



Prokuratura i Prawo

NR 12/grudzień 2015



ISSN 1233-2577



PROKURATURA
GENERALNA

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący – **Andrzej SEREMET**
Członkowie: Jerzy BRALCZYK, Władysław CZAPLIŃSKI, Tadeusz ERECIŃSKI, Lech K. PAPRZYCKI,
Zygryd 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

Aleksander Herzog, prokurator Prokuratury Generalnej „Solidarność” w Prokuraturze PRL w latach 1980–1981	5
<i>"Solidarity" at the Prosecution Service of the Polish People's Republic 1980–1981</i>	31
dr hab. Janusz Sawicki, prof. nadzw. Uniwersytetu Wrocławskiego Z problematyki idealnego zbiegu czynów karalnych w prawie karnym skarbowym	32
<i>Some remarks about ideal concurrence of offences in criminal tax law</i>	47
dr Piotr Gensikowski, sędzia Sądu Rejonowego w Grudziądzu Zamiana kary wynikająca z depenalizacji częściowej przewidzianej w ustawie z dnia 27 września 2013 r. a orzeczenie kary łącznej	48
<i>Penalty change resulting from partial depenalization under the Act of 27 September 2013, versus aggregate sentencing</i>	58
dr hab. Maciej Rogalski, prof. Uczelni Łazarskiego w Warszawie Udostępnianie danych telekomunikacyjnych sądom i prokuraturom	59
<i>Disclosure of telecommunications data to courts and prosecutors</i>	73
dr Grzegorz Krysztofiuk, sędzia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy Europejski nakaz dochodzeniowy	74
<i>European Investigation Order</i>	97
Jacek Kudła, podinsp. Policji, Piotr Kosmaty, prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do nowego modelu procesu karnego	98
<i>Operational reconnaissance versus new model of criminal proceedings</i>	117
dr Lidia Mazowiecka, prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie, del. do Prokuratury Generalnej Z problematyki reagowania na przemoc wobec kobiet	118
<i>Response to violence against women</i>	127
 Materiały szkoleniowe/Training materials	
Piotr Strykowski, prokurator Prokuratury Rejonowej Kraków-Podgórze w Krakowie, del. do Prokuratury Okręgowej w Krakowie Świadek incognito – algorytm postępowania	128
<i>Anonymous witness: procedural algorithm</i>	163

dr Marek Chrabkowski, Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Gdyni, mgr inż. Krzysztof Gwizdała, biegły z zakresu badań komputerowych przy Sądzie Okręgowym w Gdańsku	
Zabezpieczenie dowodów elektronicznych	164
<i>Securing electronic evidence</i>	178

Recenzje/Reviews

książki Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania , pod red. Dagmary Gruszeckiej i Jerzego Skorupki, Warszawa 2015 – oprac. Paweł Dębowski	179
<i>of book by Dagmara Gruszecka, Jerzy Skorupka (eds.), Limits of Criminal Proceedings. Legality of Behaviours of Participants in Proceedings, Warsaw 2015 – by Paweł Dębowski</i>	179

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. II KK 214/10 (dot. przedawnienia karalności przestępstw skarbowych) – oprac. Tomasz Radtke	185
<i>to the Supreme Court judgement of 26 January 2011, file no. II KK 214/10 (concerns statute of limitations on tax offences) – by Tomasz Radtke</i>	194

Sprawozdania i informacje/Reports and information

VI Lubelskie Seminarium Karnistyczne – oprac. dr Joanna Piórkowska-Flieger	195
<i>4th Criminal Law Seminar in Lublin – by Joanna Piórkowska-Flieger, Ph.D.</i>	195

ARTYKUŁY

Aleksander Herzog

„Solidarność” w Prokuraturze PRL w latach 1980–1981

Streszczenie

Na tle szerszej perspektywy historycznej zaprezentowano dzieje powstania, działalności i likwidacji po wprowadzeniu stanu wojennego organizacji NSZZ „Solidarność” Pracowników Prokuratury PRL. W artykule przedstawiono podjęte przez członków tego Związku inicjatywy wprowadzenia zmian legislacyjnych zmierzających do odpolitycznienia ówczesnej prokuratury i uniezależnienia prokuratorów. Z tego względu ówczesne kierownictwo Prokuratury dostrzegało w tym fakcie poważne zagrożenie, pomimo że do „Solidarności” należało tylko stu kilkudziesięciu pracowników, w tym kilkudziesięciu prokuratorów zrzeszonych w pięciu organizacjach zakładowych (w Krakowie, Warszawie, Gdańsku, Olsztynie, Szczecinie i Bydgoszczy).

Jednym z fenomenów okresu tzw. „pierwszej Solidarności” – zamkniętego ramami niezależnych związków zawodowych (zwłaszcza NSZZ „Solidarność”) – było ich powstawanie we wszystkich właściwie dziedzinach życia społecznego, nie tylko w zakładach pracy należących do sfery szeroko pojętej gospodarki, ale również w takich sektorach państwa, które pojmowane były przez rządzącą dotąd niepodzielnie PZPR jako podpora istniejącego systemu. Musiało to prowadzić do nieuchronnych konfliktów i owocowało tak spektakularnymi wydarzeniami, jak konflikt wokół tzw. Radiokomitetu czy pacyfikacja strajku w Oficerskiej Szkole Pożarnictwa. Trąd „solidarnościowej zarazy” pojawił się w sądownictwie, w organach podległych MON i MSW (walka pracowników cywilnych tych instytucji o prawo do zrzeszania się w związkach zawodowych), wreszcie nawet w Milicji Obywatelskiej – w po-

staci próby utworzenia Związku Zawodowego Funkcjonariuszy MO, spacyfikowanego przez władze jeszcze przed wprowadzeniem stanu wojennego. Do mniej znanych (a dziś zapewne już całkiem zapomnianych) należy powstanie i działalność NSZZ „Solidarność” w Prokuraturze PRL, które jest przedmiotem niniejszego opracowania. Przypadająca w najbliższych miesiącach trzydziesta piąta rocznica powstania prokuratorskiej „Solidarności” wydaje się być dobrą okazją do przypomnienia tej karty historii.

Upływ trzydziestu kilku lat od tych wydarzeń pozwala na spojrzenie na nie z perspektywy wolnej od bieżących emocji. Autor, będąc jednym z ówczesnych działaczy tego związku, zdaje sobie sprawę, że mogło być mu trudno uniknąć subiektywizmu w spojrzeniu na tamte zdarzenia. Jednak uzyskana po 1990 r. przez autora możliwość dostępu do dokumentów zawartych w archiwach byłej Prokuratury Generalnej, zwłaszcza przy okazji prac prowadzonych na potrzeby Komisji Sejmu, pozwoliła na zweryfikowanie wielu sądów wcześniej intuicyjnych i spojrzenie z szerszej perspektywy. Opracowanie niniejsze opiera się na dwóch podstawowych zbiorach dokumentów – przechowywanym w ukryciu podczas stanu wojennego archiwum Krajowej Komisji Koordynacyjnej NSZZ „Solidarność” Pracowników Prokuratury PRL (dalej w skrócie „KKK”) oraz na kopiach materiałów z archiwum byłej Prokuratury Generalnej PRL (m.in. takich zespołów, jak DKS Prez. 1981–1982).

Nie sposób zrozumieć sytuacji pracowników Prokuratury latem 1980 r. bez krótkiego z konieczności przypomnienia zarysu historii tej instytucji w okresie od powstania PRL. W latach 1944–1945 odtworzona została w zasadzie struktura przedwojennego wymiaru sprawiedliwości w oparciu o model, który funkcjonował w Polsce do 1939 r. Charakteryzował się on ścisłym związaniem jednostek organizacyjnych prokuratury z sądami, przy podległości ministrowi sprawiedliwości, który był Naczelnym Prokuratorem i sprawował nadzór nad prokuraturą za pomocą wyodrębnionej komórki organizacyjnej w Ministerstwie Sprawiedliwości – tzw. Nadzoru Prokuratorskiego. Trzeba przy tym podkreślić, iż prokurator pełnił wówczas funkcje głównie oskarżycielskie, sam w zasadzie postępowań przygotowawczych nie prowadząc, zaś obok niego istniała instytucja sędziego śledczego. Po zakończeniu okupacji hitlerowskiej do pracy w reaktywowanym sądownictwie zgłosiło się wielu przedwojennych sędziów i prokuratorów, z reguły reprezentujących wysoki poziom zawodowy. Ludzie ci, kontynuując dawne tradycje (przed wojną istniał zakaz przynależności sędziów i prokuratorów do partii politycznych), starali się na ogół zachować apolityczną postawę, chociaż ich osobiste sympatie dalekie były od entuzjazmu dla nowej władzy. Zrozumiałe, że z punktu widzenia nowej władzy kadrze takiej nie można było powierzyć spraw o przestępstwa polityczne¹. Toteż początkowo większość

¹ Por. H. Cieśluk, 1944 – notatki lubelskie, *Problemy Praworządności* 1974, nr 7, s. 43–47.

spraw tej kategorii wyłączona została spod kompetencji sądownictwa powszechnego i przekazana sądom wojskowym (a co za tym idzie – również osobnej prokuraturze wojskowej), zorganizowanym jeszcze w ZSRR w oparciu o specjalne dekrety PKWN. Równocześnie w latach 1945–1950 przeprowadzono nasycenie prokuratury powszechnej nową kadrami, rekrutowaną według kryterium posłuszeństwa politycznego, a więc spośród tzw. „aktywu”. Jak obrazowo wypowiedział się jeden z ówczesnych prokuratorów, byli to ludzie, którzy „na wezwanie partii zamieniali młot, pług, a niekiedy i karabin na togę prokuratorską”². Jest zrozumiałe, że ich przygotowanie fachowe było znikome – ograniczało się z reguły do przyspieszonych kursów prawniczych czy też utworzonej nieco później tzw. „szkoły Duracza”. Znajomość prawa odgrywała jednak rolę drugorzędną – liczyła się „właściwa postawa klasowa”.

Z kolei, w 1950 r. – ustawą z dnia 20 lipca – zastąpiono przedwojenny ustrój prokuratury wprowadzonym na wzór radziecki tzw. „modelem leninowskim”, wywiedzionym z niektórych teoretycznych rozważań „wodza Rewolucji”³. Charakteryzował się on wyodrębnieniem prokuratury z resortu sprawiedliwości i utworzeniem z niej samodzielnego pionu organów państwowych, rzekomo niezależnego od innych organów, sprawującego funkcję „głównego strażnika praworządności w państwie”⁴. Ten model pozostawał jednak tylko ładnie brzmiącą teorią. Faktycznie prokuratura – podobnie zresztą jak cały aparat państwowy – bezpośrednio podporządkowana była wpływowi władz Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej (sprawującej władzę monopartii komunistycznej) i miała stać na straży tego systemu politycznego. Ten „strażnik praworządności” pod względem znaczenia pozostawał przy tym daleko w tyle poza strukturami podległej Ministerstwu Spraw Wewnętrznych Milicji Obywatelskiej i Służby Bezpieczeństwa. Niewiele w tym modelu zmieniły kolejne ustawy o Prokuraturze PRL – z 1967 i z 1985 r. Przy okazji uchwalania tej ostatniej dziennikarz jednej z gazet partyjnych napisał „w chwili obecnej wolnych jest w kraju ok. 500 etatów prokuratorskich i to w sytuacji, gdy każdego roku nasze uniwersytety wręczają dyplomy wielusetosobowej grupie młodych prawników. Ci ostatni wolą się lokować jednak na stanowiskach nie wymagających takiej dyspozycyjności, a do tego jeszcze lepiej płatnych”⁵. To ostatnie zdanie w sposób niezwykle trafny – choć zapewne niezamierzony – charakteryzowało oczekiwania władzy wobec zawodu prokuratora w całym okresie istnienia PRL. Podstawową cechą, której od niego wymagano, była „dyspozycyjność” rozumiana jako bezwzględne posłuszeństwo podwładnych wobec przełożonych, a całej instytucji – wobec

² A. Kasprzak, O kadrze Prokuratury PRL, *Problemy Praworządności* 1974, nr 7, s. 17.

³ Zob. J. Smoleński, Rodowód Leninowskiej koncepcji prokuratury i jej ustawowa realizacja, *Problemy Praworządności* 1970, nr 7–8, s. 21–32.

⁴ J. Smoleński, *Prokuratura Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1981, s. 7–8.

⁵ J. Hańderek, Nowe ustawy – nowe projekty, „Gazeta Krakowska” z dnia 21 czerwca 1985 r.

obowiązującej aktualnie „linii politycznej”. Równocześnie pozycja społeczna i materialna prokuratora była stosunkowo niska, zwłaszcza w porównaniu z przedstawicielami innych organów władzy.

Pod koniec lat 70. XX wieku większość dawnej kadry prokuratorów „z awansu społecznego” została już zastąpiona młodymi absolwentami wyższych uczelni prawniczych, przy czym nadal pierwszorzędną wagę przywiązywano do upolitycznienia tej kadry, poczynając od momentu przyjęć na aplikację prokuratorską. W szkoleniu aplikantów jednym z obowiązkowych przedmiotów były „nauki polityczne”, czasami zastępowane obowiązkiem uczestniczenia w zajęciach tzw. „Wieczorowego Uniwersytetu Marksizmu–Leninizmu”. Wstąpienie w szeregi partii było w istocie warunkiem koniecznym kariery zawodowej – nieudzielający się politycznie nie miał nawet większych szans na pracę w bardziej atrakcyjnej miejscowości. Toteż w roku 1974 do PZPR i tzw. „stronnictw sojusznicznych” (ZSL i SD – traktowanych w istocie marginalnie) należało 71% prokuratorów⁶. Odsetek ten był jednak z pewnością znacznie wyższy wśród prokuratorów pełniących wszelkie funkcje, a wśród ścisłej kadry kierowniczej bezpartyjnych właściwie nie było. Zapewniał to także obowiązujący (najzupełniej nieformalnie, ale powszechnie w całym bloku komunistycznym) system tzw. „nomenklatury”, zgodnie z którym każda nominacja na jakiekolwiek stanowisko funkcyjne w Prokuraturze PRL – poczynając od zastępcy prokuratora rejonowego – wymagała uprzedniej akceptacji instancji aparatu partyjnego odpowiedniego szczebla. Rzutowało to oczywiście na dobór kadry kierowniczej, przy czym na pierwszy plan wysuwały się kryteria polityczne. Nie bez znaczenia dla możliwości awansu młodszej wiekiem kadry stały się zmiany organizacyjne, spowodowane wprowadzoną w 1975 r. reformą administracji państwowej, polegającą na utworzeniu 49 małych województw zamiast dużych 17. Połączone to było także z odpowiednią reorganizacją sądownictwa i prokuratury, powstaniem nowych prokuratur wojewódzkich, dla których – zwłaszcza w ośrodkach niemających większego zaplecza personalnego – trzeba było znaleźć nową kadre.

Na oblicze Prokuratury i panujące w niej stosunki wewnętrzne miała też wpływ osoba kierującego nią od 1972 r. Prokuratora Generalnego PRL – gen. bryg. Lucjana Czubińskiego. Ten zawodowy oficer Ludowego Wojska Polskiego pełnił bezpośrednio przedtem funkcję Naczelnego Prokuratora Wojskowego i na grunt cywilny przeniósł stamtąd szereg nawyków. Jego *quasi*-wojskowy styl, połączony z akcentowaniem zasad hierarchicznego podporządkowania, dyspozycyjności i kierowania Prokuraturą przy pomocy niezwykle drobiazgowych poleceń i wytycznych, nadsyłanych drogą dalekopisową (potocznie w środowisku określanych jako *lex telex*) był po cichu wy-

⁶ A. Kasprzak, O kadrze..., *op. cit.*, s. 17.

śmiewany, nikt wszakże nie ośmielał się go otwarcie krytykować. Charakterystyczne dla tego okresu było ograniczanie – i tak niewielkie – samodzielności działania pojedynczego prokuratora, głównie za sprawą rozbudowanego systemu tzw. „aprobaty” (konieczności uzyskiwania akceptacji przełożonych dla niemal wszystkich decyzji i pism procesowych, począwszy od wszczęcia postępowania, po decyzję o wniesieniu środka odwoławczego od orzeczenia sądu). Wzrost przestępczości (zwłaszcza w drugiej połowie dekady „gierkowskiej”) doprowadził do wprowadzenia przez kierownictwo Prokuratury Generalnej swego rodzaju „taryfikatora” – rozbudowanej tabelki kar, jakich wymierzenia miał się domagać prokurator za poszczególne przestępstwa w zależności od ich okoliczności (np. wartości zagarniętego mienia), a odstępstwa od tych sztywnych reguł były możliwe tylko wyjątkowo, oczywiście za zgodą przełożonych (przeważnie wyższego szczebla). Równocześnie w działalności Prokuratury występowały zjawiska charakterystyczne dla owej epoki – propaganda sukcesu przejawiająca się w epatowaniu danymi statystycznymi (nagminnie zresztą manipulowanymi) świadczącymi o rzekomo skutecznym zwalczaniu przestępczości, a jednocześnie podejmowanie szeregu działań pozornych albo też forsowanie różnego rodzaju „modnych” instytucji. Przykładem może być rozbudowa tzw. „działalności profilaktycznej”, najczęściej przy tym pozornej (w każdej niemal sprawie należało przynajmniej przeprowadzić jakąś „rozmowę profilaktyczną”, a wyniki odnotowane w statystyce rzutowały na obraz danej jednostki). Dla prokuratorów, którzy poważnie pojmowali swoją pracę – a takich było niemało – wiele frustracji musiały przynosić docierające wiadomości o niemal jawnej korupcji i nadużyciach aparatu władzy, o ogromnej niegospodarności, marnotrawstwie i nadużyciach towarzyszących różnym sztandarowym inwestycjom gospodarczym tego okresu (przykładowo budowie Huty Katowice). Widać było przy tym, że odpowiedzialność karna kończy się na pewnym szczeblu. Nieetykalne były tak osoby z kręgu władzy, jak i nawet pewne instytucje – czasem z powodów wręcz groteskowych (tak na przykład nie mogło być żadnej poważniejszej sprawy gospodarczej na terenie największego zakładu w kraju – Huty im. Lenina, bo skojarzenie nazwiska „wodza rewolucji” z aferą przestępczą byłoby niedopuszczalne). Wskazać wreszcie warto charakterystyczne dla państwa komunistycznego rozmiękanie się teorii deklarowanej w aktach prawnych z rzeczywistą praktyką, przejawiające się we wzajemnym usytuowaniu Prokuratury i Milicji Obywatelskiej (nie wspominając o Służbie Bezpieczeństwa, stanowiącej swoiste „państwo w państwie”). Nadzór prokuratora nad wykonywaniem przez Milicję zadań w zakresie ścigania przestępstw był często zwykłą formalnością. Dodać do tego należy, iż odczuwano także nierówność pozycji materialnej pracowników Prokuratury w stosunku do funkcjonariuszy resortu spraw wewnętrznych, przejawiającą się nie tylko w korzystniejszych zarobkach tych ostatnich, ale także w wielu

innych udogodnieniach – na przykład rozbudowany system ośrodków wczasowych, tanie posiłki w dotowanych kasynach czy własna służba zdrowia, lepiej wyposażona od powszechnej. Z niektórych z tych „przywilejów” mogli korzystać także pracownicy prokuratorscy, ale zawsze w „drugiej kolejności”.

