniądz elektroniczny. Pieniądz przyszłości – analiza ekonomiczno-prawna, Warszawa 2007.

¹⁵ B. Bajor, A. Zalcwicz, Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, A. Zalcwicz (red.), Wolters Kluwer 2016.

W doktrynie nie ma jednolitego stanowiska co do oceny charakteru prawnego pieniądza elektronicznego. Poglądy oscylują od uznania go za nowy rodzaj pieniądza bezgotówkowego aż do traktowania go jako wirtualnej postaci pieniądza gotówkowego¹⁶. Jednak – co należy szczególnie podkreślić – pieniądz elektroniczny nie ma prawnej mocy umarzania zobowiązań. Bitcoin jest przechowywany elektronicznie, najczęściej w formie elektronicznego zapisu danych, niemniej jednak nie jest pieniądzem elektronicznym. Bitcoin przede wszystkim nie posiada żadnego centralnego emitenta. Proces kreacji Bitcoina jest zdecentralizowany, a do jego kreacji może doprowadzić każdy uczestnik systemu. Istotnym jest również to, iż w procesie kreacji kryptowaluty co do zasady nie dochodzi do wydania tej waluty w zamian za tradycyjne środki płatnicze, co zgodnie z definicją legalną pieniądza elektronicznego jest jego istotą. Specyfika środka jakim jest Bitcoin sprawia, że nie powinien być on traktowany jako substytut pieniądza gotówkowego, lecz jako samostanna wartość pieniężna.

Skoro Bitcoin nie jest prawnym środkiem płatniczym w rozumieniu ustawy o NBP, nie jest również walutą obcą, jak również pieniądzem elektronicznym, należy zatem zadać pytanie czym w takim razie jest.

Bitcoin często jest używany jako środek wymiany dóbr lub też sposób lokowania kapitału. Czy może zatem zostać uznany za instrument finansowy w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹⁷?

Zgodnie z art. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi – instrumentami finansowymi w rozumieniu ustawy są:

- 1) papiery wartościowe;
- 2) niebędące papierami wartościowymi:
 - a) tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania,
 - b) instrumenty rynku pieniężnego,
 - c) opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową, inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest papier wartościowy, waluta, stopa procentowa, wskaźnik rentowności lub inny instrument pochodny, indeks finansowy lub wskaźnik finansowy, które są wykonywane przez dostawę lub rozliczenie pieniężne,
 - d) opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward na stopę procentową oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne lub mogą

¹⁶ A. Stosio, Pieniądz elektroniczny – cywilnoprawna analiza pojęcia, PPH 2002, nr 6, s. 17; T. R. Smus, Spełnianie świadczenia pieniężnego za pomocą pieniądza elektronicznego, Warszawa 2010, s. 54; J. Grodzicki, Karty płatnicze i pieniądz elektroniczny a pieniądz gotówkowy, PPG 2002, nr 1, s. 8.

¹⁷ Dz. U. z 2016 r., poz. 1636, tekst jedn. z dnia 7 października 2016 r.

- być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron,
- e) opcje, kontrakty terminowe, swapy oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które są wykonywane przez dostawę, pod warunkiem, że są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu,
 - f) niedopuszczone do obrotu na rynku regulowanym ani w alternatywnym systemie obrotu opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar, które mogą być wykonane przez dostawę, które nie są przeznaczone do celów handlowych i wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych,
 - g) instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego,
 - h) kontrakty na różnicę,
 - i) opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward dotyczące stóp procentowych oraz inne instrumenty pochodne odnoszące się do zmian klimatycznych, stawek frachtowych, uprawnień do emisji oraz stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, które są wykonywane przez rozliczenie pieniężne albo mogą być wykonane przez rozliczenie pieniężne według wyboru jednej ze stron, a także wszelkiego rodzaju inne instrumenty pochodne odnoszące się do aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz innych wskaźników, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż Bitcoin nie mieści się w żadnej z kategorii instrumentów finansowych. Trudno również uznać kryptowalutę za instrument finansowy o charakterze pochodnym, albowiem nie posiada ona podstawowej cechy takiego instrumentu, tj. nie posiada bezpośredniego lub pośredniego uzależnienia jej ceny od ceny lub wartości instrumentu bazowego, którym może być papier wartościowy, towar, waluta, indeks albo prawo majątkowe. Cena kryptowaluty nie jest więc uzależniona od innego prawa majątkowego, a jej wartość zależy tylko i wyłącznie od jej samej, tj. kwoty wyrażonej w danej walucie krajowej.

Uzupełniając powyższe rozważania warto przytoczyć stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie tego, czym w jego ocenie jest Bitcoin i czy podlega on zwolnieniu z VAT¹⁸? Stanowisko to zostało wyrażone przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 22 października 2015 r. Trybunał stanął na stanowisku, iż bitcoiny nie służą zasadniczo innym celom niż umarzanie zobowiązań, nawet jeśli nie stanowią prawnego

¹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2015 r., w sprawie o sygn. C-264/14.

środka płatniczego, w związku z czym obowiązująca na gruncie VAT zasada neutralności wymaga, aby były traktowane jako inne środki płatnicze. Trybunał wskazał, że na potrzeby podatku VAT, Bitcoin uznawany jest za inny środek płatniczy. Stanowi on bezpośredni środek płatniczy pomiędzy podmiotami, które go akceptują¹⁹. Z uwagi na prawny charakter wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które należą do źródeł prawa w Unii Europejskiej, organy podatkowe i sądy państw członkowskich Unii Europejskiej, w tym Polski, powinny uwzględniać przywołane stanowisko TSUE w procesie stosowania prawa. Warto zaznaczyć, iż przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Sprawiedliwości, na gruncie polskich przepisów prawnych organy podatkowe dokonując analizy tego czym jest Bitcoin przyjmowały, iż Bitcoin to prawo majątkowe, a przychód z tytułu jego sprzedaży stanowić będzie przychód z praw majątkowych²⁰.

W ocenie organów unijnych, Bitcoin jest jedynie środkiem płatniczym używanym w sposób odpowiadający prawnym środkom płatniczym, nie jest on jednak prawnym środkiem płatniczym. Posiada ona jedynie funkcję płatniczą, a jej zasadniczym celem jest umarzanie zobowiązań. Tym samym w ocenie organów Unijnych Bitcoin może być traktowany jako „inny środek płatniczy”.

Na marginesie zaznaczyć należy, iż pojęcie „pieniądza”, pojęcie „prawnego środka płatniczego” oraz pojęcie „innego środka płatniczego” to trzy różne pojęcia.

Nadto z uwagi na walor płatniczy oraz cel funkcjonowania Bitcoina, nie sposób uznać go za rzecz na gruncie przepisów polskiego prawa.

Powyższa analiza prowadzi również do wniosku, zgodnie, z którym Bitcoin:

- nie jest prawnym środkiem płatniczym w rozumieniu przepisów prawa polskiego;
- nie jest również walutą obcą w rozumieniu prawa dewizowego;
- nie może zostać uznany za pieniądź elektroniczny w rozumieniu ustawy o usługach płatniczych;
- nie jest rzeczą;
- może zostać potraktowany jako inny środek płatniczy.

Z tym, że należy zadać pytanie, czy może on zostać również uznany jako inny środek płatniczy na potrzeby kodeksu karnego.

¹⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2015 r., w sprawie o sygn. C-264/14.

²⁰ Przykładowo zob. Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, IPPB2/415-842/13-2/MK.

Przedmiot ochrony czynu zabronionego stypizowanego w art. 310 k.k.

Stypizowane w rozdziale XXVII Kodeksu karnego, zatytułowanym „przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi”, zamachy godzą pośrednio w obrót gospodarczy²¹. Narażają one bowiem na straty nie tylko jednostkowe ofiary, lecz ponadto zagrażają stabilizacji gospodarczej państwa i „dotkliwie” uderzają w szerokie masy społeczeństwa²². Nie ulega wątpliwości, iż pieniądz od początku pełnienia roli środka płatniczego stał się przedmiotem różnego rodzaju zamachów, w tym skierowanych na jego zewnętrzną postać. Rozwój gospodarczy, a w szczególności pojawienie się coraz to nowych form płatności sprawia, iż penalizacja zachowań związanych z przestępczością przeciwko obrotowi pieniężnemu i papierom wartościowym nabiera coraz większego znaczenia. Konieczność penalizacji fałszerstwa pieniędzy i innych środków płatniczych w polskim prawie karnym wynika m.in. z norm prawa międzynarodowego ujętych w Konwencji międzynarodowej o zwalczaniu fałszowania pieniędzy, podpisanej w Genewie dnia 20 kwietnia 1929 r., wraz z protokołami²³. Celem art. 310 k.k. jest ochrona pewności oraz zaufania w obrocie ekonomicznym, jakie wiążą się z autentycznymi środkami płatniczymi i papierami wartościowymi, będącymi w tym obrocie²⁴. Przepisy te mają zatem chronić niezakłócony i bezpieczny obrót pieniędzmi, papierami wartościowymi i innymi wymienionymi w nich dokumentami, a w tym zaufanie do środków płatniczych niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania całego systemu gospodarczego²⁵.

Zgodnie z treścią art. 310 § 1 k.k. „kto podrabia albo przerabia polski albo obcy pieniądz, inny środek płatniczy albo dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenia uczestnictwa w spółce lub z pieniędzy, innego środka płatniczego albo z takiego dokumentu usuwa oznakę umorzenia, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności”.

Na wstępie należy jednak zadać pytanie jak należy rozumieć pojęcie „pieniądza” oraz „środków płatniczych” na gruncie ustawy karnej? Warto

²¹ O. Górniok, *Prawo Gospodarcze i Handlowe*, T. 10, *Prawo Karne Gospodarcze*, O. Górniok (red.), Warszawa 2003, Wydawnictwo C. H. Beck, s. 423.

²² Uchwała SN z dnia 29 czerwca 1972 r., sygn. III KR 105/72, OSNKW 1972, nr 12, poz. 194.

²³ T. Oczkowski, (w:) *Kodeks Karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrzošek (red.), Wolters Kluwer 2016.

²⁴ J. Skorupka, (w:) *System Prawa Karnego*, t. 9, R. Zawłocki (red.), 2015, s. 782; J. Piórkowska-Fliieger, (w:) *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2013, wyd. 6, Lexis Nexis, s. 929.

²⁵ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 3 lutego 2008 r., sygn. II AKp 24/08, *Orzecznictwo, Prokuratura i Prawo* 2008, nr 7–89, poz. 44.

również zadać pytanie czy Bitcoin może być traktowany na gruncie ustawy karnej jako papier wartościowy, inny środek płatniczy lub elektroniczny instrument płatniczy?

Pojęcie „pieniądza” i „środka płatniczego” na gruncie art. 310 k.k.

Podstawowymi dla wykładni znamion czynu zabronionego określonego w art. 310 § 1 k.k. są pojęcia „pieniądza” oraz „środka płatniczego”. Już w tym miejscu należy wskazać, iż kodeks karny nie zawiera definicji legalnej wyżej wskazanych pojęć. Warto dodać, iż pojęcie „pieniądza” nie zostało również zdefiniowane w systemie prawa polskiego. Posiada ono natomiast swoją definicję w cywilistyce czy też ekonomii. W nauce prawa karnego dość jednolicie przyjmuje się, iż pod pojęciem pieniądza należy rozumieć banknoty i monety stanowiące prawny środek płatniczy, przy czym ochronie na podstawie omawianych przepisów podlegają zarówno polskie, jak i obce pieniądze i inne środki płatnicze²⁶. Zatem pod pojęciem pieniądza należy rozumieć znaki pieniężne emitowane przez NBP, jak również obcy pieniądz będący w obiegu (obca waluta w rozumieniu prawa dewizowego). Pieniądz, który został wycofany z obiegu, mimo że podlega wymianie, nie może być przedmiotem przestępstwa z art. 310 k.k.²⁷

Kodeks karny posługuje się zatem wąskim rozumieniem pojęcia „pieniądza”. Bitcoin nie może zatem na gruncie ustawy karnej być traktowany jako pieniądz, co zostało wyjaśnione w punkcie 3 powyżej. Bitcoin nie jest pieniądzem bezgotówkowym, albowiem nie jest ani prawnym środkiem płatniczym ani walutą obcą w rozumieniu prawa dewizowego. Warto nadmienić jednak, iż pieniądz bezgotówkowy nie występuje w materialnej postaci, a jedynie w postaci zapisu na rachunku bankowym. Niemożliwe jest zatem przerobienie go, jak również usunięcie oznak umorzenia. Przedmiotem przestępstwa może być jednak materialny nośnik, na którym zapisana jest wielkość jednostek pieniężnych. Zagadnienie to jest istotne z tego względu, iż bitcoiny również zapisywane są na nośniku elektronicznym w postaci wirtualnego portfela²⁸ – pliku.

Z uwagi na brak definicji legalnej „środka płatniczego”, w nauce prawa karnego, jak również judykaturze wykształciła się pewna praktyka rozumowania tego pojęcia. W doktrynie wskazuje się, iż środki płatnicze, o których mowa w przepisach rozdziału XXXVII k.k., z istoty rzeczy powinny spełniać

²⁶ A. Marek, Kodeks Karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa, Wolters Kluwer, 2010, s. 661.

²⁷ Uchwała SN z dnia 15 maja 1997 r., sygn. I KZP 9/97, OSNKW 1997, nr 7–8, poz. 58, z głosą aprobowaną K. Buchały, OSP 1997, nr 10, poz. 186.

²⁸ J. Skorpka, Głosa do postanowienia SN z dnia 7 października 2003 r., sygn. V KK 39/03, OSP 2004, nr 6, s. 343.

funkcje pieniądza obiegowego²⁹. Brzmienie art. 310 § 1 k.k., a w szczególności użycie sformułowania „inny środek płatniczy” pozwala przyjąć, iż inny środek płatniczy może być podobny, zbliżony czy wręcz równoważny w spełnianych funkcjach tak do polskiego, jak i obcego pieniądza.

Ważną cechą innego środka pieniężnego, jest możliwość posługiwania się nim w obrocie samodzielnie, tzn. bez dodatkowych czynności³⁰, czy zawierania dodatkowych, choćby nieformalnych umów. Dla objęcia środków płatniczych karnoprawną ochroną wyrażoną na gruncie art. 310 § 1 k.k. wystarczające będzie spełnienie przez nie funkcji płatniczej. Muszą to być jednak takie przedmioty, którymi można posługiwać się zamiast pieniądza obiegowego³¹. Nie chodzi tu więc o wszystkie walory i dokumenty traktowane i uznawane za środki płatnicze, lecz wyłącznie takie, które podobnie jak pieniądz obiegowy posiadają nieograniczoną zdolność zapłaty za towary i usługi³². Zdolność ta musi być powszechnie akceptowana. Muszą to być środki, które w każdej sytuacji umożliwiają dokonania zapłaty za nabyty towar lub usługę. Chodzi o dokumenty stanowiące surogat pieniądza, takie, którymi w obrocie można posługiwać się w zastępstwie pieniądza³³. Tytułem przykładu należy wskazać, że w literaturze wyrażany jest pogląd, iż środkami płatniczymi są np. żetony do automatów telefonicznych lub automatów do gier, żetony do kasyn³⁴, polecenia wypłat, przekazy oraz dokumenty bankowe i finansowe, opiewające na walutę polską lub obcą, jak również bony towarowe³⁵, umożliwiające otrzymanie towaru o wartości kwoty na nich oznaczonej lub bony skarbowe uprawniające go płacenia nimi³⁶, czeki podróżne, akredytywy³⁷. Do kategorii innych środków płatniczych zaliczyć należy również kartę płatniczą spełniającą funkcję płatniczą³⁸. W karnistyce wskazuje się również, że czek może być uznany za środek płatniczy albo dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej. W każdym wypadku może on

²⁹ J. Skorpka (w:) System Prawa Karnego, t. 9, R. Zawłocki (red.), 2015, s. 774.

³⁰ O. Górniok, Prawo Karne Gospodarcze, Toruń 1997 r., s. 40.

³¹ J. Skorpka, (w:) Kodeks Karny Komentarz. Część szczególna, t. II, A. Wąsek (red.) R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 1635; J. Skorpka, Jeszcze o pojęciu pieniądza w przestępstwie z art. 310 k.k., Prokuratura i Prawo 2009, nr 2.

³² J. Skorpka, s. 775.

³³ O. Górniok, Prawo Karne Gospodarcze, Toruń 1997, s. 40–41.

³⁴ K. Buchała, (w:) Komentarz do Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, K. Buchała (red.), s. 224.

³⁵ R. A. Stefański, Prawo karne materialne. Część szczególna, Warszawa 2009.

³⁶ O. Górniok, Prawo Karne Gospodarcze, (w:) S. Włodzka (red.), Prawo Karne Gospodarcze i handlowe, t. 10, Warszawa 2003, s. 425.

³⁷ Z. Cwiąkałski, (w:) Kodeks Karny. Komentarz. Część szczególna, t. III, A. Zoll (red.), Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 894.

³⁸ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. II AKa 467/02, OSA 2003, nr 4, poz. 36.

być przedmiotem czynności wykonawczej czynu stypizowanego w art. 310 § 1 k.k.³⁹

Wobec powyższego należy zadać pytanie, czy w obecnie obowiązującym systemie prawnym w Polsce możliwe jest posługiwanie się Bitcoinem samodzielnie bez dodatkowych czynności, czy stanowi on surogat pieniądza, a jego użycie jest powszechnie akceptowane?

Na wstępie niniejszych rozważań należy zauważyć, iż Bitcoin nie są i nie mogą być traktowane jako prawny środek płatniczy, albowiem nie posiadają waloru prawnego umarzania zobowiązań pieniężnych, niemniej jednak mogą być przeznaczone do dokonywania płatności, co – jak się wydaje – jest ich podstawową funkcją. Bitcoin co prawda nie służą jednak innym celom niż umarzanie zobowiązań, nawet jeśli nie stanowią prawnego środka płatniczego. W orzecznictwie TSU na potrzeby prawa podatkowego Bitcoin uznawany jest za inny prawny środek płatniczy, ponieważ jest: umownym środkiem płatniczym. Co istotne niezbędną jest w tym zakresie umowa podmiotów, które go akceptują po to, by waluta ta mogła zostać uznana za inny środek płatniczy⁴⁰.

Mając na uwadze powyższe wydaje się, iż Bitcoin, choć posiada funkcję płatniczą i na gruncie orzeczeń TSUE mieści się w szerokim pojęciu środka płatniczego, to na gruncie przepisów prawa karnego prawdopodobnie nie będzie on przedmiotem przestępstwa stypizowanego w art. 310 § 1 k.k. Za taką konstatacją przemawiają następujące argumenty:

- Bitcoin nie został uznany za prawny środek płatniczy, jest on jedynie dobrem, którego zasadniczym celem jest regulacja zobowiązań,
- Bitcoin nie jest powszechnie akceptowanym środkiem płatniczym, nie można się nim więc posługiwać powszechnie zamiast pieniędzy⁴¹,
- użycie Bitcoina nie pozwala na użycie go w każdym miejscu i każdym czasie w celu umorzenia zobowiązania, jakkolwiek funkcja taka Bitcoina nie jest wykluczona,
- Bitcoin dla swojej skuteczności wymaga przede wszystkim chociażby nieformalnej umowy stron o akceptacji przedmiotowej waluty,
- Bitcoin nie pozwala na zapłatę za nabyty towar lub usługę w każdej chwili i sytuacji,
- Bitcoin nie jest surogatem pieniądza, a jego użycie czy też kupno nie oznacza wprowadzenia go do obiegu, nie mamy tu więc na chwilę obecną do czynienia z zastępowaniem pieniądza,

³⁹ M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks Karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2013, s. 712.

⁴⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2015 r., w sprawie o sygn. C-264/14.

⁴¹ Por. J. Skorpka, Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. Komentarz, Warszawa 2002, s. 22.

- Bitcoin przedstawia wartość uzależnioną od tego, ile w danej chwili dana osoba jest w stanie za niego zapłacić, funkcjonuje on wraz z zapisem komputerowym oraz wymaga, by druga strona akceptowała go jako środek płatniczy, co nie wyklucza tego, iż może być sposobem na lokowanie kapitału, albowiem posiada określoną wartość (istnieją giełdy Bitcoin),
- wydaje się, iż Bitcoin nie jest nośnikiem pieniądza, jest natomiast środkiem czy dobrem, które samo w sobie posiada określoną wartość,
- Bitcoin nie może być więc traktowany jako surogat pieniądza.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, iż formalnie rzecz biorąc Bitcoin na chwilę obecną nie podlega ochronie na gruncie art. 310 § 1 k.k., nie ulega jednak wątpliwości, iż w przyszłości mógłby zostać zakwalifikowany jako „inny środek płatniczy” w rozumieniu art. 310 § 1 k.k.⁴², z tym, że w tym celu niezbędne byłyby zmiany obowiązujących przepisów prawa.

Bitcoin jako dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej lub papier wartościowy na gruncie art. 310 § 1 k.k.

Przedmiotem ochrony art. 310 k.k. jest dokument:

- uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej,
- zawierający obowiązek wypłaty kapitału,
- zawierający obowiązek wypłaty odsetek,
- zawierający obowiązek wypłaty udziału w zyskach,
- zawierający stwierdzenie uczestnictwa w spółce.

W nauce prawa karnego jak i orzecznictwie przyjmuje się, iż szczególnej ochrony wyrażonej na gruncie art. 310 § 1 k.k. poza papierami i innymi środkami płatniczymi, udziela się tylko dokumentom będącymi papierami wartościowymi⁴³. Stąd każdy dokument określony w art. 310 § 1 k.k. dla możliwości zastosowania tego przepisu musi być papierem wartościowym. Papiery wartościowe są kwalifikowanymi dokumentami stwierdzającymi określone prawa majątkowe. Ich szczególną cechą jest to, że zachodzi tu ścisły związek między dokumentem, a prawami majątkowymi, które on inkorporuje w swojej treści⁴⁴. Nie powinno więc budzić, wątpliwości, iż z uwagi na swoje cechy, a w szczególności na niematerialną postać i brak dokumentu inkorporujące-

⁴² K. Zacharzeski, Praktyczne znaczenie bitcoina na wybranych obszarach prawa prywatnego, *Monitor Prawniczy* 2015, nr 4, s. 195.

⁴³ A. Marek, *Prawo Karne*, 2006, s. 587; J. Skorupka, (w:) A. Wąsek (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny Komentarz*, t. II, 2010, s. 1642; A. Stefański, *Prawo Karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 635; Uchwała SN z dnia 30 września 1998 r., sygn. I KZP 3/98, OSNKW 1998, nr 9–10, poz. 41.

⁴⁴ T. Oczkowski, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016.

go określone prawa majątkowe, Bitcoin'y nie mogą być traktowane jako papiery wartościowe.

Podsumowanie

Bitcoin lub jego następcę nazywamy w opracowaniach ekonomicznych pieniądzem przyszłości pomimo tego, iż na chwilę obecną użycie Bitcoina jako innego środka płatniczego niewątpliwie wymaga umowy społeczności, która go akceptuje. Spełnienie świadczenia w formie Bitcoin w stosunku do podmiotu, który nie akceptuje tego typu płatności nie może być traktowane jako spełnienie świadczenia w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Bitcoin nie jest więc powszechnie uznawanym środkiem płatniczym pozwalającym na zapłatę nim w każdym miejscu i w każdym czasie. Niemożliwe jest również wskazanie podmiotu, który bezpośrednio go wyemitował. Bitcoin posiada swój byt w świecie wirtualnym, co dodatkowo potwierdza, iż Bitcoin nie jest innym środkiem płatniczym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego. W przypadku Bitcoina nie da się również wyodrębnić osoby zobowiązanej do prowadzenia rachunku oraz spełnienia świadczenia w ramach cyklu rozliczeniowego⁴⁵. Środki płatnicze natomiast co do zasady takową cechę posiadają. Tym samym wydaje się, iż na chwilę obecną Bitcoin pozostaje poza zakresem penalizacji art. 310 k.k. (pomijam tu kwestie natury technicznej związane z obrotem Bitcoinem). Uprzednio poczynione rozważania pozwalają skonstatować, iż Bitcoin nie jest pieniądzem w rozumieniu art. 310 § 1 k.k., albowiem nie posiada on waloru prawnego środka płatniczego w rozumieniu ustawy o NBP, nie jest on pieniądzem obcym w rozumieniu prawa dewizowego, jak również nie jest pieniądzem elektronicznym, albowiem cech takiego pieniądza nie posiada. Trudno również traktować Bitcoin jako instrument finansowy, skoro nie spełnia wymogów zawartych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. Nie jest on również rzeczą w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego.

W ocenie autora uznanie Bitcoinów za inny środek płatniczy w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, wymagałoby wprowadzenia zmian do przepisów prawa. Obecnie ustawa o NBP i prawo dewizowe nie kwalifikują Bitcoinów jako takich. Bitcoin'y są co prawda używane do umarzania zobowiązań, niemniej jednak niezbędna jest akceptacja podmiotów ich używających, przez co cecha płatnicza Bitcoina nie jest powszechna. Niemożliwe jest ich stosowanie jako środka płatniczego bez jakichkolwiek ograniczeń. Autor niniejszego opracowania wskazuje, iż prawidłowe uznanie Bitcoinów na gruncie ustawy o VAT jako innego środka płatniczego nie sprawia automatycz-

⁴⁵ Por. K. Zacharzewski, Praktyczne znaczenie bitcoina na wybranych obszarach prawa prywatnego, *Monitor Prawniczy* 2015, nr 4, s. 193–194.

nie, iż rozumienie Bitcoina jako środka płatniczego powinno być takie same na gruncie ustawy karnej, tym bardziej, że z punktu widzenia prawa karnego istotna jest przede wszystkim cecha czy też funkcja płatnicza tej kryptowaluty jak również jej powszechna akceptowalność, której na chwilą obecną w przypadku Bitcoina brak. Bitcoin wciąż pozostaje nowym środkiem płatniczym, coraz powszechniej używanym w obrocie gospodarczym, niemniej jednak nie jest on jeszcze powszechnym środkiem płatniczym, którym mógłby zostać użyty w sposób nieograniczony jako surogat pieniądza.

Wydaje się, że na gruncie przepisów prawa karnego niezbędna jest pilna interwencja ustawodawcy. Pojęcia używane przez kodeks karny w tej chwili nie dają bowiem jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy Bitcoiny są środkami płatniczymi w rozumieniu kodeksu karnego, a wykładnia pojęcia środka płatniczego stwarza ryzyko odmiennej interpretacji w poszczególnych stanach faktycznych, co jest niedopuszczalne na gruncie przepisów prawa karnego. Wydaje się, iż ustawodawca stanie przed bardzo trudnym zadaniem. Przepisy prawa karnego powinny z jednej strony zapewnić bezpieczeństwo funkcjonowania kryptowalut, a jednocześnie niepożądana jest nadmierna ingerencja regulacyjna, która w konsekwencji mogłaby zahamować rozwój obszaru, który już na tym etapie dowodzi swojego wielkiego potencjału.

Uzupełniając przedmiotowe rozważania wskazać należy, że podmioty fałszujące pieniądze lub inne środki płatnicze narażone są na sankcje karne przewidziane za wytwarzanie oraz wprowadzanie do obrotu pieniądza oraz środków płatniczych. Art. 310 k.k. przewiduje bardzo surowe sankcje karne za podrabianie albo przerabianie polskiego albo obcego pieniądza lub innego środka płatniczego oraz za puszczanie takiego pieniądza lub innego środka płatniczego w obieg. Nie powinno budzić wątpliwości, że dopóki celem kreacji kryptowaluty jest stworzenie alternatywnego środka płatniczego w stosunku do prawnego środka płatniczego emitowanego przez Narodowy Bank Polski (lub innego środka płatniczego rozpoznawanego przez polskie prawo), a nie podrabianie lub przerabianie tego środka, dopóty kreacja wirtualnych walut nie będzie przestępstwem określonym w art. 310 k.k. Pożądane jest działanie zmierzające do zapewnienia przepisom karnym skuteczności w różnych sytuacjach przy jednoczesnym zachowaniu odpowiedniej ścisłości przesłanek i treści odpowiedzialności karnej.

Cryptocurrencies and virtual currencies as objects of the offence under Article 310, § 1 of the Penal Code

Abstract

This study tries to answer the question of whether bitcoins can be objects of the prohibited act defined in Article 310 of the Penal Code. The focus herein is on what bitcoins are and how they should be treated pursuant to Article 310 of the Penal Code, whether law protects transaction parties, and whether offences, which fulfil the criteria of the prohibited act specified in Article 310 of the Penal Code, can also harm people who counterfeit bitcoins.

Sławomir Dudziak

Krajowa Administracja Skarbowa a postępowanie karne skarbowe

Streszczenie

Przedmiotem opracowania są rozważania na kanwie zmian wprowadzonym do Kodeksu karnego skarbowego mocą ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. poz. 1947). Autor dostrzega m.in. częściową wadliwość wyposażenia organów finansowych w uprawnienia i obowiązki prokuratora (art. 122 k.k.s.).

Z dniem 1 marca 2017 r. w związku z wejściem w życie ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej¹ oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowej Administracji Skarbowej², nastąpiła najgłębsza w historii wolnej Polski przebudowa szeroko rozumianego aparatu fiskalnego Państwa, odpowiedzialnego za ustalanie, pobór i egzekucję podatków, ceł i innych danin o charakterze publicznoprawnym. Przebudowie tej towarzyszą również zmiany organizacyjne i kompetencyjne poszczególnych finansowych organów postępowania przygotowawczego w zakresie wykrywania i zwalczania przestępczości podatkowej. Celem niniejszej publikacji jest wskazanie istoty dokonanych przez ustawodawcę zmian, analizowanych przez pryzmat przepisów Kodeksu karnego skarbowego³.

Struktura Krajowej Administracji Skarbowej

Omówienie pozycji organów Krajowej Administracji Skarbowej (zwanej dalej „KAS”) na gruncie k.k.s. poprzedzone musi zostać wskazaniem podstawowych cech tej nowopowstającej struktury organizacyjnej. Otóż w dotychczasowym stanie prawnym administracja podatkowa i celna posiadała rozproszoną strukturę, skupioną aż w trzech niezależnie działających od siebie pionach – administracji podatkowej obejmującej 16 Izb Skarbowych

¹ Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r., Dz. U. z 2016 r., poz. 1947 z późn. zm., zwana dalej „Ustawą” lub „ustawą o KAS”.

² Dz. U. z 2016 r., poz. 1948, zwana dalej „ustawą wprowadzającą”.

