



Prokuratura i Prawo

NR 10/październik 2015



ISSN 1233-2577



PROKURATURA
GENERALNA

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący – **Andrzej SEREMET**
Członkowie: Jerzy BRALCZYK, Władysław CZAPLIŃSKI, Tadeusz ERECIŃSKI, Lech K. PAPRZYCKI,
Zygfryd SIWIK, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZĄSKA, Andrzej WAŻNY, Piotr
WIŚNIEWSKI, Andrzej WRÓBEL, Włodzimierz WRÓBEL

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Bogusław MICHAŁSKI**
Członkowie: Aleksander HERZOG, Krzysztof KARSZNICKI, Beata MIK, Andrzej NIEWIELSKI

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Bogusław MICHAŁSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Krzysztof KARSZNICKI
Sekretarz Redakcji – Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Kinga MAJKOWSKA

WYDAJE
PROKURATURA GENERALNA
Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 125 1833
e-mail: redakcja@pg.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. Ewa Bieńkowska, prof. Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji
w Warszawie

Nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych i świadków 5

New measures of protection and assistance to injured persons and witnesses . 25

dr Filip Cieplý, adiunkt KUL

O kontratybie sztuki 26

Art as a circumstance precluding penal responsibility 40

dr Marek Derlatka, starszy wykładowca w Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej
w Sulechowie

Zasadność kryminalizacji obrazy uczuć religijnych 41

Grounds for criminalizing insults to religious feelings 46

dr Justyna Żylińska, Uczelnia Techniczno-Handlowa im. H. Chodkowskiej w Warszawie

Prawny obowiązek zawiadomienia o niektórych przestępstwach (art. 240 k.k.) .. 47

Legal duty to notify of some offences (Penal Code, Article 240) 61

Izabela Pączek, adwokat w Rzeszowie

Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r. .. 62

Motion to convict without trial under the Code of Criminal

Procedure as amended on 27 September 2013 78

dr Piotr Sierakowski, sędzia Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim

Kasacja w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r. 79

Cassation under the amendment of 27 September 2013 90

dr Lidia Mazowiecka, prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie,
delegowana do Prokuratury Generalnej

Szanse na mediację w postępowaniu przygotowawczym 91

Mediation opportunities in preliminary proceedings 95

dr Piotr Gensikowski, sędzia Sądu Rejonowego w Grudziądzu

**Materialnoprawne ujęcie przesłanek instytucji przewidzianej
w art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii** 96

***Legally substantive approach to the applicability criteria for the
measure available under Article 62a of the Drug Abuse Prevention Law*** 112

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

Małgorzata Kozłowska, prokurator Prokuratury Generalnej

**Wskazania dotyczące prowadzenia postępowań przygotowawczych
w sprawach o handel ludźmi** 113

Guidelines for preliminary proceedings in human trafficking cases 141

dr Wojciech Achrem, KWP w Szczecinie, dr Paulina Wolańska-Nowak, IES w Krakowie, dr Ireneusz Sołtyśzewski, adiunkt Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego	
Opinia biegłego z zakresu badań genetycznych	142
Genetic testing expert opinions	154

Recenzje/Reviews

książki Hansa Joachima Schneidera , Kryminologie. Ein Internationales Handbuch, Band 1: Grundlagen (Kryminologia. Podręcznik międzynarodowy, t. I: Podstawy , Berlin–Boston 2014 – oprac. prof. zw. dr hab., dr h.c.	
Brunon Holyst	155
of book by Hans Joachim Schneider, International Handbook of Criminology, part I: Fundamentals, Berlin–Boston 2014	155

Glosy/Commentaries

do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2012 r., sygn. I KZP 25/11 (dot. wykładni art. 325f § 3 k.p.k.) – oprac. Agnieszka Baj	170
to the Supreme Court decision of 28 March 2012, file no. I KZP 25/11 (concerns the interpretation of Article 325f, § 3 of the Code of Criminal Procedure) – by Agnieszka Baj.	180
do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. IV KK 426/13 (dot. wystawienia nierzetelnej faktury) – oprac. dr Jerzy Duży	181
to the Supreme Court decision of 25 February 2014, file no. IV KK 426/13 (concerns issuing an inaccurate invoice) – by Jerzy Duży, Ph.D.	185
do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. II AKz 113/13 (dot. tajemnicy bankowej) – oprac. Marcin Przestrzelski	186
to the decision issued by the Court of Appeal in Cracow on 18 April 2013, file no. II AKz 113/13 (concerns bank privacy) – by Marcin Przestrzelski.	191

Sprawozdania i informacje/Reports and information

Konferencja szkoleniowa „Analiza śledcza” (Warszawa, 17–18 listopada 2014 r.) – oprac. dr Piotr Chlebowicz	192
“Investigative Analysis” Training Conference (Warsaw, 17–18 November 2014) – by Piotr Chlebowicz, Ph.D.	192
Jubileuszowe, X seminarium kryminalistyczne „Nauki sądowe wobec kontradiktoryjnego procesu karnego” (Jesionka, 14–16 maja 2014 r.) – oprac. dr Alfred Staszak	195
10th Jubilee Forensic Science Seminar “Forensic Sciences and Adversarial Criminal Procedure” (Jesionka, 14–16 May 2016) – by Alfred Staszak, Ph.D.	195

ARTYKUŁY

Ewa Bieńkowska

Nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych i świadków

Streszczenie

Artykuł przedstawia analizę unormowań ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. wprowadzających nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych oraz świadków. Zostały one ocenione również z punktu widzenia ich zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającą normy minimalne w zakresie praw, wsparcia dla ofiar przestępstw oraz zastępującą decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW. Stwierdzono, że nie wszystkie przyjęte rozwiązania realizują podstawowy cel dyrektywy, jakim jest wzmocnienie praw ofiar przestępstw. Za szczególnie poważny błąd ustawodawcy uznano wdrożenie założenia, w myśl którego prawa przysługujące ofiarom można automatycznie przenieść na świadków, oraz to, że udzielanie świadkom pomocy ma się odbywać kosztem ofiar.

Zagadnienia wstępne

Od dnia 8 kwietnia 2015 r. obowiązuje ustawa z dnia 28 listopada 2014 r.¹ wprowadzająca nieznane dotąd w polskim systemie prawnym środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych oraz świadków, jak również nowelizująca przepisy z tego zakresu zawarte w innych aktach prawnych. Swego czasu dokonałam analizy rządowego projektu z dnia 13 marca 2014 r. tej ustawy,

¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 21.

zgłaszając pod jego adresem liczne uwagi krytyczne². Do Sejmu RP został jednak przekazany projekt zawierający regulacje odbiegające od proponowanych w tym projekcie³. W konsekwencji ustawa także dość istotnie od niego się różni. Wśród jej rozwiązań znalazły się natomiast również takie, które wywołują zastrzeżenia, w niektórych przypadkach nawet poważniejsze, niż miało to miejsce w odniesieniu do propozycji zawartych w projekcie z dnia 13 marca 2014 r. Powoduje to, że konieczne jest ponowne podjęcie tej problematyki. Chodzi bowiem o unormowania bardzo ważne przede wszystkim z punktu widzenia zabezpieczenia interesów pokrzywdzonych, których minimalne prawa określają regulacje prawa unijnego.

Ustawa dokonuje implementacji podstawowego dokumentu Unii Europejskiej poświęconego tym kwestiom, jakim jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r., ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW⁴, której zasadniczym celem jest wzmocnienie praw tych osób w obrębie Unii⁵. Tymczasem, w początkowej fazie prac nad projektem ustawy projektodawca uznał, że problematyka dotycząca systemu ochrony i pomocy zarówno dla pokrzywdzonych, jak też świadków pozostaje poza materią prawa unijnego, ponieważ nie wprowadza ono żadnych standardów w tej materii⁶. Zapomniał więc o dyrektywie 2012/29/UE. Ostatecznie przyjęto, że w odniesieniu do pokrzywdzonych ustawa wdraża jej art. 18 „Prawo do ochrony”⁷, ale do tego aktu prawnego odwołano się również w kontekście uzasadnienia objęcia przepisami ustawy świadków. Stwierdzono, iż „Mimo że dyrektywa przewiduje wprowadzenie uprawnień wyłącznie wobec pokrzywdzonych, zakłada się rozciągnięcie niektórych z nich także na świadków. Dotyczy to takich uprawnień, jak prawo do uzyskiwania pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach, w pewnych sytuacjach prawo do informacji o zwolnieniu lub ucieczce oskar-

² Zob. E. Bieńkowska, Wokół projektu utworzenia systemu ochrony pokrzywdzonego i świadka, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 3, s. 32 i n.; por. też E. Bieńkowska, Uprawnienia pokrzywdzonego w ujęciu nowych projektów nowelizacji przepisów prawa karnego, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 11–12, s. 68 i n.

³ Zob. druk sejmowy nr 2653.

⁴ Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57.

⁵ Szerzej zwłaszcza E. Bieńkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, E. Zielińska, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz*, pod red. E. Bieńkowskiej, L. Mazowieckiej, Warszawa 2014 (dalej: *Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz*), s. 13 i n.; zob. też E. Bieńkowska, *Ofiary przestępstw w postępowaniu karnym – nowe standardy Unii Europejskiej*, *Państwo i Prawo* 2014, nr 5, s. 58 i n.

⁶ Zob. E. Bieńkowska, Wokół projektu..., *op. cit.*

⁷ Zob. druk sejmowy nr 2653, *Uzasadnienie*, s. 8–9.

żonego oraz prawo do przesłuchania w formie wideokonferencji”⁸. Po części wymieniono tu więc pewne uprawnienia o charakterze czysto procesowym. Jest to jednak interpretacja idąca zdecydowanie za daleko.

Przypomnę, że wszystkie dokumenty międzynarodowe określające prawa ofiar, jeśli w ogóle, mówią wyłącznie o potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa świadkom zeznającym na rzecz oskarżenia. Rozwiązanie takie zawiera Deklaracja Narodów Zjednoczonych o podstawowych zasadach sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy z dnia 29 listopada 1985 r.⁹ (Część A, pkt 6 lit. d)¹⁰, a jest ono także proponowane w projekcie Konwencji Narodów Zjednoczonych¹¹ o sprawiedliwości oraz wsparciu dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy z dnia 8 lutego 2010 r. (art. 6)¹².

Jeżeli więc mówić o podobieństwie sytuacji świadków do innej grupy uczestników postępowania, z pewnością nie są nimi pokrzywdzeni, lecz świadkowie koronni. Sami twórcy ustawy twierdzą zresztą, iż „Obecnie trudno byłoby znaleźć uzasadnienie (...) przede wszystkim dla odmiennego traktowania świadków będących sprawcami przestępstw od „zwykłych” świadków, w szczególności mając na uwadze ogromną rolę, jaką odgrywają oni w postępowaniu karnym”¹³.

Podkreślić trzeba, że takie samo założenie leży u podstaw rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Rec (2005)9 o ochronie świadków i osób współpracujących z wymiarem sprawiedliwości z dnia 20 kwietnia 2005 r.¹⁴, która dotyczy poważnych przestępstw, łącznie z przestępstwami związanymi z przestępczością zorganizowaną i terroryzmem oraz pogwałceniami międzynarodowego prawa humanitarnego (pkt III ppkt 10). Przewiduje ona jednakowe ogólne zasady ochrony tych osób, a w razie potrzeby także ich bliskich, a są nimi następujące: podjęcie przedsięwzięć legislacyjnych i praktycznych zapewniających złożenie zeznań w sposób uniemożliwiający zastraszanie; udzielenie – bez uszczerbku dla prawa do obrony – ochrony na

⁸ *Ibidem*, s. 17–18.

⁹ GA Assembly Resolution 34/40, Annex: Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, w: United Nations General Assembly Resolutions, cz. III, Crime prevention and victims issues, United Nations, New York 1992, s. 303 i n.; tekst polski zawiera opracowanie: E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 71–79.

¹⁰ Szerzej E. Bieńkowska, Deklaracja ONZ o podstawowych zasadach sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy, Państwo i Prawo 1987, nr 6, s. 88 i n.

¹¹ Draft. UN Convention on Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power, dostępny na stronie: www.worldsocietyofvictimology.org/Publications/Draft/20%Convention.pdf.

¹² Szerzej E. Bieńkowska, Projekt Konwencji Narodów Zjednoczonych o sprawiedliwości oraz wsparciu dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy, Zeszyty Prawnicze UKSW 2015, nr 15.3 (w druku).

¹³ Druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 7.

¹⁴ Recommendation on the Protection of Witnesses and Collaborators, (w:) Victims of Crime – Support and Assistance, Council of Europe, Strasbourg 2006, s. 107–114.

czas przed, w trakcie i po procesie; wprowadzenie karalności aktów zastraszania jako odrębnych przestępstw lub czynów stanowiących groźbę bezprawną; zachęcanie świadków uprawnionych do odmowy zeznań do przedstawienia właściwym organom informacji o przestępstwie, a następnie do zeznawania w sądzie; rozważenie – bez uszczerbku dla prawa do obrony – alternatywnych metod złożenia zeznań chroniących świadków przed zastraszaniem wynikającym z konfrontacji twarzą w twarz z oskarżonym; przeszkolenie pracowników wymiaru sprawiedliwości w zakresie zajmowania się świadkami wymagającymi środków lub programów ochrony; utrzymywanie w tajemnicy wszystkich etapów postępowania dotyczącego przyjęcia, wdrożenia, modyfikowania i odwołania środków lub programów ochrony; zapewnienie odpowiedniej równowagi między środkami lub programami ochrony a prawami i oczekiwaniami ofiar (pkt II, podpunkty 1–9). W rekomendacji tej – jak widać – nie ma mowy o innych uprawnieniach świadków niż te, które dotyczą ich ochrony. Nie jest oczywiście wykluczone, aby poszerzenie katalogu uprawnień tej grupy osób nastąpiło wyłącznie na mocy prawa krajowego. Warunkiem jest, aby znajdowało to racjonalne uzasadnienie i nie naruszało nie tylko praw ofiar, ale również podejrzanych i oskarżonych, w tym zwłaszcza ich prawa do obrony.

Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. wdraża, obok dyrektywy 2012/29/UE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony¹⁵, czyli instrumentu wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach karnych¹⁶. Dodać należy, iż dyrektywę tę dopełnia rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 606/2013 z dnia 12 czerwca 2013 r. w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych¹⁷. Oba te akty prawne mają jednak dość szczególny charakter. Dotyczą bowiem przede wszystkim jednej, ściśle określonej kategorii ofiar, jakimi są – najogólniej – ofiary przemocy, przewidując zapewnienie im ochrony wyłącznie w sytuacjach transgranicznych. Ze względu na tę ich specyfikę kwestie ich dotyczące muszą stać się przedmiotem odrębnych, szerszych rozważań.

W tym miejscu koncentruję się na rozwiązaniach wprowadzonych w odniesieniu do środków ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych oraz świadków, stanowiących zarazem trzon unormowań ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Mogą one bowiem mieć szczególnie duży wpływ na zapewnienie większego bezpieczeństwa osobistego osobom przynależnym do obu wspomnianych

¹⁵ Dz. Urz. UE L 338 z dnia 21 grudnia 2011 r., s. 2; szerzej E. Bieńkowska, Europejski nakaz ochrony – istota i znaczenie, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2012, nr 12.4, s. 151 i n.

¹⁶ Zob. Z. Barwina, Wzajemne uznawanie w sprawach karnych, Warszawa 2012, s. 123 i n.

¹⁷ Dz. Urz. UE L 181 z dnia 29 czerwca 2013 r., s. 4; szerzej E. Bieńkowska, Wzajemne uznawanie środków ochrony w sprawach cywilnych, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2014, nr 14.2, s. 7 i n.

grup, a także ich najbliższym. Należy zatem rozważyć, czy rzeczywiście ustawowe ujęcie poszczególnych rozwiązań gwarantuje osiągnięcie tego celu i jest zarazem zgodne z ideą dyrektywy 2012/29/UE.

Beneficjenci środków ochrony i pomocy

Jak stanowi art. 1 ustawy, środki ochrony i pomocy wprowadzone na jej mocy są adresowane do pokrzywdzonych i świadków oraz ich najbliższych w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. w dwóch sytuacjach: po pierwsze – gdy istnieje zagrożenie dla ich życia lub zdrowia w związku z uczestnictwem w toczącym się albo zakończonym postępowaniu karnym lub postępowaniu karnym skarbowym oraz – po drugie – gdy zagrożenie takie pojawi się w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych lub postępowania sprawdzającego, a więc jeszcze przed wszczęciem któregoś z tych dwóch postępowań.

Od razu trzeba zwrócić uwagę, że ustawodawca zapomniał o jednej grupie pokrzywdzonych i świadków, a mianowicie tych, którzy uczestniczą w postępowaniu w sprawach nieletnich. Powstaje oczywiście pytanie, dlaczego tak się stało, na które nie sposób odpowiedzieć. Tak czy inaczej, pozbawienie tych osób prawa do korzystania z systemu ochrony i pomocy może zostać uznane za przejaw dyskryminacji. Należałoby więc jak najszybciej ten stan rzeczy zlikwidować.

Ustawa nie obejmuje swoimi unormowaniami wszystkich zagrożonych pokrzywdzonych i świadków wymienionych w jej art. 1. W pierwszej kolejności nie dotyczy ona tych spośród nich, którzy są pozbawieni wolności, ponieważ – jak wskazuje się w art. 1 ust. 4 – wobec nich ma zastosowanie system ochrony przewidziany w art. 88d k.k.w.¹⁸. Uzupełnię, że przepis ten został dodany do k.k.w. na mocy ustawy nowelizacyjnej z dnia 5 stycznia 2011 r.¹⁹, obowiązującej od dnia 26 marca 2011 r. Drugą pominiętą grupą są świadkowie koronni, a to dlatego, że ich sytuację normuje znacznie wcześniejszy, odrębny akt prawny, a mianowicie ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym²⁰, a w szczególności jej art. 14–21 stanowiące o przesłankach i warunkach udzielania im ochrony.

Trzeba podkreślić, że ustawa przewiduje udzielanie ochrony i pomocy szerszej grupie osób najbliższych niż dyrektywa 2012/29/UE. Ta ostatnia, posługująca się w tym zakresie pojęciem „członkowie rodziny”, zalicza do nich małżonka, osobę pozostającą z ofiarą w trwałym, ciągłym i bliskim pożyciu we wspólnym gospodarstwie domowym, krewnych w linii prostej, rodzeństwo oraz osoby pozostające na utrzymaniu ofiary (art. 2 ust. 1 lit. b).

¹⁸ Szerzej S. Leleń, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2014, s. 303 i n.

¹⁹ Dz. U. Nr 39, poz. 201.

²⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1801.

W myśl art. 115 § 11 k.k. natomiast osoby najbliższe to małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia i jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Jednocześnie dyrektywa uzależnia korzystanie przez członków rodziny z praw ofiary od tego, aby jej śmierć była bezpośrednim skutkiem przestępstwa, a oni doznali szkody wynikającej z tej śmierci (art. 2 ust. 1 lit. a ppkt II). Dozwala również państwom członkowskim na ograniczanie kręgu członków rodziny uprawnionych do korzystania z praw ofiar lub zakresu tych uprawnień (art. 2 ust. 2)²¹. Ustawa tego rodzaju ograniczeń nie wprowadza.

Z drugiej jednak strony nie uwzględnia ona jednej grupy osób będących członkami rodziny w rozumieniu dyrektywy, którą są osoby pozostające na utrzymaniu ofiary. W katalogu zamieszczonym w art. 115 § 11 k.k. kategorii tej nie ma i – jak dotąd – nie przewiduje się uzupełnienia o nią tego przepisu. Dopisano ją natomiast – na mocy nowelizacji dokonanej omawianą ustawą – do uprawnionych, obok osób najbliższych, do wykonywania praw pokrzywdzonego w razie jego śmierci (art. 52 § 1 k.p.k.). Nie zmienia to jednak faktu, że osoby pozostające na utrzymaniu pokrzywdzonego, jak np. dzieci współmałżonka, które nie zostały przez niego adoptowane, nie mogą korzystać z uprawnień przewidzianych w ustawie. Stanowi to jej kolejny mankament.

Środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych dotyczą jedynie tych spośród nich, którzy są osobami fizycznymi. Jest to oczywiste, ponieważ jedynie w ich przypadku wchodzi w ogóle w grę zagrożenie dla życia lub zdrowia. Z drugiej strony są to pokrzywdzeni mający taki status tylko w postępowaniu karnym. W postępowaniu karnoskarbowym jedynym pokrzywdzonym jest bowiem Skarb Państwa. Gdy chodzi o osoby najbliższe, ich prawo do środków ochrony lub pomocy ma w ujęciu ustawy charakter wtórny. Jest bowiem wyłącznie następstwem pojawienia się zagrożenia dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego bądź świadka i udzielenia im któregoś z tych środków. Dowodzi tego również regulacja art. 17 ust. 3 ustawy, w myśl której w razie uchylecia środków udzielonych pokrzywdzonemu lub świadkowi ustają również środki ochrony i pomocy przyznane osobie dla nich najbliższej.

W konsekwencji to pokrzywdzony lub świadek ma prawo do wystąpienia z pisemnym wnioskiem o udzielenie środka ochrony lub pomocy złożonym za pośrednictwem organu procesowego prowadzącego czynności operacyjno-rozpoznawcze lub postępowanie sprawdzające względnie postępowanie przygotowawcze albo sądu, bądź też – za ich zgodą – na pisemny wniosek jednego z wymienionych organów (art. 12 ust. 1). Jako samoistne uprawnienia takie nie przysługują osobom najbliższym. Oznacza to, że w razie śmierci pokrzywdzonego lub świadka osoby te nie mają prawa do korzystania ze

²¹ Szerzej K. D u d k a, Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz, s. 102 i n.

wskazanych w ustawie środków ochrony i pomocy. Uważam, że regulacja ta jest dość kontrowersyjna. Nie można przecież wykluczyć, że – mimo śmierci pokrzywdzonego czy świadka – ich najbliżsi są zagrożeni atakami zastraszania lub zemsty ze strony sprawców i osób z ich bezpośredniego kręgu społecznego, co dotyczy zwłaszcza przestępstw o największym ciężarze gatunkowym.

Katalog środków ochrony i pomocy oraz zasady ich udzielania

Ustawa wprowadza trzy środki ochrony i pomocy, którymi – w myśl art. 3 ust. 1 – są: 1) ochrona na czas czynności procesowej, 2) ochrona osobista oraz 3) pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu łącznie z ewentualną pomocą finansową udzielaną na zasadach określonych w jej art. 7. Jest to węższy katalog środków niż przewidziany w projekcie z dnia 13 marca 2014 r., który obejmował (art. 2 ust. 1) ponadto pomoc psychologiczną oraz – alternatywnie w stosunku do pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu – pomoc w zmianie miejsca zatrudnienia. Ustawa nie pomija jednak kwestii pomocy psychologicznej, ale normuje ją zupełnie inaczej niż czynił to projekt. Szerzej – jako do szczególnie ważnych – odnoszę się do tych zagadnień w dalszej części opracowania.

Ustawodawca wyjaśnił, że ochrona na czas czynności procesowej ma zastosowanie w przypadku wystąpienia zagrożenia dla życia lub zdrowia osoby chronionej w sprawach o wszystkie przestępstwa. Natomiast dwa pozostałe środki są środkami kwalifikowanymi okolicznością wysokiego stopnia takiego zagrożenia i koniecznością zapewnienia długotrwałej ochrony, a przeznaczone są przede wszystkim dla osób występujących w sprawach o poważne przestępstwa. Środek w postaci pomocy w zmianie miejsca pobytu ma przy tym charakter subsydiarny, czyli wchodzi w grę tylko wtedy, gdy pozostałe okażą się niewystarczające²².

Zarządzenie w przedmiocie przyznania środka ochrony lub pomocy wydaje komendant wojewódzki (Stołeczny) Policji właściwy ze względu na miejsce pobytu osoby, która ma być chroniona (art. 3 ust. 2), po dokonaniu „oceny okoliczności uzasadniających udzielenie środków ochrony i pomocy odpowiednio do stopnia zagrożenia dla osób chronionych” (art. 12 ust. 3). Przy dokonywaniu oceny stopnia zagrożenia – jak stanowi art. 2 ustawy – uwzględnia on „ich właściwości i warunki osobiste, związek ze sprawcą, rodzaj, sposób i okoliczności popełnienia przestępstwa oraz motywację sprawcy”. Regulacja analogiczna do tej ostatniej nie występowała w projekcie z dnia 13 marca 2014 r., który w art. 14 ust. 1 mówił tylko ogólnie o stosowaniu środków „odpowiednio do stopnia zagrożenia osób chronionych”,

²² Druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 10 i n.

a niewątpliwie ma ona niebagatelne znaczenie. Precyzuje bowiem kryteria, na jakich powinna bazować ocena stopnia zagrożenia danej osoby, co w jakiejś mierze wyklucza uznaniowość podmiotu jej dokonującego. Dodam jednak, że za wyjątkowo niefortunne uważam posłużenie się w art. 2 ustawy sformułowaniem „właściwości i warunki osobiste”, które dotąd prawo karne rezerwowało wyłącznie dla sprawców, jak w art. 53 § 2 k.k. określającym szczegółowe dyrektywy sądowego wymiaru kary, art. 66 § 1 k.k. statuwującym przesłanki warunkowego umorzenia postępowania, art. 69 § 2 k.k. mówiącym o przesłankach warunkowego zawieszenia wykonania kary czy też w art. 77 § 1 k.k. wprowadzającym przesłanki warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Wydaje się, że warto byłoby się pokusić o znalezienie innego, równoważnego określenia, jak np. „charakterystyki osobiste ofiar”, wzorując się na dyrektywie 2012/29/UE, która wprowadza w tym zakresie termin „cechy osobowe ofiar” (art. 22 ust. 2 lit. a)²³.

Podniesiono, że posłużenie się w art. 2 ustawy wskazanym określeniem „nawiązuje do szczególnych potrzeb ofiar, o których mowa w art. 22 dyrektywy 2012/29/UE”²⁴. Stwierdzenie to wymaga komentarza, a ściślej – sprostowania. Przepis art. 22 ust. 1 dyrektywy stanowi bowiem, iż ofiary przestępstw mają być poddawane indywidualnej ocenie „w celu ustalenia szczególnych potrzeb w zakresie ochrony i określeniu, czy i w jakim zakresie skorzystałyby w trakcie postępowania karnego za specjalnych środków przewidzianych w art. 23 i 24, za względu na ich szczególne narażenie na wtórną i ponowną wiktyimizację, zastraszanie oraz odwet”. Przepisy art. 23 i 24 dyrektywy przewidują natomiast wyłącznie środki ochrony związane z trybem przesłuchania ofiar o szczególnych potrzebach, a ponadto – w odniesieniu do dzieci – zapewnienie im ochrony wówczas, gdy z powodu konfliktu interesów między ich interesami i interesami osób sprawujących nad nimi władzę rodzicielską te ostatnie nie mogą reprezentować ich w postępowaniu²⁵. Są to więc środki inne niż wymienione w implementowanym przez ustawę art. 18 dyrektywy. Przypomnę, że przepis ten stanowi, co następuje: „Bez uszczerbku dla prawa do obrony państwa członkowskie zapewniają dostępność środków służących ochronie ofiar i członków ich rodzin przed wtórną i ponowną wiktyimizacją, zastraszaniem oraz odwetem – w tym także środków przeciwko ryzyku szkód, emocjonalnych lub psychologicznych – oraz służących ochronie godności ofiar podczas przesłuchania lub składania ze-

²³ Zob. E. Zielińska, (w:) Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz, s. 244 i n.

²⁴ Druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 10.

²⁵ Szerzej zob. E. Bieñkowska, Indywidualna ocena szczególnych potrzeb ofiar w zakresie ochrony, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 5, s. 5 i n.; por. zwłaszcza też e, Indywidualna ocena szczególnych potrzeb ofiar w zakresie ochrony – kontrowersje wokół instytucji oraz propozycja jej wdrożenia, (w:) L. Mazowiecka (red.), Indywidualna ocena szczególnych potrzeb ofiar w zakresie ochrony, Warszawa (w druku).

znań. W razie konieczności środki takie obejmują także procedury fizycznej ochrony ofiar i członków ich rodzin przewidziane w prawie krajowym”. Nie wymaga więc dokonywania formalnej oceny potrzeb ofiar w zakresie ochrony w odniesieniu do stosowania wskazanych w nim środków. Uważam, że przenoszenie instytucji indywidualnej oceny przewidzianej w art. 22 dyrektywy jako instytucji o charakterze obligatoryjnym na grunt innych sytuacji niż opisane w tym przepisie stanowi w istocie jedynie przejaw bardzo niekorzystnej tendencji do formalizowania działań na rzecz ofiar, co oznacza ograniczanie ich podmiotowości, a tym samym jest sprzeczne z podstawowym przesłaniem dyrektywy 2012/29/UE.

Środki ochrony i pomocy – jak stanowi art. 16 ustawy – są udzielane na czas oznaczony z możliwością przedłużenia tego okresu za zgodą osoby chronionej na dalszy oznaczony czas, jeżeli nie ustały okoliczności przemawiające za ich stosowaniem. Nie przewidziano więc opcji w postaci przyznania środka na czas nieokreślony, choć – jak sądzę – powinna ona istnieć wówczas, gdy w grę wchodzi środek tak inwazyjny, jak pomoc w zmianie miejsca pobytu, zwłaszcza w połączeniu z pomocą finansową. W takich przypadkach osoby chronione z reguły tracą umiejętność samodzielnego funkcjonowania. Pozostawienie ich samym sobie, zwłaszcza po dłuższym okresie stosowania wspomnianego środka, oznacza bowiem nie co innego, jak to, że zostały one świadomie, wyłącznie instrumentalnie, wykorzystane na użytek określonego postępowania bez względu na ich dalsze losy życiowe. Czyżby więc w grę wchodziło jedynie stworzenie pozoru, że są chronione? Zagrożenie dla nich wraz z upływem czasu najczęściej wcale nie mija. W wielu przypadkach, odnoszących się przede wszystkim do przestępczości zorganizowanej (mafijnej), żądza zemsty ze strony sprawców i osób z ich bliskiego otoczenia nie zanika, a nawet przechodzi z pokolenia na pokolenie. O tym jednak, jak się okazuje, nie pomyślano. Przeciwnie, wyrażono pogląd, w myśl którego „jak wynika z doświadczeń praktyki – zagrożenie dla świadków i pokrzywdzonych zazwyczaj ustaje z chwilą zakończenia postępowania karnego w sprawie”²⁶. Owszem, trzeba się zgodzić, że emocje w czasie trwania procesu z reguły dają o sobie znać najbardziej, ale – powtórzę – wcale nie oznacza to, że później już ich nie ma.

Dość daleko, jako że dopiero w art. 15 ust. 2 ustawy, i to w przepisie mówiącym w ust. 1 o czymś zupełnie innym, bowiem o udzielaniu przez niektóre osoby chronione, a mianowicie osoby, którym udzielono ochrony osobistej oraz pomocy w zmianie miejsca pobytu, określonych informacji w związku z wykonywaniem tych środków, wskazano, że za zgodą osoby chronionej może ona – przed udzieleniem jej środka ochrony lub pomocy, a więc przed podjęciem decyzji przez właściwego komendanta Policji – zostać poddana

²⁶ Druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 14.

badaniu psychologicznemu. W przepisie art. 15 mowa zatem o dwóch różnych momentach w postępowaniu dotyczącym środków ochrony i pomocy. W przekonaniu projektodawcy obie te regulacje spełniają jednak „tożsamy cel”, jakim jest zapewnienie optymalnego poziomu ochrony i jej realizacji²⁷. Sądzę jednak, że cel ten wcale nie jest „tożsamy”, ponieważ badanie psychologiczne dokonywane jest na użytek podjęcia decyzji w przedmiocie udzielenia środka, podczas gdy udzielanie przez osoby chronione określonych informacji ma służyć skuteczniejszemu wykonywaniu danego środka.

Zarządzenie o udzieleniu środka ochrony lub pomocy powinno zostać wydane w ciągu 14 dni od otrzymania wniosku i podlega natychmiastowemu wykonaniu (art. 12 ust. 3). Jeżeli zaś przemawiają za tym szczególnie uzasadnione okoliczności, „można stosować środki ochrony i pomocy do czasu jego rozpatrzenia” (art. 12 ust. 7).

W przypadku odmowy udzielenia środka osoba uprawniona ma prawo do złożenia, w terminie 7 dni od chwili otrzymania zawiadomienia o odmowie, wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 12 ust. 5), który podlega jednak ponownemu rozpatrzeniu tylko wówczas, gdy ujawniły się nowe okoliczności (art. 12 ust. 6 *a contrario*). Oczywiście nie jest wykluczone pojawienie się nowych okoliczności, ale pamiętać należy o krótkich przedziałach czasu, jakie oddzielają datę złożenia pierwotnego wniosku od daty wydania decyzji, a następnie od zawiadomienia o niej osoby uprawnionej do chwili, gdy możliwe jest wniesienie ponownego wniosku. Nie został zatem wprowadzony żaden mechanizm sprawowania merytorycznej kontroli nad decyzjami właściwych komendantów Policji. Dlaczego takie rozwiązanie przyjęto, trudno jednak wyjaśnić. Twórcy ustawy konstatują jedynie, że nie przewidziano w tym przypadku zażalenia, co dotyczy również zarządzeń o zastosowaniu i uchyleniu środka²⁸.

Warto dodać, że opisana regulacja ustawy odbiega od rozwiązania przyjętego w projekcie z dnia 13 marca 2014 r. Przewidywał on bowiem, iż „Na zarządzenie w przedmiocie ochrony lub pomocy służy zażalenie osobie, której to zarządzenie dotyczy”, a miało być ono kierowane – za pośrednictwem organu, który je wydał – do Komendanta Głównego Policji (art. 2 ust. 6). Szkoda, że z rozwiązania tego zrezygnowano. Weryfikacja zarządzeń komendantów wojewódzkich przez inny organ byłaby bowiem jak najbardziej wskazana.

Zobowiązania osoby chronionej

Niezwykle ważną regulację zawiera art. 13 ustawy. W ust. 1 stanowi on o obowiązku ciążącym na każdej pełnoletniej osobie chronionej, aby przed

²⁷ *Ibidem*, s. 14.

²⁸ *Ibidem*, s. 13.

rozpoczęciem stosowania udzielonego jej środka ochrony lub pomocy złożyła właściwemu komendantowi Policji pisemne zobowiązanie do przestrzegania przedstawionych jej przez niego w myśl art. 13 ust. 2 zasad i zaleceń w zakresie udzielonej ochrony i pomocy, a w przypadku osób, którym udzielono środka w postaci pomocy w zmianie miejsca pobytu – także do wykonywania obowiązków wynikających z ustawy oraz prawomocnych orzeczeń i decyzji. Niezłożenie takiego zobowiązania skutkuje obligatoryjnym uchYLENIEM przyznanego środka (art. 17 ust. 1 pkt 3).

Zobowiązanie, o którym jest mowa w ust. 1 art. 13 ustawy, oznacza w istocie zgodę na ograniczenie wolności w każdej sferze życia prywatnego osoby chronionej. Jest ono warunkiem wstępnym podjęcia działań służących wykonywaniu przyznanego środka. Jeśli więc osoba chroniona nie podpisze takiego dokumentu, z góry rezygnuje z udzielonej jej ochrony i pomocy. W ten sposób ustawodawca przerzucił ciężar odpowiedzialności za narażenie ich życia lub zdrowia wynikające z uczestniczenia w procesie na samego pokrzywdzonego i świadka. Nie wziął w ogóle pod uwagę, że niepodpisanie zobowiązania może być skutkiem uznania przez te osoby, iż przyznany im środek nie gwarantuje w istocie bezpieczeństwa, w związku z czym poddanie się rygorom związanym z jego wykonywaniem jest ich zdaniem bezcelowe.

Ustawa, jak wspominałam, nie przewiduje możliwości zaskarżenia zarządzenia w przedmiocie udzielenia środka ochrony lub pomocy. Wprowadza natomiast rozwiązanie, stosownie do którego – po wysłuchaniu osoby chronionej – właściwy komendant Policji może zmieniać przyznane środki „odpowiednio do okoliczności” (art. 14 ust. 1). Problem tkwi jednak w tym, że w omawianym przypadku okoliczności pozostają bez zmian. Regulacja ta, jak sądzę, ma raczej związek z inną sytuacją, a mianowicie taką, gdy w trakcie wykonywania danego środka następują znaczące zmiany w sytuacji życiowej osoby chronionej. Mianowicie, w myśl art. 15 ust. 1 ustawy, osoby, którym udzielono środka w postaci ochrony osobistej i pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu, mają obowiązek „przekazywania jednostce Policji wykonującej zarządzenie (...) informacji niezbędnych do jego prawidłowej realizacji, w tym informacji dotyczących kontaktów rodzinnych i towarzyskich, stanu majątkowego oraz stanu zdrowia”. Użycie określenia „do przekazywania” oznacza, że informacje te muszą być na bieżąco aktualizowane. Jednak jednostka Policji, która dysponuje tego rodzaju wiedzą, nie ma obowiązku przekazania jej komendantowi Policji właściwemu do podjęcia przedmiotowej decyzji. Z drugiej strony, ustawa nie wprowadza unormowania stanowiącego o tym, w jaki sposób dochodzi do kontaktu decydenta z osobą chronioną, która ma być wysłuchana przed wydaniem zarządzenia w przedmiocie zmiany przyznanego środka. W tym zakresie ustawa jest więc jakby dziurawa.

Uchylenie środka ochrony lub pomocy

Właściwy komendant Policji jest również uprawniony do podjęcia decyzji o uchyleniu stosowanego środka ochrony lub pomocy. Ustawa przewiduje obligatoryjne i fakultatywne przesłanki ich uchylenia.

Okolicznościami implikującymi obligatoryjne uchylenie środka w myśl art. 17 ust. 1 są następujące: 1) ustanie przesłanek uzasadniających jego przyznanie, 2) bezpodstawne uchylenie się przez osobę chronioną od zeznań w postępowaniu, w związku z którym przyznano jej środek, 3) niezłożenie przez osobę chronioną pisemnego zobowiązania, o którym jest mowa w art. 13, oraz 4) złożenie przez osobę chronioną wniosku o uchylenie środka. Niektóre z tych przesłanek można określić mianem „zawinionych” przez osobę chronioną. Jednakże trzeba mieć na względzie, że sam fakt udzielenia osobie chronionej określonego środka ochrony lub pomocy nie przesądza o tym, że czuje się ona na tyle bezpiecznie, aby zeznawać. To zatem, co w ocenie decydenta jest bezpodstawne, w przekonaniu osoby chronionej może być jak najbardziej usprawiedliwione. W tym przypadku najpierw warto byłoby zatem rozważyć, czy nie należy zmienić środka na inny. To samo, jak już pisałam, dotyczy przesłanki w postaci niepodpisania zobowiązania.

Z kolei, na katalog fakultatywnych przesłanek uchylenia środka składają się następujące okoliczności wymienione w art. 17 ust. 2: 1) przedstawienie osobie chronionej zarzutów złożenia fałszywych zeznań w postępowaniu, w związku z którym przyznano jej środek ochrony lub pomocy, 2) wprowadzenie przez osobę chronioną w błąd lub zatajenie przez nią istotnych okoliczności mających wpływ na przyznanie środka, 3) nieprzestrzeganie przez osobę chronioną zasad i zaleceń w zakresie środków ochrony i pomocy, 4) korzystanie przez osobę chronioną ze środków niezgodnie z ich przeznaczeniem. Wszystkie wskazane przesłanki leżą wyłącznie po stronie osoby chronionej, obciążając ją z powodu określonych zachowań przejawianych bądź na etapie decyzyjnym (pkt 2), bądź też na etapie wykonywania środków (punkty 3 i 4). Trzeba przy tym zwrócić uwagę, iż okoliczność określona w punkcie 1 ma swój odpowiednik w katalogu obligatoryjnych przesłanek uchylenia środka. Mam na myśli przesłankę uwzględnioną w art. 17 ust. 1 pkt 2. Nie widzę jednak na tyle istotnej różnicy między nimi, aby przemawiała ona za tak odmiennym ich potraktowaniem.

Pomoc psychologiczna

Jak już pisałam, projekt z dnia 13 marca 2014 r. uwzględniał pomoc psychologiczną w katalogu środków ochrony lub pomocy (art. 2 ust. 1 pkt 1), a przewidywał jej udzielenie w przypadku, „gdy przemawiają za tym okolicz-

ności ujawnione w toku postępowania, zwłaszcza zaś charakter przestępstwa będącego jego przedmiotem (art. 5). Podobnie jak pozostałe środki przyznawać i realizować ją miały organy Policji (art. 15).

W ujęciu ustawy pomoc psychologiczna stanowi natomiast – jak to określono – mechanizm towarzyszący systemowi środków ochrony i pomocy oraz stanowiący jego „funkcjonalne wsparcie”²⁹. Stosownie do dotyczącego tej materii art. 10 ust. 1: „W przypadku zagrożenia dla zdrowia psychicznego pokrzywdzonego, świadka lub osób im najbliższych organ prowadzący czynności operacyjno-rozpoznawcze, postępowanie sprawdzające lub postępowanie przygotowawcze albo sąd informuje pokrzywdzonego lub świadka o możliwości uzyskania pomocy psychologicznej świadczonej przez podmioty, które otrzymały na ten cel dotację z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej (...) lub inne podmioty świadczące pomoc psychologiczną, wraz ze wskazaniem listy tych podmiotów i określeniem sposobu kontaktu”. W ust. 2 tego przepisu wskazano ponadto, że „Organ lub sąd, na wniosek pokrzywdzonego lub świadka, wzywa podmiot, który otrzymał dotację z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, do udzielenia pomocy psychologicznej w terminie 14 dni od dnia wezwania”. W konsekwencji na mocy nowelizacji dokonanej omawianą ustawą do normującego działalność wspomnianego Funduszu art. 43 k.k.w. dodano § 11a, który zobowiązuje podmioty dotowane z jego środków na realizację pomocy psychologicznej do udzielenia takiej pomocy we wskazanym terminie, „chyba że określone w umowie środki przeznaczone na pomoc psychologiczną zostały wykorzystane lub pokrzywdzony lub świadek nie kwalifikuje się do udzielenia takiej pomocy”. Ocena organu procesowego co do zagrożenia zdrowia psychicznego pokrzywdzonego lub świadka może więc okazać się błędna. W takich jednak przypadkach pokrzywdzeni lub świadkowie są zupełnie niepotrzebnie kierowani do podmiotów świadczących pomoc psychologiczną, a to może stać się kolejnym źródłem ich niepotrzebnego, dodatkowego stresu, o czym ustawodawca nie pomyślał.

Już na pierwszy rzut oka unormowanie przyjęte w ustawie wywołuje bardzo poważne zastrzeżenia. Rozważmy po kolei jego mankamenty.

Rozpocznę od przypomnienia wskazań dyrektywy 2012/29/UE w omawianym zakresie. I tak, stosownie do jej art. 4 ust. 1 lit. A, informacje m.in. o dostępnym wsparciu, podmiotach udzielających takiego wsparcia, z uwzględnieniem w odpowiednich przypadkach informacji o dostępie do pomocy medycznej, wszelkiego rodzaju wsparcia specjalistycznego, w tym wsparcia psychologa, oraz o zakwaterowaniu zastępczym ofiary mają uzyskiwać już w chwili swojego pierwszego kontaktu z właściwym organem i „bez zbędnej zwłoki”. Państwa powinny ułatwiać kierowanie ofiar do służb

²⁹ Druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 12–13.

wsparcia przez organ, który przyjmuje zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa lub inny właściwy organ (art. 8 ust. 2). Na państwach ciąży obowiązek zapewnienia ofiarom dostępu do bezpłatnych i poufnych służb zarówno przed wszczęciem postępowania, w jego trakcie, jak i po jego zakończeniu, jak również popierania inicjatyw w zakresie tworzenia specjalistycznych służb wsparcia (art. 8 ust. 1 i 3). Ogólne służby wsparcia mają za zadanie m.in. informowanie ofiar o wszystkich istniejących specjalistycznych służbach wsparcia lub bezpośrednio kierowanie ich do takich służb oraz udzielanie wsparcia emocjonalnego, a – jeśli jest ono dostępne – także psychologicznego (art. 9 ust. 1). Służby specjalistyczne powinny natomiast zajmować się przede wszystkim ofiarami, które doznały szczególnie poważnych szkód w wyniku przestępstwa, jak też, jeśli istnieje taka potrzeba, zapewniać im zakwaterowanie zastępcze (art. 9 ust. 2 i 3).

Wracając do regulacji polskich, trzeba stwierdzić, że przepis art. 10 ust. 1 ustawy w części dotyczącej informowania można uznać za unormowanie typu *lex specialis* w stosunku do podstawowego w tej materii art. 300 § 2 k.p.k. określającego zakres informacji, jakie mają być przekazane pokrzywdzonemu przed jego pierwszym przesłuchaniem. Na mocy znowelizowania omawianą ustawą tego ostatniego przepisu informacje te obejmują również pouczenie o organizacjach wsparcia pokrzywdzonych. W porównaniu z tym, czego wymaga prawo unijne, jest to więc za mało. Nie zmienia tego stanu rzeczy kolejna nowelizacja art. 300 § 2 k.p.k. dokonana obowiązującą od 1 lipca 2015 r. ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw³⁰. Nie poszerzono bowiem treści informacji na temat wsparcia i podmiotów świadczących takie usługi w sposób czyniący zadość wymogom art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy 2012/29/UE. Zgodna z tym przepisem dyrektywy jest natomiast regulacja art. 10 ust. 1 ustawy, ale – podkreślmy – odnosi się ona wyłącznie do pomocy psychologicznej.

Regulacja art. 10 ustawy dotyczy w jednakowej mierze pokrzywdzonych i świadków. Przewiduje, że obie te grupy osób mogą korzystać z pomocy psychologicznej świadczonej przez podmioty dotowane na ten cel z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, jak również przez inne podmioty parające się tego rodzaju usługami. Tymi ostatnimi są organizacje niedotowane z Funduszu oraz Poradnie Zdrowia Psychicznego³¹.

W związku jednak z tym, że w powołanym przepisie jest mowa o świadczeniu przez organizacje wspierania ofiar, które są dotowane z Funduszu, również pomocy psychologicznej dla świadków, ustawa dokonała też istotnych modyfikacji w postanowieniach art. 43 k.k.w. W szczególności do § 8 tego przepisu dodano pkt 2a stanowiący, iż środki Funduszu przeznaczone

³⁰ Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

³¹ Druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 13.

są na udzielanie pomocy prawnej i psychologicznej świadkom oraz osobom im najbliższym. W ten sposób dość radykalnie poszerzono zakres przedsięwzięć finansowanych z dotacji przyznanych przez Fundusz. Chodzi tu już nie tylko o pomoc psychologiczną, ale również prawną, i to nie tylko dla świadków, ale również dla ich najbliższych. Regulacja ta wykracza poza zamieszczoną w art. 10 ustawy także dlatego, że mowa w niej o osobach najbliższych dla świadków. Co więcej, pomoc ta jest finansowana wyłącznie z tej części środków Funduszu, które są przeznaczone na świadczenie pomocy pokrzywdzonym i osobom dla nich najbliższym. Za sprawą takiego rozwiązania ustawodawca doprowadził zatem do pogorszenia sytuacji ofiar przestępstw, co jest całkowicie sprzeczne z intencją dyrektywy 2012/29/UE. W żadnym razie pomoc dla świadków nie może odbywać się kosztem pokrzywdzonych. Należy więc poszukać zupełnie innych źródeł finansowania działań na rzecz świadków, a z pewnością w pierwszej kolejności rozważyć te, które są przeznaczone dla świadków koronnych. Taki pogląd uzasadnia przytaczane wcześniej stanowisko twórców ustawy o konieczności analogicznego do tych ostatnich potraktowania „zwykłych” świadków.

Niewłaściwe co do zasady jest obarczenie organizacji wspierania ofiar obowiązkiem udzielania pomocy psychologicznej, a także prawnej, świadkom. Są to bowiem organizacje szczególne, które muszą dysponować personelem odpowiednio przeszkolonym w problematyce identyfikowania potrzeb i zajmowania się ofiarami przestępstw, a państwo powinno popierać wszystkie inicjatywy dotyczące udostępnienia im właściwych szkoleń (art. 25 ust. 4 dyrektywy 2012/29/UE). Traumatyczne przeżycia i potrzeby ofiar w zakresie ich minimalizowania zdecydowanie zaś odbiegają od tych, które są udziałem świadków. Jedynym stresorem dla świadków jest bowiem konieczność złożenia zeznań w postępowaniu. W przypadku ofiar jest natomiast zupełnie inaczej. Najczęściej istotny negatywny wpływ na ich stan psychiczny, przejawiający się nierzadko w postaci zespołu stresu pourazowego, ma sam fakt doznania przestępstwa. Już tego powodu mogą one wymagać szybkiej pomocy psychologicznej. Udział w procesie karnym jest natomiast dodatkowym stresorem, pogłębiającym pierwotne urazy psychiczne wynikające bezpośrednio z przestępstwa. Kumulują się tu zatem dwa zdarzenia wywołujące różniące się od siebie zaburzenia w zdrowiu psychicznym. Ofiary wymagają więc pomocy zintegrowanej, udzielanej przez podmioty świadome ich odczuć, dobrze znające metody przezwycięzania tak skomplikowanych stanów kryzysowych. Nie może to być każda placówka zajmująca się pomocą psychologiczną, co jest wystarczające dla świadków, lecz wyłącznie placówka wyspecjalizowana w problematyce dotyczącej ofiar. W aktualnym stanie prawnym dochodzi zatem do tego, że marnotrawione są siły i energia organizacji wspierania ofiar, nie mówiąc już o wydatkowanych

na realizację tego dodatkowego celu środkach finansowych, które – podkreślę jeszcze raz – powinny służyć ofiarom.

Koordynatorzy

Projekt z dnia 13 marca 2013 r. przewidywał (art. 4) powołanie w komendach wojewódzkich Policji instytucji koordynatorów do spraw zapewnienia bezpieczeństwa osób występujących w procesie w charakterze pokrzywdzonego lub świadka, do których obowiązków miało należeć zapewnienie stałej informacji o przysługujących im uprawnieniach i obowiązkach oraz o możliwych środkach ochrony i pomocy, jak również niezwłoczne informowanie organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze lub sądu albo właściwego komendanta Policji o ujawnionych zagrożeniach dla tych osób. Koordynator miałby więc być dostępny dla pokrzywdzonych z jednej strony, a z drugiej informować o grożących im niebezpieczeństwach organy właściwe do podjęcia odpowiednich środków zaradczych.

Ustawa wprowadza tę instytucję pod nazwą koordynatorów do spraw ochrony i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, uznając ją – tak samo jak pomoc psychologiczną – za mechanizm towarzyszący systemowi środków ochrony i pomocy, który stanowi jego funkcjonalne wsparcie³². Odmienne niż wspomniany projekt kształtuje przy tym zakres ich zadań. W myśl art. 11 ust. 2 są nimi: 1) zapewnienie współdziałania jednostek Policji w zakresie stosowania środków ochrony i pomocy, 2) przekazywanie jednostkom Policji informacji o podmiotach udzielających pomocy psychologicznej oraz 3) przekazywanie Ministrowi Sprawiedliwości jako dysponentowi Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej informacji o odmowie udzielenia pomocy przez wezwane przez organy prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze, postępowanie sprawdzające lub postępowanie przygotowawcze albo sąd podmioty dotowane na ten cel z Funduszu. Jednocześnie ustawa nakłada na wymienione organy procesowe obowiązek informowania koordynatorów o: 1) ujawnionych zagrożeniach dla pokrzywdzonych lub świadków w związku z ich udziałem w postępowaniu karnym lub karnoskarbowym i 2) przypadkach odmowy udzielenia pomocy psychologicznej przez wezwane podmioty dotowane z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej.

Szczególnie kontrowersyjne jest przyznanie koordynatorom – i w ślad za tym obciążenie określonym obowiązkiem organów procesowych – kompetencji w odniesieniu do pomocy psychologicznej. Twórcy ustawy podnieśli w tej materii, że „koordynatorzy mają podejmować działania ułatwiające dostępność pomocy psychologicznej dla pokrzywdzonych. W tym celu przeka-

³² *Ibidem*, s. 12.

zywać mają jednostkom Policji informację o podmiotach udzielających pomocy oraz zbierać informację o odmowie świadczenia pomocy psychologicznej przez podmiot, który otrzymał na ten cel dotację z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, co przyczyni się do lepszego gospodarowania środkami Funduszu”³³. Sedno rzeczy tkwi jednak w tym, że w ujęciu ustawy jednostki Policji wykonujące przyznane środki ochrony i pomocy nie mają nic wspólnego z działaniami dotyczącymi pomocy psychologicznej. Leży to bowiem wyłącznie w kompetencji organów procesowych, a następnie podmiotów udzielających takiej pomocy. W związku z tym przekazywanie przez koordynatora jednostkom Policji informacji o podmiotach świadczących taką pomoc jest zupełnie bezcelowe. Podobnie nie wiadomo, dlaczego koordynatora uczyniono pośrednikiem między organami procesowymi władnymi do podejmowania czynności w odniesieniu do pomocy psychologicznej i dysponentem Funduszu.

Stwierdzić w tej sytuacji wypada, że w obecnym stanie rzeczy koordynatorzy z całą pewnością nie pełnią funkcji mechanizmu funkcjonalnego wspierania systemu środków ochrony i pomocy. Aby tak było, należałoby niemal całkowicie zmienić zakres ich zadań. W szczególności powinni oni być pośrednikami między wszystkimi podmiotami włączonym w proces udzielania i wykonywania środków uwzględnionych w ustawie, czyli między komendantami Policji, jednostkami Policji, organami procesowymi mającymi prawo do wnioskowania o przyznanie środka oraz osobami chronionymi.

Mały świadek *incognito*

Ostatnią instytucją, do której należy się odnieść w tym miejscu, jest instytucja tzw. małego świadka *incognito*. W odniesieniu do niej ustawa wprowadziła bowiem bardzo istotne zmiany. Przed jej wejściem w życie instytucja ta była normowana przepisem art. 191 § 3 k.p.k., w myśl którego świadek miał prawo do zastrzeżenia danych o miejscu swojego zamieszkania do wyłącznej wiadomości sądu lub prokuratora wówczas, gdy „zachodzi uzasadniona obawa użycia przemocy lub groźby bezprawnej” wobec niego lub osoby mu najbliższej. Oznaczało to, że decyzja w tym względzie zależała przede wszystkim od woli samego świadka. Projekt z dnia 13 marca 2014 r. dodał do tego rozwiązania nowe regulacje. W szczególności przewidywał uzupełnienie art. 148 k.p.k. o § 2a, który stanowiłby, że w protokole nie zamieszcza się danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy osób biorących udział w czynności, a przechowuje się je w załączniku do wyłącznej wiadomości organu prowadzącego postępowanie, jak również o § 5, w myśl którego „Sąd lub prokurator może ujawnić dane, o których mowa w § 2a,

³³ *Ibidem*, s. 12–13.

jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie”. Ponadto, proponował odpowiednie zmodyfikowanie § 1 art. 191 k.p.k., który stanowiłby, iż wśród danych podawanych przez świadka na początku przesłuchania nie znajdowałaby się informacja o miejscu jego zamieszkania, a także dodanie do tego przepisu § 1a w następującym brzmieniu: „Sąd ustala miejsce zamieszkania świadka na podstawie dokumentu tożsamości lub pisemnego oświadczenia świadka”. Podstawowe zastrzeżenia pod adresem tych propozycji dotyczyły posłużenia się w projektowanym art. 148 § 2a k.p.k. określeniem „osoby biorące udział w czynności”. Oznaczało to bowiem, że utajniane mają być również dane o miejscu zamieszkania i miejscu pracy współoskarżonych w sprawie, co było zresztą intencją projektodawcy³⁴.

Kluczową zmianą wprowadzoną na mocy ustawy jest uchylenie przepisu art. 191 § 3 k.p.k. Ponadto, poszerzyła ona art. 148 k.p.k. o trzy nowe regulacje zmienione w stosunku do zamieszczonych w projekcie, a mianowicie o: „§ 2a. W protokole nie zamieszcza się danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków uczestniczących w czynności. Dane te zamieszcza się w załączniku do protokołu. Nie dotyczy to miejsca pracy świadka, będącego funkcjonariuszem publicznym składającego zeznania w związku z pełnioną funkcją, chyba że dla dobra postępowania karnego nie powinno ono zostać ujawnione w protokole”; „§ 2b. Załącznik do protokołu (...) oraz inne dokumenty w całości lub w części, w jakiej zawierają dane dotyczące miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków, przechowuje się w odrębnym załączniku adresowym do akt sprawy, do wiadomości organu prowadzącego postępowanie. Do akt sprawy załącza się uwierzytelnione kserokopie dokumentów lub ich części, sporządzone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi danymi”; oraz „§ 2c. Sąd lub prokurator może ujawnić w niezbędnym zakresie dane, o których mowa w § 2a, lub oryginały dokumentów, o których mowa w § 2b, jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy”. W konsekwencji ustawa dostosowała do zmian dokonanych w art. 148 k.p.k. brzmienie § 1 art. 191 k.p.k., który stanowi obecnie, iż „Przesłuchanie rozpoczyna się od zapytania świadka o imię, nazwisko, wiek, zajęcie, karalność za fałszywe zeznanie lub oskarżenie oraz stosunek do stron”, jak również dodała do niego dwa nowe paragrafy w następującym brzmieniu: „§ 1a. Miejsce zamieszkania świadka ustala się na podstawie dokumentu tożsamości lub pisemnego oświadczenia świadka” i „§ 1b. Pytania zadawane świadkowi nie mogą zmierzać do ujawnienia jego miejsca zamieszkania ani miejsca pracy, chyba że ma to znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy”. Ustawa wprowadziła ponadto w dodanym do art. 197 k.p.k. § 2a regulację dotyczącą utajnienia

³⁴ Szerzej E. Bieńkowska, *Uprawnienia pokrzywdzonego...*, s. 81 i n.

miejsca zamieszkania biegłego i jego najbliższych, w której wykorzystano rozwiązanie przyjęte w uchylonym art. 191 § 3 k.p.k.

Podstawowa różnica pomiędzy unormowaniem dotyczącym biegłych i regulacjami odnoszącymi się do pokrzywdzonych i świadków sprowadza się do tego, że w tym ostatnim przypadku zrezygnowano z przesłanki zagrożenia dla tych osób w związku ze składaniem zeznań, o którym zasadnie można przypuszczać, że pojawi się, jeżeli ich dane adresowe nie zostaną utajnione. Utajnianie danych następuje w tym przypadku automatycznie z urzędu i dotyczy wszystkich bez wyjątku pokrzywdzonych i świadków. Odnosi się zatem również do takich sytuacji, w których występujący w sprawie pokrzywdzeni, świadkowie, a także oskarżeni wywodzą się z tego samego środowiska społecznego i na co dzień funkcjonują w swojej bezpośredniej bliskości, np. w rodzinie, sąsiedztwie, pracy lub szkole itp., w związku z czym doskonale znają swoje dane adresowe (kontaktowe). Ich utajnianie mija się więc w ogóle z celem. Trzeba zaś pamiętać, że wprowadzone rozwiązanie oznacza zarazem bardzo istotne poszerzenie prac o charakterze biurowym w postępowaniu przygotowawczym polegających zwłaszcza na robieniu licznych kserokopii oraz mnożeniu akt sprawy i ich objętości. Jest to zaś zarówno bardzo kosztowne, jak i czasochłonne. Powinno więc być szczególnie dobrze uzasadnione, a – jak się okazuje – wcale nie jest. Dobrze przynajmniej, że w ustawie zrezygnowano z utajniania danych adresowych współoskarżonych, co jeszcze bardziej zakłóciłoby normalne funkcjonowanie organów ścigania i pomnożyło koszty postępowań przygotowawczych.

Jednocześnie – trzeba zaznaczyć – ustawodawca zupełnie zapomniał o potrzebie utajnienia miejsca nauki, czyli zapewnienia bezpieczeństwa pokrzywdzonym oraz świadkom jeszcze uczącym się i niepracującym albo uczącym się i już pracującym, wśród których znaczną część stanowią małoletni. Przypomnieć zaś należy, że dyrektywa 2012/29/UE nakazuje, aby państwa członkowskie wykazywały szczególną troskę o działanie w imię najlepszego dobra dzieci będących ofiarami przestępstw (art. 1 ust. 2).

Uwagi końcowe

Przedstawiona analiza przepisów ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka dowodzi, że w nadanym jej kształcie jest ona aktem prawnym nadzwyczaj kontrowersyjnym. Bardzo licznych spośród wprowadzonych przez nią rozwiązań nie można zaakceptować.

Przed wszystkim za całkowite nieporozumienie uważam potraktowanie świadków tak samo jak pokrzywdzonych oraz uznanie, że system ochrony i pomocy dla tych osób ma mieć – na wzór modelu przyjętego wobec świad-

ków koronnych, który się sprawdził – charakter policyjny³⁵. W ustawie odstąpiono jedynie od przyznania Policji kompetencji w odniesieniu do pomocy psychologicznej, co oczywiście jest jej plusem. Jest to jednak zdecydowanie za mało, aby mogło zmienić mało przychylną ocenę jej regulacji.

Twórcy ustawy – mimo, że niejednokrotnie wskazują na fakt implementowania przez nią dyrektywy 2012/29/UE – nie dostrzegali, że w jej ujęciu, a tak jest również w przypadku wszystkich innych międzynarodowych aktów prawnych statuujących prawa ofiar przestępstw³⁶, jedynymi podmiotami, które mają im służyć wsparciem i pomocą oraz zapewniać ochronę, są organizacje wspierania ofiar. Jeśli zaś już uznali ich kompetencje w zakresie świadczenia pomocy psychologicznej, to – w następstwie przyjęcia wskazanego, pierwotnego założenia – w takiej samej mierze odnieśli je do świadków, co stanowi w moim przekonaniu najpoważniejszy błąd merytoryczny ustawy.

Powtórzę, że absolutnie nie do przyjęcia jest rozwiązanie przewidujące udzielanie pomocy psychologicznej, a dodajmy, że również prawnej, świadkom i osobom dla nich najbliższym ze środków zgromadzonych na koncie Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej na zaspokojenie potrzeb ofiar i ich najbliższych, jak również obciążenie realizacją tych zadań organizacji wspierania ofiar. Sądzę, że u jego podstaw leży nierozumienie przez twórców ustawy istoty unormowań unijnych dotyczących kształtowania sytuacji ofiar przestępstw. Na mocy zmienionego Traktatem z Lizbony³⁷ art. 82 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³⁸ w polu widzenia prawodawcy unijnego znalazła się problematyka praw ofiar przestępstw jako jeden z czterech obszarów jego zainteresowania. Nie można więc podejmować żadnych działań na rzecz innych grup osób, czyli także świadków, kosztem ograniczania praw ofiar. Dzieje się to bowiem wbrew prawu unijnemu.

Negatywnej oceny całokształtu regulacji ustawy nie zmienia fakt, że zrealizowała ona od dawna zgłaszany postulat, aby przepisy prawa karnego zapewniały gwarancję ochrony godności nie tylko podejrzanych, oskarżonych i skazanych, ale również pokrzywdzonych. Na jej mocy przepis art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. uzyskał bowiem brzmienie, w myśl którego postępowanie karne ma być tak ukształtowane, aby „zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności”.

W konkluzji należy stwierdzić, że omawiana ustawa wymaga generalnej zmiany, a najlepiej – opracowania na nowo.

³⁵ Zob. druk sejmowy nr 2653, Uzasadnienie, s. 13.

³⁶ Zob. ich wybór, (w:) E. Bieñkowska, L. Mazowiecka, *Ofiara przestępstwa...*, s. 71 i n.

³⁷ Dz. Urz. UE C 306 z dnia 17 grudnia 2007 r., s. 1.

³⁸ Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 47.

New measures of protection and assistance to injured persons and witnesses

Abstract

The paper analyses some regulations of the Law of 28 November 2014 introducing new measures of protection and assistance for victims of crime, and witnesses. The subject of interest is also the issue of accordance of some of the regulations with the Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards of rights, support and protection of victims of crime and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA. It has been established that not all of the regulations fulfil the aim of the Directive, i.e. strengthen the rights of victims. It is also a mistake of the Law that it automatically transmits some rights of victims to the witnesses.

O kontratypie sztuki

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest konstrukcja kontratypu sztuki. Autor analizuje następujące zagadnienia: 1) pojęcie twórczości artystycznej w aspekcie konstytucyjnym; 2) prawne granice wolności twórczości artystycznej; 3) podstawę i przesłanki wyłączenia bezprawności czynu zabronionego popełnionego w ramach działalności artystycznej.

Od kilku lat w polskiej karnistyce toczy się ożywiona dyskusja na temat możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej artystów za akty ekspresji twórczej realizujące znamiona określonych typów czynów zabronionych¹. Jednym z domagających się rozstrzygnięcia problemów jest dopuszczalność posługiwania się konstrukcją tak zwanego kontratypu sztuki (działalności artystycznej, wolności twórczości artystycznej). Mimo że prezentowane w doktrynie stanowiska bywają biegunowo odmienne, a proponowane przesłanki ewentualnego karnoprawnego usprawiedliwienia wyjątkowo ocenne, debata na temat kontratypu sztuki nie jest jałowa i pozwala na sformułowanie pewnych wniosków. Najważniejsze problemy, jakie pojawiają się w związku z ewentualnym uznaniem sztuki jako okoliczności wyłączającej

¹ Zob. m.in.: M. Filar, Sztuka a zagadnienia pornografii, *Nowe Prawo* 1978, nr 10, s. 1432 i n.; J. J. Nalewajko, R. Kubiak, Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?, *Palestra* 2000, nr 9–10, s. 31 i n.; J. Warylewski, Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego, (w:) L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; J. Warylewski, Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej), (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 89 i n.; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty...*, s. 233 i n.; M. M. Bieczyński, Prawne granice wolności twórczości artystycznej, Warszawa 2011; M. M. Bieczyński, *Ars legis czy lege artis?* Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic, (w:) D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014, s. 19 i n.; W. Cieślak, Kontratyp swobody artystycznej w oczach praktyka, (w:) F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014, s. 181 i n.; J. Majewski, Czy kontratyp sztuki istnieje?, (w:) F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna...*, s. 126 i n.; M. Małecki, Kontratyp sztuki *de lege lata*, (w:) F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna...*, s. 136 i n.

bezprawność czynu zabronionego, to: desygnat konstytucyjnego pojęcia twórczości artystycznej; prawne granice wolności twórczości artystycznej; źródła i przesłanki kontratyby sztuki. Celem niniejszego artykułu jest próba wyjaśnienia powyższych zagadnień.