Fala strajków lata 1980 r. zakończona podpisaniem Porozumień Sierpniowych wniosła do wielu jednostek Prokuratury ferment, przejawiający się początkowo (podobnie jak w wielu innych zakładach pracy) w rozkładzie dotychczasowych fasadowych związków zawodowych, zrzeszonych w Centralnej Radzie Związków Zawodowych (CRZZ) – instytucji całkowicie marionetkowej wobec kierownictwa PZPR. Doszło do masowego występowania pracowników z – monopolistycznego dotychczas – Związku Zawodowego Pracowników Państwowych i Społecznych, większość rad zakładowych przestała istnieć. Rozpoczęły się dyskusje na temat, czy i jakie związki zawodowe mają działać w Prokuraturze, przy czym powszechnie uznawano stan dotychczasowy za niewystarczający dla ochrony interesów pracowniczych. Na zwoływanych naprędce zebraniach zgłaszano przy okazji wiele postulatów – zarówno w dziedzinie czysto związkowej, jak i dotyczących różnych aspektów działalności Prokuratury. Kierownictwo Prokuratury Generalnej podjęło szybko próbę „kanalizacji” tego fermentu. Na zebraniach poddawano pod głosowanie bądź pozostanie w ramach ZZPiS z zastrzeżeniem większej w nim samodzielności – bądź też utworzenie samodzielnego „branżowego” (w istocie raczej „autonomicznego” według występującego wówczas trójpodziału na „Solidarność”, stare związki tzw. branżowe wywodzące się z CRZZ oraz nowo powstające związki tzw. autonomiczne) związku zawodowego zrzeszającego tylko pracowników Prokuratury PRL⁷. Ostatecznie przychylnie się do tej ostatniej koncepcji, przy czym charakterystyczne, że decyzje w tej sprawie zapadły na naradzie przewodniczących dotychczasowych rad zakładowych ze wszystkich (prócz Koszalina) prokuratur wojewódzkich, odbytej w dniu 25 listopada 1980 r. w Prokuraturze Generalnej. Do kwestii organizacji nowego – „samodzielnego” – Związku Zawodowego Pracowników Prokuratury PRL wypadnie jeszcze dalej wrócić. Od początku natomiast było jasne, że wszelkie próby zgłaszania przez prokuratorów akcesu pod adresem NSZZ „Solidarność” – ujawniające się w niektórych rejonach kraju – spotkają się z negatywnym przyjęciem ze strony kierownictwa. Torpedowano nawet próby poddania pod głosowanie takiej możliwości jako trzeciego wariantu „związkowego” (tak stało się na przykład na zebraniu w Prokuraturze Wojewódzkiej w Krakowie, gdzie prowadzący zebranie nie dopuścił do głosowania tej możliwości pomimo zgłoszonych wniosków formalnych). Nie sposób rozpatrywać tej sprawy w oderwaniu od ogólnej atmosfery panującej

⁷ Por. Powstaje samodzielny związek zawodowy pracowników Prokuratury, *Problemy Praworządności* 1981, nr 1, s. 80.

w kraju i rozwoju wydarzeń na scenie polityczno-społecznej w skali „makro”. Po pierwszym okresie odprężenia spowodowanym podpisaniem porozumień sierpniowych zaczęły mnożyć się napięcia między nowo powstającym niezależnym ruchem związkowo-społecznym „Solidarność” a sprawującymi władzę. Jesienią 1980 r. doszło do dwóch najpoważniejszych kryzysów. Obok kryzysu związanego z rejestracją związku i próbą „poprawienia” jego statutu na szczególną uwagę zasługuje kryzys wokół tzw. „sprawy Narożniaka” albo inaczej – „sprawy tajnej instrukcji Prokuratora Generalnego Lucjana Czubińskiego”. Jest on bowiem ściśle związany z działaniem Prokuratury i rzutować musiał na wzajemne stosunki pomiędzy jej kierownictwem a „Solidarnością” jako całością. Pokróćce przypominając⁸, w dniu 20 listopada 1980 r. pod kierunkiem prokurator Wiesławy Bardonowej przeprowadzono przeszukanie w siedzibie Regionu Mazowsze NSZZ „Solidarność” i zatrzymano jednego z jego pracowników (zarazem współpracownika KOR-u) Jana Narożniaka w trakcie powielania dokumentu o tytule „Uwagi o dotychczasowych zasadach ścigania uczestników nielegalnej działalności antysocjalistycznej”, opracowanego w Prokuraturze Generalnej (w Departamencie II i III) i opatrzonego pismem przewodnim podpisanym przez Lucjana Czubińskiego, w którym przesyłał on 30 października 1980 r. ten dokument (jako tajny) prokuratorom wojewódzkim „do umiejętnego wykorzystania w pracy politycznej i zawodowej”. Dokument ów został przekazany mazowieckiej „Solidarności” przez pracownika powielarni Prokuratury Generalnej – Piotra Sapeło. Tak Sapeło, jak i Narożniak zostali tymczasowo aresztowani pod zarzutem ujawnienia „tajemnicy państwowej”. W „Uwagach” oprócz opisu zmagañ z przejawami opozycji od 1964 r. (przy czym do przejawów działań „antysocjalistycznych” zaliczano tam m.in. postulaty utworzenia niezależnych od władzy związków zawodowych czy przyznania prawa do strajku) zawarte były informacje o takich formach przeciwdziałania, jak wielokrotne kolejne zatrzymywanie na okres 48 godzin. Ewidentnie postulowano działanie z obejściem granic obowiązującego wówczas prawa. Aresztowanie sprawców ujawnienia „Uwag” i treść tego dokumentu (która stała się powszechnie znana, gdyż przedrukowały go związkowe biuletyny „Solidarność” w całym kraju) spowodowały wielkie wzburzenie i wywołały rozpoczęty 27 listopada 1980 r. strajk w Regionie Mazowsze, który doprowadził do zwolnienia aresztowanych. Dalsze postulaty strajkujących (m.in. ukarania odpowiedzialnych za treść dokumentu, zbadania stanu praworządności przez specjalną komisję sejmową przy udziale „Solidarność”, wykrycia odpowiedzialnych za przestępstwa popełnione na robotnikach w 1970 i 1976 r.) zostały następnie przez Związek zaniedbane.

⁸ Szerszy opis wydarzeń zob. przykładowo J. J. Lipski, KOR, Oficyna Wydawnicza „NOWA”, Warszawa 1983 (poza cenzurą), s. 307 i n.

W takiej atmosferze dochodziło do incydentów podobnych, jak na zebraniu pracowników w Prokuraturze Rejonowej Praga-Północ, gdy przedstawiciel kierownictwa Prokuratury Wojewódzkiej wskazał na niemożliwość pogodzenia przynależności do „Solidarności” z pracą w Prokuraturze i wręcz wzywał zwolenników wstąpienia do Związku do oddania mu legitymacji służbowych. Pomimo tego znaleźli się tacy, których zastraszyć się nie udało. Niewątpliwie działał też przykład z bliskiego sąsiedztwa. Warto bowiem zaznaczyć, że w wyniku podobnej dyskusji toczącej się wśród pracowników sądów już wczesną jesienią 1980 r. doszło do powstawania komórek „Solidarności” przy niektórych sądach, które też szybko utworzyły swoją reprezentację na szczeblu ogólnopolskim – Krajową Komisję Koordynacyjną NSZZ „Solidarność” Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości. Już w listopadzie 1980 r. podjęła ona rokowania z kierownictwem resortu sprawiedliwości, zmierzając do podpisania porozumienia regulującego szereg spraw zarówno o charakterze warunków pracy, jak też samego systemu i organizacji sądownictwa. Przykład ten dopingował niektórych pracowników Prokuratury. W tej atmosferze pojedynczy prokuratorzy – niezależnie od siebie i nie wiedząc nic o sobie – w różnych regionach kraju zaczęli wstępować do NSZZ „Solidarność”, początkowo właśnie do organizacji zakładowych przy poszczególnych sądach. Utworzenie własnego koła wymagało bowiem zgodnie ze statutem Związku (początkowo jeszcze tymczasowym) akcesu co najmniej 10 osób, co było trudne zwłaszcza w warunkach mniejszych prokuratur rejonowych, zatrudniających czasem mniej pracowników niż to wymagało minimum.

Jako pierwsza w Polsce – w dniu 1 grudnia 1980 r. – utworzona została organizacja związkowa przy Prokuraturze Wojewódzkiej w Krakowie. Zapewne doszłoby do tego wcześniej, lecz prokuratorzy – jako legaliści – czekali na formalną rejestrację statutu NSZZ „Solidarność”, co stało się ostatecznie 10 listopada 1980 r. Należy zaznaczyć od razu, że nazwa ta jest o tyle myląca, iż większość członków stanowili pracownicy poszczególnych prokuratur rejonowych z terenu Krakowa. Ponieważ jednak wspólnym pracodawcą dla nich była Prokuratura Wojewódzka – tak też organizacyjnie nazywano Koło. Zostało ono formalnie zarejestrowane w MKZ (tj. Międzyzakładowym Komitecie Założycielskim, będącym regionalnym szczeblem NSZZ „Solidarność”) w dniu 12 grudnia 1980 r. Wybrana demokratycznie Komisja Zakładowa na czele z przewodniczącym – prokuratorem Krzysztofem Bachmińskim z Prokuratury Rejonowej Kraków-Śródmieście – jako jedno z pierwszych działań podjęła próbę powiadomienia o swym powstaniu pracowników innych prokuratur. Istotnym problemem była łączność. Pamiętać należy, że nikomu wówczas (w co młodemu pokoleniu trudno dziś uwierzyć) nie śniło się nawet o istnieniu internetu czy telefonii komórkowej. Ponieważ pisma rozsyłane bezpośrednio do poszczególnych jednostek organizacyj-

nych Prokuratury trafiały z reguły wyłącznie do szuflad kierownictwa tych jednostek (względnie do ich służbowych przełożonych) – część zawiadomień starano się przekazywać za pośrednictwem organizacji zakładowych „Solidarności” przy sądach. W ten sposób wiadomość o powstaniu krakowskiego koła dotarła do pracowników prokuratury szczecińskiej, dając impuls do utworzenia w dniu 10 stycznia 1981 r. drugiej w Polsce organizacji zakładowej przy jednostce Prokuratury. Wcześniej jednak – niejako równolegle z inicjatywą krakowską i zupełnie o niej nie wiedząc – utworzyła organizację związkową „Solidarności” grupa pracowników jednostki podlegającej formalnie Prokuratorowi Generalnemu PRL – mianowicie Instytutu Problematyki Przestępczości w Warszawie. Nastąpiło to w dniu 17 grudnia 1980 r. Wybiegając nieco w przyszłość, należy wskazać, że członkami tego Koła stało się także kilku prokuratorów i aplikantów z prokuratur warszawskich, którzy sami nie byli w stanie utworzyć samodzielnej komórki związkowej⁹. Okazją do spotkania się przedstawicieli tego Koła i związkowców z Krakowa stało się I Ogólnopolskie Forum Prawników, zorganizowane przez Krajową Komisję Koordynacyjną NSZZ „Solidarność” Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości i obradujące w dniu 17 stycznia 1981 r. w salach Sądu Wojewódzkiego w Krakowie. Okazało się wówczas, że wśród uczestników Forum prócz przedstawicieli IPP znaleźli się także pojedynczy prokuratorzy (członkowie bądź sympatycy „Solidarności”) z Poznania (Zbigniew Niemczyk) i Olsztyna (Stefan Śnieżko). Zaowocowało to wkrótce powstaniem kolejnej organizacji zakładowej – w Olsztynie (3 lutego 1981 r.) i zorganizowaniem w dniu 7 lutego 1981 r. spotkania w Krakowie przedstawicieli poszczególnych Kół. Wzięli w nim udział delegaci organizacji z Olsztyna, Szczecina, Warszawy (IPP) i Krakowa oraz reprezentujący niejako osoby zrzeszone w innych organizacjach prokurator Prokuratury Rejonowej w Brzegu (woj. opolskie), Wojciech Solarewicz, członek Koła przy tamtejszym Sądzie (zarejestrowanego w dniu 15 września 1980 r. jako pierwsze w Polsce koło pracowników wymiaru sprawiedliwości). Nieobecni byli przedstawiciele powstałej również w dniu 3 lutego 1981 r.¹⁰ organizacji związkowej „Solidarności” przy Prokuraturze Wojewódzkiej w Gdańsku. Uczestnicy spotkania byli zgodni co do konieczności utworzenia wspólnej reprezentacji na szczeblu krajowym dla koordynacji działań poszczególnych organizacji, wypracowywania jednolitej płaszczyzny programowej w sprawach o znaczeniu krajowym oraz reprezentowania pracowników Prokuratury zrzeszonych w „Solidarności”. W tym celu powołano Tymczasową Krajową Komisję Koordynacyjną NSZZ „Solidar-

⁹ Uchwała z dnia 22 maja 1981 r. Komisji Zakładowej Koła NSZZ „Solidarność” nr 2437 przy Instytucie Problematyki Przestępczości w sprawie dokooptowania do KZ przedstawiciela prokuratorów, którym jako wiceprzewodniczący Komisji Zakładowej do spraw prokuratorów został Andrzej Kawecki, wiceprokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa-Praga Południe.

¹⁰ Por. „Dziennik Bałtycki” nr 38 z dnia 23 lutego 1981 r.

ność” Pracowników Prokuratury PRL z siedzibą w Krakowie, ustalając tryb i zasady jej funkcjonowania, wybrano jej Prezydium i przewodniczącego, którym został wiceprokurator¹¹ Prokuratury Rejonowej dla Dzielnicy Kraków-Nowa Huta – niżej podpisany Aleksander Herzog. Warto już w tym miejscu zaznaczyć, że przez cały okres funkcjonowania Związku w Prokuraturze PRL (późną wiosną 1981 r. powstało jeszcze Koło w Prokuraturze w Bydgoszczy) przez jej szeregi przewinęło się około 150 członków, w tym jedynie około 50 pracowników prokuratorskich (prokuratorów, asesorów i aplikantów), przy czym kilku emerytowanych.

Od pierwszej chwili działania „Solidarności” w Prokuraturze było jasne, że jej formuła wykracza poza klasyczne ramy funkcjonowania związku zawodowego, skoncentrowanego na obronie interesów pracowniczych. Nie mogło być inaczej w sytuacji, gdy stanowiła ona wyłom w systemie totalitarnym – pierwszą masową organizację społeczną niezależną od systemu władzy i aspirującą do tego, aby cały system życia społecznego w Polsce zmienić. Nic dziwnego, że przedmiotem prac prokuratorskiej „Solidarności” stało się w pierwszym rzędzie określenie kierunków pożądaných zmian w funkcjonowaniu tak Prokuratury, jak i całego systemu prawa i wymiaru sprawiedliwości. Jest symptomatyczne, że w opracowanych już w lutym 1981 r. założeniach programowych Krajowej Komisji Koordynacyjnej Pracowników Prokuratury tym kwestiom poświęcono trzy pierwsze strony, dopiero w końcowej części wspominając o sprawach płacowych i socjalno-bytowych. Warto także przytoczyć cele działania wymienione w uchwale programowej KKK z dnia 4 kwietnia 1981 r.:

„1. Umacnianie praworządności, doskonalenie systemu prawa, oraz takie jego stosowanie, które byłoby w pełni zgodne z zasadami socjalistycznymi demokracji i ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

2. Podjęcie działań zmierzających do dokonania zasadniczych zmian w funkcjonowaniu prokuratury, a zwłaszcza określenie na nowo jej rangi, miejsca i roli w życiu społecznym.

3. Dążenie do podniesienia prestiżu i pozycji zawodu prokuratora.

4. Spowodowanie zmian w organizacji i funkcjonowaniu prokuratury w kierunku zwiększenia skuteczności jej działania przy jednoczesnym dążeniu do podniesienia samodzielności jej pracowników.

5. Ochrona praw, godności i interesów pracowników prokuratury, a w szczególności dążenie do zasadniczej poprawy warunków płacowych i socjalno-bytowych”.

¹¹ Czytelnikowi nie pamiętającemu owych czasów warto przypomnieć, że w tym okresie PRL stanowisko „prokuratora” zarezerwowane było tylko dla szczebla Prokuratury Generalnej – pozostali pracownicy prokuratorscy podzieleni byli na asesorów, podprokuratorów i wiceprokuratorów prokuratur rejonowych i wojewódzkich.

„Solidarność” Prokuratury włączyła się aktywnie do prac powołanego na I Ogólnopolskim Forum Prawników Centrum Obywatelskich Inicjatyw Ustawodawczych NSZZ „Solidarność”, przede wszystkim w zakresie opracowania społecznego projektu nowelizacji ustawy o Prokuraturze, ale również w pracach zespołów do spraw nowelizacji kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego¹². Przedstawiciele rządzącej monopartii i podległego jej aparatu władzy dostrzegli natychmiast, jakie zagrożenie niesie to dla tego systemu. W sposób charakterystyczny obrazuje to korespondencja wymieniona pomiędzy kierownictwem Prokuratury Generalnej a Prokuratury Wojewódzkiej w Krakowie w związku z udziałem dwóch prokuratorów – członków Związku w obradach I Forum Prawników i ich tam wypowiedziami¹³. Kiedy informacja o tym Forum i udziale w nim dwóch prokuratorów¹⁴ dotarła do Prokuratora Generalnego PRL, ten polecił jednemu ze swych zastępców „zlecenie pilnego wyjaśnienia okoliczności udziału w »konferencji krakowskiej« dwóch przedstawicieli prokuratury, a następnie – o przedstawienie propozycji w tej sprawie”. W wyniku telefonicznego polecenia w dniu 22 stycznia 1981 r. Zastępca Prokuratora Wojewódzkiego w Krakowie poinformował, że kierownictwo Prokuratury Wojewódzkiej zaleciło „zignorowanie tej imprezy”, na którą zaproszenie otrzymali także wszyscy prokuratorzy funkcyjni, zaś z przewodniczącym i wiceprzewodniczącym „Solidarności” przy Prokuraturze – K. Bachmińskim i A. Herzogiem przeprowadził rozmowę, „wyjaśniając im, dlaczego nie uznajemy Forum za właściwą dla prokuratorów płaszczyznę do dyskusji na temat funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Obaj oświadczyli mi jednak, że nie zostali przekonani, udział w Forum jest ich prywatną sprawą, głos zabiorą w miarę potrzeby i tylko we własnym imieniu”. Dalej, opierając się na informacjach uzyskanych od Prezesa Sądu Wojewódzkiego, autor pisma podawał, że spośród prokuratorów na Forum obecni byli tylko dwaj wymienieni, którzy zabierali głos w dyskusji, opowiadając się za powierzeniem sądowni w szerszym zakresie nadzoru nad śledztwem i umocnieniem niezależności prokuratora w stosunku do innych organów. „W szczególności prok. Bachmiński postulował, ażeby uprawnienie do warunkowego umorzenia postępowania przekazać wyłącznie sądowi oraz ażeby pokrzywdzonemu przyznać prawo odwoływania się do sądu od postanowienia o umorzeniu postępowania na zasadach ogólnych. Prok. Herzog zaprezentował tezę, że każdy obywatel winien mieć prawo inicjatywy

¹² Szczegółowy przebieg i wyniki tych prac przedstawiono w opracowaniu „Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze Solidarności 1980–1990” (zebrali i przygotowali do wydania K. Barczyk, S. Grodziski, S. Grzybowski), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001.

¹³ Pismo Zastępcy Prokuratora Wojewódzkiego w Krakowie z dnia 22 stycznia 1981 r., nr IV Prez.6–j/3/81, do Zastępcy Prokuratora Generalnego PRL wraz z załącznikami.

¹⁴ Pisała o tym prasa lokalna, m.in. „Gazeta Krakowska” i „Dziennik Polski” z dnia 19 stycznia 1981 r.

wszczęcia postępowania o przestępstwa ścigane z urzędu z uprawnieniem do żalenia się w tych sprawach (lub odmowy wszczęcia), a nadto domagał się utworzenia gwarancji niezależności dla prokuratora”. W odrębnej notatce sporządzonej przez Dyrektora Departamentu Kadr, Szkolenia i Spraw Socjalnych ówczesnej Prokuratury Generalnej dla Zastępcy Prokuratora Generalnego wyrażono pogląd, iż skoro Forum odbyło się w wolną sobotę, udział w nim nie kolidował z dyscypliną służbową; skoro obaj prokuratorzy są członkami „Solidarności”, to trudno byłoby zakazać im – w płaszczyźnie służbowej – udziału w Forum i zabrania głosu; obaj prokuratorzy zabierali głos na temat przyszłych, ewentualnych rozwiązań ustawowych, przy czym z materiałów nie wynika, ażeby przemawiali w imieniu Prokuratury bądź poddawali krytyce działania Prokuratury. Z tych powodów zdaniem autora notatki „brak jest podstaw do podejmowania środków organizacyjno-personalnych”. Sprawa na tym szczeblu się nie skończyła, bowiem notatka ta przedstawiona została samemu Prokuratorowi Generalnemu ze stanowiskiem, iż „brak jest podstaw do wyciągnięcia wniosków służbowych w stosunku do Bachmińskiego i Herzoga”.

Od pierwszych dni istnienia „Solidarności” w Prokuraturze uwidoczniła się także polityka ignorowania przez kierownictwo tego faktu – co przejawiało się w odmowach udostępniania lokali, miejsc na tablice ogłoszeń, pomieszczeń na zebrania, a także pomijania poszczególnych organizacji związkowych w procesach opiniowania przewidzianych przepisami¹⁵. Dało się zauważyć zjawisko, iż stosunki pomiędzy kierownictwem Prokuratury a działającą w niej „Solidarnością” były wyraźnie uzależnione od stosunków między władzą partyjną i państwową a całym Związkiem. Już w lutym 1981 r. wysłannicy Prokuratury Generalnej odwiedzali prokuratury na terenie kraju, zapowiadając, że nie może w nich być „Solidarności” i uprzedzając, że likwidacja już istniejących Komisji Zakładowych jest jedynie kwestią czasu¹⁶. Tymczasem 19 marca 1981 r. doszło do tak zwanych „wydarzeń bydgoskich” (pobicia przez milicjantów działaczy „Solidarności” na czele z Janem Rulewskim podczas sesji Wojewódzkiej Rady Narodowej), a w następstwie ogólnopolskiego strajku ostrzegawczego i podpisania 30 marca 1981 r. tzw. „Porozumienia Warszawskiego”. W dniach 9–10 kwietnia 1981 r. obradowała w Gdańsku Krajowa Komisja Porozumiewawcza NSZZ „Solidarność”, oma-

¹⁵ Pismo Tymczasowego Komitetu Założycielskiego NSZZ „Solidarność” przy Prokuraturze Wojewódzkiej w Krakowie z dnia 12 grudnia 1980 r. do Prokuratora Wojewódzkiego w Krakowie protestujące przeciw niedopuszczeniu przedstawiciela Koła do udziału w posiedzeniu, na którym rozpatrywano wnioski awansowe. Podobnie – pismo Komisji Zakładowej „Solidarności” w Gdańsku do Prokuratora Wojewódzkiego w Gdańsku z dnia 1 kwietnia 1981 r. w sprawie rozdzielenia awansów bez udziału Komisji Zakładowej.