³ Ustawa z dnia 10 września 1999 r., tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2137 z późn. zm., zwana dalej „k.k.s.”.

i 400 Urzędów Skarbowych; Służbie Celnej obejmującej 16 Izb Celnych i 45 Urzędów Celnych wraz ze 143 oddziałami celnymi; a także kontroli skarbowej obejmującej 16 Urzędów Kontroli Skarbowej⁴. Ustawodawca uznał jednak, iż tego typu rozproszenie, połączone nadto z powielaniem niektórych zadań związanych z procesem poboru należności podatkowych i celnych w ramach poszczególnych służb (np. kontrola prawidłowości realizacji obowiązków podatkowych i celnych, postępowanie egzekucyjne) powoduje, iż nie jest możliwym ich realizowanie w sposób spójny i jednolity, a zarazem z optymalnym wykorzystaniem dostępnej kadry oraz zasobów organizacyjnych i finansowych⁵. Z uwagi na powyższe zdecydowano się na konsolidację wszystkich ww. służb w Krajową Administrację Skarbową, podporządkowaną w całości Ministrowi Finansów. Zaakcentować jednak należy, iż sam fakt konsolidacji nie oznacza, iż KAS funkcjonować będzie w przestrzeni prawnej jako struktura monolityczna. Wręcz przeciwnie – zgodnie bowiem z art. 11 ust. 1 Ustawy organami KAS są: 1) minister właściwy do spraw finansów publicznych, 2) Szef Krajowej Administracji Skarbowej, 3) dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, 4) dyrektor izby administracji skarbowej, 5) naczelnik urzędu skarbowego oraz 6) naczelnik urzędu celno-skarbowego. Każdy z tych organów wykonywać będzie zaś swoje ustawowe zadania przy pomocy stosownego urzędu, który będzie go obsługiwał (odpowiednio: izby administracji skarbowej, urzędu skarbowego, urzędu celno-skarbowego, itd.). Mając na uwadze powyższą mnogość organów wchodzących w skład KAS (w istocie dość zbliżoną do aktualnej struktury administracji podatkowo-celnej) rodzić się może obawa co do tego, czy nowość powołanej do życia struktury nie ogranicza się aby do kosmetycznych zmian w nazewnictwie poszczególnych organów, przy zachowaniu zasadniczo tożsamego zakresu ich dotychczasowych kompetencji. Lektura przepisów ustawy o KAS prowadzi jednak do wniosku, iż zmiany terminologiczne poszczególnych organów podatkowych połączone zostały z głęboką przebudową i relokacją poszczególnych kompetencji w zakresie szeroko rozumianych zadań dotyczących gromadzenia danin publicznych. Ustawodawca zdecydował się odejść od dotychczas obowiązującego modelu horyzontalnego rozdziału kompetencji, tj. opartego o kryterium rodzaju pobieranej daniny i źródła powstania obowiązku podatkowego, na rzecz modelu wertykalnego – w którym w rękach poszczególnych organów skupia się przekrój kompetencji dotyczących wymiaru, poboru i egzekucji danin publicznych i którego wyznacznikiem nie jest rodzaj daniny, a założona funkcja (specjalizacja) danego organu KAS. W ten oto sposób nowy model administracji skarbowej nadal wprowadzie opierać się będzie na dwóch podstawowych organach, którymi będą naczelnik urzędu

⁴ Dane Ministerstwa Finansów – www.mf.gov.pl.

⁵ Zob. uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, druk sejmowy nr 826, Sejm VIII Kadencji.

skarbowego i naczelnik urzędu celno-skarbowego, ale o całkowicie przebudowanej strukturze kompetencyjnej. Otóż podstawowe zadania w procesie poboru danin będzie realizował naczelnik urzędu skarbowego, który przejmie kompetencje dotychczasowego naczelnika urzędu skarbowego i naczelnika urzędu celnego w zakresie m.in. poboru podatków, należności celnych, opłat, niepodatkowych należności budżetowych, jak również innych należności pobieranych na podstawie odrębnych przepisów, czy też egzekucji administracyjnej należności pieniężnych. Z kolei nowo powstały naczelnik urzędu celno-skarbowego będzie realizował zadania związane m.in. z wykonywaniem kontroli celno-skarbowej, wymiarem należności celnych i podatkowych związanych z przywozem i wywozem towarów, z obejmowaniem towarów procedurami celnymi oraz wykrywaniem, zapobieganiem i ściganiem najcięższej przestępczości podatkowej. W pewnym uproszczeniu stwierdzić można, iż naczelnik urzędu skarbowego przejmie zasadniczy zręb wszystkich dotychczasowych kompetencji związanych z wymiarem podatków i ich poborem, poborem należności celnych, egzekucją tych danin oraz ewidencją i obsługą podatnika. Urząd celno-skarbowy będzie zaś swoistym „zbrojnym ramieniem” aparatu skarbowego – formacją mundurową, o szerokich kompetencjach kontrolnych, uprawnioną do stosowania środków przymusu bezpośredniego, środków operacyjno-rozpoznawczych, przeznaczoną do wykrywania i zwalczania najcięższej przestępczości podatkowej (i niektórych przestępstw powszechnych), ale jednocześnie zachowującą pewne uprawnienia klasycznego organu podatkowego (głównie w zakresie wymiaru należności celnych).

Pozycja organów Krajowej Administracji Skarbowej na gruncie kodeksu karnego skarbowego

Podstawową konsekwencją przebudowy aparatu skarbowego stała się modyfikacja na gruncie k.k.s. kręgu podmiotów posiadających status „finansowych organów postępowania przygotowawczego”. Status ten z chwilą wejścia w życie ustawy o KAS utracił urząd celny i inspektor kontroli skarbowej, których miejsce zajął naczelnik urzędu celno-skarbowego. Do grupy finansowych organów postępowania przygotowawczego zaliczono również – co jest zupełną nowością – Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Pozycję finansowego organu zachował jedynie urząd skarbowy, a dokładniej rzecz ujmując – naczelnik tego urzędu (zmiana w powyższym zakresie ma więc wyłącznie terminologiczny charakter). Ze zmianami w statusie finansowych organów postępowania przygotowawczego skorelowane zostały modyfikacje w organach nadrzędnych. Stosownie do nowego brzmienia art. 53 § 39 k.k.s. – organem nadrzędnym nad naczelnikiem urzędu skarbowego i na-

czelnikiem urzędu celno-skarbowego stał się dyrektor izby administracji skarbowej. Z kolei w przypadku gdy postanowienie lub zarządzenie zostanie wydane przez dyrektora izby – jako organ nad nim nadrzędny ustawodawca wskazał Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Z uwagi jednak na fakt, iż także sam Szef KAS uzyskał status finansowego organu postępowania przygotowawczego – funkcję organu wobec niego nadrzędnego powierzono ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych. Łatwo zatem zauważyć, iż struktura organów nadrzędnych nad finansowymi organami postępowania przygotowawczego przybiera w nowych regulacjach strukturę piramidalną (choć o kompetencjach procesowych ograniczoną do szczebla bezpośrednio podległego).

Zmiany kompetencyjne

Istotnym wyznacznikiem pozycji finansowych organów postępowania przygotowawczego w postępowaniu karnym skarbowym jest zakres przyznanych im przez ustawodawcę kompetencji prokuratorskich. Materia ta – uregulowana w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. – także doczekała się zmian, które choć nie są liczne, to mają dość ważne znaczenie dla sprawności i dynamiki prowadzonego postępowania. Otóż ustawodawca w omawianym przepisie zdecydował się umieścić dodatkowe odesłanie do art. 293 § 1 i 4 Kodeksu postępowania karnego⁶ (dalej zwanego jako „k.p.k.”). Powyższe rozwiązanie umożliwi finansowym organom postępowania przygotowawczego na samodzielne wydawanie postanowień o zabezpieczeniu majątkowym, bez konieczności zwracania się w tej kwestii ze stosowanym wnioskiem do prokuratora. Zmianę tą należy ocenić pozytywnie, gdyż z jednej strony w żaden sposób nie pogarsza ona pozycji procesowej podejrzanego (zachowana zostaje wszak sądowa kontrola wydanego przez organy KAS postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym), z drugiej zaś – pozwala ona nieco odciążyć prokuratora od wykonywanych dotychczas w tej materii czynności, które co prawda miały jedynie charakter wpadkowy, ale każdorazowo wymagały zapoznania się całością materiałów sprawy dla dokonania oceny spełnienia przesłanek do wydania wnioskowanego postanowienia. W tym miejscu poczynić należy jednak istotne zastrzeżenie. Otóż kompetencja finansowego organu postępowania przygotowawczego do wydania postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym aktualizować się będzie wyłącznie w sytuacji, gdy organ ten będzie prowadził przedmiotowe postępowanie samodzielnie (tj. pod nadzorem organu nadrzędnego, a nie prokuratora). Objęcie przez prokuratora nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym prowadzonym przez finansowe organy postępowania przygotowawczego (i to niezależnie

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 z późn. zm.

od tego, czy następuje ono z mocy prawa⁷, czy też jest wyrazem fakultatywnej decyzji prokuratora) pozbawia te organy możliwości korzystania z uprawnień przewidzianych w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.⁸ Pozycja prokuratora do prowadzącego postępowanie finansowego organu staje się wówczas bowiem taka, jak w przypadku nadzoru nad niefinansowymi organami, prowadzącymi postępowanie tak o czyny skarbowe, jak i „pospolite” przestępstwa⁹.

Omawiając nowo przyznane finansowym organom postępowania przygotowawczego uprawnienie, warto jednak zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję ustawodawcy. Otóż zaakcentować należy, iż dokonany zmianom w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. nie towarzyszą żadne modyfikacje w obszarze art. 122 § 2 k.k.s. Tymczasem w drugim z wymienionych przepisów przewidziana jest możliwość występowania przez finansowe organy (w toku samodzielnie prowadzonych przez nie dochodzeń) o wydanie przez prokuratora postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym. Nie bardzo więc wiadomo, w jakim celu miałby finansowy organ zwracać się do prokuratora z tego typu wnioskiem, skoro sam będzie posiadał uprawnienie do wydania interesującej go decyzji procesowej. Wydaje się zatem, iż powyższą niekonsekwencję legislacyjną należy rozpatrywać wyłącznie w kontekście przeoczenia ustawodawcy.

Obok prerogatywy do stosowania przez finansowe organy postępowania przygotowawczego instytucji prawnej zabezpieczenia majątkowego, ustawodawca nadto poszerzył katalog zawarty w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. o odesłanie do art. 324 § 1 i 2 k.p.k. W skutek tego zabiegu finansowym organom przyznane zostało uprawnienie do zakończenia postępowania przygotowawczego skierowaniem do sądu wniosku o jego umorzenie i zastosowanie wobec podejrzanego środków zabezpieczających, jeżeli zostanie ustalone, że podejrzany dopuścił się czynu w stanie niepoczytalności, a istnieją podstawy do zastosowania wobec niego tego typu środków. Przyczyny, które legły u podstaw ponownego¹⁰ przyznania organom finansowym uprawnienia przewidzianego w art. 324 § 1 i 2 k.p.k. rysują się jednak jako wysoce enigmatyczne. W uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy Przepisy wpro-

⁷ Dotyczy to sytuacji, gdy postępowanie przygotowawcze prowadzone jest w formie śledztwa – zob. art. 151c § 1 k.k.s. oraz tych dochodzeń, w których zachodzą okoliczności wymienione w art. 151c § 2 k.k.s.

⁸ T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2006, s. 528, podobnie T. Razowski (w:) Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 956 i W. Kottowski, B. Kurzepa, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2006, s. 407.

⁹ M. Świątlicka, Nadzór prokuratora w sprawach karnych skarbowych, Prokuratura i Prawo 2007, nr 11, s. 147.

¹⁰ Odesłanie w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. do uregulowania zawartego w art. 324 k.p.k. funkcjonowało od chwili uchwalenia Kodeksu karnego skarbowego do czasu jego nowelizacji, która weszła w życie 1 lipca 2015 r. na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 z późn. zm.)

dzające ustawę o Krajowej Administracji Skarbowej¹¹, projektodawcy ograniczyli się jedynie do oznajmienia faktu dokonania omawianej zmiany, nie przedstawiając żadnych merytorycznych argumentów przemawiających za podjęciem decyzji tego typu. Istotniejsze jednak jest to, na co trafnie zwrócono uwagę w trakcie konsultacji społecznych nad proponowaną nowelizacją¹², iż zamieszczenie w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. odesłania do art. 324 § 1 i 2 k.p.k. prowadzi do wygenerowania normy pustej. Powyższe wynika z faktu, iż w układzie procesowym, w którym istnieją podstawy do zastosowania art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. nigdy nie będzie możliwe skorzystanie z odesłania do art. 324 k.p.k. Ustalenie stanu poczytalności sprawcy wymaga wszak uprzedniego zasięgnięcia w tym przedmiocie opinii biegłych psychiatrów. Wydanie takiego postanowienia w toku postępowania karnego skarbowego jest jednak zastrzeżone do wyłącznej kompetencji prokuratura (art. 122 § 2 k.k.s.), a konsekwencją podjęcia przez niego takiej decyzji jest *ex lege* objęcie nadzoru nad tym postępowaniem (art. 122 § 2 zd. 2 k.k.s.). Fakt występowania nadzoru prokuratorskiego pozbawia z kolei finansowy organ możliwości samodzielnego (w rozumieniu art. 122 § 1 k.k.s. *in principio* w zw. z art. 151 § 1 k.k.s.), wniesienia do sądu aktu oskarżenia, co finalnie przekreśla możliwość korzystania przez ten organ z uprawnień prokuratorskich przyznanych mu w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.

Wykluczenie możliwości skorzystania przez finansowy organ postępowania przygotowawczego z prerogatywy przewidzianej w art. 324 k.p.k. w sprawach o przestępstwa skarbowe, nakazuje jeszcze rozważyć, czy aby sięgnięcie po ten przepis nie jest możliwe w sprawach, których przedmiotem są wykroczenia skarbowe. Zgodnie wszak z art. 122 § 2 zd. 3 k.k.s. wydanie przez prokuratora w tego typu postępowaniach postanowienia o powołaniu biegłych psychiatrów – jedynie uprawnia, a nie obliuguje do objęcia postępowania nadzorem. Teoretycznie możliwa zatem jest sytuacja, w której pomimo zasięgnięcia opinii biegłych psychiatrów, finansowy organ postępowania przygotowawczego zachowa uprawnienia prokuratorskie wymienione w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. Problem jednak w tym, iż zgodnie z art. 47 § 4 k.k.s. jedynym środkiem zabezpieczającym, który można orzec w związku z popełnieniem wykroczenia skarbowego jest przepadek. Stosownie zaś do dyspozycji art. 323 § 3 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. – orzeczenie przez sąd przepadku tytułem środka zabezpieczającego ma charakter następczy i wymaga wcześniejszego, prawomocnego umorzenia postępowania przez organ postępowania przygotowawczego. Powyższe

¹¹ Druk sejmowy nr 827, Sejm VIII Kadencji.

¹² Opinia z dnia 23 czerwca 2016 r. Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych do projektu ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowej Administracji Skarbowej w zakresie dotyczącym zmian w Kodeksie karnym skarbowym, www.sejm.gov.pl.

proceeds then to the conclusion, that the application to the court in the form of art. 324 k.p.k. with a motion for the initiation of criminal proceedings in the field of tax law in connection with the statement of illegibility of the perpetrator, can occur only at that time, when the grounds for the application of other than the case of measures of protection exist.

Właściwość rzeczowa finansowych organów postępowania przygotowawczego

With the entry into force of the law – Provisions introducing the law on KAS also led to quite significant changes in the scope of the substantive jurisdiction of individual financial organs of the preparatory proceedings. In the new wording of art. 133 § 1 k.k.s. the legislator decided to maintain at the same time the binding principle, in the sense of which the general authority to conduct criminal tax proceedings belongs to the head of the tax office. It should be noted, however, that at the same time there was an expansion of the scope of the substantive jurisdiction of the head of the customs and tax office and this expansion is so significant, that it empowers it to raise the issue of the factual weakening of the position of the head of the tax office in the role of the leading organ of the prosecution of tax crime. The above results from the fact, that defined in art. 133 § 1 pkt 1 k.k.s. the scope of the substantive jurisdiction of the head of the customs and tax office was built on two criteria – the first of a subjective character, covering crimes in the field of tax law, which were disclosed by this organ in the scope of its activity, i.e. acts defined in art. 54 § 2 i 3, art. 55 § 2 i 3, art. 56 § 2–4, art. 56a, art. 56b, art. 57 § 1, art. 60–62, art. 69 § 2, art. 71, art. 72, art. 75, art. 76 § 2 i 3, art. 77 § 2 i 3, art. 78 § 2 i 3, art. 80, art. 80a, art. 81–83, art. 84 § 1, art. 106l i art. 106ł k.k.s.; and the second of an objective character, covering crimes and offenses in the field of tax law, the prosecution of which was exclusively¹³ the substantive jurisdiction of the head of the customs and tax office, i.e. acts defined in art. 54 § 1, art. 55 § 1, art. 56 § 1, art. 63–68, art. 69 § 1, 3 i 4, art. 69a–70, art. 73–73a, art. 75a–75c, art. 76 § 1, art. 77 § 1, art. 78 § 1, art. 85–95, art. 96 § 1, art. 97–106k, art. 107–110b i art. 111 § 1 k.k.s.

¹³ For such a statement of fact speaks the structure of the provision being discussed, where *in principio* the legislator lists the catalog of crimes and offenses in the field of tax law, the prosecution of which is entrusted to the head of the customs and tax office, but without any additional reservation (in the consequence of which it should be noted, that it concerns all acts of this kind); and in the catalog contained *in fine* art. 133 § 1 pkt 1 k.k.s. it is explicitly stated, that it concerns exclusively and only the crimes and offenses in the field of tax law, which were disclosed by this organ in the scope of its activity.

Analiza katalogu przestępstw objętych wyłączną właściwością naczelnika urzędu celno-skarbowego pozwala łatwo dostrzec, iż powierzono temu organowi prowadzenie postępowań karnych skarbowych o największym ciężarze gatunkowym, skutkujących znaczącymi uszczerbkami w dochodach budżetu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego (np. uchylanie się od opodatkowania, oszustwa podatkowe i celne, przemyt celny, przestępstwa związane z obrotem dewizowym czy grami hazardowymi). W dotychczasowym stanie prawnym gros tych spraw prowadzone było przez urzędy skarbowe (dotyczyło to w szczególności przestępstw kwalifikowanych z art. 54 § 1 k.k.s., art. 56 § 1 k.k.s. czy art. 76 § 1 k.k.s.). Począwszy jednak od 1 marca 2017 r. naczelnicy urzędów skarbowych nie są już kompetentni rzeczowo do prowadzenia postępowań karnych skarbowych o czyny wymienione w art. 133 § 1 pkt 1 *in principio* k.k.s. i to nawet wówczas, gdy w zakresie swojego działania dokonali ich ujawnienia. Gdyby zatem naczelnik urzędu skarbowego dysponował materiałami dającymi asumpt do prowadzenia postępowania np. o czyn z art. 56 § 1 k.k.s., to winien albo te materiały od razu przekazać według właściwości rzeczowej naczelnikowi urzędu celno-skarbowego, celem podjęcia już przez ten organ merytorycznej decyzji co do zasadności wszczęcia postępowania, albo też postąpić zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 133 § 2 k.k.s., tj. wszcząć w sprawie postępowanie przygotowawcze, a po zabezpieczeniu dowodów – przekazać je do dalszego prowadzenia naczelnikowi urzędu celno-skarbowego.

Szerokie ukształtowanie zakresu wyłącznej właściwości rzeczowej naczelnika urzędu celno-skarbowego może jednak implikować sporo problemów w praktyce stosowania nowych przepisów. Zwrócić należy wszak uwagę, iż typizując poszczególne rodzaje przestępstw i wykroczeń skarbowych ustawodawca często posługuje się swoistą gradacją, której wyznacznikiem jest wysokość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Zmiana ustaleń w zakresie powyższej kwoty może więc wprost przekładać się na przyjętą w postępowaniu kwalifikację prawną analizowanego zachowania przestępczego. Jeżeli bowiem podatnik złoży organowi podatkowemu deklarację podatkową, w której poda nieprawdę i narazi tym samym podatek na uszczuplenie w kwocie np. 5000 zł (a więc w kwocie nie przekraczającej ustawowego progu w rozumieniu art. 53 § 6 k.k.s.), wówczas dopuści się wyłącznie wykroczenia skarbowego z art. 56 § 3 k.k.s. W sytuacji gdy wspomniana kwota będzie wyższa i wynosić np. 50.000 zł (stanowiąc tzw. małą wartość w rozumieniu art. 53 § 14 k.k.s.), to zachowanie sprawcy należało będzie już traktować jako przestępstwo skarbowe z art. 56 § 2 k.k.s. Natomiast gdy kwota uszczuplenia przekroczy próg „małej wartości” i wynosić będzie dla przykładu 500.000 zł, to będziemy już mieli do czynienia z przestępstwem skarbowym z art. 56 § 1 k.k.s. Wyłączna właściwość naczelnika urzędu celno-skarbowego aktualizować się będzie tylko

w odniesieniu do ostatniej z wymienionych sytuacji (i to nawet wówczas, gdy czyn został ujawniony przez inny organ finansowy). Rodzi się zatem pytanie o to – jak winien zachować się naczelnik urzędu skarbowego, jeżeli wszczął postępowanie karne skarbowe, dla przykładu – o czyn z art. 56 § 2 k.k.s., a dopiero w jego toku ustalił dokładną, a do tego wyższą, kwotę uszczuplonej należności publicznoprawnej. Jeżeli różnica ta będzie na tyle istotna, iż da asumpt do wydania wobec sprawcy postanowienia o przedstawieniu zarzutu, w którym inkryminowane mu przestępstwo zostanie zakwalifikowane z surowszego przepisu, tj. z art. 56 § 1 k.k.s., wówczas koniecznym zdaje się przekazanie takiej sprawy do dalszego prowadzenia naczelnikowi urzędu celno-skarbowego (jako wyłącznie właściwemu do prowadzenia postępowań o tak kwalifikowane czyny). Z chwilą przejścia postępowania przygotowawczego z fazy *in rem* do fazy *in personam* następuje wszak bardzo precyzyjne uszczegółowienie jego przedmiotu, które ma nadto na tyle doniosłe znaczenie procesowe, iż w pewnym sensie petryfikuje przedmiot tego postępowania (to opis i kwalifikacja prawna czynu podana w postanowieniu o przedstawieniu zarzutu staje się punktem odniesienia do dalszych czynności w sprawie – np. sformułowania aktu oskarżenia, albo decyzji o umorzeniu – a nie ich postać wskazana w postanowieniu o wszczęciu postępowania).

Na tle wątpliwości związanych z podziałem właściwości rzeczowej między naczelników urzędów skarbowych i naczelników urzędów celno-skarbowych, wyjątkowo klarownie prezentuje się sfera kompetencyjna ostatniego z finansowych organów postępowania przygotowawczego, tj. Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Zgodnie bowiem z nowym brzmieniem art. 133 § 1 pkt 3 k.k.s. – Szef KAS uprawniony będzie do prowadzenia postępowań w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe „ujawnione w zakresie swojego działania”¹⁴.

Przedłużanie czasu trwania postępowania przygotowawczego

Nowelizując przepisy k.k.s. ustawodawca zdecydował się na bardzo głęboką przebudowę normatywną art. 153 § 1 k.k.s., regulującego czas trwania postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe oraz zasady i warunki jego przedłużania. Bez zmian pozostawiono wprawdzie bazowy czas trwania takiego postępowania, tj. 3 miesiące, ale całkowicie zmieniono zasady jego przedłużania. Otóż w poprzednim stanie prawnym, prowadzone przez finansowy organ postępowania przygotowawczego

¹⁴ Zakres ten, przynajmniej teoretycznie, obejmować może dowolne przestępstwo i wykroczenie skarbowe, jeżeli wziąć pod uwagę, jak szeroko została w art. 14 ust. 1 ustawy o KAS określona sfera zadań Szefa KAS.

dochodzenie w sprawie o przestępstwo skarbowe podlegało przedłużeniu przez organ nadrzędny, ale tylko na czas nie przekraczający 6 miesięcy. W przypadku wystąpienia konieczności przedłużenia czasu trwania takiego dochodzenia na okres dalszy – w procedurę tą włączany był prokurator, który stawał się wyłącznie właściwy do podjęcia decyzji w omawianym przedmiocie. Powyższe rozwiązanie normatywne było jednak w praktyce źródłem wielu problemów interpretacyjnych, które dotyczyły zarówno ustalenia tego, który dokładnie prokurator posiada prerogatywę do wydania postanowienia o przedłużeniu postępowania, jak i tego, czy wydanie przedmiotowego postanowienia było równoznaczne z objęciem przez prokuratora nadzoru nad postępowaniem prowadzonym przez finansowy organ postępowania przygotowawczego¹⁵. W nowym stanie prawnym ustawodawca zdecydował się zrezygnować z angażowania prokuratora w proces przedłużania dochodzenia prowadzonego samodzielnie (tj. pod nadzorem organu nadrzędnego) przez finansowe organy postępowania przygotowawczego. Począwszy zatem od 1 marca 2017 r. kompetencja do przedłużania dochodzenia prowadzonego przez finansowy organ w sprawie o przestępstwo skarbowe należy już wyłącznie do organu nadrzędnego i to niezależnie od czasu, na który takie przedłużenie nastąpi (o ile oczywiście nie zostanie ono wcześniej objęte obligatoryjnym lub fakultatywnym nadzorem przez urząd prokuratorski). Przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie przedłużenia dochodzenia organ nadrzędny musi mieć jednak w polu widzenia jedno dodatkowe zastrzeżenie uczynione przez ustawodawcę, a mianowicie, iż przedłużenie takie nie powinno łącznie przekraczać okresu 1 roku. W sytuacji jednak, w której jawiłaby się konieczność dalszego prowadzenia takiego postępowania, wydanie postanowienia o przedłużeniu czasu trwania dochodzenia obwarowane zostało dodatkowym wymogiem, tj. koniecznością wykazania, iż za podjęciem decyzji tego typu przemawia „szczególnie uzasadniony wypadek”. Powyższe nie rzutuje jednak w żaden sposób na kwestię organu właściwego do wydania postanowienia o przedłużeniu czasu trwania postępowania (pozostawać nim będzie organ nadrzędny nad finansowym organem postępowania przygotowawczego).

Rekapitulując – na gruncie nowych uregulowań, w przypadku prowadzenia przez finansowy organ postępowania przygotowawczego dochodzenia

¹⁵ Wątpliwości interpretacyjne związane z egzegezą art. 153 § 1 k.k.s. były do tego stopnia znaczące, iż stały się przedmiotem oceny Sąd Najwyższego w składzie 7 sędziów w uchwale z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. I KZP 13/15, www.sn.gov.pl, w której rozstrzygnięto, iż przedłużenie przez właściwego prokuratora, na podstawie art. 153 § 1 zdanie trzecie k.k.s. na okres powyżej 6 miesięcy, dochodzenia w sprawie o przestępstwo skarbowe, prowadzonego przez finansowy organ postępowania przygotowawczego i nadzorowanego przez organ nadrzędny nad tym organem, oznacza objęcie przez prokuratora nadzorem tego dochodzenia, obligując go do realizowania swoich uprawnień płynących z art. 298 § 1 i art. 326 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

o przestępstwo skarbowe – organem właściwym do wydania postanowienia o przedłużeniu czasu trwania takiego postępowania jest organ nadrzędny (i to bez względu na okres takiego przedłużenia). W sytuacji zaś, gdy takie dochodzenie zostanie objęte nadzorem prokuratorskim – do przedłużenia czasu trwania postępowania właściwy jest prokurator bezpośrednio przełożony wobec prokuratora nadzorującego postępowanie. Bez zmian pozostają natomiast dotychczas obowiązujące zasady przedłużania śledztwa.

Pozostałe zmiany

Dotychczas scharakteryzowane zostały najistotniejsze zmiany dokonane w przepisach k.k.s., które oczywiście nie wyczerpują całości zagadnienia. Oprócz nich ustawodawca dokonał bowiem jeszcze kilku innych modyfikacji, które nie mają jednak pierwszoplanowego znaczenia, pełniąc funkcję *stricte* dostosowawczą. Spośród nich krótkiego odnotowania warte są zmiany w obszarze:

- art. 135 § 4 k.k.s., w którym zmieniono organ właściwy do rozstrzygnięcia sporu toczącego się między finansowymi organami postępowania przygotowawczego niemającymi wspólnego organu nadrzędnego – dotychczas organem tym był minister właściwy do spraw finansów publicznych, a w nowym stanie prawnym będzie to Szef KAS;
- art. 153a k.k.s., który uzupełniono o zdanie trzecie, wskazując, że jeżeli organ nadrzędny nad finansowym organem postępowania przygotowawczego nie przychyli się do zażalenia, kieruje je do sądu (na skutek tej zmiany doszło jednak do swoistego ustawowego *superfluum*, gdyż obowiązek tej treści wynika już z recypowanego na mocy art. 122 § 2 k.k.s. – art. 325e § 4 zd. drugie);
- art. 179 § 3 k.k.s., w którym uprawnienie do dokonania zabezpieczenia majątkowego przyznano także Szefowi KAS.

Przepisy przejściowe

Dla wyczerpania tematyki koniecznym jawi się zwrócenie również uwagi na kwestie przepisów intertemporalnych. Kluczowe znaczenie z tej perspektywy ma art. 199 i art. 254 ustawy wprowadzającej. W pierwszym z nich przewidziano zasadę swoistej sukcesji uniwersalnej, związanej ze zniesieniem dotychczasowych finansowych organów postępowania przygotowawczego i zastąpieniem ich nowymi. Zgodnie z powyższą regułą postępowania o przestępstwa i wykroczenia skarbowe wszczęte przez inspektorów kontroli skarbowej i urzędy celne, a nie zakończone przed dniem wejścia w życie ustawy – przejmują do dalszego prowadzenia naczelnicy urzędów celno-

skarbowych. Postępowania prowadzone z kolei przez urzędy skarbowe mają być przez nie kontynuowane (choć już pod zmienioną nazwą – jako naczelników urzędów skarbowych). Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, co do prawnej skuteczności czynności procesowych wykonanych przez dotychczasowe finansowe organy postępowania przygotowawczego, ustawodawca w art. 254 ustawy wprowadzającej wprost rozstrzygnął, iż czynności takie pozostają w mocy.