Pojęcie twórczości artystycznej na tle aksjologii konstytucyjnej

Prawna gwarancja ochrony wolności twórczości artystycznej ma szczególnie wysoką, bo aż konstytucyjną rangę (art. 73 Konstytucji). Problem polega na tym, że ustrojodawca nie definiuje pojęcia twórczości artystycznej. Tymczasem w teorii i historii sztuki, estetyce, krytyce artystycznej i naukach o kulturze od wielu dekad konkurują ze sobą co najmniej dwa podstawowe ujęcia istoty działalności artystycznej. Pierwsze z nich to ujęcie klasyczne, węższe, w którym istotą sztuki jest naśladowanie natury w imię piękna, a więc wartości estetycznych (definicja materialna, projektująca). Rolą artysty jest tu poszukiwanie, doświadczanie, twórcze przetwarzanie i prezentowanie coraz to nowych epifanii piękna (estetyzm). Funkcją sztuki ma być pomoc jej odbiorcy w uzyskaniu odpowiedzi na zasadnicze pytania egzystencjalne, odkrywanie i wzmacnianie obecnych w człowieku i kulturze fundamentalnych wartości, takich jak: dobro, prawda, sprawiedliwość, miłość. W innym ujęciu, współcześnie dominującym, zwłaszcza w łonie tzw. post-sztuki, antysztuki czy sztuki krytycznej, termin „sztuka” jest pojęciem otwartym, odnoszącym się do nieskrępowanej zewnętrznymi ograniczeniami aktywności ludzkiego ducha. Działalność artystyczna to samodefiniująca się eksploracja idei sztuki, często oznaczająca bezkompromisową krytykę tradycji, jej wizji człowieka i kultury. Sztuka jest tutaj sferą autonomiczną i autoteliczną (będącą celem samym w sobie w myśl zasady *l'art pour l'art*) i jednocześnie narzędziem dekonstrukcji kultury, demaskowania jej idoli, stereotypów i przyzwyczajzeń. U podstaw tego ujęcia sztuki i zarazem usprawiedliwienia działalności artystów leży filozoficzne założenie relatywizmu (poznawczego i moralnego), postmodernistyczne przekonanie, że nie istnieją jakiegokolwiek obiektywne, uniwersalne i neutralne kryteria debaty kulturowej. W duchu konfrontacji z zastaną konwencją estetyczną akcentuje się nowatorskie wartości zastępcze w sztuce, takie jak: intuicja, koncept, improwizacja, eksperyment, skandal czy transgresja tabu, co oznacza programowe przekraczanie granic wyznaczonych przez najgłębiej zakorzenione normy społeczne, zarówno obyczajowe, religijne, jak i prawne².

² Por. H. Kiereś, Spór o sztukę. Pomiędzy moralnością a prawem, (w:) F. Cieplý (red.), Odpowiedzialność karna..., s. 19–32; C. Moryc, Odpowiedzialność artysty za przekaz twórczy, (w:) F. Cieplý (red.), *ibidem*, s. 59.

Jakie zatem ujęcie istoty twórczości artystycznej powinno być preferowane w procesie wykładni prawa? W literaturze prawniczej pojawia się stanowisko, że gwarancja wolności twórczości artystycznej z art. 73 Konstytucji, niezawierająca legalnej definicji przedmiotu ochrony, stwarza możliwość otwarcia prawa na wszystkie postaci zjawiskowe sztuki współczesnej³. Ustrojodawca, ustanawiając gwarancję wolności twórczości artystycznej bez dookreślania jej zakresu przedmiotowego, miałby tym samym jednoznacznie odstąpić od determinowania jej prawnych konturów. Miałoby to oznaczać, że zgodnie z Konstytucją sztuka stanowi prawem chronione dobro o autonomicznym charakterze⁴. Należy jednak zauważyć, że twórczość artystyczna, posiadająca swoją szczególną strukturę (język), jest w istocie jednym z rodzajów komunikacji społecznej. Zarówno treść, jak i forma przekazu (komunikacji artysty z odbiorcami dzieła) podlega w związku z tym społecznemu wartościowaniu, w tym także ocenie prawnej. Słusznie podkreśla się, że działalność artystyczna odnosi się do podwójnej normatywności, w obrębie której funkcjonuje. Pierwsza grupa ocen to płaszczyzna właściwa naukom o sztuce, w których twórczość artystyczna ma coraz częściej charakter autonomiczny. Sztuka definiuje tutaj sama siebie i nie podlega zewnętrznej ocenie. Drugą, zewnętrzną wobec pierwszej płaszczyzną normatywną, jest system norm prawnych, w którym twórczość artystyczna, jak wszelkie inne działania podejmowane w przestrzeni społecznej, funkcjonuje i któremu także podlega⁵. Konstytucyjne pojęcie twórczości artystycznej, będące elementem systemu prawnego, należy zatem interpretować nie tyle w oparciu o autonomiczne oceny krytyków artystycznych i teoretyków sztuki, ale w perspektywie założeń aksjologicznych i zasad ustrojowych wynikających z ustawy zasadniczej.

Konieczność zróżnicowania oceny prawnej wynika z odrębnych założeń aksjologicznych i metodologicznych występujących w łonie samodefiniującej się sztuki współczesnej (i konsekwentnie na kanwie nauk o sztuce) oraz na niwie obowiązującego prawa. Dokonując pewnego uogólnienia, można stwierdzić, że w dużej mierze sztuka współczesna opiera się na właściwej postmodernistycznej filozofii metodzie dekonstrukcji symboli i pojęć odnoszących się do zastanych wartości społecznych. Dekonstrukcja tradycyjnego spoiwa kulturowego stanowi materialne uzasadnienie, kryterium oceny formalnej, a tym samym promowaną strukturalną metodę komunikacji artystycznej. „Wyzwalanie wolności”, transgresja tabu, dążenie do eliminacji wszelkich zewnętrznych (społecznych) i wewnętrznych (moralnych) ograniczeń w procesie twórczym to istotny *leitmotiv* współczesnej sztuki, stanowią-

³ Zob. M. M. Bieczyński, Kontratyp sztuki – ujęcie prawno-porównawcze, (w:) F. Ciepty (red.), *ibidem*, s. 189–190.

⁴ Tamże, s. 203.

⁵ Zob. M. M. Bieczyński, *Ars legis...*, s. 19.

cej ważne narzędzie tzw. kontrkultury. W odniesieniu do systemu norm moralno-obyczajowych głównym instrumentem stosowanym przez zwolenników dekonstrukcjonizmu jest zarzut wieloznaczności podstawowych dla oceny etycznej pojęć i wprowadzanie do nich nowych znaczeń. Tym samym dochodzi do tworzenia humbugów semantycznych i negacji wartości klasycznych. Wciągając adwersarzy w pole relatywizmu, zwolennicy dekonstrukcji przekonują, że pojęcia stanowiące fundament porządku moralnego można wypełnić dowolną treścią. Różnorodne interpretacje są w tym ujęciu równosilne poznawczo, a żadna z nich nie ma prawa wyłączności. W tym sensie podważa się zasadność odnoszenia się w debacie społecznej do takich pojęć, jak: godność, piękno, prawda, dobro, sprawiedliwość, odpowiedzialność, które stanowią istotne kryteria oceny sztuki.

Nie wchodząc w spór merytoryczny, należy stwierdzić, że założeń metodologicznych dekonstrukcjonizmu, dopuszczonych na gruncie filozofii społecznej i nauk o sztuce, nie da się wszakże zastosować w procesie określania aksjologii i treści normatywnej aktów prawnych. Interpretacja źródeł prawa opiera się bowiem na założeniu, że pojęcia stosowane przez prawodawcę, jako narzędzia służące identyfikacji treści norm prawnych, mają swój zakodowany, ale określony zakres znaczeniowy (desygnat), który wymaga ustalenia. Prawo z właściwą sobie metodą jego tworzenia i interpretacji – przeciwnie niż idea dekonstrukcji – dąży do klaryfikacji pojęć, konstruowania definicji, precyzyjnego określenia desygnatu. Zasady prawidłowej legislacji i uznane metody wykładni wymagają najdalej posuniętej jednoznaczności, a ponadto merytorycznego ukierunkowania na realizację wartości stanowiących aksjologiczne podstawy systemu prawnego. Dzięki swoistemu konserwatyzmowi semantycznemu prawo daje stabilność i ciągłość normatywną. Postmodernizm przeciwnie, z założenia obala zastane paradygmaty, stąd integracja prawoznawstwa z naukami humanistycznymi przesiąkniętymi ideą dekonstrukcji jest niezwykle trudna, jeśli nie niemożliwa⁶.

Przemiany kulturowe mogą być promowane i sankcjonowane na płaszczyźnie prawnej, ale wyłącznie przez zmianę przepisów prawa, co wymaga szerokiego konsensusu społecznego, a nie przez dekonstrukcję pojęć w procesie wykładni. System prawny ewoluuje razem z kulturą, ale dzięki nowelizacji, a nie dekonstrukcji pojęć języka prawnego. Organ stosujący prawo nie może w procesie wykładniczym opierać się na swobodnej, indywidualistycznej, arbitralnej interpretacji pojęć, bo tym samym tworzyłby normę prawną, a nie dekodował ją z przepisu. Musi brać pod uwagę założenia, preferencje aksjologiczne („meta-narrację”), na których oparł się prawodawca. Akt prawny ze swojej istoty stanowi barierę dla arbitralności organu sto-

⁶ K. Wojtyczek, *Polska nauka prawa konstytucyjnego na przełomie wieków*, (w:) M. Zubik (red.), *Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, Warszawa 2010, s. 42–43.

sującego prawo, a nie zaproszenie dla mniej lub bardziej dowolnej aktywności interpretacyjnej. Przy takim podejściu organ stosujący prawo ze służby ustawy przekształcałby się w jej pana⁷.

Oparte na postmodernistycznych założeniach kryteria oceny twórczości artystycznej, uznane w sztuce współczesnej, są zatem mało przydatne dla interpretacji prawniczej. Ustalenie zakresu konstytucyjnej wolności twórczości artystycznej należy oprzeć na aksjologii konstytucyjnej, a nie rekonstruować go na wzór dominujących współcześnie koncepcji filozoficznych i konwencji antyestetycznych. Mogą tym samym pojawić się rodzaje działalności uznawane za artystyczną w kręgach krytyki i teorii sztuki, a nie pokrywające się z zakresem przedmiotowym konstytucyjnej wolności twórczości artystycznej. Prawne ujęcie wolności działalności artystycznej pociąga za sobą konieczność uwzględniania aksjologii Konstytucji⁸.

Próbując odnieść pojęcie i zakres wolności twórczości artystycznej do płaszczyzny aksjologii konstytucyjnej, nie można pominąć preambuły do ustawy zasadniczej. Z tekstu preambuły nie można wyprowadzać norm prawnych w ścisłym znaczeniu, niemniej jej analiza dostarcza opartych na autentycznej wypowiedzi ustrojodawcy wskazówek co do zgodnych z jego intencjami kierunków interpretacji przepisów części normatywnej Konstytucji⁹. Preambuła zaś wskazuje na cztery podstawowe wartości uniwersalne, którymi są prawda, sprawiedliwość, dobro i piękno. Podkreślony uniwersalizm tych wartości oznacza, że wyrażające je pojęcia według ustrojodawcy stanowią nośnik obiektywnych treści moralnych. Są one relewantne dla całego porządku prawnego, a więc stanowią punkt odniesienia (wartościowania) dla prawnych relacji wszystkich obywateli Rzeczypospolitej. Mapę aksjologii konstytucyjnej uszczegóławia podkreślenie w preambule wartości kultury zakorzenionej w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach. Ponadto, ustrojodawca wiąże wolność jednostki ze sprawiedliwością i dialogiem społecznym oraz formułuje obowiązek solidarności z innymi, połączony z troską o zachowanie godności człowieka, co oznacza między innymi odrzucenie idei walki klas¹⁰. Podlegająca ochronie konstytucyjnej wolność twórczości artystycznej nie jest wyalienowana z całokształtu systemu aksjologii konstytucyjnej, nie jest zatem bezwzględna i nieograniczona ani niedefiniowalna czy na tyle pojemna, by móc usprawiedliwić pominięcie, lekceważenie bądź naruszenie wyrażonych w ustawie zasadniczej preferencji aksjologicznych ustrojodawcy.

Tak oto okazuje się, że w wymiarze konstytucyjnym twórczość artystyczna, której wolność podlega prawnej ochronie, nie może być określana za

⁷ Tamże, s. 43.

⁸ B. Banaś, Komentarz do art. 73 Konstytucji RP, Legalis 2009, pkt 4.

⁹ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, OTK-A 2005, nr 5, poz. 49.

¹⁰ Por. B. Banaś, Komentarz do preambuły Konstytucji RP, LEX 2012, pkt 12.

pomocą definicji otwartej, autonomicznej, ale powinna być odnoszona do innych wartości konstytucyjnych, w tym – na płaszczyźnie aksjologicznej – do piękna, prawdy, dobra i sprawiedliwości, które ustrojodawca uznaje za obiektywne kryteria wartościowania. Piękno w tym zestawieniu nie jest ujmowane czysto formalnie (estetycznie), ale także aksjologicznie jako odpowiadające dobru, prawdzie i sprawiedliwości (piękne jest to, co jest prawdziwe, sprawiedliwe i dobre na gruncie aksjologii konstytucyjnej). Oczywiście, odniesienia do prawdy, dobra i piękna nie mogą być instrumentalizowane, jak w modernizmie (odmiana idealizmu) i odrzuconych przez ustrojodawcę ustrojach totalitarnych jako projekcje ideologii partyjnej, na straży których miałyby stać instytucja cenzury. Wartości te należy odczytywać na gruncie realizmu poznawczego przez pryzmat dobra wspólnego, a zatem w sprzężeniu z art. 1 Konstytucji¹¹. Tym samym, jeśli celem działalności artystycznej byłoby propagowanie czy narzucanie antywartości w rozumieniu aksjologii konstytucyjnej, a więc kłamstwa, niesprawiedliwości, zła czy brzydoty (rozumianej aksjologicznie), to taka działalność nie mogłaby oznaczać twórczości artystycznej, której wolność jest gwarantowana konstytucyjnie. Nie można by ponadto skutecznie powoływać się na tę wolność, gdyby miała ona usprawiedliwiać naruszanie godności człowieka, walkę klas czy atak na kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu (bez dodatkowego odwołania się np. do art. 53 – wolność sumienia i wyznania lub art. 54 – wolność słowa, z uwzględnieniem ich ograniczeń). Konstytucyjne pojęcie twórczości artystycznej nie może być interpretowane ani w sposób czysto autonomizujący, ani czysto utylitarystyczny (instrumentalny), ponieważ odnosi ono sztukę do systemu wartości uniwersalnych, na których ustrojodawca zdecydował się oprzeć porządek prawny.

Kontratyp sztuki umocowany konstytucyjnie?

W doktrynie prawa karnego pojawił się pogląd, że konstytucyjna wolność twórczości artystycznej stanowi samoistną podstawę prawną uwolnienia artysty od odpowiedzialności karnej. Mówi się w tym kontekście o kontratybie sztuki „zakotwiczonym” lub „umocowanym” w art. 73 Konstytucji. Miałyby to potwierdzać zasada niesprzeczności prawa oraz subsydiarny charakter prawa karnego. Jeżeli bowiem istnieje przepis prawa zezwalający na konkretne zachowanie się, to prawo karne takich zachowań nie może zabraniać¹². Te-

¹¹ Szerzej zob. H. Kiereś, Spór o sztukę..., s. 26–27. Por. P. Czarnek, Konstytucyjne granice wolności twórczości artystycznej w kontekście prawa do ochrony uczuć religijnych, (w:) F. Cieplý (red.), Odpowiedzialność karna..., s. 81–83.

¹² M. Kopeć, Kontratypy Pozaustawowy a zasada trójpodziału władzy, (w:) F. Cieplý (red.), *ibidem*, s. 228–229. Por. J. Majewski, Czy kontratyp..., s. 132.

go rodzaju konkluzja wydaje się jednak uproszczeniem, gdyż ignoruje uznaną w wykładni prawa konstytucyjnego metodę „ważenia wartości” przy określaniu granic praw i wolności, jak również pomija kompetencję ustawodawcy do dookreślania tych granic w ustawie.

Słusznie zauważa się, że każda normatywna regulacja wolności zakłada określenie jej granic¹³. Związki i wzajemne zależności między poszczególnymi wolnościami i prawami konstytucyjnymi implikują potrzebę ich rozgraniczenia. Zapobiega to samowoli i nadużywaniu praw. Powoływanie się na konstytucyjną gwarancję wolności czy prawa nie oznacza możliwości ingerowania w inną wolność lub prawo. Oznaczałoby to nadmierny indywidualizm i traktowanie poszczególnych praw jednostki jako *ius infinitum*, co prowadziłyby do naruszenia wolności i praw innych podmiotów¹⁴. Konstytucyjna gwarancja ochrony wolności, w tym także wolności twórczości artystycznej, stanowi więc skierowany do ustawodawcy zwykłego nakaz stworzenia gwarancji wolności w aktach normujących poszczególne dziedziny życia, a z drugiej strony implikuje określanie jej granic w formie ustawowych zakazów lub nakazów¹⁵. Uznanie konstytucyjnej wolności czy prawa za wystarczającą podstawę tzw. okoliczności kontratypowej skutkowałoby koniecznością rozważenia, na zasadzie analogii, podstaw do ustanowienia podobnego rozwiązania również w przypadku innych gwarantowanych w ustawie zasadniczej praw i wolności człowieka¹⁶. Przyjęcie takiego rozwiązania wydaje się niemożliwe, gdyż prowadziłoby do paraliżu systemu prawnego. Trudno byłoby rozstrzygnąć, któremu kontratypowi dać pierwszeństwo, co powodowałoby konieczność ustanawiania kolejnego poziomu preferencji dóbr (*metapreferencja*)¹⁷.

Wolność twórczości artystycznej – tak jak inne wolności i prawa – podlega ograniczeniu z uwzględnieniem treści art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁸. W celu określenia granic wolności sztuki niezbędna jest zatem analiza poszczególnych norm zawartych w regulacjach o randze ustawy¹⁹. Granice te wskazuje również ustawodawstwo karne. Każdy ustawowy zakaz określonego zachowania pod groźbą kary ogranicza wolność jednostki, ale jednocześnie chroni

¹³ B. Banaszak, Komentarz do art. 31..., pkt 5; P. Czarnek, Konstytucyjne granice..., (w:) F. Ciepty (red.), *ibidem*, s. 85.

¹⁴ B. Banaszak, *ibidem*.

¹⁵ Tamże, pkt 2.

¹⁶ Przyjmując ten sposób myślenia, można by analogicznie próbować konstruować w oparciu o na przykład konstytucyjną wolność sumienia i wyznania nazwijmy to „kontratyp religii”, wyłączający bezprawność czynów zabronionych popełnionych w ramach sprawowania kultu religijnego czy aktu publicznej manifestacji swoich przekonań światopoglądowych. Czy możemy mówić o takim kontratypie jako „zakotwiczonym”, czy „umocowanym” w art. 53 Konstytucji?

¹⁷ M. M. Bieczyński, Kontratyp sztuki..., s. 201.

¹⁸ B. Banaszak, Komentarz do art. 73..., pkt 4.

¹⁹ M. M. Bieczyński, *Ars legis*..., s. 24.

wolność czy prawo innych osób. Penalizując określone zachowania, ustawodawca działa w ramach przysługującej mu kompetencji rozstrzygania konfliktów między prawami i wolnościami konstytucyjnymi²⁰. Nie ma zatem podstaw, aby twierdzić, że wolność twórczości artystycznej korzysta ze szczególnej, znacznie mocniejszej od innych wolności i praw, ochrony konstytucyjnej i ma pierwszeństwo w przypadku kolizji z innymi prawami i wolnościami²¹. Konstytucyjna wolność twórczości artystycznej *eo ipso* nie stanowi podstawy prawnej usprawiedliwienia artysty za naruszenie przepisów ustawy²². Powoływanie się na kontratyp sztuki „zakotwiczony” w Konstytucji może rodzić pokusę traktowania wolności twórczości artystycznej jako klucza do otwierania granic wolności, w jakich ta wolność jest osadzona, w tym granic wynikających z norm prawa karnego²³. Przyjęcie tezy, że sztuka podlega bezwzględnej ochronie prawnej prowadziłoby do dezintegracji całego systemu prawnego, a w radykalnej wersji – do dyktatury sztuki²⁴.

Kompetencję ustawodawcy zwykłego do określania granic wolności twórczości artystycznej potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W świetle przepisów Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁵ za wartość pozwalającą na ustawowe ograniczenie wolności sztuki uznano chociażby moralność publiczną. Trybunał podkreślił w tym kontekście, że choć nie wolno niepotrzebnie ingerować w wolność ekspresji, to jednak szeroki margines oceny państwa i brak europejskiej koncepcji moralności pozwala państwu na ingerencję w wolność ekspresji artystycznej, jeśli dzieło jest prezentowane w miejscu powszechnie dostępnym²⁶. Trybunał wskazał również, że gdy dzieło jest bez powodu obraźliwe dla innych, wówczas nie zyskuje ochrony prawnej²⁷. Podnosi się niekiedy, że Trybunał przyznaje relatywnie mały zakres ochrony sztuce, zwłaszcza w porównaniu do szerokiego zakresu ochrony wypowiedzi o cha-

²⁰ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, (w:) F. Ciepiły (red.), *Odpowiedzialność karna...*, s. 151–152.

²¹ P. Czarnek, *Konstytucyjne granice...*, s. 81–83.

²² Por. B. Banaszak, *Komentarz do art. 73...*, pkt 4.

²³ P. Czarnek, *Konstytucyjne granice...*, s. 82.

²⁴ M. M. Bieczyński, *Kontratyp sztuki...*, s. 203.

²⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 24 maja 1988 r., Müller przeciwko Szwajcarii, skarga nr 10737/84; podano za: M. Skwarzyński, *Bluźnierstwo w świetle standardów ochrony praw człowieka*, (w:) F. Ciepiły (red.), *Odpowiedzialność karna...*, s. 102.

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 20 września 1994 r., Otto–Preminger–Institut przeciwko Austrii, skarga nr 13470/87.

rakterze politycznym czy komercyjnym, a wynika to przede wszystkim z odwołania się do marginesu swobody oceny sądów krajowych²⁸.

Wydaje się, że także przepis art. 13 Karty Praw Podstawowych UE²⁹, który stanowi, że sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń, należy interpretować w związku z zasadą proporcjonalności określoną w art. 52 ust. 1 Karty. W tym kontekście wolność sztuki może podlegać ograniczeniom ze względu na ochronę porządku publicznego lub moralności publicznej. Argumentacja moralna ma przy tym charakter partykularny, odnosi się bowiem do sfery tradycji, dziedzictwa kulturowego państw członkowskich, ze względu na to, że nie istnieje jednolita moralność europejska. Państwom członkowskim przysługuje w tym zakresie władza osądzania (*power of assessment*) oraz margines swobody ocen (*margin of appreciation*), legitymizujący użycie środków krajowych ograniczających wolność sztuki³⁰. Trudno byłoby przyjąć pogląd, że europejski prawodawca nie uznaje żadnych granic wolności działalności artystycznej. Doświadczenie historyczne Europy pokazuje, że nie poddająca się żadnym ograniczeniom sztuka może naruszać granice godności i wolności innych, służyć eskalacji przemocy i powstawaniu niepokojów społecznych. Dość wspomnieć, iż antysemityzm, obecny także w literaturze i sztuce, otwierał drogę dla Holokaustu³¹.

Pozaustawowy kontratyp sztuki?

W doktrynie prawa karnego obecny jest pogląd, że zachowanie artysty realizujące znamiona czynu zabronionego może być usprawiedliwione w ramach pozaustawowego kontratypu sztuki. Instytucja kontratypów pozaustawowych, a więc okoliczności wyłączających bezprawność czynu zabronionego uformowanych przez doktrynę i judykaturę, przyjęła się w polskiej doktrynie prawa karnego kilkadziesiąt lat temu, na długo przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. Pomimo zmiany podstaw ustrojowych, także współcześnie niektórzy reprezentanci polskiej karnistyki aprobuje możliwość wyłączenia bezprawności czynu zabronionego w ramach kontratypów, które nie posiadają wyraźnej podstawy ustawowej. Również ci autorzy, którzy pierwsi podjęli problem sztuki w perspektywie wyłączenia odpowiedzialności karnej, lokują twórczość artystyczną w kręgu kontratypów pozaustawowych. Przy takim punkcie widzenia zasadniczą i dającą się łatwo przewi-

²⁸ D. Bychawska-Siniarska, Wolność artystyczna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, (w:) D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi...*, s. 67.

²⁹ Dz. U. UE C z 2007 r., Nr 303, poz. 1.

³⁰ D. Bach-Golecka, Akt bluźnierczy w świetle prawa europejskiego, (w:) F. Ciepty (red.), *Odpowiedzialność karna...*, s. 120–121.

³¹ M. Skwarzyński, *Bluźnierstwo...*, s. 103–104.

dzień trudnością jest sformułowanie znamion kontratybu sztuki. Proponuje się do nich zaliczyć: 1) cel artystyczny; 2) charakter artystyczny dzieła; 3) właściwości osoby twórcy³², a dodatkowo: 4) społeczną opłacalność – gdy pożytek wynikający z działalności artystycznej ma większą wartość niż dobro naruszone czynem sprawcy oraz 5) wymóg subsydiarności, który oznacza, że zamierzonego celu artystycznego nie można inaczej osiągnąć niż poprzez naruszenie cudzego dobra³³. Pojawia się nawet stanowcze stwierdzenie, że o ile można się spierać co do znamion kontratybu sztuki, to negocjować jego istnienia nie sposób, ponieważ realnym instrumentem ochrony i wolności twórczości artystycznej może i musi być pozaustawowy kontratyb sztuki³⁴.

Wydaje się wszak, że mają rację ci autorzy, którzy na gruncie Konstytucji z 1997 r. negują możliwość konstruowania przez doktrynę i orzecznictwo kontratybów. Należy wziąć pod uwagę, że obowiązująca ustawa zasadnicza uporządkowała katalog źródeł prawa, odrzuciła zasadę jednolitości władzy państwowej, oparła system prawny i działalność organów władzy publicznej na zasadach praworządności i państwa prawnego. Słusznie twierdzi się, że pozaustawowa kontra-typizacja narusza konstytucyjne zasady podziału władzy, legalizmu i zaufania obywatela do państwa, jak również ogranicza ustawowo potwierdzone prawa osoby pokrzywdzonej, a tym samym pozostaje w kolizji z zasadą równości wobec prawa i zasadą sprawiedliwości³⁵. Uznanie przez sąd, że czyn, który wypełnia znamiona typu czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, popełniony w pewnej sytuacji, która da się opisać i zgeneralizować, jest kontratybem, pomimo że ustawodawca nie przewidział takiej sytuacji jako kontratybowej, równa się wkroczeniu władzy sądowniczej na obszar zastrzeżony konstytucyjnie dla władzy ustawodawczej³⁶. Różnorodność kontratybów pozaustawowych, poważny stopień ich ogólności, może ponadto prowadzić do niejednolitej praktyki w przedmiocie uwolnienia od odpowiedzialności karnej. Niejednolitość poglądów w tej materii powodowałoby, że granice uwolnienia od odpowiedzialności karnej byłyby niezwykle płynne, a każda decyzja miałaby charakter arbitralny³⁷.

³² Por. J. J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako...*, s. 36–41; J. Warylewski, *Pasja czy obraza...*, s. 378–379.

³³ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności...*, s. 246; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Możliwość wyłączenia...*, s. 153–154.

³⁴ J. Warylewski, *Prawnokarne uwarunkowania...*, s. 100.

³⁵ Por. M. Małecki, *Kontratyb sztuki...*, s. 145–146; M. M. Bieczyński, *Kontratyb sztuki...*, s. 201.

³⁶ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 343; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 168; M. Kopeć, *Kontratyby pozaustawowe...*, s. 244.

³⁷ J. Lachowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31, t. 1*, Warszawa 2010, s. 743–744; M. Kopeć, *Kontratyby pozaustawowe...*, s. 226–227.

Bezprawność czynu zabronionego może uchylić wyłącznie inna norma prawna, która dane zachowanie legalizuje. Jeżeli nie ma owej innej normy prawnej, to nie ma kontratypu³⁸. Trzeba przy tym zastrzec, że powinna to być szczegółowa norma ustawowa, a nie – jak wykazano – ogólnie sformułowana wolność czy prawo gwarantowane konstytucyjnie. Innymi słowy, wszelkie zabiegi zmierzające do uadekwatnienia granic zakresowych norm zawartych w przepisach typizujących powinny mieć oparcie w ustawie³⁹. Sąd powinien orzekać na podstawie przepisów ustawy, tymczasem przez odwołanie się do kontratypu pozaustawowego sąd *de facto* kreuje negatywne znamię czynu zabronionego (ewentualnie wchodzi w kompetencje ustawodawcy w zakresie wtórnej legalizacji czynu zabronionego), a więc tworzy prawo. Uadekwatnienie przez sąd zakresu stosowania normy sankcjonowanej powinno być efektem wykładni przepisu ustawy, a więc jedynie dekodowaniem zakresu normy, choć niekiedy z koniecznym uwzględnieniem zidentyfikowanych pozaustawowych zasad postępowania. Zabieg taki nie może oznaczać arbitralnego kształtowania zakresu znaczeniowego normy. Tym bardziej doktryna nie powinna tworzyć kontratypów, kreować zakresu stosowania normy, jako że jej zadaniem jest ten zakres odczytywać z przepisu ustawy akceptowanymi metodami wykładni na potrzeby praktyki. Oczywiście, tworzenie konstrukcji teoretycznych jest rzeczą wskazaną, gdyż tylko w takim przypadku możliwy jest rozwój nauki prawa, ale dopóki te teorie, wyrażone w postulatach *de lege ferenda*, nie zostaną uwzględnione przez ustawodawcę, pozostają tylko teoriami. Nie inaczej jest w przypadku kontratypów pozaustawowych⁴⁰. Modyfikując treść paremii wyrażającej zasadę legalizmu, można by zatem powiedzieć: *nullum crimen et nulla criminis iustificatio sine lege*.

Ustawowe kontratypy sztuki

Rozważając zagadnienie kontratypu sztuki, niepodobna nie odnieść się do faktu, że prawodawca przewiduje co najmniej dwa ustawowe kontratypy związane z twórczością artystyczną. Są to: kodeksowy kontratyp działalności artystycznej (art. 256 § 3 k.k.) oraz pozakodeksowy kontratyp satyry i karykatury (art. 41 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe⁴¹).

a) Kodeksowy kontratyp działalności artystycznej

Okoliczność kontratypowa określona w art. 256 § 3 k.k., ze względu na kontekst działalności artystycznej, wyłącza bezprawność podjętych w celu

³⁸ A. Marek, Głos w dyskusji, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty...*, s. 315.

³⁹ Na ten temat zob. J. Majewski, *Czy kontratyp...*, s. 131–132.

⁴⁰ M. Kopeć, *Kontratypy pozaustawowe...*, s. 228.

⁴¹ Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.; dalej w skrócie: pr. pras.

rozpowszechniania zachowań w postaci: produkcji, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania druku, nagrania lub innego przedmiotu, zawierających treść propagującą faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa bądź nawołującą do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość (czyli zachowań będących czynnościami wykonawczymi przestępstwa stypizowanego w art. 256 § 2 k.k.). Oznacza to, że nie poniesie odpowiedzialności karnej, przykładowo, pisarz, poeta czy twórca filmu, wykorzystujący w swoim dziele artystycznym fragmenty antysemitycznych tekstów, grafik bądź nagranych przemówień Adolfa Hitlera, a także osoba prezentująca, rozpowszechniająca lub posiadająca dzieło sztuki o treściach zabronionych przez art. 256 k.k., ewentualnie druk, nagranie lub inny przedmiot zawierający tego rodzaju treści, w celu wykorzystania ich w ramach działalności artystycznej.

Trudno jednak byłoby zgodzić się z tezą o nieograniczonym zakresie kontratybu działalności artystycznej, a więc z poglądem, że kontekst artystyczny miałby w każdym wypadku usprawiedliwiać produkcję, prezentowanie, przesyłanie, posiadanie przedmiotu zawierającego zakazane treści. Na płaszczyźnie skodyfikowanego prawa karnego przepis art. 256 § 3 k.k. stanowi kontynuację przepisów paragrafów poprzedzających, określających prawnokarną ochronę przed propagowaniem totalitaryzmu i tzw. mową nienawiści. Stąd, przez pryzmat dobra chronionego i strony podmiotowej określonych w typie czynu zabronionego, należy dekodować stronę podmiotową tego szczególnego kontratybu. Działalność artystyczna (podobnie jak edukacyjna, kolekcjonerska i naukowa), związana z wykorzystaniem przedmiotów zawierających zabronione treści, powinna albo być ukierunkowana na krytyczną, negatywną ocenę totalitaryzmu lub postawy nienawiści, albo mieć, co najwyżej, charakter sprawozdawczy, neutralny, faktograficzny. Nie będzie można powołać się na kontratyp działalności artystycznej (edukacyjnej, kolekcjonerskiej, naukowej), jeżeli wykorzystanie zakazanych treści miało na celu propagowanie totalitaryzmu lub zaszczepianie nienawiści wobec wskazanych grup. W tym kontekście pojęcie działalności artystycznej, w zakresie aksjologicznego przesłania dzieła, podlega interpretacji celowościowej (definicja funkcjonalna działalności artystycznej), co w pewien sposób koresponduje ze sposobem wykładni zakresu wolności twórczości artystycznej gwarantowanej konstytucyjnie.

Z treści art. 256 § 3 k.k. wynikają także ważne wnioski natury ogólnej. Przepis dostarcza doniosłego argumentu w dyskusji o kontratybach pozaustawowych. Gdyby bowiem bezprawność zachowań kryminalizowanych w obrębie art. 256 § 2 k.k. miała wyłączać konstrukcja kontratybu pozaustawowego, to wprowadzenie przepisu § 3 tego artykułu nie miałoby logicznego uzasadnienia. Jeżeli ramy działalności artystycznej mają wyłączać bezpraw-

ność czynu zabronionego, to normę taką musi kreować ustawa, przy czym kontratyp sztuki powinien odnosić się do wyraźnie wskazanego przepisu chroniącego dobra prawne, których naruszenie toleruje się w imię sztuki. Na rozważanym obszarze skodyfikowanego prawa karnego działalnością artystyczną nie da się tym samym usprawiedliwić popełnienia innego czynu zabronionego niż opisany w art. 256 § 2 k.k., a więc na przykład przestępstwa obrazy uczuć religijnych, gdyż art. 196 k.k. okoliczności kontratypowej nie przewiduje⁴².

b) Pozakodeksowy kontratyp satyry i karykatury

Ustawowy, pozakodeksowy kontratyp sztuki o dość wąskim zakresie przedmiotowym przewiduje przepis art. 41 pr. pras. Jest to kontratyp satyry i karykatury, wyłączający bezprawność krytycznych i ocennych form wypowiedzi prasowych, które często stanowią wysokiej klasy utwory artystyczne, realizujących znamiona określonych typów czynów zabronionych, takich jak: pomówienie (art. 212 k.k.) czy znieważenie (art. 216 k.k.). Satyra to konwencja ośmieszająca wady, obyczaje czy zjawiska społeczne i polityczne. Karykatura zaś to przesadne uwydatnienie charakterystycznych cech osoby lub przedmiotu, stosowane głównie w rysunku, grafice, lecz i w twórczości literackiej, dla wywołania wrażenia śmieszności⁴³. Wskazany kontratyp ma swoje granice, określone ustawowymi przesłankami dozwolonej krytyki prasowej, stosowanymi odpowiednio do satyry i karykatury.

Pierwsza przesłanka wyłączenia bezprawności publikacji utworów satyrycznych czy karykaturalnych odnosi się do zakresu przedmiotowego dozwolonej krytyki prasowej. Publikacja satyryczna lub karykaturalna musi być rodzajem ujemnej oceny dzieł naukowych lub artystycznych albo innej działalności twórczej, zawodowej lub publicznej. Ów katalog obszarów ma charakter zamknięty. Dozwolona krytyczna ocena nie może więc dotyczyć wszystkich aspektów życia ludzkiego, okoliczności wyłączające bezprawność są bowiem zawsze wyjątkiem i wykładnia rozszerzająca byłaby tu niedopuszczalna.

Drugim warunkiem wyłączenia bezprawności jest wymóg rzetelności formułowanej oceny i jej zgodności z zasadami współżycia społecznego. Aprobata dla ostrzejszych (prześmiewczych) środków wyrazu nie usprawiedliwia form obelżywych, wulgarnych czy agresywnych. Utwór nie może być narzędziem szykany lub dokuczenia komukolwiek, nie powinien deprecjonować osób, poniżać, odzierać ich z godności. Rzetelność oznacza przy tym zakotwiczenie krytyki w rzeczywistości. Także satyra, jako ujemna – choć przeja-

⁴² M. Małecki, *Kontratyp sztuki...*, s. 147–148.

⁴³ Szerzej zob. F. Cieply, *Satyra i karykatura wobec wartości religijnych w świetle przepisów prawa prasowego*, (w:) F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna...*, s. 211–219.

skrawiona – ocena, powinna być wnioskiem wyprowadzonym z faktów, uwzględniając ocenę aksjologiczną⁴⁴.

Wymóg zgodności z zasadami współżycia społecznego relatywizuje ocenę utworu do kryterium, jakim są powszechnie uznane w kulturze naszego społeczeństwa wartości, będące zarazem dziedzictwem i składnikiem kultury europejskiej⁴⁵.

Podsumowanie

U podstaw dyskusji o kontratybie sztuki leży trudność w pogodzeniu dwóch słuszných dążeń. Pierwszym z nich jest chęć poszanowania i zachowania istotnych wartości społecznych, chronionych normami obyczajowymi, religijnymi i prawnymi. Z drugiej strony znajduje się dążenie do zagwarantowania wolności twórczości artystycznej, która niekiedy przyjmuje formułę krytyki zastanego systemu wartości. Obserwując rzeczywistość, można zaryzykować podział kontrowersyjnych społecznie rodzajów aktywności twórczej na dwie podstawowe kategorie: a) działalność artystyczną stanowiącą naruszenie wyłącznie norm obyczajowych czy religijnych (transgresja obyczajowo-kulturowa); b) działalność artystyczną stanowiącą naruszenie norm prawnych, w tym także norm prawa karnego (np. obraza uczuć religijnych, penalizowane formy prezentowania pornografii, znęcanie się nad zwierzęciem itp.). Wydaje się, że o ile pierwsza z wymienionych kategorii, jeśli zostanie prawidłowo zidentyfikowana, podlega ochronie prawnej i nie dopuszcza ograniczeń (w tym cenzury), tak już druga, zwłaszcza w przypadku realizacji znamion czynu zabronionego, podlega limitacji i konsekwencjom wynikającym z przepisów ustawowych. Ochrona prawna wolności twórczości artystycznej, wyrażającej się jedynie w transgresji obyczajowo-kulturowej, oznacza zakaz ograniczania przez władze publiczne form wypowiedzi twórczej, jakkolwiek nie przekreśla możliwości prowadzenia zgodnej z aksjologią konstytucyjną polityki w dziedzinie kultury i dziedzictwa narodowego. Organy władzy publicznej, chociaż nie mogą ingerować w twórczość artystyczną i są zobligowane do ochrony artysty przed taką ingerencją ze strony innych podmiotów, niemniej mogą, w celu realizacji wartości konstytucyjnych, a nie partykularnych celów ideologicznych, wspierać finansowo i organizacyjnie wybrane przedsięwzięcia artystyczne. Tego rodzaju polityka nie stanowi dyskryminacji tych twórców, których działalność jest skierowana na dekon-

⁴⁴ W. Gontarski, W satyrze można więcej, ale nie wszystko – kontratyp satyry w art. 41 *in fine* ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r., Gazeta Sądowa 2007, nr 6, s. 32–33.

⁴⁵ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1993, s. 43–45. Por. J. Sobczak, Komentarz do art. 6 ustawy – Prawo prasowe, LEX 2008, pkt 4.

strukcję wartości stanowiących podstawy aksjologiczne systemu prawnego⁴⁶. Rozwijanie tego tematu wykraczałoby poza cel niniejszego opracowania.

Konkluzje narzucają się jednoznaczne. Jeżeli artysta lub organizator sztuki w ramach prowadzonej działalności artystycznej wypełnia swoim zachowaniem znamiona czynu zabronionego, to może on powołać się na kontratyp sztuki wtedy tylko, gdy istnieje przepis szczególny, który uchyla bezprawność takiego czynu w danych okolicznościach, jak to ma miejsce w art. 256 § 3 k.k. oraz w art. 41 pr.pras. Podstawy prawnej kontratypu nie stanowi natomiast ogólna gwarancja ochrony wolności twórczości artystycznej wyrażona w art. 73 Konstytucji. Wolność twórczości artystycznej należy bowiem do kategorii wolności, które podlegają reżimowi art. 31 ust. 3 Konstytucji. W celu określenia jej granic niezbędna jest analiza poszczególnych norm zawartych w przepisach ustawowych, w tym w ustawodawstwie karnym. Konstrukcja pozaustawowego kontratypu sztuki jest tworem myślowym nieznajującym podstaw prawnych.

Art as a circumstance precluding penal responsibility

Abstract

This paper addresses legal construction of a lawful excuse for works of art. Examined herein are the following issues: 1) normative concept of artistic creativity; 2) limits of constitutional freedom of artistic creativity; 3) source and criteria for excluding illegality of an unlawful act committed as part of artistic activities.

⁴⁶ B. Banaszak, Komentarz do art. 73..., pkt 4.

Marek Derlatka

Zasadność kryminalizacji obrazy uczuć religijnych

Streszczenie

Próba uchylenia przepisu art. 196 k.k. skłania Autora do analizy problematyki kryminalizacji czynu polegającego na obrażaniu uczuć religijnych innych osób, przez znieważenie publiczne przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Zdaniem Autora obraza uczuć religijnych należy do kategorii przestępstw, które budzą spore emocje i cieszą się zainteresowaniem środków społecznego przekazu, gdyż ich sprawcami bywają przedstawiciele świata sztuki, kultury, polityki.

Kolejna (nieudana) próba uchylenia przepisu art. 196 k.k. skłania do refleksji nad problematyką kryminalizacji czynu polegającego na obrażaniu uczuć religijnych innych osób, przez znieważenie publiczne przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Czy tego rodzaju zachowania mają nadal być występami zagrożonymi karą (i jaką) i być ścigane jak dotychczas w drodze oskarżenia publicznego, czy ich kryminalizacja nie ogranicza wolności wypowiedzi, swobody artystycznej, czy nie stoi w sprzeczności z zasadą neutralności światopoglądowej państwa? Wydaje się, że w piśmiennictwie prawniczym udzielono już wyczerpujących odpowiedzi na te pytania, jednak powracające projekty ustaw o zmianie kodeksu karnego oraz kontrowersyjne wyroki sądów uniewinniających „artystów” budujących swój wizerunek na skandalu, wymagają przypomnienia i rozwinięcia kilku znanych prawd.

Nie ulega wątpliwości, iż jedną z podstawowych wolności człowieka jest wolność myśli, sumienia i wyznania. Ochronę tej wolności zapewnia: art. 53 Konstytucji RP, ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U. z 1989 r., Nr 29, poz. 155 ze zm.), art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167), art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284). Zagrożenie karą czynów naruszających tę wolność jest naturalną konsekwencją obowiązywania tego artykułu Konstytucji. Sankcja karna zaś gwarantuje korzystanie z tej wolności. Bez zagrożenia karą – wolność religijna pozostałaby jedynie pustą de-

klaracją. Każde ważne dobro prawne podlegające ochronie stanowi jednocześnie przedmiot przestępstwa określonego w ustawie karnej. Obok życia, zdrowia, nietykalności cielesnej, wolności osobistej, wolności seksualnej, mienia, także wolność religijna zasługuje na zabezpieczenie jej sankcją karną. To zagrożenie karą świadczy o randze tej wolności w kanonie wolności człowieka. Ma też swoje uzasadnienie historyczne, gdyż ochrona wolności religijnej dała podwaliny pod budowę regulacji prawnych chroniących inne rodzaje wolności. Pierwsze akty ochrony wolności religijnej w porządku wewnętrznym państw pochodzą z czasów cesarstwa rzymskiego. Pojawienie się chrześcijaństwa przyniosło, nieznane światu starożytnemu, odróżnienie świeckiej sfery działalności państwa od sfery religijnej, a tym samym odróżnienie dwóch podmiotów władzy – religijnej i politycznej. Pod wpływem nauki chrześcijańskiej wydany został pierwszy akt ochrony wolności religijnej w państwie – Edykt mediolański z 313 r., który dla wolności religijnej miał przełomowe znaczenie¹. Data wydania tego edyktu wyznacza również kres pierwszych prześladowań chrześcijan, chociaż konflikty i wojny na tle religijnym trwają nadal, a liczba mordowanych wyznawców różnych religii przewyższa nawet sumę ofiar z czasów starożytności.

Ochronę uczuć religijnych z wolnością sumienia i religii łączy zarówno Trybunał Konstytucyjny, jak i Sąd Najwyższy². Jeszcze pod rządami poprzedniej Konstytucji Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Uczucia religijne, ze względu na ich charakter, podlegają szczególnej ochronie prawa. Bezpośrednio powiązane są bowiem z wolnością sumienia i wyznania, stanowiącą wartość konstytucyjną. Potwierdzają to także akty międzynarodowe. Dlatego też działania naruszające uczucia religijne mogą być przedmiotem zakazu ustawowego także wówczas, gdyby były podejmowane za pomocą środków służących realizacji wolności słowa”³. Natomiast Sąd Najwyższy orzekł, iż „Chroniąc wolność religii, chroni się sferę pojęć, wyobrażeń, przekonań i uczuć religijnych danej osoby. Możliwe jest więc wyróżnienie uczuć religijnych jako prawnie chronionego dobra osobistego”⁴ oraz: „Przedmiotem ochrony, do którego odnosi się przestępstwo z art. 196 k.k. jest – wynikające z wolności sumienia i wyznania – prawo do ochrony uczuć religijnych”⁵.

¹ K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 62.

² Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 325.

³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 stycznia 1991 r., sygn. K 11/90, OTK 1991, nr 1, poz. 2; stanowisko to zostało podtrzymane w orzeczeniu TK z dnia 7 czerwca 1994 r., sygn. K 17/93, OTK 1994, nr 1, poz. 11.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2004 r., sygn. I CK 484/03, OSNC 2005, nr 4, poz. 69.

⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 12/12, OSNKW 2012, nr 11, poz. 112. Uchwała ta rozstrzyga także spór o postać zamiaru sprawcy czynu

Warto podkreślić, że również Europejski Trybunał Praw Człowieka dostrzega konieczność ochrony uczuć religijnych: „Co do zasady można uważać za konieczne w niektórych demokratycznych społeczeństwach sankcjonowanie czy nawet zapobieganie niestosownym atakom na obiekty czci religijnej, jednak pod warunkiem, że sankcje są proporcjonalne do realizowanego celu prawnego”⁶. Biorąc pod uwagę rodzaj i wysokość sankcji karnych przewidzianych w polskiej ustawie karnej – art. 196 k.k.: grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, z całą pewnością można stwierdzić ich proporcjonalność i adekwatność do realizowanego celu prawnego, jakim jest ochrona wolności sumienia i religii. Statystyki kryminalne dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości⁷ dostarczają następujących informacji na temat częstotliwości osądzania czynów z art. 196 k.k. w ostatnich latach:

Rok	2008	2009	2010	2011	2012
Prawomocne skazania z art. 196 k.k.	7	13	6	0	9
Kara grzywny	3	1	1	0	2
Kara ograniczenia wolności	0	2	3	0	3
Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania	3	10	2	0	4
Kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia	1	0	0	0	0

Przytoczone dane statystyczne dowodzą tego, iż obraza uczuć religijnych należy do występów sporadycznie pojawiających się na wokandach sądowych. Z kolei, zdecydowana przewaga orzekanych kar o charakterze wolnościowym przeczy tezie, jakoby przepis art. 196 k.k. knebłował wolność słowa i swobodę artystyczną.

Zapobieganie nienawiści, którą może rodzić przynależność do określonego Kościoła czy związku wyznaniowego, stanowi ważne zadanie komentowanego przepisu, który nieprzypadkowo ściganie obrazy uczuć religijnych powierza działającemu w imieniu państwa oskarżycielowi publicznemu. Pro-

z art. 196 k.k., który to czyn sprawca może popełnić nie tylko z zamiarem bezpośrednim, ale też z zamiarem ewentualnym.

⁶ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 września 1994 r. w sprawie 13470/87, <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>, a także wyrok z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie 5493/72 Handyside v. Wielka Brytania, <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>.

⁷ <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>.

ponowane wcześniej zmiany polegające na przekształceniu trybu ścigania na prywatnoskargowy słusznie nie znalazły uznania większości parlamentarnej, ponieważ to właśnie na państwie, a nie tylko na obywatelu ciąży obowiązek zagwarantowania wolności myśli, sumienia i wyznania. Respektowanie wyborów jednostek, co do przyjęcia lub odrzucenia danego światopoglądu, wymaga zaangażowania aparatu państwowego w przypadkach jasnego naruszenia swobody wyznania, mającego miejsce w wymiarze publicznym. Z powyższych względów błędem byłoby przekształcenie trybu ścigania z publicznego na prywatny, jeżeli obraza uczuć religijnych polega na publicznym znieważaniu przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Skoro praktykowanie kultu ma wymiar nie tylko prywatny, ale także publiczny, nie można odmawiać pomocy państwa pokrzywdzonym danym działaniem sprawcy, który godzi w dobra nie tylko osoby składającej zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 196 k.k., ale również całej wspólnoty religijnej.

Koronnym argumentem przeciwników kryminalizacji obrazy uczuć religijnych jest, powodowane przez nią, rzekome ograniczanie wolności słowa, a przede wszystkim swobody artystycznej. Najbardziej medialne przypadki stosowania art. 196 k.k. to właśnie prowokacje artystów lub aspirujących do tego miana. Kluczowym wydaje się tutaj zdefiniowanie sztuki, choć niekiedy twierdzi się, że taka definicja nie istnieje. Słownikowe określenia sztuki są następujące: to dziedzina ludzkiej działalności artystycznej, wyróżniana ze względu na związane z nią wartości estetyczne (zwłaszcza piękno); jej wytwory stanowią trwały dorobek kultury⁸; to twórczość artystyczna, której wytworami są dzieła z zakresu literatury, muzyki, malarstwa itp., spełniające wymogi harmonii, estetyki, stanowiące trwały dorobek kultury⁹. Na uwagę zasługuje posługiwanie się w tych definicjach pojęciami piękna, harmonii, estetyki, zatem nie każdy wytwór ludzkiej działalności zasługuje na miano dzieła sztuki, mimo subiektywnego odczucia jego twórcy. Błędem jest rozszerzanie pojęcia sztuki i obejmowanie nim wszelkich przejawów ludzkiej działalności, nawet celowo rezygnującej z elementarnej estetyki, harmonii i piękna. Niektórzy uważają, że piękne jest to, co się komuś podoba, można o tym dyskutować, ale zdrowy rozsądek i logika nie pozwalają nazwać dziełem sztuki wszystkiego, co wykona człowiek. Wyznaczenie granic sztuki jest szczególnie trudne w epoce techniki elektronicznej, cyfrowej, gdzie nawet tandetne i szpetne prace mogą zyskać poklask znacznej grupy odbiorców. Spory w odniesieniu do charakteru danego dzieła mogą jednak rozstrzygać eksperci: historycy sztuki, absolwenci akademii sztuk pięknych czy uznani artyści. Korzystanie ze swobody artystycznej nie usprawiedliwia znieważania

⁸ Słownik języka polskiego PWN, R–Z, t. III, pod red. M. Szymczak, Warszawa 1998, s. 398.

⁹ Słownik współczesnego języka polskiego, t. 2, p–żyzny, Warszawa 1998, s. 391.

i pogardy dla innych wartości, w tym wolności religii. Artystyczny lub naukowy cel działań sprawcy nie jest wystarczający do wykluczenia znieważającego charakteru tych działań ze względu na ich formę¹⁰.

Kryminalizacja obrazy uczuć religijnych nie stoi w sprzeczności z zasadą neutralności światopoglądowej państwa, wręcz przeciwnie – dekryminalizacja tego czynu oznaczałaby przyzwolenie na naruszanie zasady wolności sumienia i wyznania. Zachowanie neutralności w sferze religii nakłada na państwo obowiązek zagwarantowania możliwości wyboru religii i jej praktykowania w wymiarze prywatnym i publicznym. Państwo powinno reagować zarówno w przypadku zmuszania do wyznawania wiary, porzucenia jej, jak i w przypadku zmuszania do odbioru treści uwłaczających członkom wspólnot religijnych. Nie oznacza to zakazu krytyki religii, jej dogmatów i przedstawicieli, jednak należy odróżnić polemikę na temat religii od prymitywnych i wyraźnie obraźliwych wypowiedzi i działań dotyczących sfery sacrum. Państwo nie pozostaje neutralne, kiedy zezwala na znieważanie przedmiotów i miejsc czci religijnej, a przepisy o zniewadze i zniesławieniu dotyczące pojedynczej osoby nie zastępują przepisu chroniącego całe wspólnoty religijne. Trzeba pamiętać, iż zasada neutralności światopoglądowej państwa wywodzi się właśnie z czasów starań chrześcijaństwa o swobodę przekonań, którą gwarantował wspomniany wcześniej Edykt mediolański z 313 r.

Wbrew twierdzeniom M. Pietrzaka¹¹ art. 196 k.k. nie narusza konstytucyjnego nakazu równego traktowania wyznawców różnych religii i niewierzących, ponieważ trudno wskazać odpowiedni przedmiot czci lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów, których znieważenie powodowałoby obrażenie osób niewierzących¹². Wewnętrznie sprzeczne jest stanowisko, jakoby osoby areligijne miały uczucia religijne, zaś wskazany wyżej przepis chroni uczucia religijne, a nie przekonania religijne, choć w doktrynie prawa karnego wyrażano poglądy przeciwne¹³. W art. 196 k.k. *expressis verbis* mowa jest o uczuciach, a nie przekonaniach religijnych, i tak, jak na przykład art. 149 k.k. dotyczy jedynie matki w okresie porodu, zaś art. 200 k.k. dotyczy małoletniego poniżej lat 15, tak art. 196 k.k. odnosi się jedynie do osób wierzących. Nie uprzywilejowuje on tej grupy osób, lecz

¹⁰ W. Wróbel, (w:) A. Zol (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2, Warszawa 2006, s. 554.

¹¹ M. Pietrzak, Ochrona wolności sumienia i wyznania na gruncie prawa karnego i cywilnego, (w:) A. Mikulska, Wolność myśli, sumienia i wyznania. Poradnik prawny, Warszawa 2003, s. 65–66.

¹² E. Kruchoń, Przestępstwo obrazy uczuć religijnych, Prokuratura i Prawo 2011, nr 2, s. 39–40.

¹³ Por. A. Wąsek, Przestępstwa przeciwko przekonaniom religijnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, Państwo i Prawo, 1995, nr 7, s. 37–38; J. Wojciechowska, Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 1, Warszawa 2004, s. 730; P. Kozłowska-Kalisz, Komentarz do art. 196 Kodeksu karnego, LEX Omega.

stanowi narzędzie do reagowania na przypadki łamania wolności religijnej, tej samej wolności, dzięki której ateści czy agnostycy mogą wybrać swój światopogląd. Można powiedzieć, że ofiarami przestępstwa obrazy uczuć religijnych są tylko osoby wierzące. W przepisie tym posłużono się liczbą mnogą, należy zatem przyznać rację w sporze, co do minimalnej liczby osób pokrzywdzonych czynem z art. 196 k.k., J. Warylewskiemu, który uważa, że muszą to być co najmniej dwie osoby¹⁴.

Obraza uczuć religijnych należy do tej kategorii przestępstw, które budzą spore emocje i cieszą się zainteresowaniem środków społecznego przekazu, gdyż ich sprawcami bywają przedstawiciele świata sztuki, kultury, polityki. Mimo że w ostatnich latach liczba prawomocnych wyroków w sprawach o ten występki nie przekracza 13, debata publiczna na temat zasadności kryminalizacji czynu z art. 196 k.k. wraca co pewien czas, podobnie jak kolejne propozycje nowelizacji kodeksu karnego. Wydaje się, że muszą istnieć konkretne narzędzia gwarantujące obowiązywanie zasady wolności sumienia i wyznania. Niewątpliwie należy do nich art. 196 k.k. i nie ma potrzeby zmiany prawa w tym zakresie, chyba że chcemy postawić wolność słowa i twórczości nawet pseudoartystycznej ponad wolnością sumienia i wyznania.

Grounds for criminalizing insults to religious feelings

Abstract

An attempt to quash Article 196 of the Penal Code triggers the reflection on criminalizing offenses towards religious feelings, which offences include insulting attacks on objects of religious veneration or places of public religious worship or rituals. Offences related to insults to religious feelings are considered provoking emotional reactions and a focus for mass media as perpetrators tend to belong to artistic, cultural, or political circles.

¹⁴ J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 372.

Justyna Żylińska

Prawny obowiązek zawiadomienia o niektórych przestępstwach (art. 240 k.k.)

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest obowiązek zawiadomienia o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego w świetle zasad odpowiedzialności z tytułu niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, wynikających z przepisu art. 240 § 1 k.k. Autorka skupiła uwagę na analizie następujących zagadnień: podmiotu przestępstwa, strony podmiotowej i przedmiotowej, okoliczności uchylających odpowiedzialność, a także sankcji karnych przewidzianych za popełnienie przestępstwa z art. 240 § 1 k.k.

I

Prawna dopuszczalność wszczęcia postępowania karnego uwarunkowana jest istnieniem co najmniej takiego zespołu danych, który obiektywnie uprawdopodobnia fakt popełnienia przestępstwa, subiektywnie zaś wywołuje co do takiego faktu u organu ścigania wysoki stopień podejrzenia¹. Dane te mogą pochodzić z różnych źródeł, a więc nie tylko z działalności organów ścigania, której przedmiotem jest wykrywanie przestępstw i ujawnianie sprawców, ale również z zawiadomienia o popełnionym przestępstwie, pochodzącego od podmiotów realizujących prawny lub społeczny obowiązek denuncjacji, jak również z takich źródeł, jak np.: anonimy, samooskarżenia, publikacje prasowe oraz audycje radiowe i telewizyjne².

W praktyce karno-procesowej najpowszechniejszym zewnętrznym źródłem informacji o przestępstwie jest zawiadomienie o przestępstwie. Wydaje się to również dostrzegać ustawodawca, bowiem formułujący podstawę wszczęcia śledztwa, a na podstawie przepisu art. 325a § 2 k.p.k. w zw. z art. 303 k.p.k. dotyczący także wszczęcia dochodzenia, przepis art. 303 k.p.k. eksponuje to źródło informacji, stanowiąc, że postanowienie o wszczęciu śledztwa wydaje się z urzędu (gdy w sprawie nie wpłynęło zawiadomienie

¹ T. Grzegorzczak, J. Tyłman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2009, s. 610.

² Zob. szerzej S. Stachowiak, Źródła informacji o popełnionym przestępstwie w polskim postępowaniu karnym, Prokuratura i Prawo 2005, nr 2, s. 29–33.

o przestępstwie, a wiarygodna informacja o przestępstwie – pozwalająca przyjąć, że zachodzi uzasadnione podejrzenie jego popełnienia – pochodzi np. z działalności operacyjnej Policji lub ze środków masowego przekazu³) lub na skutek zawiadomienia o przestępstwie.

W kwestii interpretacji pojęcia „zawiadomienie o przestępstwie” podkreślić należy, że w literaturze przedmiotu definiowane jest ono najczęściej jako skierowane do organów ścigania oświadczenie wiedzy składającego je podmiotu, odnoszące się do faktu popełnienia czynu zabronionego⁴. Jednocześnie akcentowana jest jego rola jako impulsu do wszczęcia procesu karnego, a także zwraca się uwagę na fakt, że obowiązek jego złożenia w sprawach ściganych z urzędu sprzyja realizacji zasady legalizmu, stanowiąc jej istotne zabezpieczenie⁵. W kontekście analizowanego pojęcia celowe jest również zwrócenie uwagi, że określenie to używane jest nie tylko w znaczeniu materialnym, tj. na oznaczenie czynności polegającej na przekazaniu przez osobę w formie ustnej lub pisemnej, w imieniu własnym lub reprezentowanego podmiotu, pozaprocesowego oświadczenia wiedzy o okolicznościach faktycznych będących immanentną treścią zdarzenia ocenianego jako przestępstwo, składanego przezeń w celach procesowych i przyjęciu go przez organ zobowiązany do ścigania przestępstw⁶. Termin ten używany jest również w sensie procesowym na oznaczenie dokumentu, w którym oświadczenie to zostało utrwalone przez składającego oświadczenie lub przyjmujący je organ ścigania, a więc akt dokumentujący informację o przestępstwie. Celem takiego dokumentu jest stwierdzenie, że pewna okoliczność w chwili jego sporządzenia zaistniała. Jest on przy tym źródłem dowodowym, a jego treść środkiem dowodowym⁷.

Prawne regulacje odnoszące się do zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa zawarto nie tylko we wspomnianym powyżej Kodeksie postępowania

³ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, t. II: Komentarz do artykułów 297–467, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, t. II, s. 39–40.

⁴ Zob. K. Dudka, Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie a odpowiedzialność pokrzywdzonego za czyn z art. 240 k.k., Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2005, z. 1, s. 104; M. Lipczyńska, Zawiadomienie o przestępstwie, Problemy Kryminalistyki 1965, nr 56–57, s. 485; R. Ponikowski, Aspekty procesowe i kryminalistyczne pierwszej informacji o przestępstwie, Nowe Prawo 1973, nr 5, s. 675; W. Sych, Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 70.

⁵ J. Łupiński, Społeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie, Prokuratura i Prawo 2009, nr 1, s. 131; J. Tyłman, Reforma modelu postępowania przygotowawczego, (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci prof. M. Cieślaka, Kraków 1993, s. 472; B. Wójcicka, Sytuacja prawna pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle projektu k.p.k., (w:) Reforma prawa karnego, Łódź 1994, s. 53; J. Grajewski, L. K. Pa-przycki, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Sopot 2000, s. 413.

⁶ J. Łupiński, *ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 132.

nia karnego⁸, ale także Kodeksie karnym⁹ oraz w ustawach szczególnych, nakładających na określone kategorie podmiotów obowiązek zawiadomienia o popełnieniu pewnej kategorii przestępstw. Akty te stanowią o obowiązku złożenia zawiadomienia, w różny sposób normując charakter prawny i zakres przedmiotowy tego obowiązku, jak też krąg podmiotów zobowiązanych do jego realizacji.

Ustawa karno-procesowa w przepisie art. 304 § 1 k.p.k. stanowi o tzw. powszechnym społecznym obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, ciążącym na każdym, kto dowiedział się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu. Natomiast kolejny paragraf przywołanego unormowania nakłada na instytucje państwowe i samorządowe prawny obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, jeżeli instytucje te dowiedziały się o jego popełnieniu w związku ze swą działalnością (indywidualny prawny obowiązek denuncjacji ciążący na instytucjach państwowych i samorządowych). Na powszechny i zarazem prawny obowiązek denuncjacji, ograniczony jednak przedmiotowo do taksonomicznie wymienionych w tym przepisie czynów zabronionych, wskazuje przepis art. 240 § 1 k.k. (indywidualny obowiązek prawny ciążący na określonych podmiotach w zawężonym zakresie). Obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa nakładają na określone kategorie podmiotów również przepisy zamieszczone w ustawach szczególnych (indywidualny obowiązek prawny ciążący na określonych podmiotach w zawężonym zakresie, przewidzianym w przepisach szczególnych)¹⁰.

Przedmiotem rozważań podjętych w ramach niniejszego opracowania uczyniono obowiązek zawiadomienia o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego w świetle zasad odpowiedzialności z tytułu niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, wynikających z przepisu art. 240 § 1 k.k., skupiając się na analizie takich kwestii, jak: podmiot przestępstwa, strona podmiotowa i przedmiotowa, okoliczności uchylające odpowiedzialność oraz sankcje karne przewidziane za popełnienie tegoż przestępstwa. W opracowaniu odniesiono się także do unormowań ustawy karno-procesowej oraz ustaw szczególnych, nakładających na określone kategorie podmiotów obowiązek zawiadomienia o popełnieniu pewnej kategorii przestępstw. Dystansując się, z uwagi na przedmiot niniejszego opracowania, od analizy szczegółowych przesłanek, które warunkują aktualizację obowiązku denuncjacji we wskazanych powyżej kategoriach obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, zasygnalizowano występujące

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

¹⁰ Zob. P. Kardaś, Odpowiedzialność za nadużycie władzy publicznej w przypadku niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 7–8, s. 5–6.

pomiędzy nimi zasadnicze różnice. Badanie powyższych kwestii oparto na wykładni obowiązujących przepisów oraz analizie poglądów doktryny i judykatury.

II

Każda osoba mająca wiarygodną informację o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu jednego z czynów zabronionych, wyliczonych enumeratywnie w art. 240 § 1 k.k., ma obowiązek niezwłocznego zawiadomienia o tym organu powołanego do ścigania przestępstw. Nie zawiadamiając o tym, popełnia przestępstwo stypizowane w art. 240 § 1 k.k. Podmiotem tegoż przestępstwa może być bowiem każdy (przestępstwo ogólnosprawcze) mający wiarygodną informację o jednym z wymienionych w nim przestępstw, bez względu na stan jego zaawansowania (przygotowanie, usiłowanie lub dokonanie)¹¹, przy czym – co podkreślił Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 5 lutego 2009 r. – penalizuje się zachowania nie sprawców przestępstwa pierwotnego czy sprawców, którzy informując organy ścigania o popełnionym przestępstwie katalogowym, mogliby narazić się na odpowiedzialność karną z powodu popełnienia jakiegokolwiek innego przestępstwa, pozostającego w ścisłym związku z przestępstwem pierwotnym, lecz osób, które w żaden sposób nie uczestniczyły w popełnieniu przestępstwa, a mają wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu przestępstwa wymienionego w art. 240 § 1 k.k. i nie zawiadamiają niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw¹².

Takie ujęcie warunkuje pytanie, czy obowiązek zawiadomienia wynikający z art. 240 k.k. odnosi się także do podmiotów, które z racji wykonywanego zawodu powinny zachować w tajemnicy okoliczności, o których dowiedziały się wykonując czynności zawodowe, innymi słowy, czy zawodowa poufność w zderzeniu z interesami wymiaru sprawiedliwości będzie miała pierwszeństwo. Jednoznacznej odpowiedzi na tak postawione pytanie doktryna jednak nie udziela. L. Gardocki formułuje pogląd, że obowiązek zawiadomienia, przewidziany w art. 240 k.k., powoduje uchylenie tajemnicy dziennikarskiej i tajemnicy lekarskiej, nie ma natomiast, ze względu na tajemnicę adwokacką, obowiązku zawiadomienia o przestępstwach wskazanych w art. 240 k.k. adwokat, który uzyskał wiadomość w związku z udzieleniem pomocy prawnej, ani duchowny, który dowiedział się o przestępstwie podczas

¹¹ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 21 października 2004 r., sygn. II AKa 200/04, KZS 2004, nr 11, poz. 12.

¹² Wyrok SA w Lublinie z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. II AKa 3/09, KZS 2009, nr 5, poz. 59. Zob. również: W. Daszkiewicz, Samooskarżenie a prawo do milczenia, Państwo i Prawo 1974, nr 2, s. 7; M. Szewczyk, Zawiadomienie o przestępstwie – obowiązek i uprawnienie, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1972, s. 101 i nast.

spowiedzi¹³. Również M. Szewczyk wyraża opinię, że w świetle przepisu art. 178 k.p.k. adwokat – obrońca i duchowny – spowiednik mają bezwzględny obowiązek zachowania tajemnicy i w związku z tym, w zakresie tego obowiązku, zwolnieni są z obowiązku określonego w art. 240 § 1 k.k. Jednocześnie podkreśla, że tajemnica zawodowa lekarza i dziennikarza nie zwalnia od obowiązku określonego w art. 240 k.k.¹⁴.

Z powyższym stanowiskiem polemizuje A. Marek, dzieląc pogląd co do uchylecia tajemnicy zawodowej, w tym dziennikarskiej i lekarskiej, przez karnoprawny obowiązek zawiadomienia wynikający z art. 240 k.k., jednocześnie za nietrafne uznaje stanowisko, że obowiązku zawiadomienia o przestępstwach wskazanych w art. 240 k.k. nie ma adwokat, który uzyskał wiadomość w związku z udzieleniem pomocy prawnej, ani duchowny, który dowiedział się o przestępstwie w trakcie spowiedzi. Swój pogląd argumentuje tym, że art. 178 k.p.k. ustanawia jedynie zakazy dowodowe, np. zakaz przesłuchiwania na okoliczności, o których obrońca dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę; nie uchyla on natomiast powszechnego obowiązku zawiadamiania o najcięższych zbrodniach¹⁵.