¹⁶ „Solidarność” w Prokuraturze – dyskusja w redakcji „Tygodnika Solidarność” w listopadzie 1981 r., niepublikowany materiał przesłany przez red. W. Falkowską do autoryzacji uczestników dyskusji (materiał w posiadaniu autora).

wiając przede wszystkim kwestie szeroko pojętej praworządności i postanawiając podjąć na ten temat rozmowy ze stroną rządową. Wyłoniono zespół roboczy na czele z przewodniczącym MKZ „Mazowsze” Zbigniewem Bujakiem. W obradach tych uczestniczyli przedstawiciele Prezydium Krajowej Komisji Koordynacyjnej Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości – Adam Strzembosz i Janusz Ślęzak oraz przewodniczący Krajowej Komisji Koordynacyjnej Prokuratury – Aleksander Herzog. W efekcie, w dniu 25 kwietnia 1981 r., rozpoczęły się spotkania zespołu roboczego z przedstawicielami władz prowadzone w Ministerstwie Sprawiedliwości. Zespołowi rządowemu przewodniczył Minister Sprawiedliwości (początkowo Jerzy Bafia, a po zmianie na tym stanowisku dokonanej w dniu 12 czerwca 1981 r. – Sylwester Zawadzki). Już na pierwszym spotkaniu strona związkowa przedstawiła szereg zagadnień dotyczących funkcjonowania Prokuratury PRL, w wyniku czego w jednym z kolejnych spotkań uczestniczyli również przedstawiciele Prokuratury Generalnej. W rozmowach tych w roli ekspertów „Solidarności” brali udział przedstawiciele Związku w Prokuraturze – początkowo Aleksander Herzog, a później również Stefan Śnieżko. Z biegiem czasu stawało się jednak coraz bardziej widoczne, że rozmowy te nie prowadziły do jakichkolwiek konkretnych decyzji ze strony władz.

Okres wiosny 1981 r. – po „kryzysie bydgoskim” – znamionowała także krótkotrwała „odwilż” w stosunkach pomiędzy kierownictwem Prokuratury PRL a prokuratorską „Solidarnością”. W dniu 24 kwietnia 1981 r. doszło do pierwszego – i jak się potem okazało, jedyne – spotkania Prezydium Krajowej Komisji Koordynacyjnej z kierownictwem Prokuratury PRL na czele z Zastępcą Prokuratora Generalnego Romanem Stężewskim¹⁷. W jego toku przedstawiono program działania Komisji i wynikające z niego zamierzenia, postulaty i wnioski. Omówiono także problem stosunków pomiędzy kierownictwem Prokuratury PRL a Związkiem „Solidarność” w Prokuraturze oraz inne sprawy bieżące. Wyrażony został zgodny pogląd co do potrzeby stworzenia systemu gwarantującego możliwość skutecznego współdziałania wszystkich związków zawodowych z kierownictwem Prokuratury Generalnej w bieżących sprawach pracowniczych. Tyle oficjalny komunikat ze spotkania. Przypomnieć trzeba, że w tym czasie w Prokuraturze PRL istniały aż trzy różne związki zawodowe. Oprócz „Solidarności” pozostała bowiem szcątkowa pozostałość Związku Zawodowego Pracowników Państwowych i Społecznych na czele z Autonomiczną Radą Pracowników Prokuratury PRL, której przewodniczącą była Barbara Ociep-Sumicz. Jak już wcześniej wspomniano, najliczniejszym i mającym niewątpliwie największe znaczenie był Związek Zawodowy Pracowników Prokuratury PRL, jednoznacznie popierany i faworyzowany przez kierownictwo Prokuratury. Wynikało to wyraż-

¹⁷ Por. rubryka „Z życia Prokuratury”, *Problemy Praworządności* 1981, nr 7, s. 88–89.

nie z obszernego wystąpienia Prokuratora Generalnego Lucjana Czubińskiego, wygłoszonego 5 marca 1981 r. na I Zjeździe delegatów Związku Zawodowego Pracowników Prokuratury PRL, w którym deklarował współdziałanie z tym Związkiem¹⁸. Wyrazem tego były również liczne i częste spotkania kierownictwa tego Związku (którego przewodniczącym na jego I Zjeździe został wybrany prokurator Stanisław Iwanicki z Prokuratury Wojewódzkiej w Radomiu) z kierownictwem Prokuratury, a także przyjmowanie przedstawicieli tego Związku przez wicepremiera Mieczysława Rakowskiego¹⁹ czy Przewodniczącego Rady Państwa Henryka Jabłońskiego i Sekretarza KC Mirosława Milewskiego²⁰. Chociaż więc oficjalnie Związek ten prezentował stanowisko w wielu kwestiach zbliżone do programu prokuratorskiej „Solidarności”, w szczególności w uchwałach i rezolucjach podjętych na II turze I Krajowego Zjazdu odbytej w dniach 25–26 kwietnia 1981 r. w Czchowie²¹, to w praktyce nie przysparzał kierownictwu Prokuratury większych trudności²². Uznać można, że te radykalne postulaty (m.in. podporządkowania Prokuratury Sejmowi, powoływania Prokuratora Generalnego przez Sejm i wyposażenia go w prawo zaskarżania do Sądu Najwyższego aktów normatywnych niezgodnych z Konstytucją PRL, mianowania prokuratorów przez Radę Państwa, ograniczenia liczby stanowisk funkcyjnych) stanowiły instrument skanalizowania nastrojów panujących wśród wielu pracowników Prokuratury, którzy dostrzegali potrzebę zmian w jej funkcjonowaniu.

Innym działaniem dającym nadzieję na stopniową normalizację stosunków między kierownictwem Prokuratury a prokuratorską „Solidarnością” było przekazanie tej ostatniej do zaopiniowania opracowanych w Prokuraturze Generalnej projektów regulaminów: powszechnych jednostek organizacyjnych Prokuratury PRL i biurowości²³. Krytyczną ocenę tych regulaminów,

¹⁸ Pismo z dnia 18 marca 1981 r., nr DKS Prez 716/81, Dyrektora Departamentu Kadr Prokuratury Generalnej, przekazujące tekst wystąpienia dyrektorom innych departamentów „do wiadomości i służbowego wykorzystania”.

¹⁹ Miało ono miejsce w dniu 2 października 1981 r. – por. Problemy Praworządności 1981, nr 12, s. 107 i „Trybuna Ludu” nr 231 z dnia 2 października 1981 r.

²⁰ Spotkanie odbyło się w dniu 19 listopada 1981 r. – notatki w posiadaniu autora.

²¹ Por. S. M. Janowski, Praworządność – to likwidacja wszelkich pozaustawowych przywilejów, „Gazeta Krakowska” nr 93 z dnia 11 maja 1981 r.

²² Warto dodać, że po wprowadzeniu stanu wojennego i zawieszeniu działalności wszystkich związków zawodowych Prokurator Generalny powołał w Prokuraturze Generalnej Radę Socjalną, wyznaczając zarządzeniem z dnia 22 marca 1982 r. na jej przewodniczącego Stanisława Iwanickiego i powierzając mu przedstawienie propozycji składu Rady. Propozycje te zostały w pełni uwzględnione, czego wyrazem było powołanie składu Rady Socjalnej zarządzeniem z dnia 22 kwietnia 1982 r. W 1983 r. ciało to zostało przekształcone w „Społeczną Radę Pracowników Prokuratury PRL”, w skład której Prokurator Generalny powołał większość członków poprzedniej Rady, na czele ze Stanisławem Iwanickim jako przewodniczącym (zarządzenie Prokuratora Generalnego z dnia 31 marca 1983 r, nr 7/83).

²³ Pismo Dyrektora Departamentu Organizacyjnego Prokuratury Generalnej z dnia 3 lipca 1981 r., nr DO Prez 1–b/14/81.

zawierającą wiele zastrzeżeń wobec konkretnych rozwiązań, a przede wszystkim negującą potrzebę wydania takich aktów przed zakończeniem prac nad zmianą Kodeksu postępowania karnego i ustawy o Prokuraturze, Prezydium KKK przekazało pismem z dnia 29 sierpnia 1981 r. Na spotkaniu Zespołu do spraw praworządności ze stroną rządową w dniu 3 lipca 1981 r., w którym – jak już wspomniano – uczestniczyli przedstawiciele Prokuratury Generalnej na czele z Dyrektorem Departamentu Organizacyjnego, Bogumiłem Surowskim, uzgodniono, że przedstawiciele prokuratorskiej „Solidarności” zostaną dokooptowani do prac zespołów, mających pracować między innymi nad тезami przyszłej ustawy o Prokuraturze, unormowaniem statusu pracowników Prokuratury, ustaleniem optymalnych struktur organizacyjnych, zweryfikowaniem zasad opiniowania pracowników oraz kryteriami przyznawania nagród pracownikom Prokuratury. Krajowa Komisja Koordynacyjna wskazała – pismem z dnia 9 lipca 1981 r. – swoich przedstawicieli do tych zespołów, jednak nie zostali oni dopuszczeni do dalszych prac. Zbliżał się bowiem kolejny kryzys w stosunkach między kierownictwem Prokuratury a prokuratorską „Solidarnością”.

W dniu 13 czerwca 1981 r. odbyło się w Krakowie (w auli Uniwersytetu Jagiellońskiego) II Ogólnopolskie Forum Prawników, na którym przedstawiono do dyskusji wśród innych projektów opracowanych i opublikowanych już przez Centrum Obywatelskich Inicjatyw Ustawodawczych również wstępny projekt zmian ustawy z dnia 14 kwietnia 1967 r. o Prokuraturze PRL. Projekt od strony redakcyjnej przygotowali Krzysztof Bachmiński (sprawozdawca na II Forum) i Aleksander Herzog w oparciu o szeroką dyskusję i uwagi kolegów z pozostałych Kół Związku – można więc śmiało uznać, że było to dzieło zbiorowe. Do najważniejszych założeń projektu należało podporządkowanie Prokuratury Sejmowi (a nie, jak dotychczas, Radzie Państwa), co miało związek z ożywającymi nadziejami na powstanie demokratycznego parlamentu. Prokurator Generalny miałby być powoływany przez Sejm na okres 4 lat, nie dłużej jednak niż na dwie kadencje. Proponowano wyposażenie Prokuratora Generalnego w uprawnienie do opiniowania projektów aktów prawnych pod względem zgodności z Konstytucją i kierowania wniosków o uchylenie aktów niekonstytucyjnych do Sądu Najwyższego. Projekt kładł szczególny nacisk na potrzebę zapewnienia niezależności prokuratora od innych organów władzy i organizacji politycznych, wzmocnienia pozycji zawodu prokuratora i jego samodzielności (także wobec przełożonych), stworzenia w Prokuraturze kolegialnych organów o charakterze samorządowym, wyeliminowania możliwości powoływania na stanowiska prokuratorskie osób niespełniających wymogów należytego przygotowania zawodowego, a także usuwania prokuratorów jako „nie dających rękojmi wykonywania obowiązków”. Proponowano również zmiany w zakresie niektórych uprawnień pracowniczych (m.in. wprowadzenie zasady rów-

ności wynagrodzenia prokuratorów z sędziami), rozszerzenia zakresu immunitetu prokuratorskiego (przypomnieć należy – obejmującego wówczas tylko nadużycie wolności słowa przy wykonywaniu obowiązków służbowych, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego obrazę lub zniesławienie strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, świadka lub biegłego), a także postępowania dyscyplinarnego. Warto dodać, że projekt był oparty na założeniach przekazania do wyłącznej właściwości sądów lub poddania sądowej kontroli dotychczasowych uprawnień prokuratora dotyczących podstawowych praw i wolności obywatelskich (stosowanie tymczasowego aresztowania, sądowa kontrola zatrzymań, a także przeszukań)²⁴. Podkreślić należy, że projekt ten określany był jako „wstępny”.

Dyskusja na II Forum wokół przedstawionych założeń wykazała, że w środowiskach prawniczych – zarówno wśród teoretyków, jak i przedstawicieli praktyki, a w tym samych prokuratorów²⁵ – istnieją różnice zdań co do modelu ustrojowego prokuratury. Obok poglądów o potrzebie istnienia prokuratury jako odrębnego organu w strukturze władzy państwowej, podporządkowanego parlamentowi (podobnie jak NIK), artykułowano były postulaty powrotu do modelu przedwojennego, a mianowicie prokuratury podporządkowanej rządowi, włączonej organizacyjnie w strukturę Ministerstwa Sprawiedliwości. W związku z tym na posiedzeniu KKK w dniu 14 czerwca 1981 r. zalecono opracowanie w ramach prac Centrum Obywatelskich Inicjatyw Ustawodawczych drugiego wariantu ustawy o Prokuraturze, zakładającego włączenie Prokuratury do resortu sprawiedliwości. Komunikat wydany po posiedzeniu zapowiadał potrzebę podjęcia w tej sprawie rozmów z Ministerstwem Sprawiedliwości. Zaznaczyć warto, że projekt ten nie został wówczas opracowany nawet w formie założeń, ani też nie doszło do podjęcia zapowiadanych w tej sprawie rozmów. Jak się jednak potem okazało, kwestia ta stała się jednym z pretekstów do podjęcia próby likwidacji „Solidarności” w Prokuraturze PRL. Nie mogło też się podobać kierownictwu Prokuratury wyrażenie przez Prezydium KKK w dniu 24 sierpnia 1981 r. sprzeciwu przeciw zmianom dokonany przez Radę Państwa w opracowanym wspólnie z przedstawicielami wszystkich związków zawodowych i wniesionym do Sejmu projekcie nowej ustawy o związkach zawodowych. Zmiany te (dokonane w art. 13 i dodanym art. 13a) miały polegać na ograniczeniu niektórym kategoriom pracowników prawa do zrzeszania się w związkach zawodowych. Dotyczyło to w szczególności pracowników cywilnych resortów obrony narodowej i spraw wewnętrznych oraz wszystkich pracowników zatrudnionych na podstawie mianowania w organach państwowych (a więc także pro-

²⁴ Por. Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze..., s. 543–544.

²⁵ *Ibidem*, s. 99.

kuratorów). Sprzeciw wobec tego projektu wyraził się w skierowaniu obszernego „listu otwartego” adresowanego do Rady Państwa.

Pismami z dnia 21 września 1981 r. Prokurator Generalny Lucjan Czubicki przedstawił Przewodniczącemu Rady Państwa Henrykowi Jabłońskiemu i Sekretarzowi Komitetu Centralnego PZPR Mirosławowi Milewskiemu (sprawującemu wówczas partyjny nadzór nad Prokuraturą) notatkę „ilustrującą polityczne i organizacyjne aspekty istnienia i działalności na terenie Prokuratury kół NSZZ «Solidarność»”. Wyraził w niej pogląd, że „w kontekście stałego zaostrzania przez NSZZ «Solidarność» sytuacji politycznej w kraju oraz w związku z osłabianiem od wewnątrz organów Prokuratury – istnienie NSZZ «Solidarność» w Prokuraturze nie jest możliwe. W związku z powyższym proszę o wyrażenie akceptacji na zastosowanie środków zaproponowanych w załączonej notatce”.

Warto więc przytoczyć *in extenso* treść owej notatki, datowanej 17 września 1981 r., podpisanej przez Dyrektora Departamentu Kadr, Szkolenia i Spraw Socjalnych Prokuratury Generalnej – Jerzego Poradę.

„Po rejestracji NSZZ «Solidarność» pierwsze koło tego związku na terenie Prokuratury zostało zorganizowane w województwie krakowskim. Liczyło ono ponad 20 osób, będących pracownikami prokuratorskimi i nieprokuratorskimi kilku prokuratur rejonowych z tego województwa. Kolejne koła powstały w prokuraturach rejonowych w Szczecinie, Gdańsku i Olsztynie, a nadto także w Instytucie Problematyki Przestępczości. Ostatnio koło NSZZ «Solidarność» zorganizowane zostało w Prokuraturze Rejonowej w Bydgoszczy. Łącznie do NSZZ «Solidarność» należy około stu pracowników Prokuratury i Instytutu Problematyki Przestępczości²⁶, w tym około czterdziestu pracowników prokuratorskich. Zważywszy, że w powszechnych jednostkach organizacyjnych Prokuratury zatrudnionych jest około 6500 osób, członkowie NSZZ «Solidarność» stanowią około 1,5% ogółu pracowników Prokuratury. Organem kierowniczym i sterującym działalnością NSZZ «Solidarność» w Prokuraturze jest «Krajowa Komisja Koordynacyjna NSZZ Solidarność Pracowników Prokuratury PRL».

Od początku istnienia NSZZ «Solidarność» w Prokuraturze jego członkowie, będący pracownikami Prokuratury, prezentowali postawy w pełni akceptujące stanowisko związku we wszystkich podstawowych sprawach o charakterze politycznym i społecznym. Solidaryzowali się ze wszystkimi atakami związku przeciwko Prokuraturze. Co więcej, dwaj prokuratorzy, będący członkami NSZZ «Solidarność», uczestnicząc w charakterze ekspertów w rozmowach przedstawicieli Związku z Komisją Rządową na tematy praworządnościowe, formułowali opinie jednoznacznie negatywne o działalności

²⁶ Liczba nieco zaniżona; faktycznie w tym czasie było to około 140 osób, w tym ponad 40 pracowników prokuratorskich.

Prokuratury, przy czym czynili to w sposób napastliwy i z ogólnie znanych pozycji Związku w kwestii jego stosunku do organów władzy i administracji państwowej.

W Biuletynie KKP NSZZ «Solidarność» z dnia 23 czerwca 1981 r. opublikowana została uchwała K.K.K. NSZZ «Solidarność» Pracowników Prokuratury PRL, w której wyrażono pogląd, że Prokuratura powinna zostać włączona do resortu sprawiedliwości i że w tej sprawie K.K.K. podejmie odpowiednie rozmowy z Ministrem Sprawiedliwości. Publiczne wyrażanie tego rodzaju poglądu jest nie tylko przejawem awanturnictwa politycznego i wyraźnej tendencji do demontowania aparatu państwowego, ale także jaskrawym dowodem forsowania stanowiska przeciwnego stanowisku zdecydowanej większości kadry prokuratorskiej. Zapowiedź podjęcia rozmów z Ministrem Sprawiedliwości – bez zgody i wiedzy Prokuratora Generalnego – jest równocześnie poważnym naruszeniem dyscypliny służbowej.

W dniu 24 sierpnia 1981 r. Prezydium K.K.K. wystosowało «List otwarty do Rady Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej», w którym wyraziło «zdecydowany protest» proponowanym przez Radę Państwa zmianom do art. 13 projektu ustawy o związkach zawodowych (w kwestii ograniczenia niektórych kategorii pracowników do swobodnego wyboru związków).

Przytoczone wyżej fakty świadczą w sposób jednoznaczny o niemożności pogodzenia przynależności do NSZZ «Solidarność» z zajmowaniem stanowiska prokuratora. Przynależność ta – mając na uwadze skrystalizowane już oblicze polityczno-ideowe związku – musi prowadzić do poważnych kolizji z zadaniami i obowiązkami prokuratora jako funkcjonariusza socjalistycznego państwa. Działalność Związku w organach Prokuratury prowadzona przez jej pracowników musi mieć z natury rzeczy charakter dywersji, zmierzającej do sparaliżowania Prokuratury i jej wewnętrznego rozkładu.

W tej sytuacji konieczne jest podjęcie działań w kierunku wyprowadzenia Związku z szeregów prokuratorskich. Powinno to nastąpić poprzez nakłanianie, zwłaszcza prokuratorów – członków Związku, do wystąpienia z niego bądź do rozwiązania stosunku pracy, a gdy okaże się to bezskuteczne – do zwolnienia w trybie art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy o prokuraturze PRL, ze względu na brak rękojmi należytego wykonywania obowiązków prokuratora”.

Należy przyjąć, że adresaci owych pism (jakkolwiek nie udało mi się odnaleźć pisemnych odpowiedzi, co przemawia za tym, że udzielono ich ustnie) wyrazili zgodę na proponowane kroki, bowiem w dniach 24–28 września 1981 r. przełożeni służbowi (często z udziałem sekretarzy organizacji partyjnych) przeprowadzili rozmowy ze wszystkimi pracownikami prokuratorskimi – członkami „Solidarności”, wzywając ich do „samookreślenia się” i wyboru między członkostwem w NSZZ „Solidarność” a pracą w organach Prokura-

ry. W niektórych wypadkach stawiano ультymatywne terminy rezygnacji z pracy. Równocześnie z dniem 30 września 1981 r. odwołano członka „Solidarności” Stefana Śnieżko z funkcji zastępcy Prokuratora Rejonowego w Olsztynie. Krajowa Komisja Koordynacyjna podjęła niezwłoczne kroki dla obrony zagrożonych koleżanek i kolegów, zawiadamiając o grożących represjach władze krajowe i regionalne Związku. Wywołało to bardzo silną i skuteczną reakcję. Obradujący w Gdańsku na II turze obrad I Krajowy Zjazd „Solidarności” skierował do Rady Państwa PRL w dniu 5 października 1981 r. uchwałę nr 52/81, protestującą przeciwko represjom wobec prokuratorów-związkowców²⁷. Pod adresem kierownictwa Prokuratury, Sejmu i Rady Państwa posypały się protesty różnych organizacji związkowych – regionalnych i zakładowych²⁸. Podobne protesty płynęły z innych środowisk prawniczych, między innymi sędziowskich i adwokackich²⁹. Co jednak ważniejsze, w niektórych ośrodkach doszło do formalnego obejmowania opieki nad kółkami „Solidarności” w prokuraturach przez organizacje Związku w wielkich, przemysłowych zakładach pracy. W Krakowie była to Komisja Robotnicza Hutników Huty im. Lenina, w Szczecinie – „Solidarność” Wojewódzkiego Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej, w Olsztynie – Komisja Zakładowa Przedsiębiorstwa Sprzętowo-Transportowego Budownictwa Rolniczego. O sprawie napisał także „Tygodnik Powszechny” – jedno z nielicznych niezależnych pism o zasięgu ogólnopolskim³⁰. Co więcej, w wyniku interwencji posła Szczepana Styranowskiego³¹ Komisja Spraw Wewnętrznych i Wymiaru Sprawiedliwości Sejmu PRL przekazała³² Prokuratorowi Generalnemu oświadczenie Międzyzakładowej Komisji „Solidarności” przy Sądach w Olsztynie protestujące przeciwko rozmowom prowadzonym z prokuratorami, uznając je za przejaw dyskryminacji za działalność związkową. Odpowiedź skierowana przez Prokuratora Generalnego Lucjana Czubińskiego do Przewodniczącego Komisji w dniu 5 listopada 1981 r. była pełna hipokryzji. Przyznawał w niej, że prokuratorzy wojewódzcy zostali zobowiązani do przeprowadzenia rozmów z podległymi im prokuratorami – członkami „Solidarności” w celu stwierdzenia, czy można liczyć na pewno, że „wszyscy prokuratorzy, niezależnie od ich przynależności związkowej oraz indywidualnych podstaw politycznych, wykonają rzetelnie i sumiennie zlecane im przez przełożonych obowiązki”. Był to jednak jeden z ostatnich dokumentów podpisa-

²⁷ Serwis Informacyjny Biura Informacji Prasowej BIPS KKP NSZZ „Solidarność”, wydanie zjazdowe, nr 55 z dnia 5 października 1981 r.