Analiza powyższych uregulowań nakazuje jednak zastanowić się nad kwestią tych postępowań karnych skarbowych, które kontynuować będzie naczelnik urzędu skarbowego, a które należą do katalogu wymienionego w art. 133 § 1 pkt 1 *in principio* k.k.s. (a więc zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji naczelnika urzędu celno-skarbowego). Rodzi się wszak w tym zakresie pytanie o to, czy naczelnik urzędu skarbowego, po przejęciu postępowań po swoim poprzedniku, nie winien aby dokonać swoistej ich kwerendy i w dalszej kolejności przekazać naczelnikowi urzędu celno-skarbowego te postępowania, które są zastrzeżone według nowych przepisów do jego wyłącznej właściwości. Próbując odpowiedzieć na powyższe pytanie, wypada mieć w polu widzenia szczególną funkcję, jaką pełnią w każdym akcie normatywnym przepisy przejściowe – mają umożliwić ich adresatom dokończenie przedsięwzięć podjętych w oparciu o wcześniejsze regulacje¹⁶. Wychodząc z tego założenia należałoby więc przyjąć, iż brak jest podstaw do tego, aby naczelnicy urzędów skarbowych przekazywali naczelnikom urzędów celno-skarbowych przejęte przez siebie postępowania w sprawach wymienionych w art. 133 § 1 pkt 1 *in principio* k.k.s. Gdyby bowiem taka była wola ustawodawcy, to w przepisie przejściowym, konstruującym generalną sukcesję naczelnika urzędu skarbowego w sprawach prowadzonych dotychczas przez urząd skarbowy, zawarłby stosowne wyłączenie, czego jednak nie uczynił.

Dla wyczerpania tematyki intertemporalnej wypada również zastanowić się nad dalszym statusem nadzoru prokuratorskiego nad tymi dochodzeniami prowadzonymi przez finansowe organy, w których nadzór ten powstał wyłącznie z faktu wydania przez prokuratora postanowienia o przedłużeniu czasu trwania dochodzenia na okres powyżej 6 miesięcy. Wydaje się, iż na skutek nowelizacji art. 153 § 1 k.k.s. nadzór taki – z obligatoryjnego, stał się wyłącznie nadzorem fakultatywnym. W konsekwencji, jeżeli prokurator nie dopatruje się potrzeby dalszego jego utrzymywania, to może zarządzić o odstąpieniu od nadzoru nad danym dochodzeniem. Podjęcie przez prokuratora decyzji tego typu będzie zaś skutkowało odzyskaniem przez finansowy organ prerogatyw przewidzianych w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. i przywróceniem

¹⁶ Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2015, s. 32 – opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego.

nad nim nadzoru przez organ nadrzędny (wraz z kompetencją do dalszego przedłużania dochodzenia).

National Fiscal Administration versus criminal tax proceedings

Abstract

This study offers a discussion around amendments made to the Fiscal Penal Code under the National Fiscal Administration Act of 16 November 2016 (Journal of Laws, ite, 1947). Among other things, a defect of providing financial authorities with rights and obligations of a prosecutor (Article 122 of the Fiscal Penal Code) is highlighted.

Jarosław Janikowski

Wykroczenie proponowania czynu nierządnego

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza problemów wynikających z wykroczenia proponowania czynu nierządnego. Nakłanianie do czynu nierządnego penalizowane przez prawo wykroczeń w myśl art. 142 k.w. jest wykroczeniem niewątpliwie godzącym w obyczajność publiczną. W obszarze nauki istnieje jednak pewna obawa co do zgodności przedmiotowego przepisu z postanowieniami ratyfikowanej przez Polskę konwencji w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytutki, która zakazuje penalizowania prostytutki. Podkreślić przy tym należy, że art. 142 k.w. pozostaje zgodny z ogólną formułą abolicjonistyczną, gdyż nie kryminalizuje się prostytutki jako takiej, a jedynie jedną z jej postaci, która narzuca się innym osobom.

Zachowania ze sfery seksualnej, które nie mieszczą się w społecznie akceptowanych standardach określa się mianem czynów nierządnych. Ich katalog ulega przemianom wraz ze zmieniającą się postawą wobec seksualności. To, co bowiem dawniej było nieakceptowalne, aktualnie takim jest, przynajmniej w ocenie części społeczeństwa, przy zachowaniu niezmiennego negatywnego podejścia do innych zachowań z tego zakresu. Jednym z takich zachowań jest prostytutka.

Przez prostytutkę rozumie się oddawanie własnego ciała do dyspozycji z reguły większej liczbie osób, celem spowodowania zaspokojenia seksualnego klientów w zamian za wynagrodzenie materialne¹. Szczegółowe studium definicji prostytutki przedstawia R. Gardian². Warto podkreślić, iż zarówno polski kodeks karny z 1932 r.³, jak i z 1969 r.⁴ posługiwał się terminem „nierząd” a nie „prostitution”, którym to z kolei określeniem władza ustawodawcza w obowiązującym kodeksie karnym z 1997 r.⁵ Termin „nierząd” obowiązuje jednak nadal w brzmieniu leciwiej już, bo uchwalonej w 1971 r. ustawy kodeks wykroczeń⁶. Jak zaznacza R. Gardian, słowo „nierząd” za-

¹ K. Imieliński, *Manowce seksu, prostytutka*, Łódź 1990, s. 11–12.

² R. Gardian, *Zjawisko sponsoringu jako forma prostytutki kobiecej*, Kraków 2010, s. 11–16.

³ Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571 ze zm.

⁴ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm.

⁵ Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

⁶ Dz. U. z 1971 r., Nr 12, poz. 114 ze zm.

wiera aprioryczną ocenę ujemną, a nie opis procederu⁷, co skazuje zjawisko prostytucji z góry, bez zbadania problemu, na potępienie i społeczną deza-probatę.

Problem prostytucji wydaje się być znaczny, a o jego skali świadczą mogą chociażby statystyki. Jak przedstawiają wyniki badań Eurostatu, największa skala prostytucji w Europie panuje we Francji i w Irlandii, gdzie kolejno na prostytucję wydaje się co jedenaste i co siedemnaste euro, we Francji daje to 9,3 procent wszystkich środków przeznaczonych na konsumpcję prywatną, co w konsekwencji pozwoliło zarobić osobom prostytuującym się 108 mld euro w 2015 r. Polska w Unii Europejskiej plasuje się na piątym miejscu, co daje 3 grosze z każdej wydanej złotówki z przeznaczeniem na zakup usług seksualnych, co globalnie dało w 2015 r. kwotę 7,2 mld euro⁸. Chociaż błędnym byłoby absolutyzowanie niniejszych wskaźników, głównie ze względu na tendencję do celowego zawyżania wskaźników PKB, to i tak skala rzędu wielkości jest znacząca i nic nie wskazuje na trend spadkowy.

Świat od wieków próbuje radzić sobie z problemem prostytucji, choć wszelkie działania przeciwko osobom nią się trudniącym, jak i osobom z usług takich korzystającym, nigdy nie były szczególnie skuteczne. Jak dostrzega M. Wojciechowska prostytucję traktowano w licznych przypadkach jako zjawisko zagrażające legitymizacji porządku społecznego, co w konsekwencji skłaniało władzę do podejmowania ruchów w kierunku zapobiegania, monitorowania a także zwalczania tegoż zagrożenia⁹. Mimo to stanowi ono stały element przestrzeni publicznej, różnicując jednocześnie społeczeństwo w odniesieniu do jego ocen i akceptacji. Oceniać można je oczywiście różnie, od ocen negatywnych, przez obojętne, do pozytywnych, ale wydaje się, że nie pozostaje nic innego, jak je zaakceptować.

Literatura z reguły traktuje prostytucję jako najstarszy zawód świata. Jak jednak piszą M. Antoniszyn i A. Marek, prostytucja nie jest kategorią odwieczną, gdyż pojawiła się dopiero na pewnych szczeblach rozwoju cywilizacji u ludów pierwotnych i wiąże się z powstaniem instytucji małżeństwa. Autorzy traktują więc prostytucję jako kategorię historyczną, która powstała na określonym etapie rozwoju ludzkości w czasie, gdy jak podkreślają, wzajemne stosunki płci oparły się w zasadzie na etapie monogamii¹⁰. Z biegiem czasu zaczęto postrzegać i identyfikować problem prostytucji jako problem

⁷ R. Gardian, Zjawisko sponsoringu..., s. 11–16.

⁸ J. Frączyk, Co jedenaste euro we Francji wydawane jest na prostytutce. Polska w niechlubnej czołówce, (w:) www.money.pl, dostęp w dniu 23 grudnia 2016 r.

⁹ M. Wojciechowska, Agencja towarzyska (nie)zwykle miejsce pracy. Studium socjologiczne konstruowania tożsamości kobiet zatrudnionych w agencjach towarzyskich, Kraków 2012, s. 12–13.

¹⁰ M. Antoniszyn, A. Marek, Prostytucja w świetle badań kryminologicznych, Warszawa 1988, s.18.

społeczny, wobec którego należy podjąć odpowiednie środki i narzędzia, aby skutecznie i efektywnie przeciwdziałać temu negatywnemu zjawisku.

Najstarszym systemem prawnym regulującym sprawy prostytucji jest system prohibicyjny, który przewiduje całkowity zakaz uprawiania prostytucji pod groźbą kary, traktując ją jako przestępstwo¹¹. Jak podkreślają M. Antoniszyn i A. Marek, najprężniej działał on w średniowieczu, choć nie był do końca skuteczny za sprawą koncesjonowania domów publicznych, które przynosiły miastu zyski. System prohibicyjny stosowany był w czasach nowożytnych w państwach europejskich, zostając w większości zniesiony w XVIII i XIX w., głównie za sprawą niemożliwości prawnego sprecyzowania znamion przestępstwa prostytucji. Faktem, który jednocześnie przyczynił się do stopniowego ograniczania prohibicji, było zejście prostytucji do podziemia, co łączyło ją ze światem przestępczym i szerzyło choroby weneryczne¹². Obecnie system prohibicyjny obowiązuje w niektórych krajach Bliskiego Wschodu, w których obowiązuje prawo koraiczne, np. w Iranie, Jemenie, Arabii Saudyjskiej, a także od 1999 r. w Szwecji (w Szwecji karze podlegają klienci, a nie prostytutki, zakazane jest bowiem kupowanie usług seksualnych)¹³. Jak jednak wynika z raportów¹⁴, karanie klientów nie ograniczyło prostytucji w Szwecji. System prohibicyjny, traktujący osoby prostytuujące się jako przestępców nie przynosił zamierzonych efektów, będąc często nie-respektowanym i z reguły stanowiąc jedynie byt formalny.

W następstwie więc zaczęto wprowadzać system kontroli prostytucji, zwany systemem reglamentacyjnym, który najogólniej można zdefiniować jako system powszechnej rejestracji prostitutek i poddawaniu każdej osoby uprawiającej ten proceder przymusowym oględzinom lekarskim. Tak samo jednak jak system prohibicyjny okazał się być mało skuteczny. W konsekwencji wykreowany został system neoreglamentacyjny, polegający na zniesieniu domów publicznych i ograniczeniu wszechwładzy policji obyczajowej. Rejestracja policyjna prowadzona w ramach systemu reglamentacyjnego została zastąpiona ewidencją sanitarno-lekarską. System ten również okazał się być niedoskonały, chociażby za sprawą szerzenia się prostytucji utajonej¹⁵. Niemniej jednak każda kolejna systemowa zmiana, odsuwała prostytucję od restrykcji prawnokarnych, by doprowadzić do wprowadzenia najbardziej obecnie rozpowszechnionego systemu abolicjonistycznego.

¹¹ W. Bożejewicz, Prawne, moralne i cywilizacyjne aspekty prostytucji, (w:) M. Jędrzejko (red.), *Prostytucja jako problem społeczny, moralny i zdrowotny*, Pułtusk, Warszawa 2006, s. 99.

¹² M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle...*, s. 29–30.

¹³ W. Welskop, *Zjawisko prostytucji w Polsce po 1989 roku*, Toruń 2013, s. 41.

¹⁴ Szwecja: karanie klientów nie ograniczyło prostytucji, (w:) www.polskieradio.pl, dostęp w dniu 30 grudnia 2016 r.

¹⁵ M. Kowalczyk-Jamnicka, *Společno-kulturowe uwarunkowania prostytucji w Polsce*, Bydgoszcz 1998, s. 32–33.

Sam ruch abolicjonistyczny zapoczątkowany został w latach siedemdziesiątych XIX w., prezentując m.in. potrzebę zniesienia wszelkiej rejestracji prostytutek, likwidację domów publicznych czy zaprzestania dyskryminacji kobiet podejrzanych o prostytucję, co w konsekwencji doprowadziło do podjęcia przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 2 grudnia 1949 r. Konwencji w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji¹⁶, która uznana została za przełom w traktowaniu o problemie prostytucji.

Od 1922 r. w Polsce obowiązywał system neoreglamentacji, gdy w niektórych krajach europejskich obowiązywał już system abolicjonistyczny. Szóstego września 1922 r. Minister Zdrowia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych wydał Rozporządzenie o nadzorze nad nierządem, które zobowiązywało kobiety zajmujące się tym procederem do rejestracji w inspektoratach sanitarno-obyczajowych oraz posiadania ważnej książeczki zdrowia. Ponadto, zakazano w Polsce utrzymywania domów publicznych oraz powołano specjalne komisje sanitarno-obyczajowe, które zajmowały się m.in. stwierdzaniem faktu zawodowego uprawiania nierządu¹⁷. Jak pisze W. Welskop nie bez wpływu jednak na polskie ustawodawstwo było pojawienie się tendencji abolicjonistycznych w takich państwach jak Anglia, Dania, Szwecja czy Norwegia. Ze względu na coraz większą grupę polskich zwolenników idei abolicjonistycznej, która dążyła przede wszystkim do usunięcia negatywnych skutków prostytucji, a nie jej samej, w Polsce mocą Ustawy o Opiece Społecznej z dnia 16 sierpnia 1923 r. opiekę nad ofiarami nierządu sprawowało Ministerstwo Opieki Społecznej¹⁸. Ruch abolicjonistyczny i towarzyszące mu gwałtowne przemiany zostały zatrzymane przez wybuch II wojny światowej, której następstwa znacząco pogłębiły skalę zjawiska prostytucji, co z kolei zmusiło władzę m.in. do rozpoczęcia rejestracji sanitarnej prostytutek.

16 kwietnia 1946 r. Prezydium Krajowej Rady Narodowej zatwierdziło dekret o zwalczaniu chorób wenerycznych. Stworzenie bezpłatnego systemu leczenia chorób wenerycznych było istotnym krokiem w walce z prostytucją i szerzeniem się chorób wenerycznych¹⁹. Postępujący socjalizm skutecznie jednak zahamował rozwój prostytucji, chociażby za sprawą upadku licznych lokali nocnych czy ograniczania ruchu turystycznego. Problem prostytucji stał się wręcz niezauważalny, toteż w organach Milicji Obywatelskiej zlikwidowano sekcje i referaty do walki z nierządem. Konsekwencją tej sytuacji było wypchnięcie działalności prostytutek chociażby na dworce PKP i ścisłe ich powiązanie ze światem przestępczym. Przełom nastąpił dopiero

¹⁶ M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle...*, s. 32.

¹⁷ M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle...*, s. 36.

¹⁸ W. Welskop, *Zjawisko prostytucji...*, s. 44.

¹⁹ M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle...*, s. 39.

w październiku 1956 r., kiedy to za sprawą gwałtownego rozwoju życia społeczno-gospodarczego, prostytutki ujawniły swoją działalność funkcjonując chociażby w nocnych lokalach rozrywkowych.

W momencie ratyfikacji przez Polskę konwencji abolicjonistycznej 29 lutego 1952 r., powstała wątpliwość co do zgodności polskiego systemu ewidencjonowania prostytutek z postanowieniami konwencji. W. Radecki uważa, że sprzeczność takowa nie zachodziła, gdyż m.in. rejestr reglamentacyjny miał na celu zalegalizowanie prostytucji, ewidencja zaś wyłącznie ułatwiała rozeznanie pozwalając podjąć skuteczne środki profilaktyczne i resocjalizacyjne. Ponadto, jak podkreśla autor, wciągnięcie prostytutki do ewidencji nie mogło być niczym praktycznie wymuszone ani egzekwowane. Takie rozumowanie wydaje się być niewłaściwe, co zresztą zauważają M. Antoniszyn i A. Marek²⁰, przywołując chociażby fakt prowadzenia przez Milicję Obywatelską albumów prostytutek wyjeżdżających sezonowo.

Co prawda skrajnym, ale najpowszechniej stosowanym narzędziem walki z problemem prostytucji, było prawo karne. XIX-wieczne prawo karne obowiązujące na ziemiach polskich dość rygorystycznie regulowało problem prostytucji w przepisach Kodeksu Kar Głównych i Poprawczych obowiązującego na terenie Królestwa Polskiego w latach 1847–1876. Wówczas to w dziale VIII, rozdziale IV, oddziale I, punkcie I „O gorszącem i rozwiązłem prowadzeniu się i o przestępstwach przeciw naturze” uregulowane zostały kwestie związane z uprawianiem nierządu. Art. 715 stanowił, że: „Za nierząd, objawiony przez bezwstydną w miejscu publicznym zaszłość, lub z innego względu ze zgorszeniem dla drugich połączone czyny, winni, czyli to mężczyźni czyli kobiety, ulegną, stosownie do okoliczności winę ich zwiększających lub zmniejszających osadzeniu w więzy od sześciu miesięcy do dwóch lat”. Ponadto kodeks przewidywał kary dla korzystających z nierządu (art. 719). Karane było również udostępnianie miejsc publicznych, jak i prywatnego mieszkania z przeznaczeniem na uprawianie nierządu (art. 716–717)²¹. Kodeks Karny Tangacewa w części XIII, w art. 280 stanowił: „Winny publicznego pogwałcenia przystojności przez wypowiedzenie słów bezwstydnym lub przez postępek bezwstydną będzie karany: aresztem na czas do miesiąca jednego lub grzywną do rubli stu. Jeśli postępek bezwstydną polegał na lubieżnym lub innym przeciwnym moralności czynie, połączonym ze zgorszeniem innych osób, to winowajca, jeśli nie ulega karze surowszej za nierząd, będzie karany: zamknięciem w więzieniu na czas do miesiąca sześciu”²². Kodeks karny z 1932 r. w art. 213 karał dopuszczenie się czynu nierządnego

²⁰ M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle...*, s. 40.

²¹ Kodeks Kar Głównych i Poprawczych, Warszawa 1847, wersja digitalizacja, (w:) pbc.biaman.pl, s. 533–535 (dostęp w dniu 24 listopada 2016 r.).

²² Kodeks Karny z 1903 r. (przekład z rosyjskiego), wersja digitalizacja, (w:) www.bibliotekacyfrowa.pl, s. 99–100 (dostęp w dniu 24 listopada 2016 r.).

publicznie lub w obecności nieletniego poniżej lat 15²³, tożsamo problem ten regulował kodeks karny z 1969 r.²⁴ – Prawo o wykroczeniach z 1932 r. nie regulowało kwestii związanych z nierządem²⁵. Karane było natomiast publiczne dopuszczenie się nieobyczajnego wybryku.

Dopiero obowiązujący kodeks wykroczeń z 1971 r. wprowadził karę za proponowanie w określony sposób dokonania czynu nierządnego, wyodrębniającym tym samym niniejszy czyn spośród katalogu innych zachowań nieobyczajnych. Projekt prawa o wykroczeniach z 1967 r. zawierał przepis: „Kto w miejscu publicznym w sposób widoczny proponuje innej osobie dokonanie z nią czynu nierządnego, wyrażając chęć uzyskania w zamian korzyści materialnej, podlega karze”²⁶. Ze względu jednak na jego nieprecyzyjność, literalna treść przepisu została ostatecznie zmieniona otrzymując brzmienie: „Kto natarczywie, narzucając się lub w inny naruszający porządek publiczny sposób, proponuje innej osobie dokonanie z nią czynu nierządnego, mając na celu uzyskanie korzyści materialnej, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny”²⁷.

Przepis zawarty został w rozdziale XVI kodeksu wykroczeń grupującym wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej. Zdaniem A. Marka przepis stwarza podstawę do zwalczania gorszących, naruszających porządek publiczny przejawów prostytucji, która jako taka nie jest karalna²⁸. W komentarzu do kodeksu wykroczeń, wydanym niedługo po jego wejściu w życie, wskazano, że wykroczenie z art. 142 k.w. jest nowym niepenalizowanym wcześniej w prawie o wykroczeniach czynem. Dodano również, że sprawy stosunków płciowych między ludźmi mają charakter intymny, narzucanie się więc z propozycjami stosunków o charakterze nierządnym narusza powszechne normy obyczajowe²⁹. Z interpretacji tej w sposób czytelny wynika, iż zjawisko nakłaniania do czynu nierządnego na trwałe wpisane zostało w kontekst obyczajności publicznej, co stanowi dodatkową trudność przy jego interpretacji.

Jak twierdzi Z. Izdebski sytuacja prawna prostytucji w Polsce nie jest do końca jasna, gdyż nie jest ona ani karalna, ani zabroniona³⁰, co dość wyraźnie podkreśla również D. Bunikowski w swoim artykule „Czy prostytutki po-

²³ Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571, ze zm.

²⁴ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94, ze zm.

²⁵ Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 572 ze zm.

²⁶ W. Wełskop, *Zjawisko prostytucji...*, s. 47.

²⁷ Dz. U. z 1971 r., Nr 12 poz. 114, ze zm.

²⁸ A. Marek, *Prawo wykroczeń, materialne i procesowe*, Warszawa 2006, s. 139.

²⁹ J. Bafia, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej*, (w:) J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń, komentarz*, Warszawa 1974, s. 412–413.

³⁰ Z. Izdebski, *Seksualność Polaków na początku XXI wieku. Studium badawcze*, Kraków 2012, s. 557.

winy oddać Państwu zarobione pieniądze?”³¹. W dniu 29 lutego 1952 r. Polska ratyfikowała Konwencję z dnia 21 marca 1950 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji. Dokument ten reguluje m.in. kwestie uprawiania prostytucji wymagając od sygnatariuszy zastosowania wszelkich niezbędnych środków, celem cofnięcia lub uchylecia jakiegokolwiek istniejącego prawa, zarządzenia bądź przepisu administracyjnego, w myśl którego osoby zajmujące się bądź podejrzane o zajmowanie się prostytucją, podlegają specjalnej rejestracji lub zobowiązane są posiadać specjalny dokument, bądź wreszcie powinny podporządkować się wyjątkowym wymaganiom co do nadzoru lub zgłaszania³². Ponad wszelką wątpliwość w Polsce brak jest przepisów, które narzucałyby osobom prostytuującym się przedsięwzięcie określonych powyżej zachowań.

Konwencja zabrania także całkowitego penalizowania prostytuowania się. *Prima facie* z założeniem tym stoi w sprzeczności właśnie art. 142 k.w. T. Bojarski uważa jednak, że karalność zachowań opisanych w tym przepisie jest całkowicie uzasadniona, dlatego też krytycznie należy ocenić ewentualną jego derogację³³. Przepis ten wymaga nieco przynajmniej pogłębionej analizy prowadzącej do potwierdzenia lub zaprzeczenia zasadności jego bytu w systemie prawa karnego z odniesieniem się do poszczególnych jego elementów.

M. Mozgawa pisze, że sprawcą wykroczenia z art. 142 jest zazwyczaj osoba uprawiająca prostytucję bez względu na jej płeć. Jak jednak podkreśla nie można wykluczyć odpowiedzialności za to wykroczenie w przypadku osoby, która prostytucji nie uprawia³⁴. Sprawcą wykroczenia nie będzie więc wyłącznie osoba zwyczajowo nazywana „prostytutką”, która swój fach wykonuje regularnie i jest z tego znana. Sprawcą może być również osoba, która prowadzi poprawne moralnie życie, tworząc wzorcowy model rodziny, lecz pod wpływem chociażby działania środków odurzających postanawia nakłonić inną osobę w określony w ustawie sposób, do dokonania czynu niezgodnego w zamian za korzyść materialną.

Jak pisze M. Zbrojewska płeć sprawcy przedmiotowego wykroczenia nie ma znaczenia³⁵. Z reguły jednak jego podmiotem jest kobieta, którą zwyczajowo nazywa się „prostytutką”, a więc osobą, która okolicznościowo lub zawodowo oddaje swe ciało większej liczbie osób dla zaspokojenia popędu

³¹ D. B u n i k o w s k i, Czy prostytutki powinny oddać Państwu zarobione pieniądze?, (w:) *Palestra*, nr 3–4, Warszawa 2007, s. 129.

³² Dz. U. z 1952 r., Nr. 41, poz. 278, ze. zm.

³³ T. B o j a r s k i, Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu, Warszawa 2012, s. 196.

³⁴ M. M o z g a w a, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, (w:) M. M o z g a w a (red.), *Kodeks wykroczeń, komentarz*, Warszawa 2009, s. 501.

³⁵ M. Z b r o j e w s k a, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, (w:) T. G r z e g o r - c z y k (red.), *Kodeks wykroczeń, komentarz*, Warszawa 2013, s. 650–652.

plciowego w zamian za korzyści materialne³⁶. Podkreśla się również, że prostytutka sprzedaje nie tylko swoje ciało ale również swoją intymność i godność³⁷. Na bazie takich poglądów często wysuwa się daleko idące wnioski, zarzucając osobom prostytuującym się dysfunkcje osobowości. Mając na uwadze przestępstwa okołoprostytucyjne, jak również wszelkiego rodzaju okoliczności wymuszające poddawanie się prostytutce, uznać należy, że zachowanie osoby prostytuującej się z reguły jest zachowaniem dobrowolnym. W konsekwencji podlega ono dezaprobowaniu moralnej, w tym w odniesieniu do zachowań wyczerpujących znamiona analizowanego wykroczenia.

Jak słusznie podkreśla T. Bojarski art. 142 k.w. penalizuje oferowanie się do czynu nierządnego w szczególny sposób. Karalna jest bowiem nie sama propozycja takiego czynu, lecz propozycja przedstawiona w określonych warunkach. Przez warunki te rozumieć trzeba formy stanowiące naruszenie porządku publicznego, a mianowicie wulgaryzm w dążeniu do zarobku³⁸. Specyfika zachowania wyczerpującego znamiona przedmiotowego wykroczenia stanowi jego fundamentalne znaczenie, niemniej jednak pewną trudność sprawić może klasyfikowanie poszczególnych zachowań, ich właściwe rozumienie, przypisywanie im odpowiednich desygnatów.

Przez zakłócenie porządku publicznego należy rozumieć stan, który w danym miejscu, czasie i okolicznościach, zgodnie z przyjętymi zwyczajami, obowiązującymi przepisami, uważa się za nienormalny. W obiektywnym odbiorze powszechnie akceptowanych zachowań odczuwany jest on jako utrudnienie lub uniemożliwienie ludziom normalnego zachowania się w miejscu dostępnym dla bliżej nieokreślonej liczby osób³⁹. Należy podkreślić, że prawo nie penalizuje nakłaniania do czynu nierządnego we wszystkich jego formach, a czyni to tylko w odniesieniu do zachowania, gdy wykazuje ono znamiona natarczywego, narzucającego się lub innego pojęciowo tożsamego lub podobnego.

W. Kotowski nie ma wątpliwości co do tego, że natarczywość w nakłanianiu do nierządu jest jednym z elementów naruszenia porządku publicznego⁴⁰. Przez natarczywość J. Bafia rozumie działanie narzucające swoją osobę parokrotnie lub w sposób domagający się stanowczo odbycia czynu nierządnego, podczas gdy narzucającym się będzie każdy wyzywający, rzucający się w oczy sposób proponowania czynu nierządnego w szczególności

³⁶ L. Lernell, *Przestępczość seksualna. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, (w:) K. Imieliński (red.), *Seksuologia społeczna. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1974, s. 423.

³⁷ M. Wojciechowska, *Agencja towarzyska...*, s. 7.

³⁸ T. Bojarski, *Polskie prawo...*, s. 196.

³⁹ H. Bartecki, R. Błoch, *Część szczególna kodeksu wykroczeń. Ustawowe znamiona wybranych wykroczeń. Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu*, Katowice 2013, s. 15.

⁴⁰ W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 693.

na ulicy, w hallu hotelowym, w parku czy na dworcu kolejowym⁴¹. M. Zbrojewska przez natarczywość rozumie zachowanie napastliwe, nachalne, natrętne, agresywne, naprzykrzające się i namolne. Narzucaniem zaś nazywa naprzykrzanie się komuś, nachodzenie, zanudzanie, jak również bycie natrętym⁴². Niezależnie od nazewnictwa, zachowanie to powinno odstępować od zwyczajowo przyjętych norm w sposób zauważalny, wywołujący wręcz zgorszenie.

Tak rozumiane zgorszenie pozwala w łatwiejszy, bardziej trafny sposób interpretować dane zachowanie sprawcy w ramach czynu określonego przez ustawodawcę w art. 142 k.w. Wywołaniem bowiem zgorszenia jest, jak piszą H. Bartecki i R. Błoch, spowodowanie negatywnych odczuć otoczenia na zachowanie sprawcy. Najczęściej taką reakcją jest uczucie wstrętu, oburzenia, niesmaku⁴³. Nie można jednak twierdzić, że zgorszenie jest trwałym determinantem oceny omawianego zachowania, gdyż nie pozwala na to jego subiektywny charakter. Podkreślić również należy, że zachowanie sprawcy, które wywołało publiczne zgorszenie musi być ukierunkowane na cel w postaci nakłonienia do czynu nierządnego, w przeciwnym razie pozbawione tego elementu, stanowić może podstawę odpowiedzialności za wybryk z art. 51 k.w.

J. Bafia twierdzi, że ocena tego, czy sposób, w jaki zaproponowano dokonanie czynu nierządnego narusza zasady obyczajności jako elementu porządku publicznego, podlegała przeciętnej społecznej ocenie⁴⁴. Przeciętna społeczna ocena to nic innego jak wypadkowa subiektywnych odczuć i wrażeń obserwatorów danego zjawiska, na którą ponadto oddziałuje otoczenie i środowisko. Można przyjmować w tym zakresie miarę „przeciętnego obywatela”, choć ze względu na subiektywizm ocen w tym zakresie, może ona okazać się nie do końca przydatna w każdej sytuacji.

Ustawodawca prócz zachowania natarczywego i narzucającego się, wymienia inny naruszający porządek publiczny sposób, czyli chociażby demonstracyjny i wyzywający składanie takiej propozycji⁴⁵. Jak słusznie wskazuje M. Mozgawa ustawodawca stosując egzemplifikację wyjaśniającą i wymieniając jedynie dwa przykłady nagannego proponowania czynu nierządnego, pozostawia otwarty katalog takich zachowań⁴⁶, czego natomiast zda-

⁴¹ J. Bafia, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, s. 412–413.