Obowiązek zawiadomienia o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego wymienionego w przepisie art. 240 § 1 k.k. ma również pokrzywdzony. Pogląd ten aczkolwiek aprobowany w doktrynie, z perspektywy aksjologicznej jest trudny do zaakceptowania¹⁶. Podkreśla się, że jest to sprzeczne z *ratio legis* tego przepisu, który jest skierowany nie przeciwko pokrzywdzonemu, ale przeciwko innym osobom, które dowiedziały się o popełnieniu jednego z przestępstw w nim określonych, a więc przede

¹³ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2008, s. 294. Zob. także L. Wilk, Obowiązek denuncjacji w prawie karnym (art. 240 k.k.), Prokuratura i Prawo 1999, nr 1, s. 39; odnośnie do obowiązku powiadomienia o przestępstwie wskazanym w art. 240 k.k. w kontekście zachowania tajemnicy zawodowej przez: lekarza – zob. A. Augustynowicz, Tajemnica zawodowa lekarza a współdziałanie z organami ścigania, Prawo i Medycyna 2008, nr 4, LEX nr 94145/1; przez radcę prawnego – zob. K. Brocławik, M. Czajka, Prawokarne aspekty ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Część II: Zagadnienia procesowe, Radca Prawny 2001, nr 4, LEX teza nr 45076/5; przez notariusza – zob. C. P. Kłak, Notariusz i samorząd notarialny a obowiązek zawiadomienia o przestępstwie, Nowy Przegląd Notarialny 2013, nr 1 (55), s. 45–46.

¹⁴ M. Szewczyk, (w:) A. Zoll (red.), A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kodeks karny. Część szczególna, t. II: Komentarz do art. 117–277, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, LEX – komentarz do art. 240, tezy nr 7–10.

¹⁵ A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2009, s. 615–616.

¹⁶ Zob. K. Dudka, Prawny obowiązek..., *op. cit.*, s. 110; T. Razowski, (w:) J. Giezek (red.), D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, Kodeks karny, Część szczególna. Komentarz, LEX 2014 – komentarz do art. 240, tezy nr 4–10.

wszystkim świadkom czynu¹⁷. Jednocześnie K. Dudka zwraca uwagę, iż wyłączenie karalności pokrzywdzonego, który wyczerpał znamiona czynu zabronionego w art. 240 § 1 k.k., można uzasadniać błędem co do prawa, jeżeli oświadcza on, że nie zdawał sobie sprawy z faktu, iż niezawiadomienie o przestępstwie jest przestępstwem. W analizowanej sytuacji może on również powołać się na błąd co do znamion, jako okoliczności wyłączającej winę, twierdząc na przykład, że nie zawiadomił organów ścigania o fakcie przestępstwa, które zagroziło lub naruszyło jego dobro w przekonaniu, że organy już wiedzą o tym fakcie z doniesienia innych osób. Jako trzecią możliwość wyłączenia karalności pokrzywdzonego za przestępstwo z art. 240 § 1 k.k. K. Dudka wskazuje uznanie, iż nie realizując prawnego obowiązku zawiadomienia o przestępstwie, pokrzywdzony popełnił czyn o nikomym stopniu społecznej szkodliwości¹⁸.

Zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 240 § 1 k.k. polega na niezawiadomieniu organu powołanego do ścigania przestępstw przez osobę mającą wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynów zabronionych, które zostały enumeratywnie wymienione w przepisie art. 240 § 1 k.k. Czyn zabroniony ma formę zaniechania i wymaga umyślności, przy czym może to być nie tylko zamiar bezpośredni, ale także zamiar ewentualny¹⁹.

Wśród czynów zabronionych – objętych karnoprawnym obowiązkiem zawiadomienia – art. 240 § 1 k.k. wymienia następujące:

I. w ramach przestępstw przeciwko ludzkości i przestępstw wojennych:

- ludobójstwo (art. 118 k.k.),
- zamach przeciwko ludności (art. 118a k.k.),
- stosowanie środków masowej zagłady zakazanych przez prawo międzynarodowe (art. 120 k.k.),
- wytwarzanie, gromadzenie, nabywanie, zbywanie, przechowywanie oraz przesyłanie środków masowej zagłady; prowadzenie badań mających na celu wytwarzanie lub stosowanie takich środków (art. 121 k.k.),
- stosowanie niedopuszczalnych sposobów lub środków walki (art. 122 k.k.),
- zamach na życie lub zdrowie jeńców wojennych lub ludności cywilnej (art. 123 k.k.),
- przestępne naruszenia prawa międzynarodowego (art. 124 k.k.);

II. w ramach najcięższych przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej i obronności:

¹⁷ K. Dudka, Prawny obowiązek..., *op. cit.*, s. 110.

¹⁸ *Ibidem*, s. 110–111.

¹⁹ A. Marek, Prawo..., *op. cit.*, s. 625.

- zamach stanu (art. 127 k.k.),
 - zamach na konstytucyjny organ RP (art. 128 k.k.),
 - szpiegostwo (art. 130 k.k.),
 - zamach na życie Prezydenta RP (art. 134 k.k.),
 - zamach na jednostkę sił zbrojnych RP. (art. 140 k.k.);
- III. w ramach przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu:
- zabójstwo (art. 148 k.k.),
 - spowodowanie zdarzenia powszechnie niebezpiecznego (art. 163 k.k.),
 - zawładnięcie statkiem wodnym lub powietrznym (art. 166 k.k.);
- IV. w ramach przestępstw przeciwko wolności:
- pozbawienie wolności (art. 189 k.k.);
- V. wzięcie zakładnika jako forma przemocy wobec instytucji i osób:
- wzięcie zakładnika (art. 252 k.k.),
 - a także przestępstwa o charakterze terrorystycznym (w rozumieniu art. 115 § 20 k.k.²⁰).

Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca w przepisie art. 240 § 1 k.k. nie używa terminu „przestępstwo” – tak jak to czynił art. 254 k.k. z 1969 r.²¹, penalizującym przestępstwo uchylania się od denuncjacji – lecz szerszego określenia „czyn zabroniony”. W konsekwencji – co podkreśla S. Cora – z punktu widzenia obowiązku złożenia doniesienia o przestępstwie jest bez znaczenia, czy sprawca czynów objętych obowiązkiem zawiadomienia podlega odpowiedzialności karnej, czy też nie²².

Obowiązek zawiadomienia powstaje wówczas, gdy wiadomość o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynów zabronionych, które zostały enumeratywnie wymienione w przepisie art. 240 § 1 k.k., posiada przymiot wiarygodności – jest oparta na ocenie przedmiotowej i podmiotowej oraz w odczuciu zawiadamiającego zgodna z rzeczywistością²³. Przy czym owa pewność nie musi być stuprocentowa, aczkolwiek stopień tego, iż czyn

²⁰ Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony, zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu: poważnego zastraszenia wielu osób, zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności, wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego czynu (art. 115 § 20 k.k.).

²¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.; uchylona na podstawie art. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.

²² S. Cora, Z problematyki zawiadomienia o przestępstwie, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, nr 2, LEX nr 38887/2.

²³ B. Gronowska, Ochrona uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym. Zagadnienia karnoprocesowe i wiktymologiczne, Toruń 1989, s. 27; W. Sych, Wpływ pokrzywdzonego..., *op. cit.*, s. 70.

zabroniony miał miejsce, musi być znaczny²⁴, co wymaga takiego stopnia uprawdopodobnienia, że u każdego człowieka rozsądnie oceniającego fakty powinna wywołać podejrzenie co do zaistnienia przestępstwa (np. znalezienie zwłok)²⁵. Uprawdopodobnienie – na co zwraca uwagę S. Cora – związane jest z koniecznością zrealizowania następujących warunków:

- obiektywnego – tzw. obiektywnej przekonywalności dowodów, czyli oparcia wiadomości uznanej za wiarygodną na takich dowodach, w świetle których fakt popełnienia przestępstwa nie budzi wątpliwości u każdego normalnie oceniającego człowieka; istniejące dowody w sposób obiektywny uprawdopodobniają fakt popełnienia przestępstwa i tym samym czynią wiadomość o nim wiarygodną;
- subiektywnego, związanego z osobą zawiadamiającą o przestępstwie, a polegającego na wewnętrznym przekonaniu tej osoby o fakcie popełnienia przestępstwa opartym na istniejących dowodach²⁶.

W praktyce karno-procesowej do organów powołanych do ścigania przestępstw często trafiają zawiadomienia o popełnieniu czynu zabronionego, które nie zostają później potwierdzone. Nie oznacza to jednakże, iż w takim wypadku mamy do czynienia z fałszywym zawiadomieniem, gdyż termin ten definiuje się jako zawiadomienie organu ścigania o przestępstwie ze świadomością, że go nie popełniono (art. 238 k.k.).

Obowiązek zawiadomienia, jak stanowi przepis art. 240 k.k., powinien zostać dokonany „niezwłocznie”. To nieostre pojęcie należy rozumieć jako „bez zbędnej zwłoki”, w możliwie najkrótszym terminie od momentu powzięcia wiarygodnej informacji o popełnieniu przestępstwa. W kontekście omawiania tego zagadnienia celowe jest zwrócenie uwagi na fakt, iż niedochowanie tego wymogu i zawiadomienie organu ze zwłoką, to jest w czasie wykraczającym poza racjonalny, możliwie najkrótszy czas od chwili bezpośredniego czy pośredniego powzięcia informacji o czynie zabronionym, skutkuje odpowiedzialnością za analizowane przestępstwo²⁷.

W doktrynie odnajdujemy również pogląd, że znamiona przestępstwa uchylania się od denuncjacji spełnione są nie tylko wówczas, gdy nie zawiadamia się o wymienionych czynach w ogóle lub zawiadamia się ze zwłoką, ale także wówczas, gdy zawiadamia się wprawdzie niezwłocznie, lecz zataja się przy tym świadomie znane denuncjatorowi istotne okoliczności czynu

²⁴ Zob. M. Mozgawa (w:) M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, Kodeks karny. Komentarz, LEX 2013 – komentarz do art. 240, teza nr 5.

²⁵ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, LEX 2010 – komentarz do art. 240, teza nr 2.

²⁶ S. Cora, Z problematyki..., *op. cit.*, LEX nr 38887/3.

²⁷ K. Dudka, Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych, Lublin 2006, s. 64. Zob. także T. Razzowski, (w:) J. Giezek (red.), D. Gruszecka i in., Kodeks..., *op. cit.*, komentarz do art. 240, tezy nr 4–10.

zabronionego (przedmiotowe lub podmiotowe)²⁸. Warunkuje to pytanie o zakres zawiadomienia, o to jakiego rodzaju informacje należy przekazać organowi powołanemu do ścigania przestępstw, by uczynić zadość prawnemu obowiązkowi denuncjacji – czy wystarczające jest wskazanie faktów indywidualizujących przestępstwo, składających się na znamiona, czas i miejsce czynu oraz osobę sprawcy, czy też dodatkowo należy wskazać np. miejsce zamieszkania/ukrywania się sprawcy, jego rysopis itd. Innymi słowy, czy denuncjator powinien tak jak świadek powiedzieć wszystko, co mu wiadomo, niczego nie zatajając?

Wskazówek w tym zakresie nie dostarcza art. 240 k.k., jak to czynił przepis art. 254 d.k.k., który wskazywał na konieczność zawiadomienia o fakcie przestępstwa i okolicznościach jego popełnienia oraz o miejscu, w którym sprawca przebywał lub przebywa. Różnie też kwestia ta jest ujmowana w doktrynie – odnajdujemy bowiem poglądy wskazujące na szerokie rozumienie obowiązku denuncjacji. Ich przykładem jest opinia J. Bafii, K. Miodulskiego i M. Siewierskiego, formułowana na gruncie art. 254 § 1 d.k.k., którzy uznają, iż zawiadamiający powinien zakomunikować organowi ścigania wszystko, co mu o tym przestępstwie wiadomo²⁹. Równie szeroko zakres zawiadomienia określa M. Szewczyk, podkreślając, że obowiązkiem zawiadomienia objęta jest każda okoliczność uzyskana w sposób wiarygodny, a o jej wadze lub przydatności decyduje organ powołany do ścigania, a nie osoba wiadomość tę posiadająca³⁰. W doktrynie odnajdujemy również poglądy zawężające zakres danych objętych zawiadomieniem do niektórych tylko informacji. J. Mikos i J. Sobolewski ograniczają je do tych, które indywidualizują przestępstwo, a więc do faktów składających się na znamiona ustawowe, czas i miejsce czynu oraz osobę sprawcy. Przytaczanie innych danych (np. dane świadków, miejsce ukrycia sprawcy itd.), według tych autorów, aczkolwiek wskazane to nie jest konieczne, a co za tym idzie, umyślne pominięcie tych danych nie stwarza podstawy do odpowiedzialności karnej za doniesienie o przestępstwie³¹.

Mając na uwadze powyższe, wydaje się, iż z racji tego, że ustawa nie formułuje wymogów odnośnie do zakresu obowiązku denuncjacji, nie należy zbyt szeroko ujmować zakresu informacji, które powinny zostać przekazane organowi powołanemu do ścigania przestępstw. Ich zakresem należy zatem objąć informacje odnoszące się ściśle do czynu i osób, które brały w nim

²⁸ Zob. T. Razowski, (w:) J. Giezek (red.), *ibidem*, teza nr 11.

²⁹ J. Bafia, K. Miodulski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Warszawa 1987, s. 428.

³⁰ M. Szewczyk, (w:) A. Zoll (red.), A. Barczak-Oplustil i in., *Kodeks...*, *op. cit.*, LEX – komentarz do art. 240, teza nr 15.

³¹ Zob. J. Mikos, Z. Sobolewski, *Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, *Problemy Kryminalistyki* 1967, nr 60, s. 159–160; cyt. za: L. Wilk, *Obowiązek denuncjacji w prawie karnym* (art. 240 k.k.), *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 1, s. 31.

udział w konkretnym czasie i miejscu. *De lege ferenda* należałoby doprecyzować wymogi odnoszące się do zakresu realizacji prawnego obowiązku denuncjacji i wskazać ogólną regułę interpretacyjną. Nie sposób nie zgodzić się z L. Wilkiem, że mogłoby to polegać na wyrażeniu wymogu, aby zawiadamiający poinformował o istotnych okolicznościach czynu, w szczególności tych, które mogą się przyczynić do ustalenia sprawcy czynu oraz zapobieżenia dokonaniu lub powtórzeniu czynu³².

Ustawa karna w przypadku przestępstwa niezawiadomienia o przestępstwie wskazuje na okoliczności pozwalające na uchylenie odpowiedzialności karnej w wypadku popełnienia tego przestępstwa.

Mianowicie, nie popełnia tegoż przestępstwa, kto zaniechał zawiadomienia, mając dostateczną podstawę do przypuszczenia, że organ wie o przygotowywanym, usiłowanym lub dokonanym czynie zabronionym. Przekonanie to – na co zwraca uwagę A. Marek – musi być uzasadnione okolicznościami (np. zdarzenie zaistniało w miejscu publicznym, powstrzymujący się od zawiadomienia zaobserwował obecność funkcjonariuszy Policji w podejrzanym miejscu itp.)³³. Nie popełnia przestępstwa również ten, kto zapobiegł popełnieniu przygotowywanego lub usiłowanego czynu zabronionego określonego w § 1.

Nadto, przepis art. 240 § 3 k.k., w nawiązaniu do zasady *nemo se ipse accusare tenetur*, stanowi, że nie podlega karze, kto zaniechał zawiadomienia z obawy przed odpowiedzialnością grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu. Przepis ten nie dotyczy sprawców przestępstwa pierwotnego, gdyż oni nie mają obowiązku denuncjacji. Dotyczy tych, którzy donosząc o czynach zabronionych popełnionych przez inne osoby, mogliby przy tym zdradzić się z popełnieniem jakiegokolwiek innego – własnego przestępstwa. Stanowisko to znajduje wyraz w judykacie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 stycznia 2005 r., w którym Sąd podkreślił, że przepis art. 240 § 3 k.k. nie dotyczy sprawców przestępstwa pierwotnego – w tej sprawie osób stojących pod zarzutem popełnienia przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. – ponieważ na nich nie ciąży obowiązek denuncjacji. Dotyczy zatem tych, którzy donosząc o czynach zabronionych innych osób – niezależnie od ich formy stadialnej – wskazanych w § 1 art. 240 k.k. mogliby przy tej sposobności zdradzić się z popełnieniem jakiegokolwiek innego – własnego przestępstwa³⁴.

Przestępstwo z art. 240 k.k. jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3.

³² L. Wilk, Obowiązek denuncjacji..., *op. cit.*, s. 33.

³³ A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2009, s. 615.

³⁴ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 stycznia 2005 r., sygn. II AKa 345/04, OSA 2006, nr 6, poz. 31.

III

Analizując powszechny społeczny obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w kontekście indywidualnego obowiązku prawnego, wynikającego z art. 240 § 1 k.k., nie sposób nie zauważyć, że jego zakres przedmiotowy jest szerszy. Obejmuje on powinność zawiadomienia odnośnie do wszystkich przestępstw ściganych z urzędu, podczas gdy indywidualny obowiązek prawny, wynikający z art. 240 § 1 k.k., dotyczy wyłącznie czynów zabronionych, enumeratywnie wymienionych w tym przepisie.

Kolejna różnica dotyczy tego, że indywidualny obowiązek prawny powstaje wówczas, gdy podmiot zobowiązany posiada „wiarygodną wiadomość” o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub popełnieniu któregośkolwiek z czynów zabronionych wymienionych w przepisie art. 240 § 1 k.k. Chodzi zatem nie o jakąkolwiek wiadomość o przestępstwie, lecz wyłącznie o wiadomość spełniającą określony warunek jakościowy³⁵. Tego rodzaju „obwarowań” nie zawarł ustawodawca w przepisie art. 304 § 1 k.p.k. Redakcja tego unormowania wskazuje bowiem, iż obowiązek zawiadomienia należy zrealizować w sytuacji „dowiedzenia się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu”. W doktrynie – na co zwraca uwagę J. Łupiński – akceptuje się funkcjonalny punkt widzenia, według którego istotą współdziałania obywateli z organami jest ich działanie wyrażające się przekazaniem informacji o popełnieniu przestępstwa, mające na celu udzielenie pomocy organom wymiaru. Stosownie do powyższego założenia przyjmuje się, że zawiadamiający nie ma obowiązku weryfikować tych wiadomości, które nie muszą być obiektywnie prawdziwe. Wystarczy, aby przewidywał on prawdziwość posiadanych informacji o popełnieniu przestępstwa i zamierzał przekazać je organom ścigania. Przy takim założeniu, zawiadomieniem o przestępstwie będzie również przekazanie przez zawiadamiającego niesprawdzonych pogłosek, przypuszczeń i podejrzeń, a więc informacji wskazujących jedynie na pewien stopień wiarygodności³⁶. Jednocześnie – jak podkreśla autor – zawiadamiający powinien działać w granicach przeciętnej staranności, ujawniając organom ścigania wszystko, co wie na temat przestępstwa. Stąd też każdą przekazaną mu informację winien uważać za „dowiedzenie się o popełnieniu przestępstwa”, a miarę przeciętnej staranności stosować dla odrzucenia wiadomości w sposób oczywisty niezgodnych z rzeczywistością lub mogących wyczerpać znamiona przestępstwa fałszywego oskarżenia innej osoby z art. 234 k.k.³⁷.

³⁵ T. Razowski, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks...*, op. cit., LEX 2014 – komentarz do art. 240, teza nr 6.

³⁶ J. Łupiński, *Spółeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 1, s. 140.

³⁷ *Ibidem*.

Różnica dotyczy także sankcji związanych z niedopełnieniem obowiązku. Powszechny społeczny obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa stanowi klasyczne *lex imperfecta*, gdyż jego realizacja nie jest zabezpieczona żadną sankcją karną, cywilną czy też administracyjno-prawną, a jedynie podlega ocenie w sferze moralnej; w przypadku jego niezrealizowania, mogą być stosowane sankcje społeczne, przejawiające się napiętnowaniem w stosunkach społecznych³⁸.

Realizacja tego obowiązku jest wyrazem wysokiej świadomości prawnej obywateli i ich poczucia praworządności – im wyższa kultura prawna obywateli i głębsze poczucie więzi społecznych, tym częstsze jest wypełnianie obowiązku, o którym mowa w art. 304 § 1 k.p.k.³⁹. Niestety praktyka karno-procesowa wskazuje – na co zwraca uwagę M. Lipczyńska – że napiętnowane w stosunkach społecznych jako zaniechanie źle świadczące o moralnym obliczu osoby nie zawsze występuje, a nawet zdarzają się przypadki potępienia społecznego zawiadomienia. Autorka motywuje tego rodzaju sytuacje elementami niezwiązanymi z prawem pozytywnym: uczuciem litości dla sprawcy lub jego najbliższych, usprawiedliwieniem pewnych motywów trudnymi warunkami materialnymi, pewnymi okolicznościami natury podmiotowej, jak wiek podeszły lub młody, potępieniem pokrzywdzonego lub pewnych układów społecznych itp.⁴⁰.

IV

Na kanwie omawianej problematyki zwrócić należy uwagę, że obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa spoczywa również na instytucjach państwowych i samorządowych, które w związku ze swoją działalnością dowiedziały się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu. Powzięcie tego rodzaju informacji w myśl art. 304 § 2 k.p.k. skutkuje powinnością zrealizowania określonych w tym unormowaniu obowiązków – niezwłocznego zawiadomienia o tym prokuratora lub Policji, a także koniecznością przedsięwzięcia niezbędnych czynności do czasu przybycia organu powołanego do ścigania przestępstw lub do czasu wydania przez ten organ stosownego zarządzenia, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów przestępstwa.

Niedopełnienie obowiązków wynikających z art. 304 § 2 k.p.k. może prowadzić do odpowiedzialności karnej osoby odpowiedzialnej na podstawie art. 231 § 1–3 k.k. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie nie tylko w doktry-

³⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks..., t. II: Komentarz..., *op. cit.*, s. 44.

³⁹ K. Dudka, Prawny obowiązek..., *op. cit.*, s. 106.

⁴⁰ M. Lipczyńska, Przestanki procesu karnego a zawiadomienie o przestępstwie, *Problemy Praworządności* 1981, nr 5, s. 19.

nie⁴¹, ale również w judykaturze. Sąd Najwyższy bowiem w orzeczeniu z dnia 12 lutego 2008 r. podkreślił, że niewykonanie nakazu przewidzianego w art. 304 § 2 k.p.k. może stanowić przestępstwo stypizowane w art. 231 § 1 lub 2 k.k. wówczas, gdy funkcjonariusz publiczny zobowiązany na podstawie tego przepisu do denuncjacji nie zawiadamia o przestępstwie ściganym z urzędu, pomimo świadomości tego, że je popełniono, oraz gdy sam ma świadomość tego, iż przekracza uprawnienia lub nie dopełnia obowiązków i przez to działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego⁴². Niedopełnienie obowiązku spoczywającego na instytucjach państwowych lub samorządowych może (aczkolwiek wcale nie musi) prowadzić do zastosowania art. 19 k.p.k.⁴³. Stanowi on, że w razie stwierdzenia w postępowaniu karnym poważnego uchybienia w działaniu instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, zwłaszcza gdy sprzyja ono popełnieniu przestępstwa, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, zawiadamia o tym uchybieniu organ powołany do nadzoru nad daną jednostką organizacyjną, zaś w razie potrzeby także organ kontroli. Policja powiadamia prokuratora o ujawnionych przez siebie uchybieniach (§ 1). Zawiadamiając o uchybieniu, sąd lub prokurator może zażądać nadesłania w wyznaczonym terminie wyjaśnień i podania środków podjętych w celu zapobieżenia takim uchybieniom w przyszłości (§ 2). W razie nieudzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie można nałożyć na kierownika organu zobowiązanego do wyjaśnień karę pieniężną w wysokości do 10 000 złotych (§ 3).

V

Do kwestii obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, jak wspomniano powyżej, odnoszą się również ustawy szczególne, nakładające na określone kategorie podmiotów obowiązek zawiadomienia o pewnej kategorii przestępstw. Jako przykład wskazać można przepis art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁴⁴, stanowiący,

⁴¹ Zob. K. Dudka, Prawny obowiązek..., *op. cit.*, s. 107; J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2006, s. 721; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks..., t. II: Komentarz..., *op. cit.*, s. 47; Z. Młynarczyk, Zawiadomienie o przestępstwie, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 3, s. 111–112; R. Zawłocki, Błąd funkcjonariusza publicznego jako podstawa odpowiedzialności karnej, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 22, s. 1023; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 235.

⁴² Wyrok SN z dnia 12 lutego 2008 r., sygn. WA 1/08, OSNKW 2008, nr 4, poz. 31; zob. także orzeczenie SA w Krakowie z dnia 29 września 2000 r., sygn. II AKa 133/00, KZS 2000, nr 11, poz. 43.

⁴³ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *ibidem*.

⁴⁴ Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 231, poz. 1701 ze zm.

że w razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub wykroczenia Najwyższa Izba Kontroli ma obowiązek zawiadomienia o tym organu powołanego do ścigania przestępstw lub wykroczeń oraz informowania o tym kierownika jednostki kontrolowanej lub kierownika jednostki nadrzędnej oraz właściwego organu państwowego lub samorządowego. Również art. 106a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe⁴⁵ obliuguje bank do zawiadomienia prokuratora, Policji albo innego właściwego organu uprawnionego do prowadzenia postępowania przygotowawczego w sytuacji zaistnienia uzasadnionego podejrzenia, że jego działalność jest wykorzystywana w celu ukrycia działań przestępczych lub dla celów mających związek z przestępstwem skarbowym lub innym przestępstwem niż przestępstwo, o którym mowa w art. 165a k.k. lub art. 299 k.k.

W kontekście omawianego zagadnienia odpowiedzialności karnej z tytułu niedopełnienia obowiązku szczególnego, dotyczącego pewnej kategorii podmiotów oraz ograniczonego zakresu przestępstw, ustanowionego przez regulacje zawarte w ustawach szczególnych, przyjąć należy za P. Kardasem, że w zależności od statusu podmiotu zobowiązanego na mocy regulacji szczególnej lub charakteru przestępstwa, o popełnieniu którego dana osoba zobowiązana jest do złożenia zawiadomienia, będziemy mieli do czynienia z odpowiedzialnością za przestępne nadużycie władzy w związku z niedopełnieniem obowiązku przez zobowiązanego mającego status funkcjonariusza publicznego (art. 231 k.k.) albo z typem przewidzianym w art. 240 § 1 k.k., jeżeli niezawiadomienie dotyczyło jednego z typów przestępstw wyliczonych enumeratywnie w tym unormowaniu⁴⁶. W wypadku zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 240 k.k. jako podstaw odpowiedzialności za niezawiadomienie o popełnieniu przestępstwa ten pierwszy ulega wyłączeniu⁴⁷.

VI

Jednym z warunków skutecznej walki z przestępczością – ścigania sprawców i zwalczania przestępczości – jest współdziałanie organów powołanych do ścigania ze społeczeństwem. Wyrazem tego współdziałania jest m.in. informowanie przez obywateli oraz przez instytucje państwowe czy samorządowe o popełnieniu przestępstwa. System przepływu informacji – w zależności od przyjętego przez normodawcę modelu – może być różnie

⁴⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, tekst jedn. Dz. U. 2012 r., poz. 1376 ze zm.

⁴⁶ P. K a r d a s, Odpowiedzialność za nadużycie władzy publicznej w przypadku niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 7–8, s. 8.

⁴⁷ Zob. *ibidem*, s. 8–9; por. też Z. M ł y n a r c z y k, Zawiadomienie o przestępstwie, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 3, s. 111–112.

uksztaltowany. Posiadanie wiedzy o przestępstwie, a co za tym idzie decyzję o poinformowaniu o tym fakcie organu, można pozostawić w gestii osoby czy instytucji, która posiada informacje, ale również można na te podmioty – zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw szczególnie groźnych dla porządku prawnego – nałożyć obowiązek denuncjacji, określając jednocześnie zasady odpowiedzialności karnej za jego niepopelnienie⁴⁸.

Do powyższego zagadnienia odniósł się również polski normodawca. Pozytywnie ocenić należy przyjęte przez niego w tym zakresie rozwiązanie. Nie chcąc dopuścić do sytuacji, by decyzja o przekazaniu istotnych z punktu widzenia organów ścigania informacji była przedmiotem nieskrępowanego uznania podmiotu, który ją posiada, wprowadza obowiązek denuncjacji, precyzyjnie określając, w odniesieniu do jakich podmiotów i jakich przestępstw ma zastosowanie, i jednocześnie wskazując sankcje za zachowania niezgodne z normami. Tym samym zapewnia organom ścigania istotne informacje, które wzbogacają wiedzę posiadaną przez organ, wynikającą z czynności przez niego realizowanych, np. operacyjno-rozpoznawczych, czy dochodzeniowo-śledczych.

Legal duty to notify of some offences (Penal Code, Article 240)

Abstract

This paper deals with the duty to notify of any preparation, attempt, or commitment of an unlawful act which is subject to criminal responsibility, in the light of the responsibility under the Penal Code, Article 240, § 1, for a failure to notify of a crime. The focus is on the following issues: a perpetrator, subjective and objective aspects of the crime, circumstances excluding the responsibility, and punishment stipulated in the Penal Code, Article 240, § 1.

⁴⁸ Zob. S. Cora, Zawiadomienie o przestępstwie jako obowiązek i uprawnienie, Państwo i Prawo 2011, nr 6, s. 78.

Izabela Pączek

Wniosek o skazanie bez rozprawy po noweli k.p.k. z dnia 27 września 2013 r.

Streszczenie

W artykule omówiono zmiany w kodeksie postępowania karnego wprowadzone ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z dnia 25 października 2013 r., poz. 1247, w zakresie instytucji skazania bez rozprawy.

Artykuł przedstawia kwestie, które zostały zmodyfikowane w wyniku nowelizacji, a w sposób bezpośredni wpływają na kształt tej konsensualnej instytucji. W pierwszej kolejności została omówiona nowa forma wniosku o skazanie bez rozprawy, który po zmianach jest sporządzany jako dokument odrębny od aktu oskarżenia. Szczegółowo zostały przeanalizowane warunki formalne, jakim wniosek ma odpowiadać, w szczególności konieczność precyzyjnego i zgodnego z prawem wskazania kar i środków karnych. Następnie, omówiono istotną z praktycznego punktu widzenia zmianę, jaką stało się poszerzenie zakresu stosowania przedmiotowej instytucji na wszystkie występki. W artykule przedstawiono również wątpliwości odnośnie nadal nie rozstrzygniętej przez ustawodawcę kwestii, a mianowicie, czy określenie „okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości” winny być interpretowane jako przyznanie się oskarżonego do winy. Wreszcie, zajęto się kwestią dotyczącą kosztów procesu.

Wprowadzenie w 1997 r. do kodeksu postępowania karnego¹ instytucji skazania bez rozprawy nie stanowiło rewolucyjnej zmiany polskiej procedury karnej w kierunku konsensualnego podejmowania decyzji procesowych. Stało się natomiast efektem wcześniejszych wieloletnich rozważań związanych z akceptacją porozumiewania się i uzgadniania rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego w konfrontacji z pozostałymi zasadami procesu karnego – legalizmu, prawdy materialnej i bezpośredniości. Jednocześnie Polska znalazła się w kręgu państw europejskich, które w swoich ustawodawstwach przewidują rozstrzyganie spraw karnych z oparciem o zawarte pomiędzy stronami procesu porozumienie. W uwagach poświęconych gene-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z dnia 4 sierpnia 1997 r., Nr 89, poz. 555.

zie i *ratio legis* wprowadzenia do nowego k.p.k. instytucji konsensualnych podkreślano już, że polski ustawodawca zdecydowanie odrzucił model porozumień procesowych funkcjonujących w systemie anglo-amerykańskim. W trakcie prac nad opracowaniem projektu kodeksu postępowania karnego, poszukując wzorców dla poszerzenia zakresu elementów konsensualnych w polskim procesie karnym, ewidentnie odwoływano się do regulacji funkcjonujących w ustawodawstwach europejskich². Rozwiązanie zawarte w art. 335 k.p.k. przypomina hiszpańskie postępowanie skrócone (*procedimiento abreviado*), które polega na tym, że w razie przyznania się oskarżonego przed sędzią śledczym ten może przekazać sprawę bezpośrednio sędziemu orzekającemu w celu wydania wyroku bez przeprowadzenia rozprawy, czy też włoskie *patteggiamento*, gdzie zakłada się możliwość uzgodnienia wspólnej propozycji co do kary między oskarżeniem a obroną³.

W doktrynie wskazuje się, że jest to jedna z najbardziej klasycznych form konsensualnego zakończenia procesu karnego, będącego wynikiem przekonania, że imperatywny model rozstrzygania sporów zawiązujących się na podstawie prawa karnego nie jest dostatecznie skutecznym środkiem prowadzącym do zmniejszenia ciężaru coraz bardziej zalegających spraw karnych w sądach i prokuraturach⁴.

Ustawa nowelizująca kodeks postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r.⁵ w znacznym stopniu rozszerzyła możliwość skazania oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy. Rozwiązaniu temu przyświecała idea uproszczenia i przyspieszenia postępowania karnego. Zgodnie z uzasadnieniem projektu tej noweli: „Oskarżyciel uzyska bowiem realną perspektywę usprawnienia postępowania przygotowawczego, jeśli zgodzi się z oskarżonym co do treści rozstrzygnięcia w sprawie, oskarżony zaś – dzięki realnej perspektywie łagodniejszego ukarania powinien być w większym stopniu skłonny do zawarcia tego porozumienia”⁶. Zmiana kodeksu postępowania karnego z 2003 r. w znacznym stopniu poszerzyła zakres instytucji skazania bez rozprawy, poddano jej działaniu szerszy katalog przestępstw, mianowicie poprzez podwyższenie górnego ustawowego ich zagrożenia z 5 do 10 lat pozbawienia wolności oraz wyraźnie nadano jej samodzielną podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary, zawieszenia jej wykonania oraz poprze-

² P. Kardaś, Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r., *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 1, s. 40.

³ M. Zbrojevska, Dobrowolne poddanie się karze w kodeksie postępowania karnego, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2002, s. 29.

⁴ R. A. Stefański, Skazanie bez rozprawy w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 6, s. 19.

⁵ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, *Dz. U.* z dnia 4 lutego 2003 r., Nr 17, poz. 155.

⁶ A. Osińska, Skazanie bez rozprawy – art. 335 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 9, s. 118.

stania na orzeczeniu środka karnego. Ponadto, uproszczenie polegało na możliwości zamieszczenia wniosku o skazanie bez rozprawy w akcie oskarżenia, a nie sporządzania odrębnego wniosku.

W lutym 2011 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przedstawiła do publicznej wiadomości projekt kolejnej obszernej nowelizacji kodeksu postępowania karnego, który następnie został poddany szeroko zakrojonym konsultacjom środowiskowym. Nowelizacja kodeksu zakładała m.in. rozszerzenie zakresu stosowania instytucji konsensualnej, jaką jest skazanie bez rozprawy przewidziane w art. 335 k.p.k. Postulując potrzebę zmian, Komisja Kodyfikacyjna wskazywała, że rozszerzenie możliwości wykorzystania instytucji wniosku o skazanie bez rozprawy przyczyni się znacząco do zwiększenia efektywności postępowania, bez szkody dla realizacji gwarancji procesowych oskarżonego i pokrzywdzonego. Jednak najistotniejsza z projektowanych zmian miała obejmować zakres przedmiotowy spraw, w jakich omawiana instytucja może być stosowana. Sugerowano objęcie nią wszystkich występków, bez względu na zagrożenie. Ponadto, za celowe uznano doprecyzowanie przepisu art. 343 k.p.k. poprzez urealnienie gwarancji procesowych pokrzywdzonego, który będzie miał zagwarantowane prawo sprzeciwu wobec wydania wyroku bez przeprowadzenia rozprawy⁷.

W wyniku nowelizacji kodeksu postępowania karnego ustawą z dnia 27 września 2013 r.⁸ zostały określone nowe ramy instytucji skazania oskarżonego bez rozprawy. Idea przepisu art. 335 k.p.k. pozostała bez zmian, w dalszym ciągu jego istotą jest skrócenie postępowania przygotowawczego, a co za tym idzie, uproszczenie procedury w odpowiednich, ściśle określonych w tym przepisie sytuacjach.

Główną słabość polskiego wymiaru sprawiedliwości stanowiła i nadal stanowi przewlekłość postępowania⁹. Niezwykle dosadnie, ale i trafnie ocenił powyższy problem były Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, zdaniem którego „niesprawność sądownictwa nie tylko uwydatnia słabość państwa, czy nawet państwo kompromituje, ale i niesłuchanie utrudnia mu wykonywanie innych funkcji władczych”¹⁰. Problem zbyt długiego rozpoznawania spraw ma wpływ nie tylko na uczestników konkretnej sprawy, ale oddziałuje rów-

⁷ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw; dostępne na stronie <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne> (dostęp w dniu 19 maja 2014 r.).

⁸ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z dnia 25 października 2013 r., poz. 1247.

⁹ P. Wiliński, Projekt zmian kodeksu postępowania karnego a sprawność postępowania i jego koszty, (w:) Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym, LEX/el. 2013 (dostęp w dniu 8 sierpnia 2014 r.).

¹⁰ J. Czapka, Społeczne następstwa przewlekłości postępowania karnego, (w:) S. Waltoś, J. Czapka (red.), Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić?, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2005, s. 220.

niez na innych członków społeczeństwa, niezwiązanych bezpośrednio z danym procesem. Przewlekłość postępowania jest zjawiskiem, polegającym na długotrwałym i opieszałym prowadzeniu postępowania, a postulat efektywnego postępowania jest – zdaniem obywateli – ważniejszy od niesprawiedliwości orzeczeń, braku profesjonalizmu sędziów oraz nepotyzmu¹¹. Oczywiście jest związek czasu trwania procesu z wysokością kosztów postępowania. Im dłużej trwa proces, tym większe koszty generuje.

Jak zauważył P. Wiliński, w ostatnich latach czas trwania postępowań sądowych wydłużył się. Nie jest przy tym niestety wyjątkiem zapadanie wyroków w sprawach nieskomplikowanych, ale kosztownych, gdyż trwających zbyt długo. Główną słabość polskiego wymiaru sprawiedliwości stanowi przewlekłość postępowań. Wzrost nakładów na sądownictwo nie przekłada się bezpośrednio na jego wyniki. W związku z tym istotnym stało się zwrócenie uwagi na czynniki generujące wysokość kosztów ponoszonych w związku z prowadzonym postępowaniem przed sądem¹².

Projekt nowelizacji przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego stanowił odpowiedź na powyższe problemy. Głównym założeniem projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego było zwiększenie efektywności postępowania karnego przy jednoczesnym obniżeniu jego kosztów¹³. Jak podkreślali projektodawcy, wobec struktury i natężenia przestępczości, a co za tym idzie, charakteru postępowań prowadzonych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, konieczne okazują się zmiany, których wprowadzenie powinno przeciwdziałać nadmiernej przewlekłości postępowań¹⁴.

Jak wskazuje P. Wiliński, szersze wykorzystanie konsensualizmu procesowego przyczyni się do większych oszczędności finansowych. Jednakże, pomimo tych finansowych korzyści, postulat sprawności postępowania i ekonomiki procesu nie może stanowić zagrożenia dla uprawnień stron procesowych i może znaleźć zastosowanie, gdy nie godzi w ich fundamentalne prawa¹⁵.

Kluczową zmianą stała się nowa forma wniosku o wydanie wyroku i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych w kodeksie karnym. Otóż, zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 335 § 2 k.p.k., prokurator lub organ prowadzący dochodzenie (art. 325 i § 3 k.p.k.) może dołączyć do aktu oskarżenia wniosek o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych za zarzucany mu występki, uwzględniających też

¹¹ P. Wiliński, Projekt zmian..., *op. cit.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Uzasadnienie do projektu, wskazane w przypisie 7.

¹⁵ P. Wiliński, *ibidem.*

prawnie chronione interesy pokrzywdzonego, jeżeli okoliczności popełnienia przestępstwa i wina oskarżonego nie budzą wątpliwości, a oświadczenia dowodowe złożone przez oskarżonego nie są sprzeczne z dokonanymi ustaleniami. Ustawodawca w art. 335 k.p.k. nie uregulował momentu rozpoczęcia negocjacji z podejrzanym. Usytuowanie art. 335 w dziale „Postępowanie przygotowawcze” wskazuje jedynie na etap negocjacji. Ustalenie, kiedy rozpoczyna się uzgadnianie kar i środków karnych, ma znaczenie o tyle istotne, że niektórzy przedstawiciele doktryny podkreślali, że skrócenie postępowania może odbyć się kosztem solidności jego przeprowadzenia i postulowali, aby stosowanie art. 335 k.p.k. odbywało się po skrupulatnie przeprowadzonym postępowaniu przygotowawczym¹⁶.

Od 1 lipca 2015 r. wniosek o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy powinien zawierać dane wskazane w art. 332 § 1 punkty 1–5 k.p.k., tj. 1) imię i nazwisko oskarżonego, inne dane o jego osobie oraz dane o zastosowaniu środka zapobiegawczego, 2) dokładne określenie zarzucanego oskarżonemu czynu ze wskazaniem czasu, miejsca, sposobu i okoliczności jego popełnienia oraz skutków, a zwłaszcza wysokości powstałej szkody, 3) wskazanie, że czyn został popełniony w warunkach wymienionych w art. 64 Kodeksu karnego albo art. 37 § 1 pkt 4 Kodeksu karnego skarbowego, 4) wskazanie przepisów ustawy karnej, pod które zarzucany czyn podpada, 5) wskazanie sądu właściwego do rozpoznania sprawy i trybu postępowania.

Z uwagi na to, że wniosek o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy w wyniku nowelizacji stanowi odrębny od aktu oskarżenia dokument procesowy powinien on zawierać uzasadnienie, które ogranicza się do wskazania dowodów świadczących o tym, że okoliczności popełnienia czynu i wina oskarżonego nie budzą wątpliwości oraz że cele postępowania zostaną osiągnięte bez przeprowadzenia rozprawy (art. 335 § 3 zd. 2 k.p.k.). W wypadku złożenia wniosku akt oskarżenia nie zawiera wykazu dowodów, o którym mowa w art. 333 § 1 i 2 k.p.k. (art. 335 § 3 k.p.k.) Ponieważ ustawa nie formułuje wymagań formalnych, jakim odpowiadać musi oświadczenie oskarżonego, należy przyjąć, że powinno być ono wyrażone pisemnie lub do protokołu przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym¹⁷. Co istotne, z dniem 1 lipca 2015 r. w wypadku nieuwzględnienia wniosku i skierowania sprawy do rozpoznania na zasadach ogólnych prokurator w terminie 7 dni dokonuje czynności określonych w art. 333 § 1 i 2 k.p.k. (art. 343 § 7 k.p.k.).

W *petitum* wniosku – zgodnie z treścią art. 335 § 1 k.p.k. – powinna zostać zawarta propozycja skazania oskarżonego bez przeprowadzenia roz-

¹⁶ K. T. Boratyńska, „Skazanie bez rozprawy” (art. 335 k.p.k.) w ocenie prokuratorów, (w:) C. Kulesza (red.) Porozumienia karnoprocesowe w praktyce wymiaru sprawiedliwości, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2010, s. 65.

¹⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 311.

prawy wraz ze stosownym wnioskiem co do zastosowania kary, środka karnego lub odstąpienia od wymierzenia kary. Ma to być ponadto wniosek konkretny, co wynika z istoty porozumienia między stronami odnośnie przedstawionej sądowi propozycji warunków skazania oskarżonego¹⁸. Negocjacje prokuratora z oskarżonym mają na celu nie tylko dojście do porozumienia, lecz przede wszystkim uzgodnienie stabilnych warunków skazania, na które oskarżony wyraża zgodę. Oskarżony, zgadzając się na propozycję prokuratora, świadomie przyjmuje, że „dobrodziejstwa”, jakie może uzyskać na podstawie wniosku, będą korzystniejsze niż jego obrona na rozprawie głównej¹⁹.

Zgoda oskarżonego musi być dobrowolna i pozbawiona wad. W przypadku, gdyby została wyrażona w sposób wadliwy, oceny jej skuteczności dokonuje się na podstawie art. 82, 84, 86 i 87 k.c. Przyjmuje się, że deklaracja oskarżonego złożona z wadą oświadczenia woli jest dotknięta nieważnością o charakterze nieusuwalnym, dlatego o konwalidacji nie może tu być mowy²⁰.

Sąd Najwyższy wskazuje, że niedopuszczalne jest wywieranie jakiegokolwiek presji na oskarżonego celem uzyskania jego zgody, zwłaszcza przez przedstawienie mu perspektywy, że w przypadku gdy sprawa będzie rozpoznawana w normalnym trybie, zostanie surowiej ukarany²¹. Zgoda powinna być też udzielona osobiście, tj. nie może być wyrażona przez obrońcę oskarżonego, co nie eliminuje jego roli i pomocy w uzgodnieniu treści wniosku. Takie rozwiązanie jest konsekwencją tego, że oskarżony, świadomy rozprawy i treści uzgodnionego z prokuratorem łagodniejszego rozstrzygnięcia, sam powinien dokonać kalkulacji korzyści i strat, jakie mogą mieć miejsce w przypadku przeprowadzenia rozprawy i w razie skazania w trybie art. 343 k.p.k. Ponadto obrońca nie działa zamiast oskarżonego, ale obok niego i to stwarza mu legalną możliwość nakłaniania do wyrażenia zgody²².

W tym miejscu należy zadać pytanie, jak ma postąpić prokurator w sytuacji, gdy istnieją sprzeczne stanowiska obrońcy i oskarżonego co do wyrażenia tej zgody? Jak słusznie zauważa E. Kruk, fakt sprzeciwu obrońcy wobec zgody oskarżonego w kwestii skazania bez rozprawy może świadczyć o tym, iż widzi on szansę na korzystniejsze zakończenie procesu dla oskarżonego i prokurator mimo udzielenia tej zgody przez oskarżonego powinien odstąpić od sporządzenia wniosku. Natomiast w sytuacji, gdy oskarżony nie zgadza się na skazanie bez rozprawy, a obrońca ma inne zdanie, decydująca bę-

¹⁸ S. C o r a, Kontrola sądowa wymogów wniosku o skazanie bez rozprawy określonych w art. 335 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 5, s. 68–69.

¹⁹ E. K r u k, Porozumienia procesowe i konsensualizm w świetle art. 335 i art. 387 k.p.k., (w:) C. K u l e s z a (red.) *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 57.

²⁰ A. O s i ń s k a, Problematyka zgody oskarżonego na skazanie bez rozprawy w trybie art. 335 k.p.k., (w:) C. K u l e s z a (red.), *Ocena...*, *op. cit.*, s. 123.

²¹ Wyrok SN z dnia 17 maja 2002 r., sygn. III KK 106/02, LEX nr 53328.

²² A. O s i ń s k a, *Skazanie...*, *op. cit.*, s. 121–122.

dzie wola oskarżonego²³. Oczywiście obrońca, po przenalizowaniu sprawy i perspektyw na uzyskanie wyroku uniewinniającego, powinien uzgodnić ze swoim klientem najbardziej korzystną dlań linię obrony. Jeżeli uzna, że takie właśnie zakończenie postępowania jest dla oskarżonego najbardziej korzystne – zgodnie z dyrektywą wyrażoną w art. 86 § k.p.k. – powinien mu je zaproponować²⁴.

Jeżeli chodzi o przedmiot postanowień pomiędzy oskarżonym a prokuratorem, to w zasadzie w wyniku dokonanej nowelizacji nie uległ on zmianie. W dalszym ciągu przy wniosku o skazanie bez rozprawy kwestia kwalifikacji prawnej czynu nie może być przedmiotem negocjacji między oskarżonym czy jego obrońcą, a oskarżycielem publicznym, gdyż zgodnie z zasadą prawdy materialnej powinna zostać przyporządkowana do poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych (art. 2 § 2 k.p.k.).

Z kolei, porozumienie odnośnie kary lub środka karnego musi nastąpić w postępowaniu przygotowawczym, ale ustawa nie określa, który moment należy uważać za ostateczny. Zatem, jak słusznie zauważa A. Osińska, może do tego dojść dopiero wtedy, gdy zostaną stwierdzone ustawowe przesłanki warunkujące skazanie bez rozprawy, a najpóźniej do sporządzenia i skierowania aktu oskarżenia do sądu²⁵. Określenie „kar lub innych środków przewidzianych w Kodeksie karnym” odnosi się do kar określonych w art. 32 punkty 1–3 k.k., wszystkich środków karnych (art. 39 k.k.) oraz środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary. Sąd Najwyższy podkreśla, że ze względu na treść art. 335 § 1 k.p.k., z której wynika, że wniosek prokuratora o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy może dotyczyć orzeczenia wyłącznie kary lub środka karnego, w tym trybie nie jest dopuszczalne wnioskowanie o zastosowanie środka wychowawczego, leczniczego albo poprawczego wobec sprawcy, który popełnił występki po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, jeżeli zachodzą warunki określone w art. 10 § 4 k.k.²⁶.

W dalszym ciągu zakresem dopuszczalnych uzgodnień między stronami powinna być objęta nie tylko kwestia rodzaju, ale również wymiaru kary oraz środków karnych. Nie ulega wątpliwości, iż strony muszą uzgodnić rodzaj kary lub środka karnego proponowanego we wniosku oraz jego wymiar, a więc okres, na jaki kara lub środek karny ma zostać wymierzony (dotyczyć to będzie kary pozbawienia wolności, kary ograniczenia wolności oraz środków karnych pozbawienia praw publicznych, zakazu określonego w art. 41

²³ E. Kruk, Wyrok skazujący sądu pierwszej instancji w trybie art. 335 k.p.k., Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 86.

²⁴ K. Kurowska, Konsensualne tryby zakończenia postępowania karnego w świetle wybranych zasad procesowych, *Studia Iuridica* 2001, nr XXXIX, s. 155.

²⁵ A. Osińska, Skazanie..., *op. cit.*, s. 123.

²⁶ Wyrok SN z dnia 30 września 2008 r., sygn. WK 22/08, OSNKW 2009, nr 1, poz. 5.

k.k., zakazu prowadzenia pojazdów itp.), ilość stawek dziennych i ich wysokość w przypadku grzywny, wysokość grzywny wymierzonej kwotowo, wysokość środka karnego wymierzanego kwotowo (w przypadku obowiązku naprawienia szkody, nawiązki lub świadczenia pieniężnego), a także przedmioty, których przepadek ma być orzeczony. Jeżeli kara ma zostać wymierzona z nadzwyczajnym złagodzeniem, to będzie to już wynikało z proponowanej jej wysokości, lecz wniosek powinien na ten fakt wskazywać wyraźnie wraz ze wskazaniem podstawy tego nadzwyczajnego złagodzenia. Strony w propozycji powinny także wyraźnie odnieść się do kwestii warunkowego zawieszenia wykonania kary, wskazując chociażby, czy wnoszą o zastosowanie tego środka probacyjnego, czy też nie²⁷. Brak spełnienia tego warunku, a więc niewskazanie we wniosku propozycji orzeczenia przez sąd konkretnych kar lub środków karnych oraz ich wymiaru, jest okolicznością, którą kwalifikować należy z punktu widzenia wad formalnych wniosku²⁸.

Co istotne, zgodnie z poglądem wyrażonym przez orzecznictwo Sąd jest związany treścią wniosku prokuratora złożonego w trybie art. 335 § 1 k.p.k., w tym sensie, że potrzeba dokonywania jakiegokolwiek zmiany jego treści musi powodować rozpoznanie sprawy na zasadach ogólnych²⁹.

Podobnie wypowiedział się w tej kwestii Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 sierpnia 2004 r., w którym wskazuje, że Sąd I instancji, orzekając w trybie art. 335 § 1 k.p.k., związany jest wnioskiem prokuratora co do wymiaru kary zasadniczej oraz środków karnych i orzeczenie wydane niezgodnie z takim wnioskiem stanowi obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia. Sąd bowiem, orzekając wbrew wnioskowi prokuratora, narusza ugodę zawartą pomiędzy prokuratorem i oskarżonym, która określiła warunki dobrowolnego poddania się odpowiedzialności karnej przez oskarżonego³⁰.

Jak słusznie zauważa R. A. Stefański, ze względu na to, że wniosek musi zawierać uzgodnioną z oskarżonym propozycję co do kary lub środka karnego, rodzi się pytanie, czy prokurator po jej uzgodnieniu może zaniechać złożenia wniosku o skazanie bez rozprawy. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że z zasady działania prokuratury w sposób zgodny z prawem, jak i zasady dotrzymywania zawartych umów, czy też szerzej – z dyrektywy uczciwego procesu wynika wniosek, że prokurator jest związany tym uzgod-

²⁷ S. Steinborn, Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Kraków 2005, s. 137–138.

²⁸ S. Cora, Kontrola..., *op. cit.*, s. 76.

²⁹ Wyrok SN z dnia 3 sierpnia 2000 r., sygn. WKN 16/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 101, z glosami krytycznymi – M. Żurka, OSP 2001, nr 10, s. 147 i W. Marcinkowskiego, Prokuratura i Prawo 2002, nr 6, s. 91.

³⁰ Wyrok SN z dnia 26 sierpnia 2004 r., sygn. WA 20/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1486, z glosą aprobującą D. Tarnowskiej, Prokuratura i Prawo 2007, nr 6, s. 161–164.

nieniem, o ile rzeczywiście nie nastąpiła od czasu zawarcia porozumienia zmiana stanu faktycznego powodująca odpadnięcie jednej z przesłanek określonych w art. 335 § 1 k.p.k.³¹.

W dalszym ciągu wystąpienie z wnioskiem w trybie art. 335 k.p.k. nie jest uzależnione od formy postępowania przygotowawczego, jak również organu go prowadzącego. Zgodnie z art. 325i § 3 k.p.k., uprawnienia prokuratora określone w art. 335 § 1 k.p.k. przysługują także organom upoważnionym do prowadzenia dochodzeń oraz wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem I instancji w postępowaniu uproszczonym na podstawie art. 325d k.p.k. Organy te uprawnione są zatem do prowadzenia negocjacji i samodzielnego zamieszczenia w sporządzonym przez siebie akcie oskarżenia wniosku o skazanie bez rozprawy, a akt taki – bez zatwierdzenia przez prokuratora – mogą wnieść bezpośrednio do sądu, chyba że inaczej postanowi prokurator³².

Nowela wrześniowa w znacznym stopniu poszerzyła katalog przestępstw, co do których możliwe jest skazanie bez przeprowadzenia rozprawy. Do dnia 9 listopada 2013 r. było to możliwe w przypadku występków zagrożonych karą nieprzekraczającą 10 lat pozbawienia wolności. W chwili obecnej może to mieć miejsce w przypadku wszystkich występków, a więc również czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności do 12 lat. W rezultacie zmiana spowodowała, że katalog przestępstw, co do których możliwe jest konsensualne zakończenie procesu karnego, uległ znacznemu rozszerzeniu. Można się spodziewać, że nowa regulacja znacznie rozszerzy możliwość stosowania instytucji skazania bez rozprawy w praktyce i przyczyni się w sposób wymierny do uproszczenia i przyspieszenia postępowania w wielu sprawach.

Bez zmian pozostawiono również dwa warunki niezbędne dla rozważania dokonania uzgodnień, wynikiem których będzie wniosek o skazanie bez rozprawy. Po pierwsze, okoliczności popełnienia przestępstwa nie mogą budzić wątpliwości. Po wtóre zaś, postawa oskarżonego wskazywać ma, że cele postępowania zostaną osiągnięte pomimo nieprzeprowadzenia rozprawy³³.

Warunek pierwszy zostaje spełniony, gdy w świetle zebranych dowodów poza wszelkimi wątpliwościami pozostaje fakt popełnienia przestępstwa oraz sprawstwo oskarżonego³⁴. Nie można stwierdzić, że okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości, jeśli sporny jest sam fakt istnienia przestępstwa bądź fakt, że popełnił je oskarżony. Należy jednak zwrócić uwagę, że brak wątpliwości co do popełnienia przestępstwa nie oznacza automatycznie braku wątpliwości co do okoliczności jego popełnienia. Celem jest osiągnięcie określonego stopnia pewności co do okoliczności popełnienia czy-

³¹ R. A. Stefański, Skazanie..., *op. cit.*, s. 21.

³² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks..., *op. cit.*, s. 310.

³³ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 847.

³⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *ibidem*, s. 313.

nu³⁵. Materiał dowodowy musi dawać pełną podstawę do powzięcia przez sąd przekonania, że wszystkie istotne okoliczności przedmiotowe, jak i podmiotowe zostały wyjaśnione, i są zgodne z prawdziwym przebiegiem zdarzenia. Brak wątpliwości odnosi się do kwestii mających znaczenie dla przedmiotu sprawy, a więc odpowiedzialności oskarżonego za zarzucany mu czyn i okoliczności jego popełnienia.

Wśród celów postępowania przygotowawczego ustawodawca wymienił m.in. zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie zabezpieczenie dowodów dla sądu. Zmiana art. 297 § 1 k.p.k. dokonana w drodze ustawy nowelizującej z dnia 5 listopada 2009 r. stworzyła możliwość skrócenia postępowania przygotowawczego. Ustawa zwalniała bowiem organy postępowania przygotowawczego z obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz pełnego utrwalenia dowodów. Tym samym można stwierdzić, iż nowelizacja art. 335 jest kolejnym krokiem, po nowelizacji m.in. art. 297 k.p.k., w kierunku zwiększania efektywności postępowania karnego.

Rozbudowanie postępowania przed sądem oznacza redukcję do minimum postępowania przygotowawczego, jego rola ograniczy się do gromadzenia materiału dowodowego mającego dostarczyć prokuratorowi podstaw do sporządzenia aktu oskarżenia i popierania go przed sądem³⁶.

W tej kwestii wypowiedział się również Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 20 lutego 2003 r. stwierdził, że zebrane dowody muszą w sposób oczywisty wskazywać na popełnienie przez oskarżonego zarzucanego mu czynu i istotne jego okoliczności³⁷. W wypadku, gdy nasuną się wątpliwości w zakresie któregośkolwiek z tych elementów, sąd obowiązany jest rozpoznać sprawę na zasadach ogólnych, tj. w postępowaniu zwyczajnym lub uproszczonym. Za oczywistą należy również uznać tezę, że wyrażenie przez oskarżonego zgody na skazanie złożone w trybie art. 335 § 1 k.p.k. nie zwalnia sądu, a wcześniej prokuratora, od obowiązku zbadania, czy oskarżony jest rzeczywiście winny popełnienia zarzucanego mu przestępstwa³⁸.

W tym miejscu należy zauważyć, że pomimo dokonanej nowelizacji w dalszym ciągu ustawodawca nie dookreślił kwestii, która w odniesieniu do analizowanej instytucji stwarza najwięcej problemów, a mianowicie, czy określenie „okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości” winno być interpretowane jako przyznanie się oskarżonego do winy. W doktrynie zarysowały się w tej mierze trzy grupy poglądów. Wedle pierwszej, wymóg, aby okoliczności popełnienia przestępstwa nie budziły wątpliwości, oznacza, że do uwzględnienia wniosku o skazanie w trybie konsensualnym konieczne jest przyznanie się oskarżonego do winy. Wedle stanowiska po-

³⁵ *Ibidem*, s. 625.

³⁶ P. Wiliński, Projekt zmian..., *op. cit.*

³⁷ Wyrok SN z dnia 20 lutego 2003 r., sygn. II KK 125/02, LEX nr 75361.

³⁸ Wyrok SN z dnia 22 sierpnia 2001 r., sygn. III KKN 372/99, LEX nr 52007.

średniego, wprawdzie ustawa nie wprowadza wymogu przyznania się do winy i oskarżony nie musi przyznać się do winy, aby wniosek o skazanie w trybie konsensualnym mógł zostać uwzględniony, lecz wyrażenie zgody na skazanie stwarza w rzeczywistości domniemanie przyznania się do winy, (stanowi ekwiwalent przyznania). Zgodnie z poglądem przeciwnym, do skazania bez rozprawy nie jest konieczne przyznanie się oskarżonego do winy i warunku takiego nie można wywodzić z przesłanki braku wątpliwości co do okoliczności popełnienia przestępstwa³⁹.

Pomimo przedstawionych wątpliwości w powyższym zakresie w dalszym ciągu ustawodawca nie zdecydował o nałożeniu na oskarżonego *expressis verbis* obowiązku przyznania się do winy. Dlatego też trafnie należy potraktować przyznanie się do winy w aspekcie braku wątpliwości co do popełnienia przestępstwa jak przesłankę względną, której niespełnienie automatycznie nie uniemożliwia skorzystania z instytucji skazania bez rozprawy. Takie stanowisko wyraża też Sąd Najwyższy, który stwierdził, że wymaganie ustawy, aby okoliczności popełnienia czynu nie budziły wątpliwości, jest spełnione zwłaszcza wtedy, gdy sprawca przyznał się w sposób nie nasuwający zastrzeżeń do zarzucanego mu czynu. Wspomniane wymaganie ustawy jest spełnione również wtedy, gdy istnieją inne oczywiste dowody stwierdzające popełnienie czynu. Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że konieczne jest w każdym wypadku wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy⁴⁰.

W tym miejscu warto również przypomnieć, że twórcy przepisu art. 335 k.p.k., redagując go, celowo zrezygnowali z wyrażenia w treści wymogu przyznania się do winy (co zakładała początkowa redakcja), po to właśnie, by uniknąć niebezpieczeństwa wywierania na oskarżonych presji w celu złożenia takich wyjaśnień⁴¹. Nie można jednak gubić z pola widzenia trafnej uwagi, że możliwość stosowania tej instytucji wobec oskarżonych, którzy nie okazują nawet woli uznania swej winy jako formy ekspiacji, stanowi unormowanie rażąco sprzeczne z poczuciem sprawiedliwości formalnej, bowiem zgoda na skazanie nie jest równoznaczna z przyznaniem się do winy, a nadto skazanie bez rozprawy osoby nie przyznającej się do winy może być postrzegane jako rozwiązanie wręcz niezwykle⁴². Jednakże, skoro w art. 335 § 1 k.p.k. nie ma takiego warunku, staje się oczywiste, że nie jest on wymagany⁴³.

Mimo braku ustawowego wymogu przyznania się podejrzanego do winy należy przypuszczać, że w sytuacji, gdy podejrzany nie przyznaje się do winy, skierowanie wniosku w trybie art. 335 § 1, przy jednoczesnej rezygnacji

³⁹ S. Steinborn, Porozumienia..., *op. cit.*, s. 263–264.

⁴⁰ Uchwała SN z dnia 29 stycznia 1971 r., sygn. VI KZP 26/69, OSNKW 1971, poz. 33.

⁴¹ K. Kurowska, Konsensualne..., *op. cit.*, s. 153.

⁴² R. A. Stefański, Skazanie..., *op. cit.*, s. 30.

⁴³ R. A. Stefański, Wniosek prokuratora o skazanie oskarżonego bez rozprawy, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 2, s. 50.

z dalszych czynności dowodowych, będzie należeć do wyjątków. Nie jest dopuszczalne złożenie wniosku połączonego z zaniechaniem dalszych czynności dowodowych, jeśli podejrzany skorzystał z prawa do milczenia, a więc w ogóle brak jego wyjaśnień⁴⁴.

Brak wątpliwości co do okoliczności popełnienia przestępstwa zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego oznacza, że nie zachodzi uzasadniona wątpliwość m.in. co do poczytalności oskarżonego, a więc co do zdolności ponoszenia przez niego winy i w konsekwencji odpowiedzialności karnej⁴⁵. Nie mogą też zachodzić wątpliwości co do dopuszczalności procesu⁴⁶.

Mając na uwadze powyższe, należy zatem wysunąć postulat, aby przy następnej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego została ostatecznie rozstrzygnięta analizowana powyżej kwestia związana z koniecznością przyznania się do winy jako przesłanką warunkującą zawarcie porozumienia.

Wymóg drugi, niezbędny dla rozważenia dokonania uzgodnień, czyli postawa oskarżonego wskazująca na osiągnięcie celów postępowania mimo nieprzeprowadzania rozprawy, to konieczność rozważenia w świetle materiału dowodowego stosunku oskarżonego (podejrzanego) do czynu i do pokrzywdzonego. Chodzi bowiem o zrealizowanie wszystkich celów procesu, wskazanych w art. 2 § 1 k.p.k., w tym i uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego⁴⁷. Swoją postawą oskarżony powinien dawać gwarancję, że mimo odstąpienia od przeprowadzenia rozprawy, która spełnia funkcję wychowawczą, zastosowanie wspomnianych dobrodziejstw umożliwi osiągnięcie wobec niego celów wychowawczych, a w szczególności, że nie powróci on do przestępstwa⁴⁸. Warunek prognostyczny ma charakter ocenny, bowiem ocena prokuratora (we wniosku) nie musi być podzielona przez sąd na posiedzeniu. Prokurator ma obowiązek zebrania wszystkich danych, w tym także wyników postępowania mediacyjnego, tak aby postawa sprawcy znalazła pełne odzwierciedlenie w dokumentach procesowych. Jeżeli okaże się, że postawa ta ulegnie zmianie na posiedzeniu przed sądem, wówczas prokurator powinien wycofać swój wniosek⁴⁹.

Istotne *novum* stanowi ostatnie zdanie przepisu art. 335 § 1 k.p.k., mianowicie, że uzgodnienie może obejmować także wydanie określonego rozstrzygnięcia w przedmiocie poniesienia kosztów procesu. W tym przedmiocie porozumienie może dotyczyć poniesienia całości tych kosztów, jak rów-

⁴⁴ J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) L. K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555), LEX/El. 2014 (dostęp w dniu 10 sierpnia 2014 r.).

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. III KK 326/10, LEX nr 736527.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 23 lipca 2009 r., sygn. III KK 147/09, LEX nr 519652.

⁴⁷ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 848.

⁴⁸ E. Kruk, Wyrok..., *op. cit.*, s. 90.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 88–89.

niez zwolnienie od ich ponoszenia w całości lub w części niezależnie od warunków z art. 624 § 1 k.p.k., tj. odnoszących się do sytuacji rodzinnej, majątkowej i wysokości dochodów. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego dopuszczalność powyższych uzgodnień była rozstrzygana niejednolicie przede wszystkim przez orzecznictwo. Z jednej strony bowiem dopuszczano możliwość umieszczenia we wniosku o skazanie bez rozprawy uzgodnienia obejmującego koszty proces. Sąd Najwyższy, wyrokiem z dnia 20 stycznia 2012 r., wskazuje, że sąd jest związany wnioskiem umieszczonym przez prokuratora w akcie oskarżenia, a dotyczącym rozstrzygnięcia o kosztach procesu⁵⁰. Z kolei, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2011 r. stwierdza, że nieprawidłowe jest zwolnienie oskarżonego w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych w sprawie, w sytuacji, gdy wniosek prokuratora o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy, na który oskarżony wyraził zgodę, przewiduje obowiązek uiszczenia przez oskarżonego wszelkich kosztów i opłat⁵¹. Zatem, zgodnie z treścią powołanych orzeczeń, dotychczasowe uregulowanie dotyczące spornej kwestii dawało możliwość umieszczenia przez prokuratora odpowiedniego uzgodnienia w kwestii kosztów.

W orzecznictwie znajdują się również wyroki całkowicie odmienne w omawianym zakresie – na przykład wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r., zgodnie z treścią którego uzgodnienie pomiędzy prokuratorem a oskarżonym może dotyczyć jedynie kar i środków karnych, nie zaś kosztów i opłat. W konsekwencji, nawet wówczas, gdy porozumienie obejmuje te kwestie, sąd nie narusza prawa procesowego, orzekając co do nich odmienne⁵². Obecnie, w wyniku dokonanej zmiany, kwestia kosztów została po części rozstrzygnięta, bowiem z treści art. 335 § 1 k.p.k. wynika, że kwestia kosztów procesu jest fakultatywnym przedmiotem uzgodnień między stronami, a zatem, w razie gdy wniosek nie zawiera propozycji dotyczącej rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu, sąd orzeka w tym zakresie na zasadach ogólnych.