²⁸ Por. m.in. „Tygodnik Solidarność” nr 30 z dnia 23 października 1981 r., czy „Rezonans – Solidarność Olsztyńska” nr 26 z dnia 16 października 1981 r.

²⁹ Na przykład uchwała Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie z dnia 16 października 1981 r.

³⁰ S. M u s i a ł, Komu na odsiecz, „Tygodnik Powszechny” nr 41 z dnia 11 października 1981 r.

³¹ Poseł Stronnictwa Demokratycznego na Sejm w latach 1980–1985, sędzia Sądu Wojewódzkiego w Olsztynie.

³² Pismo z dnia 27 października 1981 r., znak SWS-150-30-81.

nych przez Lucjana Czubińskiego. W dniu 9 listopada 1981 r.³³ na stanowisku Prokuratora Generalnego zastąpił go dr Franciszek Rusek (Lucjan Czubiński został natomiast wiceministrem spraw wewnętrznych, a wkrótce spotkał go awans do stopnia generała dywizji). Jakie były powody dokonania tej zmiany – nie wiadomo. Być może ustalać to kiedyś historycy badający dokumenty Komitetu Centralnego PZPR i Rady Państwa. „Solidarność” Prokuratury początkowo przyjęła tę zmianę z nadzieją, bowiem nowy Prokurator Generalny był poprzednio przez wiele lat Prezesem Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego. Wydawało się więc, że były sędzia będzie kierował Prokuraturą w sposób przynajmniej nieco odbiegający od stylu poprzednika. Skierowane pod jego adresem przez KKK gratulacje i życzenia owocnej pracy wraz z postulatem spotkania nie doczekały się jednak odpowiedzi, a kolejne działania dowiodły, że zmiana ta nie miała w istocie żadnego znaczenia.

Wprowadzenie w dniu 13 grudnia 1981 r. stanu wojennego oznaczało likwidację NSZZ „Solidarność” w Prokuraturze PRL. Tej nocy internowano w Olsztynie prokuratora Stefana Śnieżko (jak się zdaje, nastąpiło to ze względu na jego społeczną działalność jako doradcy w sprawach prawnych regionalnych struktur Związku oraz konflikt z kierownictwem Komendy Wojewódzkiej MO). Był on jednym z najdłużej internowanych, przeszło rok (do 17 grudnia 1982 r.) przebywając w ośrodkach dla internowanych (faktycznie Zakładach Karnych) – kolejno w ławie, Kielcach, Łupkowie, Załężu i Uhercach³⁴. Warto zaznaczyć, że poniedziałek 14 grudnia był dniem, w którym wszyscy prokuratorzy w kraju otrzymali odbity na powielaczu tekst dekretu o stanie wojennym, a wielu z nich – w tym także członków „Solidarności” – dostało zaświadczenia upoważniające do poruszania się w czasie tzw. „godziny milicyjnej”, co – jak autorowi niniejszego tekstu – pozwoliło później na w miarę swobodne i bezpieczne nawiązanie kontaktów z kolegami w innych miastach. Natomiast, w dniu 15 grudnia 1981 r.³⁵ w siedzibach Kół Związku zjawili się wysłannicy Prokuratury Generalnej (przeważnie prokuratorzy z Departamentu Kadr), którzy w obecności przełożonych przeprowadzili indywidualne rozmowy ze wszystkimi członkami „Solidarności” (zarówno pracownikami prokuratorskimi, jak i administracyjnymi oraz obsługi). Wszystkim

³³ Por. „Trybuna Ludu” nr 264 z dnia 10 listopada 1981 r.; w Internecie można niestety znaleźć błędne daty – 25 listopada, a nawet 1 grudnia 1981 r. (patrz „Wikipedia”). Tymczasem autor jest w posiadaniu odpisu pisma wystosowanego 11 listopada 1981 r. do F. Ruska przez Prezydium KKK zawierającego m.in. gratulacje z okazji objęcia stanowiska Prokuratora Generalnego.

³⁴ Por. Encyklopedia „Solidarności” – hasło „Stefan Śnieżko”.

³⁵ Już w dniu 3 grudnia 1981 r. z Prokuratury Generalnej przekazano telefoniczne polecenia sporządzenia i przekazania spisów pracowników należących do „Solidarności”. Odnalazłem pisma podające takie spisy z Prokuratur Wojewódzkich w Bydgoszczy i Gdańsku, co może świadczyć, że już wtedy podjęto ostatnie przygotowania do stanu wojennego.

przedłożono do podpisu oświadczenia, których treść warto w tym miejscu przytoczyć:

„Oświadczam, że przy wykonywaniu swoich obowiązków prokuratorskich (pracowniczych) będę bronił zasad ustroju socjalistycznego w PRL, ściśle przestrzegał Konstytucji i całego socjalistycznego porządku prawnego, w tym również przepisów prawa wprowadzonych na czas obowiązywania stanu wojennego. Będę również przestrzegał zasad dyscypliny służbowej wynikających z ustawy o Prokuraturze PRL oraz zarządzeń i dyrektyw Prokuratora Generalnego. Jednocześnie oświadczam, że odcinam się od wszelkich uchwał i innych postanowień NSZZ „Solidarność” niezgodnych z konstytucyjnym porządkiem prawnym, a w szczególności od uchwał i postanowień podjętych w grudniu 1981 r. przez Prezydium Komisji Krajowej w Radomiu i Krajową Komisję NSZZ „Solidarność” w Gdańsku”³⁶.

Równocześnie w trakcie tych rozmów przedstawiciele kierownictwa informowali, że odmowa podpisania takich oświadczeń jest równoznaczna ze zwolnieniem z pracy w Prokuraturze, dając jedynie wybór pomiędzy złożeniem natychmiastowej rezygnacji a zwolnieniem z powodu „niedawania rękopisami wykonywania obowiązków”.

Z notatek sporządzonych w styczniu 1982 r. w Prokuraturze Generalnej³⁷ wynika, iż w chwili wprowadzenia stanu wojennego „koła «Solidarności» istniały w 5 jednostkach organizacyjnych Prokuratury PRL w następujących województwach: Bydgoszcz, Gdańsk, Kraków, Olsztyn, Szczecin i liczyły:

- 35 prokuratorów³⁸,
- 2 aplikantów,
- 70 pracowników administracyjnych.

Po dniu 13 grudnia 1981 r. przeprowadzono rozmowy z:

- 34 prokuratorami,
- 2 aplikantami,
- 59 pracownikami administracyjnymi.

Nie przeprowadzono więc rozmów z jednym prokuratorem (M. Brzozowskim z Bydgoszczy), ponieważ odbywał on służbę wojskową, oraz z 11 pracownikami administracyjnymi, gdyż było to niecelowe z uwagi na mało istotne ich znaczenie dla służby.

³⁶ Należy podkreślić, że nikt z wzywanych do podpisania nie znał treści owych uchwał z Radomia i Gdańska, bo nie zdążyły przed wprowadzeniem stanu wojennego poinformować o nich środki przekazu.

³⁷ „Notatka w sprawie rozwiązania stosunku pracy z pracownikami Prokuratury PRL i Instytutu Problematyki Przestępczości – po wprowadzeniu stanu wojennego” z dnia 19 stycznia 1982 r., sporządzona przez Dyrektora Departamentu Kadr, Szkolenia i Spraw Socjalnych, Jerzego Poradę.

³⁸ Dane te były zaniżone, bowiem nie uwzględniały prokuratorów-emerytów (nie istniał jeszcze stan spoczynku) – dla przykładu w Krakowie były 2 takie osoby, oraz pojedynczych prokuratorów należących do organizacji przy sądach, jak na przykład w Cieszynie czy Brzegu.

Po odpowiednich konsultacjach ze Sztabami Wojewódzkimi:

- rozwiązano stosunek służbowy z 13 prokuratorami, 2 aplikantami i 1 pracownikiem administracyjnym,
- pozostawiono w służbie 21 prokuratorów i 69 pracowników administracyjnych.

Sprawę prok. M. Brzozowskiego zdecydowano rozstrzygnąć po jego powrocie ze służby wojskowej, zawiadamiając władze wojskowe o jego przynależności do NSZZ «Solidarność».

Rozwiązano ponadto stosunek pracy z 8 prokuratorami (z woj. gdańskiego – 2, krośnieńskiego – 1, ostrołęckiego – 1, szczecińskiego – 1, bielskobialskiego – 2, warszawskiego – 1), którzy utracili w warunkach stanu wojennego zaufanie, że należycie będą wykonywać ciężące na nich obowiązki służbowe. Spośród tych prokuratorów 2 zwolniono «z urzędu» wobec stwierdzenia, że nie dają oni rękojmi należytego wykonywania obowiązków prokuratora, a 6 na skutek próśb – które zostały zainspirowane.

Aktualnie prowadzone są czynności ustalające istnienie podstaw do zwolnienia ze służby, z tych samych powodów, dalszych 14 prokuratorów – w tym 10 z województwa opolskiego, którzy złożyli legitymacje partyjne.

W Instytucie Problematyki Przestępczości koło NSZZ «Solidarność» liczyło 20 członków. Rozmowy przeprowadzono z 16 pracownikami, z 4 nie było to możliwe z przyczyn obiektywnych (urlopy macierzyńskie i wychowawcze). Z 16 pracowników, z którymi przeprowadzono rozmowy, 6 podpisało oświadczenie, w którym pozytywnie określili się pod względem politycznym i obywatelskim. Stosunek pracy rozwiązano z 9 pracownikami Instytutu³⁹, a 7 osób zdecydowano pozostawić w służbie (tzn. sześć, które podpisało oświadczenie, oraz 1 osobę, co do której wcześniej wyrażono zgodę na wykorzystanie urlopu wychowawczego)”.

Nieco inne (lecz zbliżone) dane znalazły się w notatce, którą Prokurator Generalny F. Rusek przedstawił (pismem z dnia 31 stycznia 1982 r.) Przewodniczącemu Wojskowej Rady Ocalenia Narodowego, generałowi Wojciechowi Jaruzelskiemu, informując „o wynikach przeglądu kadrowego przeprowadzonego w powszechnych jednostkach organizacyjnych Prokuratury

³⁹ Warto zaznaczyć, że z korespondencji pomiędzy Dyrekcją Instytutu a Prokuraturą Generalną wynika, że pierwotnie nie podjęto decyzji o zwolnieniu z pracy w stosunku do jednej osoby pomimo niepodpisania oświadczenia „ze względu na szczególne okoliczności, tj. wysokie kwalifikacje naukowe, posiadanie stopnia dr kryminologii i zaawansowaną pracę habilitacyjną oraz trwale nieodwracalne kalectwo (całkowity paraliż obu kończyn dolnych) i uniemożliwiający jakąkolwiek pracę w innym charakterze”. Jednak mimo takiej informacji „uzgodniono z tow. B. Hołystem (dyrektorem Instytutu – przyp. autora), że rozwiązanie stosunku pracy powinno nastąpić także z tą osobą, co też nastąpiło. Ironia losu spowodowała, że ów zwolniony wtedy pracownik został po wielu latach dyrektorem Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, po włączeniu prokuratury w struktury Ministerstwa Sprawiedliwości i związanej z tym likwidacji IPP.

PRL pod kątem zabezpieczenia pełnej realizacji obowiązków ciążących na Prokuraturze w warunkach stanu wojennego”. Skłania do refleksji sam fakt informacji na tak wysokim szczeblu. Z notatki wynikało, iż na podstawie tego przeglądu rozwiązano stosunek pracy z 25 pracownikami powszechnych jednostek organizacyjnych Prokuratury, którzy „z wagi na prezentowaną przez nich postawę, nie dawali rękojmi należytego wykonywania swych powinności służbowych”. Było wśród nich 22 prokuratorów, 2 aplikantów i 1 pracownik nieprokuratorski. „Rozwiązanie stosunku pracy z urzędu nastąpiło wobec 8 pracowników; co do pozostałych 17 – decyzje o zwolnieniu podjęto z uwzględnieniem ich próśb o przyjęcie rezygnacji ze służby”. Według notatki, w grupie zwolnionych 15 należało do NSZZ „Solidarność”, w tym 12 prokuratorów, 2 aplikantów i 1 pracownik nieprokuratorski. Z czterema spośród nich rozwiązano stosunek pracy „z urzędu”, pozostali złożyli rezygnację ze służby. Dziewięciu zwolnionych prokuratorów nie należało do NSZZ „Solidarność”.

Podkreślić trzeba, że w atmosferze pierwszych dni stanu wojennego rozwiązywanie stosunku służbowego wobec członków „Solidarności” odbywało się z naruszeniem obowiązujących ówczesnie przepisów. Dotyczyło to zwłaszcza braku umożliwienia wymaganych wyjaśnień czy też dokonania zwolnienia w okresie urlopu lub choroby (warto dodać, że prokuratorów odmawiających podpisania oświadczeń odsunięto natychmiast od pracy). W efekcie składane przez prokuratorów zwolnionych na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy o Prokuraturze PRL⁴⁰ (jako „nie dających rękojmi wykonywania obowiązków”) skargi do Naczelnego Sądu Administracyjnego skutkowały w kilku wypadkach (jak to się stało między innymi w przypadku autora tego tekstu) zmianą podstawy rozwiązania stosunku służbowego na „porozumienie stron”. Było to o tyle istotne, że umożliwiało tym osobom funkcjonowanie w innych zawodach prawniczych, na przykład uzyskanie wpisu na listę radców prawnych. Także w przypadku jednego zwolnionego pracownika administracyjnego (z Krakowa) w wyniku odwołania doszło do przywrócenia go do pracy z przyczyn formalnych.

Interesującym i symptomatycznym dla omawianego okresu jest przypadek rozwiązania stosunku służbowego z prokuratorem Stefanem Śnieżko w czasie jego internowania. Wątpliwości prawne z tym związane doprowadziły do wydania uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 listopada 1982 r., według której „decyzja administracyjna o rozwiązaniu stosunku pracy z pracownikiem mianowanym może być zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego z powodu jej niezgodności z prawem

⁴⁰ „Art. 13. 1. Zwolnienie prokuratora ze służby w powszechnych jednostkach organizacyjnych Prokuratury następuje: W razie stwierdzenia, że nie daje on rękojmi należytego wykonywania obowiązków prokuratora, przy czym przed podjęciem decyzji należy umożliwić zainteresowanemu złożenie w tym przedmiocie wyjaśnień”.

(art. 196 § 2 pkt 19 k.p.a.), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej”⁴¹. Z takim stanowiskiem nie zgodził się jednak Prokurator Generalny PRL, który przedstawił wniosek do rozstrzygnięcia pełnemu składowi Izby Cywilnej i Administracyjnej. W rezultacie doszło do wydania uchwały połączonych Izb – Izby Cywilnej i Administracyjnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 1 marca 1983 r., sygn. III AZP 6/82⁴², zgodnie z którą „przepis art. 196 § 2 pkt 19 kodeksu postępowania administracyjnego nie uzasadnia właściwości Naczelnego Sądu Administracyjnego do rozpoznawania spraw o rozwiązanie stosunku pracy nawiązanego na podstawie mianowania; natomiast Naczelny Sąd Administracyjny jest właściwy do rozpatrywania tego typu spraw, jeżeli przepis szczególny tak stanowi”. Konsekwencją takiego stanowiska był brak możliwości odwołania się do organu sądowego między innymi przez zwalnianych z pracy prokuratorów. Wnikliwa lektura uzasadnienia tej uchwały prowadzić musi do wniosku o czysto instrumentalnym jej charakterze, nie przynoszącym chluby ówczesnemu składowi Sądu Najwyższego; znamienne, że spotkała się ona wyłącznie z krytycznymi głosami w piśmiennictwie prawniczym⁴³.

Godnym przypomnienia jest także przypadek dotyczący przewodniczącego Komisji Zakładowej „Solidarności” w Gdańsku, prokuratora Leszka Lackorzyńskiego. Zwolniony początkowo jako „nie dający rękojmi”, w następstwie wykazania uchybień formalnych tej decyzji uzyskał zmianę podstawy na „porozumienie stron” wraz z wydłużeniem daty rozwiązania stosunku służbowego na koniec czerwca. Wcześniej jednak wszczęto przeciw niemu postępowanie dyscyplinarne, bowiem do Prokuratury dotarła kopia zapisu rozmowy przeprowadzonej w listopadzie 1981 r. w redakcji Tygodnika „Solidarność”, w której L. Lackorzyński uczestniczył obok innych prokuratorów – członków „Solidarności”. Jak to już wcześniej wspomniano, tekst ten został w dniu 4 grudnia 1981 r. przesłany przez redaktor Wandę Falkowską do uczestników rozmowy celem autoryzacji i do chwili wprowadzenia stanu wojennego nie został nawet skierowany do druku. Jeden z egzemplarzy owej rozmowy, który został znaleziony przez SB podczas przeszukania w olsztyńskim mieszkaniu internowanego prokuratora Stefana Śnieżko, przekazany został przez Prokuratora Wojewódzkiego w Olsztynie do Prokuratury Generalnej i stał się podstawą wszczęcia w dniu 5 marca 1982 r. postępowania dyscyplinarnego przeciwko Leszkowi Lackorzyńskiemu. Co ciekawe,

⁴¹ Charakterystyczne, że mimo wpisania tej uchwały do księgi zasad prawnych nie została ona opublikowana (!) ani w urzędowym zbiorze orzeczeń Izby Cywilnej i Administracyjnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, ani w Orzecznictwie Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych.

⁴² OSPiKA 1984, nr 1, poz. 1.

⁴³ Por. glosy do wspomnianej uchwały autorstwa: T. Zielińskiego, PiP 1984, nr 4, s. 131; J. Wosia, PiP 1984, nr 4, s. 136; A. Świątkowskiego, OSPiKA 1984, nr 7–8, poz. 144; E. Łętowskiej i J. Łętowskiego, OSPiKA 1984, nr 1, poz. 1.

postępowaniem nie objęto innych prokuratorów – uczestników spotkania z red. Falkowską⁴⁴. W toku tego postępowania obwiniono L. Lackorzyńskiego o to, że „w dniu 14 listopada 1981 r. (...) bez zezwolenia właściwych przełożonych wziął udział w spotkaniu prokuratorów – aktywistów b. NSZZ «Solidarność» z redaktorem tygodnika «Solidarność», na którym pomawiał organy Prokuratury o świadome naruszenie prawa mające na celu podważenie do nich społecznego zachowania; w listopadzie 1981 r. (...) przekazał redakcji tyg. «Solidarność» artykuł, przedstawiając w nim własne stanowisko odnośnie projektu struktur organizacyjnych i charakteru działania organów ścigania i wym. Sprawiedliwości w nawiązaniu do tematyki ujętej w programie NSZZ «Solidarność» ustalonym na I krajowym Zjeździe Delegatów tegoż Związku”. Dołączono do tego dwa dalsze zarzuty, mianowicie o to, że „w dniu 14 grudnia 1981 r. (...) wbrew zarządzeniu nr 51 Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 1981 r. w sprawie zawieszenia działalności związków zawodowych (...) demonstracyjnie na terenie gmachu Prokuratury nosił odznakę NSZZ «Solidarność», prezentując w rozmowie z przełożonymi i innymi prokuratorami stanowisko o bezprawności wprowadzenia przez Radę Państwa dekretem z dnia 13 grudnia 1981 r. stanu wojennego na terytorium PRL i zawieszenia w oparciu o ten akt związku zawodowego «Solidarność», a także w dniach 24, 30 marca, 6, 7 i 14 kwietnia 1982 r. (...), będąc zawieszony w czynnościach służbowych, przebywał celowo w gmachu sądu przed salą rozpraw, w której toczył się proces karny przeciwko członkom Regionalnego Komitetu Strajkowego NSZZ «Solidarność» kierującym i organizującym strajk w Stoczni im. Lenina i innych zakładów w grudniu 1981 r., manifestował sympatię i poparcie dla oskarżonych, klaszcząc między innymi w dłonie w czasie wprowadzania wymienionych na salę”. Komisja Dyscyplinarna dla Pracowników Prokuratorskich w Prokuraturze Wojewódzkiej w Gdańsku wymierzyła Leszkowi Lackorzyńskiemu za wymienione czyny łączną karę wydalenia ze służby prokuratorskiej⁴⁵, a Odwoławcza Komisja Dyscyplinarna w Prokuraturze Generalnej orzeczenie to utrzymała w mocy⁴⁶.