⁴² M. Zbrojewska, Wykroczenia przeciwko..., s. 650–652.

⁴³ H. Bartecki, R. Błoch, Wykroczenia przeciwko..., s. 15–16.

⁴⁴ J. Bafia, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej..., s. 412–413.

⁴⁵ J. Piórkowska-Flieger, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń, komentarz, Warszawa 2013, s. 545–546.

⁴⁶ M. Mozgawa, Uwagi na temat wykroczenia z art. 142 k.w., (w:) M. Mozgawa (red.), Prostytucja, Warszawa 2014, s. 121.

niem R. Krajewskiego legislacyjnie powinno się unikać⁴⁷. Chodzi tu o sformułowanie, zgodnie z którym sprawca może proponować dokonanie czynu nierządnego w inny naruszający porządek publiczny sposób. Pojęcie to mieści w sobie wiele możliwych zachowań, co rozszerza zakres kryminalizacji, ale może być postrzegane jako sprzeczne z zasadą maksymalnej określoności zakazów i nakazów prawnokarnych.

Prostytucja *sensu stricto* opiera się na formule sprzedajności swojego ciała, inaczej oddania go do dyspozycji drugiej osoby. G. Bataille podkreśla, że prostytutka jest konsekwencją kobiecej postawy, a sposób w jaki prostytutka troszczy się o strój oraz urodę podkreśla fakt, że kobieta ta sama uważa się za przedmiot nieustannie proponowany uwadze mężczyzny. Obnażanie się przez kobietę jest według autora momentem prezentacji przedmiotu do sprzedania, swoistą jego reklamą⁴⁸. Trudno jednak byłoby kwalifikować sam czyn obnażania się jako wykroczenie z art. 142 k.w. Prędzej doszukiwać się należy w nim nieobyczajnego wybryku czy zgorszenia w miejscu publicznym zabronionych przez art. 140 k.w. oraz art. 51 k.w. Dopiero obnażanie się połączone z zachowaniem sprawcy wskazującym na jednoznaczne proponowanie czynu nierządnego rodzić będzie odpowiedzialność z art. 142 k.w., ale to w kumulatywnej kwalifikacji z przedmiotowymi przepisami.

M. Zbrojewska wskazuje jeszcze inne naruszające porządek publiczny sposoby proponowania czynu nierządnego, jak różnego rodzaju nagabywanie, nakłanianie, głośne zwracanie uwagi na siebie i składaną propozycję, zastępowanie pokrzywdzonemu drogi, łapanie go za ubranie i ciągnięcie⁴⁹.

W największych miastach zdarza się reklamowanie usług osóbprostituujących się przez wkładanie ulotek za wycieraczki szyb samochodów. Zachowania takie, jakkolwiek naganne, nie wyczerpują znamion wykroczenia z art. 142 k.k. Nie wypełniają one bowiem znamion tego wykroczenia, gdyż nie obejmują zachowania osoby proponującej innej osobie dokonanie z nią czynu nierządnego.

Możliwy jest zbieg przepisów przy dokonaniu przez sprawcę czynu z art. 142 k.w. z innymi przepisami. Jak podkreśla B. Hołyst, to właśnie osoby uprawiające nierząd dopuszczają się często czynów sprzecznych z prawem, w tym wykroczeń przeciwko porządkowi publicznemu, takich jak awantury, bójki, opór wobec funkcjonariuszy Policji czy też wybryki chuligańskie, przestępstwa przeciwko mieniu, a wśród nich kradzieże, rozboje, paserstwo oraz przestępstwa związane z eksploatacją prostytutki. Ponadto prostytutka łączy się z przestępstwem dopuszczenia się czynu lubieżnego względem osoby poniżej lat 15 oraz rozpowszechnianiem pism, druków, fotografii lub innych

⁴⁷ R. Krajewski, O potrzebie kryminalizacji przydrożnej prostytutki, *Prokuratura i Prawo* 2011, nr 9, s. 30.

⁴⁸ G. Bataille, *Erotyzm*, Gdańsk 2015, s.127–128.

⁴⁹ M. Zbrojewska, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 650–652.

przedmiotów mających charakter pornograficzny⁵⁰. Formie nakłaniania do czynu nierządno towarzyszyć mogą przede wszystkim zachowania penalizowane przez art. 141 k.w., w szczególności używanie słów nieprzyzwoitych czy też takich gestów. Ponadto może mieć miejsce zbieg art. 142 k.w. z przestępstwem zniewagi z art. 216 k.k. lub przestępstwem naruszenia nieetykalności cielesnej z art. 217 k.k.⁵¹

Szczególną formę nakłaniania do czynu nierządno stanowi prostytutka przydrożna, którą w szerszej interpretacji prawnej przedstawił R. Krajewski. Jego zdaniem przepis art. 142 k.w. nie może być interpretowany jako mogący bezpośrednio służyć zwalczaniu takiej prostytutki, ani też nie ma takiego zastosowania w praktyce. Na potwierdzenie tej tezy R. Krajewski wskazuje, że o ile ewentualnie wobec „tiráwek” niekiedy można by czynić zarzut demonstracyjnego i wyzywającego składania propozycji seksualnych, to zdecydowanie nie sposób przypisać im natarczywego lub narzucającego się zachowania⁵². Należy zgodzić się z tym zapatrywaniem, akcentując jedynie, co zresztą zauważa R. Krajewski, że mogą wystąpić szczególne okoliczności, które pozwolą penalizować czyn przydrożnej prostytutki w ramach wykroczenia z art. 142 k.w.

Zachowanie prostytutki, która w celu zwrócenia na siebie uwagi próbuje wtargnąć na jezdnię, aby zatrzymać pojazd, nie jest sankcjonowane z art. 142 k.w., a raczej traktowane jako przejaw naruszenia bezpieczeństwa w komunikacji i stworzenia zagrożenia dla ruchu drogowego. Można jednak wyobrazić sobie sytuację, w której to prostytutka wykorzysta sytuację ulicznego korku i w sposób natarczywy czy też narzucający się, podchodzić będzie do stojących kierowców z zamiarem nakłonienia ich do czynu nierządno. Abstrahując całkowicie od zjawiska prostytutki, zachowanie kobiety stojącej przy pasie ruchu można potraktować chociażby jako czekanie na tzw. okazję⁵³. Dalece krzywdzącym wówczas było założenie, że każda kobieta, która czeka w pasie przydrożnym świadczy usługi seksualne.

O szczególnym charakterze omawianego wykroczenia przesądza miejsce popełnienia czynu. O ile w treści przepisu art. 140 k.w., jak też art. 51 k.w. wyraźnie wskazuje się miejsce publiczne, to przepis art. 142 k.w. traktuje jedynie o zachowaniu naruszającym porządek publiczny. Miejszem publicznym jest miejsce ogólnodostępne dla wielu osób. Może to być obszar, do którego wstęp ma każdy bez ograniczeń np. ulica, park, sklep, jak również miejsce wymagające posiadania określonej karty wstępu, biletu lub zaproszenia, jak np. kino, stadion, tramwaj⁵⁴. Nie ulega wątpliwości, że zdecydo-

⁵⁰ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2010, s. 891.

⁵¹ J. Piórkowska-Flieger, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 545–546.

⁵² R. Krajewski, *O potrzebie kryminalizacji...*, s. 30.

⁵³ M. Zbrojewska, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 650–652.

⁵⁴ H. Bartekki, R. Błoch, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 15–16.

wana większość przypadków nakłaniania do czynu nierządnego odbywa się w przestrzeni kwalifikowanej właśnie jako przestrzeń publiczna, co zauważyć można chociażby w sposobie kategoryzacji prostytutek przedstawionym przez Izdebskiego i Konarkowską-Lecyk, którzy dzielą prostytutki na: uliczne, dworcówki, mewki (osoby prostytuujące się koło portów), lokalowe, dyskotekowe, hotelowe, tirówki, agentki, call – girls, galerianki⁵⁵.

Podjmując zagadnienie przestrzeni pracy prostytutek można wyróżnić dwie ich formy, a mianowicie przestrzeń otwartą oraz zamkniętą. W kategorii przestrzeni otwartej wyróżnia się przede wszystkim ulice i place, parkingi samochodowe, trasy dojazdowe do aglomeracji miejskich oraz trasy tranzytowe. Drugą kategorię stanowi przestrzeń zamknięta, w której mieszczą się m.in. dworce kolejowe, przydrożne kawiarnie, bary, motele, agencje towarzyskie, night kluby, kluby go-go, toalety publiczne, kawiarnie i puby dworcowe, kawiarenki internetowe, salony gier zręcznościowych⁵⁶. Wykroczenie z art. 142 k.w. może być dokonywane przede wszystkim w pierwszej z przestrzeni, choć nie jest także wykluczone zrealizowanie jego znamion w drugiej z nich. Wykluczyć z tych miejsc należy jednak te, które niejako „przeznaczone” są do tego rodzaju aktywności, a więc w szczególności night kluby, kluby go-go, gdyż osoby tam przebywające zdają sobie sprawę z charakterystyki takich miejsc, a w konsekwencji nie sposób byłoby przyjąć, że pracujące tam osoby się im narzucają z propozycjami dokonania czynu nierządnego. Takie bowiem propozycje są immanentnymi dla określonych miejsc.

Penalizacji podlega proponowanie drugiej osobie dokonanie z nią czynu nierządnego w określony szczególny sposób. J. Piórkowska-Flieger w celu interpretacji przepisu z artykułu 142 k.w. odwołuje się do wykładni pojęcia „czyn nierządny” przyjmowanej w kodeksie karnym z 1969 r., które obejmuje zarówno normalny akt spółkowania, jak inne czyny mające na celu zaspokojenie popędu płciowego lub podniecenie pobudliwości w zetknięciu z ciałem innej osoby, jak np. dotykanie organów płciowych⁵⁷. Według O. Chybińskiego czyn nierządny, to każdy czyn sprzeczny z normami moralnymi społeczeństwa w dziedzinie płciowej, niezależnie od tego, czy w poszczególnym wypadku czyn taki zaspokaja lub podnieca sprawcę⁵⁸.

Zaznaczyć należy, że dla zaistnienia kwalifikacji czynu zabronionego z art. 142 k.w. wystarczy złożenie samej propozycji, a nie dokonanie czynu nierządnego. Podkreślić również trzeba, że czyn nierządny, o którym mowa

⁵⁵ I. Siude m, Percepcja prostytucji w oczach młodych dorosłych, (w:) G. E. Kwiatkowska, I. Siude m (red.), Zachowania ryzykowne, Lublin 2012, s. 106.

⁵⁶ W. Ronatowicz, M. Porembska, Streetworking formą pracy wśród osób świadczących usługi seksualne, (w:) R. Kowalczyk, M. Leśniak (red.), Prostytucja. Studium zjawiska, Kraków 2013, s. 203.

⁵⁷ J. Piórkowska-Flieger, Wykroczenia przeciwko..., s. 545–546.

⁵⁸ O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne. Część szczególna, Wrocław–Warszawa 1971, s. 169.

w przepisie, może w zamiarze sprawcy wywoływać pobudliwość seksualną tudzież zaspokojenie popędu płciowego zarówno u proponującego, jak i u osoby, której czyn ten się proponuje.

Kodeks karny z 1997 r. używa określenia „obcowanie płciowe” oraz „inna czynność seksualna”. Przez obcowanie płciowe rozumie się akt spółkowania oraz jego surogaty np. stosunki oralne i analne. Inna czynność seksualna to takie zachowanie, które nie mieści się ramach pojęcia obcowania płciowego, ale jest związana z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka i polega na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym seksualny charakter zaangażowaniu ofiary. Analizując wykroczenie z art. 142 k.w. należy przyjąć, że przedmiotowy czyn nierządny obejmuje swym zakresem zarówno obcowanie płciowe, jak też inną czynność seksualną⁵⁹. Nie zmienia to jednak faktu, że istotą wykroczenia z art. 142 k.w. jest sama propozycja, złożona w sposób pozwalający odbiorcy na oczywiste stwierdzenie, że propozycja ta dotyczy czynu nierządnego, np. przez użycie odpowiednich słów, wyrażeń bądź gestów.

Według U. Łabuza wykroczenie z art. 142 k.w. ma charakter materialny, a jego skutkiem jest naruszenie porządku publicznego⁶⁰. Podobne stanowisko zajmuje M. Zbrojewska⁶¹ oraz M. Bojarski⁶² uważając, że przedmiotem ochrony jest zarówno porządek publiczny jak i obyczajność. W. J. Jankowski uważa przedmiotową obyczajność za niezindywidualizowaną natomiast porządek publiczny za bliżej nieokreślony⁶³. J. Piórkowska – Flieger twierdzi z kolei, że przedmiotem ochrony tego przepisu jest wyłącznie obyczajność publiczna⁶⁴. Z. Niezgoda dodaje również, że dobrem chronionym w tym przypadku jest moralność obywateli⁶⁵. Samo już umiejscowienie art. 142 k.w. w rozdziale poświęconym wykroczeniom przeciwko obyczajności przesądza, że to ona jest rodzajowym przedmiotem ochrony. Zatem czyn nierządny w swojej istocie godzi w obyczajność, jako że jest on zaprzeczeniem tego, co obyczajne, a więc mieszczące się w społecznie akceptowanych normach.

W zjawisko prostytucji trwale wpisuje się kontekst zapłaty. M. Bojarski uważa, że nie będzie wykroczeniem składanie komuś propozycji wykonania przez siebie określonych czynności seksualnych jeżeli nie ma ono na celu osiągnięcie korzyści materialnej. Jak podkreślają, jest to jedynie kwestia mo-

⁵⁹ M. Zbrojewska, Wykroczenia przeciwko..., s. 650–652.

⁶⁰ U. Łabuz, Prawo wykroczeń, Repetytorium, Warszawa 2008, s. 147–148.

⁶¹ M. Zbrojewska, Wykroczenia przeciwko..., s. 650–652.

⁶² M. Bojarski, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, (w:) M. Bojarski, W. Radecki (red.), Kodeks wykroczeń, komentarz, Warszawa 2016, s. 973.

⁶³ W. J. Jankowski, część II, materialne prawo wykroczeń – część szczególna, (w:) Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia, Warszawa 2013, s. 173.

⁶⁴ J. Piórkowska-Flieger, Wykroczenia przeciwko..., s. 545–546.

⁶⁵ Z. Niezgoda, Prawo wykroczeń, Przemyśl 2004, s. 130.

ralności i zwyczajów⁶⁶. Podkreśla to również D. Bunikowski⁶⁷. Zwyczajowo przyjęło się, że w samo pojęcie prostytutki wpisany jest już element zapłaty, tworząc tym samym prostą konstrukcję ekonomiczną w postaci prostytutka – usługa – zapłata – klient. Nie sposób jednak bezwzględnie twierdzić, że schemat ten stanowi wzór, gdyż przypuszczać należy możliwość zaistnienia innych, często bardziej złożonych sytuacji, które rodzić będą kwalifikację z art. 142 k.w.

Przez korzyść materialną rozumie się wszelkie przysporzenie majątku, a więc zwiększenie aktywów lub zmniejszenie pasywów. Korzyść materialna może przybierać różną postać w zależności od okoliczności, dla przykładu mogą to być pieniądze, przedmioty, usługi, prawa majątkowe, zwolnienia z długu, zrzeczenie się roszczenia, nieoprocentowanej lub niskooprocentowanej pożyczki lub inne korzystne umowy⁶⁸. Ważne jest, aby proponujący dokonanie czynu nierządnego dookreślił w swojej propozycji swój cel w postaci uzyskania korzyści materialnej. Przedmiotem zainteresowania prawa w kontekście przepisu art. 142 k.w. nie jest sam skutek w postaci zapłaty za samą „usługę”, a jedynie takie złożenie propozycji, które wskazywać będzie na element uzyskania korzyści materialnej.

Ponadto J. Piórkowska-Flieger zauważa, że przepis art. 142 k.w. jako jedyny w kodeksie wykroczeń zawiera formułę „korzyść materialna”, zaznaczając jednocześnie, że w pozostałych przypadkach występuje pojęcie „korzyść majątkowa”. Autorka dodaje, że nie istnieje potrzeba odmiennego rozumienia tych określeń⁶⁹. Podobne stanowisko zajmowała M. Zbrojewska, która podnosiła potrzebę zmiany przez określenia „korzyść materialna” na „korzyść majątkowa”, jednocześnie zaznaczając, że nie ma różnicy w rozumieniu tych pojęć⁷⁰.

Wykroczenie z art. 142 k.w. zagrożone jest alternatywnie karą aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny. Jest to zagrożenie stosunkowo surowe ze względu na możliwość orzeczenia kary aresztu, która jest najsurowszą z kar grożących za wykroczenia. Ustawodawca nie przewidział zagrożenia karą najłagodniejszą, jaką z kolei jest kara nagany.

W. Bożejowicz mając na względzie rzeczywiste społeczne, moralne i zdrowotne konsekwencje prostytutki uważa, iż obecne rozwiązania prawne w przedmiocie prostytutki mają charakter amoralny, gdyż jak twierdzi cały obszar prostytutki funkcjonuje albo w obrębie, albo co najmniej na pograni-

⁶⁶ M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 2011, s. 784–785.

⁶⁷ D. Bunikowski, Czy prostytutki powinny oddać Państwu zarobione pieniądze?, (w:) *Palestra*, nr 3–4, Warszawa 2007, s. 129

⁶⁸ M. Zbrojewska, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 650–652.

⁶⁹ J. Piórkowska-Flieger, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 545–546.

⁷⁰ M. Zbrojewska, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 650–652.

czu świata kryminalnego⁷¹. W ujęciu prawnokarnym prostytutka postrzegana jest przede wszystkim przez pryzmat problemów związanych głównie z sutennerstwem, stręczycielstwem, kuplerstwem a także towarzyszącą tym zjawiskom przemocą i handlem ludźmi. Prostytcję łączy się również z patologiami społecznymi, w szczególności narkomanią oraz alkoholizmem, co dodatkowo wzmacnia jej negatywny odbiór⁷². Obok tych przestępstw i patologii społecznych stoi czyn penalizowany przez kodeks wykroczeń właśnie w art. 142.

Mimo to, że uprawianie prostytutki poza przypadkiem z art. 142 k.w., jest legalne, to pozostaje niezgodne z zasadami współżycia społecznego, czyli z ogółem obowiązujących w stosunkach między ludźmi reguł postępowania, odwołujących się do wartości i ocen właściwego, przyzwoitego, rzetelnego, lojalnego oraz uczciwego zachowania⁷³.

Jak pisze Z. Izdebski w ostatnim dwudziestoleciu, czyli w okresie liberalizacji i osłabieniu kontroli społecznej w kontekście norm z zakresu obyczajowości seksualnej oraz tendencji do relatywizmu moralnego, osobyprostituujące się nazywane są osobami świadczącymi usługi seksualne lub pracującymi w seks-biznesie⁷⁴. Takie nazewnictwo jest konsekwencją głębszych przemian w tej sferze życia, które cechuje znaczny liberalizm, relatywizm ocen. Ten obyczajowy wywrót sprawił, że sprawy seksualności człowieka zaczęły być postrzegane i rozumiane w oparciu o zupełnie inne wartości i przekonania niż miało to miejsce jeszcze nie tak dawno temu. Implikacją takich sądów jest fakt, że coraz częściej seksualność człowieka traktuje się przedmiotowo, pozbawiając ją tym samym wymiaru społeczno-kulturowego i hedonistycznego. Jest jednak również tak, a co wyraźnie należy podkreślić, że zjawisko prostytutki jest zjawiskiem społecznie szkodliwym, co w konsekwencji rodzi potrzebę wyrugowania go z przestrzeni publicznej. Jednym ze sposobów eliminacji jego szkodliwego wymiaru jest pociąganie do odpowiedzialności w myśl przepisu z art. 142 k.w., którego byt pozostaje zgodny z ogólną formułą abolicjonistyczną, a więc niekarania osób trudniących się prostytutką. Nie chodzi bowiem o jej kryminalizację jako taką, a jedynie o jedną z jej postaci, która narzuca się innym osobom. Trzeba tu poświęcić jedno dobro w postaci prawa osóbprostituujących się do zabronionej postaci takiej ich aktywności, tj. gdy jest ona narzucająca się, natarczywa lub

⁷¹ W. Bożejewicz, Prawne, moralne i cywilizacyjne aspekty prostytutki, (w:) M. Jędrzejko (red.), *Prostytucja jako problem społeczny, moralny i zdrowotny*, Pułusk, Warszawa 2006, s. 100.

⁷² I. Siudem, Percepcja prostytutki w oczach młodych dorosłych, (w:) G. E. Kwiatkowska, I. Siudem (red.), *Zachowania ryzykowne. Analiza współczesnych zjawisk społecznych*, Lublin 2012, s.103.

⁷³ M. Płatek, *Cywilnoprawna istota prostytutki*, (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II, 2012, LEX nr 156000.

⁷⁴ Z. Izdebski, *Seksualność Polaków na początku XXI wieku. Studium badawcze*, Kraków 2012, s. 553.

naruszająca porządek publiczny w inny sposób, od ochrony obyczajności, a szerzej porządku publicznego.

Petty offence of proposing an illicit sexual act

Abstract

This paper examines issues stemming from the petty offence of proposing an illicit sexual act. Instigating an illicit sexual act penalised under petty offence law, Article 142 of the Code of Petty Offences, is a lesser crime that undoubtedly outrages public decency. However, there are some concerns among academics as to the compatibility of the provision referred to above with the provisions of the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, which Convention has been ratified by Poland and bans penalisation of prostitution. At the same time, Article 142 of the Code of Petty Offences corresponds with the principle of general abolition, as it does not criminalize prostitution itself but just one of its forms, this involving instigation.

Tomasz Janeczek, Adam Roch

Odpowiedzialność karna, odpowiedzialność za wykroczenia oraz zawieszenie w czynnościach prokuratora w świetle Prawa o prokuraturze

Streszczenie

Artykuł ma na celu przybliżenie nowych regulacji zawartych w obowiązującej od dnia 4 marca 2016 r. ustawie Prawo o prokuraturze, dotyczących przepisów zawartych w Rozdziale 3, w części normującej odpowiedzialność karną prokuratorów, w tym za wykroczenia, a także zmian odnoszących się do stosowania instytucji zawieszenia w czynnościach służbowych. Autorzy koncentrują się na omówieniu norm nieznanymi w dotychczas obowiązujących przepisach, bądź jedynie zmienionych, częściowo polemicznie odnosząc się do dotychczasowych publikacji w tym zakresie.

Uwagi wstępne

Rozdział 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze¹ nosi tytuł „Odpowiedzialność karna, dyscyplinarna i służbowa prokuratorów”. Już zatem nazwa rozdziału zawiera gradację rangi poszczególnych przepisów z uwagi na prawne skutki, które wywołują, gdzie to odpowiedzialność karna jest, co oczywiste, najbardziej brzemienna w skutki.

Większość przepisów regulujących zasady oraz przebieg postępowania w przedmiocie wyrażenia zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub zastosowanie tymczasowego aresztowania nie odbiega od dotychczas funkcjonujących. Zachowana została w szczególności podstawowa zasada, obecnie stanowiona przez art. 136 pr. o prok., iż postępowanie przygotowawcze przeciwko prokuratorowi wszczyna i prowadzi wyłącznie prokurator. Na podst. art. 309 pkt. 2 Kodeksu postępowania karnego² w sprawie takiej należy prowadzić śledztwo, w którym powierzyć poli-

¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 177, dalej skrótowo „pr. o prok.”.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1749, tekst jedn. z dnia 24 października 2016 r., dalej w skrócie „k.p.k.” lub „Kodeks postępowania karnego”.

cji można jedynie dokonanie poszczególnych czynności śledztwa (art. 311 § 2 k.p.k.).

Nowością w omawianym przedmiocie jest wyznaczanie składów orzekających z zachowaniem zasady kolejności wpływu spraw, dopuszczalność orzekania na podstawie innych dowodów aniżeli wskazane przez wnioskodawcę oraz, co należy podkreślić, dopuszczalność złożenia wniosku o zezwolenie na pociągnięcie zatrzymanego prokuratora do odpowiedzialności karnej i zastosowanie tymczasowego aresztowania w trybie *quasi*-przyspieszonym – poza godzinami urzędowania sądu dyscyplinarnego z zarządzeniem doprowadzenia prokuratora na posiedzenie i wykonalnością decyzji sądu I instancji – co niesie za sobą niewątpliwy walor praktyczny. Utrzymano też funkcjonujące od 19 września 2015 r.³ rozwiązanie, w oparciu o które, w razie popełnienia czynów, o których mowa w rozdziale XI ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeksu wykroczeń⁴, prokurator może wyrazić zgodę na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej na zasadach przewidzianych w odrębnym trybie, a wyrażenie zgody wyłącza, co do zasady, odpowiedzialność dyscyplinarną, o czym będzie szerzej mowa w dalszej części.

Postępowanie w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub/i zezwolenia na tymczasowe aresztowanie prokuratora

Immunitet (z łaciny *immunitas* – „uwolnienie od obciążeń”) to prawo nie podlegania temu, co ciąży na innych i nie czynienia tego, do czego inni są zobowiązani, to przywilej, polegający na zwolnieniu od odpowiedzialności sądowej i na nietykalności osobistej, przysługujący osobom pełniącym określone funkcje, np. sędziom, członkom parlamentu⁵ czy też prokuratorom.

Immunitet prokuratorowski wprowadziła dopiero ustawa z dnia 14 kwietnia 1967 r. o Prokuraturze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁶, nic więc dziwnego iż ulegał on, i ulega nadal, zmianom⁷. Immunitet ten jest ściśle związany

³ Mocą art. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2015 r., poz. 1309.

⁴ Dz. U. z 2015 r., poz. 1094 z późn. zm.

⁵ Za I. Biziel, Immunitet sędziowski jako gwarancja niezawisłego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, *Homines Hominibus* 2009, nr 1(5), s. 173, a także B. Janusz-Pohl, Immunitety w polskim postępowaniu karnym, Warszawa 2009, s. 22–23.

⁶ Dz. U. z 1967 r., Nr 13, poz. 55.

⁷ Por. R. A. Stefański, Immunitet prokuratorowski, *Prok. i Prawo* 1997, nr 2, s. 66–69.

z pełnią funkcję prokuratora (także w stanie spoczynku) i rozpoczyna się z chwilą powołania, a ustaje wraz z rozwiązaniem stosunku służbowego. Dotyczy on wyłącznie osoby prokuratora, a zatem posiadane przez niego ruchomości i nieruchomości nie są objęte ochroną przewidzianą przez art. 135 ustawy⁸.

Same zasady związane z wyrażaniem zgody na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, a także dopuszczenie możliwości wystąpienia ze stosownym wnioskiem w tym przedmiocie przez uprawniony organ za każde przestępstwo przewidziane w polskim prawodawstwie nie uległy znaczącym zmianom i zdają się nie budzić żadnych wątpliwości, podobnie jak w przypadku sędziów (pomimo pewnych publicznie wyrażanych w ostatnim czasie deklaracji przez niektórych sędziów i inne osoby⁹). Elementem badania organu rozpoznającego wnioski o wyrażenie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej jest to, czy zgromadzone w dotychczasowym postępowaniu przygotowawczym dowody dostatecznie uzasadniają podejrzenie popełnienia przestępstwa przez prokuratora lub sędziego. To one stanowią warunek konieczny i wystarczający do podjęcia przez sąd dyscyplinarny uchwały o zezwoleniu na pociągnięcie danej osoby do odpowiedzialności karnej sądowej¹⁰. Ocena zebranego w postępowaniu przygotowawczym materiału dowodowego dokonywana przez sąd dyscyplinarny nie powinna wykraczać poza granice stwierdzenia dostatecznego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Sąd dyscyplinarny nie musi mieć pewności, że zarzucane (przypisywane) prokuratorowi przestępstwo faktycznie zostało popełnione. Wystarczy uzasadnione podejrzenie, że tak mogło być¹¹. Nadto należy przypomnieć, że w uzasadnieniu uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r. wskazano, iż nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, że sędziowie ponoszą odpowiedzialność karną w przypadku popełnienia każdego przestępstwa, w tym także dokonanego w związku ze sprawowaniem urzędu sędziego, przy czym oczywiście pociągnięcie sędzie-

⁸ R. Signerski, Immunitet prokuratora, LEX.

⁹ Audycja w telewizji TVN24, dostępna pod adresem internetowym <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-w-kraju,3/andrzej-rzeplinski-w-kropce-nad-i,672080.html>.

¹⁰ Por. W. Michałski, Immunitety w polskim procesie karnym, Warszawa 1970, s. 128–136, J. R. Kubiak, J. Kubiak, Immunitet sędziowski, Przegląd Sądowy 1993, nr 11–12, s. 3–23, T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwułski, Komentarz do Prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, Warszawa 2002, s. 228, a także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2002 r., sygn. SNO 19/02, LEX nr 470211 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., sygn. SNO 23/02, LEX nr 568911.

¹¹ Por. z uzasadnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2014 r., sygn. SNO 48/14, LEX 1523257.

go do odpowiedzialności karnej wymaga wcześniejszego zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego¹².

Zgodnie z formułowanymi w przeszłości uwagami¹³ na gruncie przepisów ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze¹⁴, w art. 135 § 14 pr. o prok. wprowadzono regulację, iż stosowanie w toku postępowania w przedmiocie uchylenia immunitetu przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym następuje odpowiednio¹⁵.

Praktyka orzecznicza sądów dyscyplinarnych wymusiła natomiast innego rodzaju zmianę, związaną z normatywnym uprawnieniem sądu delibacyjnego (w art. 135 § 5 pr. o prok.) do przeprowadzania na posiedzeniu także innych dowodów, aniżeli tylko dołączonych przez wnioskodawcę, aczkolwiek zastrzegając iż może to nastąpić jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach¹⁶.

Istotnym *novum* wprowadzonym przez ustawę jest rozwiązanie przewidziane w art. 135 § 10 pr. o prok. Dotyczy ono sytuacji, w których prokurator zostanie zatrzymany na gorącym uczynku popełnianego przestępstwa, nie zostanie zwolniony, a prowadzący postępowanie karne prokurator uzna za konieczne zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania poprzez niezwłoczne przedstawienie zatrzymanemu zarzutów i – być może – wystąpienie z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Ewentualna zgoda sądu dyscyplinarnego na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej i tymczasowe aresztowanie nie oznacza wszak automatycznie obowiązku wystąpienia z takim wnioskiem do sądu powszechnego. Decyzję tę podejmuje się dopiero po przedstawieniu podejrzanemu zarzutu i przyjęciu od niego wyjaśnień, które mogą wpłynąć na ocenę zasadności stosowania tego najsurowszego środka zapobiegawczego. Nietrudno wyobrazić sobie można, iż – przykładowo – zaprezentowana w złożonych wyjaśnieniach linia obrony obali istnienie przesłanki związanej z istnieniem prawdopodo-

¹² Por. z uzasadnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r., sygn. SNO 29/02, OSNSD 2002, poz. 36 i przytoczonymi tam poglądami doktryny.