Dokonując analizy zmian w omawianej instytucji, nie sposób pominąć nowelizacji, którą został objęty art. 343 k.p.k. Należy jednak zauważyć, że nie jest to zmiana tak znacząca dla tegoż przepisu, jak ta, którą wprowadzono w 2003 r., kiedy to modyfikacja treści art. 343 sprawiła, że nabrał on charakteru przepisu materialno-procesowego, co stanowi samoistną podstawę prawną do stosowania kar i środków karnych w nim wymienionych, niezależnie od tego, czy przepisy kodeksu karnego w tej sytuacji na to pozwalają⁵³.

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. III KK 414/11, LEX nr 1119524.

⁵¹ Wyrok SN z dnia 16 listopada 2011 r., sygn. III KK 322/11, LEX nr 1055032.

⁵² Wyrok SN z dnia 7 lipca 2007 r., sygn. V KK 421/06, OSNKW 2007, nr 1, poz. 397.

⁵³ E. Kruk, Wyrok..., *op. cit.*, s. 97.

Ustawą nowelizującą z dnia 27 września 2013 r. przepis § 1 art. 343 otrzymał nowe brzmienie, z którego wynika, że jeżeli nie ma zastosowania art. 46 Kodeksu karnego, sąd może uzależnić uwzględnienie wniosku, o którym mowa w art. 335, od naprawienia szkody w całości albo w części lub od zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Z dotychczasowego unormowania usunięto sformułowanie z § 2 omawianego przepisu i zastąpiono je istotnym *novum* w omawianej instytucji, jaką jest możliwość wniesienia przez pokrzywdzonego sprzeciwu, który może zostać złożony po wniesieniu aktu oskarżenia wraz z wnioskiem o skazanie lub po złożeniu wniosku przez oskarżonego do czasu rozpoznania sprawy. Sprzeciw pokrzywdzonego może zostać złożony na piśmie lub ustnie do protokołu posiedzenia wyrokowego. W imieniu pokrzywdzonego sprzeciw może również złożyć jego pełnomocnik. Ponieważ ustawa nie wymaga szczególnych warunków formalnych co do jego treści, należy przyjąć, że wystarczającym będzie oświadczenie o niewyrażeniu zgody na uwzględnienie wniosku.

Sąd nie jest wnioskiem bezwzględnie związany – dostrzegając z urzędu lub z inicjatywy strony albo jej przedstawiciela procesowego potrzebę jego zmiany lub uzupełnienia, może wystąpić do stron ze stosowną inicjatywą, uprzedzając, w jakim kształcie wniosek może zaaprobować (art. 343 § 3b i art. 343a § 2 *in fine* k.p.k. – po nowelizacji z dnia 27 września 2013 r.). Jednakże, w takiej sytuacji, warunkiem uwzględnienia wniosku jest wyrażenie przez oskarżyciela publicznego i oskarżonego zgody na dokonanie jego modyfikacji oraz brak sprzeciwu ze strony pokrzywdzonego.

Od 1 lipca 2015 r. wniosek oskarżonego o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy sąd rozpoznaje na posiedzeniu (art. 393 § 1 pkt 3, a po nowelizacji także art. 339 § 1 pkt 4 k.p.k.). Jeżeli do aktu oskarżenia dołączono wniosek, o którym mowa w art. 335 k.p.k., a akt oskarżenia odpowiada warunkom formalnym, jego odpis wraz z odpisem wniosku należy doręczyć oskarżonemu, obrońcy oraz pokrzywdzonemu, a gdy pokrzywdzony złożył wcześniej stosowne oświadczenie – oskarżycielowi posiłkowemu i pełnomocnikowi (art. 338 § 1 i art. 140 k.p.k.).

Prawo do udziału w posiedzeniu przysługuje prokuratorowi, oskarżonemu i obrońcy, pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi. Udział tych podmiotów w posiedzeniu nie jest obowiązkowy, także gdy oskarżony korzysta z pomocy obrońcy, a obrona ma charakter obligatoryjny.

Posiedzenie w przedmiocie wniosku o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy jest jawne dla publiczności. Po nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. kwestię tę wprost reguluje art. 95a § 2 k.p.k. W ramach jawności wewnętrznej stawiennictwo osób uprawnionych na posiedzenie oznacza prawo do aktywnego w nim udziału poprzez zabieranie głosu w przedmiocie wniosku o skazanie, a także składanie wniosków i oświadczeń. Pokrzywdzony i jego pełnomocnik mogą również przedstawić sądowi swoje stanowisko w przedmiocie

wniosku, które choć nie jest warunkiem jego uwzględnienia, może mieć wpływ na decyzję sądu, skoro przy rozstrzyganiu sprawy w tym trybie sąd powinien zwrócić uwagę, aby zostały również uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego, o czym mowa w art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.

Niewątpliwie zmiany, jakie pociąga za sobą ustawa z dnia 27 września 2013 r., w świetle przyjętych przez Komisję Kodyfikacyjną założeń oraz wyznaczonych celów w zakresie szerszego stosowania konsensualnego trybu postępowania, jakim jest instytucja skazania bez rozprawy, należy ocenić pozytywnie. Wszelkie bowiem modyfikacje przepisów, których celem jest przyspieszenie i usprawnienie postępowania, należy przyjmować z aprobatą, albowiem, dzięki ich zastosowaniu, organy procesowe i jurysdykcyjne zyskują na skróceniu postępowania karnego poprzez zaniechanie wykonania wszystkich czynności dowodowych i przeprowadzenia rozprawy. Bez wątplenia wprowadzone zmiany w omawianej instytucji przyczynią się do jeszcze częstszego jej stosowania przez organy ścigania. Ponieważ zmiany obejmą również tzw. dobrowolne poddanie się karze (art. 387 k.p.k.) oraz mediację (art. 23 a k.p.k.), wskazuje to na ewolucję stosowania konsensusu w polskiej procedurze. Zatem, należy zgodzić się ze stwierdzeniem A. Bogusłowicza, że porozumienia zasługują na akceptację z uwagi na przyczynianie się przez nie do przyspieszenia procesu, jego ekonomizacji, zapewnienia pokrzywdzonemu większych szans na naprawienie wyrządzonej mu szkody lub zadośćuczynienia, a tym samym na trwałe zakończenie konfliktu między nim a oskarżonym, ze względu na powiększenie stopnia akceptowalności wyroku, skoro na jego treść miał wpływ również sam oskarżony⁵⁴.

Nowelizacja stanowi zatem kompleksową i doniosłą regulację, której celem było zwiększenie sprawności postępowania przy jednoczesnym obniżeniu jego kosztów. Z drugiej jednak strony dokonywanie wyłącznie zmian legislacyjnych nie jest wystarczające. Fundamentalną rolę odgrywają bowiem również: nastawienie i postawa osób sprawujących wymiar sprawiedliwości oraz samych zainteresowanych postępowaniem⁵⁵.

Nie sposób również nie zwrócić uwagi na kwestie, które w doktrynie w dalszym ciągu pozostają sporne, ryzykowne lub też takie, co do których można spodziewać się dalszych nowelizacji.

J. Grajewski i S. Steinborn podkreślają ryzyko związane z zaniechaniem dalszych czynności dowodowych zgodnie z art. 335 § 1 zd. 2 k.p.k. Takie zaniechanie jest dopuszczalne, jeżeli w świetle zebranych dowodów wyjaśnienia podejrzanego nie budzą wątpliwości. Jak podkreślają jednak autorzy, praktyczne zastosowanie tego przepisu wymaga ostrożności dla wyeliminowania składania wniosków w sprawach, w których niedostateczność

⁵⁴ A. Bogusłowicz, „Postępowanie skrócone” – klasyczna forma konsensualnego sposobu zakończenia postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 4, s. 67.

⁵⁵ P. Wiliński, *Projekt zmian...*, *op. cit.*

dowodów pokrywana jest wynegocjowaną zgodą podejrzanego na łagodniejsze skazanie⁵⁶.

W doktrynie zwraca się ponadto uwagę na zagrożenia, jakie wynikają w praktyce stosowania instytucji skazania bez rozprawy. Inicjatorem jej stosowania faktycznie staje się bowiem funkcjonariusz Policji, stąd postuluje się stworzenie mechanizmów zapewniających rzeczywisty udział prokuratora na tym etapie postępowania⁵⁷.

P. Wiliński kieruje swoje obawy w kierunku gwarancji prawa do obrony. Jego wątpliwości budzi fakt, iż do orzekania w przypadku skazania bez rozprawy dochodzi na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu przygotowawczym. Nowelizacja nie zabezpieczyła natomiast we właściwy sposób prawa do obrony osoby, której odpowiedzialność karna jest badana⁵⁸.

Jak już wskazano powyżej, ustawa nie wyjaśnia, czy określenie „okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości” winno być interpretowane jako przyznanie się oskarżonego do winy. Mimo rozbieżności w doktrynie, ustawodawca nadal nie zdecydował się nałożyć na oskarżonego obowiązku przyznania się do winy w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 335 k.p.k. Wprawdzie wskazuje się na celową rezygnację ustawodawcy z wyrażenia w treści wymogów z art. 335 przyznania się do winy, jednakże można się zastanawiać, czy i ta kwestia nie stanie się przedmiotem kolejnych nowelizacji.

⁵⁶ J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) L. K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz...*, *op. cit.*

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ P. Wiliński, Kilka uwag krytycznych o trybach konsensualnych w projekcie ustawy o zmianie kodeksu postępowania karnego zaproponowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, (w:) *Kontrydktoryjność w polskim procesie karnym*, LEX/el 2013 (dostęp w dniu 8 sierpnia 2014 r.).

Motion to convict without trial under the Code of Criminal Procedure as amended on 27 September 2013

Abstract

This paper discusses amendments to the Code of Criminal Produce, introduced by the Act of 27 September 2013 amending the Act – Code of Criminal Procedure and some other acts, Journal of Laws of 25 October 2013, item 1247, as far as the measure allowing conviction without trial is concerned.

Piotr Sierakowski

Kasacja w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r.

Streszczenie

Celem prezentowanego opracowania jest analiza zmian wprowadzonych do przepisów o kasacji ustawą nowelizującą Kodeks postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. Stanowi odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście zmiany te nie modyfikują w jakimkolwiek zakresie charakteru prawnego kasacji jako środka procesowego o charakterze nadzwyczajnym.

Nowelizacja kodeksu postępowania karnego dokonana ustawą z dnia 27 września 2013 roku¹ (dalej: Nowelizacja) zmienia w istotny sposób treść zasadniczej rządzącej polskim procesem karnym ustawy. Zmiana ta ingeruje w jej treść nie tylko w szerokim spektrum zagadnień. Wprowadzane zmiany prowadzą do zasadniczego przemodelowania postępowania poprzez radykalne wzmocnienie zasady kontrydiktoryjności. Choć wyłaniającym się w związku z tym kwestiom poświęcono wiele już uwagi, wydaje się, że omawianie związanych z tym kwestii na długie miesiące, jeśli nie lata, pochłonie przedstawicieli doktryny prawa karnego procesowego.

Jednym z zagadnień, które dotąd nie było szerzej zaprezentowane jest sposób, w jaki Nowelizacja dotyka przepisów poświęconych kasacji. Już *prima facie* jako oczywiste jawi się, że zmiany w tej części k.p.k. nie mają charakteru równie rewolucyjnego co w innych jego fragmentach. Warto postawić sobie jednak pytanie, czy istotnie wprowadzone zmiany nie redefiniują charakteru prawnego kasacji. Rozważania te doprowadzą również do sformułowania szeregu uwag dotyczących nowowprowadzonych przepisów.

Przypomnieć trzeba, że w dotychczasowym ujęciu kasacja nie ma charakteru jednorodnego. Stanowi ona zatem środek procesowy o charakterze skargowym, bezwzględnie dewolutywnym oraz względnie suspensywnym, którego celem jest skontrolowanie zapadłego w sprawie prawomocnego orzeczenia pod względem jego zgodności z prawem, przy czym przesłankami tej kontroli stają się wskazane przez skarżącego powody kasacji, których zawężony katalog wskazany jest w art. 523 § 1 k.p.k. Ustawodawca wyróżnił kasację stron, która może zostać wniesiona od prawomocnego wy-

¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

roku sądu odwoławczego kończącego postępowanie w sprawie (art. 519 k.p.k.), oraz kasację podmiotów szczególnych dotyczącą każdego prawomocnego orzeczenia sądu kończącego postępowanie. Do wniesienia tego ostatniego rodzaju kasacji uprawnieni są: Rzecznik Praw Obywatelskich lub Prokurator Generalny (art. 521 § 1 k.p.k.), a w sytuacji, w której poprzez wydanie orzeczenia doszło do naruszenia praw dziecka także Rzecznik Praw Dziecka (art. 521 § 2 k.p.k.), czy wreszcie Minister Sprawiedliwości.

Wśród pięciu znowelizowanych przepisów trzy pozostają z całą pewnością bez wpływu na omawiane kwestie modelowe.

Pierwszą z nich stanowi art. 524 § 1 k.p.k., który reguluje terminy do wniesienia kasacji stron. Zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem tego przepisu, wniosek o doręczenie orzeczenia sądu drugiej instancji, którego ma dotyczyć kasacja, może zostać złożony w terminie siedmiu dni od dnia jego ogłoszenia. Odmienne mechanizmy przyjęto w sytuacji, w której oskarżony był w czasie procedowania pozbawiony wolności i nie był obecny przy ogłoszeniu orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie. Wówczas, zgodnie z art. 419 § 2 k.p.k., takiemu oskarżonemu należy doręczyć odpis wyroku wraz z pouczeniem. Obowiązek ten nie powstaje tylko wówczas, gdy oskarżony ma obrońcę. Związane jest to z tym, że przyjęto, iż przepisy te, odnoszące się wszak do postępowania przed sądem *a quo*, powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie w postępowaniu odwoławczym (art. 458 k.p.k.)². Ten oczywisty wniosek musi być uzupełniony o zastrzeżenie, że skoro według art. 84 § 2 k.p.k. prawomocne zakończenie postępowania w sprawie zwalnia obrońcę z obowiązku podejmowania dalszych czynności w sprawie, czyni to sytuację takiego skazanego tożsamą z sytuacją braku obrońcy i aktualizuje obowiązek sądu doręczenia odpisu orzeczenia³.

Nowelizacja uzupełnia omawiany przepis o regulację, zgodnie z którą, w razie gdy ustawa przewiduje doręczenie odpisu wyroku, termin do złożenia wniosku o uzasadnienie biegnie od dnia tego doręczenia. Zmianie tej towarzyszy gruntowna nowelizacja art. 100 k.p.k. Zgodnie z nowym brzmieniem jego § 3 każdy wyrok wydany na rozprawie musi zostać doręczony stronom, które nie były obecne przy ogłoszeniu orzeczenia. Obowiązek ten ciążyć ma na sądzie odwoławczym zawsze, niezależnie od tego – jak przewiduje to obecnie art. 419 § 2 k.p.k. – czy oskarżony miał obrońcę. Szczególne znaczenie to mieć będzie wówczas, gdy oskarżony jest pozbawiony wolności i nie był obecny przy ogłoszeniu wyroku.

Omawiana zmiana ma istotne znaczenie i musi być oceniona pozytywnie. Niesie ona ze sobą dwojakiego rodzaju skutki. Po pierwsze, rozszerza uprawnienia stron, co najsilniej dotyczy oczywiście oskarżonego. Teraz stro-

² Postanowienie SN z dnia 28 marca 2003 r., sygn. III KZ 71/02, LEX nr 78027, z glosą D. Wysockiego.

³ Tak J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 524 k.p.k., LEX 2014.

na mieć będzie pewność, że jeżeli nie stawi się na ogłoszenie wyroku, jego odpis zostanie jej doręczony. Zachowa przy tym prawo do dalszego jego zaskarżenia kasacją, gdyż termin do złożenia wniosku o doręczenie odpisu wraz z uzasadnieniem rozpocznie bieg w dniu doręczenia jego odpisu bez uzasadnienia. Po drugie, porządkuje tekst kodeksu poprzez rezygnację z konieczności stosowania art. 458 k.p.k. Potrzeba odpowiedniego stosowania przepisów z innej części kodeksu zawsze wprowadza pewne utrudnienie w wykładnię prawa i może czynić tekst nieczytelny dla osób nieposiadających wykształcenia prawniczego.

Wadę tej regulacji stanowić będzie zwiększony zakres obciążenia sądów, które zmuszone będą do dwukrotnego doręczenia odpisu wyroku i to nawet wówczas, gdy strona nie stawia się na jego ogłoszenie z własnej woli. Nie można powstrzymać się od konstatacji, że tego rodzaju uregulowanie wydatnie obniża znaczenie ogłoszenia orzeczenia na rozprawie jako jednego ze sposobów jego podawania do wiadomości stronom.

Drugą ze zmian wprowadzonych Nowelizacją dotknęła art. 526 § 2 k.p.k. Przepis ten dotyczy tak zwanego przymusu adwokacko-radcowskiego przy wnoszeniu kasacji⁴. Zmiana w nim dokonana ma w istocie znaczenie porządkujące. Sprowadza się ona do usunięcia słów: „będącego adwokatem lub radcą prawnym”. Wiąże się to z dokonaną równolegle nowelizacją art. 82 k.p.k., która polega na dopuszczeniu osób uprawnionych do obrony według przepisów o radcach prawnych do pełnienia funkcji obrońcy w postępowaniu karnym. W stanie prawnym obowiązującym obecnie kasację może sporządzić i podpisać wyłącznie obrońca lub pełnomocnik „kwalifikowany”, a zatem taki, który jest adwokatem lub radcą prawnym. Nowelizacja art. 82 k.p.k. sprawia, że rozróżnienie to traci rację bytu. Skoro bowiem zgodnie z nowym brzmieniem art. 82 k.p.k. obrońcą może być również radca prawny, możliwe stało się uproszczenie konstrukcji art. 526 § 2 k.p.k. Dokonana w tym przepisie zmiana jest zatem wynikiem nowelizacji art. 82 k.p.k. Samoistnie dla przepisów o kasacji ma znaczenie wyłącznie porządkujące.

Podobne znaczenie mieć będzie dokonana Nowelizacją zmiana treści art. 538 § 1 k.p.k. Przepis ten, określający konsekwencje uchylenia wyroku przez Sąd Najwyższy dla wykonywanej lub już wykonanej kary, odniesiono również do środków karnych. Zmiana ta, co do zasady, wydaje się być

⁴ O przymusie adwokacko-radcowskim (adwokackim) zob.: R. Góral, M. Stanowska, M. Tokarska, Skarga kasacyjna w praktyce, Prokuratura i Prawo 1998, nr 9, s. 21–22; P. Hofmański, S. Zabłocki, Funkcjonalność postępowania kasacyjnego w świetle nowego Kodeksu postępowania karnego, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Zagadnienia węzłowe, Warszawa 1997, s. 239. Wagę istnienia omawianego rygoru dla poprawności merytorycznej wnoszonych skarg kasacyjnych podkreślał również E. Skrętowicz, O apelacji i kasacji *de lege ferenda*, Annales UMCS 1994, nr XLI, s. 215–220.

słuszna, tym bardziej, że była już postulowana w doktrynie⁵. Nie wymaga żadnego dowodzenia teza, że z chwilą uchylenia wyroku skazującego nie tylko kara, ale i środek karny nim wymierzony, nie mogą być dalej wykonywane. Zastanawiam się tylko, czy konieczne jest zamieszczanie tego rodzaju uregulowania w przepisach procesowych. Wydaje mi się bowiem, że w takim przypadku norma prawna wynika już dostatecznie z przepisów kodeksu karnego wykonawczego, a w szczególności z jego art. 9 § 2. Skoro upada prawomocny, a więc dotąd wykonalny wyrok, nie może on dalej podlegać wykonaniu, gdyż dotyczy to jedynie wyroków prawomocnych (art. 9 § 2 k.k.w.). Zresztą, omawiana norma nie stanowi satysfakcjonującego rozwiązania wszystkich wyłaniających się tu problemów. Nie wyjaśnia bowiem, co należy zrobić z objętymi wyrokiem skazującym środkami probacyjnymi wskazanymi w art. 72 § 2 k.k. czy też z przewidzianym w art. 73 k.k. dozorem kuratora⁶. Oczywiście, z podanych wyżej powodów, nie ma potrzeby wywodzenia istnienia w tym zakresie luki w prawie, która zmuszałaby do sięgania po rozumowania *per analogiam*. Kwestia ta nie budzi wątpliwości właśnie wobec treści art. 9 § 2 k.k.w. Uważam zatem, że nowelizacja art. 538 § 1 k.p.k. w omawianej części nie była potrzebna.

Zupełnie inaczej rzecz się przedstawia w przypadku sposobu procedowania, w razie, gdy kara lub środek karny zostały już wykonane. Tu konieczność zaliczenia odpowiednich okresów nie budzi żadnych wątpliwości w odniesieniu do kar oraz większości środków karnych. Interpretując ten przepis w jego zmienionej treści, nie można zapominać o tym, że nie wszystkie środki karne będą mogły podlegać zaliczeniu. Dotyczy to w szczególności: przypadku (art. 39 pkt 4 k.k.) oraz podania wyroku do publicznej wiadomości (art. 39 pkt 8 k.k.), które ze swej natury nie będą objęte zakresem zastosowania tego przepisu.

Wskazane wyżej wątpliwości dotyczące środków probacyjnych stają się nieaktualne w przypadku, gdy tego rodzaju środki zostały już wykonane. W takim bowiem przypadku, zgodnie z art. 538 § 3 k.p.k., w razie ponownego skazania z zastosowaniem okresu próby towarzyszącego warunkowemu zawieszeniu wykonania kary odbyty dotąd okres próby ulega na jego poczet zaliczeniu. Zatem, dotyczyć to musi wszelkich towarzyszących probacji obowiązków. Kwestia ta nie jest jednak oczywista w wypadku, gdy obu wyrokom – uchylonemu oraz nowo orzeczonemu – towarzyszą obowiązki probacyjne różne co do rodzaju. Wydaje się, że wyłaniające się problemy o dosyć

⁵ W. Wróbel, *Naruszenie prawa materialnego jako podstawa kasacyjna*, Studia i analizy SN, Warszawa 2008, t. II, s. 151–163.

⁶ Sytuacja taka w żadnym razie nie jest wykluczona, skoro wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania może zostać zaskarżony kasacją podmiotów szczególnych (art. 523 § 4 pkt 2 k.p.k.).

szczegółowym, by nie rzecz kazuistycznym charakterze, wymagają odrębnego opracowania.

Bardzo istotne z punktu widzenia praw skazanego znaczenie mieć będzie nowelizacja art. 538 § 2 k.p.k., którą wprowadzono zażalenia na postanowienia Sądu Najwyższego o zastosowaniu środka zapobiegawczego, po uchyleniu zaskarżonego kasacją wyroku. Przewidziana tu instancja pozioma, niejako na wzór tego rodzaju instytucji wprowadzonej do postępowania odwoławczego specjalnie przygotowaną w tym celu ustawą z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego⁷, przywraca zgodność omawianej regulacji z art. 78 w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Wprawdzie orzeczenie o zastosowaniu środka zapobiegawczego po uchyleniu wyroku wydawane było przez Sąd Kasacyjny, co zdaje się dostarczać argumentów do obrony tezy o jego niezaskarżalności, dla której oparcia można zasadnie doszukiwać się w art. 426 § 1 k.p.k. Niemniej jednak przyjąć trzeba, że w takim wypadku Sąd Najwyższy działa jako sąd pierwszej instancji, rozpatruje bowiem sprawę – kwestię zastosowania środka zapobiegawczego – po raz pierwszy. Wprowadzenie drogi odwoławczej jest zatem w takim wypadku niezbędne z punktu widzenia relewanтного tu wzorca konstytucyjnego.

Powyższe rozważania przekonują, że żadne z omawianych wyżej zmian w postępowaniu kasacyjnym nie dotyczyły tych przepisów, w których określono istotę kasacji. Inaczej rzecz się ma w przypadku dwóch przepisów, które do omówienia jeszcze pozostały. Są to art. 523 § 1 k.p.k. dotyczący powodów kasacji oraz art. 519 k.p.k. traktujący o rodzajach orzeczeń, których dotyczyć może kasacja stron.

Artykuł 523 § 1 k.p.k. statuuje powody kasacji⁸, wskazując, że kasacja może być wniesiona wyłącznie z powodu uchybień wskazanych w art. 439 k.p.k. lub też innego rażącego naruszenia prawa, jeśli mogło mieć ono istotny wpływ na treść orzeczenia. W tym przepisie odbija się istotna cecha kasacji. Po pierwsze bowiem, powody kasacji mogą być ograniczone wyłącznie do naruszenia przepisów prawa. Tym samym nie jest możliwe oparcie kasacji na błędzie w poczynionych przez sąd ustaleniach faktycznych lub też na rażącej niewspółmierności wymierzonej kary. Po drugie, owo naruszenie prawa mieć musi niezwykle poważny charakter. Może ono albo mieścić się w katalogu tzw. bezwzględnych powodów kasacyjnych, a zatem transponowanego z mającego tu zastosowanie art. 439 k.p.k., albo też stanowić innego rodzaju naruszenie prawa, które, z kolei, powinno być rażące oraz móc

⁷ Dz. U. z 2011 r., Nr 48, poz. 246.

⁸ Świadomie posługuje się pojęciem powodów kasacji, które uważam za właściwe na gruncie art. 523 § 1 k.p.k., w przeciwieństwie do „przyczyny” lub „podstawy” kasacji. Szerzej na ten temat P. Sierakowski, *Powody kasacji w polskim procesie karnym. Ujęcie dogmatyczne i empiryczne* (rozprawa doktorska niepubl.), Warszawa 2014, s. 42–76.

wywierać istotny wpływ na treść orzeczenia. Nie przywołując tu dyskusji, która dotyczy zakresu znaczeniowego tych pojęć oraz ich wzajemnej zależności⁹, stwierdzić trzeba, że powody kasacji należą do jej najistotniejszego elementu, charakteryzującego istotę tego środka procesowego. Omawiany przepis cechuje również pewien element dodatkowy, w sposób negatywny kreślący zakres powodów kasacyjnych. W zdaniu 2 art. 523 § 1 k.p.k. wskazano, że kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Na tle tego przepisu, przy próbie właściwego jego odczytania, pojawiają się trzy sposoby jego rozumienia. Można twierdzić, że przepis ten wyklucza całkowicie możliwość powoływania się w kasacji na niewspółmierność kary. Pogląd ten – zasadny na gruncie odmiennego brzmienia przepisu w stanie prawnym przed dniem 1 września 1998 r. – jak sądzę, już na gruncie wykładni językowej należy odrzucić. W doktrynie zdaje się dominować pogląd, zgodnie z którym podniesienie tego rodzaju zarzutu jest dopuszczalne pod warunkiem, że zarzutowi temu towarzyszy zarzut naruszenia prawa materialnego¹⁰, który dotyczy szeroko pojętych sądowych zasad wymiaru kary. Jeszcze inni wreszcie bronią stanowiska, że zarzut taki staje się dopuszczalny wówczas, gdy towarzyszy mu jakikolwiek inny zarzut o charakterze procesowym bądź materialnoprawnym¹¹, który miał wpływ na wymierzenie kary rażąco niewspółmiernej. Problem ten pozostaje w dużej mierze nierozstrzygnięty w sposób satysfakcjonujący, czego zasadniczej przyczyny upatrywać należy w niejasnej treści przepisu. W szczególności brak jest zgodności co do tego, czy naruszenie reguł tzw. sądowego wymia-

⁹ P. Kruszyński, Powody kasacji z nowym k.p.k., (w:) Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000, s. 175–178; R. Góral, M. Stanowska, M. Tokarska, Skarga kasacyjna..., *op. cit.*, s. 26–31; R. Kmiecik, Rażąco naruszenie prawa materialnego jako „względna” przyczyna kasacyjna, (w:) P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości Księga pamiątkowa ku czci prof. K. Marszała, Katowice 2003, s. 160 i nast.; P. Hofmański, S. Zabłocki, Wybrane zagadnienia postępowania kasacyjnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego, *Palestra* 1997, nr 11–12, s. 31; W. Grzeszczyk, Przyczyny kasacyjne w sprawach karnych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 3, s. 15; M. Rogacka-Rzewnicka, Kasacja w polskim procesie karnym Warszawa 2000, s. 225–227 oraz 239–246; Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, Kasacja w postępowaniu karnym. Komentarz, Warszawa 1996, s. 22–26.

¹⁰ P. Kruszyński, *ibidem*, s. 188–190; S. Waltoś, Nowa kasacja w procesie karnym, *Palestra* 1996, nr 1–2, s. 20; P. Hofmański, S. Zabłocki, *ibidem*, s. 31–32; W. Wróbel, Naruszenie prawa materialnego..., *op. cit.*

¹¹ M. Śliwonik, Zjawisko „uapelacyjnienia” kasacji w świetle obecnego i nowego kodeksu postępowania karnego, *Palestra* 1997, nr 9–10, s. 39; M. Rogacka-Rzewnicka, Kasacja..., *op. cit.*, s. 246; Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, Kasacja..., *op. cit.*, s. 29, przy czym ostatni Autorzy zdają się dopuszczać w takim przypadku nawet zarzut niewyjaśnienia danej okoliczności faktycznej w sprawie.

ru kary mieści się w zakresie zastosowania art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k. i – co za tym idzie – może stanowić podstawę kasacji¹².

Wobec tego pewien niepokój może budzić fakt, że Nowelizacja rozbudowuje właśnie ów negatywny element przepisu art. 523 § 1 k.p.k. Dodaje bowiem zdanie trzecie o następującej treści: „Strona nie może również wnieść kasacji na podstawie zarzutu naruszenia art. 440”. Na tle tego przepisu sformułować trzeba kilka uwag.

Już *prima facie* widoczna jest całkowicie odmienna struktura językowo-logiczna tego zdania w porównaniu do zdania drugiego omawianej jednostki redakcyjnej ustawy. Prawodawca posłużył się w tym wypadku konstrukcją strony czynnej, sprawiając w ten sposób, że przepis ten odnosi się wyłącznie do strony. To ograniczenie dotyczyć zatem będzie wyłącznie kasacji stron (art. 519 k.p.k.). Tym samym, *a contrario*, nie będzie dotyczyło kasacji podmiotów szczególnych (art. 521 k.p.k.). W omawianym przepisie ustawodawca uniknął posłużenia się określeniem „wyłącznie”, tak charakterystycznym dla poprzedniego zdania. W ten też sposób z jednej strony uniknięto powstania kolejnej niejasności znaczeniowej, którą obarczony jest art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k. Z drugiej, treść omawianego przepisu nie może pozostać bez wpływu na sposób odczytywania jego zdania drugiego. Fakt nieposłużenia się określeniem „wyłącznie” w jego zdaniu trzecim, z jednoczesnym zachowaniem w stanie niezmienionym treści zdania drugiego, dostrzegany w świetle zasady racjonalności ustawodawcy, dostarcza istotnych argumentów dla przyjęcia określonego rozumienia art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k. To powinno być uznane za istotny argument na rzecz tezy, że niewspółmierność kary może stać się obiektywnym powodem kasacji o ile nie stanowi ona jedynego jej powodu. Tym samym, prowadzi to do odrzucenia pierwszego z trzech zaprezentowanych wyżej sposobów odczytywania art. 523 § 1 zd. 2 k.p.k. W żaden jednak sposób nie przybliża do wyjaśnienia, który z dwóch pozostałych kierunków wykładni jest właściwy.

Nowelizacja art. 523 § 1 k.p.k. stanowi zatem dalsze ograniczenie powodów kasacji stron. Gdy rozpatrywać takie działanie wyłącznie na gruncie przepisów o postępowaniu kasacyjnym, uznać trzeba, że odpowiada ono istocie tego środka procesowego, który – jak wyżej wspomniano – wyraża się, między innymi, w swoistej wyjątkowości prawnych okoliczności, które stać się mogą powodem jej wniesienia. Wprowadzona zmiana odpowiada również tendencji odwrotnej do nazwanego przez M. Śliwonik¹³ „uapelacyj-

¹² Możliwość taką neguje W. Wróbel, *Naruszenie prawa materialnego...*, *op. cit.*, zaś akceptuje P. Kruszyński, *Powody kasacji...*, *op. cit.*

¹³ M. Śliwonik, *Zjawisko...*, *op. cit.*, s. 53. Autorka słusznie wywodzi, iż zastosowanie art. 440 k.p.k. charakterystyczne jest dla postępowania odwoławczego „zwykłego”. Jego dopuszczenie w postępowaniu kasacyjnym zaciemniało dogmatyczną jasność konstrukcji owego nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

nienia” kasacji, co należy ocenić zdecydowanie pozytywnie. Wprowadzona zmiana zgodna jest z logiką Nowelizacji, a w szczególności ze wsparciem kontryktoryjności dokonanej przede wszystkim poprzez zmianę art. 167 § 1 k.p.k. Rację przyznać należy ustawodawcy, że tego rodzaju ograniczenie powodów kasacji stron jest niezbędne dla zapobieżenia omijaniu przez strony wynikającego z tego przepisu reżimu. W ten sposób rozwiązanie takie przyczynia się do dalszego umocnienia wyjątkowego charakteru kasacji stron i stanowić może istotną, i jak się należy spodziewać, skuteczną zaporę przed „pieniactwem kasacyjnym”.

Zupełnie jednak nieoczekiwany skutek wskazana wyżej zmiana odnieść musi w wypadku tzw. kasacji podmiotów szczególnych. Artykuł 523 § 1 k.p.k. w znowelizowanym kształcie dopuszcza bowiem możliwość wnoszenia kasacji wskazanej w art. 521 k.p.k. w oparciu o powód określony w art. 440 k.p.k., co nie może zostać ocenione w sposób pozytywny. Tak jak wyłączenie możliwości stosowania art. 440 k.p.k. w wypadku kasacji stron odpowiadało istocie kasacji, tak odwrotne posunięcie w przypadku kasacji podmiotów szczególnych prowadzić będzie do niczym nieuzasadnionego „uapela-cynienia” tego środka. W ten sposób regulacja kasacji przestaje odpowiadać założeniom modelowym. Wszak do istoty kasacji należy skontrolowanie przestrzeganie prawa przez sąd. Temu założeniu stosowanie art. 440 k.p.k. z pewnością nie odpowiada.

Znamienne jest również, że omawiana zmiana prowadzi do istotnego modelowego rozróżnienia kasacji w zależności od tego, czy została ona wniesiona przez strony, czy przez podmiot wskazany w art. 521 k.p.k. Oczywiście i dzisiaj istnieją różnice w regulacji prawnej obu rodzajów kasacji. Nie dotyczą one jednak ich istoty, co uprawnia do wywodzenia, że mamy w tym wypadku do czynienia z jednym środkiem procesowym. Na gruncie nowelizowanego przepisu art. 523 § 1 k.p.k. wydaje się uprawnionym wniosek, że od dnia 1 lipca 2015 r. w polskim porządku prawnym funkcjonować będą dwie kasacje.

Drugą zmianą dotyczącą fundamentów kasacji jest nowelizacja art. 519 k.p.k. Przepis ten określa przedmiot zaskarżenia kasacją stron. *De lege lata* stanowi go wyłącznie prawomocny wyrok sądu odwoławczego kończący postępowanie w sprawie. Wykładnia tego przepisu otwiera cały szereg istotnych zagadnień, które wielokrotnie były poruszane i dogłębnie analizowane w doktrynie. Na potrzeby niniejszego wywodu stwierdzić jedynie trzeba, że wyjątkowy zarówno w aspekcie ustrojowym, jak i indywidualnym wymiar kasacji stron wyraża się między innymi w tym, iż wnieść ją można jedynie od najpoważniejszego aktu imperium władzy sądowniczej państwa, który w dodatku nosi wszelkie atrybuty ostateczności i – w konsekwencji – jest wykonalny, a za pomocą którego dochodzi do trwałego przesądzenia sytuacji prawnej uczestników procesu karnego poprzez ostateczne rozstrzygnięcie

w przedmiocie procesu. Nowelizacja rozszerza ów zakres również na prawomocne postanowienie sądu odwoławczego o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego wskazanego w art. 93 i 94 k.k. W zamyśle ustawodawcy celem takiej zmiany jest poddanie kontroli kasacyjnej zainicjowanej przez stronę takiego orzeczenia sądu, na podstawie którego sprawca czynu zabronionego, którego poczytalność *tempore criminis* była zniesiona, zostaje pozbawiony wolności w ramach wykonywanego wobec niego środka zabezpieczającego. Takie rozwiązanie ma w założeniu odpowiadać należytemu standardowi ochrony wolności obywatelskich. Z pozoru wydaje się ono być bardzo korzystne, a w dodatku odpowiadać „duchowi” kasacji. Wszak już u progu jej obowiązywania w systemie prawa polskiego uznano dostępność dla stron za zasadniczy jej wyróżnik¹⁴. Moim zdaniem należy je jednak ocenić krytycznie i to z kilku powodów. Po pierwsze, przekonanie o tym, iż tylko dopuszczenie kasacji stron od tego rodzaju orzeczenia sądu spełni standardy ochrony wolności obywatelskich, jest w mojej ocenie fałszywe. Polemikę z nim utrudnia fakt, że uzasadnienie projektu Nowelizacji milczy na temat konkretnych praw obywatelskich, które przez brak takiej regulacji miałyby być obecnie naruszane. Tymczasem, jak podkreśla się w doktrynie¹⁵, standard konstytucyjny w zakresie środków zaskarżenia dotyczy tylko możliwości zaskarżenia orzeczenia do sądu drugiej instancji. Podobny rygor wynika z unormowań międzynarodowych, które nie przewidują prawa do kasacji¹⁶. Postępowanie kasacyjne podlega jego unormowaniu tylko wówczas, gdy w ogóle droga kasacyjna w danym przypadku jest przewidziana. Konstytucyjne podstawy tej zmiany wydają się zatem wątpliwe. Faktem jest, że umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy może nastąpić tylko wówczas, gdy przesądzone zostanie, iż zarzucony mu czyn on rzeczywiście popełnił. Skierowanie sprawy zainicjowanej wnioskiem prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego na rozprawę jest wszak w świetle art. 354 pkt 2 k.p.k., co do zasady, obowiązkowe. Niemniej jednak trudno uznać umorzenie postępowania za dotyczące praw podejrzanego w sposób porównywalny do skazania. Nie twierdzę rzecz jasna, że zastosowanie środka zabezpieczającego wobec podejrzanego nie stanowi dla niego istotnej dolegliwości. Nie może być ono jednak w tak łatwy, niejako automatyczny sposób, zrównane z penitencjarnym pozbawieniem wolności. Wśród wielu różnic, które można by wymienić, jako pierwsza jawi się ta, że czas jego realnego

¹⁴ S. Waltoś, *Nowa kasacja...*, *op. cit.*, s. 17.

¹⁵ K. Marszał, *Zaskarżalność decyzji wydanych w procesie karnym*, *Przegląd Sądowy* 2007, nr 3, s. 56–71; L. K. Paprzycki, *Model kasacji w polskiej procedurze karnej*, *Palestra* 2008, nr 7–8, s. 56.

¹⁶ L. K. Paprzycki, *Model kasacji w polskiej procedurze karnej*, *Palestra* 2008, nr 7–8, s. 66.

wykonywania uzależniony jest wyłącznie od stanu zdrowia sprawcy czynu zabronionego (art. 94 § 2 k.p.k.).

Chcę zwrócić uwagę, że gdyby postąpić dalej konsekwentnie tokiem rozumowania ustawodawcy, należałoby dopuścić możliwość wniesienia kasacji od prawomocnych postanowień o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Zdaję sobie sprawę, że argument ten, choć w innym kontekście, był już prezentowany w doktrynie¹⁷, jest kontrowersyjny z wielu przyczyn, z których najważniejszą jest fakt, że orzeczenie takie nie kończy postępowania w sprawie. Dobrze pokazuje on jednak, że zasadniczym, przyjętym przez ustawodawcę kryterium oceny naruszenia wolności obywatelskich jest dolegliwość dla osoby poddanej pod sąd. Skoro tak, to otwiera to drogę do proponowanych rozważań. Tego rodzaju orzeczenia – biorąc pod uwagę czas stosowania tymczasowego aresztowania przez sądy – wiążą się dla podejrzanego z dolegliwością nieraz porównywalną, a nawet przekraczającą tę, która towarzyszy stosowaniu środka zabezpieczającego¹⁸.

Zakończyć niniejsze rozważania trzeba stwierdzeniem być może najbardziej istotnym. Otóż, zasadnicze wątpliwości budzi treść omawianego przepisu. Celem ustawodawcy było wprowadzenie zaskarżalności kasacją stron postanowienia sądu odwoławczego utrzymującego w mocy postanowienie sądu pierwszej instancji o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego. Redakcja art. 519 k.p.k. nasuwa istotne wątpliwości co do tego, czy cel ten rzeczywiście udało się osiągnąć. Przepis ten stanowi wszak, że kasacja przysługuje od prawomocnego postanowienia sądu odwoławczego o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego. Nie wspominając już o tym, że gdyby istotnie sąd *ad quem* tego rodzaju orzeczenie wydał, musiałoby być ono prawomocne, zwrócić trzeba uwagę, iż o umorzeniu postępowania i zastosowaniu wspomnianego środka orzeka sąd I instancji. Zgodnie zaś z art. 437 § 1 k.p.k., rozpoznając zażalenie, sąd odwoławczy jedynie utrzymuje w mocy to zaskarżone postanowienie. Jeżeli zaś przyzna rację skarżącemu, a jednocześnie pozwalają na to zebrane dowody, zmienia zaskarżone orzeczenie poprzez orzeczenie odmiennie co do istoty, a w przeciwnym przypadku orzeczenie to uchyla, czemu towarzyszyć musi orzeczenie następcze w postaci przekazania sprawy do ponownego rozpoznania (art. 437 § 2 k.p.k. zarówno w wersji aktualnie obowiązującej, jak i wynikającej z Nowelizacji).

Te krótkie uwagi natury językowej uprawniają do stwierdzenia, że w omawianym przypadku kasacja stron przysługuje jedynie wówczas, gdy

¹⁷ M. Rogacka-Rzewnicka, Recenzja książki Z. Dody, J. Grajewskiego, A. Murzynowskiego, *Kasacja w postępowaniu karnym. Komentarz*, Palestra 1997, nr 3–4, s. 168–174.

¹⁸ Analogiczne uwagi odnieść by można do postanowienia sądu o zarządzeniu wykonania kary pozbawienia wolności.

orzeczenie o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego zapadnie w drugiej instancji na skutek zmiany orzeczenia sądu *a quo*, który odmówił zastosowania tego rodzaju środka. I tu jednak pojawia się pewnego rodzaju wątpliwość. Na gruncie takiego rozumienia tego przepisu wyłania się pytanie, czy omawiany wypadek obejmuje tylko taką sytuację, w której sąd pierwszej instancji odmówił uwzględnienia wniosku prokuratora, a więc stwierdził, że nie jest zasadne umarzenie postępowania i stosownie do art. 324 § 2 k.p.k. przekazał sprawę prokuratorowi do dalszego prowadzenia. Jak bowiem należy potraktować taki przypadek, w którym sąd I instancji wprawdzie umorzył postępowanie, ale wobec niespełnienia przesłanek z art. 94 § 1 k.p.k. odmówił zastosowania środka zabezpieczającego. Pytanie to jest tym bardziej istotne, że obserwacja praktyki wskazuje, iż tego rodzaju sytuacje procesowe są najczęstsze¹⁹. W razie zatem, gdy sąd *ad quem* uzna, że „pozwalają na to zebrane dowody”, może, uwzględniając zażalenie wniesione przez oskarżyciela publicznego, orzec środek zabezpieczający. Szkopuł jednak w tym, że z mocy art. 519 k.p.k. w nowym brzmieniu kasacja stron przysługuje wyłącznie od orzeczenia sądu odwoławczego o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego z art. 93 i 94 k.k. Ściśle zatem rzecz interpretując, w omawianej sytuacji nie będzie ona przysługiwać. Takie rozumienie przepisu, które jednocześnie wydaje się być jedynym dopuszczalnym na gruncie wykładni językowej, trudno uznać za satysfakcjonujące. Wszak omawiane „częściowe” rozstrzygnięcie sądu odwoławczego dla podejrzanego będzie równie dolegliwe jak orzeczenie „całościowe”. Widać zatem wyraźnie, że – wbrew założeniom ustawodawcy – znowelizowany art. 519 k.p.k. w sposób nader niekonsekwentny spełnia postawione przed nim cele.

Podsumowując całość powyższych rozważań, wskazać trzeba, że zakres zmian wynikających z Nowelizacji dla postępowania kasacyjnego – choć nie jest szeroki – jawi się jako zróżnicowany. Obok kwestii porządkujących, a wręcz kosmetycznych, pojawiają się również i takie o znacznie większym znaczeniu. Dwie z nich dotyczą podstaw konstrukcji modelu kasacji, co w każdym przypadku aktualizuje pytanie o wpływ proponowanych rozwiązań na model tego środka zaskarżenia. W mojej ocenie wprowadzona zmiana art. 523 § 1 k.p.k. pozostaje bez znaczenia dla koncepcji kasacji stron jako środka zaskarżenia. W istocie bowiem nie zmienia ona nic w ogólnych założeniach i konstrukcji tego przepisu. Tak oto, powody kasacji stron zachowują po Nowelizacji swój charakter. Uwagi powyższe nie dotyczą kasacji podmiotów szczególnych, której model odbiegać będzie znacząco od „czystej” ka-

¹⁹ Nie może to dziwić. Wszak w sprawach toczonych w trybie art. 354 k.p.k. „walka” rozgrywa się właśnie o środek zabezpieczający. Podważaniem zasadności umorzenia postępowania nikt nie jest zainteresowany. obrońca z oczywistych względów, a prokurator, gdyż sam o takie rozstrzygnięcie wnosił.

sacji. Dopuszczenie możliwości wniesienia tego rodzaju kasacji w oparciu o zarzut naruszenia art. 440 k.p.k. zmienia w diametralny sposób jej charakter. Doprowadzenie do rozbicia kasacji na dwa odrębne środki zaskarżenia ma niezwykle istotne znaczenie dogmatyczne. Nieco inaczej odpowiedź na to zasadnicze pytanie jawi się w przypadku zmian, które dotknęły drugi ze wskazany przepisów. Nowa treść art. 519 k.p.k. w sposób niepokojący rozszerza zakres zaskarżenia kasacją stron. Faktem jest, że czyni to w sposób zaskakująco niezręczny. Niemniej jednak, wobec wyjątkowego charakteru omawianego środka zaskarżenia, rozszerzanie „zakresu jego zastosowania” na kolejne grupy orzeczeń, które pomimo wszystko są rodzajowo odmienne od wyroków, musi budzić sprzeciw. Tym bardziej, że działaniom tym towarzyszy utrzymywanie wprowadzonego z górą czternaście lat temu ograniczenia kasacji stron od wyroków ze względu na treść rozstrzygnięcia (art. 523 § 2–4 k.p.k.). Znacznie bardziej celowym posunięciem zarówno z punktu widzenia ustrojowego, jak i indywidualno-procesowego byłoby podjęcie prac nad zniesieniem tych właśnie ograniczeń.

Cassation under the amendment of 27 September 2013

Abstract

The purpose of this contribution is to analyze changes to the cassation regulations, introduced by the Act of 27 September 2013, amending the Code of Criminal Procedure. The answer is provided to whether the amendment actually does not modify in any way whatsoever the legal nature of cassation as an extraordinary procedural measure.

Lidia Mazowiecka

Szanse na mediację w postępowaniu przygotowawczym

Streszczenie

Na tle dotychczasowych regulacji prawnych i praktyki stosowania mediacji w postępowaniu przygotowawczym Autorka analizuje szanse na częstsze stosowanie tej instytucji w świetle nowych przepisów, obowiązujących od dnia 1 lipca 2015 r. W konkluzji stwierdza, że być może istnieje taka szansa, ale z pewnością nie można mówić o doprowadzeniu do radykalnej zmiany dotychczasowego stanu rzeczy.

1. Uwagi wstępne

Mediacja funkcjonuje w polskim prawie karnym od dnia 1 września 1998 r., a więc od chwili, gdy weszła w życie kodyfikacja karna z dnia 6 czerwca 1997 r. Od początku nie przewidywano żadnych formalnych ograniczeń w odniesieniu do korzystania z tej instytucji. Przyjęto, że ma ona być stosowana przede wszystkim na etapie postępowania przygotowawczego. Miało to skutkować skróceniem czasu trwania postępowania karnego i łączącym się z tym zminimalizowaniem ryzyka pojawienia się u pokrzywdzonych zjawiska wiktylizacji wtórnej wynikającego z konieczności uczestniczenia w postępowaniu. Ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r.¹ dokonano nowelizacji pierwotnej regulacji, zgodnie z którą mediacja mogła być wykorzystywana zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego. Taki stan prawny obowiązywał do dnia 1 lipca 2015 r., kiedy na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r.² istotnie zmieniono dotychczasowe unormowanie.

2. Mediacja w dotychczasowej praktyce prokuratorskiej

Przez cały czas istnienia mediacji jako instytucji ustawowej bardzo rzadko do niej sięgano nie tylko zresztą na etapie postępowania przygotowawczego³,

¹ Ustawa o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawie o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 17, poz. 155).

² Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 z późn. zm.).

³ Zob. dane statystyczne dostępne na stronie Prokuratury Generalnej – www.pg.gov.pl.

ale i sądowego⁴. Wyniki badań nad przyczynami tak niskiego zainteresowania mediacją przez organy prowadzące (nadzorujące) postępowania przygotowawcze wykazały, że cały czas pozostawała ona instytucją nieznaną i niezrozumiałą. Świadczy o tym choćby fakt, że prokuratorzy kierowali do postępowania mediacyjnego przede wszystkim sprawy dotyczące przemocy w rodzinie (42%), podczas gdy akurat w tym wypadku należy zachować szczególną ostrożność z uwagi na zwykle bardzo silne uzależnienie ofiary od sprawcy. Uważali jednocześnie, że mediatorzy powinni być profesjonalistami, a zatem posiadać wiedzę psychologiczną (40%), prawniczą z zakresu prawa karnego (27%), socjologiczną (6%), pedagogiczną (3%), mieć doświadczenie życiowe (7%), jak również posiadać umiejętność rozwiązywania i łagodzenia konfliktów (3%). Na konieczność znajomości wiktymologii czy etyki zwrócił uwagę zaledwie niespełna jeden procent badanych. Wśród pożądanых cech mediatora wymienili oni m.in. bycie w związku małżeńskim, posiadanie dzieci, cierpliwość, otwartość, asertywność⁵. Wyniki te dowodzą, że – jeżeli w ogóle prokuratorzy zostali przeszkoleni w zakresie problematyki mediacji – szkolenie to nie przełożyło się na zrozumienie istoty mediacji i jej znaczenia w sferze prawa karnego.

Niezależnie od tego, że wiedza na temat mediacji jest znikoma, zasadniczym przeciwwskazaniem stosowania mediacji było wadliwe unormowanie tej instytucji, a w szczególności niezgodne z uznanymi standardami międzynarodowymi. Stosownie do nich mediacja w sprawach karnych ma być przede wszystkim instytucją dla pokrzywdzonego. Tak stanowią rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (99)19 o mediacji w sprawach karnych z dnia 15 września 1999 r.⁶ (rekomendacja) oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r., ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW⁷ (dyrektywa).

Dyrektywa wyraźnie stwierdza (art. 12), że mediacja między ofiarą i sprawcą wymaga zagwarantowania ofiarom bezpieczeństwa, aby zapobiec ich wtórnej i ponownej wiktymizacji, jak też zastraszeniu i odwetowi. Dlatego przy jej stosowaniu należy mieć w pierwszym rzędzie na uwadze interes

⁴ Zob. dane Wydziału Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości dostępne na stronie www.ms.gov.pl.

⁵ L. Mazowiecka, *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r.*, (w:) L. Mazowiecka (red.), *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, Warszawa 2013, s. 121 i n.; O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*, (w:) L. Mazowiecka (red.), *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, Warszawa 2013, s. 81 i n.; B. Czarnecka-Działuk, *Perspektywy i bariery mediacji w opinii prokuratorów i sędziów*, (w:) *ibidem*, s. 113 i n.

⁶ Tekst polski, (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 119 i n.

⁷ Dz. Urz. UE 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57.

i potrzeby ofiary, a w tym naprawienie przez sprawcę szkód wyrządzonych przestępstwem i zapobieżenie powstaniu dalszych szkód. Kierując sprawę do mediacji, należy uwzględniać w szczególności takie czynniki, jak: charakter i waga przestępstwa, rodzaj i stopień doznanych przez ofiarę w jego wyniku urazów, powtarzające się naruszenia fizycznej, seksualnej lub psychologicznej integralności ofiary, nierównowagę sił stron konfliktu oraz wiek, dojrzałość lub potencjał intelektualny ofiary, mogące zmniejszyć jej zdolność do podejmowania świadomych wyborów lub przeszkodzić w uzyskaniu pozytywnych rezultatów. Usługi mediacyjne powinny być zasadniczo poufne, chyba że strony uzgodnią inaczej lub wymaga tego prawo krajowe ze względu na nadrzędny interes publiczny. Ten ostatni przypadek ma miejsce wówczas, gdy w trakcie postępowania mediacyjnego sprawca grozi ofierze, usiłuje ją zastraszać czy szantażować (pkt 46 preambuły dyrektywy). W art. 12 dyrektywy wyraźnie podkreślono, że przed wyrażeniem przez ofiarę zgody na udział w mediacji musi ona zostać obiektywnie poinformowana o istocie i skutkach tego postępowania. Zgodę może też w każdej chwili wycofać. Dyrektywa zobowiązuje również do ustanawiania procedur lub wytycznych dotyczących warunków kierowania spraw do mediacji⁸.

3. Mediacja w świetle nowelizacji k.p.k. ustawą z dnia 27 września 2013 r.

Nowelizacja regulacji postępowania mediacyjnego zawartej w art. 23a k.p.k. – dokonana na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. – w pewnym stopniu uwzględnia standardy przewidziane w tym zakresie w dyrektywie. Wprowadza bowiem obowiązek poinformowania stron konfliktu o celach i zasadach postępowania mediacyjnego, dobrowolność uczestniczenia w tym postępowaniu, możliwość wycofania zgody na to, jak również bezstronność i poufność mediacji. Tę ostatnią zasadę dopełnia zaś zakaz przesłuchiwania mediatora co do informacji uzyskanych przez niego w trakcie postępowania mediacyjnego z wyjątkiem tych, o których jest mowa w art. 240 k.k. (dodany art. 178a k.p.k.).

Nie wzięto jednak pod uwagę konieczności przemodelowania mediacji w taki sposób, aby czyniła ona zadość interesom i potrzebom ofiary, zwłaszcza w odniesieniu do naprawienia jej szkód wyrządzonych przestępstwem oraz zapobieżenia pojawieniu się dalszych. Nadal instytucja ta służy spraw-

⁸ Zob. zwłaszcza: W. Zalewski, (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), E. Bieńkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, E. Zielińska, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz, Warszawa 2014, s. 153 i n.; E. Bieńkowska, Mediacja w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) L. Mazowiecka (red.), Unijne standardy programów sprawiedliwości naprawczej, Warszawa 2015, s. 109 i n.

cy przestępstwa. Wynika to z art. 53 § 3 k.k., w myśl którego przy wymiarze kary sąd bierze pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji między pokrzywdzonym i sprawcą. Brakuje natomiast unormowania stanowiącego o tym, co na mediacji zyskuje ofiara.

Pewne zastrzeżenia wzbudza też nowa instytucja tzw. umorzenia kompensacyjnego, o której mowa w dodanym art. 59a k.k. W myśl tego przepisu na wniosek pokrzywdzonego postępowanie się umarza w wypadku określonych przestępstw i pod warunkiem, że strony konfliktu się pojednały i sprawca naprawił wyrządzoną przestępstwem szkodę lub zadośćuczynił powstałym w jego efekcie krzywdom⁹. Ustawodawca wymienia co prawda mediację jako możliwy sposób dojścia stron do porozumienia, ale dopuszcza jednocześnie inne drogi prowadzące do tego celu, choć pozostające poza czyjąkolwiek kontrolą. Można zatem przypuszczać, że – tak samo jak do tej pory – w interesie organu procesowego nie będzie leżało korzystanie z mediacji. Nie ma w tym względzie znaczenia, że organ procesowy może odmówić umorzenia postępowania na podstawie § 3 art. 59a k.k., jak też to, że na postanowienie w tym przedmiocie służy zażalenie, o czym stanowi dodany art. 23b k.p.k. W tym bowiem wypadku bardziej chodzi o niestosowanie tej instytucji wobec niektórych kategorii sprawców, np. recydywistów czy też tych, którzy wymusili na pokrzywdzonym złożenie przedmiotowego wniosku. Dowodzi to jednak, że nie należało wprowadzać możliwości niekontrolowanego porozumiewania się stron konfliktu karnego.

Należy także rozważyć, czy przyznanie pokrzywdzonemu prawa do sprzeciwu od wszystkich wniosków o dobrowolne poddanie się karze może wpłynąć na to, że organ procesowy będzie chętniej odwoływał się do mediacji, by w ten sposób doszło do zaspokojenia interesów pokrzywdzonego i zniechęcenia go do wnoszenia sprzeciwu. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do instytucji wniosku prokuratora o skazanie na posiedzeniu. W aktualnym stanie prawnym prokurator ma dwie możliwości wystąpienia z takim wnioskiem w zależności od tego, czy oskarżony przyznaje się do winy. Jeżeli przyznaje się do winy, a jego wina i okoliczności popełnienia przestępstwa, a także wszystko wskazuje na to, że zostaną osiągnięte wobec oskarżonego cele postępowania, prokurator zamiast z aktem oskarżenia występuje do sądu z wnioskiem o wydanie wyroku skazującego na posiedzeniu i orzeczenie uzgodnionych z nim kar lub innych środków za zarzuca-

⁹ Przepis art. 59a § 1 k.k. stanowi: „Jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji sprawca, który nie był uprzednio skazany za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy, pojednał się z pokrzywdzonym, w szczególności w wyniku mediacji i naprawił szkodę lub zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie, umarza się, na wniosek pokrzywdzonego, postępowanie karne o występki zagrożony karą nieprzekraczającą 3 lat pozbawienia wolności, a także o występki przeciwko mieniu zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jak również o występki określony w art. 157 § 1”.

ny mu występpek. Wskazano ponadto, że muszą zostać również uwzględnione w tym zakresie prawnie chronione interesy pokrzywdzonego (art. 335 § 1 k.p.k.). Druga sytuacja polega na tym, że choć oskarżony nie przyznaje się do winy, a okoliczności przestępstwa nie budzą wątpliwości i jego wyjaśnienia nie są sprzeczne z ustaleniami, w takim przypadku prokurator może dołączyć do aktu oskarżenia wnioski o wydanie wyroku skazującego na posiedzeniu, kar i innych środków przewidzianych za zarzucany mu występpek. W tym przypadku również prokurator ma obowiązek uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego.

Do skorzystania z mediacji skłaniać po trosze może w szczególności fakt, że obowiązujące od dnia 1 lipca 2015 r. nowe rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych z dnia 7 maja 2015 r.¹⁰, w pewnym stopniu, rozwiewa dotychczasowe kontrowersje co do znaczenia terminu „okres postępowania mediacyjnego”. W myśl jego § 9 ust. 1 pkt 6 w postanowieniu o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego wskazuje się termin jego zakończenia, który – jak stanowi § 9 ust. 2 – biegnie od daty doręczenia instytucji albo osobie powołanej do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego wspomnianego postanowienia.

4. Konkluzja

Konkludując, stwierdzić należy, że znowelizowanie przepisów odnoszących się do postępowania mediacyjnego w sprawach karnych może doprowadzić do częstszego odwoływania się do mediacji w postępowaniu przygotowawczym, ale z pewnością nie będzie to równoznaczne z uznaniem tej instytucji za pełnowartościową w procesie podejmowania decyzji procesowych.

Mediation opportunities in preliminary proceedings

Abstract

In the light of the existing legislation and mediation practice in preliminary proceedings, the opportunities are analyzed for the mediation measure to be more readily used under the revised legal regulations in force as of 1 July 2015. The conclusion is that although such opportunities do exist, no dramatic change should be expected as compared to what the revisions were claimed to replace.

¹⁰ Dz. U. z 2015 r., poz. 716.

Piotr Gensikowski

Materialnoprawne ujęcie przesłanek instytucji przewidzianej w art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są przesłanki wymienione w art. 62a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, których spełnienie pozwala prokuratorowi umorzyć postępowanie karne wobec sprawcy podejrzanego o popełnienie występku z art. 62 ust. 1 lub 3 wymienionej ustawy. Autor poddał je bardzo dokładnej analizie, opierając się przede wszystkim na wypowiedziach na ten temat przedstawicieli doktryny, a także nielicznych orzeczeniach sądowych.

I. Uwagi wstępne

W ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹ brak było regulacji umożliwiającej odstępianie od zasady legalizmu wobec sprawców niektórych czynów zabronionych. Stan ten uległ zmianie wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw². Wymienionym aktem normatywnym wprowadzono w art. 62a u.p.n. nieznane do tej pory rozwiązanie umożliwiające bezwarunkowe umorzenie postępowania wobec sprawców niektórych postaci przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych³. Jeżeli zatem przedmiotem czynu, o którym mowa w art. 62 ust. 1 lub ust. 3, są środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznacznej, przeznaczone na własny użytek sprawcy, a orzeczenie wobec sprawcy kary byłoby niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości, postępowanie można umorzyć również przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia. Wedle zamierzeń projektodawców

¹ Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm., tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., Nr 124; cyt. dalej jako u.p.n.

² Dz. U. Nr 117, poz. 678.

³ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3420 Sejmu VI kadencji), s. 11.

intencją rozwiązania wprowadzonego w art. 62a u.p.n. było umożliwienie odstępowania w pewnych sytuacjach od ścigania drobnych przestępstw związanych z konsumpcją narkotyków, w stosunku do których realizacja represji karnej zdaje się nie przynosić jakichkolwiek pozytywnych efektów⁴. Zdaniem projektodawców tej ustawy realizacja represji karnej nie służy ani znaczącej redukcji rozmiarów nielegalnej podaży środków odurzających lub substancji psychotropowych, ani nie wywiera żadnych pożądanych efektów w zakresie redukcji popytu na nie, może natomiast przez stygmatyzację takich sprawców wyrządzać wręcz poważne szkody i początkować proces ich dalszego wykołajenia społecznego lub proces ten pogłębiać⁵. Proponowane rozwiązanie – wedle zamierzeń projektodawców – miało również odciążyć organy ścigania od prowadzenia licznych dochodzeń w sprawach o posiadanie nieznacznych ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych i angażowania w taką działalność znacznych sił i środków⁶. Mając na względzie przytoczone zamierzenia ustawodawcy związane z wprowadzeniem instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n., przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu należy uczynić zagadnienie, czy normatywne ukształtowanie przesłanek tej instytucji odpowiada tym zamierzeniom. Innymi słowy, należy rozważyć, czy przesłanki analizowanej instytucji sformułowane w art. 62a u.p.n. są zgodne z zamierzeniami towarzyszącymi ustawodawcy przy wprowadzaniu tej instytucji, a w efekcie, czy umożliwiają ich realizację. Zasadniczo punktem odniesienia dla poniższych rozważań będą przesłanki instytucji umorzenia postępowania w brzmieniu nadanym im w nowo wprowadzonym art. 62a u.p.n. W tym miejscu należy jednak już uprzedzić, że analiza przesłanek wspomnianej instytucji zostanie wzbogacona o ich porównanie z przesłankami ustawowej klauzuli niekaralności przewidzianej w art. 48 ust. 4 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁷. Niewątpliwie charakter prawny umorzenia postępowania określonego w art. 62a u.p.n. różni się od ustawowej klauzuli niekaralności określonej w art. 48 ust. 4 d.u.p.n. Normatywne ujęcie niektórych przesłanek tych instytucji wykazuje jednak pewne podobieństwa, co uzasadnia pomocnicze skorzystanie z dorobku piśmiennictwa i orzecznictwa wypracowanego na gruncie instytucji uregulowanej w art. 48 ust. 4 d.u.p.n. przy interpretacji przesłanek umorzenia postępowania wprowadzonego w art. 62a u.p.n.

⁴ Zob. uzasadnienie projektu, s. 14.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Dz. U. Nr 75, poz. 468 ze zm.; cyt. dalej jako d.u.p.n. Wspomniane rozwiązanie wprowadzone od dnia wejścia w życie przepisów d.u.p.n. obowiązywało do dnia 12 grudnia 2000 r., kiedy to zostało uchylone w wyniku nowelizacji wspomnianej ustawy z dnia 26 października 2000 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 103, poz. 1097).

II. Katalog oraz charakterystyka przesłanek instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n.

Rozważenie zagadnienia, czy normatywne ukształtowanie przesłanek instytucji określonej w art. 62a u.p.n. odpowiada zamierzeniom ustawodawcy związanym z jej wprowadzeniem, nie jest jednak możliwe bez uprzedniego określenia katalogu oraz charakterystyki przesłanek tej instytucji. Przesłanki analizowanej instytucji umorzenia postępowania karnego zostały uregulowane wyczerpująco w art. 62a u.p.n. Na tle dyspozycji tego przepisu w literaturze wyrażono zapatrywanie, wedle którego przesłankami wspomnianej instytucji są: posiadanie przez sprawcę środków odurzających lub substancji psychotropowych w ilości nieznacznej, posiadanie wspomnianych substancji na użytek własny sprawcy, niecelowość orzeczenia wobec sprawcy kary z uwagi na okoliczności popełnienia czynu oraz stopień jego społecznej szkodliwości⁸. Wyróżnienie przytoczonych przesłanek analizowanej instytucji w świetle wypowiedzi normatywnych zawartych w art. 62a u.p.n. nie budzi większych wątpliwości. Wydaje się jednak, że przytoczony katalog przesłanek analizowanej instytucji jest niepełny, gdyż nie uwzględnia wynikającego z treści tego przepisu określenia czynów zabronionych, w przypadku których umorzenie postępowania może mieć zastosowanie. Z tego względu należy przyjąć, że katalog przesłanek instytucji wprowadzonej w art. 62a u.p.n. obejmuje nie tylko przytoczone warunki, ale również zagrożenie karą czynów zabronionych określonych w przepisach u.p.n.

W doktrynie sporne jest zagadnienie, czy przesłanki instytucji określone w art. 62a u.p.n. stanowią przesłanki procesowe. Prezentowane jest stanowisko, wedle którego przy tworzeniu analizowanej instytucji projektodawcy nie odwołali się do negatywnych przesłanek procesowych, skutkujących obligatoryjnym umorzeniem postępowania⁹. W opozycji do tego poglądu w literaturze twierdzi się, że przepis art. 62a u.p.n. w zakresie przesłanek umorzenia postępowania nie odwołuje się do regulacji k.p.k., zwłaszcza art. 17 § 1, wymieniającego enumeratywnie katalog negatywnych przesłanek procesowych, powodujących – każda z nich osobno – niemożność podjęcia postępowania, a w przypadku jego wszczęcia – konieczność umorzenia. W efekcie zwolennicy prezentowanego poglądu przekonują, że w art. 62a u.p.n. występują trzy nowe przesłanki procesowe umożliwiające umorzenie postępowania jeszcze przed jego wszczęciem, właściwe z uwagi na mate-

⁸ Tak B. Wiłamowska, (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz do wybranych przepisów karnych*, pod red. P. Kłodzkiego, Warszawa 2013, s. 92 oraz B. Ku-rzępa, (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, pod red. A. Ważnego, Warszawa 2013, s. 434.