Ciekawe, że również w późniejszym okresie kierownictwo Prokuratury wyrażało zainteresowanie byłymi pracownikami prokuratorskimi zwolnionymi z Prokuratury po wprowadzeniu stanu wojennego, w tym zwłaszcza członkami NSZZ „Solidarność”. Z dokumentów pochodzących z czerwca 1983 r. wynika, że na polecenia Prokuratury Generalnej (telefoniczne albo przed-

⁴⁴ Wzięli w nim udział obok L. Lackorzyńskiego także A. Herzog, S. Śnieżko i G. Jankowski z Prokuratury Rejonowej w Szczecinie oraz dr B. Kulczycka z Instytutu Problematyki Prześcześnieści.

⁴⁵ Orzeczenie z dnia 9 grudnia 1982 r., sygn. KD 2/82.

⁴⁶ Orzeczenie z dnia 10 marca 1983 r., sygn. OKD 19/82/Gd. W ówczesnym stanie prawnym (zapewne przez przeoczenie) brak było obowiązującego do dziś od 1985 r. zapisu ustawowego, iż postępowanie dyscyplinarne w sprawach prokuratorów toczy się z wyłączeniem jawności, stąd można przytoczyć zasadnicze elementy orzeczenia.

stawione na naradach służbowych) przedstawiano opinie o byłych prokuratorach z Bydgoszczy, Szczecina, Olsztyna, Bielska-Białej i Katowic, informując równocześnie, gdzie są oni aktualnie zatrudnieni. Nie zachowały się (lub nie udało się do nich dotrzeć) stosowne notatki dotyczące innych województw, lecz nie ma wątpliwości, że musiały także zostać sporządzone.

Być może takie działanie miało związek z tym, iż zwolnieni ze służby prokuratorzy – członkowie „Solidarności” nie zaprzestali zakazanej formalnie działalności związkowej. W pierwszej kolejności podjęli zakończone pozytywnie próby nawiązania kontaktów pomiędzy poszczególnymi organizacjami (rozrzuconymi od Krakowa poprzez Warszawę i Szczecin do Gdańska i Olsztyna) i ustalenia, jakie są losy ich członków⁴⁷. Utrzymywali oni także kontakt z tymi członkami Związku, którzy po podpisaniu „deklaracji lojalności” pozostali w pracy po wprowadzeniu stanu wojennego. Podkreślić warto, że przez wiele miesięcy wśród tych osób w poszczególnych województwach zbierane były i przekazywane dalej składki członkowskie, a w drugą stronę docierały pisma konspiracyjnej „Solidarności”. Niektórzy kontynuowali konspiracyjną działalność związkową w różnych formach, nawet tak odległych od pracy prokuratora, jak organizacja Radia „Solidarność Małopolska”. Dodać też trzeba, że w kolejnych latach większość z pracowników prokuratorских – członków „Solidarności” – odeszła z pracy w Prokuraturze, wykonując inne zawody prawnicze. Niektórzy z nich – podobnie jak autor niniejszego tekstu – powrócili po 1990 r. z nadzieją zbudowania nowej prokuratury, odpowiadającej ich oczekiwaniom i wizjom. To jednak także temat wykraczający poza ramy tego artykułu⁴⁸.

Trudno pokusić się dzisiaj – zwłaszcza piszącemu te słowa – o całościową i obiektywną ocenę działania NSZZ „Solidarność” w Prokuraturze PRL w latach 1980–1981. Uderza z pewnością fakt, że pomimo znikomej wręcz liczebności organizacja ta była uznawana przez kierownictwo Prokuratury PRL za poważne zagrożenie, co wielokrotnie skutkowało próbami całkowitej likwidacji tego Związku. Zapewne wynikało to z faktu, że dla wszystkich – w tym także dla owego kierownictwa Prokuratury – było jasne, iż w istocie organizacja ta nie ma charakteru typowego związku zawodowego, który działałby w celu ochrony praw i interesów poszczególnych pracowników. W tych specyficznych warunkach systemu „socjalistycznego” głównym postulatem prokuratorской „Solidarności” było przebudowanie modelu, zasad działania i podporządkowania Prokuratury PRL. Nie ograniczano się przy tym tylko do haseł, ale podjęto próby przedstawienia konkretnych rozwiązań ustrojowych. To zaś było nie do przyjęcia dla ówczesnego systemu politycz-

⁴⁷ Na szczególne przypomnienie zasługuje w tym miejscu osoba nieżyjącej już emerytowanej prokurator Marii Sękowej z Krakowa, która w warunkach stanu wojennego objechała niemal całą Polskę.

⁴⁸ Por. A. Herzog, *Z dziejów prokuratury polskiej*, Prokuratura i Prawo 2013, nr 11, s. 5.

nego. Sformułowane wówczas diagnozy stanu prokuratury i postulaty dokonania zmian w wielkim stopniu stały się podstawą przebudowania tej instytucji w okresie ostatniego dwudziestolecia.

Oddając hołd tym prokuratorom i pracownikom Prokuratury PRL, którzy – zdając sobie sprawę z grożącego im ryzyka – podjęli działalność w „Solidarności”, autor pragnie również podkreślić, że nie oznacza to, iż większość spośród pozostałych pracowników prokuratorskich tego okresu zasługiwała na negatywną ocenę. Oczywiście, byli wśród nich nieliczni gorliwi obrońcy tamtego systemu; była większa zapewne grupa koniunkturalistów, gotowych dla kariery postawić ponad prawem oczekiwania władz. Jeszcze więcej jednak było osób na wskroś uczciwych, dla których prawo znaczyło prawo, a sprawiedliwość – sprawiedliwość. Można się było o tym przekonać także w trudnych latach stanu wojennego.

Nie sposób wreszcie w tym miejscu uciec od refleksji, że rola i znaczenie związków zawodowych w prokuraturze III RP (a w istocie jednego tylko powołanego po 1990 r. Związku Zawodowego Prokuratorów i Pracowników Prokuratury) są zupełnie inne, niż było to w omawianym okresie. W żaden sposób nie nawiązał on zresztą do tradycji prokuratorskiej „Solidarności”. Można w tym miejscu postawić pytanie, czy – kierując się analogicznym rozwiązaniem w odniesieniu do sędziów – również w stosunku do prokuratorów nie powinno być *de lege ferenda* wyłączone prawo do zrzeszania się w związki zawodowe. Jest to jednak temat do osobnej dyskusji.

"Solidarity" at the Prosecution Service of the Polish People's Republic 1980–1981

Abstract

This paper gives a broader historical perspective for the establishment, operation, and, following the imposition of martial law, liquidation of the Independent Self-Governing Trade Union "Solidarity" at the Prosecution Service of the Polish People's Republic. Initiatives of the Trade Union members are described, which aimed at introducing legislative changes to depoliticize the Prosecution Service and make prosecutors independent. The intended changes alerted the Prosecution Service Leaders who viewed them as the biggest threat, although there were only less than two hundred members of "Solidarity", including several dozen prosecutors organized into five local organizations (in Cracow, Warsaw, Gdansk, Olsztyn, Szczecin, and Bydgoszcz), among Prosecution Service employees.

Janusz Sawicki

Z problematyki idealnego zbiegu czynów karalnych w prawie karnym skarbowym

Streszczenie

Opracowanie dotyczy złożonego zagadnienia związanego ze stosowaniem idealnego zbiegu czynów karalnych, od lat budzącego poważne wątpliwości i odmienne stanowiska w doktrynie i orzecznictwie, a który dotyczy oceny części szczególnej tytułu I Kodeksu karnego skarbowego, czy posiada ona zupełny charakter. Próba rozwiązania tego kluczowego problemu pozwoli następnie rozstrzygnąć, czy stwierdzony tzw. realny (rzeczywisty) zbieg przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego spenalizowanego w Kodeksie karnym skarbowym z przepisem karnym innej ustawy będzie zawsze idealnym zbiegiem czynów karalnych z art. 8 k.k.s., czy też istnieje możliwość, że ten przepis karny z innej ustawy będzie również penalizował przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, a wówczas będzie zapewne zachodził kumulatywny zbieg przepisów ustawy z art. 7 k.k.s. Artykuł zamyka propozycja de lege ferenda odnosząca się do aktualnego stanu prawnego, mająca na celu uporządkowanie przepisów w omawianym zakresie.

I

W prawie karnym skarbowym występuje szczególna konstrukcja zbiegu przepisów nieuregulowana w prawie karnym powszechnym. Jeżeli ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym wyczerpuje znamiona przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach Kodeksu karnego skarbowego¹ oraz w przepisach innej ustawy karnej, to na podstawie art. 8 § 1 k.k.s. stosuje się każdy z tych przepisów. Jest to tzw. idealny zbieg czynów karalnych², nazywany też idealnym zbiegiem czynów zabronionych³, a także idealnym zbiegiem przepisów⁴. Jak zauważa F. Prusak, możliwa jest bowiem modyfikacja regulacji normatywnej konstrukcji ide-

¹ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 186 ze zm.).

² P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 136.

³ F. Prusak, System Prawa Karnego, t. 11: Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe, pod red. M. Bojańskiego, Warszawa 2014, s. 38.

⁴ L. Wilk, J. Zagrodnik, Prawo karne skarbowe, Warszawa 2009, s. 105.

alnego zbiegu czynów zabronionych w drodze zintegrowania wątku karnego skarbowego z wątkiem kryminalnym w ramach jednej sprawy⁵. Wyrażona w art. 8 k.k.s. konstrukcja idealnego zbiegu czynów karalnych jest instytucją odnoszącą się wyłącznie do tzw. zewnętrznego zbiegu przepisów ustawy⁶, regulującą sposób rozstrzygania przypadków realnego zbiegu pomiędzy różnymi ustawami. Rozwiązanie to określa tradycyjną i swoistą instytucję prawa karnego skarbowego, związaną z zakresem regulacji tej ustawy oraz szczególnym przedmiotem ochrony zawartych w niej czynów zabronionych⁷.

Zadaniem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na podstawowy problem bezpośrednio związany ze stosowaniem idealnego zbiegu czynów karalnych, od lat budzący poważne wątpliwości i odmienne stanowiska w doktrynie i orzecznictwie, a który dotyczy oceny części szczególnej tytułu I Kodeksu karnego skarbowego co do jej pełnego⁸ charakteru. Sprowadza się on do kwestii, czy wyłącznie Kodeks karny skarbowy obejmuje wszystkie przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, a co za tym idzie, czy jest on jedynym aktem prawnym zawierającym zabronione czyny skarbowe, czy też są one spenalizowane zarówno w Kodeksie karnym skarbowym, jak i w innych ustawach. Pozwoli to bowiem na rozstrzygnięcie kluczowego dla stosowania konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych problemu, czy stwierdzony realny (rzeczywisty) zbieg przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego spenalizowanego w Kodeksie karnym skarbowym z przepisem karnym innej ustawy, będzie zawsze idealnym zbiegiem czynów karalnych z art. 8 k.k.s., czy też istnieje możliwość, że ten przepis karny z innej ustawy będzie również penalizował przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, a wówczas będzie zapewne zachodził kumulatywny zbieg przepisów ustawy z art. 7 k.k.s.

Próba rozwiązania tego problemu wymaga najpierw przybliżenia konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych i jej konsekwencji w prawie karnym skarbowym. W razie idealnego zbiegu czynów karalnych skutkiem prawnym naruszenia jednym czynem kilku przepisów nie jest zbieg przepisów, ale wielość czynów karalnych w postaci różnych przestępstw, różnych przestępstw i wykroczeń lub różnych wykroczeń. Wówczas następuje podwójne skazanie na podstawie każdego ze zbiegających się przepisów z różnych działów prawa (Kodeks karny skarbowy i np. Kodeks karny⁹ lub

⁵ F. Prusak, *System...*, *op. cit.*, s. 38.

⁶ W odróżnieniu od tzw. zbiegu wewnętrznego, czyli zbiegu np. przepisów Kodeksu karnego skarbowego.

⁷ P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 136.

⁸ „Zupełny” rozumiany jako obejmujący wszystko, bez reszty, bez wyjątku, całkowity (D. Podławska, M. Świątek-Brzezińska, *Słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa–Bielsko-Biała 2008, s. 538).

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

Kodeks wykroczeń¹⁰). W razie idealnego zbiegu na podstawie art. 8 k.k.s. nie ma zastosowania zasada systemu prawa karnego skarbowego, która w art. 6 § 1 k.k.s. mówi, że ten sam czyn może stanowić tylko jeden czyn zabroniony: przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe (analogiczny przepis w prawie karnym powszechnym zawiera art. 11 § 1 k.k.). Mimo jednego czynu na podstawie art. 8 k.k.s. wielość ocen prawnych może decydować o wielości czynów karalnych. Innymi słowy, o wielości czynów karalnych nie decyduje tutaj liczba czynów, lecz liczba ocen karnoprawnych z punktu widzenia różnych działów prawa karnego¹¹. Idealny zbieg czynów karalnych to konstrukcja stanowiąca wyjątek od reguły wskazanej w art. 6 § 1 k.k.s., gdyż ten sam czyn stanowi tu zarówno przestępstwo lub wykroczenie skarbowe, jak i przestępstwo i wykroczenie powszechne, a nie tylko jedno przestępstwo i wykroczenie. Sprawca odpowiada tu odrębnie (podwójnie) z każdego z naruszonych przepisów¹².

Na tle art. 8 k.k.s. możliwe są różne konfiguracje zbiegu idealnego:

a) czyn będący przestępstwem skarbowym może wypełniać jednocześnie znamiona przestępstwa powszechnego¹³, np. przestępstwo skarbowe usunięcia towaru lub środka przewozowego spod dozoru celnego (art. 90 § 1 k.k.s.) w idealnym zbiegu z przestępstwem powszechnym rozboju (280 k.k.); funkcjonariusz celny, który ułatwia sprawcy dokonanie przemytu celnego, przyjmując od sprawcy korzyść majątkową, dopuszcza się pomocnictwa do skarbowego przestępstwa przemytu (art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 86 § 1–3 k.k.s. i w zw. z art. 20 § 2 k.k.s.), jeżeli kwota należności celnej narażonej na uszczuplenie lub wartość towaru w obrocie z zagranicą przekracza ustawowy próg¹⁴, w idealnym zbiegu z przestępstwem powszechnym sprzedajności (łapownictwa biernego) z art. 228 k.k.¹⁵;

¹⁰ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 482 ze zm.).

¹¹ Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 110.

¹² T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 61.

¹³ Znamiona określone w przepisie prawa karnego powszechnego, tj. Kodeksu karnego lub pozakodeksowego prawa karnego.

¹⁴ Ustawowy próg – zgodnie z art. 53 § 6 (w zw. z § 3) k.k.s. – jest to taka wartość przedmiotu czynu lub kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej (cła, podatku), która nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie popełnienia czynu. Według art. 53 § 4 k.k.s. wynagrodzenie to jest ustalone na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.). Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (Dz. U. z 2014 r., poz. 1220), wydanym na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.), minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2015 r. wynosi 1750 zł, toteż ustawowy próg w 2015 r. wynosi 8750 zł.

¹⁵ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 62.

b) czyn będący przestępstwem skarbowym może wypełniać jednocześnie znamiona wykroczenia powszechnego¹⁶, np. zmiana przeznaczenia wyrobu akcyzowego podczas jego użycia poprzez użycie oleju opałowego jako oleju napędowego, co naraża na uszczuplenie podatek akcyzowy i stanowi przestępstwo skarbowe (art. 73a § 1 i 2 k.k.s.), o ile kwota narażonego na uszczuplenie podatku akcyzowego przekracza ustawowy próg, wyczerpuje zarazem ustawowe znamiona wykroczenia powszechnego używania oleju opałowego do celów napędowych (art. 52b k.w.)¹⁷;

c) czyn będący wykroczeniem skarbowym może wypełniać jednocześnie znamiona przestępstwa powszechnego, np. wykroczenie skarbowe niewpłacenia przez inkasenta pobranego podatku (art. 77 § 3 k.k.s.) przez przywłaszczenie sobie przez niego pobranej kwoty (przestępstwo powszechne, być może mniejsze wagi, z art. 284 § 3 k.k.)¹⁸, gdyby przywłaszczona kwota nie przekraczała ustawowego progu, ale była wyższa od 1/4 minimalnego wynagrodzenia¹⁹;

d) czyn będący wykroczeniem skarbowym może wypełniać znamiona wykroczenia powszechnego, np. wykroczenie skarbowe niewpłacenia przez inkasenta pobranego podatku (art. 77 § 3 k.k.s.) przez przywłaszczenie sobie przez niego pobranych kwot (wykroczenie powszechne z art. 119 § 1 k.w.)²⁰, jeżeli kwota ta nie przekroczyła 1/4 minimalnego wynagrodzenia; zmiana przeznaczenia wyrobu akcyzowego podczas jego użycia poprzez użycie oleju opałowego jako oleju napędowego, narażająca na uszczuplenie podatek akcyzowy w kwocie nieprzekraczającej ustawowego progu, co stanowi wykroczenie skarbowe (art. 73a § 3 k.k.s.), wyczerpuje zarazem ustawowe znamiona wykroczenia powszechnego używania oleju opałowego do celów napędowych (art. 52b k.w.)²¹.

W takich jak podane przypadkach podstawą zastosowania instytucji idealnego zbiegu czynów karalnych jest uznanie, że w konkretnej sytuacji ma-

¹⁶ Znamiona określone w przepisie powszechnego prawa wykroczeń, tj. Kodeksu wykroczeń lub pozakodeksowego prawa wykroczeń.

¹⁷ M. Bojarski, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. 6, Warszawa 2013, s. 420.

¹⁸ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 62.

¹⁹ Przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej o wartości do 1/4 minimalnego wynagrodzenia byłoby wykroczeniem powszechnym z art. 119 § 1 k.w. Według art. 47 § 9 k.w. wynagrodzenie to jest ustalone na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.). Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (Dz. U. 2014 r., poz. 1220), wydanym na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.), minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2015 r. wynosi 1750 zł, toteż 1/4 minimalnego wynagrodzenia w 2014 r. wynosi 437,50 zł.

²⁰ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 62.

²¹ M. Bojarski, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks..., *op. cit.*, s. 420.

my do czynienia z tzw. realnym (rzeczywistym) zbiegiem przepisów ustawy. Oznacza to, że w odniesieniu do rozwiązania przewidzianego w art. 8 k.k.s. znajdują pełne zastosowanie dyrektywy interpretacyjne nazywane w prawie karnym regułami wyłączania wielości ocen²². Za pomocą reguł wyłączania wielości ocen prawnych, takich jak reguła specjalności, konsumpcji i subsydiarności, eliminuje się pozorny zbieg. Dlatego, jak podaje T. Grzegorzczak²³, podrobienie lub przerobienie upoważnienia do odbioru banderol akcyzy stanowi jedynie przestępstwo skarbowe (art. 67 § 1 k.k.s.), niepozostające w zbiegu idealnym z podrobieniem lub przerobieniem dokumentu, o którym mowa w art. 270 k.k. ze względu na regułę specjalności. Nie zachodzi też zbieg idealny między art. 271 § 1 k.k. (wystawienie fałszywego dokumentu) a art. 62 § 2 k.k.s. (wystawienie fałszywej faktury), gdyż w zależności od tego, czy wystawca godzi w obowiązek podatkowy, czy też nie, odpowiada on tylko za jedno z tych przestępstw²⁴.

Jako trafny uznać należy pogląd wyrażony przez Z. Siwika²⁵, że konstrukcja zbiegu idealnego uzasadniona odrębnością karnoskarbowego przedmiotu ochrony oznacza, że równoległa odpowiedzialność za ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym i wyczerpujący zarazem znamiona przestępstwa powszechnego lub wykroczenia powszechnego może mieć miejsce tylko w razie krzyżowania się pól karalności tych czynów. Sprawca odpowiada za ten sam czyn, ale poprzez jego różne fragmenty, które wzajemnie uzupełniają się. Przy krzyżowaniu się pola przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego i przestępstwa powszechnego lub wykroczenia powszechnego częściowo nakładają się na siebie, ale w pozostałej części – nie nakładają się. Każdy z tych zbiegających się przepisów wzięty oddzielnie nie mieści w swoich ramach dyspozycji całości zaistniałego czynu. Dopiero łącznie oba te przepisy dają adekwatne odbicie czynu sprawcy. W wypadku krzyżowania się pól karalności czynów skarbowych i powszechnych zachodzi rzeczywisty, a nie pozorny zbieg czynów karalnych. Żadne reguły wykładni nie prowadzą do zredukowania wielości ocen prawnych. Właśnie do tych sytuacji ustawodawca powołał konstrukcję idealnego zbiegu czynów karalnych²⁶.

²² P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks..., *op. cit.*, s. 140–141.

²³ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 61–62; zob. uchwałę SN z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 75.

²⁴ Tak: uchwała SN z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 22/03, OSP 2004, nr 5, poz. 63; zob. inne uzasadnienie: L. Wilk, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2007, s. 45–46.

²⁵ Z. Siwik, Systematyczny komentarz..., *op. cit.*, s. 111.

²⁶ Podobne stanowisko wyraził SN w wyroku z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. V KK 76/08, LEX nr 449041. Odmienne zdanie wyraził SN w uchwale ze stycznia 2013 r.; zob. L. Wilk, Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, OSP 2013, nr 7–8, poz. 84, s. 602–609.