¹³ A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna prokuratorów – co trzeba zmienić?, Prok. i Prawo 2013, nr 12, s. 28–29.

¹⁴ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, tekst jedn. Dz. U. Nr 270, poz. 1599 z 2011 r., z późn. zm., dalej w skrócie „ustawa o prokuraturze” lub „u.o.p.”.

¹⁵ Art. 54 § 13 ustawy o prokuraturze brzmiał: „W zakresie nieuregulowanym w niniejszym artykule, do postępowania przed sądem dyscyplinarnym i Odwoławczym Sądem Dyscyplinarnym lub Sądem Dyscyplinarnym w Naczelnej Prokuraturze Wojskowej w drugiej instancji w sprawach o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej oraz o zezwolenie na zastosowanie wobec niego tymczasowego aresztowania lub orzeczenia w przedmiocie zastrzeżenia, o którym mowa w ust. 7, stosuje się przepisy o postępowaniu dyscyplinarnym”.

¹⁶ Por. A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze, Prok. i Prawo 2016, nr 7–8, s. 204.

bieństwa, określonego w art. 249 § 1 k.p.k., bądź zniweluje znaczenie przesłanek przewidzianych w art. 258 § 1 k.p.k.¹⁷

Wydaje się przy tym, że rozwiązania te przewidziane zostały jako propozycja podjęcia realnych działań przy przestępstwach korupcyjnych, zagrożonych surową karą i o dużej szkodliwości społecznej, w tym ujawnianych w wyniku realizacji kontroli operacyjnej lub operacji specjalnej. Trudno znaleźć uzasadnienie dla wyrażonego w piśmiennictwie poglądu¹⁸, iż przepis ten znajdzie zastosowanie w sytuacji zatrzymywania prokuratorów kierujących pojazdami mechanicznymi pod wpływem alkoholu lub środków odurzających. Z praktyki wynika bowiem, iż w sytuacji ujawniania tego rodzaju występków prokuratorzy nie są zatrzymywani i trudno też wyobrazić sobie potrzebę ich zatrzymywania – co jest warunkiem *sine qua non* zastosowania tego szczególnego trybu.

Dokonując oceny tej regulacji należy też mieć na uwadze normę zawartą w art. 135 § 2 pr. o prok., zgodnie z którą to sąd dyscyplinarny, do czasu rozstrzygnięcia wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub łącznego wniosku o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej i tymczasowe aresztowanie, może polecić niezwłoczne zwolnienie prokuratora zatrzymanego na gorącym uczynku. Przepis ten jest jedyną podstawą pozwalającą wydać polecenie zwolnienia zatrzymanego prokuratora i uprawnienie to (analogicznie jak art. 54 ust. 2 u.o.p.) przydaje właśnie sądowi dyscyplinarnemu. *De facto* więc to sąd dyscyplinarny, do którego wpłynie wniosek złożony w trybie przewidzianym w art. 135 § 10 pr. o prok. będzie podejmował decyzje – zarówno merytoryczną, jak i co do trybu, w jakim wniosek ten będzie rozpoznawał. Zwolnienie bowiem zatrzymanego prokuratora przed rozpoznaniem wniosku spowoduje niemożność procedowania w trybie szczególnym.

Podkreślić w tym miejscu także należy, iż natychmiastowa wykonalność orzeczenia sądu dyscyplinarnego I instancji nie jest niczym nowym na gruncie przepisów proceduralnych, jest ona analogiczna choćby z przewidzianą w Kodeksie postępowania karnego zasadą natychmiastowej wykonalności orzeczenia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, która to również dotyczy osoby w świetle prawa niewinnej. Nowa ustawa wyraźny prymat w omawianym przypadku przyznaje zasadom określonym w art. 2 § 1 k.p.k., nie stojąc przy tym w żadnej mierze w sprzeczności z art. 5 i 6 k.p.k.

Omawiany brak suspensywności może na pierwszy rzut oka budzić pewne wątpliwości natury konstytucyjnej¹⁹, szczególnie w świetle wyroku Trybu-

¹⁷ Por. A. Bojańczyk, Glosa do uchwały SN z dnia 5 lipca 2002 r., sygn. SNO 22/02, Przegląd Sądowy 2003, nr 7–8, poz. 186.

¹⁸ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 206.

¹⁹ *Op. cit.*, s. 205.

nału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07²⁰. Przypomnieć bowiem należy, iż w przywołanym orzeczeniu Trybunał wskazał na sprzeczność z ustawą zasadniczą, w szczególności obowiązujących wówczas przepisów art. 80a § 1 i 3²¹ ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych²². Wydaje się jednak, że obawy te nie są zasadne.

Przepisy określone w art. 80a, 80b, 80c p.o.u.s.p. zaskarżono w zakresie 24-godzinnego terminu rozpoznania wniosku, natychmiastowej wykonalności uchwały mimo wniesienia zażalenia, dopuszczenia rozpatrzenia sprawy bez uczestnictwa zainteresowanego sędziego, tylko przy obecności prokuratora i rzecznika dyscyplinarnego, a także nakazu (art. 80c) „odpowiedniego” stosowania art. 80a i 80b do postępowania o zezwolenie na tymczasowe aresztowanie sędziego, wobec którego wydano uchwałę zezwalającą na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Kwestia związana z natychmiastową wykonalnością uchwały, jeszcze przed jej ostatecznością, naruszać miała prawo do obrony i ograniczać decyzyjną swobodę sądu dyscyplinarnego, wykazywano również, że konstytucyjnie wymagana „zgoda sądu” musi oznaczać akt ostateczny, niezaskarżalny w toku odwoławczym, przy czym ów tok musi mieć co najmniej dwie instancje.

Trybunał Konstytucyjny uznał w wyroku z dnia 28 listopada 2007 r. niekonstytucyjność ustawy zmieniającej – wprowadzającej ww. zmiany, w interesującym zakresie, z uwagi na uchwalenie poprawki w niewłaściwym trybie, co wystarczało do eliminacji zaskarżonych przepisów z obrotu prawnego. Przyjęto jednak w wyroku także, że istotę immunitetu sędziowskiego – przewidzianego w art. 181 Konstytucji, zgodnie z którym sędzia nie może zostać, bez uprzedniej zgody sądu, określonej w ustawie, pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności – należy rozumieć w taki sposób, iż chodzi o prawomocną zgodę sądu, po wyczerpaniu właściwego toku instancyjnego. Zdaniem Trybunału, „Konstytucja w art. 181 uchylenie immuni-

²⁰ Dz. U. z 2007 r., Nr 230, poz. 1698, OTK ZU 2007, nr 10A, poz. 129.

²¹ Przepisy art. 80a w zakwestionowanym przez Trybunał Konstytucyjny zakresie brzmiały następująco: § 1. Jeżeli sędzia został zatrzymany, a prokurator składając wniosek o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej za popełnienie zbrodni lub występku umyślnego, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, wnosi jednocześnie o zezwolenie na tymczasowe aresztowanie sędziego, sąd dyscyplinarny rozpoznaje ten wniosek w terminie 24 godzin od chwili jego wpłynięcia. Na posiedzenie sądu dyscyplinarnego sędziego doprowadza organ, który dokonał jego zatrzymania. § 3. Wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania zaskarżonej uchwały. Jednakże Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, na wniosek sędziego, może wstrzymać jej wykonanie w części dotyczącej zezwolenia na tymczasowe aresztowanie. W razie wstrzymania wykonania uchwały, prokurator może wykonać z udziałem sędziego jedynie niezbędne czynności procesowe.

²² Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2015 r., poz. 133, tekst jedn. z dnia 26 stycznia 2015 r., dalej w skrócie „P.o.u.s.p.”.

tetu łączy ze stanowczą i definitywną wypowiedzią sądu o „wyrażeniu zgody”. Tym samym brzmienie Konstytucji przesądza o rozłączności udzielania zgody przez sąd (art. 181 Konstytucji) i problemu proceduralnego wykonalności orzeczeń nieostatecznych, co jest przedmiotem normowania w ustawach zwykłych”.

Odnosząc się natomiast do dalszych uwag zawartych w uzasadnieniu wyroku w zakresie omawianej ustawy, Prawo o prokuraturze nie przewiduje zakwestionowanego w wyroku, 24-godzinnego terminu do rozpoznania wniosku (ani żadnego innego, odmiennego od zasady określonej w art. 135 § 5 ustawy, uznanej przez Trybunał za odpowiedni). Przepis precyzuje także, iż ów szczególny tryb dotyczy sytuacji, w której prokurator został zatrzymany na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa i nie nastąpiło jego zwolnienie. Wydaje się zatem, że norma ta jest zgodna ze stanowiskiem Trybunału, iż „w jednym, wyjątkowym wypadku można od uprzedniej zgody sądu odstąpić – jeśli chodzi o ujęcie sędziego na gorącym uczynku”.

Abstrahując jednak w tym miejscu od bardziej szczegółowych rozważań w tym zakresie, wykraczających poza ramy przedmiotowego opracowania, krytycznie odnosząc się do poglądu dotyczącego niekonstytucyjności braku suspensywności, notabene niezmiernie lakonicznie uzasadnionego, przytoczyć można wątpliwości wyrażane w tym zakresie tak przez sam Trybunał, w postaci zdań odrębnych zawartych w wyroku, jak i doktrynę²³: „Należy podzielić zastrzeżenia podniesione w zdaniu odrębnym sędziego M. Granata o niedostatecznym wyjaśnieniu w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego, na czym miałyby polegać niezgodność art. 80a § 3 oraz art. 80a § 4 zdanie drugie u.s.p. z normami konstytucyjnymi. Rzecz dotyczy możliwości wstrzymania wykonania zaskarżonej uchwały wyrażającej zgodę na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Trudno powyższą problematykę rozpatrywać w kontekście gwarancji statuowanych przez art. 181 Konstytucji. Odnosząc powyższą problematykę na grunt regulacji dotyczących procesu karnego, podnieść należy, że bezwzględna suspensywność jest charakterystyczna dla apelacji, natomiast zażalenie wstrzymuje wykonanie zaskarżonej decyzji tylko wówczas, gdy ustawa tak stanowi”.

Jeszcze bardziej stanowczo w tym względzie wypowiedział się w swoim zdaniu odrębnym sędzia Trybunału Konstytucyjnego Z. Cieślak²⁴: „W przypadku tych regulacji (art. 80a § 3 i 80b § 4 zdanie drugie p.o.u.s.p. – przyp. aut.) natychmiastowa wykonalność nieostatecznego orzeczenia sądu dyscyplinarnego zezwalającego na tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie sędziego znajduje uzasadnienie w doniosłych wartościach zaangażowanych

²³ J. Grajewski, Glosa do wyroku TK z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, Przegląd Sejmowy 2008, nr 2, s. 222–223.

²⁴ Opublikowane na witrynie Trybunału Konstytucyjnego, pod adresem internetowym <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/zdanieOdrebnne.xhtml?zdanieOdrebnne=187&cid=3>.

w „procedurze immunitetowej”. Ma bowiem służyć zapewnieniu prawidłowego toku tego postępowania i osiągnięciu jego celu, a więc ustaleniu – bez przeszkód ze strony zainteresowanego sędziego – czy „zachodzi dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa” (art. 80 § 2c zdanie pierwsze p.u.s.p.)”.

Najszerzej i najbardziej przekonująco natomiast swoje odmienne w tym zakresie stanowisko, względem oceny większości składu orzekającego, przedstawiła sędzia Trybunału Konstytucyjnego M. Gintowt-Jankowicz²⁵: „Regulacja w kwestionowanych przepisach przewiduje, że w obu przypadkach wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania zaskarżonych uchwał sądu o zezwoleniu na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej wraz z zezwoleniem na tymczasowe aresztowanie (art. 80a § 3) oraz o zezwoleniu na zatrzymanie sędziego (art. 80b § 4 zdanie 2). Mamy zatem do czynienia z wykonaniem zaskarżonych uchwał przed rozpoznaniem zażalenia, a więc jeszcze nieprawomocnych.

Art. 181 Konstytucji stawia wyraźne wymagania co do uprzedniej zgody sądu na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, zatrzymania lub aresztowania. Mówi bowiem o zgodzie wyrażanej przez sąd „określony w ustawie”. Konstytucja tym samym nie precyzuje ani formy podjęcia takiej decyzji przez sąd, ani trybu postępowania immunitetowego, ani tym bardziej zasady, że wykonaniu podlegają tylko i wyłącznie rozstrzygnięcia prawomocne. Można oczywiście postawić tezę, że skoro w postępowaniu immunitetowym ustawodawca przewidział tok instancyjny, to z reguły wykonaniu powinny podlegać uchwały już prawomocne. Nakazu takiego nie da się jednak wyprowadzić wprost z konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności (art. 176 ust. 1). Z zasady tej nie wynika bowiem ogólny zakaz stanowienia regulacji przewidujących wykonalność jeszcze nieprawomocnych decyzji sądowych. Należy się zatem zgodzić ze stanowiskiem wyrażonym przez Prokuratora Generalnego, że wykonalność niektórych jeszcze nieprawomocnych orzeczeń sądowych na gruncie różnych procedur, zarówno cywilnej, jak i karnej, nie kłóci się z zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego. Tym samym należy uznać, że wykonalność nieprawomocnych uchwał, o których mowa w art. 80a § 3 i art. 80b § 4 zdanie 2 ustawy – Prawo ustroju sądów powszechnych nie prowadzi do naruszenia art. 176 ust. 1 Konstytucji.

W tym kontekście znamienne jest, że w przypadku obu jeszcze nieprawomocnych uchwał mamy do czynienia albo z zezwoleniem na tymczasowe aresztowanie sędziego wyrażonym łącznie ze zgodą na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, albo z zezwoleniem na zatrzymanie sędziego. Rozwiązanie to zbliżone jest do ogólnych reguł wykonywania zaskarżonych

²⁵ Opublikowane na witrynie Trybunału Konstytucyjnego, pod adresem internetowym <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/zdanieOdbne.xhtml?zdanieOdbne=188&cid=3>.

postanowień w postępowaniu karnym. Wniesienie zażalenia na gruncie k.p.k., jako środka względnie suspensywnego, co do zasady nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego postanowienia, chyba że inaczej postanowi właściwy sąd (art. 462 § 1 k.p.k.). Reguła ta ma zastosowanie m.in. do postanowienia o tymczasowym aresztowaniu (art. 252 § 1 k.p.k.). Zatrzymanie na gruncie k.p.k. jest przede wszystkim czynnością faktyczną, jego zaskarżenie zażaleniem nie powoduje zatem wstrzymania, ale może prowadzić w konsekwencji, w sytuacji uznania przez sąd bezzasadności lub nielegalności zatrzymania, do wydania zarządzenia o natychmiastowym zwolnieniu zatrzymanego (art. 246 § 3 k.p.k.). Biorąc pod uwagę specyfikę zażalenia na gruncie k.p.k. odnośnie zatrzymania i tymczasowego aresztowania, kwestionowane regulacje art. 80a § 3 i art. 80b § 4 zdanie 2 ustawy – Prawo ustroju sądów powszechnych w analogicznym zakresie zdają się potwierdzać suspensywny charakter tego środka odwoławczego także na gruncie postępowania immunitetowego. Takie rozwiązanie nie wydaje się budzić zastrzeżeń konstytucyjnych”.

Podobnie, odmiennie od większości składu, wypowiedziała się w komentowanym zakresie sędzia Trybunału Konstytucyjnego T. Liszcz²⁶, wskazując że „nie jest całkowicie oczywiste, że postępowanie w sprawie o uchylenie immunitetu, na gruncie art. 181 i art. 176 Konstytucji, musi mieć charakter dwuinstancyjny. Nie jest to bowiem postępowanie samoistne, które od początku do końca toczy się przed sądem, lecz jest raczej wstępem do innego postępowania, prowadzonego przez organ prokuratury” (zob. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 września 1999 r., sygn. Ts 35/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 134). W komentarzu do Konstytucji autorstwa L. Garlickiego (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV, Warszawa 2005, Rozdział VIII, s. 5) czytamy m.in., że „nie ma przeszkód dla ustanowienia toku instancyjnego dla kontroli orzeczeń o wyrażeniu zgody na ściganie”. Powołane sformułowanie oznacza równocześnie, że nie ma też konstytucyjnego obowiązku ustanowienia kontroli instancyjnej. Jeżeli jednak założymy, jak czyni to Trybunał, że istnieje konstytucyjny obowiązek ustanowienia kontroli instancyjnej rozstrzygnięć w sprawach o uchylenie immunitetu sędziowskiego, to skarżona ustawa czyni zadość temu wymaganiu, wprowadzając możliwość odwołania się stron od uchwały sądu dyscyplinarnego dotyczącej uchylenia immunitetu. Jednakże ani z art. 176, ani też z art. 181 Konstytucji nie wynika, aby wnoszone środki zaskarżenia musiały mieć charakter suspensywny, albo że warunkiem wykonalności uchwały w sprawie uchylenia immunitetu musi być jej uprzednie uprawomocnienie się. Jak trafnie wskazuje Prokurator Generalny w zmodyfikowanym stanowisku, „w kwe-

²⁶ Opublikowane na witrynie Trybunału Konstytucyjnego, pod adresem internetowym <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/zdanieOdbne.xhtml?zdanieOdbne=191&cid=3>.

stach zatrzymania albo tymczasowego aresztowania sędziego oczekiwanie na prawomocność uchwały sądu dyscyplinarnego niweczyłoby w ogóle skuteczność stosowania tych środków. Trzeba przy tym pamiętać, że wyrażenie zgody na tymczasowe aresztowanie musi być poprzedzone albo przynajmniej równoczesne z wyrażeniem zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, bowiem areszt tymczasowy może być stosowany dopiero wobec podejrzanego. Odroczenie wykonalności uchwał sądu w tym zakresie do wyczerpania toku instancji albo upływu terminu do uchylecia środka odwoławczego sprawiałoby, że „nieprawomocnie uchylony” immunitet nadal chroniłby sędziego i uniemożliwiał prowadzenie postępowania przygotowawczego przeciwko niemu”.

Przepisy innych ustaw, w tym kodeksów: postępowania cywilnego i postępowania karnego, przewidują wykonalność niektórych nieprawomocnych orzeczeń sądów pierwszej instancji i nikt, jak dotąd, nie kwestionuje ich zgodności z zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego. Przykładem może być chociażby art. 462 k.p.k., wedle którego zasadą jest, iż złożenie zażalenia nie wstrzymuje wykonania środka zabezpieczającego. W zakresie cywilnych postępowań zabezpieczających albo postępowań w przedmiocie stosowania środków zabezpieczających na użytek toczącego się procesu karnego stosowanie reguły suspensywności prowadziłoby wręcz do zaprzepaszczenia ich istotnych funkcji.”

Na potrzeby niniejszej pracy wystarczające będzie wszak stwierdzenie, iż prokuratorzy i asesory prokuratorscy, których li tylko dotyczy omawiane w tym miejscu zagadnienie, nie korzystają z ochrony konstytucyjnej przewidzianej w art. 181 Konstytucji.

Odnosząc się natomiast jeszcze w tym kontekście do braku w pr. o prok. przepisu umożliwiającego wstrzymanie orzeczenia o wyrażeniu zgody na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności dyscyplinarnej lub/i zastosowaniu tymczasowego aresztowania, wydaje się, szczególnie badając problem w kontekście treści art. 135 § 2 analizowanego łącznie z art. 135 § 10 pr. o prok., że byłby on zbędny. W każdej jednak chwili, w oparciu o normę art. 135 § 2 pr. o prok., sąd dyscyplinarny może polecić niezwłoczne zwolnienie prokuratora zatrzymanego na gorącym uczynku. Jeśli nastąpi to przed podjęciem rozstrzygnięcia w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub łącznego wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej i tymczasowe aresztowanie, to spowoduje to, w naszej ocenie, niemożność orzekania w specjalnym trybie przewidzianym w art. 135 § 10 pr. o prok., z uwagi na niezastnienie przesłanki związanej z kontynuowanym pozbawieniem prokuratora wolności. W naszej opinii, celem ustawodawcy było zapewnienie możliwości przedstawienia prokuratorowi zarzutu popełnienia przestępstwa i rozważenia wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania bez-

pośrednio po zatrzymaniu na gorącym uczynku jego popełniania właśnie w sytuacji, w której niezbędne jest natychmiastowe wykonanie czynności z udziałem prokuratora, co do którego istnieje uzasadnione podejrzenie, że jest sprawcą przestępstwa, a także zaistnieć może konieczność zastosowania względem niego tymczasowego aresztowania.

Zdaje się być przy tym oczywiste, iż wskutek wydania przez Sąd Dyscyplinarny polecenia niezwłocznego zwolnienia zatrzymanego prokuratora, do chwili ogłoszenia uchwały uwzględniającej taki wniosek, postępowanie delibacyjne prowadzone w trybie art. 135 § 10 pr. o prok. przekształci się z tego trybu szczególnego w podstawowy, przewidziany w art. 135 § 5 pr. o prok. W efekcie tej zmiany uchwała będzie musiała być wydana w ciągu 14 dni od złożenia wniosku, nawet w sytuacji przeprowadzenia posiedzenia, a niezależnie od daty wydania, nie uzyska waloru natychmiastowej wykonalności.

Zbędne jest zatem wprowadzanie normy umożliwiającej wstrzymywanie wykonania pozytywnej decyzji sądu dyscyplinarnego o uwzględnieniu wniosku do czasu jej uprawomocnienia. Decyzja sądu polecająca zwolnienie prokuratora może być wydana w dowolnym momencie, także przed ogłoszeniem uchwały, a w przypadku jej realizacji wywoła ona skutki identyczne jak ewentualne wstrzymanie wykonalności zapadłego orzeczenia. Prawo o prokuraturze nie przewidziało bowiem żadnych odmienności w zakresie omawianej regulacji w odniesieniu do postępowania międzyinstancyjnego oraz przed sądem *ad quem*. Niezależnie więc od tego czy postępowanie delibacyjne przed sądem I instancji zostanie zakończone wydaniem orzeczenia w trybie przewidzianym w art. 135 § 10 pr. o prok. czy w art. 135 § 5 pr. o prok. – terminy do złożenia środka odwoławczego oraz do pisemnego ustosunkowania się zainteresowanych stron do odwołania, jak też miesięczny termin na rozpoznanie sprawy przez Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny²⁷, pozostaną identyczne.

Art. 135 § 11 pr. o prok. pozostał treściowo w praktycznie niezmiennym kształcie²⁸, w szczególności przydając uprawnienie do zaskarżenia uchwały odmawiającej zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej i/lub tymczasowe aresztowanie wyłącznie wnioskodawcy i rzecznikowi dyscyplinarnemu. Jednocześnie wyłącznie osoba, której wniosek dotyczy jest jedyną uprawnioną do zaskarżenia uchwały wyrażającej zgodę. Ograniczenie prawa rzecznika do zaskarżenia wyłącznie decyzji negatywnej było już przedmiotem krytycznych uwag w przeszłości²⁹, a wydaje się że w sytuacji, w której zyskał on walor niezależności działania, mógłby pełnić w postępowaniu immunitetowym rolę rzecznika praworządności, zyskując

²⁷ Art. 162 § 1 zd. 2 w zw. z art. 135 § 4 pr. o prok.

²⁸ W porównaniu do art. 54 ust. 10 u.o.p.

²⁹ Por. A. Herzog, Postępowanie w sprawach o uchylenie immunitetu prokuratorskiego – stan prawny i praktyka (część I), Prok. i Prawo 2008, nr 4, s. 15.

jednocześnie wiedzę o stanie sprawy, mającej znaczenie dla możliwości wszczęcia i przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i dalej dyscyplinarnego. Rzecznik dyscyplinarny uczestniczący w postępowaniu delibacyjnym nie pełni bowiem w jego toku roli rzecznika oskarżenia, tę bowiem realizuje wnioskodawca.

Ustawa nie precyzuje wprost formy rozstrzygnięcia podejmowanego przez sąd odwoławczy (tj. czy decyzja ta winna przybrać postać uchwały). Art. 135 § 5 pr. o prok. przesądza, że sąd I instancji wydaje uchwałę zezwalającą na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej oraz uchwałę zezwalającą na tymczasowe aresztowanie prokuratora, jeżeli zachodzi dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa, rozpoznając wniosek na posiedzeniu. W § 6 ustawodawca wskazał, iż sąd ten „orzeka”, co sugeruje, że w zakresie postępowania delibacyjnego efektem orzekania jest uchwała, i to także w przedmiocie zastrzeżenia o niemożności udostępnienia choćby części dokumentów załączonych do wniosku, z uwagi na dobro postępowania przygotowawczego (patrz art. 135 § 7–8 pr. o prok.). Stosownie do regulacji zawartej w art. 135 § 8 zd. 2 pr. o prok. uchwała zawiera rozstrzygnięcie wraz z uzasadnieniem.

Analizując rozstrzygnięcie podejmowane przez sąd dyscyplinarny II instancji wskazać należy, że art. 135 § 13 określa jedynie, iż Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny orzeka na posiedzeniu. Wydaje się więc, iż po przeprowadzeniu posiedzenia, sąd *ad quem*, analogicznie jak sąd I instancji, winien wydać uchwałę, wraz z uzasadnieniem. Brak jest w naszej ocenie podstaw, aby w ramach jednej jednostki redakcyjnej, tj. przepisu art. 135 pr. o prok., inną formę orzekania i sporządzania uzasadnienia przyjmować dla orzeczeń sądów I i II instancji. Pomimo braku precyzji w omawianym art. 135 Prawa o prokuraturze, stoimy także na stanowisku, że nie ma podstaw do stosowania w zakresie obowiązku sporządzania z urzędu uzasadnienia uchwały sądu odwoławczego normy art. 135 § 14 pr. o prok. Ponieważ na uchwałę podjętą przez sąd II instancji nie przysługuje już żaden środek odwoławczy (jak kasacja), zbędne byłoby nakazywanie stronie tego postępowania występowania z wnioskiem o sporządzenie uzasadnienia. Wydaje się, że wskazując na konieczność sporządzania uzasadnienia uchwały sądowi I instancji z urzędu, ustawodawca analogiczny tryb przewidział także dla sądu odwoławczego, mimo że wprost go nie wyraził.

Ustawa nie rozstrzygnęła wątpliwości wiążących się ze stosowaniem reguły *ne peius* w postępowaniu dyscyplinarnym, ze szczególnym uwzględnieniem postępowania delibacyjnego. Jakkolwiek dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego zdaje się wskazywać na możliwość skazania w postępowaniu dyscyplinarnym na najsurowszą karę dyscyplinarną dopiero przez

sąd *ad quem*³⁰, to jednak równie jasne wydaje się być stanowisko Sądu Najwyższego odnośnie do braku normatywnych podstaw do podejmowania ewentualnej decyzji o wyrażeniu zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej przez sąd II instancji, wskutek uwzględnienia środka odwoławczego wywiedzionego na niekorzyść³¹.

Postępowanie wobec prokuratora w sprawach o wykroczenia

Nowe przepisy zawarte w pr. o prok. utrzymały zasadę sformułowaną w u.o.p., zgodnie z którą prokurator za wykroczenia odpowiada tylko dyscyplinarnie.

Dodano w art. 138 § 2 pr. o prok. nowe wyłączenie odpowiedzialności powszechnej osób pełniących funkcje prokuratora, związane z wydawaniem zarządzeń porządkowych przez przewodniczącego składu orzekającego sądu, a także kar porządkowych wymierzanych przez sąd. Do dnia 3 marca 2016 r. nie było możliwe zastosowanie przepisów art. 51 § 1 p.o.u.s.p. wobec prokuratora występującego w sprawie wyłącznie w charakterze strony, natomiast po wprowadzeniu nowej ustawy, zarządzeń i kar porządkowych przewidzianych w p.o.u.s.p. nie można będzie zastosować także wobec prokuratora biorącego udział w postępowaniu sądowym w innym charakterze, aniżeli związanym z jego działalnością służbową, a zatem choćby jako świadek.

W przypadku, w którym przewodniczący lub sąd uznają potrzebę zastosowania ww. środków wobec osoby pełniącej funkcję prokuratora (asesora prokuratorskiego), zgodnie z omawianym przepisem ww. organy nie będą miały możliwości podjęcia jakichkolwiek działań przewidzianych w p.o.u.s.p. – ani upomnienia prokuratora naruszającego powagę, spokój lub porządek czynności sądowych, a w konsekwencji także wydalenia z sali rozpraw, ani też wymierzenia kary porządkowej grzywny lub kary pozbawienia wolności, co przewidują przepisy art. 48–50 p.o.u.s.p. Wydaje się, że jedyne środki i działania ze strony przewodniczącego lub sądu wywodzić można aktualnie jedynie z art. 50 § 2 p.o.u.s.p., zgodnie z którym ukaranie karą porządkową nie uchyla odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej za ten sam czyn. Nic nie stoi w naszej opinii na przeszkodzie, aby w razie nagannego zachowania prokuratora na sali sądowej, uzasadniającego wydanie zarządzeń porząd-

³⁰ Por. M. Gabriel-Węglowski, Reguła *ne peius* a postępowanie dyscyplinarne, LEX i przytoczone tam orzecznictwo, a także W. Kozielowicz, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych w praktyce orzeczniczej SN, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka, Warszawa 2013, s. 43.

³¹ Por. z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2007 r., sygn. SNO 47/07, OSNKW 2007, nr 11, poz. 83, Biul. SN 2007, nr 11, poz. 17 oraz z uzasadnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2014 r., sygn. SNO 48/14, LEX 1523257.

kowych przez przewodniczącego składu orzekającego sądu lub kary porządkowej wymierzonej przez sąd – właściwy organ skierował stosowne zawiadomienie do przełożonego dyscyplinarnego³² prokuratora, z wnioskiem o podjęcie stosownych kroków służbowych (dyscyplinarnych).