⁹ Tak A. Muszyńska, *Opinia zlecona w przedmiocie rządowego projektu o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 3420), s. 5.

rialnoprawny zakres ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹⁰. Przytoczona ocena przesłanek instytucji wprowadzonej w art. 62a u.p.n. jako przesłanek procesowych budzi jednak zasadnicze wątpliwości. Skutkiem zastosowania okoliczności wymienionych w art. 62a u.p.n. jest odmowa wszczęcia lub umorzenie postępowania, co nie nadaje jednak przesłankom tej instytucji charakteru przesłanek procesowych. W doktrynie trafnie podkreśla się wszakże, że okoliczności określone w art. 62a u.p.n. nie zobowiązują organów procesowych do odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania, co niewątpliwie odróżnia je od przesłanek procesowych¹¹. Wymienione okoliczności umożliwiają jedynie organowi stosującemu prawo podjęcie suwerennej decyzji procesowej¹². Brak obowiązku wydania na podstawie art. 62a u.p.n. orzeczenia stosującego przewidzianą w nim instytucję oznacza, że niecelowość wymierzenia sprawcy kary, ustalona w oparciu o przesłanki określone w tym przepisie, nie stanowi przeszkody w merytorycznym rozstrzygnięciu o przedmiocie procesu¹³. W tym przypadku umorzenie postępowania nie następuje z powodu przeszkody procesowej, ale wyłącznie z tej przyczyny, że orzeczenie wobec sprawcy czynu przestępnego kary z powodu okoliczności określonych w art. 62a u.p.n. jest niecelowe¹⁴. Ustalenie spełnienia przez sprawcę tych warunków jest zatem możliwe tylko i wyłącznie w prawidłowo wszczętym i toczącym się procesie karnym. Przesłanki instytucji określonej w art. 62a u.p.n. nie mogą być zatem ujmowane jako przesłanki procesowe¹⁵. Z tych względów należy przyjąć, że okoliczności wymienione w art. 62a u.p.n. stanowią warunki, od których spełnienia uzależnione jest stosowanie instytucji uregulowanej w tym przepisie w prawnie dopuszczalnym procesie karnym.

Wszystkie przesłanki instytucji umorzenia postępowania określone w art. 62a u.p.n. mają charakter pozytywny, gdyż nie ustanawiają żadnych zakazów jej stosowania. Warunki umożliwiające stosowanie instytucji przewidzia-

¹⁰ Tak B. Wila m o w s k a, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 92.

¹¹ Zob. A. B o j a ń c z y k, T. R a z o w s k i, W sprawie nieprzekraczalnych granic semantyki, *Prokuratura i Prawo* 2011, nr 11, s. 143; P. G e n s i k o w s k i, Procesowe aspekty stosowania instytucji przewidzianej w art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 7–8, s. 227.

¹² Tak P. G e n s i k o w s k i, *ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Prezentowane stanowisko odpowiada intencjom projektodawców ustawy wprowadzającej instytucję określoną w art. 62a u.p.n. Przemawia za tym fragment uzasadnienia projektu ustawy, wedle którego „umorzenie postępowania w oparciu o art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii ma charakter fakultatywny, a wymienione w tym przepisie przesłanki same przez się nie stoją na przeszkodzie wszczęciu postępowania. Okoliczności wymienione w proponowanym art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie stanowią negatywnych przesłanek procesowych oznaczających obligatoryjność niewszczywania lub umorzenia postępowania” – zob. uzasadnienie projektu, s. 14.

nej w art. 62a u.p.n. mają również charakter bezwzględny, co oznacza, że zawsze i w każdym przypadku muszą być spełnione, aby można było zastosować tę instytucję¹⁶. W literaturze wyrażone zostało stanowisko, wedle którego przesłanki instytucji określonej w art. 62a u.p.n. mają charakter materialny albo materialnoprocesowy. Wśród przesłanek należących do pierwszej kategorii wyróżnia się: posiadanie przez sprawcę środków odurzających lub substancji psychotropowych w ilości nieznacznej, posiadanie wspomnianych substancji na użytek własny sprawcy, natomiast jako przesłankę materialno-formalną określa się niecelowość orzeczenia kary wobec sprawcy z uwagi na okoliczności popełnienia czynu oraz stopień jego społecznej szkodliwości¹⁷. Proponowanego podziału przesłanek instytucji określonej w art. 62a u.p.n. nie można w pełni zaakceptować. Nie budzi wątpliwości przytoczony katalog przesłanek materialnych, z tym zastrzeżeniem, że wymaga on jedynie uzupełnienia o zagrożenie czynów zabronionych karami określonymi w przepisach u.p.n. Odmiennej oceny wymaga natomiast klasyfikacja niecelowości orzeczenia kary wobec sprawcy z uwagi na okoliczności popełnienia czynu oraz stopień jego społecznej szkodliwości jako przesłanki materialnoprocesowej. Dokonanie w procesie karnym oceny, czy orzeczenie wobec sprawcy kary ze względu na okoliczności popełnienia czynu, jak również stopień jego społecznej szkodliwości czynu, jest możliwe wyłącznie dzięki zastosowaniu norm przewidzianych w prawie karnym materialnym. Wykorzystanie w celu oceny niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary norm prawa procesowego nie jest zatem potrzebne, co wyklucza możliwość klasyfikacji tej przesłanki instytucji określonej w art. 62a u.p.n. jako materialno-formalnej.

III. Zagrożenie karą czynów przewidzianych w art. 62 ust. 1 lub art. 62 ust. 3 u.p.n.

Wprowadzone w art. 62a u.p.n. bezwarunkowe umorzenie postępowania karnego nie odnosi się do każdego typu przestępstw przewidzianych w tej ustawie. W świetle dyspozycji tego przepisu zastosowanie wymienionej instytucji może wchodzić w grę w przypadku podstawowego typu przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych, zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 3 (art. 62 ust. 1 u.p.n.), oraz uprzywilejowanego typu wspomnianego czynu zabronionego, zagrożonego alternatywnie karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku (art. 62 ust. 3 u.p.n.). Brzmienie analizowanego przepisu nie zawiera

¹⁶ W kwestii znaczenia bezwzględnych i względnych przesłanek stosowania danej instytucji zob. A. Marek, Warunkowe umorzenie postępowania karnego, Warszawa 1973, s. 86.

¹⁷ Tak B. Wilamowska, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 92.

natomiast *expressis verbis* odesłania do kwalifikowanego typu przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych określonego w art. 62 ust. 2 u.p.n. W kontekście tej regulacji nasuwa się zatem pytanie, czy instytucja umorzenia postępowania przewidziana w art. 62a u.p.n. może mieć zastosowanie również w przypadku wspomnianego typu czynu przestępnego.

Dopuszczalności umorzenia postępowania na podstawie art. 62a u.p.n. w zakresie przestępstwa przewidzianego w art. 62 ust. 2 u.p.n. sprzeciwia się istota tego czynu zabronionego. Znamieniem wymienionego przestępstwa jest wszakże posiadanie znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych, podczas gdy przesłanką instytucji określonej w art. 62a u.p.n. jest posiadanie przez sprawcę na własny użytek nieznacznej ilości wymienionych substancji. Z wymienionego względu ustalenie w procesie karnym wyczerpania przez sprawcę znamion przestępstwa przewidzianego w art. 62 ust. 2 u.p.n. wyklucza możliwość bezwarunkowego umorzenia w tej sprawie postępowania karnego na podstawie art. 62a u.p.n. Podstawą dopuszczalności umorzenia postępowania na podstawie art. 62a u.p.n. w przypadku przestępstwa określonego w art. 62 ust. 2 u.p.n. nie może być również argumentacja odwołująca się do wykładni systemowej, wedle której czyn zabroniony przewidziany w art. 62 ust. 2 u.p.n. może być niekiedy oceniony jako przestępstwo wypadku mniejszej wagi przewidzianego w art. 62 ust. 3 u.p.n. Przepis art. 62 ust. 3 u.p.n. typizujący przestępstwo „wypadku mniejszej wagi” został przez ustawodawcę umiejscowiony po tym, jak określono znamiona i zagrożenie karą podstawowego typu przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 62 ust. 1 u.p.n.) oraz kwalifikowanego typu wspomnianego czynu zabronionego (art. 62 ust. 2 u.p.n.), a jednocześnie w tym przepisie ustawodawca nie ograniczył wyraźnie zakresu jego zastosowania. Stosując *argumentum a rubrica* można byłoby zatem argumentować, iż przestępstwo wypadku mniejszej wagi – stypizowane w art. 62 ust. 3 u.p.n. – odnosi się zarówno do typu podstawowego przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 62 ust. 1 u.p.n.), jak i kwalifikowanego typu wspomnianego czynu zabronionego (art. 62 ust. 2 u.p.n.). Ze stanowiskiem tym nie sposób się jednak zgodzić. Należy wszakże przychylić się do odmiennego poglądu, wedle którego znamieniem przestępstwa przewidzianego w art. 62 ust. 2 u.p.n. jest posiadanie znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych i z tego względu uprzywilejowany typ przestępstwa przewidziany w art. 62 ust. 3 u.p.n. nie może odnosić się do wymienionego czynu przestępnego¹⁸.

¹⁸ Tak trafnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2013 r., sygn. II AKa 129/13, Biuletyn (orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach) 2013, nr 3, poz. 22, s. 15.

IV. Nieznaczną ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych

W świetle dyspozycji art. 62a u.p.n. *in principio* umorzenie postępowania karnego może znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy przedmiotem przestępstw określonych w art. 62 ust. 1 lub art. 62 ust. 3 u.p.n. są środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznaczej. Wspomniane pojęcie nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę, co w doktrynie spotkało się z aprobatą¹⁹. W tym zakresie rozwiązanie wprowadzone w art. 62a u.p.n. wykazuje daleko idące podobieństwo do przesłanki ustawowej klauzuli niekaralności występującej na gruncie art. 48 ust. 4 d.u.p.n. Interpretując wspomnianą przesłankę umorzenia postępowania określonego w art. 62a u.p.n., nie można zatem pominąć dorobku piśmiennictwa i orzecznictwa wypracowanego w tym zakresie na gruncie uprzednio obowiązującego unormowania przesłanki drugiej z wymienionych instytucji.

W art. 62a u.p.n. ustawodawca, formułując przesłankę zastosowania analizowanej instytucji, posłużył się terminem „ilość”, który w języku polskim oznacza kategorię pojęciową obejmującą to, co może być mierzone lub ważone²⁰. W świetle dyspozycji przytoczonego przepisu przesłanką bezwarunkowego umorzenia postępowania jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, którą należy ocenić jako nieznaczną. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „nieznaczej ilości” środków odurzających lub substancji psychotropowych użytego w art. 62a u.p.n. Z uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej instytucję przewidzianą w tym przepisie wynika, że było to zamierzonym rozwiązaniem podyktowanym złożonym i skomplikowanym z legislacyjnego punktu widzenia charakterem ewentualnego bliższego zdefiniowania tego znamienia, które musiałoby przyjąć formę rozbudowanego załącznika do ustawy²¹. Wobec braku definicji legalnej interpretując wyrażenie „nieznaczna ilość” użyte w art. 62a u.p.n. należy odwołać się do jego znaczenia językowego. Z tego punktu widzenia przez sformułowanie „nieznaczny” rozumie się niewielki, błahy²². Na potrzeby niniejszych rozważań oznacza to zatem, że ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych wymagana dla zastosowania instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n. powinna być niewielka, mała. Ilość substancji będąca przedmiotem czynu zabronionego określonego w art. 62 ust. 1 lub ust. 3 u.p.n., aby mogła

¹⁹ Tak A. Muszyńska, *Opinia zlecona...*, *op. cit.*, s. 4. Należy odnotować jednak również pogląd odmienny w zakresie oceny tego rozwiązania – zob. M. Płatek, *Opinia zlecona przedmiocie rządowego projektu o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 3420), s. 16.

²⁰ Zob. Słownik języka polskiego, t. I, pod red. M. Szymczak, Warszawa 1992, s. 773.

²¹ Zob. uzasadnienie projektu, s. 12.

²² Zob. Słownik języka polskiego, t. II, pod red. M. Szymczak, Warszawa 1992, s. 376.

być uznana za niewielką, nie powinna przekraczać kilku gramów. Sposób rozumienia nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych jako przesłanki instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n. musi jednak uwzględniać nie tylko kryterium ilościowe odwołujące się do wagi tych substancji, ale również kryterium jakościowe. Ograniczenie się przy wykładni wyrażenia „nieznacznej ilości” do kryterium ilościowego wydaje się wszakże zupełnie nieuzasadnione. W tym kontekście należy przychylić się do zaprezentowanego w doktrynie stanowiska, wedle którego poprzestanie na znaczeniu językowym nie oddaje w pełni istoty omawianego wyrażenia w kontekście przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych²³. Dlatego też trafnie wskazuje się w doktrynie, że przy interpretacji wyrażenia „nieznacznej ilości” jako przesłanki instytucji określonej w art. 62a u.p.n. nie należy ograniczać się tylko do wagi środków odurzających i substancji psychotropowych, gdyż należy również uwzględnić stężenie zabezpieczonej substancji pozwalające ocenić, ile można z niej zrobić jednorazowych dawek tej substancji²⁴. W celu ustalenia znaczenia pojęcia nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych należy uwzględnić również – oprócz wymienionych kryteriów ilościowego i jakościowego – kryterium proporcji ilości zabezpieczonych substancji do potrzeb sprawcy²⁵. Stosując łącznie wymienione kryteria, należy przychylić się do wyrażonego w literaturze stanowiska, wedle którego ilość nieznaczna w rozumieniu art. 62a u.p.n. odpowiada mnożnikowi jednorazowej dawki pozamedycznego użycia środka lub substancji i dziennego spożycia wynikającego z charakteru używania tych substancji przez sprawcę czynu zabronionego²⁶. Przytoczony sposób zdefiniowania nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych – jak słusznie wskazuje się w literaturze – pozwala na zróżnicowaną i zindywidualizowaną ocenę posiadanych substancji dostosowaną do osoby sprawcy i charakteru używania przez niego tych środków²⁷.

W świetle powyższych uwag nie można uznać za aktualny poglądu wyrażonego w orzecznictwie sądów powszechnych na gruncie interpretacji podobnej przesłanki poprzednio obowiązującej ustawowej klauzuli niekaralności

²³ Tak B. Kurzępa, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 435.

²⁴ Tak B. Wilamowska, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 80–81. Przez jednorazową dawkę środka odurzającego lub substancji psychotropowej należy rozumieć ilość pozwalającą na jednorazowe użycie danej substancji, w dawce dla niej charakterystycznej, pozwalającej wywołać u człowieka inny niż medyczny skutek. Przytoczone stanowisko, wyrażone w orzecznictwie (zob. w szczególności postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., sygn. I KZP 22/09, OSNKW 2009, nr 12, poz. 103), zostało zaakceptowane również w literaturze [zob. B. Wilamowska, (w:) *ibidem*, s. 79].

²⁵ Tak trafnie B. Wilamowska, (w:) *ibidem*, s. 81.

²⁶ *Ibidem*, s. 95.

²⁷ *Ibidem*.

przewidzianej w art. 48 ust. 4 d.u.p.n.²⁸. Zgodnie ze wspomnianym stanowiskiem nieznaczna ilość narkotyku to ilość niewielka, odpowiadająca doraźnym potrzebom uzależnionego, to jest odczuwanemu współcześnie głodowi narkotycznemu, a więc jedna, dwie porcje, lecz nie ilość od tego większa²⁹. Z przytoczonym poglądem nie można się zgodzić z dwóch zasadniczych powodów. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przytoczone określenie nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych zostało wypracowane przy uwzględnieniu wyłącznie potrzeb osoby uzależnionej. Charakter używania wymienionych substancji przez sprawcę może zaś polegać nie tylko na uzależnieniu, ale nadto używaniu szkodliwym, czy używaniu okazjonalnym, co ma niebagatelne znaczenie dla uzyskania informacji o dziennym zapotrzebowaniu sprawcy na określony narkotyk³⁰. W tym zakresie należy wskazać, że – jak przekonuje się w literaturze – osoba okazjonalnie używająca amfetaminy dwa razy w miesiącu (przy okazji spotkań towarzyskich) korzysta w okresie miesiąca z dwóch jednorazowych dawek po 0,5 grama amfetaminy każda, podczas gdy osoba, która jest od tej substancji uzależniona, wykorzystuje do użytku własnego dwie do trzech dawek po 0,5 grama dziennie³¹. Im wyższy poziom uzależnienia – w zależności od rodzaju środka – tym zazwyczaj wyższy poziom tolerancji organizmu człowieka na określony narkotyk i w konsekwencji większe nań zapotrzebowanie³². Z powyższych uwag wynika zatem, że – określając znaczenie pojęcia nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych jako przesłanki instytucji określonej w art. 62a u.p.n. – trzeba uwzględnić nie tylko uzależnienie od tych substancji, ale również inne charaktery ich używania przez sprawcę.

Przytoczony pogląd nie zasługuje również na akceptację z tego powodu, że ogranicza znaczenie pojęcia nieznacznej ilości substancji psychotropowych lub środków odurzających do jednej czy też dwóch dawek tych substancji. Z uwagi na swój kategoriyczny charakter prezentowane stanowisko w zakresie pojęcia nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych może nie uwzględniać dziennych potrzeb sprawcy wynikających z charakteru używania przez niego tych substancji, w szczególności w odniesieniu do osób uzależnionych. Akceptacji przytoczonego poglądu sprzeciwia się również argument dogmatyczny, odwołujący się do analizy jednej z przesłanek instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n. Z punktu widzenia treści tego przepisu bezwarunkowe umorzenie postępowania może wszakże odnosić się nie tylko do uprzywilejowanego typu przestępstwa po-

²⁸ Odmienne B. Kurzępa, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 435.

²⁹ Tak Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 4 października 2000 r., sygn. II AKa 161/00, KZS 2000, nr 10, poz. 39.

³⁰ Tak trafnie B. Wilamowska, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 81.

³¹ *Ibidem*, s. 95.

³² *Ibidem*.

siadania środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 62 ust. 3 u.p.n.), ale również do jego typu podstawowego (art. 62 ust. 1 u.p.n.). Przedmiotem tego ostatniego typu czynu zabronionego może być ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, którą można określić jako zwykłą. Zakres wspomnianego pojęcia obejmuje taką ilość wymienionych substancji, która pozwala na jednorazowe ich użycie, w dawce dla nich charakterystycznej, pozwalającej wywołać u człowieka inny niż medyczny skutek, zaś z drugiej strony z zestawienia dyspozycji art. 62 ust. 1 u.p.n. z przepisem art. 62 ust. 2 u.p.n. wynika, że przedmiot tego pierwszego czynu zabronionego nie może przekraczać ilości wspomnianych substancji uznanej za znaczną³³. W świetle tych uwag uprawniony wydaje się wniosek, że przedmiot wykonawczy czynu zabronionego przewidzianego w art. 62 ust. 1 u.p.n. obejmuje nieznaczną ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, a także taką ilość tych substancji, która nie jest znaczna. Z tego punktu widzenia nieznaczną ilość wymienionych substancji nie może być zatem ograniczona do jednej bądź dwóch ich dawek, gdyż wówczas zakres ilości tych substancji, która nie jest znaczna, byłby nieproporcjonalnie zbyt szeroki.

W świetle stanowiska prezentowanego w niniejszym opracowaniu nie można również uznać za aktualny poglądu wyrażonego w orzecznictwie sądów powszechnych, wedle którego za ilość nieznaczną należy uznać do 10 gram marihuany, do 3 gram haszyszu i do 0,25 gram amfetaminy³⁴. Przytoczone zapatrywanie nie uwzględnia wszakże dziennych potrzeb sprawcy wynikających z charakteru używania przez niego tych substancji³⁵. Bezspornym jest natomiast, że – jak trafnie wskazuje się w literaturze – poziom uzależnienia człowieka ma zasadniczy wpływ na tolerancję przyjmowanego przez niego narkotyku.

V. Posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowej na własny użytek sprawcy

Ustalenie przez uprawnione organa, że zabezpieczone u sprawcy środki odurzające lub substancje psychotropowe stanowią ilość nieznaczną, nie

³³ Rozumienie pojęcia znacznej ilości jako znamienia przestępstwa przewidzianego w art. 62 ust. 2 u.p.n., będące przedmiotem licznych wypowiedzi przedstawicieli doktryny, jak również przedmiotem orzeczeń sądów powszechnych, a także Sądu Najwyższego, jest sporne. Wedle przeważającego stanowiska, zaaprobowanego przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 września 2009 r., sygn. I KZP 10/09 (OSNKW 2009, nr 1, poz. 84), znaczna ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych to taka ilość, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych.

³⁴ Tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 29 września 2005 r., sygn. II AKa 217/05, LEX nr 166004.

³⁵ Tak, trafnie, B. Wilamowska, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 82.

jest wystarczającą przesłanką zastosowania instytucji określonej w art. 62a u.p.n. W świetle dyspozycji tego przepisu nieznaczna ilość wspomnianych substancji umożliwia podjęcie przewidzianego w nim rozstrzygnięcia procesowego jedynie wówczas, gdy były one przeznaczone na własny użytek sprawcy. W tym zakresie rozwiązanie wprowadzone w analizowanym przepisie stanowi zatem nawiązanie do regulacji przesłanek ustawowej klauzuli niekaralności przewidzianej w art. 48 ust. 4 d.u.p.n., w świetle którego warunkiem umorzenia postępowania karnego było ustalenie, że posiadane przez sprawcę środki odurzające lub substancje psychotropowe były przeznaczone na jego własny użytek.

Interpretacja analizowanej przesłanki instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n. co do zasady nie powinna nastręczać większych trudności. Bezspornie wspomniana przesłanka nie jest spełniona, gdy zabezpieczone substancje były przeznaczone na użytek innych aniżeli sprawca osób. W przypadku posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych w celu udzielenia innej osobie nie ma znaczenia, czy miało to nastąpić odpłatnie, czy nieodpłatnie³⁶. Z punktu widzenia tej przesłanki umorzenia postępowania określonego w art. 62a u.p.n. pewne wątpliwości interpretacyjne w praktyce wymiaru sprawiedliwości może jedynie nasuwać ocena sytuacji faktycznej, gdy sprawca posiada część środków odurzających lub substancji psychotropowych na swoje potrzeby, zaś pozostałą część na użytek innych osób. Wspomniane wątpliwości w tym przypadku wiążą się z tym, że z punktu widzenia wykładni językowej ustawodawca w art. 62a u.p.n. nie wprowadził *expressis verbis* wymagania, aby przedmiotem czynów zabronionych określonych w art. 62 ust. 1 u.p.n. lub art. 62 ust. 3 u.p.n. były środki przeznaczone wyłącznie na użytek sprawcy. Mimo braku takiego zastrzeżenia należy jednak przyjąć, że umorzeniu postępowania określonemu w art. 62a u.p.n. wobec sprawców wymienionych przestępstw, którzy posiadali w ilości nieznacznej substancje psychotropowe lub środki odurzające zarówno na użytek własny, jak i innych osób, sprzeciwiałoby się *ratio legis* tej instytucji. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika przecież, że celem jej wprowadzenia było między innymi dążenie do uniknięcia stygmatyzacji sprawców drobnych przestępstw związanych z konsumpcją narkotyków, gdyż wyrządza ona im poważne szkody i początkuje proces ich dalszego wykołajenia społecznego lub proces ten pogłębia. Wydaje się natomiast, że ochrona przed stygmatyzacją i jej skutkami nie jest konieczna w przypadku sprawców posiadających środki psychotropowe lub substancje odurzające nie tylko na własny użytek, ale również na potrzeby innych osób.

W praktyce wymiaru sprawiedliwości punktem wyjścia dla ustalenia celu przeznaczenia zabezpieczonych środków odurzających lub substancji psy-

³⁶ Tak, trafnie, B. Wilamowska, *ibidem*, s. 95.

chotropowych w ilości nieznaczej stanowić będzie co do zasady treść wyjaśnień podejrzanego. Bez cienia wątpliwości można założyć, że w znacznej większości przypadków wspomniane wyjaśnienia będą stanowiły dowód stanowiący podstawę ustalenia, że wspomniane środki były przeznaczone na użytek sprawcy. W literaturze trafnie podkreśla się jednak, że o tym, czy ujawniony narkotyk jest przeznaczony do własnego użytku sprawcy, powinien decydować całokształt okoliczności sprawy, a nie jedynie wyjaśnienia podejrzanego. Ustalenie przeznaczenia posiadanych przez sprawcę środków odurzających lub substancji psychotropowych może być zatem dokonane również w oparciu o zeznania świadków, oględziny telefonu komórkowego sprawcy, odręczne zapiski w kalendarzu lub notatniku, przeszukanie mieszkania podejrzanego, posiadanie woreczków strunowych czy też wagi elektronicznej³⁷. Wydaje się, że nie można również wykluczyć, iż dowodem, który może okazać się pomocnym do ustalenia celu przeznaczenia środków odurzających lub substancji psychotropowych będących w posiadaniu sprawcy, może być dokument sporządzony przez specjalistę terapii uzależnień na podstawie art. 70a u.p.n.³⁸.

VI. Niecelowość orzeczenia kary jako przesłanka instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n.

W świetle dyspozycji art. 48 ust. 4 d.u.p.n. posiadanie nieznaczej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych na własny użytek sprawcy powodowało obowiązek zastosowania ustawowej klauzuli niekaralności. Z punktu widzenia dyspozycji art. 62a u.p.n. ustalenie w toku postępowania wspomnianych przesłanek nie stanowi wystarczającej podstawy do umorzenia postępowania karnego. Ustawodawca uzależnił wszakże w przytoczonym przepisie możliwość zastosowania analizowanej instytucji od tego, aby orzeczenie kary wobec sprawcy było niecelowe. *De lege lata* należy zatem uznać, że ustalenie niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary stanowi konieczną przesłankę umorzenia postępowania karnego na podstawie art. 62a u.p.n.

Pojęcie niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary nie jest zupełnie obce naszemu systemowi prawa karnego. Wyrażenie „oczywistej niecelowości orzeczenia kary” zostało wszakże użyte w treści art. 11 § 1 k.p.k. jako jedna z przesłanek instytucji określanej jako absorpcyjne umorzenie postępowania karnego. Na tle dyspozycji tego przepisu w doktrynie przyjmuje się, iż w tym przypadku chodzi o niecelowość wymierzenia kary z punktu widze-

³⁷ Tak C. Kąkol, Nieznaczną ilość, znaczny problem, „Rzeczpospolita” z dnia 16 kwietnia 2012 r.

³⁸ Tak też B. Wilamowska, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 95.

nia zasad wymiaru kary i środków karnych z rozdziału VI k.k.³⁹. Brak jest przyczyn, dla których analizowane pojęcie miałoby mieć inne znaczenie w przypadku instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n. Dlatego też należy przyjąć, że z niecelowością orzeczenia kary – jako przesłanką instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n. – mamy do czynienia w razie, gdy wymierzenie sprawcy kary nie jest celowe z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary. W tym przypadku brak celowości orzeczenia wobec sprawcy kary nie musi mieć charakteru oczywistego⁴⁰, gdyż takie wymaganie, w odróżnieniu od treści art. 11 § 1 k.p.k., nie wynika z brzmienia art. 62a u.p.n. Wspomniana przesłanka analizowanej instytucji nie odnosi się do każdego rodzaju kary⁴¹. Niecelowość orzeczenia wobec sprawcy kary należy wszakże interpretować w kontekście innej przesłanki tej instytucji odwołującej się do zagrożenia karami czynów zabronionych przewidzianych w przepisach u.p.n. Uwzględniając przytoczone zastrzeżenie należy przyjąć, że w przypadku instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n. chodzi o niecelowość orzeczenia wobec sprawcy kary pozbawienia wolności do lat 3 (art. 62 ust. 1 u.p.n.) albo kary grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku (art. 62 ust. 3 u.p.n.). Analizowana przesłanka zostanie zatem spełniona, gdy orzeczenie wobec sprawcy jednej z kar wymienionych w art. 62 ust. 1 lub art. 62 ust. 3 u.p.n. nie będzie celowe z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary. Uwzględnienie w równym stopniu wszystkich dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 § 1 k.k. oraz art. 54 § 1 k.k. przy ocenie braku celowości orzeczenia kary jako przesłanki umorzenia postępowania karnego przewidzianego w art. 62a u.p.n. z reguły prowadziłoby do odmowy zastosowania tej instytucji. W świetle dyspozycji art. 62a u.p.n. orzeczenie wobec sprawcy kary ma być niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości. Z tego powodu, oceniając niecelowość orzeczenia wobec sprawcy kary jako przesłankę instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n., preferencyjnie należy potraktować sprawiedliwościową dyrektywę sądowego wymiaru kary. Oznacza to zatem, że analizowana instytucja może zostać zastosowana, jeżeli orzeczenie wobec sprawcy kary jest niecelowe przede wszystkim z punktu widzenia stopnia społecznej szkodliwości czynu przestępnego.

W art. 62a u.p.n. ustawodawca wskazał kryteria służące do oceny niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary. W świetle dyspozycji tego przepisu umorzenie postępowania karnego jest możliwe, jeżeli orzeczenie wobec sprawcy kary byłoby niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości. *Prima facie* jednocześnie

³⁹ Zob. A. Kołodziejczyk, Umorzenie absorpcyjne w polskim procesie karnym, Warszawa 2013, s. 122.

⁴⁰ Tak, nietrafnie, B. Wilamowska, (w:) Ustawa o przeciwdziałaniu..., *op. cit.*, s. 96.

⁴¹ Tak, nietrafnie, C. Kąkol, Nieznaczna..., *op. cit.*

odwołanie się przez ustawodawcę w treści art. 62a u.p.n. do okoliczności popełnienia czynu oraz stopnia społecznej szkodliwości jako kryteriów niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary musi budzić pewne wątpliwości. Wiążą się one z tym, że okoliczności popełnienia czynu stanowią jeden z elementów społecznej szkodliwości czynu wymieniony w art. 115 § 2 k.k. Przy tym ujęciu wyróżnienie przez ustawodawcę okoliczności popełnienia czynu w treści art. 62a u.p.n. byłoby pozbawione znaczenia, z czym nie można się zgodzić. W doktrynie, interpretując wyrażenie „okoliczności popełnienia czynu”, rozróżnia się okoliczności ustawowe wyrażone w treści karnoprawnego zakazu oraz okoliczności faktyczne, towarzyszące czynowi sprawcy⁴². Z tego punktu widzenia wskazuje się, że okoliczności popełnienia czynu w rozumieniu art. 115 § 2 k.k. należy rozumieć jako okoliczności wskazane w określonym typie czynu zabronionego w postaci znamion ustawowych, a okoliczności faktyczne nie mają wpływu na jego społeczną szkodliwość⁴³. Uwzględniając przytoczone uwagi na potrzeby niniejszych rozważań, należy zatem przyjąć, że przez okoliczności popełnienia czynu w rozumieniu art. 62a u.p.n. należy rozumieć okoliczności faktyczne, towarzyszące czynowi sprawcy, które nie zostały wskazane w określonym typie czynu zabronionego w postaci znamion ustawowych. Za niecelowością orzeczenia wobec sprawcy kary mogą przemawiać w pierwszej kolejności okoliczności popełnienia czynu niestanowiące zagrożenia dla dóbr osób trzecich, czyli takie, w których sprawca pozostaje jedynie w roli potencjalnego wyłącznego konsumenta środka odurzającego lub substancji psychotropowej⁴⁴. Z tego punktu widzenia należy przychylić się do stanowiska wyrażonego w literaturze, wedle którego ujawnienie narkotyków w szkole czy na imprezie masowej powinno stanowić przeszkodę w umorzeniu postępowania karnego na podstawie art. 62a u.p.n.⁴⁵.

W świetle dyspozycji art. 62a u.p.n. niecelowość orzeczenia wobec sprawcy kary nie powinna być oceniana wyłącznie z punktu widzenia okoliczności popełnienia czynu, ale również przez pryzmat stopnia społecznej szkodliwości czynu. Elementy brane pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu zostały w prawie karnym powszechnym określone w art. 115 § 2 k.k. Ocena spełnienia przez sprawcę wspomnianej przesłanki instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n. powinna uwzględniać wszystkie komponenty społecznej szkodliwości czynu określone we wspomnianym przepisie. Z uwagi na charakter czynów zabronionych, przewidzianych w art. 62 ust. 1 lub art. 62 ust. 3 u.p.n., dla wspomnianej oceny największe

⁴² Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 201.

⁴³ Tak R. Zawłocki, *ibidem*, s. 203.

⁴⁴ Tak, trafnie, B. Wiłamowska, (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, *op. cit.*, s. 96.

⁴⁵ Tak B. Kurzępa, (w:) *ibidem*, s. 436.

znaczenie w praktyce wymiaru sprawiedliwości będą jednak miały takie elementy społecznej szkodliwości czynu, jak rozmiary wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, a także motywacja sprawcy. O ile katalog elementów wyznaczających społeczną szkodliwość czynu nie budzi wątpliwości, o tyle ustalenie, jaki stopień tej społecznej negatywnej oceny ma przemawiać za niecelowością orzeczenia wobec sprawcy kary w rozumieniu art. 62a u.p.n., nastrocza trudności. W świetle dyspozycji art. 62a u.p.n. stopień społecznej szkodliwości ma być oceniany pod kątem celowości orzeczenia wobec sprawcy kary, co oznacza, że instytucja uregulowana w tym przepisie może mieć zastosowanie jedynie do czynów przestępnych określonych w art. 62 ust. 1 lub art. 62 ust. 3 u.p.n., których społeczna szkodliwość jest wyższa niż znikoma⁴⁶. Z tego powodu nie ulega wątpliwości, że dla przyjęcia niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary stopień społecznej szkodliwości czynu musi być wyższy niż znikomy⁴⁷. Problematyczne jest natomiast określenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, którego przekroczenie wyłącza możliwość stwierdzenia, że orzeczenie wobec sprawcy kary jest niecelowe. Instytucja przewidziana w art. 62a u.p.n. nie jest jednak jedyną, w której przypadku ustawodawca uzależnił brak wymierzenia sprawcy kary od stwierdzenia określonego stopnia społecznej szkodliwości czynu. W świetle dyspozycji art. 66 § 1 k.k. warunkowe umorzenie postępowania karnego może mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy stopień społecznej szkodliwości czynu nie jest znaczny. Podobnie, zgodnie z art. 59 k.k., jednym z warunków odstąpienia od ukarania jest wymaganie, aby stopień społecznej szkodliwości czynu nie był znaczny. Odnosząc powyższe uwagi do instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n., należy przyjąć, że dla ustalenia niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary jako przesłanki instytucji uregulowanej w tym przepisie stopień społecznej szkodliwości czynu nie może być znaczny.

W świetle dyspozycji art. 62a u.p.n. niecelowość orzeczenia wobec sprawcy kary powinna być oceniana wyłącznie z punktu widzenia okoliczności popełnienia czynu oraz wspomnianego powyżej stopnia społecznej szkodliwości czynu. Kryterium służącym do oceny niecelowości orzeczenia wobec sprawcy kary nie mogą zatem być okoliczności dotyczące osoby sprawcy, w szczególności jego właściwości i warunki osobiste. Dla oceny spełnienia analizowanej przesłanki instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n. nie ma również żadnego znaczenia zachowanie sprawcy przed popełnieniem czynu. Nie można zaakceptować stanowiska, wedle którego istotnym czynnikiem dla oceny, czy wymierzenie wobec sprawcy kary jest celowe, jest

⁴⁶ Zob. P. Gensikowski, *Procesowe aspekty...*, *op. cit.*, s. 225–226.

⁴⁷ Tak B. Wilamowska, (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, *op. cit.*, s. 96; B. Kurzępa, (w:) *ibidem*, s. 436.

dotychczasowa karalność sprawcy⁴⁸. Uprzednia karalność sprawcy nie może wszakże być rozpatrywana w kategoriach okoliczności popełnienia czynu czy też któregoś z elementów wyznaczających stopień społecznej szkodliwości czynu, o których mowa w art. 62a u.p.n.

VII. Wnioski

Przeprowadzone powyżej rozważania w zakresie interpretacji przesłanek instytucji sformułowanej w art. 62a u.p.n. uprawniają do wyciągnięcia wniosku, że ich ukształtowanie normatywne odpowiada zamierzeniom towarzyszącym ustawodawcy przy wprowadzaniu tej instytucji. W pierwszej kolejności ocena ta odnosi się do uregulowania przesłanki tej instytucji odwołującej się do zagrożenia karą czynów zabronionych określonych w przepisach u.p.n. Wedle zamierzeń projektodawców intencją rozwiązania wprowadzonego w art. 62a u.p.n. było umożliwienie odstępowania od ścigania tylko drobnych przestępstw związanych z konsumpcją narkotyków. Z całą pewnością do tej kategorii czynów należą typ podstawowy przestępstwa posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 62 ust. 1 u.p.n.) oraz typ uprzywilejowany tego przestępstwa (art. 62 ust. 3 u.p.n.). Nie sposób natomiast jako drobne przestępstwo związane z konsumpcją narkotyków traktować posiadania znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych zagrożonego karą od roku do 10 lat pozbawienia wolności. Z tego powodu należy uznać, że niedopuszczalność umorzenia postępowania karnego na podstawie art. 62a u.p.n. w sprawach o przestępstwa określone w art. 62 ust. 2 u.p.n. w pełni koresponduje z założeniami przyjętymi przez ustawodawcę przy wprowadzaniu analizowanej instytucji. Identycznie należy ocenić wprowadzenie w art. 62a u.p.n. wymagania, aby uregulowana w tym przepisie instytucja miała zastosowanie tylko w przypadku posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych w ilości nieznacznej. Wedle zamierzeń projektodawców instytucja przewidziana w art. 62a u.p.n. nie miała przecież odnosić się do średniej przestępczości wiążącej się z konsumpcją narkotyków, a za taką niewątpliwie należałoby uznać czyny przestępne, których przedmiotem jest większa niż nieznaczna ilość substancji psychotropowych lub środków odurzających. Jako zgodną z przyjętymi założeniami należy ocenić również dopuszczalność umorzenia postępowania na podstawie art. 62a u.p.n. tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy nieznaczna ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych była posiadana przez sprawcę na własny użytek. W tym kontekście założeniom towarzyszącym ustawodawcy przy wprowadzeniu analizowanej instytucji odpowiada niedopuszczalność umorzenia postępowania

⁴⁸ Odmienne B. Kurzepa, (w:) *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, *op. cit.*, s. 436.

karnego w sytuacji, gdy sprawca posiadał środki odurzające lub substancje psychotropowe na użytek innych osób. Ochrona przed stygmatyzacją i jej skutkami, stanowiące cel wprowadzenia instytucji uregulowanej w art. 62a u.p.n., nie jest wszakże konieczna w przypadku sprawców posiadających wymienione substancje na potrzeby innych osób. Założeniom towarzyszącym ustawodawcy przy wprowadzeniu analizowanej instytucji odpowiada wreszcie przewidziane w art. 62a u.p.n. wymaganie, aby umorzenie postępowania karnego mogło mieć miejsce wówczas, gdy orzeczenie kary wobec sprawcy byłoby niecelowe. Ujęcie tej przesłanki umożliwia wszakże realizację celu wprowadzenia analizowanej instytucji polegającego na odstępowaniu od ścigania sprawców drobnych przestępstw związanych z konsumpcją narkotyków, w stosunku do których realizacja represji karnej zdaje się nie przynosić pozytywnych efektów. Tak rozumiane wymaganie nie powinno ograniczyć zakresu zastosowania w praktyce wymiaru sprawiedliwości instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n. Kryteriami służącymi do oceny, czy wymiarzenie wobec sprawcy kary byłoby celowe, są okoliczności popełnienia czynu oraz stopień społecznej szkodliwości czynu sprawcy. Posłużenie się przez ustawodawcę tymi kryteriami umożliwia umorzenie wobec sprawcy postępowania karnego na podstawie art. 62a u.p.n. bez względu na ocenę jego zachowania przed popełnieniem czynu zabronionego. Z tego punktu widzenia brak jest zatem przeszkód, aby analizowana instytucja mogła zostać zastosowana również wobec osób uprzednio karanych, co – jak pokazuje praktyka wymiaru sprawiedliwości – w przypadku sprawców drobnych czynów związanych z konsumpcją narkotyków nie jest wcale rzadką sytuacją.

Legally substantive approach to the applicability criteria for the measure available under Article 62a of the Drug Abuse Prevention Law

Abstract

This paper touches upon criteria listed by Article 62a of the Drug Abuse Prevention Law of 29 July 2005, which, if satisfied, enable a prosecutor to discontinue criminal proceedings against an individual suspected of having committed petty offences under Article 62, clauses 1 or 3 of the Law. The criteria are given a detailed analysis which is primarily based on relevant opinions of legal academics and commentators, as well as few court decisions.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Małgorzata Kozłowska

Wskazania dotyczące prowadzenia postępowań przygotowawczych w sprawach o handel ludźmi¹

Streszczenie

Z założenia Autorki opracowanie ma charakter metodyczny i jest przeznaczone dla prokuratorów prowadzących postępowania przygotowawcze w sprawach dotyczących handlu ludźmi. Zawiera omówienie wszystkich niezbędnych regulacji prawnych rozproszonych po różnych aktach prawnych, a także ujęcie różnych problemów praktycznych w sposób chronologiczny, wynikający z prowadzenia postępowania, poczynając od identyfikacji pokrzywdzonego i legalizacji pobytu w Polsce, przez zapewnienie mu ochrony i wsparcia w formie zakwaterowania, wyżywienia, opieki medycznej i psychologicznej, po realizację jego interesów w postępowaniu sądowym.

I. Uwagi ogólne

Wprowadzanie rozwiązań prawnych związanych z przestępstwem handlu ludźmi do polskiego prawa karnego było wieloetapowe, ściśle związane z rezultatem uprzednich działań międzynarodowych, a przede wszystkim z uchwaleniem szeregu konwencji, mających na celu zwalczanie prostytucji, handlu kobietami i dziećmi w celach świadczenia usług seksualnych i wreszcie handlu ludźmi. Już w art. 211 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospo-

¹ Niniejsze opracowanie zostało opublikowane w książce „Ofiary handlu ludźmi”, pod red. L. Mazowieckiej, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

litej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.) spenalizowano czyn polegający na wywiezieniu innej osoby za granicę w celu uprawiania nierządu². Z kolei, odpowiedzialność za handel kobietami i dziećmi uregulowano ustawą z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 95 z późn. zm.)³. Zgodnie z wymogami prawa międzynarodowego ścigany i karany miał być ten, kto „dla zaspokojenia cudzych namiętności zwierbował, uprowadził, albo uwiódł, w tym za pomocą oszustwa lub gwałtu, gróźb, użycia władzy, czy jakichkolwiek innych środków przymusu kobietę lub dziecko, nawet za jej zgodą, dla celów rozpusty”⁴.

Ustawą z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) przestępstwo handlu ludźmi wprowadzono do części szczególnej kodeksu karnego. Penalizował je art. 253 § 1 k.k., zamieszczony w rozdziale XXXII pt. „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Polska zrealizowała w ten sposób zobowiązania międzynarodowe, wynikające z ratyfikowanych aktów prawa międzynarodowego, tj.: Konwencji w sprawie zwalczania handlu żywym towarem, Konwencji w sprawie handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji podpisanej w Lake Success w dniu 21 marca 1950 r. (Dz. U. z 1952 r., Nr 41, poz. 278) i Konwencji o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi podpisanej w Genewie w dniu 30 września 1921 r. (Dz. U. z 1925 r., Nr 125, poz. 893 z późn. zm.).

Przez lata handel ludźmi łączono ściśle z eksploatacją seksualną. Organizacja Narodów Zjednoczonych, Rada Europy i Rada Unii Europejskiej podjęły międzynarodową dyskusję na temat charakteru i zakresu jego znamion. Mając na względzie rozwój nowych form wykorzystania ludzi w innych obszarach życia społecznego, stwierdzono, że sprowadzanie ochrony prawnej tego czynu wyłącznie do prostytucji i usług o charakterze seksualnym oraz obejmowanie ochroną jedynie kobiet i dzieci jest niewystarczające. Za celowe uznano penalizowanie innych form eksploatacji człowieka, w szczególności w pracy przymusowej, pornografii, handlu narządami ludzkimi. Rezultatem międzynarodowych działań są następujące unormowania:

- Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. (Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158 z późn. zm.);

² Art. 211 kodeksu karnego z 1932 r.: „Kto wywozi z kraju inną osobę w celu przeznaczenia jej do uprawiania zawodowego nierządu, podlega karze więzienia do lat 10 i grzywny”.

³ „Art. IX. § 1. Kto dostarcza, zwabia lub uprowadza w celu uprawiania nierządu inną osobę, nawet za jej zgodą, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 2. Tej samej karze podlega kto uprawia handel kobietami, nawet za ich zgodą, albo dziećmi.”

⁴ Art. 1 i 2 Międzynarodowej Konwencji z dnia 4 maja 1910 r., podpisanej w Paryżu, dotyczącej zwalczania handlu żywym towarem (Dz. U. z 1922 r., Nr 87, poz. 783).

- Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. (Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 160);
- Protokół przeciwko przemytowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. (Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 162);
- Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 76, poz. 494);
- Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r. (Dz. U. z 2009 r., Nr 20, poz. 107);
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz. Urz. UE L 101 z dnia 15 kwietnia 2011, s. 1).

Polska ratyfikowała wskazane wyżej Konwencje. W odniesieniu do transpozycji Dyrektywy 2011/36/UE, która miała nastąpić do dnia 6 kwietnia 2013 r., analiza przyjętych rozwiązań pozwala na przyjęcie, że Polska wywiązała się z obowiązku jej implementacji⁵.

Istotne zmiany dostosowujące prawodawstwo polskie do regulacji międzynarodowych wprowadzono ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 98, poz. 626). Skreślono art. 253 § 1 k.k., zaś przestępstwo handlu ludźmi spenalizowano w art. 189a § 1 k.k., sytuując je w rozdziale XXIII pt. „Przestępstwa przeciwko wolności”. Uznano bowiem, że podstawowym dobrem prawnie chronionym w przypadku tego typu działalności przestępczej jest wolność człowieka, a nie – jak poprzednio – porządek publiczny.

Z uwagi na wysoki stopień społecznej szkodliwości czyn ten stanowi zbrodnię. Wprowadzono także karalność formy stadialnej, tj. przygotowania do jego popełnienia (art. 189a § 2 k.k.). Natomiast przestępstwo handlu ludźmi definiuje art. 115 § 22 k.k.

⁵ Wprowadzone zmiany legislacyjne w związku z implementacją Dyrektywy dotyczyły art. 185a k.p.k. i art. 185b k.p.k., a także art. 299a k.p.k., który wszedł w życie z dniem 7 kwietnia 2015 r. Zmiany te zostaną szczegółowo omówione w dalszej części opracowania.

Z dniem 27 stycznia 2014 r. weszły w życie ważne zmiany dotyczące sposobu przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem handlu ludźmi. Zmiany te odnoszą się do przepisów art. 185a, b, c, d k.p.k. i zostaną one szczegółowo omówione w dalszej części opracowania⁶.

II. Charakterystyka i znamiona przestępstwa

„Handel ludźmi jest poważnym przestępstwem, popełnianym często w ramach przestępczości zorganizowanej i rażącym naruszeniem podstawowych praw jednostki”⁷. Przestępstwo handlu ludźmi jest jednym z przestępstw, po handlu narkotykami i handlu bronią, nielegalnej produkcji papierosów i alkoholu, przynoszących największe nielegalne zyski. Jest w zasadzie w całości zdominowane przez zorganizowane grupy przestępcze, także o charakterze międzynarodowym. Narusza podstawowe wartości cywilizacji, jakimi są godność i wolność człowieka.

Jest to przestępstwo powszechne, popełniane z winy umyślnej, z zamiarem bezpośrednim w postaci zamiaru kierunkowego, o charakterze formalnym (bezsuktywne), wieloczynnościowe. Przedmiotem ochrony jest wolność człowieka do decydowania o własnym losie.

Do 8 września 2010 r. z uwagi na brak definicji przestępstwa handlu ludźmi organy wymiaru sprawiedliwości i ścigania posilkowały się definicjami wynikającymi z aktów prawa międzynarodowego, tj.: Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, Protokołu dodatkowego o zapobieganiu oraz karaniu za handel ludźmi w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniającego Konwencję Narodów Zjednoczonych w sprawie międzynarodowej przestępczości zorganizowanej oraz decyzji ramowej Rady z dnia 19 lipca 2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi (Dz. Urz. WE L 203 z dnia 1 sierpnia 2002 r., s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 6, s. 52). W orzecznictwie za czyn zabroniony uznawano transakcję handlową, której przedmiotem jest człowiek, z przeznaczeniem go celom sprzecznym z ludzką podmiotowością, dla bytu którego wystarczająca była jedna transakcja⁸. Sama „umowa kupna–sprzedaży” nie oddaje jednak wszystkich znamion czynu zabronionego i sprowadzałaby handel ludźmi do przestępstwa niewolnictwa, określonego w art. 8 przepisów wprowadzających kodeks karny (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r., Nr 88, poz. 554), które

⁶ Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw – Kodeks karny oraz Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 849).

⁷ Fragment preambuły dyrektywy 2011/36/UE.

⁸ Zob. wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2002 r., sygn. V KKN 353/00, LEX nr 56863; wyrok SA w Białymstoku z dnia 24 maja 2004 r., sygn. II AKa 66/04, LEX nr 113043; wyrok SA w Lublinie z dnia 7 kwietnia 2005 r., sygn. II AKa 75/05, LEX nr 281831; wyrok SA w Krakowie z dnia 8 marca 2001 r., sygn. II AKa 33/01, LEX nr 48433.

w swoich znamionach określają traktowanie człowieka jak przedmiot transakcji cywilnoprawnej i dalsze nim rozporządzanie.

1. Znamiona przestępstwa

Mając na względzie przestępstwo handlu ludźmi, jego znamiona są następujące

1. Podmiot – przestępstwo powszechne, które może popełnić każdy człowiek.
2. Strona podmiotowa – znamiona strony podmiotowej wskazują na działanie w zamiarze bezpośrednim, kierunkowym. Sprawca działa w celu wykorzystania innej osoby, nawet za jej zgodą, w sytuacjach szczególnych, które mogą stanowić z jednej strony realizację odrębnych czynów zabronionych (np. żebractwo, niewolnictwo), ale także stanowić taką aktywność człowieka, która z istoty rzeczy nie stanowi bezprawnego zachowania (np. praca). Dla aktualizacji znamion strony podmiotowej czynu zabronionego niezbędne jest więc wykazanie, że sprawca działał w celu wykorzystania pokrzywdzonego, nawet za jego zgodą, w: prostytucji, pornografii lub innych formach wykorzystania seksualnego, pracy lub usługach o charakterze przymusowym, żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania tkanek, komórek lub narządów.
3. Przedmiot przestępstwa – wolność człowieka.
4. Strona przedmiotowa:
 - a) Znamiona czynnościowe: werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie.
Słownik współczesny języka polskiego definiuje:
 - „werbowanie” jako nakłanianie, prowadzenie rekrutacji, zaciągu;
 - „transport” jako przemieszczanie ludzi lub ładunków na pewną odległość z zastosowaniem środków lokomocji;
 - „dostarczanie” jako spowodowanie, by osoba znalazła się w określonym miejscu;
 - „przekazywanie” jako dawanie czegoś innej osobie do dalszego dysponowania;
 - „przechowywanie” jako trzymanie czegoś gdzieś, składowanie, magazynowanie, przetrzymywanie, oddawanie na przechowanie, przetrzymywanie kogoś, czegoś w ukryciu przez pewien czas, ukrywanie, zatajanie, chowanie przed kimś;
 - „przyjmowanie” jako branie tego, co jest dawane, branie kogoś do siebie, zapewnianie schronienia, udostępnianie pomieszczenia, zatrudnianie kogoś, dawanie komuś jakiejś pracy, goszczenie kogoś u siebie⁹.

⁹ Słownik języka polskiego, pod red. M. S z y m c z a k, Warszawa 1998.

b) *Modus operandi*: przemoc lub groźba bezprawna, uprowadzenie, podstęp, wprowadzenie w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycie stosunku zależności, wykorzystanie krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenie albo przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą. Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku ofiary małoletniej nie jest konieczne podjęcie wskazanych wyżej zachowań do realizacji znamion przestępstwa.

Artykuł 115 § 22 k.k. posługuje się pojęciami stanowiącymi znamiona innych przestępstw¹⁰. Przy ewentualnych trudnościach w ich identyfikowaniu należy posilić się orzecznictwem i komentarzami opracowanymi do poszczególnych artykułów kodeksu karnego. W pewnych stanach faktycznych należy rozpatrywać działanie sprawcy przestępstwa handlu ludźmi w wyniku uprowadzenia także pod kątem znamion przestępstw określonych w art. 189 k.k. Mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy pozbawienie wolności wykracza poza formę podstawową przestępstwa – przekracza okres 7 dni lub łączy się ze szczególnym udręczeniem. Należy wówczas każdorazowo rozważać możliwość zbiegu przepisów ustawy.

5. Strona podmiotowa, określenie działania sprawcy.

Formy wykorzystania pokrzywdzonego mogą stanowić zachowania, które w pewnych warunkach są kryminalizowane. Jako cel działania sprawcy są częścią składową przestępstwa handlu ludźmi. Katalog ten nie jest zamknięty, ustawodawca użył bowiem sformułowania „w szczególności”.

2. Formy przestępstwa handlu ludźmi

Poniżej zostaną omówione wszystkie wskazane w Kodeksie karnym formy wykorzystania jako jedne z warunków niezbędnych dla zaistnienia przestępstwa handlu ludźmi.

¹⁰ Pojęcia te to: groźba – art. 115 § 12, art. 128 § 3, art. 153 § 1, art. 166, art. 190, art. 191, art. 197, art. 203, art. 224, art. 232, art. 245, art. 246, art. 249, art. 250, art. 260, art. 280, art. 281, art. 282, art. 346 k.k.; „użycie siły” lub „przemoc” – art. 119 § 1, art. 127, art. 128, art. 153, art. 191, art. 197, art. 202 § 3, art. 203, art. 224, art. 232, art. 242 § 4, art. 245, art. 246, art. 249, art. 250, art. 260, art. 264 § 2, art. 280, art. 281, art. 282, art. 289 § 3, art. 346 k.k.; „oszustwo” – art. 297 i art. 298 k.k.; „wprowadzenie w błąd” – art. 132, art. 272, art. 286, art. 342 § 1 pkt 2 k.k.; „wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego przedsiębrania działania” – art. 286 k.k.; „nadużycie władzy” – art. 41 § 1 k.k.; wykorzystanie słabości czyli „wykorzystanie krytycznego położenia” – art. 199 k.k., stan bezradności – art. 198 k.k.; „wręczenie płatności lub korzyści” – art. 229 § 1 k.k.; „przyjęcie płatności lub korzyści” – art. 228 k.k.; „krytyczne położenie” – art. 199 § 1 k.k.; w tej ostatniej kwestii zob. także wyrok SN z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. II KK 251/08, LEX nr 486551 (krytyczne położenie to sytuacja, w której osobie znajdującej się w nim grozi doznanie poważnego uszczerbku lub dolegliwości, zaś temu zagrożeniu może zapobiec zachowanie sprawcy); stan bezbronności – art. 280 § 1 k.k.

Prostytucja

Prostytucja, czyli świadczenie usług seksualnych za pieniądze, nie jest zabronione w polskim prawie karnym. Ścigane są natomiast czyny polegające na czerpaniu korzyści z cudzego nierządu, zmuszanie innej osoby do prostytucji. W sposób szczególny chroniony jest małoletni. Przestępstwa związane z tą formą eksploatacji człowieka, powiązane z przestępstwem handlu ludźmi, to: zmuszanie do uprawiania prostytucji (art. 203 k.k.) oraz stręczycielstwo i kuplerstwo wobec osoby małoletniej (art. 204 § 3 k.k.).

Analiza obowiązujących uregulowań prowadzi do wniosku, że znamiona wskazane w art. 203 k.k., tj. doprowadzenie innej osoby przy wykorzystaniu przemocy, groźby bezprawnej, podstęp, wykorzystaniu stosunku zależności lub krytycznego położenia do uprawiania prostytucji oraz art. 204 § 3 k.k., tj. nakłanianie małoletniego do uprawiania prostytucji lub czerpanie korzyści majątkowych z prostytucji osoby poniżej 18. roku życia, są zbieżne ze znamionami przestępstwa handlu ludźmi. Dotychczasowa praktyka i analiza spraw z zakresu handlu ludźmi wskazuje na problemy związane z zakresem przestępstw z art. 189a § 1 k.k. oraz z art. 203 i art. 204 § 3 k.k.

Uwagi związane z art. 203 k.k.

Należy zauważyć, że każdorazowo sprawca działa z zastosowaniem identycznych znamion strony przedmiotowej. Jednak w odniesieniu do przestępstwa z art. 203 k.k. zastosowanie groźby bezprawnej czy przemocy następuje w celu doprowadzenia innej osoby do uprawiania prostytucji, która ma miejsce, jest to bowiem przestępstwo skutkowe. W przypadku przestępstwa z art. 189a § 1 k.k. wyżej wzmiankowane znamiona strony przedmiotowej następują na etapie werbunku, transportu i mają na celu doprowadzenie innej osoby do prostytucji.

W sytuacji, gdyby sprawca wyczerpał znamiona handlu ludźmi (przykładowo: werbunek z użyciem podstęp, czy groźby, a następnie zrealizowany cel w postaci doprowadzenia do uprawiania prostytucji) i spotykał się z oporem pokrzywdzonego związanym ze świadczeniem usług seksualnych, może swoim zachowaniem wyczerpać dodatkowo znamiona przestępstwa z art. 203 k.k. Zmusza bowiem ofiarę zwербowaną uprzednio do prostytucji, przy czym po raz kolejny czyni to za pomocą groźby, przemocy czy podstęp. W sytuacji, kiedy pokrzywdzony realizuje cel sprawcy (prostytucja), mamy do czynienia z realnym zbiegiem przestępstw, czyli wyczerpaniem znamion zarówno przestępstwa z art. 189a § 1, jak i art. 203 k.k. Zachowania te będzie zazwyczaj dzielił odstępek czasowy.

Uwagi związane z art. 204 § 3 k.k.

Forma stręczycielstwa oznacza nakłanianie małoletniego, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, do uprawiania prostytucji. Jest to przestępstwo

niewymagające skutku (identycznie jak przestępstwo z art. 189a § 1 k.k.), popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Sprawca werbuje (nakłania) małoletniego i ma dwa cele: osiągnięcie korzyści majątkowej i doprowadzenie go do uprawiania prostytucji. Takie zachowanie sprawcy wyczerpuje znamiona dwóch przepisów, tj. art. 204 § 3 i art. 189a § 1 k.k., i stanowi zbieg przepisów ustawy. Podstawą skazania będzie oczywiście przestępstwo handlu ludźmi, pomimo zawężenia jego znamion (braku działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej).

Z kolei kuplerstwo to czerpanie korzyści majątkowej z prostytucji małoletniego. Do takiej sytuacji dochodzi wówczas, kiedy małoletni jest już pokrzywdzonym przestępstwem handlu ludźmi, został bowiem zwerbowany do świadczenia usług seksualnych i sprawca czerpie następnie korzyści z niezrządu małoletniego. Takie zachowanie będzie wyczerpywało znamiona odrębnego przestępstwa z art. 204 § 3 k.k. W sytuacji tożsamości osoby sprawcy będą to dwa odrębne czyny, pozostające w zbiegu realnym.

Pornografia

Wieloletnie próby określenia przez doktrynę, czym jest pornografia, doprowadziły do wykształcenia dwóch definicji. Według pierwszej, subiektywistyczno-moralistycznej, pornografią jest taka treść, która według zamiaru sprawcy ma służyć wywołaniu podniecenia seksualnego u odbiorcy. Druga natomiast, obiektywistyczno-pragmatyczna, skupia się na obiektywnej ocenie treści prezentowanych materiałów¹¹.

Można także wykorzystywać i posilkować się pojęciami z prawa międzynarodowego. Definicja pornografii dziecięcej funkcjonuje w aktach prawa międzynarodowego – protokole fakultatywnym do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii¹² oraz decyzji ramowej Rady 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r. w sprawie zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej (Dz. Urz. UE L 13 z dnia 20 stycznia 2004 r., s. 44)¹³.

¹¹ M. Rodzyńkiewicz, Komentarz do art. 202, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2: Komentarz do art. 117–277 k.k., Kraków 2006; M. Filar, Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym, Toruń 1985.

¹² Za dziecięcą pornografię uważa się jakiegokolwiek pokazywanie, za pomocą dowolnych środków, dziecka uczestniczącego w rzeczywistych lub symulowanych ewidentnie czynnościach seksualnych lub też jakiegokolwiek pokazywanie organów płciowych w celach przede wszystkim seksualnych.

¹³ Pornografia dziecięca to każdy materiał o charakterze pornograficznym, który wizualizuje lub przedstawia dziecko: 1) prawdziwe, osobę wyglądającą jak dziecko, czy też realistyczny, rysunkowy, stworzony komputerowo lub inną techniką obraz dziecka nieistniejącego; 2) uczestniczące, biernie lub czynnie, w zdarzeniu o wyraźnym charakterze seksualnym. Pornografią dziecięcą jest także publiczne eksponowanie narządów płciowych dziecka, jeśli ma to charakter seksualny.

W polskim prawie karnym zabronione jest zachowanie mające związek z pornografią, mogące występować jako forma wykorzystania przy przestępstwie z art. 189a § 1 k.k., takie jak:

- produkcja, utrwalanie (...) treści pornograficznych z udziałem małoletniego albo treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem (art. 202 § 3 k.k.);
- utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15 (art. 202 § 4b k.k.);
- produkcja treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej (art. 202 § 4 k.k.).

„Treści pornograficzne” w rozumieniu art. 202 k.k. to zawarte w utrwalonej formie (np. filmu, zdjęcia, czasopisma, książki, obrazu) lub nie (np. w postaci pokazów na żywo) prezentacje czynności seksualnych człowieka (zwłaszcza ukazywanie organów płciowych człowieka w ich funkcjach seksualnych), i to zarówno w wymiarze niesprzecznym z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych¹⁴.

Podkreślić należy, że każda czynność werbowania, transportowania, przekazywania, przechowywania lub przyjmowania małoletniego w celach wykorzystania go w pornografii musi zostać oceniona na gruncie art. 189a § 1 k.k. W przypadku, kiedy sprawca wyczerpie znamiona handlu ludźmi, a następnie zaktualizuje znamiona z art. 202 § 3, 4 lub 4b k.k., nastąpi realny zbieg przestępstw popełnionych z reguły w pewnej odległości czasowej.

Możliwe także będzie rozważanie zbiegu przepisów art. 189a § 1 lub 2 k.k. oraz przepisu art. 200a § 2 k.k. (*grooming*), w szczególności w takich wypadkach, gdy sprawca działa za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej, składa osobie poniżej 15. roku życia propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej z inną osobą niż składający propozycję lub udziału w produkcji, lub utrwalaniu treści pornograficznych i nakłania, zachęca ją do tego.

Inne formy wykorzystania seksualnego

Analizując znamiona strony podmiotowej, należy również zwrócić uwagę na otwartą formułę, zawartą w określeniu celu działania sprawcy jako „inne formy wykorzystania seksualnego”. W tym kontekście należy zwłaszcza wskazać te rodzaje zachowań, które definiuje nowy typ przestępstwa, tj. utrwalanie wizerunku nagiej osoby, zawarty w art. 191a § 1 k.k. W pewnych określonych stanach faktycznych może także dojść do realnego zbiegu przestępstw z art. 189a § 1 i art. 191a § 1 k.k.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. IV KK 173/10, LEX nr 667510.

Formy wykorzystania związane z pracą lub usługami charakterze przymusowym

W prawie międzynarodowym pracę przymusową lub obowiązkową definiuje art. 2 ust. 1 Konwencji nr 29 dotyczącej pracy przymusowej lub obowiązkowej przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1930 r. (Dz. U. z 1959 r., Nr 20, poz. 122): „Praca przymusowa lub obowiązkowa oznacza wszelką pracę lub usługi wymagane od jakiejś osoby pod groźbą jakiejkolwiek kary i do których dana osoba nie zgłosiła się dobrowolnie”.

Nie będzie nią zatem świadczenie pracy w rozumieniu art. 22 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 z późn. zm.), czyli umowa przyjmująca postać dobrowolnego zobowiązania pracownika do świadczenia pracy pod kierownictwem pracodawcy oraz zobowiązaniu pracodawcy do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Katalog praw wynikających z tej umowy jest bardzo szeroki i podlega ochronie prawnej (art. 22 k.p.)¹⁵.

Zachowanie pracodawcy (sprawcy), polegające wyłącznie na naruszeniu praw pracowniczych, wyczerpie normy art. 218 i art. 219 k.k. Każdorazowo w ramach przestępstwa handlu ludźmi w celu pracy przymusowej lub usług o charakterze przymusowym będzie można zidentyfikować działanie sprawcy, polegające na naruszeniu praw, które winny być bezwzględnie przynależne pracownikowi. Częstokroć nie będzie nawet zawartej umowy o pracę czy innej umowy cywilnoprawnej stanowiącej podstawę zatrudnienia.

Praca cudzoziemców

Warunki zatrudnienia w Polsce cudzoziemca oraz podjęcia pracy przez obywatela Polski za granicą określa ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 674 z późn. zm.) w rozdziale 16 „Podejmowanie pracy za granicą u pracodawców zagranicznych oraz wykonywanie pracy przez cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej”. Ustawa penalizuje czyny polegające między innymi na:

- powierzeniu cudzoziemcowi nielegalnego wykonywania pracy (art. 120 ust. 1 u.p.z.r.p.);
- doprowadzeniu cudzoziemca do nielegalnego wykonywania pracy za pomocą wprowadzenia go w błąd, wyzyskania błędu, wykorzystania zależności służbowej lub zdolności do należytego pojmowania przedsięwzięcia (art. 120 ust. 3 u.p.z.r.p.).

¹⁵ Przykładowo do takich uprawnień należą: prawo do godziwego wynagrodzenia (art. 13, 78–91 k.p.); prawo do wypoczynku, w szczególności prawo do dni wolnych od pracy, zagwarantowanego maksymalnego czasu pracy oraz prawo do urlopów wypoczynkowych (art. 14 k.p.); prawo do zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 15 k.p.); prawo do poszanowania godności i innych dóbr osobistych (art. 11 k.p.).

Zabronione jest także wykonywanie nielegalnej pracy przez cudzoziemca (art. 120 ust. 2 u.p.z.r.p.; zob. też uwagi do punktu IV).

W związku z implementacją dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE, przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE L 168 z dnia 30 czerwca 2009 r., s. 24), weszła w życie ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r., poz. 769). Na mocy art. 10 tej ustawy zabronione jest powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu w Polsce w warunkach szczególnego wykorzystania, a także zatrudnienie cudzoziemca będącego pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 189a § 1 k.k. oraz małoletniego¹⁶.

Za warunki szczególnego wykorzystania uznaje się warunki pracy osoby lub osób, którym powierzono wykonywanie pracy z naruszeniem prawa, uchylające godności człowieka i rażąco odmiennie, w szczególności ze względu na płeć, w porównaniu z warunkami pracy osób, którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z prawem, wpływające zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osób wykonujących pracę (art. 10 ust. 3 u.s.p.w.p.).

Definicja powyższa może być bardzo pomocna przy dokonywaniu subsumcji stanów faktycznych do znamion przestępstwa handlu ludźmi w celu wykorzystania do pracy przymusowej lub w usługach o charakterze przymusowym.

Formy wykorzystania związane z żebractwem

Czyn polegający na żebraniu jest ścigany w polskim systemie prawnym i stanowi wykroczenie z art. 58 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 395 z późn. zm.). Do wypełnienia znamion konieczne jest:

- powtarzające się zachowanie, polegające na proszeniu o jałmużnę, darowiznę w naturze lub pieniężną;
- czynienie tego w miejscu publicznym;
- czynienie tego w sytuacji posiadania środków na utrzymanie (także pozostawanie na czymś utrzymaniu) lub możliwość podjęcia działalności zarobkowej.