Jak słusznie zauważa P. Kardas, z uwagi na zakres zastosowania dyrektywy wyrażonej w art. 8 k.k.s. odnoszący się wyłącznie do zbiegu przepisów Kodeksu karnego skarbowego oraz przepisów innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, możliwe jest powiązanie konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych, będącej zbiegiem zewnętrznym, z konstrukcjami zbiegu wewnętrznego w postaci kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy i eliminacyjnego zbiegu przepisów ustawy, a ponadto z konstrukcją idealnego zbiegu czynów karalnych przewidzianą w art. 10 k.w. Połączenie konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych z konstrukcją kumulatywnej kwalifikacji obejmować może zbieg do jednego czynu dwóch lub więcej przepisów k.k.s. i przestępstwa powszechnego (art. 7 k.k.s. i art. 8 k.k.s.) albo jednego przepisu k.k.s. i dwóch lub więcej przestępstw powszechnych (art. 11 § 2 k.k. i art. 8 k.k.s.). Z kolei, połączenie konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych z konstrukcją eliminacyjnego zbiegu przepisów obejmować będzie zbieg do jednego czynu przestępstwa skarbowego i dwóch lub więcej wykroczeń powszechnych albo zbieg wykroczenia skarbowego i dwóch lub więcej wykroczeń powszechnych (w obu przypadkach art. 9 § 1 k.w. i art. 8 k.k.s.). Najbardziej złożonym powiązaniem konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych z art. 8 k.k.s., bo z konstrukcją idealnego zbiegu czynów karalnych wyrażoną w art. 10 k.w., będzie zbieg do jednego czynu przestępstwa skarbowego i jednocześnie przestępstwa powszechnego oraz wykroczenia powszechnego, albo wykroczenia skarbowego i jednocześnie przestępstwa powszechnego oraz wykroczenia powszechnego (art. 10 k.w. i art. 8 k.k.s.)²⁷. Taki zbieg przepisów k.k.s. z przepisami innych ustaw prowadzi do przypisania sprawcy tego samego czynu nie dwóch, lecz trzech czynów zabronionych (kwalifikacja prawna opisanego czynu powinna składać się wyjątkowo z trzech odrębnych kwalifikacji)²⁸.

Konsekwencje podwójnego ukarania na podstawie art. 8 § 1 k.k.s. eliminują rozwiązania przyjęte w jego § 2. W myśl art. 8 § 2 k.k.s. wykonaniu podlega tylko najsurowsza z orzeczonych kar, co nie stoi na przeszkodzie wykonaniu środków karnych lub innych środków orzeczonych na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Zasada ta dotyczy zarówno kar tego samego rodzaju, jak i kar różnego rodzaju. Jeżeli zatem orzeczono na podstawie jednego przepisu (np. Kodeksu karnego skarbowego) karę ograniczenia wolności, a na podstawie innej ustawy (np. Kodeksu karnego) karę pozbawienia wolności, wykonaniu podlega kara pozbawienia wolności²⁹. Środki karne i środki zabezpieczające oraz dozór stosuje się, choćby je

²⁷ P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 145–147; zob. szerzej P. Kardas, G. Łabuda, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy w prawie karnym skarbowym*, część 2, *Prok. i Pr.* 2001, nr 11, s. 76 i n.

²⁸ Zob. szerzej A. Duś, *Z problematyki kwalifikacji prawnej czynu*, WPP 2000, nr 2, s. 69–77.

²⁹ S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 67.

orzeczono tylko na podstawie jednego ze zbiegających się przepisów, zaś w razie orzeczenia za zbiegające się czyny zabronione zakazów tego samego rodzaju lub pozbawienia praw publicznych sąd stosuje odpowiednio przepisy o karze łącznej.

Z powyższej regulacji wynika, że wykonanie kar oparto na zasadzie absorpcji. Jedynie wtedy, gdy obok kary najsurowszej, która podlega wykonaniu, orzeczono także karę grzywny, w myśl art. 8 § 3 k.k.s. również ta kara podlega łącznemu wykonaniu, a w razie orzeczenia obok kary najsurowszej kilku kar grzywny, łącznemu wykonaniu podlega tylko grzywna najsurowsza. W regulacji z § 3 tkwi element represyjności konstrukcji „zbiegu idealnego”³⁰. Wynika on z ustawowego priorytetu kary grzywny w prawie karnym skarbowym³¹. Kara grzywny która występuje w Kodeksie karnym skarbowym na pierwszej pozycji w katalogu kar, ma niewątpliwie taki charakter. W literaturze³² podkreśla się, iż była ona faworyzowana w polskim prawie karnym skarbowym od samego początku, począwszy od pierwszej polskiej ustawy karnej skarbowej z 1926 r.³³. Kara ta jest tradycyjnie podstawowym instrumentem zwalczania przestępstw i wykroczeń skarbowych. Ustawowe stosowanie kary grzywny w k.k.s. jest rozleglejsze od pozostałych kar (kary ograniczenia wolności i kary pozbawienia wolności). Przede wszystkim k.k.s. nie przewiduje takich przestępstw skarbowych, które byłyby zagrożone jedynie i wyłącznie samą karą pozbawienia wolności albo karą ograniczenia wolności. Poza tym w k.k.s. nie ma również takich przestępstw skarbowych ani wykroczeń skarbowych, które nie byłyby zagrożone w sankcji prostej lub złożonej karą grzywny. Z tego punktu widzenia typowość dominacji kar za przestępstwa skarbowe w k.k.s. i za przestępstwa powszechne w Kodeksie karnym jest diametralnie różna. O ile w Kodeksie karnym wszystkie przestępstwa popełnione umyślnie zagrożone są – w różny sposób – karą pozbawienia wolności, o tyle w k.k.s. wszystkie przestępstwa skarbowe zagrożone są – w różny sposób – karą grzywny. Z tego też względu na gruncie k.k.s. kara pozbawienia wolności nie stanowi w zasadzie czynnika konkurencyjnego, mogącego wpłynąć w praktyce na ograniczenie intensywności orzekania tak ujętej kary grzywny³⁴.

³⁰ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 106.

³¹ Zob. J. Sawicki, Ustawowy priorytet kary grzywny w prawie karnym skarbowym, (w:) *Studia z Nauk Społecznych*, pod red. M. S. Wołańskiego, *Zeszyty Naukowe DWSPiT w Polkowicach* 2012, nr 5, s. 201–218.

³² Z. Siwik, *System środków penalnych w prawie karnym skarbowym*, Wrocław 1986, s. 90; zob. szerzej: E. Sommerstein, *Ustawa karno-skarbowa. Tekst z komentarzem przy uwzględnieniu całokształtu dyskusji w sejmie i senacie oraz ustawodawstwa karnego wszystkich trzech dzielnic*, Warszawa 1927, s. 70–73.

³³ Ustawa karna skarbowa z dnia 2 sierpnia 1926 r. (Dz. U. R.P. Nr 105, poz. 609).

³⁴ Por. Z. Siwik, *Systematyczny komentarz...*, *op. cit.*, s. 90.

Stosowanie powyższych reguł z art. 8 k.k.s. budzi w niektórych wypadkach wątpliwości. Przepis ten ewidentnie nie jest dostosowany do rozstrzygnięcia przypadków zbiegu norm karnoskarbowych i dotyczących wykroczeń powszechnych³⁵. W szczególności nie pozwala on wzajemnie dostroić do siebie uregulowań w zakresie katalogów kar obowiązujących w ramach tych ustaw. Wyraźnym tego przykładem jest przypadek, w którym za przestępstwo skarbowe orzeczono karę pozbawienia wolności, zaś za pozostające z nim w idealnym zbiegu wykroczenie powszechne – karę aresztu. Omawiany przepis nie wprowadza żadnych reguł umożliwiających zaliczenie jednej z tych kar na poczet drugiej, mimo ich ewidentnie pokrewnego charakteru. Wyjście z tej sytuacji proponuje G. Bogdan, który możliwość rozwiązania tego problemu widzi w art. 10 k.w., dotyczącym zmodyfikowanej konstrukcji idealnego zbiegu wykroczenia powszechnego i przestępstwa powszechnego. Przepis ten zawiera stosowne uregulowania w przedmiocie kary aresztu, pozwalające uniknąć kumulacji, do której mogłoby prowadzić zastosowanie kwalifikacji z art. 8 k.k.s., w szczególności art. 10 § 3 k.w. umożliwia traktowanie kar pozbawienia wolności i aresztu jako jednorodzących³⁶.

W sytuacjach określonych w art. 8 § 1 k.k.s. w razie niejednoczesnego skazania przez sądy na kary, środki karne lub inne środki – zgodnie z art. 181 § 1 k.k.s. – sąd, który ostatni wydał orzeczenie w pierwszej instancji, na wniosek skazanego bądź organu postępowania przygotowawczego rozstrzyga postanowieniem, która kara, jako najsurowsza, podlega wykonaniu. Według art. 181 § 2 k.k.s. ta sama procedura ma zastosowanie w razie niejednoczesnego skazania przez sądy na karę grzywny za wykroczenie skarbowe i na karę grzywny za wykroczenie powszechne. W przypadku uprzedniego wykonania kary łagodniejszej lub środka karnego w całości lub w części zalicza się je na poczet kary najsurowszej, podlegającej wykonaniu, uwzględniając różnice zachodzące między tymi karami lub środkami karnymi (art. 181 § 4 k.k.s.). Jeżeli do skazania dochodzi w jednym postępowaniu sądowym, to od razu w tym samym wyroku sąd wskazuje, która kara podlega wykonaniu³⁷.

II

Tak uregulowana w Kodeksie karnym skarbowym konstrukcja idealnego zbiegu czynów karalnych napotyka na różne problemy związane z interpre-

³⁵ G. Bogdan, A. Nita, Z. Radzikowska, A. R. Świątłowski, *Kodeks karny skarbowy z komentarzem*, Gdańsk 2000, s. 30–31.

³⁶ G. Bogdan, *Jedność i wielość zachowań i ocen prawnych w nowelizacji kodeksu karnego skarbowego*, *CzPKiNP* 2006, nr 1, s. 11–12.

³⁷ S. Baniak, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 68.

tacją i prawidłowym jej stosowaniem. Wśród nich na pierwszy plan wysuwa się wspomniana na początku kwestia, czy stwierdzony realny (rzeczywisty) zbieg przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego opisanego w Kodeksie karnym skarbowym z przepisem karnym innej ustawy będzie zawsze idealnym zbiegiem czynów karalnych z art. 8 k.k.s.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w zakresie kryminalizacji zabronionych czynów skarbowych Kodeks karny skarbowy jest z założenia projektodawcy aktem prawnym zupełnym, co oznacza, że poza częścią szczególną tego kodeksu nie mogą być sytuowane czyny skarbowe, do których przepisy tego kodeksu mogłyby mieć zastosowanie³⁸. Zdaniem Sądu Najwyższego istniejąca całkowita autonomiczność prawa karnego skarbowego w granicach systemu prawa karnego wynika z odmiennych rodzajowo, merytorycznych i aksjologicznych podstaw odpowiedzialności, co stało się w konsekwencji przyczyną sformalizowania tej odrębności w postaci własnej ustawy karnej i katalogiem czynów zabronionych i ich nazewnictwem³⁹. W części szczególnej tytułu I k.k.s. spenalizowano zatem wszystkie przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe w czterech rozdziałach: przeciwko obowiązkowi podatkowemu i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji, obowiązkowi celnemu oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami, obrotowi dewizowemu oraz organizacji gier hazardowych⁴⁰.

Ten zupełny charakter części szczególnej k.k.s. wzmacnia dodatkowo fakt, że prawo karne skarbowe uregulowane jest w oddzielnym kodeksie⁴¹. Rozważając zasadność i celowość ujęcia norm prawa karnego skarbowego w odrębnym akcie prawnym typu kodeksowego, V. Konarska-Wrzošek wskazuje, że kodyfikacja określonej dziedziny prawa jest sama w sobie określoną wartością, której nie sposób nie docenić tak z praktycznego, jak

³⁸ Z. Siwik, Wspólne zasady odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Finanse Komunalne* 2005, nr 5, s. 5–22.

³⁹ Uchwała SN z dnia 4 kwietnia 2005 r., sygn. I KZP 7/05, OSNKW 2005, nr 5, poz. 44; por.: Z. Gostyński, W prawie karnym skarbowym bez zmian, *PS* 1996, nr 10, s. 78; J. Rąglewski, Relacja pojęć „przestępstwo” – „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” – „wykroczenie skarbowe”, *Prok. i Pr.* 1998, nr 5, s. 104.

⁴⁰ Zob. szerzej J. Sawicki, *Zarys prawa karnego skarbowego*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 123–198.

⁴¹ W Polsce tradycja odrębnej regulacji prawa karnego skarbowego jest stosunkowo długa i wyprzedza o 6 lat kodeksową regulację prawa karnego powszechnego. W niepodległej Polsce już 2 sierpnia 1926 r. uchwalono pierwszą ustawę karną skarbową (*Dz. U. R.P.* Nr 105, poz. 609), która unifikowała z dniem 1 stycznia 1927 r. prawo karne skarbowe na terenie całej niepodległej Polski, zastępując obowiązujące do tego czasu ustawodawstwo karne skarbowe państw zaborczych. Ustawa z 1926 r. dość wyraźnie deklarowała swoją odrębność, stanowiąc w art. 2 i 135, że przepisy ogólne prawa karnego materialnego i procesowego zawarte w powszechnych ustawach karnych mają zastosowanie, o ile u.k.s. nie stanowi inaczej, a więc wyznaczała im wybitnie posiłkową rolę. Ten kierunek realizowały kolejne ustawy karne skarbowe z lat: 1932, 1936, 1947, 1960 i 1971.

i teoretycznego punktu widzenia, a ponadto w przypadku prawa karnego skarbowego ma poważne uzasadnienie merytoryczne i to nie tylko z powodu występowania wielu specyficznych instytucji, charakterystycznych dla tej wyspecjalizowanej dziedziny prawa karnego, ale przede wszystkim z powodu odmiennej filozofii karania sprawców przestępstw i wykroczeń skarbowych w stosunku do karania sprawców przestępstw i wykroczeń powszechnych⁴². Chodzi o oparcie odpowiedzialności karnej skarbowej na priorytecie dolegliwości ekonomicznej oraz racjonalnej polityce karnej zaniechania ukarania sprawcy za cenę odzyskania uszczuplonych należności finansowych uprawnionych podmiotów publicznoprawnych (Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej). Stosowanie takich instytucji, jak czynny żal lub dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, znajduje głębokie uzasadnienie w prawie karnym skarbowym⁴³. Wszystko to w pełni uzasadnia odrębność czytelnej, całościowej i kompleksowej regulacji o charakterze kodeksowym⁴⁴.

⁴² V. Konarska-Wrzosek, Kodeks karny a Kodeks karny skarbowy – zbieżności i różnice skłaniające do refleksji nad zasadnością utrzymywania odrębnych kodyfikacji, (w:) Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji, pod red. A. Marka i T. Oczkowskiego, Warszawa 2011, s. 45.

⁴³ Zob. szerzej J. Sawicki, Zaniechanie ukarania jako element polityki karnej w prawie karnym skarbowym, Wrocław 2011.

⁴⁴ Tak sformułowaną tezę V. Konarska-Wrzosek popiera następującymi argumentami przeciwko włączeniu przepisów karnych skarbowych do powszechnej kodyfikacji karnej: 1) niejednolity status czynów karnych skarbowych, gdyż część z nich ma rangę przestępstw skarbowych, a część wykroczeń skarbowych, 2) znaczna liczba określonych typów zachowań nagannych charakteryzujących się takimi samymi znamionami rozwarstwiona na przestępstwa w typie podstawowym, przestępstwa w odmianie uprzywilejowanej i na wykroczenia tylko z uwagi na wartość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej lub wartość przedmiotu czynu zabronionego, 3) specyficzny przedmiot ochrony prawa karnego skarbowego, obejmujący interes finansowy państwa, jednostek samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej, 4) brak pokrzywdzonego w postaci osoby fizycznej, 5) duża liczba specyficznych instytucji, właściwych dla prawa karnego skarbowego, takich np. jak: czynny żal karny skarbowy, idealny zbieg czynów karnych skarbowych z czynami zabronionymi przez prawo karne powszechne, odpowiedzialność posiłkowa, interwencja, dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, postępowanie mandatowe, postępowanie w stosunku do nieobecnych z możliwością wydawania orzeczeń kadłubowych ograniczających się do orzeczenia przepadku przedmiotów, egzekwowanie orzeczonej kary grzywny w razie pociągnięcia osoby trzeciej do odpowiedzialności posiłkowej, 6) konieczność wprowadzenia znacznych modyfikacji w zakresie niektórych unormowań, takich np. jak: kwestia karalności usiłowania, podstaw i sposobów nadzwyczajnego obostrzenia kary, liczenia biegu terminów przedawnienia karalności niektórych grup czynów karnych skarbowych, 7) szeroki krąg podmiotów upoważnionych do prowadzenia postępowania przygotowawczego, a nawet do karania w trybie postępowania mandatowego za wykroczenia skarbowe, 8) prawnokarne skutki czynnego żalu w prawie karnym skarbowym obejmujące nie tylko usiłowanie, ale także dokonanie wszystkich typów czynów zabronionych w k.k.s., 9) uzasadnione w prawie karnym skarbowym stosowanie w szerokim zakresie instytucji zaniechania ukarania sprawcy, 10) dopuszczona w prawie karnym skarbowym w szerszym zakresie odpowiedzialność

Mimo wyraźnie zarysowanego przez projektodawcę⁴⁵ pełnego charakteru części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego, obowiązującego od 17 października 1999 r., poważny problem w tym zakresie wywołała nowelizacja z dnia 27 kwietnia 2001 r.⁴⁶ ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym⁴⁷, poprzez dodanie rozdziału 4a zatytułowanego: „Przepisy karne skarbowe”, penalizującego m.in. w art. 40i podrabianie lub przerabianie bonów paliwowych lub upoważnienia do ich odbioru. Nazwanie w ten sposób rozdziału było w opinii wielu autorów oczywistym błędem ustawodawcy⁴⁸. Ich zdaniem czyny zabronione opisane w tym rozdziale nie były przestępstwami skarbowymi ani wykroczeniami skarbowymi. Trzeba jednak zaznaczyć, że nie dla wszystkich sprawa ta była tak oczywista. Przeciwnicy takiego stanowiska uważali, że za zastosowaniem do art. 40i ustawy o VAT części ogólnej Kodeksu karnego skarbowego przemawiają następujące argumenty: a) tytuł rozdziału 4a: „Przepisy karne skarbowe”; b) niewątpliwie skarbowy faktyczny przedmiot ochrony w przypadku czynów zabronionych penalizowanych w art. 40i – przede wszystkim narażone na uszczuplenie fiskalne interesy państwa; c) przepis art. 40i nazywał czyny przez siebie opisywane przestępstwami lub wykroczeniami skarbowymi. Mając na uwadze te argumenty, twierdzono, że intencją projektodawców art. 40i ustawy o VAT było niewątpliwie dokonanie kryminalizacji określonych zachowań jako przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych⁴⁹.

za popełniony czyn zabroniony nie pociągająca za sobą piętna skazania, 11) niekaralność przygotowania przestępstwa skarbowego i usiłowania wykroczenia skarbowego, 12) odpowiedzialność karna skarbową ograniczona co do zasady do czynów popełnionych na polskim terytorium lub polskim statku wodnym lub powietrznym, a tylko wyjątkowo za czyny popełnione za granicą, 13) system ułamkowo-iloczynowy odwołujący się do wysokości minimalnego wynagrodzenia przy określeniu stawki dziennej grzywny za przestępstwo skarbowe, a nie system kwotowy stosowany do grzywny za przestępstwo pospolite, 14) inne granice kar i środków karnych grożących za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Z tych względów według Autorki rozparcelowanie norm prawa karnego skarbowego po różnych aktach prawnych w satysfakcjonujący sposób nie wydaje się możliwe, dlatego osobną regulację karną skarbową Autorka uznaje za zdecydowanie lepsze rozwiązanie i proponuje pozostanie przy tej tradycji (V. Konarska-Wrżosek, Kodeks karny a Kodeks karny skarbowy..., *op. cit.*, s. 43–44).

⁴⁵ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu – Przepisy wprowadzające Kodeks karny skarbowy, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999, s. 126, 130, 136 i 310.

⁴⁶ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 56, poz. 580).

⁴⁷ Ustawa z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.).

⁴⁸ Krytycznie o tym T. Grzegorzczak, Odpowiedzialność karna skarbową, (w:) Podatki 2004, pod red. A. Kaźmierskiego, Warszawa 2004, s. 1340.

⁴⁹ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, Ułomne przepisy karne skarbowe dotyczące VAT, Glosa 2002, nr 7, s. 16.

Pewne wątpliwości mogło wywołać także przeniesienie penalizacji z art. 112 k.k.s. do art. 69e ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji⁵⁰, do którego doszło po uchyleniu rozdziału 10 k.k.s. zawierającego ten przepis na mocy nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego z dnia 28 lipca 2005 r.⁵¹. Umieszczenie tego przepisu poza Kodeksem karnym skarbowym mogło bowiem powodować nieporozumienia, gdyż składanie fałszywego oświadczenia w celu wyłudzenia od Skarbu Państwa nieodpłatnie zbywanych akcji spółek należących do Skarbu Państwa stanowiło dotąd przestępstwo skarbowe, a w wypadku mniejszej wagi wykroczenie skarbowe, i w świadomości wielu praktyków taki charakter został utrwalony po – jakby nie było – sześciu latach obowiązywania kodeksu⁵².