Regulacje zawarte w art. 138 § 3–5 pr. o prok. stanowią powtórzenie norm wprowadzonych do art. 54a ust. 2–4 u.o.p. ustawą z dnia 10 lipca 2015 r., z dniem 19 września 2015 r. Analogiczne zmiany wprowadzono także do art. 81 § 2–3 p.o.u.s.p.³³ Pomimo funkcjonowania tych norm od ponad roku, nie doczekały się one jednak szczegółowej analizy. Wydawać by się mogło, że ich stosowanie nie powinno nastroczać znaczących trudności, niemniej jednak przynajmniej jedna kwestia wymaga zainteresowania. Chodzi mianowicie o zakres możliwości wyrażenia przez prokuratora zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności za wykroczenie w trybie § 3–4 i stanowiącym jego konsekwencją wyłączeniu za to zachowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej zgodnie z zasadą przewidzianą w § 5.

Otóż możliwy problem związany jest z postanowieniem ustawy Prawo o prokuraturze, która dopuszcza możliwość wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności wyłącznie za wykroczenia, o których mowa w rozdziale XI ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń³⁴. Jako działania równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o wyrażeniu zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności za wykroczenie wskazuje się przyjęcie przez prokuratora mandatu karnego albo uiszczenie grzywny, w przypadku ukarania mandatem karnym zaocznym, o którym mowa w art. 98 § 1 pkt. 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia³⁵. Zasadniczo zatem dotyczą one sytuacji, w których schwytano sprawcę wykroczenia na gorącym uczynku lub bezpośrednio po popełnieniu wykroczenia, organ stwierdzi popełnienie wykroczenia naocznie pod nieobecność sprawcy, a nie zachodzi wątpliwość co do sprawcy czynu lub stwierdzenie popełnienia wykroczenia nastąpiło za pomocą przyrządu kontrolno-pomiarowego lub urządzenia rejestrującego, a sprawca nie został schwytany na gorącym uczynku lub bezpośrednio potem, ale nie zachodzi wątpliwość co do osoby sprawcy tegoż czynu³⁶.

Jednocześnie jednak literalnie odczytywane brzmienie omawianego art. 138 § 4 pr. o prok. sugerować może, że owa zgoda na pociągnięcie do odpowiedzialności dotyczy wyłącznie wykroczeń, za które właściwy organ zamierza ukarać sprawcę mandatem karnym lub mandatem karnym zaocz-

³² Którzy zostali precyzyjnie określani w art. 144 pr. o prok.

³³ Mocą art. 6 ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o prokuraturze..., Dz. U. z 2015 r., poz. 1309.

³⁴ Dz. U. z 2015 r., poz. 1094, z późn. zm., dalej w skrócie „k.w.”.

³⁵ Dz. U. z 2013 r., poz. 395, z późn. zm., dalej w skrócie „K.p.o.w.”.

³⁶ Art. 97 § 1 k.w.

nym. Rozstrzygnąć więc należy, czy prokurator posiada także możliwość wyrażenia zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności za wykroczenie o mniejszej szkodliwości społecznej³⁷, to jest takie, za które wymierzenie jakiegokolwiek kary, w tym w drodze postępowania mandatowego, będzie zbyt surowe. Mowa tutaj o odpowiedzialności nie będącej odpowiedzialnością karną *sensu stricto*, a stanowiącej środki oddziaływania wychowawczego, o których mowa w art. 41 Kodeksu wykroczeń.

Nie budzi wątpliwości, iż odpowiedzialność za wykroczenia, które wraz z przestępstwami współtworzą czyny zabronione, realizowana jest na podstawie założenia, iż ich społeczna szkodliwość jest zdecydowanie mniejsza aniżeli przestępstw, zatem wymagają one łagodniejszej reakcji, której podstawowym instrumentem jest grzywna, w tym nakładana w drodze mandatów karnych³⁸. Nic zatem dziwnego, iż ustawodawca zdecydował, aby dla części tych wykroczeń, o stosunkowo niskiej społecznej szkodliwości, popełnianych m.in. przez sędziów i prokuratorów, stworzyć możliwość zrzeczenia się przysługującego immunitetu materialnego i dobrowolnego poddania się odpowiedzialności na miejscu zdarzenia (co do zasady), w sytuacjach niebudzących wątpliwości. Mandat karny, o którym mowa, sporządzony zostanie przez funkcjonariusza policji lub innego uprawnionego organu, np. straży miejskiej³⁹.

Odczytując normy zawarte w art. 138 § 3–5 pr. o prok. należy uznać, iż prawodawca, uznając z jednej strony powszechność, a z drugiej stosunkowo niewielką szkodliwość tych wykroczeń, kwestię poddania się odpowiedzialności karnej za dany czyn pozostawił decyzji prokuratora – sprawcy. Czy jednak w sytuacji popełnienia przez prokuratora (a także sędziego) wykroczenia, kwalifikującego się do ukarania go mandatem, sprawca może poddać się odpowiedzialności nie mandatowej, a łagodniejszego rodzaju, w ramach środków oddziaływania wychowawczego?

Ustawodawca nie podał żadnych przesłanek, jakie muszą zostać spełnione, aby możliwe było zastosowanie wobec sprawcy wykroczenia art. 41 k.w. Wydaje się, że należy go postrzegać przez pryzmat art. 33 k.w., a zatem poprzestać na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego, jeżeli spełnione będą cele kary, przede wszystkim w zakresie prewencji szczególnej, a nie należy po niego sięgać, gdy ze względu na społeczne oddziaływanie kary nie byłoby to właściwe⁴⁰. Biorąc pod uwagę, że może to mieć miej-

³⁷ O której mowa w art. 1 § 1 k.w.

³⁸ R. Krajewski, Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń, *Palestra* 2013, nr 7–8, s. 12.

³⁹ *Por. op. cit.*, s. 16–17, a także I. Nowicka, R. Kupiński, Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego w sprawach o wykroczenia, *Prok. i Prawo* 2004, nr 7–8, s. 147.

⁴⁰ M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 134–135.

sce w przypadku popełnienia wykroczenia podlegającego postępowaniu mandatowemu, a przepisy kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia nie wyłączają możliwości zastosowania przez uprawniony podmiot środków oddziaływania wychowawczego po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających zarówno na podstawie art. 54 k.p.o.w., jak i art. 97 § 1 k.p.o.w., to przyjąć należy, iż w tym ostatnim przypadku stanowią one alternatywę dla nałożenia grzywny w drodze mandatu karnego⁴¹.

Wydaje się także nie budzić wątpliwości, że zastosowanie środków, o których mowa w art. 41 k.w., skutkuje zakończeniem postępowania w sprawie o wykroczenia, a zatem powoduje np. wygaśnięcie prawa do złożenia skargi publicznej. Oskarżyciel publiczny, który zastosował np. pouczenie, nie ma następnie możliwości wystąpienia z wnioskiem o ukaranie⁴².

W naszej ocenie, także posługując się wnioskowaniem *a maiori ad minus*, pomimo stwierdzenia, że zgoda na pociągnięcie do odpowiedzialności dotyczy wyłącznie wykroczeń, za które właściwy organ zamierza ukarać sprawcę mandatem karnym lub mandatem karnym zaocznym, przepis ten oznacza, iż prokurator może dobrowolnie poddać się odpowiedzialności za popełnione wykroczenie, o którym mowa w art. 138 § 4 pr. o prok. i oświadczenie takie będzie kończyło bieg postępowania zgodnie z art. 138 § 5 pr. o prok. także wtedy, gdy zostanie ono sfinalizowane nie mandatem karnym, a przewidzianym przez art. 41 k.w. pouczeniem, zwróceniem uwagi lub ostrzeżeniem. Brak jest bowiem racjonalnych przesłanek ku temu, aby wykroczenia o mniejszej szkodliwości społecznej, aniżeli te, co do których ustawodawca przewidział możliwość przeprowadzenia postępowania mandatowego i wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności, musiały być przedmiotem postępowania prowadzonego w oparciu o art. 138 § 1 pr. o prok. Jeśli organ ścigania w momencie stwierdzenia popełnienia wykroczenia może zrezygnować z wymierzenia kary i poprzestać na zastosowaniu jednego ze środków wskazanych w art. 41 k.w.⁴³, nakazywanie mu kierowania w danej sprawie zawiadomienia do przełożonego dyscyplinarnego prokuratora wydaje się skrajnie nieracjonalne. Pamiętać bowiem należy, iż upomnienie potwierdza okoliczność popełnienia przez daną osobę wykroczenia⁴⁴. Istotą zastosowania normy art. 41 k.w. jest więc reakcja uprawnionego podmiotu na ujawnione wykroczenie, ale niekoniecznie ściganie sprawcy, gdyż można ograniczyć się do środków oddziaływania wychowawczego.

⁴¹ Por. I. Nowicka, R. Kupiński, Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego..., s. 148.

⁴² Tak B. Kurzępa, Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 2008, s. 167.

⁴³ M. Mozgawa (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz (do art. 41), wyd. II, LEX 2009.

⁴⁴ Por. z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 4 lipca 2014 r., sygn. VIII Ka 1058/13, Internetowy Portal Orzeczeń Sądu Okręgowego w Białymstoku – [http://www.orzeczenia.bialystok.so.gov.pl/content/\\$N/150505000004006_VIII_Ka_001058_2013_Uz_2014-07-04_002](http://www.orzeczenia.bialystok.so.gov.pl/content/$N/150505000004006_VIII_Ka_001058_2013_Uz_2014-07-04_002).

Decydujące znaczenie ma tu niewielki stopień szkodliwości społecznej danego wykroczenia, to jest taki, przy którym można uznać, że środek natury wychowawczej będzie wystarczający do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa. Dotyczy to drobnych naruszeń, o nikłej wręcz szkodliwości, gdzie nawet grzywna przewidziana w trybie mandatowym byłaby *in concreto* reakcją zbyt surową⁴⁵.

Reasumując, brak jest w naszej ocenie podstaw do przyjmowania w tym zakresie literalnej wykładni przepisu art. 138 pr. o prok., której efektem byłoby uniemożliwienie wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności za popełnione wykroczenie, o którym mowa w rozdziale XI k.w.

Określone w art. 141 § 1 i 2 zd. 1 pr. o prok. okresy przedawnienia deliktów dyscyplinarnych odnoszą się do czynów podlegających orzecznictwu sądów dyscyplinarnych (a zatem nie wchodzą w ich zakres wykroczenia, o których mowa w art. 138 § 3–4 ustawy)⁴⁶.

Wątpliwość natomiast budzi, czy wyrażenie przez prokuratora zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności za wykroczenie w trybie określonym w art. 138 § 4 ustawy wyłącza jego odpowiedzialność dyscyplinarną tak za to wykroczenie (co zdaje się być oczywiste), ale także i ewentualne uchybienie godności urzędu prokuratora.

Na gruncie doktryny i orzecznictwa dyscyplinarnego dotyczącego sędziów pojawiły się dwie koncepcje co do ustalenia charakteru odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenia. Jedna z nich zakładała, iż odpowiedzialność dyscyplinarna za wykroczenia zaistnieje tylko wówczas, gdy popełnione przez sędziego wykroczenie będzie jednocześnie mogło być uznane za przewinienie dyscyplinarne. Jednym z argumentów takiej wykładni było wskazanie na tożsamy termin przedawnienia wykroczeń oraz odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów za wykroczenia, przewidziany w art. 108 § 3 u.o.u.s.p.⁴⁷ Podobne do powyższego stanowisko przyjmowało, iż istota art. 108 § 3 p.o.u.s.p. polega na przyjęciu, iż chodzi w nim o sytuację gdy przewinienie dyscyplinarne zawiera jednocześnie znamiona wykroczenia⁴⁸. Druga natomiast koncepcja, argumentując, iż przyjęcie poprzedniej w odniesieniu do wykroczeń niestanowiących jednocześnie przewinień dyscyplinarnych skutkowałoby całkowitą bezkarnością za te czyny, wskazywała na jedynie odmiennie określoną właściwość organu orzekającego, trybu postę-

⁴⁵ Tak T. H. Grzegorzczak (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz (do art. 41), wyd. II, LEX 2013.

⁴⁶ Por. A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 9; A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 197.

⁴⁷ A. Korzeniewska-Lasota, M. Lasota, Odpowiedzialność sędziego za wykroczenia, *Studia Prawnoustrojowe* 2010, nr 11, s. 280.

⁴⁸ Por. T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów...*, s. 304.

powania i katalog kar – za wykroczenie⁴⁹. Autorzy zgadzają się w pełni z tym drugim poglądem.

W praktyce sądów dyscyplinarnych zdarzały się bowiem przypadki, w których popełnione przez prokuratora wykroczenie (także drogowe) kwalifikowane było jednocześnie jako uchybienie godności urzędu prokuratora. W takich sytuacjach ocenie podlegał dany czyn w obu jego aspektach – tak jako wykroczenie (za które prokurator odpowiadał dyscyplinarnie, na podstawie art. 54a u.o.p., obecnie art. 138 § 1 pr. o prok.), jak i uchybienie godności (na podst. art. 66 ust. 1 u.o.p., aktualnie art. 137 § 1 pr. o prok.). Zdarzało się przy tym, że samo wykroczenie ulegało w toku postępowania przedawnieniu, wówczas ocenie sądu dyscyplinarnego podlegało wyłącznie uchybienie godności, co dotyczyło zarówno postępowań prowadzonych względem prokuratorów, jak i sędziów⁵⁰.

Jako że obecnie czyn w postaci wykroczenia może w ogóle nie podlegać sądownictwu dyscyplinarnemu, o czym mowa była szeroko wyżej, przedawnia się on, jako wykroczenie, zbieżnie do stanu prawnego obowiązującego poprzednio, w terminach określonych dla tej kategorii czynów zabronionych. Brak jest natomiast podstaw do przyjmowania do czynów rozpoznawanych w toku postępowania dyscyplinarnego (a zatem do przewinień dyscyplinarnych mających zasadniczo postać uchybienia godności) innych terminów przedawnienia niż przewidziane w art. 141 pr. o prok. Wydaje się więc, że jedyną możliwością, gdy w ramach postępowania dyscyplinarnego zastosowanie znaleźć będą mogły terminy przedawnienia wskazane w art. 45 § 1–2 Kodeksu wykroczeń, to ta, gdy jego przedmiotem będzie wyłącznie popełnione przez prokuratora wykroczenie (w oparciu o art. 138 § 1 pr. o prok.).

Zawieszenie prokuratora w czynnościach i obniżenie wynagrodzenia

Nowe rozwiązania zawarte zostały także w przepisach związanych z zawieszeniem prokuratora w czynnościach, przy czym w dotychczasowych omówieniach ustawy Prawo o prokuraturze większość z nich pominięto⁵¹. Jedną z nich jest przewidziana w art. 150 § 1 zd. 2 pr. o prok. regulacja, dotycząca obowiązku pozostawania przez zawieszzonego prokuratora w dyspozycji przełożonego i wykonywania obowiązków ściśle określonych w zarzą-

⁴⁹ Por. L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, (w:) *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Wrocław 2006, s. 196; M. Zubik, *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 163; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 154.

⁵⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2009 r., sygn. SNO 3/09, LEX nr 725084.

⁵¹ Por. A. Herzog, *Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym...*, s. 206–207.

dzeniu o zawieszeniu w czynnościach, które nie mogą jednak obejmować wykonywania czynności zastrzeżonych przez ustawę dla prokuratora. Norma ta umożliwiła prokuratorowi przełożonemu częściowe choćby wykorzystywanie wiedzy i umiejętności prokuratora zawieszzonego, a także możliwość weryfikacji realizacji przez prokuratora jego obowiązków.

Rozstrzygnięto także jednoznacznie co do uprawnień dotyczących zaskarżania decyzji o zawieszeniu prokuratora w czynnościach i o przedłużeniu tego zawieszenia (art. 150 § 2 i 3 zd. 2 i art. 151 § 1 zd. 2 pr. o prok.), jak również wnoszenia środka odwoławczego od decyzji w przedmiocie obniżenia wysokości wynagrodzenia (art. 152 § 2 pr. o prok.). Do tej pory część tych uprawnień (lub ich braku) wywodzona była w drodze interpretacji⁵².

Ustawa Prawo o prokuraturze wprowadziła także nowe podstawy zawieszenia w czynnościach, niezależne od prowadzenia postępowania dyscyplinarnego i popełnienia ewentualnego przewinienia służbowego przez prokuratora, przy czym nie sposób określić tych rozwiązań za nadmiernie represyjne.

Pierwsza z nich, o charakterze fakultatywnym, związana jest z sytuacją złożenia do właściwego sądu wniosku o ubezwłasnowolnienie prokuratora. W przypadku sędziów przyjmowano, iż zawieszenie ich w obowiązkach służbowych powodowane złożeniem wniosku o ubezwłasnowolnienie, ma na celu wyeliminowanie groźby zaistnienia poważnych wątpliwości odnośnie do wydawania przez takiego sędziego racjonalnych i rozsądnych rozstrzygnięć⁵³. Przyjąć należy, iż analogiczne powody stały zapewne za wprowadzeniem tego rodzaju normy w art. 151 § 1 pr. o prok.

Druga przyczyna to wydanie prawomocnego zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej. W takim wypadku zawieszenie w czynnościach następuje do czasu prawomocnego zakończenia postępowania karnego. Przepis art. 151 pr. o prok. przewiduje dwa rodzaje zawieszenia prokuratora – fakultatywne, w § 1, które może być uchylone przez przełożonego dyscyplinarnego w każdym czasie oraz w § 2 zawieszenie obligatoryjne, które dotyczy przypadku, gdy wydane zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej dotyczy przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego zagrożonego karą co najmniej 5 lat pozbawienia wolności. W takim przypadku zawieszenie nie może być uchylone do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Każde zatem przestępstwo nieumyślne, każde ścigane z oskarżenia prywatnego, a także każde zagrożone karą mniej surową niż 5 lat pozbawienia wolności – będzie fakultatywną przesłanką do zawieszenia w czynnościach, niezależną od tej określonej w art. 150 § 1 pr. o prok.

⁵² A. Herzog, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 19–21.

⁵³ K. K. Świeczkowski, Postępowania dyscyplinarne sędziów i prokuratorów, zawieszenie w czynnościach służbowych, Prokurator 2005, nr 2–3, s. 52.

Wskazać trzeba, że również i obligatoryjne zawieszenie prokuratora, przewidziane w art. 151 § 2 pr. o prok., nie jest pomysłem nowatorskim. Uregulowania takie przewidziane są także względem sędziów, a dotyczą sytuacji wydania uchwały o wyrażeniu zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego oraz w wypadku orzeczenia przez sąd dyscyplinarny kary złożenia sędziego z urzędu⁵⁴, spotykając się z akceptacją doktryny⁵⁵. Także w ocenie Sądu Najwyższego⁵⁶, przepis przewidujący obligatoryjne zawieszenie w czynnościach spowodowane wydaniem zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, powinien być rozumiany jako regulacja samodzielna, znajdująca zastosowanie we wszystkich tych przypadkach, w których sąd dyscyplinarny wydaje uchwałę zezwalającą na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej. Przewidziane zawieszenie sędziego w czynnościach służbowych z urzędu ma charakter obligatoryjny.

W kontekście przepisów o zawieszeniu wspomnieć dodatkowo sygnalizacyjnie należy o przewidzianej w art. 152 pr. o prok. możliwości obniżenia do 50% wysokości wynagrodzenia prokuratora. Decyzję taką, w przypadku gdy prokurator został zawieszony w czynnościach, niezależnie od powodów i podstawy prawnej tegoż zawieszenia, podejmuje sąd dyscyplinarny na wniosek przełożonego dyscyplinarnego. Obniżenie wynagrodzenia można kontynuować aż do zakończenia zawieszenia w czynnościach. Od postanowienia w przedmiocie obniżenia wynagrodzenia (a zatem decyzji uwzględniającej wniosek, jak i go nie uwzględniającej) przysługuje odwołanie.

Jeżeli postępowanie dyscyplinarne nie zostało wszczęte w ciągu 6 miesięcy od dnia zawieszenia prokuratora w czynnościach albo zostało ono umorzone lub zakończyło się uniewinnieniem, prokuratorowi wypłaca się zatrzymaną część wynagrodzenia wraz z ustawowymi odsetkami. Wydaje się więc, że w przypadku zawieszenia prokuratora i ewentualnego obniżenia mu wynagrodzenia, niewiążącego się z jednoczesnym wszczęciem postępowania dyscyplinarnego, takie obniżenie może trwać nie dłużej niż 6 miesięcy.

W przypadku natomiast wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, to finalne orzeczenie stwierdzające winę obwinionego lub uwalniające go od niej, stanowić będzie podstawę do podjęcia właściwej decyzji, o której mowa w art. 152 § 3 pr. o prok. Umorzenie, o którym mowa w tym przepisie, nakazujące wypłacenie zawieszonemu prokuratorowi zatrzymanej części wynagrodzenia wraz z ustawowymi odsetkami, musi być umorzeniem postępowania co do zarzuconego obwinionemu czynu. Zgodnie bowiem z nową regulacją przewidzianą w art. 141 § 2 zd. 2 pr. o prok., umorzeniu z powodu przedawnienia deliktu podlega jedynie postępowanie w zakresie wymierzenia

⁵⁴ Por. art. 129 § 2 oraz art. 123 § 1 p.o.u.s.p.

⁵⁵ K. K. Świeczkowski, *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 55–56.

⁵⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2003 r., sygn. SNO 74/03, LEX nr 472017.

kary dyscyplinarnej. W sytuacji zatem stwierdzenia winy obwinionego i umorzenia postępowania w zakresie wymierzenia kary dyscyplinarnej, zatrzymanej zawieszonemu prokuratorowi części wynagrodzenia nie wypłaca się.

Wyłączna dwuinstancyjność postępowania

Na zakończenie niniejszej pracy wspomnieć także należy o braku możliwości zaskarżania prawomocnych rozstrzygnięć omawianych w niniejszej publikacji nadzwyczajnymi środkami zaskarżania przewidzianymi w pr. o prok., jak kasacja czy wznowienie. Podkreślić trzeba, że w szczególności kasacją odnoszącą się do orzeczenia wydanego po przeprowadzeniu postępowania dyscyplinarnego zaskarżyć można jedynie te orzeczenia, które określić można mianem rozstrzygających w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Nie będzie nim więc orzeczenie w przedmiocie zawieszenia prokuratora w pełnieniu obowiązków, obniżenie wynagrodzenia lub uchwała w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie⁵⁷. Przypomnieć też należy, iż – analogicznie jak w oparciu o przepisy poprzednio obowiązujące – także i w obecnym stanie prawnym wniesienie kasacji w trybie art. 521 k.p.k. nie jest dopuszczalne⁵⁸.

Prosecutors' criminal liability, liability for petty offences, and suspension in the light of the light of the Prosecution Service Act

Abstract

This paper aims at providing an overview of new regulations contained in the Prosecution Service Act in force as of 4 March 2016, i.e. regulations set out in Section 3 which governs, inter alia, criminal liability of prosecutors, including liability for petty offences, as well as amendments affecting the measure of suspending prosecutors from the performance of their offi-

⁵⁷ W. Kozielowicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 102, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2004 r., sygn. SDI 40/04, OSNKW 2004, nr 11–12, poz. 108 lub z dnia 17 grudnia 2004 r., sygn. SDI 62/04, OSNKW 2005, nr 1, poz. 11, LEX nr 568864.

⁵⁸ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2008 r., sygn. SDI 1/08, OSNSD 2008, poz. 104.

cial duties. The focus is both on regulations that appear for the first time, and on those which are just amendments to previously binding regulations. Polemic positions are adopted with respect to the existing publications on the subject.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Piotr Chlebowicz

Uwagi w związku z artykułem Michała Gabriela-Węglowskiego „Analiza kryminalna w pracy prokuratora”

Streszczenie

Przedmiotem artykułu o charakterze sensu largo polemicznym są uwagi do artykułu M. Gabriela-Węglowskiego, „Analiza kryminalna w pracy prokuratora”, który ukazał się na łamach Prokuratury i Prawa (nr 10/2016), w kontekście książki P. Chlebowicza, W. Filipkowskiego, Analiza kryminalna. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe”. Autor prezentuje pogląd, że stanowisko Autora komentowanego artykułu sytuuje się między postulatami wyrażonymi w książce, a poglądami kryminalistów, którzy dostrzegają w analizie kryminalnej jedynie „ekskluzywną usługę wewnątrzpolicyjną”.

W 2011 r. Autorzy książki „Analiza kryminalna. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe¹” sformułowali postulat wprowadzenia analizy kryminalnej do kodeksu postępowania karnego oraz przyznania jej statusu dowodu. Stwierdzili także, że kwestia ta powinna stać się przedmiotem debaty zarówno w środowisku akademickim, jak również wśród praktyków. Cieszy zatem, że po pięciu latach od przedstawienia wyników badań analiza kryminalna stała się ważnym narzędziem nie tylko w obszarze pracy operacyjnej, lecz również w sferze procesu karnego. Interesujący artykuł M. Gabriela-Węglowskiego pt.

¹ P. Chlebowicz, W. Filipkowski, Analiza kryminalna. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Warszawa 2011.

„Analiza kryminalna w pracy prokuratora”, który ukazał się na łamach Prokuratury i Prawa (nr 10/2016) można potraktować jako odpowiedź na propozycję przeprowadzenia debaty w odniesieniu do roli analizy kryminalnej w postępowaniu przygotowawczym. Tekst ten zawiera szereg cennych spostrzeżeń i już w tym miejscu zasługuje na uznanie. Wydaje się bowiem, że uwagi praktyków stosowania prawa przyczyniają się także do aktualizacji stanu wiedzy kryminalistycznej i dostarczają nowych impulsów do refleksji teoretycznej. Niemniej jednak postanowiłem odnieść się do kilku stwierdzeń M. Gabriela-Węglowskiego wyrażonych w komentowanym artykule.

Autor wskazując definicję analizy kryminalnej odwołuje się między innymi do ustaleń T. Aleksandrowicza. Zdaniem tego teoretyka analizy informacji istota pracy analitycznej polega na udzieleniu odpowiedzi na pytania Co? i Co z tego wynika? Wartość pracy analityka polega zaś na stworzeniu wartości dodanej rozumianej jako wyjście poza dostępny analitykowi zestaw faktów.

Problem polega na tym, że rozważania T. Aleksandrowicza odnosiły się do analizy informacji *sensu largo*, a nie do klasycznej analizy kryminalnej. Oczywiście w doktrynie zgodnie przyjmuje się, że analiza informacji wykonywana w ramach działalności organów państwowych właściwych w sprawach porządku publicznego i bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego obejmuje wszelkie rodzaje analizy w tym strategiczną analizę kryminalną, analizę wywiadowczą i wiele innych². Nie można jednak utożsamiać analizy kryminalnej stosowanej w ramach postępowań przygotowawczych i spraw operacyjnych z analizą informacji w jej szerokim rozumieniu. Między innymi z tego powodu, że tezy T. Aleksandrowicza odnoszą się w głównej mierze do analiz sporządzanych na użytek wywiadu zagranicznego, gdzie przedmiotem oceny i interpretacji są zdarzenia na scenie międzynarodowej. Ponadto nawet w obrębie analizy kryminalnej występuje mnogość jej postaci. Inaczej wygląda analiza sprawy, inaczej analiza porównawcza nie mówiąc już o analizie profilu szczególnego.

Niemniej jednak dalszy wywód Autora i zaproponowana przez niego definicja analizy kryminalnej nie nasuwa uwag krytycznych.

Warto natomiast szerzej odnieść się do interesującej propozycji definicyjnej. M. Gabriel-Węglowski wprowadził nowy termin, który ma opisywać funkcje analizy kryminalnej na płaszczyźnie procesowej. Jego zdaniem kryminalna analiza procesowa, służy uporządkowaniu wiedzy wynikającej z czynności procesowych (a także operacyjnych, jeżeli w sposób przewidziany prawem ich wyniki zostały przekształcone w materiał dowodowy). Wydaje się,

² Na przykład J. K o n i e c z n y wskazuje takie typy analiz jak: analiza informacji wywiadowczej, strategiczna analiza kontrwywiadowcza, taktyczna analiza kontrwywiadowcza, strategiczna analiza kryminalna, taktyczna analiza kryminalna. Zob. szerzej interesujące rozważania J. K o n i e c z n e g o, (w:) t e n ż e, Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych, Warszawa 2012, s. 7.

że jest to nawiązanie do koncepcji, która rozróżniała tzw. analizę śledczą i była przedmiotem rozważań K. Wójcika³. Wspólnym elementem tych koncepcji jest chęć wykorzystania dowodowego aspektu analizy kryminalnej, czemu jednak nie towarzyszy przyznanie analizie kryminalnej statusu samostanowienia dowodu w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania karnego.

Wskazać należy, że w ocenie M. Gabriela-Węglowskiego analityk kryminalny nie jest biegłym. W tym miejscu stwierdza on, iż:

„Jednak, wydaje się, że tym, co w sposób kluczowy uniemożliwia uznanie analityka za biegłego, jest właśnie to, że ten pierwszy nie dostarcza organom procesowym wiadomości specjalnych, przeciwnie niż biegły. Nie stanowi to wcale deprecjacji roli analityka. Istotą jego pracy jest jednak porządkowanie informacji dowodowych i odkrywanie powiązań pomiędzy nimi, a nie dostarczanie *stricte* (podkreślenie autora) nowych ustaleń o charakterze dowodowym. W przypadku biegłego, wiedza specjalna (i bardzo często określone umiejętności badawcze), stanowią narzędzie służące dostarczeniu zupełnie nowych, nieznanych dotąd informacji. W przypadku analityka wiedza specjalistyczna jako taka nie występuje – atutami i instrumentami roboczymi analityka kryminalnego są bowiem przede wszystkim, określone predyspozycje psychiczne i intelektualne, umożliwiające sprawne i trafne analizowanie”⁴.

Próbując odnieść się do tej argumentacji można zauważyć, że elementem konstytutywnym instytucji biegłego jest nie tylko atrybut wiedzy specjalnej, lecz również atrybut umiejętności, które przekraczają umiejętności przeciętne. Wydaje się, że Autor tekstu nie docenia właśnie tego waloru. Tymczasem zakres pojęcia „wiadomości specjalne” obejmuje nie tylko wiadomości rozumiane jako wiedzę o charakterze specjalistycznym, fachowym, ale również umiejętności, które wykraczają poza przeciętne i praktyczne⁵. Analityk kryminalny dzięki swoim umiejętnościom warsztatowym potrafi połączyć poszczególne dane tworząc nową jakość – informację, która ma walor dowodowy. Zarówno „wyłowienie” danych spośród tysiąca innych oraz ich zestawienie, dzięki czemu materiał dowodowy nabiera sensu, to czynność charakteryzująca raczej pracę biegłego. Na tym polega istota stwierdzenia, że analiza informacji, w szczególności zaś analiza kryminalna jest czynnością wiedzotwórczą.