Handel ludźmi w celu żebractwa musi dodatkowo wypełniać przesłanki wskazane w art. 115 § 22 k.k. Do dnia dzisiejszego odnotowano pojedyncze

¹⁶ Stosownie do treści art. 1 u.s.p.w.p. za cudzoziemca uznaje się osobę niebędącą: obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej; obywatelem państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (ETA); obywatelem Konfederacji Szwajcarskiej; członkiem rodziny cudzoziemców, o których mowa w punkcie powyżej, który do nich dołącza.

przypadki handlu ludźmi w celu żebractwa. Zidentyfikowanymi pokrzywdzonymi byli obywatele Rumunii.

Formy wykorzystania związane z niewolnictwem oraz inne, poniżające godność jednostki

Pojęcie niewolnictwa zdefiniowano w art. 115 § 23 k.k. jako stan zależności, w którym człowiek jest traktowany jako przedmiot własności. Samo przestępstwo natomiast uregulowano w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 z późn. zm.). Zabronione jest oddawanie innej osoby w stan niewolnictwa albo uprawianie handlu niewolnikami oraz utrzymywanie osoby w stanie niewolnictwa. Pokrzywdzony jest traktowany jak przedmiot własności, która w prawie cywilnym odnosi się wyłącznie do rzeczy i sprowadza się do wykonywania faktycznego władztwa nad drugą osobą i możliwości decydowania o jego losie oraz czerpania zysków z jego aktywności, w tym pracy.

Formy wykorzystania związane z pozyskaniem komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy

Czynności związane z obrotem komórkami, tkankami i narządami reguluje ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411 z późn. zm.), która definiuje także poszczególne pojęcia¹⁷.

Komórki, tkanki i narządy mogą być pobierane ze zwłok ludzkich, jak i od żywych dawców w ściśle określonych warunkach przez odpowiednie służby medyczne. Artykuł 44 ust. 1 wskazanej ustawy nakazuje ścigać osobę, która w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej:

- nabywa lub zbywa cudzą komórkę, tkankę lub narząd;
- pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych, wbrew przepisom ustawy, komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich. Ścigane jest także przeprowadzanie czynności polegających na werbunku, czyli rozpowszechnianiu ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w takich czynnościach w celu ich przeszczepienia (art. 43 u.p.p.p.k.).

¹⁷ Komórka – najmniejsza struktura morfologiczna i czynnościowa organizmu zdolna do podstawowych czynności życiowych, występująca pojedynczo lub grupowo, niepowiązana ze sobą tkanką łączną (art. 2 ust. 1 pkt 7 u.p.p.p.k.). Narząd to wyodrębniona i istotna część ludzkiego ciała, zbudowana z różnych tkanek, zdolna do utrzymywania swojej struktury, ukrwienia i możliwości pełnienia autonomicznych funkcji fizjologicznych (art. 2 ust. 1 pkt 9 u.p.p.p.k.). Tkanka – zespół komórek o wyspecjalizowanych funkcjach powiązanych ze sobą substancją międzykomórkową (art. 2 ust. 1 pkt 15 u.p.p.p.k.).

Należy zauważyć, że o ile zabronione jest zachowanie polegające na sprzedaży narządów, to zawarcie umowy, której przedmiotem jest przeszczepienie zarodka/embrionu w zamian za korzyść materialną i osobistą, nie było karalne. Z dniem 25 września 2015 r. wejdzie w życie ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. z 2015 r., poz. 1087; dalej: u.l.p.) penalizująca niedozwolony obrót komórkami rozrodczymi i zarodkami jako szczególnego rodzaju komórkami. Zabronione będzie, między innymi, rozpowszechnianie ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki rozrodczej i zarodka (art. 76 u.l.p.) i przede wszystkim nabycie lub zbycie komórki rozrodczej, pośredniczenie w jej nabyciu bądź branie udziału w zastosowaniu pozyskanej wbrew przepisom ustawy komórki rozrodczej, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej (art. 77 u.l.p.). Identyczne czynności odnoszące się do zarodka uregulowane są w art. 79 u.l.p.

III. Pokrzywdzony

1. Czynności procesowe z udziałem pokrzywdzonego. Uwagi ogólne

Monitoring i koordynacja postępowań prowadzonych w Departamencie do spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Generalnej, ale także czynności w trybie nadzoru służbowego pozwoliły na wypracowanie stanowiska, że w sprawach o handel ludźmi najistotniejszym dowodem jest zazwyczaj przesłuchanie pokrzywdzonego. Nieprawidłowe przeprowadzenie tej czynności prowadzi częstokroć do bezpowrotnej utraty podstawowego dowodu, a w konsekwencji umorzenia postępowania.

Przy wykonywaniu czynności z udziałem pokrzywdzonego należy pamiętać przede wszystkim o jego specyfice. Osoby te, choć zazwyczaj świadome naruszenia swoich praw, częstokroć nie podejmują żadnych działań mających na celu przeciwdziałanie lub zmianę swojej sytuacji. Zdarzają się wypadki, że nie identyfikują się z rolą ofiary. Przyczyny tego mogą być różne: długotrwałe i intensywne wykorzystywanie, związki, jakie tworzą ze sprawcami (tzw. syndrom sztokholmski), niechęć do powrotu do normalnej egzystencji. Nie bez znaczenia w tej sytuacji jest negatywny odbiór społeczny zachowań pokrzywdzonych. Trauma, z jaką się zmagają, może być porównywalna do doświadczeń psychicznych ofiar zgwałceń. Rezultatem takich okoliczności jest postawa pokrzywdzonego, niechęć do składania zeznań czy też składanie zeznań nieprawdziwych, co w znacznym stopniu utrudnia pracę organów wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania. Stąd dobre przygotowanie do pierwszej czynności przesłuchania jest bardzo ważne w ściganiu i zwalczaniu przestępczości związanej z handlem ludźmi. Prowadząc postępowanie przygotowawcze, w szczególności planując przeprowa-

dzenie czynności z udziałem pokrzywdzonego, należy mieć na uwadze ochronę pokrzywdzonego przed wtórną wiktymizacją. Troska o dobrą kondycję psychiczną, zagwarantowanie pokrzywdzonemu poczucia bezpieczeństwa nie może i nie powinno umykać uwadze organów prowadzących postępowanie i jest jednym z obowiązków wynikających z uregulowań prawnych¹⁸.

Należy także pamiętać o tym, że zazwyczaj po pierwszej czynności procesowej, czy też czynnościach przeprowadzonych w pierwszych dniach postępowania przygotowawczego, możemy stracić bezpowrotnie kontakt z pokrzywdzonym, który wyjeżdża do swojego kraju lub wraca do poprzedniej działalności.

Ponieważ identyfikacja pokrzywdzonych przestępstwem w przypadku organów prokuratury jest rzadkością, bardzo ważna jest właściwa współpraca z Policją i Strażą Graniczną. Pierwsza informacja uprawdopodobniającą zaistnienie przestępstwa handlu ludźmi winna skutkować natychmiastową aktywnością prokuratury i podjęciem decyzji o przesłuchaniu pokrzywdzonego osobiście przez prokuratora lub wystąpieniem do sądu z wnioskiem w trybie art. 316 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.). Zalecane jest utrwalenie przesłuchania na nośnikach oraz przesłuchanie z udziałem psychologa.

Do pierwszego przesłuchania należy przygotować się szczegółowo, tak by do minimum ograniczyć potrzebę ponowienia czynności.

2. Uprawnienia pokrzywdzonego

Oczywiste jest, że przed pierwszym przesłuchaniem należy powiadomić pokrzywdzonego o jego uprawnieniach. Oprócz ich podstawowego katalogu, pokrzywdzony przestępstwem handlu ludźmi ma dodatkowe prawa, przysługujące mu na podstawie odrębnych aktów prawnych, o czym należy go pouczyć.

Należy w tym miejscu omówić kwestie związane z nowelą Kodeksu postępowania karnego, wprowadzone ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz. U. z 2015 r., poz. 21), które weszły w życie z dniem 7 kwietnia 2015 r. Artykuł 300 § 2 k.p.k. w nowym kształcie stanowi, iż organ procesowy ma obowiązek pouczenia pokrzywdzonego na piśmie o posiadaniu statusu strony pokrzywdzonej w postępowaniu przygotowawczym oraz wynikających z tego uprawnień, w tym:

- do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia i warunkach uczestniczenia w tych czynnościach,

¹⁸ Art. 6 Protokołu dodatkowego; art. 10–13 Konwencji ws. działań przeciwko handlowi ludźmi; art. 11–12 dyrektywy 2011/36/UE.

- do korzystania z pomocy pełnomocnika, w tym złożenia wniosku o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu w okolicznościach wskazanych w art. 78 k.p.k.,
- możliwości końcowego zapoznania się z materiałami postępowania,
- możliwościach naprawienia szkody lub uzyskania kompensaty państwowej,
- dostępie do pomocy prawnej,
- dostępnych środkach pomocy i ochrony,
- możliwości wydania europejskiego nakazu ochrony,
- organizacjach wsparcia pokrzywdzonych,
- możliwości zwrotu kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu.

Kolejne istotne zmiany dotyczą kwestii związanych z ochroną pokrzywdzonego i świadka. Do dnia 7 kwietnia 2015 r. nie funkcjonowała ustawa pozwalająca wprost na objęcie ochroną świadka/pokrzywdzonego, w sytuacji stwierdzenia poważnego zagrożenia dla życia lub zdrowia świadka lub osób jemu najbliższych albo mienia w znacznych rozmiarach w związku z jego rolą w postępowaniu karnym. Każdorazowo należało więc oceniać sytuację pokrzywdzonego/świadka i rozważyć wdrożenie trybu określonego w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687 z późn. zm.) w przedmiocie wniosku o objęcie ochroną świadka/pokrzywdzonego¹⁹.

Stan ten został zmieniony wspomnianą wyżej ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz. U. z 2015 r., poz. 21). Określa ona zasady, warunki i zakres stosowania świadków ochrony i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka oraz osób im najbliższych, jeżeli w związku z toczącym się albo zakończonym postępowaniem karnym z udziałem pokrzywdzonego lub świadka albo postępowaniem skarbowym istnieje zagrożenie dla życia lub zdrowia tych osób. Środki ochrony i pomocy mogą zostać podjęte także przez wszczęciem postępowania karnego, jeżeli okoliczności wskazujące na zagrożenie życia lub zdrowia ujawnią się w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych lub postępowania sprawdzającego (art. 1).

Ustawa określa środki ochrony i pomocy w trzech kategoriach:

- ochrona na czas czynności procesowych (art. 4),
- ochrona osobista (art. 5),
- pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu (art. 6 i 7).

¹⁹ W art. 12 ust. 3 dyrektywy 2011/36/UE wyraźnie wskazano obowiązek państw członkowskich zapewnienia pokrzywdzonemu odpowiedniej ochrony, na podstawie indywidualnej ochrony ryzyka, w tym poprzez dostęp do programu ochrony świadków.

Środków tych udziela właściwy komendant wojewódzki Policji, zgodnie z miejscem pobytu pokrzywdzonego. Inicjatywę w tym względzie może podjąć pokrzywdzony lub świadek, składając za pośrednictwem organu prowadzącego czynności operacyjno-rozpoznawcze, postępowanie sprawdzające, postępowanie przygotowawcze lub sądu stosowny wniosek, bądź też wymienione organy, przy czym w tym przypadku wymagana jest zgoda pokrzywdzonego lub świadka (art. 12).

Istotny jest również zapis art. 10 dotyczący możliwości udzielenia pomocy psychologicznej dla pokrzywdzonego, świadka lub osób im najbliższych. Organ prowadzący postępowanie karne lub czynności operacyjno-rozpoznawczych względnie sprawdzające ma obowiązek pouczenia uprawnionego o możliwości uzyskania takiego wsparcia²⁰. Udzielają go podmioty, których katalog określa art. 10 ust. 1 cytowanej ustawy.

Powyższe rozwiązania generują dla prokuratora, jako jednego z organów prowadzących postępowanie przygotowawcze, poważne obowiązki w zakresie zapewnienia, w określonych sytuacjach, stosownej inicjatywy, celem zapewnienia pokrzywdzonemu lub świadkowi bezpieczeństwa oraz wsparcia.

Istotna zmiana wprowadzona ustawą o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka dotyczy również rekomendowanej przez Dyrektywę²¹ instytucji udziału w czynności procesowej z udziałem pokrzywdzonego osoby przez niego wskazanej. Dodano ją w art. 299a § 1 k.p.k.

Przejdźmy do uprawnień przysługujących cudzoziemcom przebywającym w Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie, jakimi są: prawo do zastanowienia, prawo do pobytu czasowego, prawo do pobytu stałego

Prawo do zastanowienia

Cudzoziemiec przebywający w Polsce nielegalnie i zidentyfikowany jako pokrzywdzony przestępstwem handlu ludźmi ma prawo ubiegać się o legalizację pobytu w Polsce. Reguluje to ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z dnia 30 grudnia 2013 r., poz. 1650), dalej „u.c.”, która weszła w życie z dniem 1 maja 2014 r. W Dziale V rozdziale 9 zawarto rozwiązania odnoszące się do kwestii udzielania zezwoleń na pobyt czasowy dla domniemyanych ofiar handlu ludźmi²².

²⁰ Wynika to ze znowelizowanego art. 300 § 2 k.p.k.

²¹ Art. 15 ust. 3 pkt f Dyrektywy, przy czym rekomendacja odnosi się do osób małoletnich.

²² Zapisy te wynikają implementacji dwóch dyrektyw, tj.: dyrektywy Rady 2004/81/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentu pobytowego wydawanego obywatelom państw trzecich, którzy są ofiarami handlu ludźmi lub wcześniej byli przedmiotem działań ułatwiających nielegalną imigrację, a którzy współpracują z właściwymi władzami (Dz. Urz. WE L 261 z dnia 6 sierpnia 2004 r.), oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlu ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar (Dz. Urz. UE L 101 z dnia 15 kwietnia 2011 r.).

Pierwszą z instytucji jest tzw. „czas na zastanowienie”. Czas ten ma na celu „odzyskanie sił i uniknięcie wpływu ze strony sprawców przestępstwa”²³. Zgodnie z art. 170 u.c., cudzoziemcowi, w stosunku do którego istnieje domniemanie, że jest ofiarą handlu ludźmi, organ prowadzący postępowanie wydaje zaświadczenie potwierdzające istnienie takiego domniemania (art. 172 u.c.). Dokument ten jest ważny od daty wydania przez okres 3 miesięcy, jeśli dotyczy osoby pełnoletniej, lub 4 miesięcy w stosunku do małoletniego (art. 172 ust. 2 u.c.). W tym czasie pobyt cudzoziemca na terytorium RP jest legalny (art. 171 ust. 1 u.c.).

Analiza cytowanych przepisów nasuwa wątpliwości co do użytych sformułowań, tj.: „domniemania” oraz „organu właściwego do prowadzenia postępowania w sprawie o przestępstwo, o którym mowa w art. 189a § 1 k.k.”. W odniesieniu do domniemania, które nie jest pojęciem ostrym i precyzyjnym, konieczne jest rozstrzygnięcie, czy chodzi o domniemanie prawne, wynikające z normy prawnej, czy faktyczne, opierające się na faktach, których nie wskazuje prawo, lecz wiedza o wystąpieniu określonych zdarzeń w związku z określonymi sytuacjami²⁴. Natomiast kwestią przesądzającą dla ustalenia organu właściwego do wydania zaświadczenia będzie etap postępowania, na którym jest wydawane.

Należy mieć na względzie, że w sprawach identyfikacji ofiar handlu ludźmi istotną rolę odgrywają funkcjonariusze Policji i Straży Granicznej, a więc służb, w kompetencjach których leży podejmowanie czynności w sprawach o handel ludźmi. W sytuacji przeprowadzania czynności pozaprocesowych (np. rozpytanie, wywiad), będziemy mieli do czynienia z domniemaniem faktycznym. Identyfikacja odbywa się bowiem w oparciu o uzyskane od ofiary informacje. Zatem, kiedy bezpośrednio po takich działaniach nie następuje przekazanie materiałów prokuratorowi i wszczęcie postępowania karnego, to funkcjonariusz Policji lub Straży Granicznej kończy etap wstępnego rozpoznania osoby jako potencjalnej ofiary handlu ludźmi i konstruuje domniemanie. Organem uprawnionym do wydania zaświadczenia będzie wówczas Policja lub Straż Graniczna. Z chwilą przekazania materiałów przez te organy prokuraturze i wszczęcia postępowania karnego w kierunku przestępstwa z art. 189a § 1 k.k. to prokurator będzie organem właściwym do wystawienia zaświadczenia. Jest to równoznaczne z nadaniem osobie statusu pokrzywdzonego w sprawie. Podstawą tego będzie analiza okoliczności faktycznych, pod kątem wypełnienia znamion przestępstwa z art. 189a § 1 k.k.

Należy pamiętać o tym, że na mocy art. 173 u.c. to organ właściwy do prowadzenia postępowania, a zatem, w zależności od etapu czynności, właściwy funkcjonariusz Policji, Straży Granicznej albo prokurator (w przypadku

²³ Z uzasadnienia dołączonego do ustawy o cudzoziemcach, druk sejmowy nr 1526.

²⁴ I. J a c k o w s k a – hasło „Domniemanie” w dziale „Encyklopedia” portalu gazetaprawna.pl; <http://www.gazetaprawna.pl/encyklopedia/prawo/hasla/333467,domniemanie.html>.

wszczęcia śledztwa) ma obowiązek pouczenia obywatela państwa obcego o przysługujących mu uprawnieniach do ubiegania się o wydanie zaświadczenia, jego skutkach, tj. o treści art. 171 i art. 172 u.c. Pouczenie winno mieć formę pisemną i zostać przedstawione w języku zrozumiałym dla danej osoby (art. 173 u.c.). O wydaniu zaświadczenia należy powiadomić ministra właściwego do spraw wewnętrznych, do czego zobowiązuje art. 174 u.c. Cudzoziemiec zostaje wówczas wpisany do rejestru zaświadczeń legalności pobytu (art. 428 ust. 1 pkt 7 u.c.).

Pobyt cudzoziemca na terenie RP traci walor legalności z upływem trzymiesięcznego terminu ważności zaświadczenia bądź też z chwilą odnotowania przez Ministra Spraw Wewnętrznych w ww. rejestrze, że cudzoziemiec aktywnie, dobrowolnie i z własnej inicjatywy ponownie nawiązał kontakt z osobami podejrzanymi o popełnienie przestępstwa handlu ludźmi.

Zaświadczenie może być podstawą udzielenia cudzoziemcowi pomocy w dobrowolnym powrocie do kraju pochodzenia przez Międzynarodową Organizację ds. Migracji (art. 334 ust. 2 pkt 3 u.c.), a także podstawą zwolnienia ze strzeżonego ośrodka lub aresztu dla cudzoziemców (art. 406 u.c.) i otrzymania świadczeń socjalnych (art. 5a ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 182).

Prawo do czasowego pobytu na terytorium RP

Po upływie ważności zaświadczenia cudzoziemiec może ubiegać się o wydanie zezwolenia na zamieszkanie w Polsce na okres co najmniej 6 miesięcy (art. 176 u.c.) Warunkiem uzyskania takiej decyzji jest:

- 1) pobyt na terytorium Polski,
- 2) podjęcie współpracy z organem właściwym do prowadzenia postępowania w sprawie o przestępstwo z art. 189a § 1 k.k.,
- 3) zerwanie kontaktu z osobami podejrzanymi o popełnienie przestępstwa handlu ludźmi.

Zezwolenia na pobyt czasowy udziela wojewoda właściwy ze względu na miejsce pobytu cudzoziemca (art. 104 u.c.).

Prawo do pobytu stałego na terytorium RP

Cudzoziemskiej ofierze handlu ludźmi może być również udzielone zezwolenie na pobyt stały, w trybie art. 195 ust. 1 pkt 5 u.c. Muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bezpośrednio przed złożeniem wniosku o udzielenie mu zezwolenia na pobyt stały przez okres nie krótszy niż 1 rok na podstawie zezwolenia na pobyt czasowy dla ofiar handlu ludźmi,
- współpraca z organami ścigania w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo handlu ludźmi,

- uzasadniona obawa przed powrotem do państwa pochodzenia, potwierdzona przez prokuratora prowadzącego postępowanie w sprawie o przestępstwo handlu ludźmi.

Ustawodawca w art. 195 ust. 1 pkt 5a posłużył się nieostrym pojęciem „uzasadnionej obawy przed powrotem do państwa pochodzenia”. Zapewne intencją przepisu jest stwierdzenie zagrożenia dla życia i zdrowia pokrzywdzonego, a także jego majątku. Zapis ten zobowiązuje prokuratora do podejmowania czynności mających na celu ocenę, w czasie trwającego postępowania przygotowawczego, zagrożenia, jakie może grozić pokrzywdzonemu w jego ojczyźnie. Należy przy tym korzystać z możliwych źródeł dowodowych, w tym wywiadu w miejscu zamieszkania, a także zlecać czynności Policji lub Straży Granicznej, jak również korzystać z informacji organizacji pozarządowych.

Z uwagi na czasochłonność czynności przeprowadzanych w drodze międzynarodowej pomocy prawnej należy zaplanować je z odpowiednim wyprzedzeniem. Niezależnie od wymogów ustawy o cudzoziemcach, okoliczności z miejsca zamieszkania pokrzywdzonego mogą mieć istotny wpływ na ustalenia faktyczne i ich ocenę w toku postępowania karnego.

Prawo do świadczeń socjalnych

Na podstawie art. 5 i 5a w zw. z art. 7 pkt 7a ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 182 z późn. zm.) obywatelowi polskiemu, jak i cudzoziemcowi, na którego szkodę popełnione zostało przestępstwo handlu ludźmi, służy prawo do świadczeń w formie interwencji kryzysowej, schronienia, posiłku, niezbędnego ubrania oraz zasiłku celowego. Każdorazowo należy oceniać sytuację pokrzywdzonego i decydować o zawiadomieniu ośrodka pomocy społecznej. Do rozważenia jest wszczęcie odrębnego postępowania administracyjnego, mającego na celu rozpoczęcie procedury związanej z przyznaniem zasiłku i rejestracją sprawy w ramach repertorium „Pa”. Do rozpoczęcia stosownego postępowania konieczne jest wydanie zaświadczenia w trybie art. 170 u.c.

Prawo do pomocy ze strony Krajowego Centrum Interwencyjno-Konsultacyjnego dla ofiar handlu ludźmi (KCIK) prowadzonego w ramach zadania publicznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji

Jest to pomoc w całości finansowana z budżetu państwa i nadzorowana przez MSWiA. Krajowe Centrum Interwencyjno-Konsultacyjne ma możliwość zapewnienia pokrzywdzonym pomocy i porady, w tym bezpiecznego schronienia.

Prawo do udziału w „Programie wsparcia i ochrony ofiary/świadka handlu ludźmi”, prowadzonym w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji

Pokrzywdzony, który nie jest obywatelem polskim, może zostać objęty „Programem wsparcia i ochrony ofiary/świadka handlu ludźmi”. Program ten jest zadaniem publicznym realizowanym przez MSWiA w ramach Krajowego Centrum Interwencji Kryzysowej. Wniosek o objęcie Programem składa do Ministerstwa Policja lub Straż Graniczna. Objęcie Programem gwarantuje akomodację i wyżywienie, wsparcie psychologa, pomoc prawną, pomoc tłumacza, pomoc w legalizacji pobytu na terytorium Polski.

Prawo do złożenia wniosku w trybie art. 46 § 1 i 2 k.k. o zadośćuczynienie, obowiązek naprawienia szkody lub nawiązkę

Możliwości wynikające z art. 184 k.p.k.

Prawo do reprezentacji (art. 87 § 1 k.p.k.), w tym prawo do żądania ustanowienia pełnomocnika z urzędu pod warunkiem wykazania niemożności ponoszenia kosztów reprezentacji, zgodnie z treścią art. 88 w zw. z art. 78 § 1 k.p.k.

3. Przesłuchanie pokrzywdzonego

Podczas czynności procesowych z udziałem pokrzywdzonych należy rozważyć podjęcie następujących środków i działań, przewidzianych w kodeksie postępowania karnego:

- skorzystanie z instytucji z art. 316 § 3 k.p.k., a jeśli taka decyzja nie zapadnie, zasadą powinno być przesłuchanie przez prokuratora, a dodatkowo, w przypadku handlu ludźmi w celu prostytucji lub innych form wykorzystania seksualnego, w miarę możliwości przesłuchujący powinien być tej samej płci co przesłuchiwany,
- należy pamiętać, że w przypadku, kiedy pokrzywdzony korzysta z Programu istnieje możliwość doręczania pism procesowych za pośrednictwem organizacji pozarządowej, pod opieką której się znajduje,
- przesłuchanie z udziałem psychologa,
- w razie potrzeby przeprowadzenia okazania lub konfrontacji podejrzanego i pokrzywdzonego, skorzystanie z możliwości przeprowadzenia okazania z ukrycia lub zastosowania środków technicznych umożliwiających przesłuchanie na odległość (art. 177 § 1a k.p.k.)²⁵,

²⁵ Dyrektywa 2011/36/UE w art. 12 zobowiązuje wręcz państwa członkowskie do unikania: zbędnego powtarzania przesłuchań w trakcie śledztwa; kontaktu wzrokowego ofiary z podejrzanym, w tym w trakcie składania zeznań i konfrontacji i używanie środków umożliwiających

- wystąpienie do właściwego sądu z wnioskiem o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu na podstawie art. 87 § 1 w zw. z art. 88 i art. 78 § 1 k.p.k., co powinno być zasadą²⁶.

Z uwagi na różnorodność stanów faktycznych i wieloczynowość przestępstwa handlu ludźmi trudno ustalić jednolity schemat przesłuchania. W jego toku należy jednak zwrócić uwagę na następujące elementy:

- ustalenie okoliczności pierwszego kontaktu pokrzywdzonego z osobą proponującą pracę, organizującą wyjazd czy też składającą ofertę (telefon, e-mail, ogłoszenie o pracę, polecenie przez znajomego, rodzinę) i jego dalszy przebieg,
- warunki oferty, przykładowo: miejsce wykonywania pracy, warunki żywienia i akomodacji, wynagrodzenie i forma płatności, zapewnienie opieki na miejscu, czy została na tę okoliczność sporządzona umowa lub oferta w formie pisemnej,
- koszty dojazdu na miejsce i uzyskania niezbędnych dokumentów (paszport, wiza, zezwolenie na pracę),
- czy pokrzywdzony przekazywał sprawcy/sprawcom dane na temat rodziny, miejsca zamieszkania, sposobu kontaktu, jak uzasadniono konieczność posiadania takich informacji,
- sposób przekroczenia granicy państwowej,
- kto dysponował dokumentem tożsamości pokrzywdzonego; jeśli była to inna osoba, jakie było uzasadnienie jego przekazania i na jaki okres,
- czy posługiwał się innymi niż na własne nazwisko dokumentami stwierdzającymi tożsamość, jeśli tak – jakie było tego uzasadnienie,
- czy w związku z wykonywaniem pracy podlegał ubezpieczeniu społecznemu lub ubezpieczeniu od następstw nieszczęśliwych wypadków, czy został przeszkolony w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy,
- czy wypełniał lub podpisywał jakiegokolwiek wnioski lub dokumenty, w szczególności w celu założenia konta lub uzyskania świadczenia z ubezpieczenia społecznego,
- czy otrzymał środki pieniężne lub wynagrodzenie w innej formie,
- sposób traktowania na miejscu, w tym stosowanie środków przymusu lub groźby,

przesłuchanie na odległość; składania zeznań na posiedzeniach jawnych; zbędnych pytań dotyczących życia prywatnego – oczywiście w granicach zapewniających zachowanie prawa do obrony podejrzanego.

²⁶ Zgodnie z art. 12 2011/36/UE: „państwa członkowskie zapewnią ofiarom handlu ludźmi bezwzględny dostęp do doradztwa prawnego i zastępstwa procesowego (...). Doradztwo prawne i zastępstwo procesowe są bezpłatne, jeśli ofiara nie posiada wystarczających środków finansowych”. Dyrektywa obowiązuje także do wyznaczenia bezpłatnego pełnomocnika dla małoletniego pokrzywdzonego na czas postępowania karnego (art. 15 ust. 1 i 2). Identyczne rozwiązania odnoszą się do pokrzywdzonego małoletniego (art. 15 ust. 2).

- możliwość kontaktu z innymi osobami.

4. Przesłuchanie dziecka

Wobec dziecka, które w chwili przesłuchania nie ukończyło lat 15, stosuje się rozwiązania przewidziane w art. 185a k.p.k. Prokurator, wnioskując do właściwego sądu o przesłuchanie takiego małoletniego, winien w pierwszej kolejności rozważyć, czy zeznania takiego pokrzywdzonego mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Jeśli tak, przesłuchanie ma miejsce, co do zasady, wyłącznie raz, chyba że:

- wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania,
- żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego.

Przesłuchania dokonuje sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego może wziąć udział w czynności. Z uwagi na istotny wymiar takiego przesłuchania należy zarekomendować prokuratorom udział czynności jako zasadę oraz aktywny udział w toku tej czynności. Przy przesłuchaniu mogą być obecni przedstawiciel ustawowy małoletniego bądź też pełnoletnia osoba, wskazana przez niego, o czym należy go pouczyć.

Powyższe rozwiązania można zastosować do małoletniego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat. Należy jednakże wykazać we wniosku do sądu istnienie uzasadnionej obawy, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wyrzucić negatywny wpływ na jego stan psychiczny (art. 185b k.p.k.). W celu oceny tych okoliczności oraz zdolności dziecka do udziału w przesłuchaniu zasadne jest zasięgnięcie opinii psychologa.

Dzieciom, będącym ofiarami handlu ludźmi, należy zapewnić szczególną pomoc, wsparcie i ochronę. Niedojrzała psychika, brak poczucia bezpieczeństwa w połączeniu z wiktymizacją, poddaniem długotrwałemu stresowi, powodują nieufność wobec osób dorosłych, co przejawia się wrogością. Jednocześnie są to pokrzywdzeni niedojrzali, podatni na manipulacje i zastraszenie. Wykorzystywane w prostytucji, pornografii, czy innych formach wykorzystania seksualnego, nie są zdolne ocenić i stwierdzić, że na ich szkodę popełniono przestępstwo, tracą bezpowrotnie możliwość właściwej oceny czynu, któremu zostały poddane. Niepewność maskują wrogością lub arogancją. Natomiast sprawców mogą traktować jak swoich opiekunów i chronić ich przed odpowiedzialnością. Dziecko stara się za wszelką cenę nawiązać więź ze sprawcą, wzbudzić jego sympatię i współczucie, jest zależne od sprawcy fizycznie i psychicznie²⁷.

²⁷ A. Morawska, Handel dziećmi w perspektywie europejskiej – wyzwania dla praktyków, (w:) Z. Lasocik, M. Koss, Ł. Wieczorek (red.), Handel dziećmi. Wybrane problemy,

Kiedy w związku z przestępstwem doszło do nadużycia stosunku zależności lub wykorzystania małoletniego ze strony prawnych opiekunów dziecka bądź też ujawnienia dziecka cudzoziemskiego bez opieki jako pokrzywdzonego przestępstwem handlu ludźmi, kluczowe jest podjęcie działań mających na celu ustanowienie dla niego opiekuna prawnego. Należy zatem podjąć stosowne działania prawne, rejestrując sprawę w repertorium „Pc”. Możliwe są dwie sytuacje:

- Dziecko pozostaje pod opieką rodziców, co do których istnieje uzasadnione podejrzenie, że nadużyli władzy rodzicielskiej i mogli wyczerpać znamiona handlu ludźmi. Należy, niezależnie od postępowania karnego, zainicjować, na podstawie art. 572 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.), postępowanie przed sądem rodzinnym i opiekuńczym, mające na celu wszczęcie procedury zmierzającej do pozbawienia lub ograniczenia władzy rodzicielskiej oraz ustanowić dla małoletniego pokrzywdzonego kuratora (art. 7 k.p.c. w zw. z art. 99 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 788 z późn. zm.).
- Prawni opiekunowie dziecka nie przebywają na terytorium Polski. Działania mające na celu ustanowienie dla takiego pokrzywdzonego kuratora można podjąć w oparciu o art. 157 k.r.o.²⁸.

IV. Odstąpienie od ścigania pokrzywdzonych lub zaniechanie stosowania sankcji karnej wobec nich

Problem niekaralności pokrzywdzonych i zobowiązania państw akcentowany jest w dwóch aktach prawnych:

- W art. 26 Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzonej w Warszawie dnia 16 maja 2005 r., w którym zobowiązano państwa do zapewnienia niekaralności pokrzywdzonych za przestępstwa popełnione pod wpływem groźby;
- dyrektywie 2011/36/UE w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar. W art. 8 tej dyrektywy nałożono na państwa obowiązek zapewnienia możliwości odstąpienia od ścigania lub karania sankcją wobec pokrzywdzonych za ich udział w przestępczej

Warszawa 2007, s. 34–35; A. Morawska, Handel dziećmi – zarys zjawiska, (w:) Z. Lasocki (red.), Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie, Warszawa 2006, s. 307–308.

²⁸ Art. 14 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 dyrektywy 2011/36/UE zobowiązują państwa członkowskie do wyznaczenia opiekuna lub przedstawiciela prawnego dla dziecka, będącego ofiarą handlu ludźmi, jeżeli osoby, którym przysługuje władza rodzicielska nie mogą zapewnić interesów dziecka lub reprezentować go ze względu na konflikt interesów. W przypadku dziecka cudzoziemskiego, bez opieki, stosowne przepisy znajdują się w art. 16 ust. 3 i 4 powołanej dyrektywy.

działalności, do której zostali zmuszeni w bezpośredniej konsekwencji tego, że popełniono na ich szkodę przestępstwo handlu ludźmi.

Rozwiązania prawne funkcjonujące na gruncie polskiego prawa karnego dają możliwości wypełniania zobowiązań Konwencji w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi (zob. poniżej). Dyrektywa 2011/36/UE stawia jednakże szersze warunki – odstąpienie od ścigania i, co jest nowością, odstąpienie od karania pokrzywdzonego. Zgodnie z art. 8 dyrektywy 2011/36/UE warunki odstąpienia od ścigania/karania pokrzywdzonych są następujące:

- przyznanie statusu pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym, w zakresie czynów z art. 189a § 1 k.k.;
- popełnienie przez tę osobę czynu zabronionego;
- dokonanie czynu zabronionego nastąpiło pod wpływem przymusu (fizycznego lub psychicznego) i miało ścisły związek z przestępstwem handlu ludźmi popełnionym na osobie sprawcy czynu.

Polskie ustawodawstwo daje obecnie możliwości odstąpienia od wymiaru kary przez sąd na podstawie art. 59 k.k. Spełnione muszą zostać kumulatywnie następujące warunki:

- oskarżenie o przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat pozbawienia wolności albo karą łagodniejszego rodzaju;
- społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna;
- orzeczenie środka karnego, przepadku lub środka kompensacyjnego, dzięki czemu cele kary zostaną spełnione.

Jeżeli natomiast chodzi o ustawowe możliwości odstąpienia od karania w przypadku konkretnych czynów zabronionych, kodeks karny dopuszcza takie możliwości jedynie w sytuacjach wskazanych w ustawie (przykładowo art. 229 § 6, art. 230a § 3, art. 236 § 2, art. 240 § 3, art. 252 § 4 k.k.). Czyn zabroniony popełniony przez pokrzywdzonego, a ściśle związany z przestępstwem handlu ludźmi – do takich kategorii nie należy.

Aktualnie obowiązujące przepisy dają natomiast podstawę, przy spełnieniu ustawowych przesłanek, do dokonania oceny pod kątem umorzenia postępowania przygotowawczego lub odmowy jego wszczęcia w przypadku stwierdzenia, że osoba, której przyznano status pokrzywdzonego przestępstwem handlu ludźmi, wypełniła swoim zachowaniem znamiona czynu zabronionego, a uczyniła to pod wpływem groźby czy przymusu.

W doktrynie przyjmuje się zazwyczaj, że przymus bezwzględny, polegający na zastosowaniu przemocy fizycznej wobec osoby, całkowicie wykluczającej podjęcie decyzji, wyłącza możliwość uznania zachowania sprawcy za czyn²⁹. Przykładowo, uprowadzenie osoby, doprowadzenie jej do stanu

²⁹ Z. Gostyński (red.), Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. 1, Warszawa 1998, komentarz do art. 17; J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, LEX/el. 2011, komentarz do art. 17.

bezbронności, nieprzytomności, odurzenie środkami psychotropowymi lub substancjami odurzającymi i nielegalne przekroczenie granicy lub przekroczenie granicy przy posłużeniu się fałszywymi dokumentami. Ocena zachowania takiej osoby winna być dokonywana w oparciu o art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.³⁰.

W sytuacji, kiedy wobec pokrzywdzonego stosowany jest przymus fizyczny lub psychiczny (przykładowo: tortury, groźba karalna) w celu zmuszenia go do określonego zachowania, ocenę prawną zachowania takiej osoby należy rozpatrywać na gruncie wyłączenia winy, czyli art. 26 k.k., tj. kontratypu stanu wyższej konieczności i umorzenia lub odmowy wszczęcia na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.³¹.

Niezależnie od powyższego, każdy przypadek popełnienia czynu zabronionego przez pokrzywdzonego przestępstwem handlu ludźmi należy rozpatrywać pod kątem stwierdzenia stopnia społecznej szkodliwości czynu, w szczególności uwzględniając motywację sprawcy:

- wykazanie ścisłego związku pomiędzy czynem a przestępstwem handlu ludźmi,
- ustalenie okoliczności, w jakich został popełniony, w szczególności ustalenie, czy nie zachodzą przesłanki materialnoprawne do umorzenia postępowania lub zaniechania jego wszczęcia.

V. Czynności mające na celu zabezpieczenie materiału dowodowego

1. Oględziny miejsca zdarzenia, przeprowadzenie eksperymentu procesowego, odtworzenia przebiegu zdarzeń stanowiących przedmiot postępowania z udziałem pokrzywdzonego/świadka

Bardzo duże znaczenie przy ocenie znamion przestępstwa mają oględziny miejsca zdarzenia. Szczególne znaczenie ma to przy identyfikacji przestępstwa handlu ludźmi w celu pracy przymusowej czy prostytucji. Materiał poglądowy z oględzin: zdjęcia oraz film rejestrujący warunki zamieszkania i wykonywania usług przymusowych jest dowodem bardzo pomocnym przy ocenie znamion przestępstwa. Równie ważne dla procesowego udokumentowania okoliczności, istotnych z punktu widzenia ustalania znamion przestępstwa handlu ludźmi, jak np. warunków życia pokrzywdzonych czy miejsca wykonywania przez nich pracy, może mieć przeprowadzenie eksperymentu procesowego czy też odtworzenia przebiegu zdarzeń z udziałem pokrzywdzonego/świadka i odebranie zeznań w trakcie wykonywania tej czynności.

³⁰ Inaczej: J. W a r y l e w s k i, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 344.

³¹ Zob. przypis nr 21, a także W. W r ó b e l, A. Z o l l, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 166–167.

2. Kontrola i utrwalanie rozmów

Przy prowadzeniu śledztwa w sprawie o handel ludźmi należy pamiętać o możliwościach ustawowych zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów w postępowaniu o handel ludźmi, zarówno w stosunku do osoby podejrzanej, podejrzanego, pokrzywdzonego lub innej osoby, z którymi może kontaktować się sprawca bądź która może mieć związek ze sprawą (art. 237 k.p.k.).

VI. Możliwości kompensaty pokrzywdzonego

Obowiązki kompensaty pokrzywdzonego, orzeczenia przepadku korzyści majątkowych uzyskanych na skutek przestępstwa oraz zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, która została wykorzystana do popełnienia przestępstwa handlu ludźmi, zostały ustalone w dyrektywie 2011/36/UE (art. 6 ust. 6, art. 7 i art. 17) oraz Konwencji w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi (art. 15 ust. 3 i 4, art. 23 ust. 3 i 4).

1. Obowiązek naprawienia szkody, zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub nawiązki na rzecz pokrzywdzonego

Na gruncie obowiązujących przepisów możliwe jest uzyskanie w wyroku skazującym za czyn z art. 189a § 1 k.k.:

- obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, w całości lub w części,
- zadośćuczynienia za doznana krzywdę bądź też nawiązki na rzecz pokrzywdzonego.

Warunki jakie muszą zaistnieć dla takiego orzeczenia:

- wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej,
- skazanie za przestępstwo handlu ludźmi,
- związek przyczynowy pomiędzy szkodą/krzywdą a tym przestępstwem.

Należy pamiętać, że możliwość złożenia wniosku, zarówno przez prokuratora, jak i osobę uprawnioną, może nastąpić wyłącznie do czasu zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie głównej (art. 49a k.p.k.). Złożenie takiego wniosku powinno być zasadą, zwłaszcza kiedy pokrzywdzony nie działa samodzielnie.

2. Kompensata

W przypadku wszczęcia postępowania karnego bądź też wydania postanowienia o odmowie jego wszczęcia na podstawie art. 17 § 1 pkt 4, 5, 8, 10 i 11 k.p.k., istnieje możliwość przyznania pokrzywdzonemu kompensaty, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie

cie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw (Dz. U. z 2005 r., Nr 169, poz. 1415 z późn. zm.).

Kompensata przysługuje w przypadku popełnienia przestępstwa na terytorium Polski, którego skutkiem jest śmierć lub naruszenie czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia określonych w art. 156 § 1 lub art. 157 § 1 k.k., pokrzywdzonemu lub osobie mu najbliższej będącymi obywatelami Polski lub innego kraju członkowskiego Unii Europejskiej, w przypadku, kiedy nie można stosownej kwoty uzyskać od sprawcy/sprawców.

Kompensata może zostać zasądzona do kwoty 12 000 zł i obejmuje:

- utracone zarobki lub inne środki utrzymania,
- koszty związane z leczeniem i rehabilitacją,
- koszty pogrzebu.

Negatywne przesłanki do jej przyznania to:

- brak skutku w postaci śmierci lub naruszenia czynności ciała lub rozstroju zdrowia opisanych w art. 156 § 1 i art. 157 § 1 k.k.,
- umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 1, 2, 3, 7 i 9 k.p.k. lub wydanie wyroku uniewinniającego,
- upływ 2 lat od dnia popełnienia przestępstwa.

Należy podkreślić, że katalog osób, które mogą skutecznie ubiegać się o przyznanie świadczenia w oparciu o powoływane przepisy, jest ograniczony i przysługuje wyłącznie obywatelom Polski lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Zatem, cudzoziemcy posiadający obywatelstwo państw spoza Unii Europejskiej nie znajdują się w kręgu osób uprawnionych w rozumieniu ustawy³².

Wniosek o przyznanie kompensaty składa osoba uprawniona, tj. ofiara lub osoba jej najbliższa, bądź też prokurator do sądu rejonowego właściwego dla miejsca zamieszkania pokrzywdzonego lub osoby mu najbliższej.

VII. Środki karne, w tym orzeczenie przepadku korzyści osiągniętych z popełnienia przestępstwa oraz przepadek przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa

1. Przepadek korzyści majątkowej lub jej równowartości

Wprawdzie przestępstwo handlu ludźmi nie ma w znamionach celu osiągnięcia korzyści majątkowej, trudno jednak sobie wyobrazić sytuację, kiedy sprawca w wyniku popełnienia przestępstwa takowej nie osiąga. Należy za-

³² Zob. art. 4 ustawy o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw.

tem pamiętać o treści art. 45 k.k. i rozwiązaniach w nim zawartych. Gromadząc materiał dowodowy, należy mieć na względzie ustalenie wysokości korzyści majątkowej sprawców, osiągniętej w wyniku popełnienia przestępstwa, i dążyć do orzeczenia środka karnego w postaci przepadku tej korzyści lub jej równowartości.

2. Przepadek przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa lub ich równowartości

Artykuł 44 § 2 i 4 k.k. umożliwia sądowi orzeczenie przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa bądź też ich równowartości.

Sąd Najwyższy wypowiedział się co do definicji przedmiotu służącego do popełnienia przestępstwa. Jest to każda rzecz, niekoniecznie wytworzona w celu przestępczym, której użycie umożliwia lub co najmniej ułatwia sprawcy realizację zamierzonego czynu przestępnego albo jego poszczególnych stadiów³³. Jednakże, opierając się na doktrynie, należy zawężyć tę definicję do przedmiotów służących do realizacji znamion przestępstwa³⁴, jak na przykład samochód użyty do przewiezienia pokrzywdzonego czy też komputer używany w pierwszej fazie czynu do werbunku ofiary i zamieszczenia ogłoszenia.

Mając na względzie powyższe uwagi, należy, od początku prowadzenia sprawy, pamiętać o podejmowaniu działań w celu zabezpieczenia mienia sprawcy na poczet przepadku, nawiązki, świadczenia pieniężnego lub obowiązku naprawienia szkody albo zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 291 § 1 k.k.). Trzeba więc zlecać dokonywanie tymczasowego zajęcia mienia w trybie art. 295 § 2 k.p.k. i w toku postępowania korzystać jak najszerszej z możliwości zabezpieczania mienia ruchomego, wierzytelności i innych praw majątkowych od podejrzanych, a następnie rozważać wnoszenie wniosków na podstawie art. 44 § 2, art. 45 i art. 46 k.k.

3. Obowiązek powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się lub zbliżania się do określonych osób (art. 41a § 1 k.k.)

Przesłankami tego obowiązku są:

- skazanie za przestępstwo handlu ludźmi popełnione z użyciem przemocy oraz
- w przypadku, kiedy miało miejsce wykorzystanie seksualne małoletniego.

³³ Wyrok składu 7 sędziów SN z dnia 11 kwietnia 1984 r., sygn. RNw 4/84, LEX nr 19984.

³⁴ A. Z o l l (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. 1: Komentarz do art. 1–116, Kraków 2004.

4. Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej

Należy zwrócić uwagę na kolejną możliwość piętnowania działania sprawcy środkami prawnymi przewidzianymi w kodeksie karnym, a mianowicie wnoszenia o orzeczenie przez sąd zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w sytuacji ustalenia, że przestępstwo zostało popełnione w związku z prowadzeniem określonej, ściśle skonkretyzowanej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.p.k.), przykładowo – agencji pośrednictwa pracy, lokalu gastronomicznego, działalności gospodarczej związanej z krótkoterminowymi noclegami itp.

Guidelines for preliminary proceedings in human trafficking cases

Abstract

This contribution is to be a methodical tool for prosecutors who conduct preliminary proceedings in human trafficking cases. Discussed are all applicable legal regulations which are found in various legal acts, while practical issues are approached chronologically following the course of proceedings, from victims' identification and legalisation of their stay in Poland, through protection and support provided to victims in the form of board and lodging, and medical and psychological assistance, to pursuing victims' interests in court proceedings.

Wojciech Achrem, Paulina Wolańska-Nowak, Ireneusz Sołtyszewski

Opinia biegłego z zakresu badań genetycznych

Streszczenie

Kluczowe znaczenie w interpretacji wyników badań genetycznych mają wnioski wynikające z analizy statystycznej. Oszacowanie prawdopodobieństwa powtórzenia się zestawu markerów genetycznych u innej, przypadkowej i niespokrewnionej osoby z populacji oraz obliczenie wartości ilorazu wiarygodności dla dwóch alternatywnych hipotez nadają wnioskowi identyfikacyjnemu walor obiektywnego i wiarygodnego dowodu z badania DNA. Celem pracy jest dokonanie przeglądu sposobu interpretacji rezultatów badań genetycznych oraz syntetycznej analizy pojęć, już ugruntowanych w nauce kryminalistyki, a odnoszących się do problematyki identyfikacji osób.

Wstęp

Przyjmuje się, że identyfikacja kryminalistyczna jest rezultatem procesu badawczego, którego wynikiem jest stwierdzenie przez biegłego zgodności bądź jej braku, w odniesieniu do osób, rzeczy i śladów¹. Odnosząc się do aktywności procesowej biegłego z zakresu badań genetycznych, definicja ta dotyczy jedynie procesu badania śladów kryminalistycznych².

Ugruntowane w nauce kryminalistyki pojęcia: „ten sam” oraz „taki sam układ cech polimorficznych” są bardzo często błędnie interpretowane zarówno przez biegłych, jak i odbiorców opinii. Nierzadko we wnioskach można spotkać sformułowanie, że profile DNA materiału dowodowego i porównawczego są identyczne. Takie stwierdzenie wprowadza w błąd organy procesowe oraz strony postępowania karnego, ponieważ układ cech genetycznych, nawet jeśli jest zgodny, to niekoniecznie musi pochodzić od jednego człowieka. Badany fragment sekwencji DNA powstaje w wyniku skomplikowanych procesów chemicznych i fizycznych, a jego analiza w laboratorium oparta jest na porównywaniu jedynie wybranych markerów. Ich zgodność wcale nie oznacza identyczności, lecz jest dowodem, że zastosowana procedura badawcza nie pozwala na stwierdzenie występujących naturalnych różnic. Z tych powodów biegły nie rozwiązuje w swojej opinii problemu, czy

¹ Z. Czeczot, T. Tomaszewski, Kryminalistyka ogólna, Toruń 1999, s. 213.

² B. Hołyst, Kryminalistyka, Warszawa 2004, s. 580.

profil DNA materiału dowodowego i referencyjnego jest unikalny. Porównanie układu cech polimorficznych prowadzi jedynie do zbadania, czy istnieją wystarczające przesłanki, aby stwierdzić, że zgodne profile DNA pochodzą z tego samego źródła. Jeśli odpowiedź na tak postawiony problem jest pozytywna, to przyjmuje się, iż uzyskany dowód wspiera jedną z hipotez alternatywnych (zazwyczaj oskarżenia), że ślad pochodzi od danej osoby.

W naukach sądowych używane jest pojęcie „DNA fingerprinting”, które miało być rozwiązaniem dylematu, czy badania genetyczne są tak samo dobre dla wyniku procesu identyfikacji, jak badania daktyloskopijne. Porównanie obu metodologii badawczych jest z założenia błędne. Nieadekwatność cytowanego pojęcia wynika z istnienia fundamentalnych różnic pomiędzy tymi dwoma metodami identyfikacyjnymi. W przypadku badań daktyloskopijnych analizy są prowadzone według procedur badawczych spełniających warunek powszechnej akceptacji. Biegły rejestruje szczegóły wzoru, analizuje ułożenie topograficzne cech charakterystycznych oraz porównuje te parametry z materiałem referencyjnym. Po określeniu wystarczającej liczby minucji ekspert wydaje sąd identyfikacyjny, opierając się na subiektywnej ocenie nie popartej analizą statystyczną. Pozytywna identyfikacja indywidualna w oparciu o badania daktyloskopijne oznacza, iż biegły uzyskał stan mentalny świadczący o pewności porównania cech zmiennych. Nie istnieje możliwość weryfikacji tego sposobu rozumowania przez sąd, a rolę eksperta nie jest dowodzenie indywidualności, lecz dostarczenie narzędzi, w postaci przekonywującej opinii, na podstawie której to skład orzekający rozstrzygnie o tożsamości.

W przypadku badań genetycznych istnieje wyraźna tendencja do ciąglego zwiększania liczby badanych polimorficznych markerów. Poprzez ekstrapolację uzyskuje się taki wynik, iż prawdopodobieństwo powtórzenia się zestawu alleli w populacji jest w praktyce ogromnie niskie, ponieważ kombinacje alleli DNA stają się coraz rzadsze. Identyfikacja źródła pochodzenia próbki nie wynika z subiektywnego poczucia biegłego o niepowtarzalności, lecz jej podstawę stanowi analiza statystyczna oparta na badaniach populacyjnych³. Niemniej należy podkreślić, że są sytuacje, gdzie biegły podejmuje suwerenną decyzję co do tego, czy formułować opinię w przypadku brakujących alleli lub wtedy, gdy dodatkowe allele w profilu nie są zgodne z profilem podejrzanego. Może to prowadzić do sytuacji, w której ten sam dowód może zostać uwzględniony przez jednego biegłego, podczas gdy inny poda wynik nierozstrzygający, który nie potwierdzi ani nie wykluczy pochodzenia materiału biologicznego od podejrzanego⁴.

³ J. Moszczyński, *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych*, Olsztyn 2011, s.108.

⁴ P. Gill, J. Curran, C. Neumann, A. Kirkham, T. Clayton, J. Whitaker, J. Lambert, *Interpretation of complex DNA profiles using empirical models and a method to measure their robustness*, *Forensic Science International: Genetics* 2008, nr 2, s. 91–103.

Pojęcie prawdopodobieństwa powtórzenia się układu cech w populacji jest w większości przypadków niezrozumiałe dla składów orzekających oraz stron procesu karnego. Prowadzi to do domniemania, że jeśli opinia biegłego nie jest kategoryczna, to istnieje możliwość pojawienia się takiego samego profilu DNA u innej, przypadkowej i niespokrewnionej osoby z populacji⁵.

W przypadku zgodności profili DNA pomiędzy materiałem dowodowym a porównawczym organ procesowy, analizując tabelaryczne wyniki w opinii biegłego, jest w stanie stwierdzić, że cechy genetyczne są zgodne. Co więcej, biegły z zakresu badań genetycznych rozpatruje dwie hipotezy alternatywne: pierwszą, że zgodność profili DNA materiału dowodowego i porównawczego oznacza pochodzenie materiału biologicznego od jednej osoby, i drugą, że DNA pomimo tożsamości cech pochodzi z różnych źródeł. Sprawdzenie takich założeń z zastosowaniem narzędzi matematycznych wspomaga proces podejmowania decyzji procesowych, odnoszących się do oskarżonego. Pojęcie „DNA fingerprinting”, które odegrało pozytywną rolę podczas wprowadzania do praktyki wymiaru sprawiedliwości naukowego środka dowodowego, nie jest trafne dla opisu metody identyfikacji osobniczej w oparciu o cechy polimorficzne DNA⁶.

Ewolucja wartości dowodowej badań genetycznych

Pomimo iż metody analizy genetycznej ugruntowały się w praktyce kryminalistycznej, to szczególnie silną dyskusję wzbudza sposób kwalifikowania wniosków opinii biegłego do grupy identyfikujących osobę. Powodem sporu jest konieczność szacowania niepewności rezultatu badań. Na przełomie lat 70. i 80. ubiegłego wieku stwierdzono, że całkowitą pewnością identyfikacji można uzyskać, kiedy wartość prawdopodobieństwa powtórzenia się analizowanych cech biologicznych u niespokrewnionej osoby z badanej populacji przekroczy wartość 1 : 4 000 000 000. W 1996 r. National Research Council ogłosił raport, w którym stwierdzono, że członkowie Rady wierzą, iż nadejdzie czas, kiedy to każda osoba będzie mogła zostać zidentyfikowana w sensie kryminalistycznym⁷. W deklaracji podkreślono, że istotą dokonania osobniczej identyfikacji człowieka metodami biologii molekularnej jest zbadanie odpowiednio dużej liczby niezależnych od siebie układów polimorficznych. Opisano zależność, że im więcej takich markerów, to tym lepiej dla wiarygodności dowodowej opinii z badań genetycznych. Konse-

⁵ D. A. Stoney, What made us ever think we could individualize using statistics?, *Journal of Forensic Science* 1986, nr 31, s. 197–199.

⁶ I. W. Evett, B. S. Weir, *Interpreting DNA evidence. Statistical Genetics for Forensic Scientists*, Sinauer Associates, Inc. Sunderland, Massachusetts 1998, s. 240.

⁷ National Research Council. *The evaluation of Forensic DNA Evidence*, National Academy Press, Washington DC 1996.

kwencją raportu były analizy dotyczące określenia wartości dolnej granicy parametru prawdopodobieństwa, od której można przyjąć, że dokonano identyfikacji kryminalistycznej. Jeśli na przykład do badań zostanie wykorzystanych 16 układów polimorficznych, to prawdopodobieństwo powtórzenia się takiego profilu DNA w populacji u przypadkowej, niespokrewnionej osoby przyjmie wartość zbliżoną do 10^{-21} . Standardowo stosowane w laboratoriach zestawy odczynników do analizy polimorfizmu DNA typu STR pozwalają na jednoczesną amplifikację na tyle dużej liczby układów genetycznych, że wyliczona liczebność grupy niespokrewnionych, przypadkowych osób, w której teoretycznie może powtórzyć się taki sam profil DNA, jest większa niż liczba ludzi, która zamieszkiwała naszą planetę od początku istnienia gatunku. Wynika to z faktu, że dana populacja jest tylko próbką spośród wszystkich możliwych kombinacji alleli.

Historia badań biologicznych wykorzystywanych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości jest dobrym przykładem obrazującym zjawisko indywidualizacji we współczesnej kryminalistyce. Głównym celem procesu jest konsekwentne zawężanie zbioru cech czy osób (identyfikacja grupowa) w taki sposób, że w skład ustalonej klasy obiektów może wchodzić kilka lub, w skrajnym przypadku, jeden obiekt⁸. Przyjęcie przez decydenta procesowego, że jest to poszukiwany element niezbędny do podjęcia decyzji oparty jest na rachunku prawdopodobieństwa. Wspomnieć należy o historycznych postęпах zanotowanych w badaniach śladów krwi. W pierwszym etapie możliwe było jedynie sformułowanie wniosku, że zabezpieczona substancja jest krwią. Następnie opracowano metody umożliwiające określenie przynależności gatunkowej. Kolejnym etapem była analiza grup krwi i porównanie ich z materiałem referencyjnym. Wprowadzenie systemów enzymatycznych, zawartych w płynnej tkance człowieka, przesunęło ciężar opinii biegłych w kierunku identyfikacji grupowej. Połączenie badań wielu cech serologicznych i tych opartych na polimorfizmie enzymatycznym teoretycznie mogło doprowadzić do uzyskania wartości prawdopodobieństwa powtórzenia się danych cech w populacji wynoszącej 1 : 1 000 000⁹. Stwierdzono, że ta wartość prawdopodobieństwa jest wystarczającą do istotnego zindywidualizowania śladu biologicznego. Zasadne jest zatem przyjęcie takiego samego sposobu rozumowania w przypadku badań opartych o analizę polimorfizmu sekwencji kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA). Jednoczesne rozpatrywanie wszystkich rezultatów badań genetycznych fragmentów DNA zlokalizowanych w chromosomach autosomalnych, płci czy mitochondriach, w oparciu o prawo iloczynu prawdopodobieństw zdarzeń niezależnych, po-

⁸ Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka...*, *op. cit.*, s. 215.

⁹ B. Sygít, Dorobek nauki w badaniach nad ustrojem człowieka wykorzystywany w praktyce śledczej i sądowo-lekarskiej, (w:) E. Gruza, T. Tomaszewski, M. Goc, *Problemy Współczesnej Kryminalistyki*, Warszawa, 2003, t. VII, s. 50–55.

zwoli na dokonanie identyfikacji człowieka z bardzo dużym prawdopodobieństwem. Spełniony musi być warunek niezależności dziedziczenia poszczególnych alleli oraz przekroczenia wartości granicznej łącznego prawdopodobieństwa powtórzenia się analizowanych alleli w populacji u osób niespokrewnionych.

Biorąc pod uwagę charakter opinii biegłego z badań genetycznych, której wnioski poddane są dyskusji statystycznej, wydaje się uzasadnione dokonanie przeglądu sposobu interpretacji rezultatów badań genetycznych oraz syntetycznej analizy pojęć, już ugruntowanych w nauce kryminalistyki, a odnoszących się do problematyki identyfikacji osoby. Celem jest przyporządkowanie odpowiednich wniosków opinii biegłego z zakresu badań genetycznych do poszczególnych typów identyfikacji kryminalistycznej. Dzięki takiemu powiązaniu możliwe stanie się precyzyjne określenie wartości dowodowej wniosków biegłego. Odniesienie powszechnie stosowanych w terminologii pojęć do nowoczesnego dowodu naukowego pozwoli także organom procesowym oraz stronom postępowania karnego na zweryfikowanie wyobrażeń, często wyolbrzymionych, dotyczących użyteczności wniosków zawartych w opinii biegłego¹⁰.

Szacowanie wartości dowodu z badań genetycznych

Po to, aby możliwe stało się dokonanie identyfikacji osoby, nie wystarczy tylko stwierdzić występowanie zgodności cech polimorficznych pomiędzy materiałem dowodowym a porównawczym. Od biegłych z zakresu badań genetycznych oczekuje się odpowiedzi na pytanie: „Jak wielce dowód (profil DNA) zwiększa prawdopodobieństwo, że to podejrzany/oskarżony pozostawił zabezpieczony ślad?”¹¹. W tym celu stosuje się analizę statystyczną, która pozwala na oszacowanie częstości występowania danego profilu DNA u przypadkowej, niespokrewnionej osoby w populacji, ale również na oszacowanie wartości dowodu z badań DNA¹². Do obliczenia wartości dowodowej ekspertyzy stosowane są dwa parametry: prawdopodobieństwo przypadkowej zgodności (*match probability* – MP) oraz iloraz wiarygodności (*likelihood ratio* – LR). W pierwszym przypadku możliwe jest określenie szansy, że losowo wybrana i niespokrewniona osoba ma taki sam profil

¹⁰ P. Wolańska-Nowak, Kilka problemów związanych z oceną dowodu z badania DNA, Z Zagadnień Nauk Sądowych 1997, nr 36, s. 121.

¹¹ W. Achrem, Opinia biegłego z badań genetycznych w świetle analizy rezultatów badania ankietowego. Moc dowodowa, wiarygodność i przydatność naukowego środka dowodowego do dowodzenia wybranych rodzajów przestępstw, Problemy Kryminalistyki 2013, nr 282, s. 16.

¹² W. Branicki (red.), T. Kupiec, P. Wolańska-Nowak, Badania DNA do celów sądowych, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2008, s. 144–145.

DNA, jak ten otrzymany z materiału dowodowego. Odpowiada on częstości występowania danego profilu w populacji. Z kolei, iloraz wiarygodności opisuje, ile razy dowód w postaci ustalonej zgodności profili DNA zwiększa prawdopodobieństwo, że to podejrzany jest dawcą materiału dowodowego, przy założeniu, iż jest winny, niż gdyby przyjąć, że jest on niewinny¹³. Jako że prawdopodobieństwo zgodności, w przypadku gdy próbki pochodzą od tej samej osoby, jest równe jedności, wartość LR staje się odwrotnością wartości MP. Im wyższa jest wartość LR, tym mocniejszy jest dowód przy założeniu hipotezy, że źródłem próbek: dowodowej i porównawczej jest ta sama osoba. Wartość wyższa od 1 wspiera stanowisko oskarżenia, wartość poniżej 1 stanowi argument dla obrony. Wartość równa 1 nie pozwala na wyciągnięcie rozstrzygających wniosków¹⁴. W przypadku interpretacji mieszanin wzory LR są bardziej skomplikowane i uwzględniają m.in. liczbę znanych i nieznaną osób oraz liczbę i częstość występowania poszczególnych alleli. Wartość dowodu z mieszanin DNA jest znacznie mniejsza, niż ma to miejsce w przypadku śladów biologicznych, których źródłem jest pojedyncza osoba.

Rolą biegłego z zakresu badań genetycznych jest jedynie wskazanie wartości prawdopodobieństwa uzyskania dowodu przy założeniu jednej z dwóch alternatywnych hipotez (oskarżenia albo obrony). Będąc zatem w zgodzie z definicją ilorazu wiarygodności, wnioski naukowego środka dowodowego powinny zawierać analizę prawdopodobieństwa tych dwóch hipotez. Jako przykład przedstawiono zapis prawidłowej pod względem formalnym konkluzji ekspertyzy, która brzmi: „Otrzymanie ustalonej zgodności dwóch profili DNA jest 1 000 000 razy bardziej prawdopodobne przy założeniu, że to oskarżony (podejrzany) pozostawił badany ślad, niż uzyskanie tejże zgodności, jeśli otrzymany wynik byłby jedynie dziełem przypadku”.

Taki sposób analizy rezultatów badań genetycznych został sformalizowany w postaci trzech zasad:

- 1) interpretacja dowodu powinna uwzględniać rozważenie hipotezy alternatywnej,
- 2) interpretacja dowodu powinna odpowiedzieć na pytanie, jakie jest prawdopodobieństwo uzyskania danego dowodu, przy założeniu prawdziwości pewnej hipotezy,
- 3) interpretacja dowodu zależy od całokształtu okoliczności, pośród których hipotezy muszą być oszacowane¹⁵.

¹³ W. Pepiński, J. Berent, I. Sołtyszewski, J. Janica, S. Szram, Parametry statystyczne w identyfikacji śladów biologicznych na podstawie badań polimorfizmu DNA, Problemy Współczesnej Kryminalistyki, Warszawa 2003, t. VII, s. 137–142.

¹⁴ R. Pawłowski, Szacowanie wartości dowodu z DNA, (w:) J. Wójcikiewicz (red.), Ekspertyza sądowa, Kraków 2002, s. 372–373.

¹⁵ P. Wołańska-Nowak, Interpretacja wyników ekspertyzy, (w:) J. Wójcikiewicz (red.), Ekspertyza..., *ibidem*, s. 583.

Konkludując, biegły z zakresu badań genetycznych we wniosku swojej opinii pokazuje jedynie, które z założeń jest bardziej prawdopodobne, a organ procesowy koreluje otrzymane dane z całokształtem zebranego materiału dowodowego.

Identyfikacja grupowa w opiniach biegłych

Pojęcie identyfikacji grupowej odnosi się do zbadania i stwierdzenia przynależności kwestionowanego obiektu do pewnego zbioru przedmiotów. Celem procesu identyfikacyjnego jest stwierdzenie w toku badań laboratoryjnych, że określony ślad posiada właściwości zgodne z tymi, jakie posiada materiał porównawczy¹⁶. W przypadku badań genetycznych, opierających się na polimorficznych cechach DNA zlokalizowanych w chromosomach autosomalnych, identyfikacja grupowa wystąpi wtedy, gdy biegły uzyska niepełny profil DNA, który wykazuje, w pozytywnie zanalizowanych układach, zgodność z układem cech polimorficznych materiału porównawczego. Po obliczeniu prawdopodobieństwa wystąpienia takiego niepełnego zestawu cech genetycznych w populacji u niespokrewnionych, przypadkowych osób ekspert oblicza, jakie jest prawdopodobieństwo, że istnieje teoretyczna możliwość pojawienia się takiego samego zestawu cech także u innych osób. Jeśli wartość ta wynosi na przykład 10^{-6} , oznacza to, że teoretyczna możliwość powtórzenia się niepełnego profilu DNA w populacji wynosi 1 na 1 000 000 osób. Możliwe jest więc stwierdzenie, że w Polsce potencjalnie istnieje (biorąc pod uwagę statystyczny punkt widzenia) grupa około 40 osób, która może posiadać taki sam zestaw alleli. Rezultaty dyskusji statystycznej wyników badań genetycznych uprawniają jedynie do odniesienia wniosku opinii do określonej grupy osób. Tak więc proces indywidualizacji materiału biologicznego zatrzymany zostaje na etapie identyfikacji grupowej. Szczególnym przykładem jest tu polimorfizm mitochondrialnego DNA¹⁷, co przekłada się na następujący wniosek z badań genetycznych, na podstawie których dokonano identyfikacji grupowej w oparciu o zmienne układy genetyczne zlokalizowane na chromosomach autosomalnych: „W badanej próbki wyizolowano DNA o niepełnym profilu. Układ cech genetycznych jest zgodny z profilem DNA osoby, od której pobrano materiał porównawczy. Prawdopodobieństwo powtórzenia się takiego układu cech w populacji wynosi $1,2 \times 10^{-6}$. Jest zatem $8,3 \times 10^5$ razy bardziej prawdopodobne uzyskanie zgodnego wyniku badanych profili DNA przy założeniu, że prawdziwa jest hipoteza, iż badany

¹⁶ T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 2005, s. 47.