Mając na uwadze doniosłość problemu, z inicjatywy Zespołu powołanego do przeprowadzenia w 2005 r. nowelizacji, nazywanej później „wielką nowelizacją”⁵³, wprowadzono do art. 53 § 1 k.k.s. zdanie drugie w brzmieniu: „Określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może nastąpić tylko w niniejszym kodeksie”. Do tego momentu przepis ten miał jedno zdanie w brzmieniu: „Czyn zabroniony jest to zachowanie o znamionach określonych w kodeksie, chociażby nie stanowiło ono przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego”.

Niestety, mimo tych starań – wydawałoby się ostatecznie rozstrzygających wszystkie wątpliwości – sprawa nie wydaje się zakończona, zwłaszcza że ustawodawca w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych⁵⁴ wprowadził przepis art. 142 ust. 2, w którym spenalizował wykroczenie skarbowe niepowiadomienia naczelnika urzędu celnego o wstawieniu do lokalu automatu do gier⁵⁵. Charakter czynu skarbowego ustawodawca sprecyzował w sankcji tego przepisu: „podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe”.

Wydaje się, że na tle obowiązujących regulacji prawnych w doktrynie i orzecznictwie przeważa stanowisko, iż przestępstwa skarbowe i wykrocze-

⁵⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397 ze zm.

⁵¹ Ustawa z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479). Weszła ona w życie w dniu 17 grudnia 2005 r.

⁵² Zdaniem F. Prusaka czyn taki nie mógł być już uznany za czyn zabroniony jako przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe. Rozwiązanie takie było zasadne także dlatego, że penalizacja odnośnego stanu faktycznego, mówiąca o „podleganiu karze grzywny albo karze aresztu, albo obu tym karom łącznie”, nie odpowiadała specyfice zabronionego czynu skarbowego (F. Prusak, Kodeks karny skarbowy, t. I: Komentarz do art. 1–53, Kraków 2006, s. 532).

⁵³ Zob. przypis 51.

⁵⁴ Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.

⁵⁵ Art. 142 ust. 1 tej ustawy nakłada na osobę kierującą działalnością gastronomiczną, handlową lub usługową w lokalu, w którym znajduje się punkt gry na automatach o niskich wygranych, obowiązek pisemnego powiadomienia właściwego ze względu na lokalizację lokalu naczelnika urzędu celnego o wstawieniu do lokalu automatu do gier – przed jego uruchomieniem.

nia skarbowe są spenalizowane wyłącznie w Kodeksie karnym skarbowym. Nie brakuje jednak głosów, które uściślając ten pogląd, dostrzegają w obecnym systemie możliwość występowania przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych także poza nim. W piśmiennictwie stwierdza się bowiem, że wprowadzenie zastrzeżenia w zdaniu 2 art. 53 § 1 k.k.s. ma potencjalnie wyeliminować praktyki resortu finansów obejmowania kryminalizacją zachowań sprzecznych z normami finansowymi, (zwłaszcza podatkowymi) w ustawach finansowych. Przepis ten ma jednak charakter deklaracji, usytuowanie bowiem deliktu karnoskarbowego poza kodeksem będzie zawsze musiało być odczytane jako *lex posteriori*⁵⁶. Dodaje się też, że w przyjętym w art. 53 § 1 k.k.s. i adresowanym głównie do normodawcy rozwiązaniu należy docenić przede wszystkim wymiar psychologiczny⁵⁷. Taka interpretacja pozwala stwierdzić, że jeżeli mimo to ustawodawca w ustawie finansowej, a więc poza Kodeksem karnym skarbowym, spenalizuje obecnie przestępstwo lub wykroczenie, któremu nada cechy czynu skarbowego (np. przez odwołanie się w sferze orzekania do stosowania k.k.s.), to zachowanie takie będzie czynem skarbowym⁵⁸. W świetle tych poglądów zachowanie opisane w art. 142 ust. 2 ustawy o grach hazardowych z 2009 r. jest wykroczeniem skarbowym, spenalizowanym poza Kodeksem karnym skarbowym.

III

Analizując ten nabrzmiały już problem, warto w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na lokalizację przepisu art. 53 § 1 k.k.s. Został on umieszczony w rozdziale 5 Kodeksu karnego skarbowego, zatytułowanym „Objaśnienie wyrażeń ustawowych”. Karnoskarbowy „słowniczek pojęć” zawarty został w ramach jednego artykułu 53, lecz jego objętość jest mniej więcej dwukrotnie większa niż analogicznego przepisu art. 115 k.k. Zawiera on obecnie 50 paragrafów, co wynika z rozległości i złożoności materii prawa karnego skarbowego, na co z kolei wpływa zakres interdyscyplinarnych powiązań, z jednej strony z prawem karnym powszechnym, a z drugiej – z prawem finansowym⁵⁹. O jego wprowadzeniu zdecydowały względy systemowe, dążenie do ujednolicenia praktyki oraz do powszechnej dostępności rozumienia prawa karnego skarbowego⁶⁰. Jak zauważa Z. Siwik, przepisy prawa karnego skarbowego były zawsze i są nadal wyjątkowo trudne do

⁵⁶ Powszechnie przyjmowana reguła kolizyjna usuwania niezgodności norm prawnych brzmi *lex posteriori derogat legi priori* (ustawa późniejsza uchyla wcześniejszą).

⁵⁷ G. Łabuda, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 477.

⁵⁸ T. Grzegorzczak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 206.

⁵⁹ L. Wilk, (w:) L. Wilk, J. Zagrodniak, Kodeks..., *op. cit.*, s. 207.

⁶⁰ Z. Siwik, Ogólne zasady odpowiedzialności i karania, PP 1999, nr 12, s. 33.

stosowania w praktyce. Wynika to m.in. z tego, że przepisy karnoskarbowe zbudowane są z pewnych wyrażen i zwrotów językowych, które mają dość często charakter nieostry, zawiły bądź wybitnie specjalistyczny. Potrzeba jednakowego rozumienia i stosowania tych wyrażen nie powinna budzić żadnych wątpliwości – m.in. z uwagi na znaczne ułatwienia w posługiwaniu się tym kompleksowym i wieloaspektowym aktem prawnym, zwłaszcza w licznych organach pozasądowych i pozaprokuratorskich⁶¹.

Wprowadzenie w 2005 r. do art. 53 § 1 k.k.s. zdania drugiego należy ocenić jako trafne i potrzebne uzupełnienie tego przepisu, gdyż obecne prawo karne skarbowe stanowi w pełni autonomiczną dziedzinę prawa karnego, która jak zauważył SN w uchwale z dnia 4 kwietnia 2005 r., ma „wyłączność na statuowanie czynów skarbowych”, pojęcia zaś „przestępstwa skarbowego” oraz „wykroczenia skarbowego” stanowią kategorie autonomiczne wobec pojęć „przestępstwa” i „wykroczenia” występujących w powszechnym prawie karnym⁶². Wspomnianą przez SN wyłączność na stanowienie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych zadekretowano właśnie w art. 53 § 1 zdanie drugie, według którego określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może nastąpić tylko w niniejszym kodeksie. Regulacja ta podkreśla hermetyczny i zamknięty charakter Kodeksu karnego skarbowego⁶³.

Odnosząc się do możliwych bieżących problemów na przykładzie wspomnianego art. 142 ust. 2 ustawy o grach hazardowych, należy wątpić, czy istnieje podstawa prawna, aby stosować do tego „wykroczenia skarbowego” przepisy części ogólnej k.k.s. Nadanie temu przepisowi charakteru wykroczenia skarbowego w 2009 r. mogło bowiem wynikać z opieszałości ustawodawcy, spowodowanej przyjęciem zbyt szybkiej ścieżki legislacyjnej w celu jak najszybszego uchwalenia nowej ustawy w związku z aferą hazardową, i stanowić kolejne potknięcie resortu finansów na gruncie prawa karnego skarbowego. Jeśli jednak intencją projektodawców art. 142 ustawy hazardowej było dokonanie w jego ust. 2 penalizacji określonego zachowania jako wykroczenia skarbowego w ustawie finansowej, to w grę może wchodzić wykładnia celowościowa, a więc uwzględniająca także cel projektodawcy przepisu, skoro z uwagi na postanowienia Kodeksu karnego skarbowego wykładnia językowa nie prowadzi do logicznego rozstrzygnięcia⁶⁴.

⁶¹ Z. Siwik, Projekt kodeksu karnego skarbowego – o kierunkach zmian w materialno-prawnych przepisach części ogólnej, *CzPKiNP* 1998, nr 1–2, s. 55–56.

⁶² Uchwała SN z dnia 4 kwietnia 2005 r., sygn. I KZP 7/05, OSNKW 2005, nr 5, poz. 44; zob. też: G. B o g d a n, Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym, *PS* 1997, nr 9; J. S a w i c k i, Kryteria kwalifikacji wykroczeń skarbowych, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XVI, pod red. L. B o g u n i, Wrocław 2004, s. 325–344.

⁶³ L. W i l k, (w:) L. W i l k, J. Z a g r o d n i k, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 209.

⁶⁴ Por. A. B a r t o s i e w i c z, R. K u b a c k i, *Ułomne przepisy...*, *op. cit.*, s. 16.

W tym jednak wypadku należy przyjąć, że pojęcia: „przestępstwo skarbowe” i „wykroczenie skarbowe” definiowane są w polskim prawie karnym za pomocą definicji legalnej w art. 53 § 2 i 3 k.k.s., a jak zgodnie przyjmuje się w doktrynie, w takiej sytuacji nie jest możliwe przełamanie wykładni językowej i przyjęcie wyników wpływających z wykładni celowościowej⁶⁵. W literaturze podnosi się też, że jest to tym bardziej niedopuszczalne, gdy podobne rezultaty interpretacyjne, jak w przypadku wykładni językowej, można otrzymać przy zastosowaniu wykładni systemowej. Trzeba też pamiętać, że na gruncie przepisów karnych panuje szczególny rygoryzm w dziedzinie wykładni przepisów⁶⁶. W procesie wykładni nie można zatem ignorować podstawowych reguł gwarancyjnych obowiązujących w systemie prawa karnego⁶⁷. W wyniku tych rozważań i podniesionych argumentów należy stwierdzić, że wykroczenie nazwane w art. 142 ust. 2 ustawy hazardowej „skarbowym” nie jest wykroczeniem skarbowym. W takich przypadkach, z uwagi na treść art. 116 k.k. i art. 48 k.w., należy stosować odpowiednio przepisy tych kodeksów⁶⁸.

Analiza poruszonej problematyki prowadzi do konkluzji, że przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe podlegają kryminalizacji i penalizacji wyłącznie w Kodeksie karnym skarbowym. Wspomniana już odmienna filozofia karania sprawców przestępstw i wykroczeń skarbowych w stosunku do karania sprawców przestępstw i wykroczeń powszechnych, uzasadnia w pełni odrębność całościowej i kompleksowej regulacji o charakterze kodeksowym, także w obrębie części szczególnej tytułu I k.k.s. Nie trzeba przecież wstrząsać solidnymi już dzisiaj fundamentami systemu prawa karnego skarbowego, aby uzyskać tak prosty legislacyjnie efekt, jakim jest spenalizowanie dla potrzeb prawa karnego skarbowego kilku czy nawet kilkunastu przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych. Tak więc stwierdzony realny (rzeczywisty) zbieg przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, opisanego w Kodeksie karnym skarbowym, z przepisem karnym innej ustawy powinien być zawsze idealnym zbiegiem czynów zabronionych z art. 8 k.k.s. Pamiętać trzeba przy tym, że będzie on rzutować na sytuację prawną sprawcy oraz zakres jego odpowiedzialności karnej poprzez zasady Kodeksu karnego skarbowego. Poza tym mogą pojawić się dodatkowe konsekwencje wpływające na sytuację prawną sprawcy, możliwe jest bowiem powiązanie konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych z art. 8 k.k.s., będącego zbiegiem zewnętrznym, z różnymi wariantami zbiegu wewnętrznego, a więc z konstrukcjami kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (z art. 7 k.k.s. lub 11 § 2 k.k.) lub eliminacyjnego zbiegu przepisów ustawy (z art. 9

⁶⁵ M. Zieliński, Wyznaczniki reguł wykładni prawa, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, 1998, nr 3–4, s. 17.

⁶⁶ Por. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Ułomne przepisy...*, *op. cit.*, s. 17.

⁶⁷ Uchwała SN z dnia 4 kwietnia 2005 r., przywołana w przypisie 62.

⁶⁸ Por. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Ułomne przepisy...*, *op. cit.*, s. 17.

§ 1 k.w.), a ponadto z konstrukcją idealnego zbiegu czynów karalnych przewidzianą w art. 10 k.w., co wiąże się wyjątkowo nie z podwójną, lecz z potrójną kwalifikacją prawną.

De lege ferenda należy postulować przeniesienie wykroczenia z art. 142 ust. 2 ustawy o grach hazardowych do Kodeksu karnego skarbowego, np. do nowego art. 107d. Umieszczenie artykułu opisującego wykroczenie skarbowe niepowiadomienia naczelnika urzędu celnego o wstawieniu do lokalu automatu do gier bezpośrednio za wykroczeniem skarbowym niepowiadomienia właściwego organu o zniszczeniu lub kradzieży automatu do gier z art. 107c, wydaje się w pełni uzasadnione systematyką kodeksu i jego rozdziału 9 oraz mocno zbliżonym zakresem regulacji. Przeniesienie tego przepisu do Kodeksu karnego skarbowego przyczyni się do wzmocnienia roli przepisów karnych skarbowych na tym polu, przejrzystości prawa i spójności systemu prawnego. Powinno też wyczulić resort finansów na ten problem i utrwalić praktykę kryminalizowania wszystkich przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych wyłącznie w części szczególnej k.k.s.

Some remarks about ideal concurrence of offences in criminal tax law

Abstract

This contribution addresses the complex issue of applicability of the 'ideal concurrence of offences' concept which, for years now, has been raising serious doubts and controversies in judicial practice, among legal academics and commentators. The point is whether a specific part of Section I of the Criminal Code for Tax Offences is complete in its nature. Once this is resolved, grounds are provided to decide whether real concurrence ascertained for a tax offence or misdemeanor penalized under the Criminal Code of Tax Offences and a criminal provision from any other act always constitutes ideal concurrence of criminal offences under Article 8 of the Code, or whether it is maybe possible for such criminal provision to penalize also a tax offence or misdemeanor, thereby potentially leading to the cumulative concurrence of provisions under Article 7 of the Code. Closing this contribution is the de lege ferenda proposal with respect to the current legal regime, for giving more order to the relevant regulations.

Piotr Gensikowski

Zamiana kary wynikająca z depenalizacji częściowej przewidzianej w ustawie z dnia 27 września 2013 r. a orzeczenie kary łącznej

Streszczenie

Opracowanie rozważa tytułową problematykę zarówno teoretycznie, jak i dla praktyki niezwykle istotną. Autor odnosi się nie tylko do kwestii częściowej depenalizacji dokonanej ustawą z dnia 27 września 2013 r., ale również do wszystkich sytuacji orzekania kary łącznej w warunkach wymierzenia kary aresztu, grzywny i ograniczenia wolności.

Uwagi wstępne

Zmiany wynikające z ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247) dotyczyły głównie regulacji przebiegu postępowania karnego. Przytoczonym aktem normatywnym zmieniono jednak również unormowania materialnoprawne, w tym przepisy określające znamiona niektórych czynów zabronionych określonych w przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) oraz ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. z 2010 r., Dz. U. Nr 46, poz. 275 ze zm.). W tym zakresie w pierwszej kolejności należy odnotować uchylene przepisu art. 178a § 2 k.k.¹, której to zmianie towarzyszyło ustanowienie nowego typu wykroczenia określonego w art. 87 § 1a k.w. polegającego na prowadzeniu przez sprawcę, znajdującego się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem podobnie działającego środka, innego pojazdu niż mechaniczny na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu². Wspomnianą ustawą z dnia 27 września 2013 r. ustawodawca zmienił również znamiona wykroczenia kradzieży, przywłaszczenia cudzej rzeczy (art. 119 § 1 k.w.), wykroczenia wyrębu drzewa w lesie i przywłaszczenia drzewa wyrąbanego lub powalonego (art. 120 § 1 k.w.), wykroczenia paserstwa umyślnego i nieumyślnego (art. 122 § 1 i 2 k.w.), ustalając, że wartość rze-

¹ Zob. art. 12 pkt 3 cytowanej ustawy z dnia 27 września 2013 r.

² Zob. art. 2 pkt 3a tej ustawy.

czy będącej przedmiotem zamachu nie może przekroczyć 1/4 minimalnego wynagrodzenia³. Podobną zmianę wprowadzono w przypadku wykroczenia uszkodzenia cudzej rzeczy (art. 124 § 1 k.w.), przyjmując w zakresie tego czynu, że wartość szkody nie może przekroczyć 1/4 minimalnego wynagrodzenia⁴.

Przytoczone zmiany przepisów materialnoprawnych określających znamiona wskazanych czynów zabronionych, w odróżnieniu od znacznej większości zmian przepisów procesowych, weszły w życie w dniu 9 listopada 2013 r.⁵. Konsekwencje wprowadzonych zmian odnoszą się nie tylko do toczących się⁶, ale również do zakończonych postępowań karnych⁷. W tym drugim przypadku skutki dla prawomocnych orzeczeń skazujących⁸ wynikające z wejścia w życie przytoczonych zmian zostały określone w art. 50 ustawy z dnia 27 września 2013 r. W świetle dyspozycji wspomnianego przepisu opisane skutki polegały na zamianie prawomocnie orzeczonej kary na karę aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny (ust. 1) albo na karę grzywny lub ograniczenia wolności (ust. 2). Przytoczone regulacje stały się podstawą stosownych postanowień sądów w przedmiocie zamiany prawomocnie orzeczonych kar. Wspomniane rozstrzygnięcia procesowe odnosiły się do czynów zabronionych popełnionych przed wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej, a więc przed dniem 9 listopada 2013 r. W praktyce wymiaru sprawiedliwości nie można wykluczyć sytuacji, kiedy ten sam sprawca przed wskazanym dniem, oprócz czynu objętego postanowieniem wydanym na podstawie art. 50 wspomnianej ustawy, popełnił również inne przestępstwo, za które został prawomocnie skazany, a każdy z tych czynów został popełniony zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich. W tej sytuacji zachodzi konieczność rozważenia, czy ist-

³ Zob. art. 2 punkty 4–6 tej ustawy.

⁴ Zob. art. 2 pkt 7 tej ustawy.

⁵ Zob. art. 56 pkt 1 tej ustawy.

⁶ W tym zakresie interesujące rozważania przedstawia V. Konarska-Wrzošek, Nowo przyjęte kryteria przepolawiania czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu na przestępstwa oraz wykroczenia i ich materialnoprawne oraz procesowe konsekwencje, *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury*, zeszyt specjalny 2014, s. 149 i n.

⁷ W kwestii wpływu częściowej depenalizacji czynów zabronionych wynikającej z ustawy z dnia 27 września 2013 r. na prawomocne orzeczenia skazujące o odstąpieniu od ukarania zob. P. Gensikowski, Częściowa depenalizacja czynów zabronionych wynikająca z ustawy z dnia 27 września 2013 r. a prawomocne orzeczenia skazujące o odstąpieniu od ukarania, *Przegląd Sądowy* 2014, nr 10, s. 18 i n.

⁸ Przytoczona regulacja nie odnosi się do prawomocnych wyroków warunkowo umarzających wydane w sprawie o czyn przestępny, który w świetle ustawy z dnia 27 września 2013 r. byłby oceniony jako wykroczenie. Wniosek ten wynika jednoznacznie z użycia w treści art. 50 ust. 1–4 tego aktu normatywnego sformułowań odnoszących się do skazania („czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym”), które jest odmiennym rozstrzygnięciem procesowym w przedmiocie procesu karnego niż wyrok warunkowo umarzający postępowanie.

nieje możliwość orzeczenia kary łącznej w miejsce kary zamienionej postanowieniem wydanym na podstawie art. 50 ustawy nowelizującej oraz kary orzeczonej wobec tej samej osoby za inne przestępstwo⁹. Wspomniane powyżej zagadnienie nie było do tej pory przedmiotem analizy przedstawicieli doktryny, jak również nie było ono przedmiotem publikowanych orzeczeń sądów powszechnych, a także orzeczeń Sądu Najwyższego, co skłania do podjęcia próby jego rozważenia w niniejszym opracowaniu.

Skutki depenalizacji częściowej

Przesłanki orzeczenia kary łącznej zostały określone wyczerpująco w art. 85 k.k.¹⁰. W świetle dyspozycji tego przepisu karę łączną orzeka się wobec sprawcy, który popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu. Mając na względzie przytoczoną normę prawną, jako oczywista jawi się konstatacja, że instytucja kary łącznej odnosi się tylko do realnego zbiegu przestępstw. Z punktu widzenia tej regulacji nie ma zatem możliwości orzeczenia kary łącznej w przypadku realnego zbiegu przestępstwa i wykroczenia¹¹. Podobny wniosek wynika – jak trafnie wskazuje się w doktrynie – z analizy rozwiązań k.w.¹². Brzmienie przepisów k.k. oraz k.w. w analizowanym zakresie jest stanowcze i jasne, co wyklucza możliwość przyjęcia, że w tym przedmiocie mamy do czynienia z luką w ustawie¹³.

⁹ Poza zakresem niniejszych rozważań pozostają zatem sytuacje procesowe prawomocnych wyroków za przestępstwa, które wedle ustawy nowelizującej stanowiłyby wykroczenia, gdy wobec skazanego orzeczono karę ograniczenia wolności lub grzywnę w warunkach nie stanowiących podstawy do zamiany tych kar na podstawie art. 50 ust. 2 tej ustawy.