W innym fragmencie M. Gabriel-Węglowski zauważa, iż:

„Informacje dowodowe, które stają się materiałem analizy są już bowiem zawarte w materiałach postępowania i pozostają co do zasady dostępne or-

³ Por. Materiały szkoleniowe konferencji „Analiza śledcza”, Prokuratura Generalna, 17–18 listopada 2014 r.

⁴ M. Gabriel-Węglowski, Analiza kryminalna w pracy prokuratora, Prokuratura i Prawo 2016, nr 10, s. 134.

⁵ T. Grzegorzczak, J. Tyłman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 1999, s. 466.

ganowi procesowemu. Jeżeli organ procesowy (a w istocie człowiek: prokurator, funkcjonariusz śledczy itp.) dysponuje odpowiednimi możliwościami intelektualnymi i czasem, jest w stanie samodzielnie wykonać taką samą analizę, jak analityk. W przypadku wiedzy specjalistycznej biegłego, możliwość samodzielnego wykonania ekspertyzy nie istnieje⁶.

W mojej opinii prokurator lub funkcjonariusz innej służby bez uprzedniego przygotowania, wyszkolenia nie będzie w stanie samodzielnie opracować analizy kryminalnej. Kwestia ta może stanowić punkt wyjścia do poszukiwania odpowiedzi na przykład przez przeprowadzenie badań ankietowych.

Abstrahując od rozważań czy analityk kryminalny może być biegłym lub nie, to przecież raport analityczny jest niekiedy dołączany do akt postępowania. Czy analiza kryminalna stanowiąca rodzaj podsumowania materiału dowodowego (metadowod), oddziałuje na poziomie psychologicznym, w sposób perswazyjny na organ procesowy to już pytanie otwarte i raczej skierowane do praktyków.

W komentowanym artykule znalazły się także uwagi co do budowy raportu analitycznego. M. Gabriel-Węglowski stwierdził, że konkluzja analizy kryminalnej może składać się z trzech elementów, tj. wniosków faktycznych, których umieszczenie jest obligatoryjne oraz dwóch fakultatywnych, które stanowią wartość dodaną analizy kryminalnej. Wnioski faktyczne to interpretacja analityka dotycząca zdarzenia bądź jego fragmentu dokonywana w oparciu o materiał dowodowy.

Elementy fakultatywne (opcjonalne) to wnioski co do wersji (hipotez) kryminalistycznych oraz propozycje działań wykrywczo-śledczych. Na tle tego stwierdzenia wydaje się, że formułowanie wersji kryminalistycznych przy pomocy nowoczesnych technik analitycznych może znacząco usprawnić sporządzanie planu śledztwa – a zatem na początkowym etapie postępowania karnego. Być może zatem rozważania te mają walor ogólniejszy.

Ostatni, fakultatywny element konkluzji raportu analitycznego to propozycje działań wykrywczo-śledczych. Zdaniem M. Gabriela-Węglowskiego są to postulaty co do dalszych czynności procesowych, a także operacyjnych, zmierzających do wyjaśnienia okoliczności tego, co jest przedmiotem postępowania karnego. Innymi słowy chodzi o rekomendacje i wskazania co do kierunków śledztwa, inicjatywy dowodowej, typowania nowych źródeł dowodowych itp.

Jak zauważył M. Gabriel-Węglowski nie zawsze zleceniodawca analizy będzie tego oczekiwał, ale nigdy nie powinien czynić z tego zarzutu wobec analityka. Trzeba w tym miejscu podkreślić, że uwaga ta jest słuszna. Można w tym upatrywać chęć zachowania ważnej wartości w kanonie analitycznym. Chodzi bowiem o inicjatywę analityka i zachowanie swobody twórczego my-

⁶ M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*, s. 135.

ślenia, dzięki któremu jest możliwe przełamanie impasu w śledztwie. Wydaje się bowiem, że zbytne ukierunkowanie analityka „jedyną słuszną” koncepcją sprawy kłóci się z prakseologią. Jest to zresztą refleks szerszego problemu relacji na linii zlecniodawca – analityk. Jest oczywiste, że w prokuraturze i postępowaniach przygotowawczych prokurator ma dominującą pozycję gdyż to właśnie on wyznacza kierunki śledztwa. Niemniej jednak pozbawienie analityka inicjatywy w sprawach jemu powierzonych może prowadzić do niekorzystnych efektów, jak na przykład zbytne przywiązanie zlecniodawcy do danej wersji zdarzenia.

Reasumując wydaje się, że stanowisko Autora komentowanego artykułu sytuuje się między postulatami wyrażonymi w książce „Analiza kryminalna. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe” a poglądami kryminalistów, którzy dostrzegają w analizie kryminalnej jedynie „ekskluzywną usługę wewnętrzną”⁷.

Comments to the contribution by Michał Gabriel-Węglowski, Criminal Analysis in a Prosecutor’s Practice

Abstract

This largely polemic paper presents comments to the contribution by Michał Gabriel-Węglowski, Criminal Analysis in a Prosecutor’s Practice, Prokuratura i Prawo 10(2016), in the context of the book by P. Chlebowicz, W. Filipkowski, Criminal Analysis. Forensic, Legal and Evidentiary Aspects. The view presented in the commented paper is claimed to place itself between proposals included in the book and the views of criminological specialists who see any criminal analysis just as “a high-end in-house police service”.

⁷ Zob. szerzej J. Wi d a c k i (red.), Kryminalistyka, Warszawa 2008, s. 76.

GLOSY

Andrzej Jezusek

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16¹

Streszczenie

Glosa ma charakter krytyczny wobec niedawnej uchwały z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, w której Sąd Najwyższy udzielił odpowiedzi na pytanie sformułowane przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, a dotyczące określenia przedmiotu nie nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego w sytuacji usiłowania nieudolnego z art. 13 § 2 k.k.

1. W głosowanej uchwale SN wyjaśnił, że (1) zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie: „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca, przy czym (2) pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być *in concreto* uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie.

Celem głosowanej uchwały było rozstrzygnięcie kontrowersji wokół interpretacji zwrotu „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”. Kontrowersja wyłoniła się na tle przypadków, w których osoba zmierzająca do przywłaszczenia określonej rzeczy, odstępuje od do-

¹ OSNKW 2017, nr 3, poz. 12.

konania zamierzonego czynu, ponieważ okazuje się, że znajdujący się w zasięgu jej możliwości sprawczych przedmiot nie odpowiada jej wyobrażeniom o rzeczy, która miała stać się przedmiotem zamachu. W dotychczasowym orzecznictwie SN i sądów powszechnych wyartykułowano dwa przeciwstawne stanowiska co do sposobu zakwalifikowania tego typu przypadków. Pierwsze z nich przyjmuje, że przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego może być tylko taki przedmiot, na który nakierowany jest zamiar sprawcy, bez względu na to, czy istnieją inne przedmioty, które w sytuacji, w jakiej sprawca działa, mogą także potencjalnie nadawać się do popełnienia na nich czynu zabronionego (ujęcie subiektywizujące)². Stanowisko przeciwstawne opiera się na uznaniu, że brak przedmiotu jest brakiem obiektywnym w tym znaczeniu, iż w sytuacji, w której sprawca przystępuje do realizacji zamiaru, nie ma jakichkolwiek przedmiotów nadających się do popełnienia na nich czynu zabronionego. W związku z tym ukierunkowanie zamiaru sprawcy na konkretny desygnat znamienia przedmiotu czynności wykonawczej jest indyferentne dla przyjęcia, że *in concreto* dochodzi do usiłowania nieudolnego (ujęcie obiektywizujące)³.

W głosowanej uchwale SN zadeklarował, że poprawne jest drugie z przedstawionych stanowisk: brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego zachodzi wówczas, gdy brak jest desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej. SN zaznaczył jednak, że wyłożony przez niego termin dotyczy okoliczności o charakterze przedmiotowym. Aby sprawca mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności za usi-

² Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 1; wyrok SA w Łodzi z dnia 21 lutego 2002 r., sygn. II AKa 17/02, Prok. i Pr. 2004, nr 3, poz. 24; wyrok SA w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2005 r., sygn. II AKa 114/05, Lex 165180; wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2005 r., sygn. II AKa 155/05, Lex 72160; wyrok SA w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2006 r., sygn. II AKa 66/06; wyrok SA w Łodzi z dnia 28 marca 2006 r., sygn. II AKa 45/06, Prok. i Pr. 2007, nr 7–8, poz. 31; wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. II AKa 18/13, Legalis nr 733780; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. II AKa 171/15, Legalis nr 1337317. Pogląd ten został uznany za trafny przez A. Wąską, Glosa do uchwały SN, sygn. I KZP 36/00, OSP 2001, nr 4, s. 172 i n.; K. Wiąka, komentarz do art. 13, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 156.

³ Zob. postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2001 r., sygn. V KK 33/11, Lex 817558; postanowienie SN z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. V KK 354/09, Lex 240711; wyrok SA w Katowicach z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. II AKa 549/01, Lex 56778, wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. II AKa 73/15, Legalis nr 1336923. Pogląd ten za trafny uznali m.in. A. Zoll, komentarz do art. 13 k.k., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. T. I. Komentarz do art. 1–52 k.k., Warszawa 2016, s. 292, 297; V. Konarska-Wrzosek, komentarz do art. 13, (w:) V. Konarska-Wrzosek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 110; T. Bojarski, komentarz do art. 13, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 99; J. Biederman, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., Palestra 2001, nr 7–8, s. 212 i n.

lowanie, powinny ziścić się także pozostałe przesłanki warunkujące odpowiedzialność za to stadium popełnienia przestępstwa. Przede wszystkim sprawca winien działać w zamiarze dokonania czynu zabronionego. Nie ma podstaw do nałożenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne w takim zakresie, w jakim nie byłoby ono objęte zamiarem sprawcy. „Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem”. Stąd „pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być *in concreto* uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie”.

2. Rozstrzygnięcie zawarte w pkt 2 uchwały jest niejednoznaczne pod względem językowym. Wydaje się, że należy je rozumieć w ten sposób, że odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne może być *in concreto* uwarunkowana ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie, tj. iż ze względu na treść zamiaru sprawca będzie niekiedy odpowiadał za usiłowanie nieudolne, mimo iż w płaszczyźnie przedmiotowej istnieje przedmiot, na którym z obiektywnego punktu widzenia można popełnić czyn zabroniony. Za takim rozumieniem uchwały SN przemawia ten fragment uzasadnienia uchwały, w którym wskazano, że „Rezultat wykładni nie odnosi się do warunków odpowiedzialności karnej sprawcy tej formy przestępstwa z punktu widzenia znamion strony podmiotowej. Obie postacie usiłowania, o których mowa w art. 13 § 1 i 2 k.k., są formami przestępstwa popełnionego umyślnie, a więc jak to ujęto w art. 13 § 1 k.k., w zamiarze popełnienia czynu zabronionego. Należy w związku z tym podkreślić, że przypisanie sprawcy odpowiedzialności za usiłowanie, jak każdej odpowiedzialności karnej, opiera się na zasadzie subiektywizacji. Stąd też granice tej odpowiedzialności są określone w zależności od tego, jak w czynie sprawcy są wypełnione znamiona strony podmiotowej i wina”. Zamiar jawi się tutaj jako czynnik korygujący zakres odpowiedzialności karnej wynikający z przesłanek o charakterze przedmiotowym. Trzeba jednak zaznaczyć, że język tej części uzasadnienia, która odnosi się do roli zamiaru, jest wyjątkowo zagmatwany, w konsekwencji czego można różnie odczytać zapatrywanie SN w tej materii⁴.

⁴ Uzasadnienie uchwały można rozumieć także w ten sposób, że zdaniem SN (1) ze względu na postać zamiaru w ogóle nie zachodzą przesłanki do pociągnięcia do odpowiedzialności za usiłowanie, ponieważ istnieje przedmiot (negatywna przesłanka usiłowania nieudolnego), który nie jest jednak objęty zamiarem (negatywna przesłanka usiłowania) albo (2) zachodzi usiłowanie udolne w stosunku do istniejących przedmiotów nieobjętych zamiarem i zarazem usi-

Przyjmując powyższą interpretację pkt 2 uchwały, należy wskazać na pewne zamieszanie terminologiczne. Skład orzekający otwarcie identyfikuje się ze stanowiskiem obiektywizującym wykładnię terminu „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, które to przekonanie znajduje odzwierciedlenie w pkt 1 głosowanego rozstrzygnięcia. Jednakże całokształt rozstrzygnięcia przekonuje, że SN stanął na stanowisku umiarkowanego subiektywizmu, ponieważ nie wykluczył, że *in concreto*, ze względu na ustalenia co do zamiaru, można przyjąć usiłowanie nieudolne, mimo istnienia w zasięgu sprawczego oddziaływania sprawy desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej. Powyższe zamieszanie ma źródło w pomyśle na rozwiązanie problemu interpretacyjnego, tj. potraktowania wyrażenia podlegającego egzegezie jako okoliczności przedmiotowej, mającej obiektywne, czyli niezależne od treści zamiaru sprawy, znaczenie, przy jednoczesnym wskazaniu na możliwość dokonania korekty w płaszczyźnie strony podmiotowej. Trzeba jednak pamiętać, że kontrowersja między stanowiskiem obiektywizującym a subiektywizującym dotyczyła możliwości uznania wyobrażenia sprawy o przedmiocie oddziaływania za czynnik prowadzący do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne. Obiektywiści wykluczali taką możliwość, subiektywiści taką możliwość w szerszym czy węższym zakresie dopuszczali. Stąd identyfikowanie się przez SN z obiektywistycznym kierunkiem jest mylące, ponieważ z uchwały wynika, że *summa summarum* ustalenia co do zamiaru sprawy w zakresie przedmiotu oddziaływania mogą okazać się relewantne prawnie w kontekście instytucji usiłowania nieudolnego.

Analizując uzasadnienie uchwały nie sposób nie zauważyć, że SN jedynie zdawkowo przywołał wypowiedzi nauki dotyczące rozpatrywanego problemu interpretacyjnego, które zostały zamarkowane we wniosku Pierwszego Prezesa SN. Co więcej, SN w ogóle nie omówił stanowisk przedstawionych w przywołanych opracowaniach oraz zawartych w nich argumentacji. Z przykrością należy stwierdzić, że dorobek nauki nie został wzięty pod uwagę przez skład orzekający. Stało się to ze szkodą dla merytorycznej trafności rozstrzygnięcia. Bliższa analiza wypowiedzi przedstawicieli nauki zwróciłaby uwagę SN na paradoksy, do których prowadzi przyjęte przez ten organ stanowisko oraz pozwoliłoby zrozumieć istotę problemu. Problem interpretacyjny stanowiący przedmiot uchwały ma istotne znaczenie teoretycznie dla jednej z podstawowych instytucji prawa karnego. W tym kontekście trudno zrozumieć przejście do porządku dziennego nad dorobkiem doktryny prawa karnego i całkowicie zdanie się przez SN na własne siły.

łowanie nieudolne w stosunku do przedmiotów objętych zamiarem, lecz znajdujących się poza zasięgiem oddziaływania sprawy.

Przechodząc do przedstawienia swojego stanowiska, SN zawarł kilka ogólnych tez dotyczących instytucji usiłowania nieudolnego, w tym braku narażenia przez sprawcę na niebezpieczeństwo dobra prawnego, czy też działania sprawcy pod wpływem błędu co do znamion czynu zabronionego i jego postaci. Uwagi te są w zasadzie słusznie, jakkolwiek SN przydarzyła się wpadka: SN wskazał, że nie jest przestępstwem bezpośrednio zmierzanie do popełnienia czynu zabronionego, który nie dochodzi do skutku z innych względów niż brak przedmiotu, na którym można popełnić czyn zabroniony, lub też posłużenie się środkiem nienadającym się do dokonania czynu zabronionego. W takich przypadku, zdaniem SN, mamy do czynienia z przestępstwem urojonym. Otóż przestępstwo urojone ma miejsce wówczas, gdy określony podmiot uroi sobie obowiązujące zakazy karne, ewentualnie wadliwie, zbyt szeroko, określi jego zakres, np. wskutek nietrafnej wykładni znamion czynu zabronionego, a następnie dopuszcza się zachowania sprzecznego z takim zakazem karnym. Oznacza to, że działa pod wpływem omyłki stanowiącej odwrotność błędu, o którym mowa w art. 30 § 1 k.k. Istotą przestępstwa urojonego jest więc wadliwa ocena prawna. Natomiast konstytutywną cechą usiłowania nieudolnego jest błąd co do faktu. Jeżeli sprawca nie dokonuje przestępstwa z innych powodów niż te wskazane w art. 13 § 2 k.k., np. uroi sobie, że jest policjantem i z tą świadomością przyjmuje łapówkę, mamy do czynienia z przykładem usiłowania nieudolnego niekaralnego. Nie każde bowiem usiłowanie nieudolne jest karalne, a tylko te, w którym sprawca działał pod wpływem błędu co do przedmiotu lub środka⁵.

3. SN oparł swoje rozstrzygnięcie zawarte w pkt. 1 uchwały na wykładni językowej terminu „brak przedmiotu, na którym można popełnić czyn zabroniony”. SN wskazał, że wyrażenie „czyn zabroniony” jest zdefiniowane w Kodeksie karnym (art. 115 § 1 k.k.): jest nim każde zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Następnie SN zauważył: „Komplet znamion określa typ czynu zabronionego, a więc jego opis abstrakcyjny, ukazujący schemat zachowania zagrożonego karą. A jeśli tak, to opis czynu zabronionego, w którym występuje znamię przedmiotu czynności wykonawczej, z natury rzeczy obejmuje, co oczywiste, pełny zbiór przedmiotów (desygnatów) nadających się do popełnienia na nich stypizowanego przestępstwa. Uprawnione jest zatem wnioskowanie, że sformułowanie w art. 13 § 2 k.k. «brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego» oznacza to, iż na drodze zmierzającej do dokonania sprawca nie napotka żadnych desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu przestępstwa, które zamierza popełnić. (...) Nie ma racjonalnych przesłanek

⁵ Zob. szerzej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 236; R. A. Stefański, *Przestępstwo urojone*, *Prok. i Pr.* 2008, nr 3, s. 33–34.

by zakładać, że przepisy art. 115 § 1 k.k. i w art. 13 § 2 k.k., zamieszczone w części ogólnej kodeksu karnego, operują pojęciem czynu zabronionego w różnych znaczeniach. (...) Odrzucić zatem należy taką interpretację, według której pojęcie czynu zabronionego w art. 13 § 2 k.k. utożsamiałoby się nie z ustawowym wzorcem typów czynu zabronionego, lecz z zachowaniem sprawcy w określonych, niepowtarzalnych okolicznościach, realizującym konkretny zamiar”.

Wbrew mniemaniu SN zaprezentowane przez niego rozstrzygnięcie nie znajduje oparcia w dyrektywach wykładni językowej. Sam SN zauważył, że zakaz nadawania tym samym sformułowaniom różnych znaczeń nie ma charakteru bezwzględny⁶. Ponadto prof. Z. Ziemiński wyjaśnił, iż językowe dyrektywy wykładni wskazują, w jaki sposób można przełożyć interpretowane przepisy na równoznaczne z nimi normy postępowania, przy uwzględnieniu wszystkich elementów kontekstu językowego, w którym zostały one sformułowane⁷. Dyrektywy językowe dotyczą sposobu rozumienia poszczególnych zwrotów języka prawnego w oparciu o analizę znaczeniową odpowiednich fragmentów tekstu prawnego, w których dany termin występuje (kontekst językowy wyrazu czy wyrażenia). „Jednym z elementów tworzących kontekst językowy jakiegoś rozważanego przepisu jest systematyka ustawy, w której przepis ten się mieści (...). Odwołanie się przy wykładni przepisu do wskazówek płynących z systematyki ustawy określa się mianem *argumentum a rubrica*”⁸.

W związku z powyższym należy SN zarzucić, że nie uwzględnił w swoich rozważaniach struktury art. 13 k.k. i powiązania pomiędzy jego § 2 (określającym usiłowanie nieudolne) a § 1 (konstruującym instytucję usiłowania). Tymczasem w literaturze dość powszechnie uważa się, że art. 13 § 2 k.k., stanowiący że „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego” należy czytać łącznie z art. 13 § 1 k.k. wskazującym, iż „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”. W doktrynie i orzecznictwie zostało wyrażone przekonanie, że art. 13 § 2 k.k. nie statuuje wszystkich znamion usiłowania nieudolnego: treść tego przepisu musi zostać uzupełniona o znamiona przewidziane w art. 13 § 1 k.k.⁹ Oznacza to, że czyn zabroniony, o którym jest mowa w art. 13 § 2 k.k., to czyn

⁶ Tak także J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 127.

⁷ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2011, s. 237.

⁸ *Ibidem*, s. 240. J. Wróblewski zalicza tę dyrektywę do dyrektyw wykładni systemowej. J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 131–132.

⁹ A. Zoll, komentarz do art. 13, *op. cit.*, s. 291; K. Wiak, *op. cit.*, s. 154.

zabroniony, do którego dokonania sprawca bezpośrednio zmierza, przy czym z regulacji zawartej w art. 13 § 1 k.k. wynika, że zachowanie stanowiące bezpośrednie zmierzanie odnosi się do czynu zabronionego, który sprawca zamierza popełnić. A rezultacie w art. 13 § 2 k.k. nie chodzi o brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim jakiegokolwiek czynu zabronionego przez sprawcę, lecz o brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego zamierzonego przez sprawcę¹⁰.

Z powyższych powodów słusznie prof. A. Zoll zauważył, że „Brak dokonania czynu zabronionego jest w przypadku usiłowania nieudolnego wynikiem niemożności popełnienia w zaistniałych warunkach tego czynu ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim zamierzonego czynu zabronionego albo ze względu na użycie przez sprawcę środka nie nadającego się do realizacji przyjętego zamiaru”¹¹. Stanowisko wyrażone w uchwale SN zupełnie pomija kontekst, w którym sformułowano art. 13 § 2 k.k., i jego strukturalny związek z art. 13 § 1 k.k. Pojęcie czynu zabronionego z art. 115 § 1 k.k. sformułowano w zupełnie innym kontekście i pełni inną funkcję niż ten sam termin w art. 13 § 2 k.k. Dlatego należy twierdzić, że w art. 13 § 2 k.k. chodzi o nieświadomość braku możliwości dokonania czynu zabronionego zamierzonego przez sprawcę, tj. o niemożliwość realizacji jego zamiaru. Dodać należy, że także w innych przepisach karnych rozumie się pojęcie czynu zabronionego odmiennie niż to wynika z art. 115 § 1 k.k., np. w art. 18 k.k. powszechnie przyjmuje się, że pod pojęciem czynu zabronionego trzeba rozumieć jedynie znamiona przedmiotowe.

Dla porządku należy także wyjaśnić, że na etapie usiłowania nieukończono niebezpieczeństwo dla dobra prawnego wynika z zamiaru sprawcy, z woli popełnienia przez niego przestępstwa, przy czym sprawcę popycha do wyczerpania znamion określona motywacja. Jeżeli wiąże się ona z przedmiotem czynności wykonawczej, uświadomienie sobie przez sprawcę błędu będzie skutkowało z odstąpieniem od dokonania. Stąd brak obiektu będącego przedmiotem zamiaru sprawcy może w niektórych przypadkach być równoznaczny z brakiem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego.

Nazbyt radykalny jest także pogląd SN, że usiłowanie nieudolne ma miejsce wówczas, gdy brak jest możliwości popełnienia czynu zabronionego. Otóż może się zdarzyć, że sprawca działający w zamiarze popełnienia czynu zabronionego i bezpośrednio zmierzający do jego dokonania ostatecznie wyczerpie przedmiotowe znamiona czynu zabronionego, przy czym jego czyn zostanie zakwalifikowany jako przestępstwo nieumyślne, np. z powodu

¹⁰ Zob. A. Jezusek, Brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.), PiP 2015, nr 3, s. 96.

¹¹ A. Zoll, komentarz do art. 13 k.k., *op. cit.*, s. 291.

zboczenia działania (*aberratio ictus*)¹². Nie sposób przyjąć, iżby sprawca przestępstwa nieumyślnego mógł na etapie poprzedzającym wyczerpanie znamion usiłować go dokonać. Jedynym rozwiązaniem jest przyjęcie, że sprawca popełnił inne przestępstwo niż to, którego usiłował dokonać. W takim wypadku kwalifikacja usiłowania jako udolnego bądź nieudolnego zależy od istnienia w zasięgu oddziaływania sprawcy przedmiotu, na który był nakierowany jego zamiar, a nie przedmiotu, na którym można popełnić czyn zabroniony. Oznacza to, że na etapie usiłowania nieudolnego nie jest wykluczona w ogóle możliwość wyczerpania przedmiotowych znamion przestępstwa, nie jest natomiast możliwa realizacja przez sprawcę czynu zabronionego przez niego zamierzonego.

W końcu SN błędnie interpretuje warunek, iż w przypadku usiłowania nieudolnego dokonanie czynu zabronionego jest *ex ante* niemożliwe. SN przyjmuje, że ocena udolności usiłowania następuje z perspektywy *ex ante*, a to oznacza, że można brać pod uwagę jedynie przedmiotowe, obiektywne okoliczności. Zdaniem SN granica między udolnością a nieudolnością nie może być relatywizowana do zamiaru sprawcy mogącego przybierać różny kształt zależnie od konkretnych okoliczności czynu, wyłaniających się w fazie zmierzania do dokonania. Trzeba więc wyjaśnić, że w przypadku usiłowania nieudolnego od początku podjęcia przez sprawcę zachowania stanowiącego bezpośrednio zmierzanie, a więc *ex ante*, nie jest możliwe dokonanie zamierzonego czynu zabronionego. Natomiast ocena, czy w istocie powyższy warunek się spełnił, siłą rzeczy musi być dokonana przez organ postępowania karnego z perspektywy *ex post*, z uwzględnieniem wszystkich konkretnych okoliczności zachowania sprawcy¹³. Dodać należy, że kwestią obiektywnych, podlegających dowodzeniu i ustaleniu przez sąd faktów jest treść zamiaru sprawcy w chwili przystąpienia przez niego do bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego, w szczególności jego bardziej generalny (zabór jakiegoś mienia) lub bardziej szczególny (zabór kon-

¹² Tak W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 386. Zakładam istotność tej postaci błędu, choć jest to przedmiot zasadniczej kontrowersji w prawie karnym. Zob. wyrok SN z dnia 13 maja 2002 r., sygn. V KKN 141/01, Legalis nr 56140; M. Wierzbowski, P. Wypych, Glosa do wyroku SN z dnia 13 maja 2002 r., sygn. V KKN 141/01, *Palestra* 2003, nr 3–4, s. 230 i n.; S. Łagodziński, *Aberratio ictus* a kumulatywna kwalifikacja, *Prok. i Pr.* 1999, nr 5, s. 25; A. Barczak-Oplustil, Przegląd orzecznictwa SN i sądów apelacyjnych, *CzPKiNP* 2004, nr 2, s. 204; W. Górowski, Charakter prawny *aberratio ictus*, *PIP* 2006, nr 11, s. 86 i n.; A. Zoll, Zbieg przepisów określających typy czynów zabronionych o zróżnicowanej stronie podmiotowej, (w:) J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, Toruń 2006, s. 88–89; A. Jezusek, *op. cit.*, s. 95–97.

¹³ Rację ma K. Buchała, wskazując, iż: „Kwestię niemożliwości dokonania należy rozstrzygnąć nie abstrakcyjnie, lecz konkretnie, usiłowanie nie jest bowiem *delictum sui generis*, ale ogólną formą popełnienia czynu zabronionego. Zatem kwestię, czy jego dokonanie było możliwe, należy ocenić przy uwzględnieniu konkretnego podmiotu, przedmiotu, środka, ofiary, sposobu, itp.” – K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 369.

kretniej rzeczy, rzeczy określonego rodzaju) charakter, okoliczność, czy obiekt odpowiadający zamiarowi sprawcy w tej chwili istniał, oraz okoliczność, czy sprawca znajdował się na tę chwilę w błędzie co do braku przedmiotu odpowiadającego jego zamiarowi¹⁴.

Mając na względzie powyższe uwagi, za niezasadne należy uznać obawy SN, iż uwzględnienie treści zamiaru sprawcy przy wykładni wyrażenia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” zamazuje granicę między usiłowaniem udolnym i nieudolnym. Ustalenie charakteru usiłowania będzie wymagało uwzględnienia okoliczności konkretnej sprawy, co ani nie oznacza, że charakter usiłowania utraci swój obiektywny i jednoznaczny charakter, ani iż od decyzji sprawcy będzie zależała zdolność przedmiotu do popełnienia na nim czynu zabronionego. Nadto wymóg uwzględnienia okoliczności konkretnej sprawy sformułowano w odniesieniu do wielu znamion o charakterze przedmiotowym, np. znamienia „znęcania się”. Nie mielibyśmy więc tutaj do czynienia z żadnym specyficznym rozwiązaniem interpretacyjnym.

3. O zasadności uwzględnienia zamiaru sprawcy przy ustalaniu, czy zachodzi brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, przekonuje także druga okoliczność warunkująca przyjęcie usiłowania nieudolnego – użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Czy podanie człowiekowi cukru jest środkiem nadającym się do spowodowania jego śmierci? Zależy od okoliczności. Jeżeli cukier podano cukrzykowi cierpiącemu na hiperglikemię, wskutek zażycia cukru może nastąpić śmierć człowieka. Jeżeli cukier podano osobie zdrowej, mamy do czynienia z nieszkodliwą substancją. Jeżeli teraz przyjmiemy obiektywną wykładnię terminu „użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”, należałoby *in abstracto*, generalnie, określić status cukru jako narzędzia spowodowania śmierci, co prowadzi do nieintuicyjnych i nieakceptowalnych konsekwencji (tj. albo uznamy, że jest to środek nadający się do zabicia człowieka, albo uznamy, że nie jest to środek nadający się do popełnienia czynu zabronionego, nawet w przypadku cukrzyka). Jedynym racjonalnym rozwiązaniem jest odniesienie tego terminu do czynu zamierzonego przez sprawcę: jeżeli ofiarą miała być osoba chora na cukrzycę w stanie hiperglikemii, będzie to niewątpliwie środek nadający się do spowodowania jej śmierci. W pozostałych przypadkach będzie zachodziło usiłowanie nieudolne. Jeżeli zaś w tym wypadku za trafną uznamy wykładnię subiektywizującą, to takie podejście należy również przyjąć w przypadku zwrotu „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”.