¹⁷ P. Wolańska-Nowak, Wartość dowodu z badania DNA, (w:) W. Branicki (red.), T. Kupiec, P. Wolańska-Nowak, Badania DNA..., *op. cit.*

ślad pochodzi od oskarżonego (podejrzanego), niż uzyskanie tego samego wyniku, jeśli ustalona zgodność jest dziełem przypadku”.

W niektórych przypadkach dotyczących na przykład przestępstw na tle seksualnym konieczne staje się, obok badania zestawu polimorficznych loci DNA zlokalizowanych w chromosomach autosomalnych, wykonanie analizy haplotypu zmiennych układów genetycznych, umiejscowionych na chromosomie Y, występującym tylko u mężczyzn i dziedziczonych z ojca na syna. Jeśli na podstawie rezultatów badania stwierdzona zostanie zgodność pomiędzy haplotypami materiału dowodowego i porównawczego, to konieczne jest sprawdzenie, jak często odnotowano występowanie takiego rezultatu badania w bazach danych. Na tej podstawie stwierdzona zostaje częstość występowania danego układu cech w populacji. Średnie wartości prawdopodobieństwa powtórzenia haplotypu w populacji wynoszą w przybliżeniu około 10^{-7} , a to oznacza, że wynik statystyczny klasyfikuje opinię do kategorii identyfikacji grupowej. Nawet jeśli wartości szansy powtórzenia się układu cech u niespokrewnionych mężczyzn z populacji znacznie zmniejszą się w przyszłości, w związku z udoskonaleniem odczynników do badań genetycznych i ciągłym wzbogacaniem bazy danych o nowe rekordy, to ze względu na sposób dziedziczenia – tylko w linii męskiej, bez procesu rekombinacji – wnioski z badań będą miały nadal charakter identyfikacji grupowej. Na podstawie rezultatów badań genetycznych nie jest i nie będzie możliwe odróżnienie od siebie mężczyzn spokrewnionych w linii męskiej. Dlatego też, w takim przypadku, możliwy będzie następujący wniosek: „W badanej próbce, w polimorficznych układach genetycznych zlokalizowanych na chromosomie Y występującym tylko u mężczyzn, oznaczono haplotyp zgodny z układem cech osoby, od której pobrano materiał porównawczy. Częstość powtórzenia się takiego zestawu cech w populacji europejskiej wynosi $4,11 \times 10^{-4}$. Jest zatem 2433 razy bardziej prawdopodobne uzyskanie zgodnego wyniku badanych haplotypów przy założeniu, że prawdziwa jest hipoteza, iż badany ślad pochodzi od oskarżonego (lub jego krewnego w linii męskiej), niż uzyskanie tego samego wyniku, jeśli ustalona zgodność jest jedynie dziełem przypadku”.

Identyfikacja indywidualna w opiniach biegłych

Dokonanie identyfikacji indywidualnej jest możliwe tylko wtedy, gdy na podstawie unikalnych cech jednostkowych można stwierdzić, że określony obiekt pozostawił analizowany ślad¹⁸. W przypadku badań genetycznych o identyfikacji indywidualnej można mówić tylko wtedy, gdy dokona się sekwencjonowania całych dwóch genomów i będą one zgodne. Jak dotąd, jest

¹⁸ Z. Czeczot, T. Tomaszewski, Kryminalistyka..., *op. cit.*, s. 215.

to proces długotrwały, chociaż możliwy do wykonania. Standardowo nie jest stosowany w praktyce sądowej. Tożsamość profili DNA oznacza, że po wykonaniu badań stwierdzono występowanie tych samych cech w biologicznym materiale dowodowym i w materiale referencyjnym. Rezultat badań genetycznych zapisany w postaci liczbowej jest jednak bez znaczenia, jeśli nie zostanie on przeanalizowany statystycznie. Głównym punktem takiej analizy jest określenie szansy, z jaką dany układ cech biologicznych powtórzy się w grupie osób zamieszkujących określony region. Konstrukcja opinii zawiera niezbędny element oszacowanej niepewności. Jest to główny powód, który powoduje, że konkluzje biegłego z zakresu badań genetycznych nie mają charakteru kategoryczności.

Przykład wniosku z opinii biegłego, na podstawie którego dokonano identyfikacji indywidualnej w oparciu o zmienne markery genetyczne zlokalizowane na chromosomach autosomalnych, obrazuje następująca konkluzja: „Z badanej próbki wyizolowano męski DNA o profilu zgodnym z układem alleli DNA osoby, od której pobrano materiał porównawczy. Prawdopodobieństwo powtórzenia się takiego profilu DNA u przypadkowej, niespokrewnionej osoby z populacji wynosi $1,3 \times 10^{-21}$. Jest zatem $7,69 \times 10^{20}$ razy bardziej prawdopodobne uzyskanie zgodnego profilu DNA, przy założeniu, że prawdziwa jest hipoteza, iż badany ślad pochodzi od oskarżonego (podejrzanego), niż uzyskanie tego samego wyniku, jeśli ustalona zgodność jest jedynie dziełem przypadku”.

Praktyka pokazuje, że często konieczna jest odpowiedź na pytanie, czy ślady biologiczne, pozostawione na miejscu popełnienia różnych przestępstw (oddzielonych od siebie okresem czasu i lokalizacją), pochodzą od tego samego człowieka. Jeśli w wyniku porównania profili DNA śladów kryminalistycznych biegły stwierdzi, iż występuje taki sam układ cech polimorficznych, to wtedy konieczna staje się interpretacja statystyczna otrzymanych rezultatów. Określenie prawdopodobieństwa dwóch hipotez alternatywnych opisujących możliwość pochodzenia zabezpieczonych śladów od jednej bądź od wielu osób jest istotną informacją, często wykorzystywaną przez organy ścigania, która pozwala na domniemanie, że podejrzany ma związek np. z kilkoma popełnionymi czynami zabronionymi. Ważne jest przyjęcie założenia oraz jego weryfikacja, że osoba ta nie ma blisko spokrewnionego członka rodziny, niewykluczonego z kręgu osób podejrzanych.

Wykluczenie (identyfikacja negatywna) w opiniach biegłych

Identyfikacja negatywna to stwierdzenie, że porównywane ze sobą cechy badanego obiektu nie wykazują zgodności. Konsekwencją ich braku jest wykluczenie pochodzenia śladu z jednego źródła (osoby lub przedmiotu). Jeśli po wykonaniu badań laboratoryjnych uzyskano profile DNA (z próbki pobra-

nej z materiału dowodowego i porównawczego) które różnią się wzajemnie, wskazuje to, że materiał biologiczny, zabezpieczony w toku czynności procesowej, nie pochodzi od osoby, od której pobrano materiał porównawczy. Należy wspomnieć, że spełniony musi zostać warunek konieczny minimalnej liczby różnicującej, biorąc pod uwagę naturalny proces mutagenezy. Wydaje się, że decydenci procesowi mniejszą wagę przykładają do opinii biegłych, w których podejrzany bądź oskarżony został wykluczony, w porównaniu z naukowym środkiem dowodowym, którego konkluzja pozwala zaliczyć opinię do identyfikujących pozytywnie¹⁹. Tego rodzaju opinie mają znaczenie przy odtwarzaniu przebiegu procesu popełniania przestępstw. Jeśli *modus operandi* sprawców było zbliżone, to brak zgodności cech w profilach DNA pokazuje, że materiał biologiczny nie pochodzi od jednej osoby. Jest to istotna wskazówka dla organu procesowego, która warunkuje podjęcie stosownych decyzji, przy założeniu, że materiał dowodowy pochodzi od rzeczywistych sprawców popełnionych przestępstw, a nie jest tylko materiałem do eliminacji. W przypadku identyfikacji negatywnej wniosek opinii biegłego mógłby brzmieć np. tak: „Z badanej próbki wyizolowano męski DNA o profilu niezgodnym z układem cech osoby, od której pobrano materiał porównawczy. Oznacza to, iż analizowany profil DNA nie pochodzi od osoby, od której pobrano materiał porównawczy”.

Opinia biegłego w sprawach identyfikacji NN zwłok i szczątków ludzkich

W sprawach, których celem jest identyfikacja NN zwłok i szczątków ludzkich, materiałem porównawczym są najczęściej próbki materiału biologicznego pobranego od osób, które są prawdopodobnie spokrewnione z osobą, której zwłoki lub szczątki zostały ujawnione. Należy podkreślić, że profile DNA potencjalnych krewnych charakteryzują się odmiennym zestawem cech polimorficznych zlokalizowanych na chromosomach autosomalnych, co bezpośrednio wynika z prawa niezależnego dziedziczenia się układów genetycznych. W tej sytuacji profile DNA poddaje się statystycznej analizie przy wykorzystaniu odpowiednich programów komputerowych. Wynik analizy stanowi podstawę do udowodnienia, że poddana badaniu próbka pobrana z NN zwłok i szczątków ludzkich może pochodzić (lub nie) od osoby spokrewnionej z członkami rodziny, od których pobrano materiał porównawczy²⁰. Jeśli odpowiednie warunki zostaną spełnione, biegły dokona identyfi-

¹⁹ *Ibidem*, s. 217.

²⁰ D. W. Gjerdtson, C. H. Brenner, M. P. Baur, A. Carracedo, F. Guidet, J. A. Luque, R. Lessig, W. R. Mayr, V. L. Pascali, M. Prinz, P. M. Schneider,

kacji pozytywnej. Jeśli jednak zastosować klasyczną definicję identyfikacji indywidualnej, opisującej proces jako jednoczesne stwierdzenie obecności takich samych cech w badanej substancji biologicznej i materiale referencyjnym, to biegły, wydając pozytywną opinię w oparciu o istniejące różnice, popełniłby błąd²¹. Literalne rozumienie tego pojęcia doprowadziłoby do wniosku, że nie jest możliwe dokonanie identyfikacji pozytywnej, mimo iż stwierdzono występowanie cech biologicznych, które są złożeniem alleli pochodzących od osób spokrewnionych z NN zwłokami. Stąd też w tego typu badaniach konieczne staje się posługiwanie się terminologią, która odnosi się do wyniku procesu badawczego, sprowadzającego się do stwierdzenia tożsamości, identyczności osób, rzeczy oraz śladów²². W definicji tej nie są określone szczegółowe warunki, jakimi muszą odznaczać się badane cechy (ich tożsamości czy występowania różnic). Większa uniwersalność definicji jest niezwykle istotna, ponieważ w badaniach genetycznych ekspertyza jest wydawana przez biegłego na podstawie jednoczesnej analizy różnic i podobieństw, jakie występują w profilach DNA próbki pobranej z zwłok o nieustalonej tożsamości i osób potencjalnie spokrewnionych z ofiarą. Dzięki zastosowaniu powyższej definicji, koncentrującej się na wyniku procesu badawczego, nie wystąpią problemy interpretacyjne, ale tylko w wypadku możliwości zbadania najbliższych krewnych, tzn. dzieci, żony, matki czy ojca. Po analizie statystycznej możliwe staje się określenie, jaka jest szansa hipotezy, że inne przypadkowe, niespokrewnione osoby z populacji z dawcami materiału porównawczego mogą być członkami rodziny identyfikowanych NN zwłok. W zależności od częstości występowania alleli w populacji, wzajemnego stosunku pojawiania się układów heterozygotycznych i homozygot w profilu DNA identyfikowanej osoby oraz od stopnia pokrewieństwa dawców materiału porównawczego (rodzice, rodzeństwo, kuzyni) uzyskiwana jest różna wartość współczynnika szansy pokrewieństwa. Należy podkreślić, że im dalsze pokrewieństwo, to istotnie wzrasta liczba kombinacji alleli, a tym samym zmniejszeniu ulega wartość podobieństw w profilach DNA. Tym samym szansa hipotezy, że jest to osoba zaginiona, zmniejsza się w stosunku do wniosków opinii, gdzie analizowano materiał biologiczny pochodzący od osób najbliższej spokrewnionych z zaginionym. Aby uniknąć sytuacji braku możliwości identyfikacji osoby zaginionej, konieczne staje się poszukiwanie możliwie dużej liczby dalszych krewnych i wykonanie dodatkowych analiz pokrewieństwa. Dopiero zestawienie wszystkich rezultatów,

N. Morling, ISFG: Recommendations on biostatistics in paternity testing, Forensic Science International: Genetics 2007, nr 1.

²¹ T. Hanausek, Kryminalistyka..., *op. cit.*, s. 47.

²² Z. Czeczot, T. Tomaszewski, Kryminalistyka..., *op. cit.*, s. 213.

porównanie ich i oszacowanie zbiorczej wartości prawdopodobieństwa pozwoli na wyciągnięcie stosownego wniosku identyfikacyjnego²³.

W przypadku identyfikacji NN zwłok i szczątków ludzkich niezwykle istotnym etapem jest oznaczenie płci w oparciu o badania genetyczne. Stwierdzenie, czy materiał biologiczny należy do kobiety albo do mężczyzny jest pierwszym krokiem pozwalającym na podjęcie decyzji o przebiegu procesu identyfikowania. Jeśli osoba zaginiona jest mężczyzną i jednocześnie wyniki badań genetycznych odnalezionych zwłok potwierdzają płęć męską, to wtedy kolejnym etapem jest oznaczenie haplotypu DNA w genetycznych układach polimorficznych zlokalizowanych w chromosomie Y (występującym u mężczyzn). Sposób dziedziczenia się tego typu cech, zmiennych z pokolenia na pokolenie (bez istotnego zjawiska rekombinacji, tylko w linii męskiej), jest przydatny podczas procesu identyfikacji. Jeśli biegły stwierdzi, że pomiędzy haplotypami DNA z próbki pobranej ze zwłok i materiału porównawczego pobranego od mężczyzn z domniemanej rodziny osoby poszukiwanej istnieje zgodność, to jest to przesłanką pozytywną dla tezy o istnieniu pokrewieństwa. Istotna jest tu także możliwość zajścia mutacji podczas wytwarzania komórek rozrodczych. Dzieje się to średnio 1 na 1000 podziałów komórkowych w przypadku markerów rutynowo stosowanych w laboratoriach sądowych. Kolejnym etapem badań będzie analiza profili DNA wysoce zmiennych układów polimorficznych, zlokalizowanych w chromosomach autosomalnych. Po uzyskaniu wyników i zastosowaniu odpowiednich parametrów statystycznych możliwe staje się wydanie opinii. W przypadku identyfikacji NN zwłok, gdy do badań dostarczono materiał porównawczy pochodzący od biologicznej matki i ojca, wartości prawdopodobieństwa, iż zaginiona osoba jest ich dzieckiem, jest zbliżona do jedności i często przyjmuje wartość około 0,99999998. W takiej sytuacji wniosek opinii biegłego ma postać identyfikacji indywidualnej. Według wytycznych Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii prawdopodobieństwo *a posteriori* powinno bowiem wynosić 99,9999%.

Podczas procesu identyfikacji NN zwłok lub szczątków ludzkich możliwa jest sytuacja alternatywna do opisywanej powyżej, to znaczy brak pokrewieństwa genetycznego. Jeśli w toku badań genetycznych uzyskany zostanie profil DNA i po wykonaniu jego analizy z zastosowaniem narzędzi matematycznych biegły stwierdzi, że nie jest możliwy przepływ cech polimorficznych pomiędzy osobami, od których został pobrany materiał porównawczy, a NN zwłokami lub szczątkami, to wtedy, w sposób kategoriyczny, wykluczone zostaje istnienie pokrewieństwa, co w praktyce oznacza, iż identyfikowane zwłoki nie należą do osoby, która była członkiem poddanej badaniu ro-

²³ Lesson Learned from 9/11: DNA identification in mass fatality incidents, President's DNA initiative, September 2006; <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/214781.pdf>.

dziny. Opinia ma wtedy charakter kategorycznej identyfikacji negatywnej, co obrazuje następujący wniosek, który sformułowano w oparciu o zmienne układy genetyczne zlokalizowane na chromosomach autosomalnych: „W wyniku analizy uzyskanych wyników badań genetycznych stwierdzono, że istnieje kombinacja alleli, z której wynika, iż mężczyzna, którego profil DNA określono w próbkach pobranych z NN zwłok, może być ojcem XY z prawdopodobieństwem wynoszącym 0,9999994. Założenie, że osoba ta jest ojcem XY jest 1 707 295 razy bardziej prawdopodobne, niż gdyby przyjąć, że jest nim inny, przypadkowy i niespokrewniony mężczyzna z populacji”.

Wnioski

Badania DNA są powszechnie stosowanym narzędziem wykrywczym. Ustalenie zgodności układów cech polimorficznych DNA jest niewystarczające, jeśli nie towarzyszy jej dowód w formie obliczeń statystycznych. Pomińmy, iż wywody biegłego nie mogą mieć charakteru kategorycznego (ze względu na konieczność obliczenia parametrów statystycznych odnoszących się do prawdopodobieństwa), to jednak konkluzja opinii pozwala na dokonanie identyfikacji indywidualnej człowieka z bardzo wysokim prawdopodobieństwem. Na podstawie poczynionych powyżej rozważań uprawniony jest pogląd, że analiza cech polimorficznych DNA dobrze wpisuje się w definicję kryminalistyki, według której jest to nauka o procesie indywidualizacji²⁴.

Genetic testing expert opinions

Abstract

A statistical analysis of genetic test results is of key importance to the test interpretation. The estimation of the likelihood that the same genetic marker set repeats in another unrelated person from the population, and calculation of a likelihood ratio for two alternative hypotheses both add objectivity and credibility to DNA-based identification evidence. This paper reviews interpretation methods for genetic tests, while providing a synthetic analysis of concepts which are widely used in criminal science and refer to identification of humans.

²⁴ W. I. E v e t t, B. S. W e i r, *Interpreting DNA evidence, Statistical Genetics for Forensic Scientists*. Sinauer Associates, Inc. Sunderland, Massachusetts 1998, s. 240–241.

RECENZJE

Brunon Hołyst

Książki Hansa Joachima Schneidera, Kryminologie. Ein Internationales Handbuch, Band 1: Grundlagen (Kryminologia. Podręcznik międzynarodowy, t. I: Podstawy), Wydawnictwo de Gruyter, Berlin–Boston 2014, s. 572

Autor w tomie pierwszym omówionego dzieła stara się wciągnąć niemiecką kryminologię do nurtu światowego, reprezentowanego przez kryminologię anglojęzyczną, głównie amerykańską. W trzech częściach pracy próbuje on zamknąć powstałą międzynarodową, socjalstrukturalną i procesową lukę w tym obszarze zagadnień, a więc:

- Pierwsza została poświęcona omówieniu – na podstawie najnowszych kryminologicznych badań teoretycznych i metodycznych – podstaw kryminologii z uwzględnieniem historycznych korzeni współczesnego kryminologicznego myślenia i literatury przedmiotu.
- Druga część obrazuje – w szczególności w oparciu o najnowsze, międzynarodowe badania ciemnej liczby przestępczości (badania ankietowe na temat stawania się sprawcą i ofiarą) – obecny stan przestępczości w świecie. Ważne formy przestępczości, jak: związana z przemocą, seksualnymi nadużyciami wobec dzieci, czy przestępczość zorganizowana pozwalają na wykrycie społeczno-strukturalnych i procesowych przyczyn przestępczości.
- Trzecią część poświęcono – opartym głównie na empirycznych i eksperymentalnych dowodach – działaniom prewencyjnym i programom postępowania ze sprawcami i ofiarami, aktualnie stosowanym bądź wypróbowywanym w świecie.

Wszystkie wywody autora z trzech części dzieła opierają się nie tylko na literaturze (30 czasopism kryminologicznych bądź znajdujących się w pobliżu kryminologii), ale także na rezultatach dyskusji z profesorami, jak i studentami, poznanymi w trakcie wielu wykładów w Instytucie ONZ, na uniwersytetach, np. w Tokio czy Pekinie, oraz w Instytucie Kryminologicznym w Canberze (Australia).

Podstawy międzynarodowej kryminologii

Kryminologia jako samodzielna nauka społeczna opiera się na 4 zasadach:

1. Historii, która nadaje jej sensowne treści i wgląd w różne koncepcje.
2. Międzynarodowych porównaniach, stanowiących jej istotną metodę (w płaszczyźnie narodowej nie może się ona rozwijać). Międzynarodowa sekcja American Society of Criminology – ASC ma coraz większe znaczenie a European Society of Criminology – ESC szczególnie pielęgnuje i docenia międzynarodowe badania porównawcze.
3. Istotę kryminologii stanowi jej interdyscyplinarność: socjologia, psychologia i psychologia społeczna stanowią rdzeń kryminologii współczesnej.
4. Kryminologia międzynarodowa wychodzi z założenia, że istnieje obiektywna rzeczywistość oddzielona od percepcji tych, którzy ją obserwują. Obcy jej jest konstruktywizm, utrzymujący, że przestępstwo nie jest realne, lecz jedynie jako czyn popełniany przez człowieka.

Międzynarodowa kryminologia rozwija się głównie dzięki dyskusjom na zjazdach międzynarodowych stowarzyszeń kryminologicznych, na których prezentowane są nowe: teoretyczne, metodologiczne i kryminalno-polityczne koncepcje.

Autor przedstawił trzy tego rodzaju stowarzyszenia o największym znaczeniu dla rozwoju międzynarodowej kryminologii:

- Międzynarodowe Stowarzyszenie Kryminologiczne (*Societe Internationale de Criminologie* – SIC),
- Ogólnoświatowe Stowarzyszenie Wiktymologiczne (*World Society of Victimology* – WSV),
- Amerykańskie Stowarzyszenie Kryminologiczne (*American Society of Criminology* – ASC).

Omówił ich zadania, cele i historię oraz aktualną działalność. I tak, Międzynarodowe Stowarzyszenie Kryminologiczne utworzone w Rzymie w 1938 r. postawiło sobie za cel stworzenie forum dla kryminologów świata, by w ten sposób móc informować zarówno specjalistów, jak i szeroką opinię publiczną poprzez światowe kongresy i międzynarodowe kursy, a także przez wydawnictwa donoszące o nowościach w dziedzinie kryminologii. Kongresy te

wcześniej odbywały się co 5 lat, obecnie zaś co 3 lata, zaś wydawnictwo „Annales Internationales de Criminologie” ukazuje się od 1951 r. w językach: angielskim, francuskim i hiszpańskim. Zdaniem Autora kongresy międzynarodowe poświęcone kryminologii powinny odbywać się corocznie, gdyż tylko one umożliwiają permanentną wymianę myśli i wyników badań. Mankamentem jest również to, że kryminologiczne dyskusje prawie całkowicie przeniosły się na teren amerykańskiej kryminologii.

Z kolei, Światowe Stowarzyszenie Wiktymologiczne zostało powołane w celu wzmocnienia pozycji ofiary przestępstwa w badaniach kryminologicznych, nauce i polityce karnej. Do zadań Stowarzyszenia zalicza się m.in.:

- zwiększenie ujawniania ukrytych wiktyimizacji,
- poprawę prewencji i postępowania wobec ofiar przestępstw, w tym badanie ciemnej liczby przestępczości,
- wspieranie postępowania mediacyjnego zamiast karnego itp.

Wiktymologia w zakresie polityki wobec ofiar prewencji i kontroli sformułowała propozycje ważne na przyszłość, jak na przykład: tzw. restauratywną sprawiedliwość, polegającą na pomocy ofiarom, społeczeństwu i sprawcom w przezwyciężeniu szkód wynikłych z wiktyimizacji. Poprzez badania wiktyimizacji, teorie przyczyn itp. – wiktymologia przyczyniła się istotnie do unowocześnienia kryminologii i opracowania zaleceń ONZ, Rady Europy i Rady UE w zakresie odszkodowań dla ofiar, wzmocnienia ich roli w procesach itp.

Wiele uwagi poświęcił autor Amerykańskiemu Stowarzyszeniu Kryminologicznemu (*American Society of Criminology* – ASC), które jest międzynarodowym, interdyscyplinarnym Stowarzyszeniem, wspierającym naukę i badania w instytutach akademickich i praktykę w systemie wymiaru sprawiedliwości w zakresie kryminologii. Jego działalność to organizowanie corocznych kongresów oraz prowadzenie wydawnictwa 2 czasopism: „Criminology: An Interdisciplinary Journal” i „Criminology and Public Policy” (od 2001 r.).

Sześć sekcji Stowarzyszenia: „Corrections and Sentencing”, „Critical Criminology”, „Experimental Criminology”, „International Criminology”, „People of Color and Crime” i „Women and Crime” również wydaje wiele tytułów, jak: „Critical Criminology”, „Feminist Criminology”, „International Journal of Comparative and Applied Justice”, „Race and Justice”.

Od lat 60. ubiegłego wieku kryminologia dzięki corocznym kongresom ASC rozwinęła się jako samodzielna nauka społeczna, zajmująca się badaniem stawania się sprawcą bądź ofiarą i reagowaniem na to w ramach społecznych procesów.

Amerykańska kryminologia obecnie jest interdyscyplinarna, bowiem obejmuje koncepcje psychologiczne, socjologiczne i społeczno-psychologiczne i uwzględnia kryminalno-geograficzne oraz kryminalno-ekologiczne punkty widzenia. Natomiast psychiatria i prawo karne odgrywają w niej podrzędną rolę. Prawie wszystkie teoretyczne, metodyczne i kryminalno-

polityczne innowacje w kryminologii XX wieku i I dziesięciolecia XXI wieku zostały opracowane i przygotowane w ASC.

Amerykańska kryminologia poprzez coroczne kongresy wywarła ogromny wpływ nie tylko na kryminologię anglojęzycznych państw, ale również na powstanie Europejskiego Stowarzyszenia Kryminologicznego (*European Society of Criminology* – ESC). Anglojęzyczna kryminologiczna literatura (czasopisma i książki) stanowi obecnie 2/3 światowej literatury w tym zakresie.

Europejskie Stowarzyszenie Kryminologiczne

Stowarzyszenie to zostało utworzone w 2000 r. w Hadze, ale z siedzibą w Cambridge (Wlk. Brytania), wzorując się w pełni na ASC. Stąd charakteryzuje go organizacja kongresów w różnych częściach Europy, coroczna zmiana prezydencji, pełna swoboda tematyczna referatów itp. Stowarzyszenie to powstało w celu wspierania europejskich badań kryminologicznych, jak i rozwoju naukowego. Rozwinęło się ono zwłaszcza w 1 dekadzie XXI wieku, o czym świadczy liczba uczestników kongresów dorocznych wynosząca od 330 do 700 osób oraz liczba referatów – od 220 do 560. W 2009 r. liczyło ono 831 członków z 49 krajów (najwięcej z Wlk. Brytanii – 184, Niemiec – 69, USA – 69, Belgii – 59, Szwajcarii – 31, Włoch – 38, Hiszpanii – 34).

Do ważnych rodzajów badań w europejskiej kryminologii należą m.in.:

- międzynarodowe przeglądy wiktylizacji, umożliwiające porównania przestępczości w poszczególnych europejskich krajach
- badania prewencyjne oparte na dowodach empirycznych
- europejskie, kryminalno-polityczne badania karalności w oparciu o społeczno-strukturalne przyczyny europejskiej polityki karania i inne.

Wiele uwagi Autor poświęcił rozwojowi międzynarodowej, europejskiej i azjatyckiej kryminologii („UN Asia and Far East Institute for Prevention of Crime and the Treatment of Offenders” w Tokio, Japonia), zwłaszcza aktualnej sytuacji w tym zakresie z uwzględnieniem historii. Oparcie się w interpretacji na oficjalnych statystykach przestępczości jest jego zdaniem niewystarczające. Konieczne są: badanie ciemnej liczby przestępczości, badania przeglądowe wiktylizacji, badania ankietowe ludności, która stała się ofiarami, jak i badania sprawców.

Teoretyczna kryminologia jest kamieniem węgielnym zarówno europejskiej, jak i międzynarodowej kryminologii. Teorie muszą być jednak potwierdzone badaniami empirycznymi. Na przykład: dla społeczno-strukturalnych teorii, jak teoria kolektywnej efektywności, wielkie znaczenie mają takie instytucje, jak: rodzina, szkoła, kościół.

Teorie społecznego procesu, z kolei, nie znają dziedziczenia predyspozycji kryminalnych i opierają się raczej na umiejętnościach naśladowania

i uczenia się przestępnych zachowań, postaw itd. Z kolei kierunki uboczne krytycznej kryminologii zajmują około 10% europejskiej i międzynarodowej kryminologii.

W europejskiej jak i międzynarodowej kryminologii obecnie przedmiotem dyskusji są takie kryminalno-polityczne problemy, jak:

- sprzeciw wobec masowego stosowania kary pozbawienia wolności, gdyż sprzyja to recydywie;
- tradycyjna teoria odstraszenia za pomocą wysokich kar nie jest uważana za skuteczną;
- restauratywna sprawiedliwość zalecana szczególnie dla młodocianych;
- dostosowanie programów działania do stylu i okoliczności życia sprawców.

Rozwój niemieckojęzycznej kryminologii

Po obszernym przedstawieniu rozwoju tej kryminologii, zwłaszcza w XX wieku, Autor szczegółowo zajął się problematyką socjologii kryminalnej, psychoanalizy i biologii kryminalnej, przytaczając w tych zakresach opinie wielu autorów, jak: Artur Adler, Gotthold Böhne, Hans Gross, Ernst Seelig i inni, nie pomijając okresu narodowego socjalizmu (1933–1945).

Nieco uwagi poświęcił on również socjalistycznej kryminologii z lat 1949–1990, rozwiniętej w NRD i opartej na ideologii komunistycznej. Jak istotny dla Niemiec był ten problem, świadczy fakt, że w drugiej połowie lat 90. ubiegłego wieku porównaniem wiktylizacji w Niemczech wschodnich i zachodnich zajął się Instytut Maxa Plancka we współpracy z Federalnym Urzędem Kryminalnym. Późniejsze badania wiktylizacji w obu częściach Niemiec wykazały niewielką różnicę w postaci mniejszego nasilenia przestępczości i strachu przed przestępczością w NRD, co tłumaczono ograniczoną mobilnością ludności oraz siecią represyjnych kontroli w zakresie bezpieczeństwa w tej części Niemiec.

Wiele uwagi poświęcił autor obecnej sytuacji w kryminologii niemieckojęzycznej. W 2000 r. europejska kryminologia doznała przełomowego zwrotu wraz z utworzeniem Europejskiego Stowarzyszenia Kryminologicznego, wzorującego się na amerykańskim ASC. Obecną sytuację w niemieckojęzycznej kryminologii można określić jako przejściową od zorientowanej na sprawcę – a więc charakteryzującej się wieloma czynnikami osobowymi – do społeczno-naukowej kryminologii, reprezentowanej m.in. przez H. J. Schneidera. Inni autorzy mieli w tej kwestii inne poglądy, na przykład Hans Dieter Schwind, uważający kryminologię za interdyscyplinarną „siostrzaną” naukę dla prawa karnego. Odmienne wypowiada się także Bernd-Dieter Meier, według którego kryminologia to nauka zajmująca się przestępczością jako

zjawiskiem społecznym. Ukierunkowaną na sprawcę i jego cechy kryminologię propaguje też Michael Bock w swoich podręcznikach z 2007 i 2008 r.

Kryminologia w ostatnich 10-leciach osiągnęła największy rozwój. Do kryminologii w szerokim sensie zaliczany jest obecnie wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych, dający wgląd w praktykę (Travis 2012). Kryminologia w wąskim zakresie obejmuje dziedziny fenomenologii kryminalnej, etologii i polityki karnej. Dla uniknięcia zamieszania wymiar sprawiedliwości należałoby traktować ją jako odrębną dyscyplinę (Siegel 2013). W niemieckojęzycznym obszarze nie jest to przestrzegane. W skali międzynarodowej natomiast odróżnia się „Criminal Justice” i „Criminology”. W skali światowej w kryminologii wyodrębniają się kierunki:

- kryminologia jako nauka społeczna (*Mainstream Criminology*),
- kryminologia krytyczna z licznymi kierunkami,
- ukierunkowana na sprawcę psychopatologia, występująca głównie w zakresie psychiatrii sądowej.

W niemieckojęzycznej przestrzeni występuje ponadto kryminologia jako prawno-karna nauka rzeczywista (*Kriminologie als strafrechtliche Wirklichkeitswissenschaft*) – rzadko spotykana za granicą.

W tym obszarze obok publikacji H. J. Schneidera zajmują się kryminologią jako nauką społeczną podręczniki F. Neubachera (2011), M. Killiara, A. Kuhna i Marcela F. Aebiego.

Kryminologia krytyczna

Jak wspomniano wyżej, około 10% kryminologów można zaliczyć do zwolenników kryminologii krytycznej. Istnieje w świecie współdziałanie kryminologii krytycznej ze społeczno-naukową. Podkreśla się ich cechy wspólne, jak: odrzucenie koncepcji przestępcy jako zupełnie różnej od nieprzestępcy i odmowa zaufania dla samego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych przy zbieraniu danych dla badań kryminologicznych. Krytyczni kryminolodzy świadomie dystansują się od kryminologów głównego nurtu, a zwłaszcza od ich pretensji do bycia obiektywnymi.

Łączy ich teoria przyczyn przestępczości: przypisują oni główną rolę nierówności siły (mocy) jako sprawcy przestępczości (Friedrichs 2010; De Keseredy/Drągiewicz 2012). Nierówny podział sił bądź środków materialnych występuje we wszystkich teoriach, jak: teorie konfliktów klasowych, płciowych, rasowych czy etnicznych. Niemieckojęzyczna krytyczna kryminologia mniej interesuje się przyczynami przestępczości, a bardziej zainteresowana jest reakcją na przestępczość.

Na niemieckojęzyczną kryminologię duży wpływ wywarła biologia kryminalna i psychopatologia w wydaniu Cesare Lombroso. Podczas gdy w ame-

rykańskiej kryminologii przywiązuje się wielką wagę do stawiania się sprawcą i ofiarą, to w niemieckiej kładzie się głównie nacisk na osobowość sprawcy, jego najbliższe środowisko oraz biospołeczne i psychospołeczne różnice między przestępcami a nie-przestępcami. Przestępcy należą do kategorii ludzi, którzy – przez dziedziczone przestępne cechy i psychopatologiczne anomalie – różnią się od normalnych ludzi.

Międzynarodowa kryminologia jako nauka społeczna

Autor podkreśla wiodącą rolę amerykańskiej kryminologii w II połowie XX wieku i I dekadzie XXI wieku. Już w pierwszych 10 kongresach „American Society of Criminology” (ASC) w XXI wieku podwoiła się liczba uczestników tych kongresów od tego w Atlancie (Georgia) w 2001 r., w którym uczestniczyło 2000 osób, do 4000 biorących udział w kongresie USC w San Francisco w 2010 r. Trzeba uwzględnić fakt, że kongresy ASC odbywają się co roku, podczas gdy światowe (*Societe Internationale de Criminologie*) co 3 lata. Różnorodność diskutowanych tematów, liczba i jakość referatów oraz udział w kongresach młodych kryminologów z całego świata i bogate piśmiennictwo kryminologiczne (czasopisma i książki) sprawiają, że większość kryminologów – także z krajów azjatyckich, południowoamerykańskich i afrykańskich – kształci się w USA, co wpływa na obraz kryminologii międzynarodowej w decydujący sposób.

Autor obszernie omówił obecną sytuację w kryminologii międzynarodowej i europejskiej, podkreślając znaczenie tzw. chicagowskiej szkoły w latach 1920–1940 i rolę Edwina H. Sutherlanda w rozwoju społeczno-psychologicznej teorii poznawania kryminalnych zachowań. Jego zdaniem przestępcy nie stanowią osobników psychicznie anormalnych i nie cierpią na zaburzenia osobowości. Uczą się oni przestępnych zachowań na podstawie aspołecznych sposobów zachowania i wyobrażeń wartości. Sutherland jest autorem koncepcji „przestępczości białych kołnierzyków”. Zawodowi i gospodarczy przestępcy nie są psychopatami, a ich czyny wynikają ze złych struktur społecznych i procesów zachodzących w gospodarce i ich przedsiębiorstwach.

Amerykańska kryminologia pozostaje pod dużym wpływem psychoanalizy. Według Augusta Aichhorna (1935) przestępczość powstaje w sytuacji niezdolności psychospołecznej osób rozwiązywania prospołecznych konfliktów psychicznych. Z kolei Albert J. Reiss (1951) przyczyny przestępczości widzi w braku społecznych i wewnętrznych psychicznych mechanizmów kontrolnych. Według Tralisa Hirschi’ego (1969) przestępczość jest rezultatem niedostatecznych psychospołecznych powiązań.

Międzynarodowa i europejska kryminologia ma większy zakres przedmiotowy niż przygotowanie i stosowanie ustawodawstwa w sprawach karnych bądź krytyka wymiaru sprawiedliwości. Jest ona nie tylko podstawą prawa

karnego, ale samodzielna nauka społeczną, której centrum stanowi wiktymologia (Barkan 2012). W ramach polityki karnej kryminologia ta zajmuje się prewencją i formalną oraz nieformalną społeczną kontrolą przestępczości, którą rozumie jako procesy społeczne, w których uczestniczą sprawcy, ofiary i społeczeństwo. Do kryminologii jako nauki społecznej należy też kryminologia krytyczna, która sprawdza teoretyczne i metodyczne koncepcje co do ich trwałości i proponuje alternatywy. Nie można pominąć również tzw. popularnej kryminologii (*Public Criminology*), która informuje społeczeństwo o wynikach badań kryminologicznych, a to w celu zaktywizowania sił społecznych do zapobiegania i zwalczania przestępczości (Ugger 2010). Ten rodzaj kryminologii powstał w I dekadzie XXI wieku w USA i Wlk. Brytanii (Loader, Sparks 2010, 2011), by nie tylko rząd i mass media, ale też opinię publiczną informować o stanie wiedzy i argumentacji kryminologicznej.

Autor przedstawił też kierunki rozwoju międzynarodowej i europejskiej kryminologii w dwu pierwszych dekadach XXI wieku, w tym społeczno-strukturalne teorie, teorie związane z procesami społecznymi i tzw. teorie sytuacyjne. Wśród tych pierwszych zwrócił uwagę na teorię społecznej dezorganizacji (Shaw, McKay 2011), rozwijającą się ku teoriom kolektywnej efektywności najsilniej empirycznie wspieranym, a odnoszącym się głównie do grup pokrzywdzonych ubóstwem, rozbitymi rodzinami, brakiem mieszkań i związanych z imigracją. Według teorii dotyczących procesów społecznych przestępczość powstaje nie wskutek predyspozycji osób do niej, lecz w rezultacie nauczania się takich zachowań przez naśladownictwo. W ten sposób kształtują się także negatywne postawy, pojęcia wartości itp.

Z kolei teorie sytuacyjne wiążą się z kontaktami osób z środowiskami przestępczymi: sprawcy są zwykle zmotywowani, a ofiary podatne są na wiktymizację i nie są należycie chronione.

Psychologia kryminalna

Autor podkreślił zasługi psychiatry Gustawa Aschaffenburga dla tej dziedziny (ponad 250 prac naukowych) i jego wpływ na amerykańską kryminologię. Na jego podręczniku „Crime and its Repression” z 1913 r. opierało się wielu znakomitych kryminologów (ponowny nakład w 1968 r.), np. Sutherland, Cressey, Luckenbill. Właśnie oni uznali psychologię kryminalną za bardziej niż biologiczną – naukę społeczną. Obecnie jest ona rozwijana zarówno przez socjologów (Ronald L. Akers, Travis Hirschi), jak i psychiatrów (Rolf Loeber) oraz psychologów (David P. Farrington, Clive R. Hollin). Autor omówił kilka psycho-dynamicznych teorii w ramach psychoanalitycznej kryminologii i potwierdził, iż dzisiejsza „Mainstream Criminology” odnosi się do nich sceptycznie; zwłaszcza wątpi się co do jej empirycznej ważności (Curran, Renzetti 2001). Cechy psychoanalityczne nie mogą być sprawdzone empi-

rycznie, ponieważ są one ukryte głęboko w nieświadomości sprawcy (Akers, Sellers 2009).

Teorie biopsychologiczne również – zdaniem autora – straciły obecnie na znaczeniu, bowiem kondycję człowieka nie określają same warunki biologiczne.

Kognityjno-społeczną teorię nauczania sformułował (1947) Edwin H. Sutherland. Według niej człowiek uczy się przestępnego zachowania poprzez kontakt z wzorcami przyjaznymi przestępczości. Zgodnie z najnowszą koncepcją indywidualny proces nauczania przebiega na tle społecznego, gdyż żaden czynnik przestępczego zachowania nie jest tak silny, jak bycie razem z rówieśnikami. Teoria ta potwierdziła się w szeregu meta analiz.

Z kolei teoria kontroli Hirschi'ego jest od 25 lat najczęściej dyskutowana i sprawdzana. Krytykowane jest w niej to, że społeczne powiązania stanowią cechę dychotomiczną: nie uwzględnia ona jakości i ilości różnych stopni powiązania społecznego ani ich zmian z wiekiem. Również teoria samokontroli, stanowiąca rozwinięcie teorii społecznych powiązań, jest krytykowana, jako że niska samokontrola lub jej brak oznacza powstanie skłonności do przestępczości.

Terence P. Thornberry (2010) rozwinął teorię procesu interakcyjnego, stwierdzając, że główne czynniki przyczynowe, jak sympatia i przywiązanie do innych ludzi, nie są statyczne, lecz dynamiczne, i ulegają zmianom w ciągu życia jednostki. Stąd przestępcy nie tylko ulegają wpływom środowiska, ale też oddziałują na nie. Początkowo słabe powiązania społeczne mogą prowadzić do silnych uwikłań w przestępczość. Wiele uwagi poświęcił autor także innym, teoriom jak nieformalna społeczna kontrola, oraz zwrócił uwagę na punkty zwrotne w przestępczej działalności konkretnych osób – np. uzyskanie pracy, zawarcie małżeństwa, wcielenie do wojska itp.

Kryminologiczne badanie ofiar (wiktymologia)

Przestępstwo jest nie tylko zdarzeniem. Przestępczość to nie samo zachowanie ludzkie, ale też proces społeczny, w który włączeni są: sprawca, ofiara i społeczeństwo. Kryminologiczne badanie ofiar obejmuje więc badanie stawiania się ofiarą i reakcję na to jako proces interakcyjny, zaś wiktymologia jest szczególną dyscypliną kryminologii, a przedmiot jej stanowią zwłaszcza interakcje ofiary ze sprawcą i ze społeczeństwem oraz jego instytucjami.

Autor omówił wiktymologię w wąskim i szerokim zakresie: przytacza opinię Beniamina Mendelsohna (1976), który nie ogranicza wiktymologii do ofiary przestępstwa, lecz odkrywa biopsychospołeczne cechy charakterystyczne dla wszystkich ofiar i nie tylko przestępstw, ale również katastrof, chorób, wypadków drogowych, dyskryminacji, tortur itp.

Rozróżnia się 3 kierunki wiktymologii:

1. Uznawanie wiktymologii za samodzielną naukę społeczną, która obejmuje wszystkie typy ofiar.
2. Krytyczny i radykalny kierunek, obejmujący społeczno-strukturalną wiktymizację i wiktymizację przedsiębiorstwa, organizacje, jak i przez społeczną marginalizację osób.
3. Trzeci kierunek uznaje wiktymologię za specjalną dziedzinę kryminologii, dynamiczną i psychospołeczną, uwzględniającą elementy procesualne i sytuacyjne.

Empiryczne badania wtórnej wiktymizacji (*Repeat Victimization*) oraz wielokrotnej (*Multiple Victimization*) i seryjnej (*Series Victimization*) wykazały, że doświadczenia wiktymizacyjne mają wielkie znaczenie. Wcześniejsza wiktymizacja jest najlepszym prognostykiem przyszłych wiktymizacji. Powtórne wiktymizacje uzależnione są od psychospołecznych obrażeń i traumy wiktymizacyjnej.

Teorie wiktymizacji wskazują na szczególnie podatne na stanie się ofiarą osoby wykluczone oraz zepchnięte na skraj społeczeństwa osoby i grupy.

Systemy sprzyjające wiktymizacji to m.in.:

- struktury społeczne wspierające przestępców, jak społecznie zdeorganizowane tereny, gdzie brak nieformalnej kontroli,
- subkultury przemocy, w których agresja uważana jest za odpowiednią, a nawet pożądaną reakcję. W tych subkulturach przenikają się wzajemnie stawianie się sprawcami i ofiarami, a ryzyko wiktymizacji rośnie wraz z włączeniem się ich w kryminalne zachowania.

Autor omawia procesy wiktymizacji i rewiktymizacji, podkreślając znaczenie przyczynku samych ofiar do stania się ofiarą oraz częstości wcześniejszych wiktymizacji dla rewiktymizacji, która staje się chroniczną, jeśli trwa wiele lat.

Międzynarodowe badania wiktymizacji wykazały, że zjawisko rewiktymizacji w 17 zachodnich krajach przemysłowych przybrało podobne rozmiary, zaś ryzyko tejże rewiktymizacji jest różne w różnych rodzajach przestępczości. Jest ono szczególnie wysokie wśród przestępstw przeciwko osobie (przemoc w rodzinie, seksualna wiktymizacja zwłaszcza wobec dzieci, ataki rasistowskie itp.). Przyczyny rewiktymizacji zbadano dotychczas głównie w odniesieniu do przestępczości włamań, co wyjaśnia się niskim ryzykiem i dużymi korzyściami dla sprawców. Rewiktymizacji sprzyja też doznanie psychospołecznych krzywd przez ofiarę ze strony sprawcy, sprawiające, że staje się ona podatna na nią. Autor wskazuje również, że wiktymizacja w dzieciństwie często stanowi prognostyk rewiktymizacji w młodości i wieku dojrzałym.

Wiele uwagi poświęcił autor omówieniu metod wiktymologicznych, międzynarodowych badań wiktymologii oraz wiktymologii kobiet jako ofiar han-

dlu ludźmi. Nie pominął on również problematyki seksualnych nadużyć wobec dzieci w kościele katolickim oraz wiktymizacji więźniów w zakładach karnych.

Opracowane teorie wiktymizacji i empiryczne badania wywarły wpływ na politykę wobec ofiar i zapobieganie wiktymologii. Dla prewencji wiktymologicznej szczególnie istotne jest usunięcie skrajnych nierówności sił społecznych grup i segmentów w obrębie społecznych instytucji; chodzi tu m.in. o ciężkie obrażenia ich godności np. w szkole, kościele, wymiarze sprawiedliwości itp. Ważne jest też zwalczanie sprzyjających wiktymizacji uprzedzeń i nadużyć wobec słabszych. Szczególnie ciężkie psychospołeczne szkody ofiar wiążą się z przestępczością z nienawiści.

Prewencja rewiktymizacji wiąże się z utworzeniem sieci profesjonalnych ośrodków pomocy ofiarom i programów leczenia psychospołecznych i psychosomatycznych traumatyzacji ofiar. Autor podkreśla znaczenie dla zmniejszenia rewiktymizacji zarówno wyrównania szkód, jak i zwiększenia mechanizmów kontroli społecznej. Działania te mogą być skuteczniejsze niż zaostrzenie prawa karnego. Dlatego na 13 międzynarodowych sympozjach wiktymologicznych (od tego w Jerozolimie w 1973 r. do Mito w Japonii w 2009 r.) w ogóle nie poruszano sprawy zaostrzenia kar dla sprawców, ale zajęto się procesami interakcji między sprawcami, ofiarami i społeczeństwem, a w szczególności odszkodowaniem dla ofiar.

Kryminologia jako nauka międzynarodowa

Problematykę tę Autor omówił z szerokim uwzględnieniem tła historycznego zarówno w odniesieniu do kryminologii amerykańskiej, jak i europejskiej.

Następnie przedstawił występujące w głównym kierunku kryminologii (*Mainstream Criminology*) teorie w tym:

- teorie społecznej dezorganizacji,
- teorie społeczno-strukturalnej wiktymologii,
- teorie anomii w przekroju historycznym,
- teorie procesów społecznych w tym procesie wiktymizacji,
- teorie nauczania i interakcji,
- teorie kontroli i społecznej reakcji,
- wreszcie teorie życiowe i rozwojowe.

W ślad za obszernym przedstawieniem tych teorii autor omówił teorie kryminologicznych pomocniczych (ubocznych) kierunków, takich jak: kryminologiczna teoria konfliktów, racjonalna teoria wyboru i odstraszania i inne.

Wiele uwagi poświęcił on teoriom biologicznym w kryminologii, a m.in. takim tematom, jak:

- choroba psychiczna i przestępstwo,
- teoria kryminalnej osobowości,
- biospołeczne teorie dziedziczenia skłonności przestępczych,
- teorie psychoanalityczne.

Wymienione teorie kryminologiczne, o których wspomniano wyżej, zostały tu omówione znacznie obszerniej z uwzględnieniem opinii wielu autorów.

Kryminologia środowiskowa

Rozróżnia się makro-, mezo- i mikrośrodowiskową kryminologię. Kryminologia środowiskowa makro prowadzi badania porównawcze przestępczości i wymiaru sprawiedliwości w oparciu o struktury społeczne w krajach, regionach, prowincjach i miastach. Kryminologia środowiskowa typu mezo bada przestępczość i jej kontrolę na terenie miast, dzielnic, gmin i sąsiedztw. Badania tego rodzaju rozpoczęła już szkoła Chicagowska. Z kolei, kryminologia środowiskowa mikro specjalizuje się w analizie przestępczości w blokach mieszkalnych i na ulicach.

Pojęcia kryminalnej kartografii, geografii i ekologii nie są dostatecznie w kryminologii środowiska określone. Kryminalna kartografia (*Crime Mapping*) stanowi metodę, w której wykorzystuje się zdarzenia kryminalne, aby zdobyć informacje przestrzenne o działaniach przestępczych i jest w niej obecnie wykorzystywana technika komputerowa.

Ekologia kryminalna natomiast bada interakcje między fizyczną i społeczną przestrzenią z jednej, zaś stawianiem się sprawcą i ofiarą z drugiej strony.

W kryminologii środowiskowej również występują teorie pochodne, jak:

- teoria wzorca przestępczego,
- teoria obrony przestrzeni,
- teorie kolektywnej skuteczności,
- teoria procesu rozpadu wspólnoty itp.

Autor omówił w tym rozdziale działania policji w punktach nasilenia przestępczości oraz sytuacyjne zapobieganie przestępczości i jego strategię. Należą do nich wzmocnione patrole, aresztowania, obławy i dochodzenia. Samo zwiększanie obecności policji przyczynia się do redukcji przestępczości, bowiem odstrasza potencjalnych przestępców.

Ważną sprawą jest sytuacyjne zapobieganie przestępczości. Miejsca ryzyka stanowią przestrzenie koncentracji przestępczości. W tych miejscach zmotywowani sprawcy napotykają podatne na wiktymizację osoby (lub odpowiednie rzeczy) mające już traumatologiczne doświadczenia (H. J. Schneider 2010). Teoretycy sytuacyjnej prewencji w zbyt małym stopniu uwzględniają procesy społecznych i międzyludzkich interakcji. Właściwe oceny sytuacji

w USA, Kanadzie, Holandii, Szwecji, Norwegii i Australii wskazują, jak dana przestrzeń powinna być chroniona. I tak, dobre oświetlenie ulic w miastach umożliwiło spadek przestępczości wynoszący od 20 do 30%. Systemy monitoringu telewizyjnego (*Closed-Circuit-Television*) w dzielnicy rozrywkowej Tokio przyniosły redukcję przestępczości o 21%.

Metody kryminologii międzynarodowej

W tym rozdziale autor szerzej omówił znaczenie teorii i strategii badań kryminologicznych. Badania te prowadzone są za pomocą metod jakościowych i ilościowych. Jakościowe metody mają na celu „zrozumienie” rzeczywistości mającej zostać zbadaną i polegają na zastosowaniu technik obserwacji bądź analiz dokumentów, by poznać osoby, grupy i ich charakterystykę. Metody ilościowe są zaś stosowane, gdy przedmioty badań mają charakter opisowy bądź ocenny i eksploracja jest najbardziej rozpowszechnionym motywem ich użycia. W badaniach tych muszą być zachowane anonimowość i zaufanie, a badacz musi wykazywać etyczne zobowiązania tak wobec osób badanych, jak i swoich kolegów. Do badań ilościowych zalicza się pytania ankietowe. Od zwykłego badania naukowe różni się możliwością kontroli w każdej jego fazie. Większość badań metodami jakościowymi można podzielić na kategorie badań intensywnych (wywiadowczych) i kategorii uczestniczącej obserwacji – które to problemy autor szczegółowo objaśnia, opierając się również na opiniach innych kryminologów. W rozważaniach swych zwraca on też uwagę na wartość analizy danych wtórnych oraz analiz przekrojowych. Nie każda praca badawcza empiryczna bądź eksperymentalna w odniesieniu do przyczyn przestępczości ma taką samą metodologiczną jakość. Autor omawia jej kryteria, jak:

- wymóg przyczynowego związku między zmiennymi,
- drugi wymóg związku przyczynowego, polegający na tym, że przyczyna musi czasowo poprzedzić działanie i inne.

W końcu autor opisuje proces ewaluacyjny i jego fazy.

Międzynarodowa przyszłość kryminologii

W końcowej części pracy autor omawia internacjonalizację kryminologii i jej perspektywy rozwoju w oparciu o badanie przyczyn przestępczości. Stwierdza on m.in., iż obecnie ulega rozszerzeniu społeczno-strukturalny i procesowy główny kierunek kryminologii (*Mainstream Criminology*) z ogromną szybkością. Dotyczy to głównie krajów o największej liczbie ludności, jak: Brazylia, Indie i Chiny. Kraje te w XXI wieku przejmą wiodącą rolę w międzynarodowej kryminologii. Nie interesują ich XIX-wieczne kierunki

w kryminologii, jak kryminalno-biologiczny czy psychopatologiczny, ale raczej kryminologia socjalno-strukturalna, procesowa i sytuacyjna – rozwinięte w USA w końcu XX i w początkach XXI wieku i zapewniające USA najważniejszą pozycję w rozwoju kryminologii.

W przyszłej kryminologii światowej będą miały znaczenie nie narodowe, lecz kontynentalne kryminologie, na przykład: europejska, powstała w 2000 r. (Schneider 2010c) i azjatycka – w roku 2009 (Liu/Hebenton/Jou 2013). W europejskiej kryminologii największą rolę odgrywają: Wlk. Brytania (Brunlo 2011), Holandia (Junger-Tas/Junger 2007) i kraje skandynawskie (por. artykuły Tonry/Lappi-Säppälä 2011). Do „Mainstream Criminology” należy przeszło 2/3 kryminologów świata.

W tej części Autor ponownie omawia niektóre problemy, jak:

- podstawy kryminologicznych badań przyczyn przestępczości,
- badanie przyczyn społeczno-strukturalnej, procesowej i sytuacyjnej kryminologii,
- badanie przyczyn kryminologii, związanych głównie z cechami przestępców (*Merkmals – und Eigenschaftskriminologie*).

Te ostatnie badania autor ilustruje przykładami, a mianowicie, empirycznymi badaniami przestępczości dzieci w Marburgu, odróżniających się od innych dzieci ekstrawertycznością, emocjonalną chwiejnością, nerwowością i spontaniczną agresywnością, a także prowadząc studium przestępczości przemocy i zabójstw przez dzieci z kliniki psychiatrycznej dla dzieci i młodzieży w Marburgu.

Na tej podstawie omawia różnice w badaniach przyczyn przestępczości w ramach społeczno-naukowej i psychopatologicznej kryminologii wieloczynnikowej (multifaktoralnej). Końcowy temat tej części pracy to przedstawienie konsekwencji kryminologicznych badań przyczyn przestępczości dla polityki karnej. Stwierdza tu m.in., że psychopatologiczny kierunek kryminologii jest zainteresowany szybkim i surowym karaniem sprawców w przekonaniu o roli odstraszałającej kar. Z drugiej strony kierunek społeczno-naukowy kryminologii uznaje karanie pozbawieniem wolności za nieskuteczne, a nawet kryminogenne. Należy dodać, że liczne badania ankietowe ludności w skali światowej wykazały, że ludzkość przedkłada prewencję przed karaniem.

Podręcznik Hansa Joachima Schneidera „Kriminologie, Band 1: Grundlagen”, wydany w 2014 r., stanowi wszechstronne dzieło oparte nie tylko na rozważaniach autora, ale też na obfitym przytaczaniu opinii znanych kryminologów na poruszone tematy. Kryminolodzy ci są włączeni zarówno w tekst rozdziałów, jak i wymienieni w umieszczonych za każdym z rozdziałów przeglądach źródłowych literatury przedmiotu. Umożliwia to zainteresowanym rozszerzenie wiedzy w tej obszernej dziedzinie nauki.

Autor zainteresował się rozwojem kryminologii w Wielkiej Brytanii, Holandii i krajach skandynawskich (s. 280–284). Żałować należy, iż została pominięta Polska, w której szczególnie w ostatnich latach obserwuje się dynamiczny rozwój teorii i badań kryminologicznych. Autorzy polscy wnieśli także swój wkład w rozwój międzynarodowej kryminologii.

Konkludując, podręcznik profesora H. J. Schneidera oceniam jako wyjątkowo wartościową pozycję, która odegra dużą rolę w kształtowaniu perspektyw kryminologii jako interdyscyplinarnej nauki w wymiarze międzynarodowym.

GLOSY

Agnieszka Baj

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2012 r., sygn. I KZP 25/11¹

Streszczenie

Autorka zaprezentowała swoją ocenę zagadnienia dotyczącego wpływu uchybienia formalnego popełnionego w toku postępowania przygotowawczego na zakres i treść zarzutów apelacyjnych. Konkretnie chodziło o zaniechanie wydania postanowienia o podjęciu na nowo umorzonego wcześniej dochodzenia rejestrowego (art. 325f § 3 k.p.k.) i wykonywanie dalszych czynności procesowych.

Niewydanie postanowienia o podjęciu na nowo umorzonego dochodzenia rejestrowego (art. 325f § 3 k.p.k.) i wykonanie dalszych czynności procesowych stanowi względną przyczynę odwoławczą (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Uchybienia proceduralne, polegające na braku decyzji o formalnym podjęciu na nowo umorzonego dochodzenia rejestrowego, traktować należy na ogólnych zasadach jako obrazę przepisów postępowania, która stanowić może względną przyczynę odwoławczą. Brak podstaw do przyjęcia, aby tego rodzaju wada proceduralna skutkowałą naruszenie któregośkolwiek z zakazów dowodowych zawartych w przepisach kodeksu postępowania karnego.

1. Orzeczenie to jak dotąd nie było glosowane, a jak się wydaje spotyka się ono z bardzo dużym zainteresowaniem, co więcej, prawdopodobnie zrodziło poważne kontrowersje wśród doktryny, jak i praktyki procesu karnego. Z tych

¹ OSNKW 2012, nr 5, poz. 46; Biuletyn SN 2012, nr 5, poz. 18, LEX nr 1126139.

względów wymienione postanowienie godne jest skomentowania, jak też i jednoznacznej oceny – w tym przypadku pozytywnej, lecz z pewnymi zastrzeżeniami o zakres uchybień dopuszczalnych na etapie postępowania przygotowawczego, które podlegają konwalidacji w postępowaniu jurysdykcyjnym.

2. Problem, przed którym stanął Sąd Najwyższy, pojawił się w związku z zapytaniem przekazanym na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w C., postanowieniem z dnia 1 grudnia 2011 r., zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy: „Czy materiały zgromadzone w sprawie, w której zaniechano wydania na podstawie przepisu art. 325f § 3 k.p.k. postanowienia o podjęciu na nowo umorzonego dochodzenia, mogą być wykorzystane w toku rozprawy jako dowody w rozumieniu przepisów Działu V „Dowody” Kodeksu postępowania karnego?”

Stan faktyczny sprawy nie był zbyt skomplikowany i kształtował się następująco. W dniu 25 listopada 2009 r. w Komendzie Powiatowej Policji w Z. wydano postanowienie o wszczęciu dochodzenia „w sprawie kradzieży samochodu osobowego marki Ford Fiesta w Z. w okresie czasu od dnia 21 listopada 2009 r. do 23 listopada 2009 r. na szkodę Adama W. na łączną wartość strat 800 zł”. Postępowanie umorzono w dniu 7 stycznia 2010 r. w sprawie z powodu niewykrycia sprawcy i wpisano ją do rejestru przestępstw. Następnie, 27 lipca 2010 r. podjęto w sprawie dalsze czynności procesowe, zaniechując jednocześnie wydania, zgodnie z art. 325f § 3 k.p.k., postanowienia o podjęciu na nowo umorzonego dochodzenia wobec ujawnienia danych pozwalających na wykrycie sprawcy. Brak ten nie był przeszkodą do zarejestrowania postępowania w rejestrze „Ds” prokuratury, która je nadzorowała i prawidłowego wskazania podstawy prawnej podjęcia (data pierwszego wpływu do prokuratury: 11 sierpnia 2010 r., data rejestracji: 11 sierpnia 2010 r., podstawa rejestracji: podjęcie umorzenia, art. 325f § 3 k.p.k.). Następnie, przeprowadzono dowodowe czynności procesowe, w tym, w dniach 27 i 28 lipca 2010 r., przesłuchano dwóch świadków, w dniu 29 lipca 2010 r. wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów i przesłuchano w charakterze podejrzanego Krzysztofa K., w dniu 30 lipca 2010 r. wydano zaś postanowienie o przedstawieniu zarzutów i przesłuchano w charakterze podejrzanego Piotra S. Uzyskano nadto opinię biegłych lekarzy psychiatrów z dnia 26 sierpnia 2010 r. dotyczącą Piotra S. oraz informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące podejrzanych. W dniu 15 października 2010 r. do Sądu Rejonowego w Z. skierowano akt oskarżenia przeciwko Piotrowi S. i Krzysztofowi K. o czyn z art. 278 § 1 k.k., a wobec Piotra S. nadto w zw. z art. 64 § 1 k.k. Sąd pierwszej instancji wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2011 r., oskarżonych Piotra S. i Krzysztofa K. uznał za winnych popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, wyczerpującego znamiona występku z art. 278 § 1 k.k., a wobec Piotra S. z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. wymie-

rzył Piotrowi S. i Krzysztofowi K. kary po 6 miesięcy pozbawienia wolności. W toku postępowania jurysdykcyjnego wykorzystano protokoły przesłuchania świadków i podejrzanych, opinię lekarzy psychiatrów, odczytano i ujawniono na rozprawie przed Sądem Rejonowym w Z. Orzeczenie to zaskarżyli Piotr S., Krzysztof K. oraz obrońca z urzędu Piotra S., zarzucając niesłuszne rozstrzygnięcie o karze. Zdaniem Sądu Okręgowego w C. „odczytanie na rozprawie przed Sądem Rejonowym w Z. protokołów przesłuchania osób i ujawnienie bez odczytania opinii biegłych lekarzy psychiatrów wydaje się nie znajdować oparcia w przepisach Konstytucji RP i Kodeksu postępowania karnego, ani też w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych dotyczącym sytuacji, gdy określone materiały nie mogą być wykorzystane jako dowody w postępowaniu karnym”. Zdaniem Sądu Odwoławczego w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z zakazem dowodowym, który uniemożliwia posiłkowanie się pewnymi dowodami.

3. Refleksje nad przytoczoną powyżej tezą rozpocząć należy od uwag odnoszących się do instytucji zakazów dowodowych. Zakazy dowodowe są bardzo ważną i jednocześnie kontrowersyjną instytucją prawa dowodowego w procesie karnym. Ich istnienie utrudnia, a niekiedy również wyklucza wykorzystanie pewnych informacji w toku postępowania karnego. Zakazy dowodowe są bardzo zróżnicowane. W doktrynie prezentowane są różne ich podziały². Instytucja zakazów dowodowych należy do najbardziej kontrowersyjnych. Konsekwencją tego jest brak jednoznacznego ich określenia w doktrynie procesu karnego. Dotychczas podejmowano liczne próby stworzenia definicji zakazów dowodowych, jednak nie zakończyły się one sukcesem. M. Cieślak³ definiuje zakazy dowodowe jako reguły, które zabraniają przeprowadzenia dowodu w określonych warunkach lub uzyskaniu dowodu. Autor ten podkreśla, że zakazy dowodowe są wynikiem kolizji interesów społecznych. Z jednej strony występuje interes społeczny w postaci dobra wymiaru sprawiedliwości, a z drugiej strony pojawia się inny społeczny interes. Z tego rodzaju sytuacjami mamy do czynienia, gdy przeprowadzenie dowodu miałyby naruszyć tajemnicę obrońcą, tajemnicę spowiedzi, tajemnicę państwową, służbową lub zawodową. Wówczas przeprowadzenie dowodu mogłoby przynieść większą szkodę społeczną niż uzyskana z tego tytułu korzyść. K. Marszał⁴ wskazuje, że zakaz dowodowy obejmuje sytuacje, gdy z mocy przepisów prawa wyłączone zostaje dowodzenie oznaczonej tezy

² Por. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 609; L. Schaff, *Proces karny Polski Ludowej*, Warszawa 1953, s. 377–378; M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1955, s. 265; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków–Lublin 1996, s. 269; M. Lipczyńska, *Polski proces karny. Zagadnienia ogólne*, t. 1, Warszawa 1986, s. 160–162; T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 438–448.

³ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1955, s. 264.

⁴ K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1988, s. 181–182.

dowodowej albo dowodzenie za pomocą dowodu, który jest ogólnie dopuszczalny. Uzasadnienie takiej sytuacji autor wyprowadza z ważnych racji społecznych i jednocześnie podkreśla, że musi to wyraźnie wynikać z przepisu. Ponadto, zdaniem K. Marszała, zakaz dowodowy oznacza również wykluczenie możliwości korzystania w procesie z poszczególnych dowodów. Jak podkreśla autor, dotyczy to zakazu dowodzenia oznaczonej okoliczności, jak i zakazu dowodzenia za pomocą określonego dowodu. Zakaz ten odnosi się zarówno do wprowadzenia, jak i przeprowadzenia określonego dowodu w procesie karnym. W świetle powyższych rozważań należy przyjąć, że zakazy dowodowe są to normy prawne, które wyłączają możliwość dowodzenia określonych faktów, a także wyłączają lub ograniczają wprowadzenie, przeprowadzenie i wykorzystanie pewnych dowodów w procesie karnym.

Zasadniczą okolicznością jest, aby ograniczenia procesu dowodzenia wynikały z przepisów prawa. Nie jest dopuszczalna interpretacja rozszerzająca zastosowanie danego zakazu dowodowego, wbrew intencji ustawodawcy. Ograniczenia wykorzystania danego źródła dowodowego mają różną moc, co warunkowane jest rodzajem zakazu. Odnosząc powyższe uwagi do przedmiotowej sprawy, należy dojść do wniosku, że nie każde uchybienia proceduralne mogą być rozpatrywane jako zakazy wykorzystania dowodu.

4. Kolejną kwestią wymagającą analizy jest wpływ uchybień proceduralnych powstałych na etapie postępowania przygotowawczego na sytuację procesową podejrzanego i pokrzywdzonego oraz możliwość ich konwalidacji w postępowaniu jurysdykcyjnym.

Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. przyznał pokrzywdzonemu i podejrzanemu status strony postępowania przygotowawczego (art. 299 § 1 k.p.k.). Powyższe implikuje szereg uprawnień i obowiązków. Pokrzywdzony ma m.in.:

- możliwość zawiadomienia prokuratora lub Policji o przestępstwie ściganym z urzędu popełnionym na jego szkodę (art. 304 § 1 k.p.k.),
- obowiązek organów ścigania powiadomienia o wszczęciu, odmowie wszczęcia albo o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia (art. 305 § 4 i art. 235a k.p.k.),
- możliwość zawiadomienia o treści postanowienia o zamknięciu śledztwa lub dochodzenia (art. 321 § 6 i art. 325a k.p.k.),
- prawo składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia (art. 315 § 1 i art. 325a k.p.k.),
- prawo uczestniczenia w czynności, o której dokonanie wnosił (art. 315 § 2 k.p.k.) oraz w innych czynnościach śledztwa lub dochodzenia (art. 317 § 1 i art. 325a k.p.k.), z tym że w tym ostatnim wypadku prokurator może odmówić dopuszczenia do udziału w czynności ze względu na ważny interes postępowania (art. 317 § 2 i art. 325a k.p.k.),

- uczestniczenia w czynności śledztwa lub dochodzenia, której nie będzie można powtórzyć na rozprawie, chyba że zachodzi niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia dowodu w razie zwłoki (art. 316 § 1 i art. 325a k.p.k.),
- zwrócenia się do sądu z żądaniem przesłuchania przez sąd świadka, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, że nie będzie można go przesłuchać na rozprawie (art. 316 § 3 k.p.k.),
- doręczenia postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłych albo instytucji specjalistycznej, wzięcia udziału w przesłuchaniu biegłych oraz zapoznanie się z opinią złożoną na piśmie (art. 318 k.p.k.),
- udostępniania akt sprawy, umożliwienie sporządzenia odpisów i kserokopii oraz uwierzytelnionych odpisów za zgodą prokuratora (art. 156 § 5 k.p.k.),
- ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r.⁵ przyznała pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi prawo żądania końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania (art. 321 k.p.k.).

Wśród praw podejrzanego wskazuje się m.in. na jego prawo do:

- posiadania obrońcy, jeśli jest nieletni, głuchy, niemy, niewidomy lub zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności (art. 79 § 1 k.p.k.⁶),
- składania wyjaśnień, odmowę złożenia wyjaśnień i odmowę odpowiedzi na pytania (art. 174 § 1 k.p.k.),
- złożenia wyjaśnień na piśmie (art. 176 § 1 k.p.k.),
- składania wniosków dowodowych (art. 167 k.p.k.⁷),
- zadawania pytań osobie przesłuchiwanej (art. 171 § 1 k.p.k.),
- składania wniosków i innych oświadczeń na piśmie albo ustnie do protokołu (art. 116 k.p.k.),

⁵ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247), zwana dalej ustawą nowelizującą.

⁶ Ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r. zakłada, że w postępowaniu karnym oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli: 1) nie ukończył 18 lat, 2) jest głuchy, niemy lub niewidomy, 3) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona, 4) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Nadto, oskarżony musi mieć obrońcę również wtedy, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne okoliczności utrudniające obronę. Wówczas udział obrońcy jest obowiązkowy w rozprawie oraz w tych posiedzeniach, w których obowiązkowy jest udział oskarżonego (art. 79 § 1, 2 i 3 k.p.k.).

⁷ Ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r. zakłada również, że w toku postępowania jurysdykcyjnego zainicjowanego przez stronę dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd. W przypadku niestawienia strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu (art. 167 § 1 k.p.k.).

- żądania przesłuchania z udziałem ustanowionego obrońcy (art. 301 k.p.k.)⁸,
- uczestniczenia w czynności śledztwa lub dochodzenia, której nie będzie można powtórzyć na rozprawie, chyba że zachodzi niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia dowodu w razie zwłoki (art. 316 § 1 k.p.k. i art. 325a k.p.k.),
- składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia (art. 315 § 1 k.p.k. i art. 325a k.p.k.),
- brania udziału – na żądanie – w czynności śledztwa lub dochodzenia, o której dokonanie wnosił (art. 315 § 2 k.p.k. i art. 325a k.p.k.),
- zwrócenia się do sądu z żądaniem przesłuchania przez sąd świadka, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, że nie będzie można go przesłuchać na rozprawie (art. 316 § 3 k.p.k.),
- doręczenia postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłych albo instytucji specjalistycznej i wzięcia udziału w przesłuchaniu biegłych oraz zapoznania się z opinią złożoną na piśmie (art. 318 k.p.k.),
- zapoznania się – na wniosek – z materiałami śledztwa lub dochodzenia (art. 321 § 1 k.p.k. i art. 325a k.p.k.).

Czy zatem każde zaniechanie lub nieprawidłowe wykonanie czynności procesowej przez organy ścigania na etapie postępowania przygotowawczego implikuje wystąpienie względnej przyczyny odwoławczej w postaci naruszenia przepisów postępowania karnego, które ma wpływ na treść wyroku? Odpowiedź jest negatywna, przede wszystkim z tego względu, że ewentualne uchybienia postępowania przygotowawczego mogą zostać „naprawione” już w śledztwie (dochodzeniu) lub postępowaniu sądowym.

5. Naruszenie każdego przepisu procesowego może potencjalnie stanowić podstawę odwoławczą. Nie każde uchybienie skutkuje uchYLENIEM wyroku przez sąd wyższej instancji. Wadliwe przeprowadzenie czynności w śledztwie (dochodzeniu) nie oznacza, że nie jest możliwa jej konwalidacja na etapie postępowania sądowego. Zważywszy, że przewód sądowy jest powtórzeniem postępowania dowodowego ze śledztwa (dochodzenia). Zasada bezpośredniości wymaga, aby między poznającym fakty z przeszłości organem orzekającym a samą przeszłością ogniwa dowodowe były zredukowane do minimum⁹. Odstąpienie od zasady bezpośredniości jest możliwe jedynie, gdy wyczerpano wszystkie sposoby bezpośredniego przeprowadzenia dowodu, w wyniku czego powstaną niedające się usunąć przeszkody w sprowadzeniu ich na rozprawę¹⁰. To na rozprawie istnieje możliwość reali-

⁸ Por. M. Czekaj, Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym w nowym kodeksie postępowania karnego, *Prok. i Pr.* 1998, nr 1, s. 41–42.

⁹ T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 93.

¹⁰ Postanowienie SN z dnia 6 czerwca 2001 r., sygn. II KKN 96/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 95.

zacji zasady kontradyktoryjności, co gwarantuje stronom udział we wszystkich czynnościach procesowych, w tym możliwość składania wniosków przed rozprawą i na rozprawie. Jak słusznie wskazał S. Śliwiński, podstawę orzeczenia stanowi całokształt okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego i jedynie uchybienia powstałe w toku przewodu sądowego mogą mieć znaczenie dla ewentualnego postępowania apelacyjnego, nigdy wady i uchybienia powstałe w innych stadiach postępowania¹¹.

Uczestnicy postępowania poprzez swoje zachowanie dokonują czynności procesowych, które wywołują przewidziane przez prawo skutki¹². Zdaniem S. Waltośa czynność procesowa to działanie, z którym zawsze łączy się element ruchu¹³. Autor ten podnosi, że zaniechanie oznacza rezygnację z uprawnienia lub niespełnienie obowiązku, a tym samym jest brakiem czynności procesowej. Odmienne stanowisko w tym zakresie prezentuje T. Grzegorzczak, stanowiąc, że zachowanie może być działaniem lub zaniechaniem. Również zaniechanie oznacza świadomy akt woli¹⁴. Przedmiotem zainteresowania będą czynności wadliwe oraz sytuacje zaniechania aktywności ze strony organu postępowania przygotowawczego.

Ustawodawca dla każdej czynności procesowej wprowadził zasady, zgodnie z którymi powinny być one przeprowadzane. Zdaniem S. Waltośa, są to: pozytywne przesłanki czynności procesowej, uczestnik postępowania ma zdolność do dokonywania czynności procesowych oraz przestrzegane są warunki modalne czynności procesowej, czyli wymogi co do formy, terminu i miejsca¹⁵. Czynności wadliwe są dopuszczalne przez prawo, lecz nie spełniają wszystkich wymogów ustawowych. Niekiedy możliwa jest ich sanacja. Konwalidacja oznacza usunięcie wady z mocą wsteczną¹⁶. W konsekwencji mamy do czynienia z sytuacją, jakby wady w ogóle nie było. Konwalidacja czynności procesowej może być rezultatem: wypełnienia wymagań ustawy, anulowania tych wymagań lub zmiany stanu faktycznego, w wyniku którego uchybienie przestało wpływać na treść orzeczenia¹⁷. Konwalidacja oznacza również, że wyrok zapada w sytuacji, gdy dane uchybienie już nie istnieje. „Naprawy” czynności procesowej może dokonać sam organ prowadzący postępowanie przygotowawcze lub też może to nastąpić w postępowaniu jurysdykcyjnym. Jak słusznie wskazuje T. Grzegorzczak¹⁸, brak wniosku o ściganie pokrzywdzonego może zostać uzupełniony w dochodzeniu

¹¹ S. Śliwiński, Przegląd orzecznictwa SN (prawo karne procesowe – II i III kwartał 1957 r.), Państwo i Prawo 1958, nr 2, s. 270.

¹² T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2009, s. 367.

¹³ S. Waltoś, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2008, s. 45.

¹⁴ T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie..., *ibidem*, s. 368.

¹⁵ S. Waltoś, Proces..., *ibidem*,.

¹⁶ T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie..., *ibidem*, s. 374.

¹⁷ S. Waltoś, Konwalidacja w procesie karnym, Nowe Prawo 1960, nr 4, s. 494.

¹⁸ T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie..., *ibidem*, s. 374.

(sanacja uchybienia) lub na rozprawie (gdyby wówczas nastąpiła zmiana kwalifikacji prawnej czynu wymagająca wniosku pokrzywdzonego). Wadliwie wykonana czynność procesowa powinna być sanowana poprzez ponowienie czynności, tym razem z zachowaniem wszelkich procedur. Zaniechanie ze strony organu procesowego oznacza konieczność podjęcia akcji pozytywnej, tylko taka może bowiem doprowadzić do „uzdrowienia” czynności¹⁹. Sanacja nie jest możliwa w przypadku wystąpienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych, dokonania nieodwołanej czynności procesowej, czyli takiej, której zmienić nie można, oraz powstania stanu nieodwracalnego, a także upływu terminu zawitego do dokonania czynności procesowej²⁰.

Rozważenia wymaga dopuszczalność konwalidacji innych czynności procesowych, w szczególności wskazanych przykładowo w punkcie 4 przedmiotowej glosy. W pierwszej kolejności zastanówmy się, co się stanie po wystosowaniu powiadomienia o wszczęciu, odmowie wszczęcia albo o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia (art. 305 § 4 i art. 235a k.p.k.) przez organ procesowy na błędny adres zamieszkania pokrzywdzonego. W przypadku zawiadomienia o wszczęciu strona w toku dalszego postępowania ma możliwość uzyskania wiedzy o biegu sprawy. Nadto, niepowiadomienie osoby, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie w ciągu 6 tygodni o wszczęciu albo odmowie wszczęcia śledztwa, legitymuje wnioskodawcę do wniesienia zażalenia do prokuratora nadzrędnego albo powołanego do nadzoru nad organem, któremu złożono zawiadomienie (art. 306 § 3 k.p.k.). Zaniechanie przesłania stronie postanowienia o umorzeniu śledztwa (dochodzenia) oznacza niemożność uprawomocnienia się orzeczenia, co nie zamyka drogi do wniesienia środka zaskarżenia. Analogiczna sytuacja może pojawić się w przypadku zawiadomienia o treści postanowienia o zamknięciu śledztwa lub dochodzenia (art. 321 § 6 i art. 325a k.p.k.). Ujawnienie powyższego po przesłaniu aktu oskarżenia do sądu oznacza, że wszelkie ewentualne wnioski o uzupełnienie postępowania dowodowego będą przeprowadzane na rozprawie. Podkreślić należy, że zaniechanie ze strony organu procesowego polega na niewystosowaniu do strony informacji o zamknięciu śledztwa (dochodzenia), a nie faktycznym jego niewydaniu. Nieprzeprowadzenie czynności końcowego zaznajomienia stron (ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r.²¹ przyznaje pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi prawo żądania końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania) może oznaczać skorzystanie przez sąd z instytucji art. 337 § 1a k.p.k. (prezes sądu zwróci akt oskarżenia oskarżycielowi publicznemu wraz z aktami sprawy, wskazując termin do wykonania czynności). Ograniczenie w zakresie udostępniania akt

¹⁹ S. Waltoś, *Konwalidacja...*, *op. cit.*, s. 498.

²⁰ *Ibidem*, s. 502.

²¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247).

sprawy na etapie śledztwa (dochodzenia) może niemal w nieograniczonym zakresie zostać wypełnione w postępowaniu jurysdykcyjnym.

Uchybienia w zakresie czynności procesowych mogą dotyczyć również postępowania dowodowego. Ustawodawca odrębnie uregulował sytuację uczestnictwa strony, gdy ta występuje z wnioskiem o przeprowadzenie czynności (art. 315 § 2 k.p.k.), w przypadku, gdy dowodowa czynność procesowa ma charakter niepowtarzalny (art. 316 k.p.k.) oraz w kontekście innych czynności śledztwa (art. 317 k.p.k.). Pokrzywdzony i jego pełnomocnik, podejrzany i jego obrońca mogą składać wnioski o dokonanie czynności śledztwa (art. 315 § 1 k.p.k.). Uprawnienie to przysługuje w toku całego postępowania przygotowawczego. Ustawodawca wymaga zgłoszenia żądania przeprowadzenia czynności i dopuszczenia do udziału w niej. Odmowa, jeżeli samą czynność organ zdecydował się przeprowadzić, jest wykluczona.

Organy postępowania przygotowawczego mają obowiązek zawiadomienia podejrzanego, pokrzywdzonego, ich przedstawicieli ustawowych, a obrońcę i pełnomocnika, jeżeli są w sprawie ustanowieni, o terminie, miejscu i rodzaju niepowtarzalnej czynności procesowej. Dopuszczenie stron winno nastąpić z urzędu, bez odrębnego żądania z ich strony²². Nadto, jest to niezależne od zamiaru strony wzięcia udziału w czynności. Za nieuprawnione należy uznać uzależnienie realizacji obowiązku zawiadomienia od wyrażenia przez stronę woli wzięcia udziału w czynności z art. 316 § 1 k.p.k.²³. Odmowa dopuszczenia, gdy zdaniem organu czynność nie ma charakteru niepowtarzalnego, wymaga wydania postanowienia. Jak słusznie wskazuje R. Ponikowski²⁴, nie jest to decyzja wskazana w art. 459 w zw. z art. 456 i 466 k.p.k., nie będzie miał również zastosowania art. 302 § 2 k.p.k. W przypadku okazania się w toku dalszego postępowania, że czynność miała charakter niepowtarzalny, strona będzie mogła podnosić fakt rażącego naruszenia jej prawa procesowego.

²² Prowadzący śledztwo powinien dopuścić strony postępowania do udziału w czynności, której nie będzie można powtórzyć na rozprawie głównej (art. 272 § 1 d.k.p.k. i art. 316 § 1 k.p.k.). Za czynność taką należy uznać oględziny rzeczy, jeżeli ma być ona oddana uprawnionemu (art. 199 d.k.p.k.), wymontowanie z niej elementów dla posłużenia się nimi w celach dowodowych itp. Jeśli więc osoby te żądają udziału w czynności, należy je zawiadomić o jej miejscu i terminie, a w razie braku dowodu doręczenia zawiadomienia czynność odroczyc (art. 102 § 1–3 d.k.p.k. i art. 117 § 1–2 k.p.k.). Uchybienie temu może mieć wpływ na wynik sprawy, bo pozbawia strony możliwości wykazania zarzutów zgłaszanych do stanu dowodu rzeczowego; zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 3 września 1998 r., sygn. II AKa 155/98, KZS, 1998, nr 10, poz. 29, LEX nr 35256.

²³ Sąd Apelacyjny w Krakowie w powołanym wyroku z dnia 3 września 1998 r. wyraził jednoznaczne stanowisko, że zależność pomiędzy zamiarem uczestnictwa w czynności a obowiązkiem organu procesowego zawiadomienia o niej nie występuje.

²⁴ R. Ponikowski, (w:) *Jawność procesu karnego*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2012, s. 192.

Sąd jest uprawniony do skorzystania z możliwości wskazanej w art. 316 § 3 k.p.k. tylko wtedy, gdy w danym przypadku przesłuchanie świadka w postępowaniu przygotowawczym może być uznane za czynność niepowtarzalną. Warunkiem dokonania czynności jest obawa niebezpieczeństwa, że przesłuchanie świadka na rozprawie nie będzie możliwe. Przesłuchanie przeprowadza na posiedzeniu sąd właściwy do rozpoznania sprawy (art. 329 § 1 k.p.k.). Udział w posiedzeniu może wziąć prokurator, pokrzywdzony oraz podejrzany. Strony mają zagwarantowane prawo do aktywnego uczestnictwa.

Odrębnie ustawodawca uregulował obecność stron w przypadku czynności niepowtarzalnych (art. 316 § 1 k.p.k.), warunkując ją niebezpieczeństwem utraty lub zniekształcenia dowodu w razie zwłoki. Przepis ten jako stanowiący regulację szczególną w stosunku do art. 315 § 2 k.p.k. ma zastosowanie w przypadku czynności niepowtarzalnych. Specyficzny charakter czynności związany z niebezpieczeństwem utraty lub zniekształcenia dowodu uzasadnia również niesprowadzenie na przesłuchanie podejrzanego pozbawionego wolności. W razie niebezpieczeństwa utraty lub zniekształcenia dowodu w razie zwłoki czynność może odbyć się bez udziału podejrzanego i pokrzywdzonego oraz obrońcy i pełnomocnika, ale jeśli są w sprawie ustanowieni, to powinni być o niej powiadomieni.

Uczestnictwo stron, obrońcy i pełnomocnika w powtarzalnych czynnościach dowodowych zależy od decyzji organu prowadzącego postępowanie. Inicjatywa wzięcia udziału w czynnościach procesowych należy do podmiotu uprawnionego. Osoby te mogą żądać dopuszczenia. Decyzję o odmowie dopuszczenia podejmuje prokurator. Odmowa może mieć miejsce w szczególnie uzasadnionym wypadku i to tylko ze względu na ważny interes śledztwa (dochodzenia). Wymóg, by był to ważny interes, pozwala przyjąć, że dotyczy to działań zakłócających tok postępowania w poważnym stopniu, opóźniających proces, utrudniających lub uniemożliwiających realizację tych celów, godzących w interes postępowania²⁵. Decyzja o odmowie dopuszczenia stron nie może być wyrazem dowolności prokuratora, nie popartym okolicznościami, które mają faktycznie chronić dobro postępowania. Udział stron w czynnościach dowodowych oznacza, że mogą one aktywnie w nich uczestniczyć m.in. poprzez zadawanie pytań osobie przesłuchiwanej (art. 171 § 1 k.p.k.) oraz składanie wniosków i innych oświadczeń na piśmie albo ustnie do protokołu (art. 116 k.p.k.).

Podjęcie przez organ procesowy decyzji o dopuszczeniu ekspertyzy biegłych albo instytucji naukowej lub specjalistycznej wymaga doręczenia odpis-

²⁵ T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988, s. 207; por. J. Karaźniewicz, *Zakres uprawnień sądu do ingerencji w postępowanie przygotowawcze*, (w:) *Czynności dochodzeniowo-śledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym*, Materiały pokonferencyjne, pod red. S. Lelentała, J. Kudrełki, I. Nowickiej, Szczepiń 2008, s. 199.

su postanowienia o dopuszczeniu dowodu podejrzanemu i jego obrońcy oraz pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi. Na tym etapie postępowania strony mogą już kwestionować m.in. fachowość powołanej jednostki badawczej, zakres wywiedzionej ekspertyzy, czas oczekiwania na jej realizację. Pozwala to na podjęcie przez organ procesowy decyzji o wywiedzeniu ewentualnej opinii uzupełniającej. Z wnioskiem o powołanie biegłego może wystąpić również jedna ze stron postępowania przygotowawczego. Jego akceptacja przez organ procesowy również obliuguje do doręczenia odpisu postanowienia, zgodnie z dyspozycją art. 318 k.p.k.

Uniemożliwienie pokrzywdzonemu złożenia zawiadomienia o przestępstwie ściganym z urzędu popełnionym na jego szkodę (art. 304 § 1 k.p.k.) należy rozpatrywać w kategoriach realizacji znamion art. 231 k.k. Prawo do posiadania przez podejrzanego obrońcy w wypadkach wskazanych w art. 79 § 1 k.p.k. oraz przeprowadzenie czynności bez udziału ustanowionego obrońcy należy kwalifikować w kategoriach bezzwzględnej wadliwości, którą organ odwoławczy bierze pod uwagę z urzędu, bez względu na to, czy strona podniosła ją w swym środku odwoławczym.

6. Konkludując, należy stwierdzić, że podstawę orzeczenia może stanowić całokształt okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego i jedynie uchybienia powstałe w toku przewodu sądowego mogą mieć znaczenie dla ewentualnego postępowania odwoławczego. Istotny jest moment ustalenia ewentualnych wad czynności postępowania przygotowawczego. Jeśli jednak zostaną wykazane dopiero w zarzutach apelacyjnych, ich wpływ na zapadłe orzeczenie wydaje się wysoce wątpliwy.

Commentary to the Supreme Court decision of 28 March 2012, file no. I KZP 25/11

Abstract

The commentator presents her view on impacts of a formal defect in preliminary proceedings on the scope and content of appellate issues. Specifically, the defect is about taking further steps in the proceedings, while falling to issue a decision to reopen the discontinued inquiry upon entering an offence into a register of offences (Code of Criminal Procedure, Article 325 f., § 3).

Jerzy Duży

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. IV KK 426/13¹

Streszczenie

Głosowane orzeczenie dotyczy aktualnej wątpliwości odnoszącej się do poprawności kwalifikacji prawnej zachowań, które pozostają na styku prawa karnego i prawa karnego skarbowego.

Wystawienie nierzetelnej faktury realizuje znamiona art. 62 § 2 k.k.s., gdy chodzi o uniknięcie lub zmniejszenie podatku, a więc, gdy czyn godzi w obowiązek podatkowy. Jeśli natomiast działanie finguje (pozuje) powstanie takiego obowiązku, to nie może być mowy o wystawieniu nierzetelnej faktury w rozumieniu art. 62 § 2 k.k.s., lecz jest to zachowanie wyczerpujące znamiona art. 271 § 1 k.k.

Postanowieniem z dnia 25 lutego 2014 r. Sąd Najwyższy oddalił jako oczywiście bezzasadną kasację od wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 11 czerwca 2013 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 17 października 2012 r. z K., w sprawie J. K. skazanego z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz z art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. W orzeczeniu tym wyraził pogląd, że wystawienie nierzetelnej faktury realizuje znamiona art. 62 § 2 k.k.s., gdy chodzi o uniknięcie lub zmniejszenie podatku, a więc, gdy czyn godzi w obowiązek podatkowy. Jeśli natomiast działanie finguje (pozuje) powstanie takiego obowiązku, to nie może być mowy o wystawieniu nierzetelnej faktury w rozumieniu art. 62 § 2 k.k.s., lecz jest to zachowanie wyczerpujące znamiona art. 271 § 1 k.k. Jak stwierdził SN, w realiach rozpoznawanej sprawy faktury nie odzwierciedliły rzeczywistego legalnego obrotu, bo takiego w ogóle nie było, lecz służyły zalegalizowaniu korzyści pochodzących z popełnienia czynu zabronionego, co jasno wykazał już sąd I instancji. Niestety, Sąd Najwyższy nie rozwinął argumentacji prawnej zajętego stanowiska, odwołując się w tym zakresie wprost do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. II KK 20/13², i przytoczonych w nim judykatów.

¹ LEX nr 1441283.

² OSNKW 2013, nr 10, poz. 91.

Orzeczenie Sądu Najwyższego zasługuje na aprobatę. Zasadnie w uzasadnieniu zajętego stanowiska SN odwołał się do argumentacji zawartej w jego postanowieniu z dnia 10 lipca 2013 r. Niemniej, taki sposób uzasadnienia głosowanego postanowienia pozostawia pewien niedosyt. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r. nie wyczerpuje bowiem złożonej problematyki kwalifikacyjnej zjawiska wystawiania fikcyjnych faktur. W orzeczeniu tym rozstrzygano bowiem problem zachowań mogących wyczerpywać znamiona art. 286 § 1 k.k. bądź art. 76 § 1 k.k.s., a nie art. 62 § 2 k.k.s. i – odpowiednio – art. 271 § 1 k.k. Przytoczone w nim judykaty, a zwłaszcza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2004 r., sygn. V KK 248/03³, związane z wystawianiem fikcyjnych faktur, w uzasadnieniu tego orzeczenia stanowią środek dowodzenia tezy o wyczerpaniu przez sprawców rozpatrywanego zachowania sprawczego znamion przestępstwa oszustwa kwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k., a nie jako środek dowiedzenia tezy o powszechnym charakterze przestępstwa wystawienia fikcyjnej faktury (art. 271 § 1 k.k.), choć to oczywiście kwestie z sobą związane.

Niewątpliwie, bardzo wartościowe dla prawidłowej oceny prawnej zachowań sprawczych polegających na wystawianiu fikcyjnych faktur są te rozważania Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 lipca 2013 r., w których podważona została rola art. 108 ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług⁴, przypisywana w niektórych judykatach i części wypowiedzi doktryny dla uzasadnienia wyłącznie karnoskarbowego charakteru omawianych przestępstw. Sąd Najwyższy stwierdza bardzo jednoznacznie, że „w istocie występujący wówczas (w przypadku wykorzystania faktur fikcyjnych – uwaga autora) o zwrot różnicy między naliczonym a należnym VAT żądają zwrotu nadpłaty podatku, który w takiej sytuacji w ogóle nie powstał w obrocie gospodarczym, a wykazana w pustej fakturze jego kwota jest jedynie – jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych – kwotą podszywającą się pod ten podatek, niebędącą faktycznym podatkiem, zaś nakaz jej zapłaty przewidziany w art. 108 ust. 1 ustawy o VAT to w gruncie rzeczy jedynie sankcja finansowa za wystawienie faktury niezetelnej (pustej), a nie podatek w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Domagający się zatem w takich sytuacjach zwrotu nadpłaconego jakoby podatku, odnośnie do którego obowiązek podatkowy w ogóle nie powstał i którego nigdy nie odprowadzono, nie godzą tym samym w obowiązki podatkowe, których naruszenia penalizuje Kodeks karny skarbowy, lecz

³ OSNKW 2004, nr 5, poz. 51; OSP 2004, nr 12, poz. 161; Biul. SN 2004, nr 5, poz. 15; Wokanda 2005, nr 7–8, s. 34; POP 2006, nr 2, s. 38.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.

w mienie Skarbu Państwa, chcąc wyjąć z niego określoną, nienależną im, kwotę, co stanowi już przestępstwo powszechne⁵.

Pomimo fundamentalnej dla karnoprawnej oceny zjawiska wystawiania fikcyjnych faktur tezy Sądu Najwyższego, że wystawienie fikcyjnej faktury w opisywanym stanie faktycznym nie godzi w obowiązek podatkowy, zasadniczym przedmiotem orzeczenia z dnia 10 lipca 2013 r. jest jednak kwestia powszechnego charakteru przestępstwa oszustwa dokonywanego przez osobę, która tworzy albo współtworzy podmiot gospodarczy jedynie w celu wykorzystania procedury zwrotu nadpłaconego VAT i podejmuje działania dla osiągnięcia tego celu przez nabywanie lub podrabianie dokumentów związanych z tym podatkiem⁶. Sprawia to, że uwagi dotyczące ocen prawnych związanych z wystawianiem fikcyjnych faktur Sąd Najwyższy prowadzi w tym orzeczeniu tylko na marginesie głównych rozważań dotyczących znamion przestępstwa oszustwa. Wreszcie, orzeczenie z dnia 10 lipca 2013 r. różni od postanowienia z dnia 25 lipca 2014 r. stan faktyczny, a w konsekwencji częściowo także i mechanizm sprawczy.

Jak można domniemywać, stan faktyczny w sprawie będącej przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego w postanowieniu z dnia 25 lutego 2014 r. uprawnia do stwierdzenia, iż nakłaniający do wystawienia fikcyjnych faktur zamierzał do tego, by na ich podstawie wykorzystać inny wariant mechanizmu przestępczego polegającego na nadużyciu procedury podatku VAT, niezwiązany bezpośrednio z żądaniem zwrotu VAT. W tym przypadku korzyścią sprawcy nie byłby nieuprawniony zwrot podatku, a równowartość ceny za towar zawierającej VAT, który to VAT nie został zapłacony na poprzednich etapach obrotu (z uwagi na posłużenie się przez sprawców fikcyjnymi fakturami zakupu). Czyni to orzeczenie z dnia 10 lipca 2013 r. nie w pełni przystającym do stanu faktycznego sprawy będącej przedmiotem orzeczenia z dnia 25 lutego 2014 r. Podkreślenia wymaga, że ten ostatni wariant mechanizmu sprawczego występuje o wiele częściej, ponieważ jest trudniejszy do wykrycia. W takim wariantcie nadużycia mechanizmu podatku VAT sprawcy nie zawsze skupiają uwagę organów skarbowych. W przypadku występowania o zwrot znacznych sum organy skarbowe zawsze dokonują drobiazgowej weryfikacji podstaw takiego zwrotu.

Argumentacja zaprezentowana w orzeczeniu z dnia 10 lipca 2013 r. jest uniwersalna także dla innych wariantów mechanizmów sprawczych polegających na oszukańczym nadużyciu procedury podatku VAT, aniżeli tylko związanych z bezpośrednim żądaniem przez sprawców nieuprawnionego zwrotu⁷, ponieważ w każdym z tych przypadków mamy do czynienia ze

⁵ Patrz aprobująca glosa do tego orzeczenia L. Wilk a, OSP 2014, nr 4, poz. 36.

⁶ Patrz konkluzja uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r.

⁷ Odnotowania wymaga jednak pogląd, że w przypadku posłużenia się pustymi fakturami kosztowymi, za pomocą których sprawcy kompensują podatek należny, a sami nie żądają

sztucznym generowaniem obowiązku podatkowego w celu uszczuplenia mienia Skarbu Państwa za pomocą wprowadzenia w błąd organów skarbowych⁸. Niemniej, Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 lutego 2014 r. powinien zawrzeć w tej mierze stosowne uwagi, a także ewidentnie odwrócić proporcje w argumentacji na rzecz uczynienia z kwestii kwalifikacji prawnej wystawiania fikcyjnych faktur zasadniczej osi prowadzonego wywodu. Za niewystarczające z podanych powodów należy uznać tu proste odwołanie się do tez zawartych w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r. Wreszcie, zarówno orzeczenie z dnia 10 lipca 2013 r., jak i orzeczenie z dnia 25 lutego 2014 r. nie odnoszą się w ogóle do treści i argumentacji uchwały Sądu Najwyższego wydanej w składzie siedmiu sędziów z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12⁹. Przypomnijmy, że w orzeczeniu tym Sąd Najwyższy rozpoznał przedstawiony w trybie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym¹⁰ wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2013 r., sygn. BSA II – 4110–7/12¹¹, dotyczący następującego zagadnienia prawnego:

- czy reguły wyłączenia wielości ocen mają zastosowanie do regulacji zawartej w art. 8 k.k.s.;
- o ile zasadnym jest stosowanie reguł wyłączenia wielości ocen, czy art. 76 § 1 k.k.s. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 286 § 1 k.k.”.

W konsekwencji Sąd Najwyższy podjął uchwałę (sygn. I KZP 19/12), stwierdzając, że „reguły wyłączenia wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.”. Sąd Najwyższy odrzucił tu większościowe zdanie doktryny¹² o ogólnosystemowym charakterze reguł wyłączenia wielości ocen, co sprawiałoby, że mają one zastosowanie także na gruncie art. 8 k.k.s. Takie założenie zdawało się potwierdzać szereg orzeczeń sądowych dotyczących wzajemnych relacji art. 62 § 2 k.k.s. i art. 271 § 1 k.k. oraz art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k. (por. zwłaszcza wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia

jego zwrotu, nie zostaje wyczerpane konstytutywne dla przestępstwa oszustwa znamię niekorzystnego rozporządzenia mieniem z uwagi, jak twierdzą jego autorzy, na brak elementu zadysonowania mieniem przez odpowiedni organ podatkowy – zob. szerzej M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. III, pod red. A. Zolla, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 287; P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 561.

⁸ Por. L. Wilk, Glosa..., *op. cit.*, s. 474.

⁹ OSNKW 2013, nr 2, poz. 13.

¹⁰ Tekst. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 499 ze zm.

¹¹ Wniosek został opublikowany na stronach internetowych Sądu Najwyższego.

¹² Zob. szerzej P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 344–345 i powołaną tam literaturę.

2008 r., V KK 76/08, LEX nr 449041 i z dnia 19 marca 2008 r., sygn. II KK 347/07, LEX nr 388503). Sąd Najwyższy, pomimo ograniczenia treści uchwały do kontekstu zbiegu art. 286 § 1 k.k. i art. 76 § 1 k.k.s., dał w niej asumpt do bardzo szerokiego traktowania czynów o różnym charakterze, dokonywanych na tle różniących się stanów faktycznych, co do których mogą istnieć nawet odmienne powody ich kryminalizacji jako podlegających (zawsze) idealnemu zbiegowi z art. 8 k.k.s.¹³. Wydając orzeczenia w dniach 10 lipca 2013 r. i z dnia 25 lutego 2014 r., albo temu zaprzeczył, albo uznał, że w opisywanym przypadku nie zachodzi idealny zbieg czynów z art. 8 k.k.s., o którym mowa w uchwale. Sąd Najwyższy miał pełne prawo tak uczynić, zwłaszcza w realiach określonych stanów faktycznych, niemniej powinien wyjaśnić motywy, jakimi się kierował, a nie uzasadniać orzeczeń tak, jakby powołana wyżej uchwała w ogóle nie zapadła.

Podniesione uwagi krytyczne wynikają z bogactwa problematyki, której dotyczy w glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy. Nie zmienia to jednoznacznie pozytywnej oceny przyjętej przez Sąd podstawy rozstrzygnięcia, zgodnie z którą wystawienie nierzetelnej faktury realizuje znamiona art. 62 § 2 k.k.s., gdy chodzi o uniknięcie lub zmniejszenie podatku, a więc gdy czyn godzi w obowiązek podatkowy. Jeśli natomiast działanie figuruje (pozuje) powstanie takiego obowiązku, to nie może być mowy o wystawieniu nierzetelnej faktury w rozumieniu art. 62 § 2 k.k.s., lecz jest to zachowanie wyczerpujące znamiona art. 271 § 1 k.k. W kolejnych judykatach poświęconych problemowi kwalifikacji prawnej zjawiska fikcyjnych faktur i związanego z nim oszustwa Sąd Najwyższy powinien jednak domknąć argumentację prawną zajętego w orzeczeniach z dnia 10 lipca 2013 r. i 25 lutego 2014 r. stanowiska.

Commentary to the Supreme Court decision of 25 February 2014, file no. IV KK 426/13

Abstract

The commented decision touches upon present doubts as to correctness of legal classification of behaviours where criminal law meets criminal tax law.

¹³ Zob. szerzej J. Duży, Glosa do uchwały z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, Państwo i Prawo 2014, nr 7, s. 135.

Marcin Przestrzelski

Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. II AKz 113/13¹

Streszczenie

Glosator poddaje krytyce pogląd Sądu Apelacyjnego w Krakowie, według którego regulacja art. 106b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe powinna być stosowana także do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Wskazuje, że wobec zmiany stanu prawnego teza Sądu Apelacyjnego w Krakowie straciła już aktualność, ale ponadto wywodzi, iż nawet na gruncie przepisów obowiązujących w czasie wydawania glosowanego orzeczenia nie było podstaw do jej sformułowania.

Tajemnica bankowa nie jest przywilejem banku, zezwalającym mu na uchylanie się od informowania o swej działalności, ale jest prawem podmiotowym osoby, która powierza bankowi (instytucji kredytowej działającej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej) informacje związane z dokonywaniem czynności, do żądania ochrony przed bezprawnym ujawnieniem tych informacji innej osobie. Unormowanie art. 106b wyżej wymienionej ustawy odnosi się do banków, bo zostało umieszczone w akcie normatywnym określającym funkcjonowanie tych podmiotów gospodarczych, ale powinno być stosowane także do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, którym również są powierzane informacje związane z operacjami pieniężnymi, a to z zawieranymi przez kasę umowami kredytowymi, czy z umowami pożyczki itp.

Działalność tych kas polega m.in. na gromadzeniu środków pieniężnych ich członków, udzielaniu im pożyczek i kredytów oraz przeprowadzaniu na ich zlecenie rozliczeń finansowych. Do umów i rozliczeń z tym związanych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych). Prowadzona przez kasy działalność kredytowa należy do zakresu czynności bankowych (art. 5 ust. 1 pkt 3 prawa bankowego) i nie odbiega od zasad, którymi kierują się banki. Nie ma zatem racjonalnych podstaw, by różnicować sytuację prawną klientów banków

¹ LEX nr 1360504; KZS 2013, nr 6, poz. 94.

oraz kas i odmawiać ochrony klientom kas, którzy także mają prawo do poszanowania ich prywatności. Odmienna interpretacja prawa prowadziłaby do nieuzasadnionej dyskryminacji osób korzystających z usług kas, którym ustawodawca zezwolił na wykonywanie czynności bankowych na zasadach ustalonych dla banków, to zaś naruszałoby konstytucyjną równość wobec prawa i podważałoby zaufanie do państwa.

Przytoczona wyżej, obszerna teza glosowanego orzeczenia została sformułowana na gruncie następującego stanu faktycznego. Postanowieniem z dnia 22 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w K. nie uwzględnił wniosku prokuratora o wyrażenie zgody na udzielenie przez SKOK w ZWCH „S.” S.A. z siedzibą w G. W., w formie elektronicznej i pisemnej, informacji dotyczącej składania w oddziałach tej instytucji kredytowej wniosków o przyznanie kredytów i pożyczek przez osoby wymienione przez prokuratora, a to w związku z toczącym się postępowaniem przygotowawczym prowadzonym przeciwko R. W. i innym o przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. i inne. Na skutek zażalenia prokuratora, postanowieniem z dnia 18 kwietnia 2013 r., Sąd Apelacyjny w Krakowie uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, wywodząc w uzasadnieniu, że przepisy normujące problematykę tajemnicy bankowej muszą być odczytywane przez pryzmat regulacji zamieszczonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności w kontekście zasady ochrony prawa do prywatności gwarantowanego przez art. 47 Konstytucji RP, prawa do ochrony informacji przewidzianego w art. 51 Konstytucji RP, będącego komponentem prawa do prywatności, a także zasady równości wszystkich obywateli wobec prawa wyartykułowanej w art. 32 Konstytucji RP, wedle którego każdy obywatel w analogicznych sytuacjach powinien być jednakowo potraktowany przez władze publiczne. Tajemnicę bankową należy zatem rozumieć nie jako przywilej banku, ale jako prawo podmiotowe każdej osoby, która udostępnia bankowi (instytucji kredytowej działającej na terenie Rzeczypospolitej) informacje w związku z zamiarem dokonania z bankiem czynności bankowej, do żądania ochrony przed bezprawnym ujawnieniem tych informacji osobie trzeciej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie brak jest przeciwwskazań zarówno o charakterze normatywnym, jak i celowościowym, do zastosowania instytucji tajemnicy bankowej w dostępie do informacji będących w posiadaniu spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. W konsekwencji, rozważając kwestię zastosowania przepisu art. 106b ustawy – Prawo bankowe do zasad udostępniania przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe danych uzyskanych od osób korzystających lub chcących skorzystać z usług oferowanych przez kasę, trzeba mieć na uwadze prawa klienta przedmiotowej instytucji kredytowej związane z ochroną poufności dotyczących go informacji, a nie tylko literalne brzmienie powyższej regulacji.

Głosowane orzeczenie dotyczy przypadku wystąpienia przez prokuratora z wnioskiem o zwolnienie z tajemnicy bankowej spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w trybie art. 106b Prawa bankowego². Niestety, teza postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie może tylko utwierdzać błędne przekonanie o zasadności takiego wniosku i z tego względu zasługuje na kilka krytycznych uwag.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, że przedmiotowe postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie zapadło na gruncie przepisów ustawy o s.k.o.k.³ w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 19 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz niektórych innych ustaw⁴. Z oczywistych względów nie mogło zatem uwzględnić obowiązujących od dnia 12 czerwca 2013 r. przepisów art. 9e i 9f ustawy o s.k.o.k. Zgodnie zaś z art. 9e ust. 1 tej ustawy spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa jest obowiązana do zachowania tajemnicy zawodowej obejmującej wszystkie informacje dotyczące czynności, o których mowa w art. 3 ust. 1⁵, w tym także informacje uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której kasa tę czynność wykonuje. Na spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych ciąży zatem tajemnica zawodowa określona w art. 9e ust. 1 ustawy o s.k.o.k., a nie tajemnica bankowa, przy czym stosownie do art. 9f ust. 1 pkt 13 ustawy o s.k.o.k. nie narusza obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 9e ust. 1, przekazywanie informacji objętej tajemnicą zawodową na żądanie sądu lub prokuratora w związku z toczącym się postępowaniem o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. W konsekwencji trzeba stwierdzić, że obecnie uzyskanie informacji objętych tą tajemnicą następuje w oparciu o art. 9f ust. 1 pkt 13 ustawy o s.k.o.k., a nie art. 106b Prawa bankowego. Zmiana ustawy sprawiła zatem, że teza głosowanego orzeczenia całkowicie utraciła swoją aktualność. I na tym w zasadzie można by zaprzestać dalszych uwag, gdyby nie fakt, że Sąd Apelacyjny w Krakowie dopuścił się w swym orzeczeniu błędów w zakresie wykładni i stosowania prawa. Błędy te powodują natomiast, że postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie jest wadliwe nawet na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego.

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1450 ze zm.).

⁴ Dz. U. z 2013 r., poz. 613.

⁵ Chodzi o wskazane w tym przepisie gromadzenie przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia na zasadach określonych w ustawie z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

Zgodnie z art. 2 ustawy o s.k.o.k., spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa jest spółdzielnią, do której w zakresie nie uregulowanym odmiennie tą ustawą stosuje się przepisy Prawa spółdzielczego⁶. Podstawy funkcjonowania spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych określają zatem przede wszystkim przepisy dwóch wskazanych wyżej ustaw.

Jednocześnie ustawa o s.k.o.k. zawiera tylko dwa przepisy zawierające odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów Prawa bankowego. Pierwszym z tych przepisów jest art. 3 ust. 2, zgodnie z którym do rozliczeń, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o s.k.o.k., stosuje się odpowiednio przepisy Prawa bankowego o bankowych rozliczeniach pieniężnych oraz przepisy ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych⁷ w zakresie świadczenia usług płatniczych. Drugi przepis to art. 36 ust. 2, w myśl którego do umów kredytowych zawieranych przez kasy stosuje się odpowiednio przepisy art. 69, art. 70 oraz art. 74–78 Prawa bankowego. Przepisy Prawa bankowego należy więc stosować w odniesieniu do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych tylko w przedstawionym zakresie.

Prawdą jest, że działalność spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych odpowiada treściowo niektórym czynnościom bankowym. Kasy nie mogą być jednak z tego powodu traktowane na równi z bankami.

O całkowitej odrębności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych od banków świadczy przede wszystkim art. 3 pkt 2 Prawa bankowego, w myśl którego spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową należy uznać za „jednostkę organizacyjną, która na podstawie odrębnej ustawy gromadzi oszczędności oraz udziela pożyczek pieniężnych osobom fizycznym zrzeszonym w tej jednostce”. W piśmiennictwie spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe uznawane są za szczególnego rodzaju instytucje depozytowo-kredytowe⁸.

Stwierdzić jednocześnie trzeba, że wykonywanie czynności bankowych przez dany podmiot nie przesądza samo w sobie o możliwości stosowania do niego przepisów Prawa bankowego. Przekonuje o tym treść art. 5 ust. 5 Prawa bankowego, zgodnie z którym jednostki organizacyjne inne niż banki mogą wykonywać czynności bankowe, jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają je do tego. Oznacza to, że w odniesieniu do innych niż banki jednostek organizacyjnych źródło uprawnienia do wykonywania czynności bankowych nigdy nie będzie wynikało z Prawa bankowego, lecz musi istnieć

⁶ Ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1443 ze zm.).

⁷ Dz. U. Nr 199, poz. 1175 ze zm.

⁸ Zob.: W. Srokosz, Zmiany w systemie SKOK – nowa ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych z 2009 r., *Monitor Prawa Bankowego* 2010, nr 1, s. 64; Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2011, s. 51; tegoż, *Prawo bankowe. Komentarz*, LEX 2013, s. 54.

wyraźny, odrębny od Prawa bankowego przepis zawierający takie uprawnienie. W przypadku spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych takim przepisem jest art. 3 ust. 1 ustawy o s.k.o.k.

Biorąc to pod uwagę, nawet przed wejściem w życie przepisów art. 9e i 9f ustawy o s.k.o.k. nieuprawnione było stwierdzenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, zgodnie z którym unormowanie art. 106b Prawa bankowego powinno być stosowane także do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Fakt wykonywania przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe czynności bankowych nie oznacza bowiem, że można stosować do nich dowolne przepisy Prawa bankowego. Jak wskazano wyżej, zakres stosowania przepisów Prawa bankowego jest ściśle określony w ustawie o s.k.o.k. i bez odpowiedniej delegacji ustawowej nie można tego zakresu w sposób swobodny rozszerzać.

Nietrafność tezy głosowanego orzeczenia potwierdza dodatkowo treść art. 104 ust. 1 Prawa bankowego, który określa zakres podmiotowy tajemnicy bankowej. Przepis ten stanowi, że bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Podmiotami zobowiązanymi do zachowania tajemnicy bankowej są zatem: sam bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe⁹. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że również spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa jest podmiotem, na którym kiedykolwiek ciążył obowiązek zachowania tajemnicy bankowej określony w art. 104 ust. 1 Prawa bankowego. Spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa nie została bowiem wymieniona w tym przepisie, a jednocześnie nie istniała nigdy jakakolwiek regulacja, na mocy której obowiązek zachowania tajemnicy bankowej należałoby rozciągnąć także na ten podmiot.

Formułując swoją tezę, Sąd Apelacyjny w Krakowie dokonał więc wykładni prawotwórczej. Tymczasem żaden sąd nie może wkraczać w kompetencje władzy ustawodawczej i – pod pozorem dokonywania wykładni określonego przepisu prawa lub interpretacji wzajemnego stosunku przepisów prawa – tworzyć, w istocie, zupełnie nowej treści analizowanych przepisów lub zaprzeczać wynikającej wyraźnie z treści ustawy ich wzajemnej relacji¹⁰.

⁹ Do tej ostatniej grupy osób zalicza się np. ekspertów oceniających sytuację finansową klienta, autorów opinii o projektach umów zawieranych przez bank, czy producentów kart płatniczych – zob. M. Siwiec, *Tajemnica bankowa w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2003, nr 5, s. 31.

¹⁰ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 1999 r., sygn. I KZP 15/98, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 1 i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. I KZP 31/09, LEX nr 558100.

Zakaz wykładni prawotwórczej to jedna z podstawowych dyrektyw wykładni przepisów prawa¹¹. Dostrzegając niedostatki regulacji prawnych obowiązujących w czasie orzekania, w tym zwłaszcza ich niezgodność z przepisami art. 32, art. 47 i art. 51 Konstytucji RP, Sąd Apelacyjny w Krakowie nie powinien był zatem dokonywać wykładni art. 106b Prawa bankowego w przedstawiony przez siebie sposób, lecz skorzystać raczej z określonej w art. 193 Konstytucji RP instytucji pytania prawnego i pozostawić tę kwestię do rozstrzygnięcia Trybunałowi Konstytucyjnemu.

Dziś wiemy już, że rozwiązanie problemu nastąpiłoby niespełna dwa miesiące później, za sprawą wspominanej już nowelizacji z dnia 12 czerwca 2013 r., na mocy której czynności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych objęto tajemnicą zawodową. Nowelizacja ta jest zresztą ostatecznym potwierdzeniem bezzasadności stanowiska Sądu Apelacyjnego w Krakowie. Jej uchwalenie oznacza, że wcześniej nie było podstaw do stosowania przepisów o tajemnicy bankowej w odniesieniu do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Gdyby było inaczej, ustanawianie tajemnicy zawodowej, odpowiadającej treściowo tajemnicy bankowej¹², byłoby przecież całkowicie zbędne.

Teza głosowanego postanowienia jest więc nie tylko nieaktualna, ale była też błędna na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów. Dlatego też w żadnej mierze nie zasługuje na aprobatę.

Commentary to the decision issued by the Court of Appeal in Cracow on 18 April 2013, file no. II AKz 113/13

Abstract

The commentator disapproves the view of the Court of Appeal in Cracow that Article 106b of the Act of 29 August 1997 – The Banking Law should also apply to Cooperative Savings and Credit Unions. The commentator not only indicates that recent legislative changes have rendered the reasons behind the Court's decision invalid, but also points out that legislation in force at the time the case was decided gave no grounds for accepting the Court's reasoning.

¹¹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 2010 r., sygn. II KK 27/10, LEX nr 619606.

¹² Por. art. 104 ust. 1 Prawa bankowego i art. 9e ust. 1 ustawy o s.k.o.k.

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Piotr Chlebowicz

Konferencja szkoleniowa „Analiza śledcza” (17–18 listopada 2014 r., Warszawa)

W dniach 17–18 listopada 2014 r. Departament Organizacji Pracy, Wizytacji i Systemów Informatycznych Prokuratury Generalnej zorganizował konferencję szkoleniową pt. „Analiza śledcza”. Oprócz wykładowców udział w niej wzięli prokuratorzy, w szczególności kierownicy komórek organizacyjnych Prokuratur Okręgowych i Apelacyjnych do spraw informatyzacji i analiz oraz analitycy kryminalni funkcjonujący w strukturach prokuratury. Ponadto, w konferencji uczestniczyli przedstawiciele Komisji Nadzoru Finansowego oraz funkcjonariusze służb policyjnych i specjalnych, między innymi ABW, CBA i Policji.

Celem tego przedsięwzięcia była z jednej strony popularyzacja wiedzy dotyczącej wykorzystania technik z zakresu analizy informacji (w tym różnych postaci i odmian analizy kryminalnej) w prowadzonych postępowaniach karnych, z drugiej zaś zainicjowanie dyskusji dotyczącej kierunków rozwoju analizy kryminalnej oraz analizy śledczej w organach prokuratorskich.

Temat konferencji „Analiza śledcza” określił główny przedmiot obrad. Warto w tym miejscu podkreślić, że analiza śledcza nie jest tożsama z pojęciem analizy kryminalnej. Zdaniem organizatorów analiza śledczej posiada swoją specyfikę. Ma ona przejawiać się w tym, że po pierwsze koncentruje się przede wszystkim na analizie materiału dowodowego zgromadzonego w konkretnym postępowaniu karnym, a po drugie odnosi się do argumentów, które uzasadniają przyjęcie określonego stanu faktycznego. Wydaje się zatem, że koncepcja analizy śledczej nawiązuje w pewnym stopniu do technik analitycznych stosowanych w ramach operacyjnej analizy kryminalnej, lecz ogranicza się tylko do analizy materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy karnej. W związku z tym powstaje szereg szczegółowych problemów, które dotyczą takich kwestii, jak na przykład status procesowy analityka, charakter dokumentu, który zawiera analizę itd.

W nawiązaniu do powyższego trzeba jeszcze wskazać, że proces wdrażania analizy śledczej będzie wymagał udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące ukształtowania otoczenia instytucjonalnego analityków prokuratorskich. Wiąże się to między innymi z określeniem zakresu kompetencji kierowników komórek informatyczno-analitycznych, sposobów korzystania z baz danych, zarówno wewnętrznych jak i zewnętrznych, zdefiniowania oczekiwań prokuratora-referenta wobec analityków. Nie ulega jednak wątpliwości, iż rola analityków i informatyków jako podmiotów udzielających wsparcia prokuratorowi będzie nabierała coraz większego znaczenia. Wniosek ten płynie nie tylko z rozwoju społeczeństwa informacyjnego oraz przekształcania się technik przestępczych i *modus operandi* (choćby cyberprzestępczość, przestępczość typu *white collar*, w szczególności w obszarze gospodarczym), ale także wymuszają tę rolę zmiany w procedurze karnej. Zmiana roli prokuratora w nowym modelu postępowania karnego, która wzmacnia zasadę kontrydiktoryjności, wymusza na prokuraturze poszukiwanie nowych rozwiązań, które usprawnią efektywność postępowania dowodowego.

Miejscem obrad była sala konferencyjna – Aula Prokuratury Generalnej. Moderatorem konferencji był prokurator Stanisław Czarnecki.

Po oficjalnym otwarciu konferencji przez Zastępcę Prokuratora Generalnego, Roberta Hernandę, oraz wystąpieniach zaproszonych gości, część merytoryczną rozpoczął profesor Tadeusz Tomaszewski (Uniwersytet Warszawski) wystąpieniem pod tytułem „Kierunki rozwoju kryminalistyki – dylematy współczesnej kryminalistyki”. Przedstawił on problemy odnoszące się głównie do kwestii praktycznych związanych z powołaniem biegłego. Zagadnienia teoretyczne były kontynuowane przez drugiego prelegenta, prof. Tadeusza Widłę (Uniwersytet Śląski), który omówił problematykę wnioskowań w opiniowaniu w postępowaniu karnym.

Ostatnie wystąpienie w tej części konferencji pod tytułem „Prawnodowodowy charakter wyników analizy śledczej” zostało wygłoszone przez prof. Krzysztofa Woźniewskiego (Uniwersytet Gdański). Autor podkreślił, że z jednej strony można mówić o czynności kryminalistycznej, która nabiera znaczenia dowodowego, z drugiej zaś przegląd orzecznictwa pozwala na przyjęcie tezy, że wynik analizy kryminalnej stanowi dowód. W konkluzji referent podniósł, że efekt analizy kryminalnej w postaci raportu, który zawiera „zestaw określonych faktów”, jest w szerokim znaczeniu środkiem dowodowym. Referent nie odnosił się do różnicy pomiędzy analizą kryminalną i analizą śledczą, przy czym wydaje się, że prof. K. Woźniewski rozumiał analizę śledczą jako część analizy kryminalnej, która może mieć zastosowanie w obszarze procesu karnego.

Po przerwie prof. Jerzy Konieczny (Uniwersytet Opolski) wygłosił wykład pod tytułem „Analiza śledcza w systemie analizy informacji”. Autor w szczególności przedstawił koncepcję analizy śledczej, odwołując się przy tym do współczesnych poglądów doktryny anglosaskiej. Przedmiotem sporu

w dalszej części konferencji był pogląd, według którego tzw. podejście naracyjne jest lepsze niż tradycyjna koncepcja wersji śledczych.

Interesujący referat „Poszukiwanie dowodów w Internecie z uwzględnieniem *Deep* i *Dark Web*” wygłosił dr Krystian Mączka (Politechnika Śląska). Przedstawił on mechanizm niektórych ataków na komputery i przypadki posługiwania się komputerami osób trzecich do popełniania przestępstw. Wystąpienie było ponadto wzbogacone studiami przypadków, np. omówiono problematykę tzw. bitcoinów oraz nielegalnego portalu *Silk Road*. Referent wskazał elementy w działaniu sprawców, które mogły być wykorzystane w celach wykrywczych i procesowych. Ostatnim prelegentem w pierwszym dniu konferencji był R. Wąchała (KNF), który omówił węzłowe zagadnienia związane z analizą rynku kapitałowego.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się wykładem prokuratora Waldemara Szelałagowskiego (Prokuratura Apelacyjna w Gdańsku) na temat analiz spraw umorzonych z powodu niewykrycia sprawcy. Wystąpienie to zobrazowało możliwości stosowania technik analitycznych w sprawach karnych, które dotąd uważano za zamknięte. Referent omówił ponadto sprawę Piotra T., przedstawiając mechanizm wykrycia sprawcy. Kwestie analityczne były także przedmiotem referatu prokuratora Krzysztofa Sokorskiego, a następnie analityka Prokuratury Okręgowej w Tarnowie, Mariusza Ptaka. Podkreślano konieczność zabezpieczania nośników dowodów elektronicznych podczas czynności procesowych, wskazywano możliwości dowodowe i wykrywcze zabezpieczonych na potrzeby postępowania urzędów elektronicznych na przykład smartfonów.

Dr Piotr Chlebowicz (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski) omówił wyniki badań prowadzonych wspólnie z dr hab. W. Filipkowskim, które dotyczyły praktyki funkcjonowania analizy kryminalnej w polskich służbach policyjnych. Podczas wystąpienia referent skoncentrował się między innymi na próbie określenia kształtu prokuratorskich struktur analitycznych. Kolejny prelegent, Krzysztof Mucha (KNF), w szczegółowy sposób omówił niektóre aspekty rozpoznawania i ujawniania informacji o nieprawidłowościach w działalności organów administracji publicznej.

Ostatnie wystąpienie dotyczyło ponownie analizy śledczej. Tym razem profesor Jerzy Konieczny oraz magister Anna Ibek (Akademia Krakowska im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego) przedstawili uczestnikom spotkania metodę argumentacji opartej na koncepcji H. J. Wigmore’a. W dyskusji wzięli udział prof. Maciej Szostak (UWr) i prof. Tadeusz Widła.

Na zakończenie głos zabrali: Marek Jamrogowicz, Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego, Zbigniew Górarczyk, Dyrektor Departamentu ds. Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji PG, a także Zastępca Dyrektora Departamentu Organizacji Pracy Wizytacji i Systemów Informatycznych PG, Krzysztof Wójcik. Wyrażono opinię o potrzebie rozwijania koncepcji analizy śledczej w obrębie prokuratury.

Alfred Staszak

**Jubileuszowe, X seminarium kryminalistyczne
nt. „Nauki sądowe wobec kontradiktoryjnego
procesu karnego”
(Jesionka, 14–16 maja 2014 r.)**

Zielonogórska prokuratura wspólnie z Krajową Szkołą Sądownictwa i Prokuratury już po raz dziesiąty w dniach od 14 do 16 maja 2014 r. zorganizowała ogólnopolskie seminarium kryminalistyczne dla sędziów i prokuratorów. Podobnie jak w latach ubiegłych, seminarium łączyło wszystkie nauki sądowe pod nośnym i bardzo aktualnym hasłem „Nauki sądowe wobec kontradiktoryjnego procesu karnego” i zostało objęte honorowym patronatem Prokuratora Generalnego – Andrzeja Seremeta, którego reprezentował jego zastępca Robert Hernand.

Seminarium zgromadziło wybitne grono osób zajmujących się na co dzień nie tylko naukami sądowymi, ale także kwestiami związanymi z procesem karnym, zarówno od strony czysto teoretycznej, jak i praktycznej.

Z inauguracyjnym wykładem wystąpił profesor Stanisław Waltoś, członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, który określił ramy procesu karnego w znowelizowanych przepisach. Wskazał, że pod pojęciem „kontradiktoryjnego procesu” kryje się skrót myślowy odnoszący się do sporu prowadzonego przed sędzią pełniącym w nim jedynie rolę bezstronnego arbitra. W takim procesie szczególną rolę odgrywać będzie aktywność stron procesowych, także w zakresie zadawania pytań biegłym, których rola powinna być na nowo zdefiniowana.

Zagadnieniom związanym z najnowszymi możliwościami genetyki sądowej poświęcony został wykład profesora Tomasza Grzybowskiego z Zakładu Genetyki Molekularnej i Sądowej Katedry Medycyny Sądowej Collegium Medicum UMK w Toruniu. Już nie ulega wątpliwości, że współczesna genetyka sądowa pozwala na przesunięcie granic przedawnienia karalności przestępstwa o 10 000 lat, bo właśnie tyle utrzymuje się materiał genetyczny *post mortem*. Równie twórcza idea podniesiona podczas tego wykładu dotyczyła możliwości predykcji (przewidywania) na podstawie badań genetycznych śladów z miejsca zdarzenia koloru skóry sprawcy, jego wagi, wieku w chwili czynu i innych cech wyglądu zewnętrznego, a nawet niektórych jego cech psychicznych. W tym kierunku prowadzone są badania naukowe, a ich wstępne wyniki są oceniane jako obiecujące.

Faktycznym możliwościom oraz problemom opiniowania o prawdopodobieństwie popełnienia czynu zabronionego poświęcony został wykład profesora Janusza Heitzmana z Instytutu Psychiatrii Sądowej w Warszawie. W kontekście uchwalonej przez Sejm ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. Nr 7, poz. 24) przewidywanie to nabrało szczególnego charakteru, gdyż na biegłych nałożono obowiązek opiniowania o zdarzeniach przyszłych odnoszących się do sfery psychicznej człowieka.

Doktor hab. Grzegorz Teresiński z Uniwersytetu Medycznego w Lublinie przybliżył uczestnikom seminarium możliwości zastosowania nowoczesnych technologii informatycznych i praktycznych możliwości wykorzystania funkcjonujących na świecie komputerowych baz danych w zakresie odtwarzania mechanizmów powstania urazów podczas upadków z wysokości oraz wypadków komunikacyjnych.

Następnego dnia seminaryjnych obrad profesor Tadeusz Tomaszewski z Katedry Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji UW w swoim wykładzie wskazał na problemy wynikające z braku ustawy o biegłych w kontekście ich udziału w kontradiktoryjnym procesie. Obecnie bowiem, co podkreślił ten wykładowca, problem biegłych to nie kwestia wiedzy specjalnej posiadanej przez biegłego wydającego opinię na zlecenie organu procesowego lub jednej ze stron, ale także precyzyjnego określenia umiejętności, które biegły musi posiadać.

W świat wirtualnej zbrodni wprowadził uczestników seminarium dr Krzysztof Maksymowicz z Katedry Medycyny Sądowej UM we Wrocławiu. Dzięki zastosowaniu skanerów 3D pokazał, a nawet „wprowadził” wszystkich obecnych w wirtualne miejsce przestępstwa. Jednocześnie podkreślił, jaki postęp zrobiła nauka w ciągu ostatnich 5 lat, kiedy inspirowany zielonogórskim seminarium odbywającym się wówczas pod hasłem „Diagnostyka maskowanego zabójstwa” mówił o skanerach 3D i przedstawiał wówczas „donesienia wstępne”, opierając się tylko na zagranicznych opracowaniach naukowych.

Profesor Józef Wójcikiewicz z Uniwersytetu Jagiellońskiego w kolejnym wykładzie wskazał na epistemologiczne ograniczenia poznania naukowego w procesie karnym. Nauka nie stoi w miejscu, ciągle się rozwija, a tempo tego rozwoju wielu dziedzinach jest bardzo duże. Zanim jednak „nauka stanie przed sądem”, musi ona przejść określoną drogę weryfikowalności, sprawdzalności i powtarzalności po to tylko, aby mogła zostać zaakceptowana jako jedna z przesłanek pozwalających sądowi na przyjęcie sprawstwa określonej osoby, a co za tym idzie wymierzenia jej sprawiedliwej kary.

Kolejny wykład poświęcony został wartości dowodowej przesłuchania dzieci. Pani profesor Violetta Kwiatkowska-Wójcikiewicz z Katedry Krymina-

listyki UMK w Toruniu – odwołując się do aksjologicznych założeń – przypomniała słuchaczom, że przesłuchanie dziecka jako świadka zawsze ma wyjątkową wartość jako źródło dowodowe, gdyż nie jest skażone żadną negatywną motywacją.

Na nowe podejście do kwestii opiniowania w kontradiktoryjnym procesie karnym wskazał profesor Tadeusz Widła z Uniwersytetu Śląskiego. Stwierdził, że opinia prywatna będzie mogła być zaliczona w poczet materiału dowodowego jako dowód z dokumentu, a nie jako klasyczna ekspertyza – opinia biegłych. Pomimo wielu zastrzeżeń i ograniczeń o charakterze procesowym opinie prywatne mogą wnieść do procesu ogromną „wartość dodaną” i w ten sposób przyczynić się do uzyskania sprawiedliwego wyroku.

Sprawiedliwy wyrok to także rzetelna opinia biegłych psychiatrów. W nauce nie można opierać się na wielkich autorytetach, bo wówczas mamy „wielkie opinie”, gdy chodzi nam wszystkim o to, aby opinia była prawidłowa. To podstawowy wniosek z wykładu dr Jerzego Pobochoy z Polskiego Towarzystwa Psychiatrii Sądowej.

Podobnie odważną tezę zawarł w swoim wykładzie prokurator Krzysztof Wójcik z Prokuratury Generalnej, stwierdzając, że obecnie jedyną reakcją państwa na patologię życia społecznego jest zmiana prawa. Nie wykorzystuje się natomiast tego systemu prawnego, który jest i tych możliwości, które daje obecny system.

W swoich refleksjach na temat kontradiktoryjnego procesu karnego profesor Piotr Girdwoyń wskazał z kolei, że różne czynniki i postawy uczestników procesu wpływają na jego ostateczny kształt. Zauważył, że w głównym nurcie problematyki związanej z kontradiktoryjnym procesem karnym jest fundamentalne pytanie „czy ustawodawca i wszyscy uczestnicy tego procesu karnego będą właściwie rozumieli praktyczne skutki nowelizowanych przepisów?” Co zrobić w sytuacji, gdy sprawca przestępstwa nie broni się rozsądnie, bo nie walczy o niesłuszne uniewinnienie i chce zatem dla siebie sprawiedliwej kary? Co zrobić, gdy oskarżony, nie będąc sprawcą przestępstwa, będzie domagał się dla siebie surowej kary? Na większość pytań zadanych podczas tego wykładu do dnia dzisiejszego nie ma jednak żadnej odpowiedzi.

Modelowe śledztwo, z wykorzystaniem osiągnięć współczesnej nauki, przedstawił w ostatnim wykładzie prokurator Robert Wypych z Prokuratury Okręgowej w Częstochowie, który kierował pracami zespołu śledczego w sprawie katastrofy kolejowej pod Szczekocinami. Przedstawił on warunki pracy prokuratorów na miejscu zdarzenia, podczas trwającej równolegle w wielu miejscach akcji ratunkowej angażującej ogromne ilości sił i środków wszystkich służb ratunkowych. Wskazał na efekty współpracy prokuratora z Policją i komisją badania wypadków kolejowych. Finalnym, ale bardzo mocnym akcentem tego wystąpienia i całego seminarium była komputerowa

wizualizacja wszystkich zdarzeń, które doprowadziły do największej w ostatnich latach katastrofy kolejowej w Polsce.

Wszyscy uczestnicy Jubileuszowego Seminarium Kryminalistycznego odbywającego się pod nośnym i bardzo aktualnym hasłem „Nauki sądowe wobec kontradiktoryjnego procesu karnego” podkreślali jego wysoki poziom merytoryczny i organizacyjny. Zarówno wykładowcy, jak i biorący w nim udział sędziowie sądów okręgu zielonogórskiego oraz prokuratorzy z apelacji: poznańskiej, łódzkiej, szczecińskiej, wrocławskiej i warszawskiej w prowadzonych dyskusjach plenarnych i kuluarowych podkreślali, że kontradiktoryjny proces karny nie zaczyna się na sali sądowej, ale w momencie podjęcia przez właściwe organy pierwszych czynności procesowych na miejscu zdarzenia. Uczestnicy seminarium zgodnie stwierdzili, że ze szkodą dla znowelizowanego kształtu procesu karnego zapomnieli o tym, jak by się wydawało z pozoru oczywistym fakcie, członkowie Komisji Kodyfikacyjnej.

Nie ulega jednak wątpliwości, że Seminarium przybliżyło wszystkim uczestnikom kluczowe założenia reformy procedury karnej, w często pomijanym lub marginalizowanym aspekcie nauk sądowych, a co zatem idzie, spełniło swój podstawowy cel.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Generalnej pod adresem www.pg.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy nieodpłatnie, w formacie pdf, pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikat

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 2012 r., poz. 877 oraz z 2013 r., poz. 191) 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 1753, przyznając 6 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:

<http://www.bip.nauka.gov.pl/wykaz-czasopism-naukowych/komunikat-ministra-nauki-i-szkolnictwa-wyzszego-w-sprawie-wykazu-czasopism-naukowych.html>

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 (kilukuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, faksu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pg.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.pg.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.