4. Wykładnia obiektywizująca prowadzi także do negatywnych konsekwencji o charakterze kryminalno-politycznym. Dobrze je obrazuje następu-

¹⁴ Zob. Andrzej Jezusek, *op. cit.*, s. 93.

jąca wypowiedź prof. A. Wąska: „Klasycznym przykładem karalnego usiłowania nieudolnego kradzieży jest sięgnięcie przez złodzieja (...) do cudzej kieszeni, która jednak okazała się pusta (...). Nie jest tu istotne, czy niedoszła ofiara kradzieży miała gdzieś indziej schowane pieniądze, czy miała coś innego co mogłoby być przedmiotem kradzieży. Gdyby to miało być tutaj istotne, sprawca mógłby się dopuścić usiłowania nieudolnego przestępstwa kradzieży tylko do gołej osoby, i to tylko wtedy, gdy w pobliżu jej nie znajdowały się jej części garderoby lub inne rzeczy”¹⁵. Wydaje się, że prof. Wąskowi zabrakło wyobraźni: naga osoba może mieć przecież wstawiony złoty ząb, który teoretycznie po odłączeniu od reszty ciała także mógłby stanowić przedmiot zaboru. W ujęciu wykładni obiektywizującej i w takim wypadku istniałby przedmiot czynności wykonawczej w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., mimo że sprawca dążyłby jedynie do przywłaszczenia portfela. Natomiast w przypadku włamania do budynku usiłowanie nieudolne mogłoby mieć miejsce tylko wówczas, gdyby był on pozbawiony jakichkolwiek ruchomości. Powyższe uwagi nie mogą zostać uznane za przedstawiające wykładnię obiektywizującą w krzywym zwierciadle. Toż to sam SN był już obwieścił, że „(...) brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, określony w art. 13 § 2 k.k., należy uznać za brak obiektywny, nie zaś zdyskwalifikowanie przez sprawcę przedmiotu ze względu na nieprzydatność dla niego. D. S. nie posiadał telefonu komórkowego czy pieniędzy, lecz miał inne rzeczy (części garderoby), które jednak nie spotkały się z zainteresowaniem (zamiarem ich zaboru) sprawców”¹⁶.

Z drugiej strony wykładnia obiektywizująca może skutkować nieuzasadnionym złagodzeniem odpowiedzialności karnej. Chodzi o przypadki, w których sprawca miał zamiar dokonać zaboru przedmiotów o dużej wartości, a dotarł do niezbyt cennych obiektów. W świetle wykładni obiektywizującej należałoby przyjąć udolne usiłowanie kradzieży przedmiotów znajdujących się w zasięgu oddziaływania sprawcy. Opis czynu i jego kwalifikacja prawna musiałyby się przełożyć na wysokość sankcji karnej. W wielu przypadkach sądy uznałyby zachowanie sprawcy za wypadek mniejszej wagi. Takie rozwiązanie z punktu widzenia wymogów polityki kryminalnej nie jest zadawalające. Znaczenie lepiej szkodliwość czynu i jego bezprawie oddawałaby kwalifikacja zachowania sprawcy jako usiłowania nieudolnego kradzieży cennych przedmiotów, przy czym trzeba pamiętać, że sąd może, lecz nie musi, zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpić od jej wymierzenia (art. 14 § 2 k.k.).

5. Nie dziwi więc, że skład siedmiu sędziów dążył do zarządzenia tego typu konsekwencjom wynikającym z obiektywistycznego ujęcia „przedmiotu

¹⁵ A. Wąsek, *op. cit.*, s. 174.

¹⁶ Postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. V KK 33/11, *op. cit.*

nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”. SN przyjął, że stosowna korekta może nastąpić w płaszczyźnie podmiotowej. SN wskazał, że granice odpowiedzialności karnej są określone w zależności od tego, jak w czynie sprawcy są wypełnione znamiona strony podmiotowej. „Nie można pociągać sprawcy do odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne ponad granice jego umyślności. (...) Ustalenia faktyczne co do zamiaru sprawcy są *in concreto* podstawą opisu, w tym granic przypisanego sprawcy usiłowania, także w zakresie desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej, na które jego zamiar był *ex ante* ukierunkowany. Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem”.

Pogląd SN budzi pewne wątpliwości. Otóż w świetle brzmienia art. 13 § 2 k.k. brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (ewentualnie użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego) jest warunkiem koniecznym zachodzenia usiłowania nieudolnego. *Prima facie* stwierdzenie istnienia takiego przedmiotu wyklucza przyjęcie usiłowania nieudolnego, niezależnie od treści zamiaru sprawcy. Dodać należy, że usiłowanie nieudolne charakteryzuje się błędem w postaci urojenia znamienia pozytywnego czynu zabronionego, w interesującym nas przypadku – urojenia istnienia obiektu, na którym można popełnić czyn zabroniony (przedmiotu czynności wykonawczej). Sprawca może być w błędzie co do tej okoliczności, tj. może ją sobie uroić (okoliczność charakteryzująca stronę podmiotową) tylko wówczas, gdy w rzeczywistości brak takiego przedmiotu (okoliczność przedmiotowa). Jeżeli teraz uznamy, że istnieje obiekt, na którym można popełnić czyn zabroniony (okoliczność przedmiotowa), to wydaje się, że sprawca nie może być w błędzie przybierającym postaci urojenia sobie istnienia takiego obiektu. Na pierwszy rzut oka sugestia SN, iż można powyższą kwestię rozstrzygnąć odmiennie, narusza podstawowe zasady prawidłowego rozumowania.

Przyjrzyjmy się bliżej powyższemu zagadnieniu. Jak już wskazano, sprawca działający w zamiarze popełnienia określonego czynu zabronionego może niekiedy nieumyślnie wyczerpać jego przedmiotowe znamiona. Wynika to z faktu, że obiekt, na którym ostatecznie popełniono czyn zabroniony, nie był objęty zamiarem sprawcy, mimo że należał do tej samej klasy przedmiotów co obiekt objęty zamiarem. Zamiar jest bowiem relatywizowany do przedmiotu czynu określonego *in specie*, a w konsekwencji jest odnoso-

ny do konkretnego nośnika dobra prawnego¹⁷. Co prawda przepisy prawa ujmują dobro prawne abstrakcyjnie, jednak ochronie prawnokarnej podlegają dobra zindywidualizowane: ochronie prawnokarnej podlega nie życie jako abstrakcyjne pojęcie, lecz życie konkretnej osoby¹⁸. Konkretnie ludzkie zachowanie jest zawsze konkretyzacją określonego typu czynu zabronionego, w tym także w zakresie przedmiotu czynności wykonawczej. Jest więc nim nie każdy obiekt stanowiący desygnat tego znamienia, lecz konkretna rzecz lub osoba¹⁹. W konsekwencji sprawca zawsze mniej lub bardziej indywidualizuje przedmiot mający stać się przedmiotem zamachu. Stąd nie można jednocześnie twierdzić, że atakując konkretny obiekt chce lub godzi się na spowodowanie skutku na innych przedmiotach²⁰.

Odnosząc powyższe uwagi do instytucji usiłowania nieudolnego, w sytuacji, w której w zasięgu oddziaływania sprawcy istnieje obiekt stanowiący desygnat przedmiotu czynności wykonawczej, który jednak nie jest objęty zamiarem sprawcy, nie można przyjąć, iż sprawca usiłował (udolnie bądź nieudolnie) dokonać na nim czynu zabronionego. Jeżeli do wyczerpania znamion dojdzie – sprawca odpowie za przestępstwo nieumyślne. Sprawca może w takim wypadku odpowiadać także za usiłowanie (kwalifikacja kumulatywna), jeżeli jego zachowanie wkroczyło w stadium bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu na obiekcie stanowiącym przedmiot zamiaru. Jeżeli taki obiekt w rzeczywistości istniał, sprawca zostanie pociągnięty do odpowiedzialności za usiłowanie udolne. Jeżeli zaś brak było takiego obiektu, to sprawca może odpowiadać za usiłowanie nieudolne, ale jedynie pod warunkiem, że ów brak stanowi „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k., a więc tylko wówczas, gdy zastosujemy wykładnię subiektywizującą i uznamy, że w przepisie tym chodzi o brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego zamierzonego przez sprawcę. W wypadku zastosowania wykładni obiektywizującej należałoby stwierdzić, że zachowanie sprawcy nie wyczerpuje znamion ani usiłowania udolnego, ani usiłowania nieudolnego, co byłoby rezultatem wykładni trudnym do zaakceptowania.

W rezultacie trzeba stwierdzić, że nie powiodła się próba polegająca na wprowadzeniu linii demarkacyjnej między treścią zamiaru a wykładnią wyrażenia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” i jednoczesnym uwzględnieniu treści zamiaru przy ustalaniu postaci usiłowania. Trzymanie się obu tych założeń prowadzi do logicznych

¹⁷ Takie stanowisko prezentują m.in. A. Barczak-Oplustil, *op. cit.*, s. 204, W. Górski, *op. cit.*, s. 86 i n. Odmiennie, że zamiar jest odnoszony do obiektu określonego *in genere* – S. Łagodziński, *op. cit.*, s. 25 i n.

¹⁸ W. Górski, *op. cit.*, s. 86–87.

¹⁹ A. Barczak-Oplustil, *op. cit.*, s. 204.

²⁰ W. Górski, *op. cit.*, s. 87.

sprzeczności, przy czym za wadliwe należy uznać pierwsze z nich. Pomysł ustanowienia linii demarkacyjnej między treścią zamiaru a pojęciem przedmiotu nadającego się do popełnienia przestępstwa jest chybiony chociażby ze względu na treść art. 13 § 2 k.k., w którym brak obiektu nadającego się do popełnienia na nim przestępstwa, precyzyjniej – niemożność dokonania przestępstwa wynikająca z tej okoliczności, jest ujęta jako przedmiot błędu sprawcy: przepis ustawy *expressis verbis* stanowi, że sprawca jest tej okoliczności nieświadomy. Tak więc sam ustawodawca odnosi tę przedmiotową okoliczność do świadomości sprawcy, która z kolei jest jednym z aspektów zamiaru. Dlatego też interpretator ustawy nie może abstrahować od treści zamiaru przy wykładni pojęcia przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego.

6. Pogląd wyrażony w pkt 2 uchwały można zakwalifikować jako podejście umiarkowane subiektywizujące do zagadnienia prawnego stanowiącego przedmiot wykładni, ponieważ treść zamiaru może, lecz nie musi, *in concreto* prowadzić do przyjęcia usiłowania nieudolnego, mimo że wystąpił obiekt stanowiący desygnat znamienia przedmiotu czynności wykonawczej. Zasadniczo jest to zapatrywanie trafne. Szkoda tylko, że SN uchylił się od sprecyzowania, kiedy treść zamiaru może mieć znaczenie, a kiedy jest ona nieistotna.

Aby rozwiązać powyższy dylemat, za punkt wyjścia należy przyjąć spostrzeżenie, że nie każdy błąd sprawcy w postaci urojenia znamienia negatywnego lub nieświadomości znamienia pozytywnego jest prawnie relewantny i prowadzi do przyjęcia nieumyślności. Następnie należy zauważyć, że błąd prowadzący do nieumyślności stanowi rewers błędu charakterystycznego dla usiłowania nieudolnego (urojenie znamienia pozytywnego). W konsekwencji okoliczność, której dotyczy błąd, musi być relewantna w obu ww. płaszczyznach, tj. urojenie sobie danej okoliczności prowadzi do usiłowania nieudolnego tylko wówczas, gdy w razie dokonania przyjęlibyśmy nieumyślne wyczerpanie znamion. Jeżeli natomiast dokonanie czynu zabronionego zostałoby zakwalifikowane jako umyślne wyczerpanie znamion, urojenie sobie danej okoliczności należałoby uznać za irrelewantne. W takim wypadku stadium poprzedzające dokonanie należy kwalifikować jako usiłowanie udolne.

Przedstawiona powyżej koncepcja opiera się na rozróżnieniu wypadków określanych jako *aberratio ictus* (zboczenie działania) od wypadków kwalifikowanych jako *error in personan/error in objecto*. Zboczenie działania polega na spowodowaniu uszczerbku na innym obiekcie niż ten, na który był skierowany zamach, przy czym oba te obiekty stanowią desygnat tego samego znamienia przedmiotu czynności wykonawczej. Stojąc na stanowisku prawnej relewantności *aberratio ictus*, należy stwierdzić, że nie można mówić o istnieniu przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, jeżeli w zasięgu możliwości sprawczych osoby przystępującej

do bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego istnieje obiekt wykazujący cechy, ze względu na które jest on desygnatem znamienia przedmiotu czynności wykonawczej, jeżeli nie stanowił on przedmiotu zamachu dla sprawcy, tj. czynności sprawczej nie zostały przez niego ukierunkowane na taką rzecz lub osobę. Ewentualne przekierowanie ataku na taki obiekt może nastąpić wskutek nieumiejętności sprawcy lub wadliwego wykonania czynności wykonawczej, a nie urojenia istnienia tego obiektu czy jego cech. Sprawca nie miał zamiaru dokonać zamachu na ten przedmiot, stąd trudno w odniesieniu do takiego obiektu w ogóle mówić o usiłowaniu. W razie przekierowania zamachu na ten obiekt sprawca może ewentualnie ponosić odpowiedzialność za nieumyślne dokonanie czynu zabronionego. O usiłowaniu można mówić w odniesieniu do obiektu, na który sprawca skierował swój zamach: jeżeli ten przedmiot był zdalny do popełnienia na nim czynu zabronionego, sprawca będzie odpowiadał za usiłowanie udolne, jeżeli był niezdalny – za usiłowanie nieudolne. Aplikując powyższą koncepcję do casusu podanego przez prof. A. Wąska, należy stwierdzić, że złodziej, który sięgnął do lewej kieszeni spodni z zamiarem przywłaszczenia rzeczy, które się w niej znajdują, będzie odpowiadał za usiłowanie udolne, jeżeli w tej kieszeni będzie się znajdować jakakolwiek rzecz ruchoma, a za usiłowanie nieudolne, jeżeli kieszeń okaże się pusta, przy czym bez znaczenia dla oceny ww. przypadku jest fakt znajdowania się portfela w prawej kieszeni spodni, tym bardziej okoliczność, że osoba wytypowana na ofiarę kradzieży jest ubrana oraz wyposażona w inne rzeczy ruchome (np. torebkę)²¹.

Co do zasady odmiennie należy ocenić wypadek błędu co do właściwości obiektu, na który sprawca skierował swój zamach (*error in personam/error in objecto*). Powszechnie przyjmuje się, że w kontekście strony podmiotowej jest to błąd irrelevantny prawnie. Ewentualne dokonanie przestępstwa na takim obiekcie przez sprawcę działającego pod wpływem błędnego przekonania co do jego szczególnych cech, inne niż te decydujące o tym, że stanowi on desygnat przedmiotu czynności wykonawczej, zostanie zakwalifikowane jako umyślne wyczerpanie znamion. Trudno byłoby się pogodzić z paradoksem, że zachowanie na etapie bezpośredniego zmierzania zostałoby zakwalifikowane jako usiłowanie nieudolne, by na etapie dokonania zostać uznanym za umyślne popełnienie przestępstwa. Powyższe uwagi przemawiają za tym, by brak pożądanego przez sprawcę właściwości nie pozbawiał obiektu, na który sprawca skierował swój zamach, zdalności do popełnienia na nim czynu zabronionego, o ile oczywiście stanowi on desygnat znamienia przedmiotu czynności wykonawczej. Jednakże bezwzględne trzymanie się powyższej zasady może prowadzić do nieintuicyjnych rozwiązań, np. należałoby kwalifikować jako udolne usiłowanie kradzieży z włamaniem także

²¹ Zob. szerzej A. Jezusek, *op. cit.*, s. 96–97.

wówczas, gdy sprawca działający w zamiarze kradzieży samochodu osobowego po przełamaniu zabezpieczeń wdziera się do magazynu i orientuje się, że w środku znajdują się jedynie dźwigi budowlane lub inne urządzenia przemysłowe, których nie tylko nie miał zamiaru przywłaszczyć, ale także, do których dokonania zaboru nie był przygotowany. Można więc wskazać takie sytuacje, w których ze względu na błąd sprawcy co do właściwości przedmiotu nie wystąpi niebezpieczeństwo dla dobra prawnego. W tej perspektywie obiekt, na który sprawca skierował swój zamach, i stanowiący desygnat znamienia przedmiotu czynności wykonawczej, okaże się niezdatny do popełnienia na nim czynu zabronionego, jeżeli nie będzie posiadał istotnych dla sprawcy cech, wszakże tylko wówczas, jeżeli w ocenie sądu z tego powodu dokonanie było od początku skazane na niepowodzenie, ponieważ oczywistym było, że sprawca odstąpi od dokonania, i dlatego w perspektywie *ex post* dobro prawne w żadnym momencie nie znalazło się w niebezpieczeństwie²².

6. Zgodzić się natomiast należy z SN, że większego znaczenia dla rozstrzygnięcia problemu interpretacyjnego stanowiącego przedmiot uchwały nie ma problematyka czynnego żalu. Odstąpienie od dokonania przez sprawcę, który zorientował się, że określony obiekt nie ma właściwości motywujących go do przedsięwzięcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania czynu zabronionego, nie będzie prowadziło do bezkarności sprawcy. Odstąpienie w ww. warunkach nie byłoby dobrowolne. S. Śliwiński słusznie wskazał, że o dobrowolnym odstąpieniu od dokonania można mówić, gdy sprawca uważa, iż jest w stanie dopiąć zamierzonego celu, ale już tego nie chce. Niedobrowolnie odstępuje zaś ta osoba, która chciałaby dopiąć zamierzonego celu, ale uważa, że jest to niemożliwe²³. Dlatego w przypadku odstąpienia od dokonania rozboju z powodu np. zbyt małej wartości rzeczy posiadanych przez pokrzywdzonego, nie można mówić o dobrowolności odstąpienia. Gdyby pokrzywdzony miał rzeczy o odpowiedniej wartości sprawca wyczerpałby znamiona czynu zabronionego. W takiej sytuacji należy przyjąć, że sprawca nadal chce dokonać czynu, lecz z przyczyn od niego niezależnych nie jest w stanie zrealizować swojego celu²⁴.

²² *Ibidem*, s. 98–101.

²³ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 308.

²⁴ Zob. także A. Jezusek, *op. cit.*, s. 92. Rację ma SA w Katowicach (wyrok z dnia 28 lutego 2002 r., sygn. II AKa 549/01, *op. cit.*), wskazując: „O powyższej niemożliwości realizacji znamion zbrodni rozboju nie stanowi natomiast sytuacja, w której oskarżony posługując się w celu dokonania kradzieży metodami wynikającymi z przepisu art. 280 § 2 k.k., nie zabiera pokrzywdzonemu posiadanych rzeczy ruchomych, w tym pieniędzy – mimo realnych ku temu możliwości – tylko dlatego, że ich wartość odbiega od oczekiwanych przez niego. Odstąpienie w takim wypadku od kradzieży, które nie jest dobrowolne w rozumieniu art. 15 § 2 k.k., jako że jest wynikiem sytuacji zewnętrznej, związanej z brakiem możliwości materialnego zaspokojenia sprawcy w sposób przez niego pożądanym, a nie wewnętrznych przemyśleń o celowości

Commentary to the Supreme Court resolution of 19 January 2017, ref. no. I KZP 16/16

Abstract

This commentary disapproves the recent resolution of 19 January 2017, ref. no. I KZP 16/16, in which the Supreme Court answers the question from the First President of the Supreme Court, concerning the definition of an object unsuitable for being targeted by a prohibited act in the event of a failed attempt under Article 13, § 2 of the Penal Code.

popelnienia w ogóle przestępstwa, uznane być musi za zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania, które nie następuje z powyższej przyczyny, na które powołuje się przepis art. 13 § 1 k.k.”

Bolesław Kurzępa

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2016 r., sygn. IV KK 398/16

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest wyrok dotyczący przestępstwa tzw. samowoli budowlanej, spenalizowanego w art. 90 Prawa budowlanego. Autor glosy szczegółowo przedstawił regulacje administracyjne w tym zakresie i wyjaśnił ich wpływ na właściwe rozumienie znamion występku określonego w art. 90 Prawa budowlanego.

Prowadzenie robót budowlanych ujętych w art. 30 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 z późn. zm.) bez ich wcześniejszego zgłoszenia (art. 50 ust.1 pkt 1 Prawa budowlanego) stanowi występki z art. 90 ust. 1 Prawa budowlanego, przy czym warunkiem karalności nie jest wydanie przez właściwy organ postanowienia o wstrzymaniu prowadzenia robót.

Prawo budowlane, z uwagi na fatalną redakcję niektórych jego przepisów, stwarza wiele problemów interpretacyjnych, w tym także w odniesieniu do zawartych w nim przepisów karnych. Wynika to z konieczności dokonania najpierw wykładni regulacji administracyjnych (sankcjonowanych), a dopiero później ustalenia zakresu znaczeniowego normy karnej (sankcjonującej). Niebagatelnym czynnikiem wpływającym na skalę wspomnianych problemów są również częste zmiany przepisów zarówno administracyjnych, jak i karnych w omawianej ustawie, które destabilizują orzecznictwo administracyjne karne¹. Niestety, w obecnej rzeczywistości uwaga ta odnosi się nie tylko do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, ale także do bardzo wielu innych polskich aktów prawnych rangi ustawowej oraz podustawowej. Najlepszym przykładem może być glosowane orzeczenie Sądu Najwyższego. Stan faktyczny sprawy był stosunkowo mało skomplikowany. Otóż B.N. została oskarżona o to, że bliżej nieustalonego dnia i miesiąca 2012 r. w D., na terenie działki nr 412/2, bez wymaganego zgłoszenia wyko-

¹ Zob. W. Radecki, (w:) M. Bojarski (red.), Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe. System Prawa Karnego, Tom 11, Warszawa 2014, s. 905.

nała roboty budowlane w postaci wybudowania ogrodzenia posesji od strony drogi nr 755, tj. o przestępstwo z art. 90 Prawa budowlanego. Sąd Rejonowy w O. w dniu 21 lipca 2015 r. wydał wyrok, w którym orzekł o warunkowym umorzeniu postępowania karnego wobec oskarżonej na roczny okres próby, a ponadto zobowiązał ją do uiszczenia świadczenia pieniężnego w wysokości 100 zł na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej i pokrycia kosztów sądowych. Tego rodzaju zachowanie, tzn. prowadzenie robót budowlanych bez pozwolenia lub bez zgłoszenia stanowi tzw. samowolę budowlaną. Żadna ze stron postępowania nie wniosła środka odwoławczego, a zatem w dniu 19 sierpnia 2015 r. wyrok uprawomocnił się. Dopiero Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny dopatrzył się jego wadliwości i skierował kasację do Sądu Najwyższego. Zaskarżył wyrok w całości na korzyść oskarżonej, zarzucając mu: rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa karnego materialnego – art. 4 § 1 k.k., polegające na pominięciu przez sąd zaistniałej zmiany stanu prawnego, dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 443), w tym nowelizacji art. 30 ust. 1 pkt 3 w zakresie statuującym m.in. określone w art. 90 ustawy Prawo budowlane warunki odpowiedzialności karnej za wybudowanie ogrodzenia bez uprzedniego dokonania zgłoszenia budowy właściwemu organowi, co w konsekwencji skutkowało rażącym naruszeniem art. 90 ustawy Prawo budowlane przez wydanie wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne wobec B. N. o czyn przewidziany w tym przepisie, mimo że przed datą orzekania sądu, czyn oskarżonej uległ depenalizacji i postępowanie karne wobec wymienionej powinno zostać umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Podnosząc tak skonstruowany zarzut, w konsekwencji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Wobec oczywistości zarzutu kasacyjnego, Sąd Najwyższy w dniu 9 grudnia 2016 r. faktycznie umorzył postępowanie karne wobec B.N., wypowiadając przy okazji sformułowany w tezie pogląd prawny.

Jak już wspomniano na wstępie, skomplikowana redakcja przepisów Prawa budowlanego oraz częsta ich nowelizacja powodują określone kłopoty interpretacyjne norm w nich zawartych. Akurat ta dziedzina prawa nie należy do marginesowych, gdyż reguluje sferę budownictwa, będącą aktualnie jedną z głównych dziedzin polskiej gospodarki. Ponadto w procesie budowlanym występuje wiele poważnych zagrożeń dla życia i zdrowia ludzi oraz mienia i środowiska. Stąd zapewne restrykcyjny charakter norm Prawa budowlanego. Wszystko to powinno prowadzić do powstania stabilnego i w miarę zrozumiałego dla zainteresowanych systemu przepisów budowlanych. *De lege lata* tak jednak nie dzieje się i co chwilę następuje zmiana regulacji prawnych w omawianym obszarze aktywności społecznej. Nie znając bliżej stanu faktycznego głosowanego wyroku można jednak założyć, że

w toku postępowania przygotowawczego oskarżonej przedstawiono zarzut z art. 90 Prawa budowlanego w związku z art. 30 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego w wersji z roku 2012. Wówczas art. 30 ust. 1 pkt 3 nakazywał dokonanie zgłoszenia właściwemu organowi administracji budowlano-architektonicznej zamiaru budowy ogrodzeń od strony dróg, ulic, placów torów kolejowych i innych miejsc publicznych oraz ogrodzeń o wysokości powyżej 2,20 metra. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Prawa budowlanego (w wersji obowiązującej w roku 2012) zgłoszenia należało dokonać przed terminem zamierzonego rozpoczęcia robót budowlanych, a do ich wykonywania można było przystąpić, jeżeli w terminie 30 dni od dnia doręczenia zgłoszenia właściwy organ nie wniósł – w drodze decyzji – sprzeciwu i nie później niż po upływie 2 lat od określonego w zgłoszeniu terminu ich rozpoczęcia. Przedstawiony tryb postępowania obowiązywał do dnia 27 czerwca 2015 r. Skoro zatem B.N. w roku 2012 nie dokonała wymaganego zgłoszenia, to słusznie postawiono ją w stan oskarżenia. W dniu 28 czerwca 2015 r. zaczęła obowiązywać zmieniona wersja art. 30 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego, w myśl którego zgłoszenia wymaga budowa ogrodzeń o wysokości powyżej 2,20 metra bez względu na miejsce ich usytuowania (tzn. od strony dróg, ulic, placów itp.)². Skoro ogrodzenie wykonane w roku 2012 na zlecenie oskarżonej nie przekroczyło wysokości 2,20 metra, to od dnia 28 czerwca 2015 r. jej zachowanie polegające na zaniechaniu zgłoszenia jego budowy właściwemu organowi przestało stanowić występki z art. 90 Prawa budowlanego. Faktu tego nie dostrzegł w dniu 21 lipca 2015 r. sąd pierwszej instancji oraz oskarżyciel publiczny, uznając zapadły wyrok za słuszny.

Istotną kwestią poruszoną w tezie głosowanego wyroku jest to, czy warunkiem karalności za czyn z art. 90 Prawa budowlanego jest wydanie przez właściwy organ budowlano-architektoniczny postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych? Możliwość taką przewiduje art. 50 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego, zarówno w przypadku wykonywania robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia, jak też i zgłoszenia. W tego rodzaju postanowieniu musi zostać podana przyczyna wstrzymania robót oraz wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń dotychczas wykonanych prac budowlanych. Ponadto w dokumencie tym może zostać nałożony obowiązek (fakultatywnie) przedstawienia – w terminie 30 dni od dnia doręczenia postanowienia – inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych lub odpowiednich ocen technicznych bądź ekspertyz. Postanowienie traci ważność po upływie 2 miesięcy od dnia doręczenia, chyba że w tym terminie zostanie wydana decyzja, o której mowa w art. 50a pkt 2 albo w art. 51 ust. 1. Rzecz jasna na postanowienie o wstrzymaniu robót budowlanych służy uprawnionym pod-

² Zmiana została dokonana przez art. 1 pkt 8 lit. a) ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 443).

miotom zażalenie. W kontekście odpowiedzialności karnej z art. 90 Prawa budowlanego istotne jest, czy kryminalizacją objęta jest tylko samowola budowlana po wydanych na podstawie art. 48, art. 49b, art. 50 ust. 1 pkt 1 oraz art. 50 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego postanowieniach, czy także samowola poprzedzająca wymienione decyzje nadzoru budowlanego? Odpowiedzi na tak postawione pytanie udzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 czerwca 1996 r., sygn. V KKN 43/96 stwierdzając, iż „artykuł 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414) obejmuje kryminalizacją samowolę budowlaną zarówno poprzedzającą decyzje organów nadzoru budowlanego, wydane w myśl art. 48, 50 ust. 1 pkt 1 lub 2, jak i dalszą wskutek wykonywania robót budowlanych, mimo wydanych decyzji o rozbiórce lub wstrzymaniu tych robót”³. Bezdyskusyjny wydaje się też pogląd, że późniejsza decyzja o zatwierdzeniu projektu budowlanego, wydana na podstawie art. 49 ust. 4 Prawa budowlanego (tzn. decyzja legalizacyjna) nie powoduje zniesienia odpowiedzialności karnej za występki określony w art. 90 Prawa budowlanego⁴. Oznacza to, że art. 90 Prawa budowlanego penalizuje samowolę budowlaną jako taką, a nie tylko ignorowanie przez inwestora określonych nakazów i zakazów wydanych przez właściwe organy administracji budowlanej. W żadnym wypadku brak decyzji administracyjnej o przymusowej rozbiórce samowolnie wybudowanego obiektu budowlanego lub o wstrzymaniu robót nie może powodować bezkarności podmiotu, który dopuścił się samowoli budowlanej. Wszystkie podniesione wyżej argumenty przemawiają za trafnością stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w tezie głosowanego wyroku.

Commentary to the Supreme Court judgment of 9 December 2016, ref. no. IV KK 398/16

Abstract

This commentary is on the judgment concerning illegal construction penalised under Article 90 of Construction Law. Relevant administrative regu-

³ OSNKW 1997, nr 1–2, poz. 17 z aprobowaną glosą B. Kurzępy zamieszczonej w Prokuraturze i Prawie 1998, nr 1, s. 83–88. W podobny tonie wypowiadał się Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. I KZP 1/01 (OSNKiW 2001, nr 5–6, poz. 44); w wyroku z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. IV KK 149/10; w postanowieniu z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 10/12 (OSNKiW 2012, nr 11, poz. 113).

⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., sygn. IV KK 390/12, Legalis nr 666676.

lations are presented in detail, so is their impact on proper understanding of the criteria of the petty offence specified by Article 90 of Construction Law.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniłmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 35.56 pkt.

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:

<http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilukzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przesyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pk.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie będą publikowane na naszych łamach recenzje książek.