¹⁰ W toku dalszych rozważań punktem odniesienia dla oceny, czy zostały spełnione przesłanki do orzeczenia kary łącznej, należy uczynić przepisy rozdziału IX k.k. w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396). W świetle dyspozycji art. 19 ust. 1 cytowanej ustawy nowelizującej wspomniane przepisy mają wszakże zastosowanie do kar prawomocnie orzeczonych za przestępstwa przed 1 lipca 2015 r., o ile nie nastąpiło po wymienionej dacie prawomocne skazanie za kolejny czyn przestępny.

¹¹ Tak A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 255–256; P. Kardas, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, pod red. A. Zoll'a, Warszawa 2007, s. 939.

¹² Tak D. Kala, Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe, Toruń 2003, s. 66.

¹³ Tak, trafnie, D. Kala, *ibidem*. Należy odnotować odmienne stanowisko prezentowane w tym zakresie w doktrynie, wedle którego w analizowanym przypadku zachodzi luka w ustawie upoważniająca do zastosowania rozumowania *per analogiam*; zob. L. Tyszkiewicz, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 2002/2003, s. 655.

W świetle powyższych uwag udzielenie odpowiedzi na pytanie będące przedmiotem niniejszych rozważań zależy w pierwszej kolejności od rozstrzygnięcia zagadnienia, czy zachowanie sprawcy, mimo wydania na podstawie art. 50 ustawy nowelizującej postanowienia o zamianie kary, należy traktować nadal jako przestępstwo, czy też jako wykroczenie. Innymi słowy, udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy istnieje możliwość orzeczenia kary łącznej w miejsce kary zamienionej postanowieniem wydanym na podstawie art. 50 ustawy z dnia 27 września 2013 r. oraz kary orzeczonej wobec tej samej osoby za inne przestępstwo, zależy od rozstrzygnięcia, czy w wyniku wydania tego orzeczenia nastąpiła zmiana oceny prawnej zachowania sprawcy z przestępstwa w wykroczenie.

Bezspornie skutkiem przytoczonych zmian przepisów k.k. i k.w. była częściowa depenalizacja czynów objętych nowelizacją z dnia 27 września 2013 r., a więc przekształcenie tych czynów z kategorii przestępstw w wykroczenia¹⁴. *Prima facie* wydawałoby się, że w wyniku wydania postanowienia na podstawie art. 50 ust. 1 lub 2 ustawy nowelizującej zachowania objęte prawomocnym orzeczeniami za przestępstwa należałoby traktować jako wykroczenia. Ze stanowiskiem tym nie można jednak się zgodzić. W doktrynie trafnie zauważa się, że w przypadku depenalizacji częściowej wydane wyroki skazujące za przestępstwa zachowują swoje znaczenie prawne, co wyklucza możliwość uznania, że przez zmianę ustawy *ex post* dotyczą one wykroczeń. Oznacza to, że depenalizacja częściowa nie zmienia charakteru prawomocnego orzeczenia, który pozostaje skazaniem za popełnienie przestępstwa¹⁵. Z tych też względów należy zaaprobować stanowisko wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego, wedle którego skutkiem wydania postanowienia na podstawie art. 50 ust. 1 lub 2 ustawy nowelizującej jest modyfikacja orzeczonej kary, co nie zmienia oceny zachowania sprawcy, które stanowiło i nadal stanowi przestępstwo. Przytoczony pogląd najwyższa instancja sądowa wyraziła w postanowieniu z dnia 30 kwietnia 2014 r., wskazując, że zmiana ustawy, mocą której dane zachowania będące wcześniej przestępstwami stanowią obecnie wykroczenia, nie powoduje, iż możliwa jest zmiana oceny prawnej czynu ustalonego w prawomocnym wyroku, a więc, że następuje „przekształcenie” owego przestępstwa w wykroczenie. Zdaniem Sądu Najwyższego skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwo nie zmienia swojego charakteru, a modyfikacji – w zakresie określonym ustawą – ulega jedynie wymiar i wykonanie orzeczonej za to przestępstwo kary¹⁶. Podobne

¹⁴ Należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w doktrynie, wedle którego depenalizacja częściowa oznacza, że w nowym stanie prawnym brak regulacji prawnej, która za popełnienie czynu zabronionego przewidywałaby sankcję taką jak za przestępstwo. Tak W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 495–496.

¹⁵ Tak W. Wróbel, *ibidem*, s. 501.

¹⁶ Sygn. I KZP 6/14, OSNKW 2014, nr 6, poz. 47.

zapatrywanie Sąd Najwyższy wyraził w uchwale z dnia 30 kwietnia 2014 r., wskazując, że norma art. 50 ust. 1 lub 2 ustawy nowelizującej, mając charakter przejściowy, działa w wyznaczonym zakresie *ex nunc*. Zdaniem najwyższej instancji sądowej na podstawie przytoczonej normy nie dochodzi do wzruszenia prawomocnych wyroków skazujących co do faktu popełnienia przestępstwa, co oznacza, że kontrawencjonalizacja nie prowadzi do przekształcenia prawomocnie osądzonych przestępstw w wykroczenia¹⁷. Do przytoczonego stanowiska Sąd Najwyższy nawiązał również w innych orzeczeniach¹⁸.

Kara aresztu

Ustalenie, że postanowienie wydane na podstawie art. 50 ust. 1 lub ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. nie zmienia oceny prawnej czynu, który pozostaje przestępstwem, ma duże znaczenie dla niniejszych rozważań. Akceptacja tego zapatrywania prowadzi w konsekwencji do przyjęcia, że nie można wykluczyć realnego zbiegu przestępstw pomiędzy czynem zabronionym, co do którego wydano postanowienie na podstawie art. 50 cytowanej ustawy, a innym czynem zabronionym, jeśli każdy z tych czynów został popełniony, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich. W analizowanym przypadku dopuszczalność orzeczenia kary łącznej zależy jednak od udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy kara zamieniona postanowieniem wydanym na podstawie wskazanego przepisu stanowi karę tożsamą z inną karą orzeczoną za przestępstwo lub będąc innego rodzaju karą podlega połączeniu z inną karą orzeczoną za przestępstwo na podstawie określonej normy prawnej. Ustawa nowelizacyjna umożliwia zamianę kary orzeczonej w prawomocnym wyroku skazującym za przestępstwo na karę aresztu (art. 50 ust. 1) lub karę ograniczenia wolności albo grzywnę (art. 50 ust. 1 lub ust. 2). Celem zachowania przejrzystości wyводу poniższe rozważania należy przeprowadzić zatem w pierwszej kolejności co do kary aresztu, a dopiero następnie co do pozostałych wymienionych kar.

W świetle brzmienia art. 50 ust. 1 ustawy nowelizującej, jeżeli według tej ustawy czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo na karę pozbawienia wolności stanowi wykroczenie, orzeczona kara podlegająca wykonaniu ulega zamianie na karę aresztu w wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia za taki czyn. Przykładowo, z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w przypadku wydania prawomocnego orzeczenia skazującego na karę pozbawienia wolności wobec sprawcy przestępstwa kradzieży określonego w art. 278 § 1 k.k., który po wejściu w życie przepi-

¹⁷ Sygn. I KZP 4/14, OSNKW 2014, nr 6, poz. 45.

¹⁸ Zob. postanowienie z dnia 1 października 2014 r., sygn. II KK 144/14, niepubl., a także postanowienie z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. III KK 411/14, niepubl.

sów ustawy z dnia 27 września 2013 r. – z uwagi na to, że wartość przedmiotu czynu nie przekraczała kwoty odpowiadającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia – byłby wykroczeniem przewidzianym w art. 119 § 1 k.w. Skutkiem postanowienia sądu wydanego na podstawie przytoczonej dyspozycji jest zamiana kary pozbawienia wolności na karę aresztu. Na tle tej sytuacji procesowej Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 października 2014 r. wyraził zapatrywanie, wedle którego w przypadku, gdy kara pozbawienia wolności uległa zamianie na podstawie art. 50 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej na karę aresztu, wykluczone jest połączenie tej kary i kary pozbawienia wolności¹⁹. Ze stanowiskiem tym należy się w pełni zgodzić. Bezsprzecznie kara aresztu orzeczona postanowieniem wydanym na podstawie art. 50 ust. 1 cytowanej ustawy w miejsce uprzednio orzeczonej kary pozbawienia wolności nie jest karą tego samego rodzaju co kara pozbawienia wolności orzeczona za przestępstwo. W katalogu kar za przestępstwa – określonym w art. 32 k.k. – kara aresztu nie występuje. Brak tożsamości rodzajowej pomiędzy karą aresztu a karą pozbawienia wolności znajduje dodatkowe wsparcie w treści art. 10 § 3 k.w. dotyczącego zbiegu idealnego przestępstwa i wykroczenia. W świetle dyspozycji przytoczonego przepisu karę aresztu orzeczoną za wykroczenie uważa się za karę tego samego rodzaju co kara pozbawienia wolności orzeczona za przestępstwo. Użyte w tym przepisie wyrażenia „uważa się” przemawiają za tym, że kara aresztu nie jest karą tego samego rodzaju, co kara pozbawienia wolności, a jedynie na podstawie tej normy prawnej ustawodawca nakazuje ją za taką uznawać na potrzeby regulacji skutków wykonania kar orzeczonych odrębnie za przestępstwo i wykroczenie w razie przyjęcia idealnego zbiegu czynu zabronionego. Kara aresztu orzeczona postanowieniem wydanym na podstawie art. 50 ust. 1 cytowanej ustawy, będąc innego rodzaju karą niż kara pozbawienia wolności, nie podlega również łączeniu z tą karą na podstawie określonej normy prawnej. W przepisach k.k. oraz k.w. brak jest wszakże regulacji prawnej umożliwiającej połączenie tych kar i orzeczenie w podanym przypadku kary łącznej.

Kara grzywny

Brak podstaw do orzeczenia kary łącznej w zakresie kary aresztu wynikającej z postanowienia wydanego na podstawie art. 50 ust. 1 ustawy nowelizującej oraz kary pozbawienia wolności orzeczonej za inne przestępstwo nie

¹⁹ Sygn. III KK 334/14, wyrok niepubl. Przepis art. 50 ust. 1 ustawy nowelizującej stanowi odpowiednik art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń i innych ustaw (Dz. U. Nr 113, poz. 717). Na tle dyspozycji ostatniego z przytoczonych przepisów również wyrażono pogląd wykluczający możliwość połączenia kary pozbawienia wolności oraz kary aresztu orzeczonej na podstawie art. 12 ust. 2 wspomnianej ustawy. Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 kwietnia 1999 r., sygn. V KKN 13/99, LEX nr 37427.

przesądza jednak, że podobny wniosek należy wyciągnąć również w przypadku kary grzywny. Przytoczona kara może zostać orzeczona na podstawie przepisów ustawy nowelizującej w dwóch przypadkach²⁰. W pierwszej kolejności należy wskazać, że grzywna może zostać orzeczona w wyniku zamiany podlegającej wykonaniu kary pozbawienia wolności orzeczonej prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo. W świetle brzmienia art. 50 ust. 1 ustawy nowelizującej, jeżeli według tej ustawy czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo na karę pozbawienia wolności stanowi wykroczenie, za który ustawa nie przewiduje kary aresztu, orzeczona kara podlegająca wykonaniu ulega zamianie na grzywnę. Przykładowo, z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w przypadku wydania prawomocnego orzeczenia skazującego na karę pozbawienia wolności wobec sprawcy przestępstwa nieumyślnego paserstwa określonego w art. 292 § 1 k.k., który po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 27 września 2013 r. – z uwagi na to, że wartość przedmiotu czynu nie przekraczała kwoty odpowiadającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia – byłby wykroczeniem przewidzianym w art. 122 § 2 k.w. Ponadto, grzywna może zostać również orzeczona w wyniku zamiany podlegającej wykonaniu kary grzywny orzeczonej prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo. W świetle brzmienia art. 50 ust. 2 wspomnianej ustawy, jeżeli według tej ustawy czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo na grzywnę stanowi wykroczenie, orzeczona kara podlegająca wykonaniu ulega zamianie na grzywnę tylko wówczas, gdy przekroczyłaby górną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianą za ten czyn. Przykładowo, z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w przypadku wydania prawomocnego orzeczenia skazującego na karę grzywny przekraczającą kwotę 5000 złotych wobec sprawcy przestępstwa nieumyślnego paserstwa określonego w art. 292 § 1 k.k., który po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 27 września 2013 r. – z uwagi na to, że wartość przedmiotu czynu nie przekraczała kwoty odpowiadającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia – byłby wykroczeniem przewidzianym w art. 122 § 2 k.w. W obu podanych przypadkach skutkiem postanowienia sądu wydanego na podstawie przytoczonej dyspozycji art. 50 ust. 1 lub ust. 2 ustawy nowelizującej jest zamiana kary grzywny wynikającej z prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo na karę grzywny. Podstawę wymiaru wspomnianej zamienionej kary grzywny stanowią przepisy k.w., co wynika z użycia w treści analizowanych przepisów ustawy z dnia 27 września 2013 r. wyrażen „górną granicę tego rodzaju kary przewidzianej za ten czyn” (art. 50 ust. 1 *in fine*) oraz „górną granicę ustawowego zagrożenia” (art. 50 ust. 2 *in fine*).

²⁰ Możliwości orzeczenia grzywny i kary ograniczenia wolności w miejsce prawomocnie orzeczonych kar w wyroku skazującym za przestępstwo nie przewidywały przepisy wspomnianej ustawy z dnia 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń i innych ustaw (Dz. U. Nr 113, poz. 717).

żenia przewidzianej za ten czyn” (art. 50 ust. 2 *in fine*). Z tego powodu *prima facie* wydaje się, że w podanej sytuacji procesowej brak jest tożsamości rodzajowej pomiędzy karą grzywny orzeczoną na podstawie przepisów k.w. w postanowieniu wydanym w warunkach określonych w przytoczonych przepisach ustawy nowelizującej a karą grzywny orzeczoną na podstawie przepisów prawa karnego materialnego za inne przestępstwo. Z przytoczonym stanowiskiem nie można jednak się zgodzić. Ustalenie, że podstawą wymiaru kary grzywny wynikającej z postanowienia wydanego na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 września 2013 r. są przepisy k.w., nie wyłącza tożsamości rodzajowej tej kary z karą grzywny orzeczoną na podstawie przepisów prawa karnego materialnego za inne przestępstwo. Tożsamość rodzajowa kary grzywny orzeczonej na podstawie przepisów prawa karnego materialnego oraz kary grzywny orzeczonej na podstawie przepisów k.w. nie jest wszakże zupełnie obca w systemie prawa karnego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w razie idealnego zbiegu przestępstwa i wykroczenia określonego w art. 10 § 1 zd. 1 k.w. W przypadku tej instytucji kara grzywny orzeczona za przestępstwo i kara grzywny orzeczona za to samo zachowanie wyczerpujące jednocześnie znamiona wykroczenia stanowią kary tego samego rodzaju, spośród których wykonaniu podlega jedynie najsurowsza z nich. Jeśli zatem w świetle przytoczonej regulacji zachodzi tożsamość rodzajowa pomiędzy karą grzywny orzeczoną za przestępstwo oraz karą grzywny orzeczoną za wykroczenie, to taki też wniosek należy wyciągnąć w przypadku kary grzywny orzeczonej za przestępstwo na podstawie przepisów prawa karnego materialnego oraz kary grzywny orzeczonej za przestępstwo na podstawie przepisów k.w. w warunkach określonych w art. 50 ust. 1 lub ust. 2 ustawy nowelizującej. Z całą pewnością tożsamość rodzajowa orzeczonych kar w rozumieniu przyjętym w art. 85 k.k. zachodzi w przypadku, gdy na podstawie przepisów pozakodeksowych kara grzywny za przestępstwo została orzeczona kwotowo. Umożliwia to orzeczenie w analizowanej sytuacji, w miejsce wspomnianej kary grzywny oraz grzywny orzeczonej za przestępstwo na podstawie przepisów k.w. w postanowieniu wydanym w warunkach określonych w art. 50 ust. 1 lub ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r., kary łącznej grzywny kwotowo w granicach określonych w art. 86 § 1 k.k., a więc od najwyższej z nich do ich sumy. Wydaje się, że jako kary tego samego rodzaju w rozumieniu art. 85 k.k. należy również traktować karę grzywny orzeczoną za przestępstwo w systemie stawek dziennych oraz karę grzywny orzeczoną za przestępstwo na podstawie przepisów k.w. w postanowieniu wydanym w warunkach określonych w art. 50 ust. 1 lub ust. 2 ustawy nowelizującej. W tym przypadku kara łączna grzywny z uwagi na regulację przewidzianą w art. 86 § 2a k.k. powinna również zostać orzeczona kwotowo w granicach przewidzianych w art. 86 § 1 k.k.

Kara ograniczenia wolności

Kara ograniczenia wolności może zostać orzeczona na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 września 2013 r. wyłącznie w jednym przypadku²¹, a mianowicie w wyniku zamiany podlegającej wykonaniu kary ograniczenia wolności orzeczonej prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo. W świetle brzmienia art. 50 ust. 2 ustawy nowelizującej, jeżeli według tej ustawy czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo na karę ograniczenia wolności stanowi wykroczenie, orzeczona kara podlegająca wykonaniu ulega zamianie na karę ograniczenia wolności tylko wówczas, gdy przekroczyłaby górną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianą za ten czyn. Przykładowo, z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w przypadku wydania prawomocnego orzeczenia skazującego na karę ograniczenia wolności przekraczającą jeden miesiąc wobec sprawcy przestępstwa umyślnego paserstwa mniejszej wagi określonego w art. 291 § 2 k.k., który po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 27 września 2013 r. – z uwagi na to, że wartość przedmiotu czynu nie przekraczała kwoty odpowiadającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia – byłby wykroczeniem przewidzianym w art. 122 § 1 k.w. W tym przypadku skutkiem postanowienia sądu wydanego na podstawie przytoczonej dyspozycji art. 50 ust. 2 wspomnianej ustawy jest zamiana kary ograniczenia wolności wynikającej z prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo na karę ograniczenia wolności. Podstawę wymiaru wspomnianej zamienionej kary ograniczenia wolności stanowią przepisy k.w., co wynika z użycia w treści analizowanego przepisu ustawy nowelizującej wyrażen „górną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianej za ten czyn”. Nie wyłącza to, podobnie jak w przypadku kary grzywny, tożsamości rodzajowej tej kary oraz kary ograniczenia wolności orzeczonej za inne przestępstwo na podstawie przepisów prawa karnego materialnego. W pierwszej kolejności za zajęciem tego stanowiska przemawia regulacja art. 10 § 1 zd. 1 k.w., w której przewidziano tożsamość rodzajową pomiędzy karą ograniczenia wolności orzeczoną za przestępstwo oraz karą ograniczenia wolności orzeczoną za wykroczenie w przypadku idealnego zbiegu przestępstwa i wykroczenia. W uzupełnieniu tych uwag należy

²¹ Dyspozycja przepisu art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 27 września 2013 r. umożliwia zamianę orzeczonej prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo kary pozbawienia wolności na karę ograniczenia wolności. Skorzystanie z tej możliwości nie było jednak w praktyce wymiaru sprawiedliwości dopuszczalne z tego względu, że w ustawowym zagrożeniu karą za wykroczenia kradzieży, przywłaszczenia cudzej rzeczy (art. 119 § 1 k.w.), wykroczenia wyrębu drzewa w lesie i przywłaszczenia drzewa wyrąbanego lub powalonego (art. 120 § 1 k.w.), wykroczenia paserstwa umyślnego i nieumyślnego (art. 122 § 1 i 2 k.w.), jak również nowo wprowadzone wykroczenie prowadzenia innego pojazdu niż mechaniczny w stanie po użyciu alkoholu (art. 87 § 1a k.w.) nie przewidziano, przy braku zagrożenia karą aresztu, samoistnej lub alternatywnej kary ograniczenia wolności.

wskazać, że istota i treść kary ograniczenia wolności orzeczonej za przestępstwo na podstawie przepisów prawa karnego materialnego oraz kary ograniczenia wolności orzeczonej na podstawie przepisów k.w. są niemalże identyczne. W jednym i drugim przypadku karę tę orzeka się w miesiącach (art. 34 § 1 k.k., art. 20 § 1 k.w.). W czasie odbywania kary ograniczenia wolności skazany ma identyczne obowiązki, a mianowicie nie może bez zgody sądu zmieniać miejsca stałego pobytu, jest obowiązany do wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne, a nadto ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary (art. 34 § 2 k.k., art. 20 § 2 k.w.). Nieodpłatna, kontrolowana praca może być wykonywana w tym samym miesięcznym godzinowym wymiarze (art. 35 § 1 k.k., art. 20 § 1 k.w.). Wreszcie, orzekając wobec sprawcy wspomnianą karę, sąd może nałożyć na niego określone obowiązki probacyjne (art. 36 § 2 k.k. w zw. z art. 72 k.k., art. 22 k.w.). Z tych też względów należy przyjąć, że zachodzi tożsamość rodzajowa orzeczonych kar w rozumieniu przyjętym w art. 85 k.k. w przypadku kary ograniczenia wolności orzeczonej w warunkach określonych w art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. oraz kary ograniczenia wolności orzeczonej za inne przestępstwo na podstawie przepisów prawa karnego materialnego. Umożliwia to orzeczenie w analizowanej sytuacji kary łącznej ograniczenia wolności w granicach określonych w art. 86 § 1 k.k., a więc od najwyższej z kar jednostkowych do ich sumy. Konsekwentnie należy przyjąć również dopuszczalność orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności w granicach określonych w art. 86 § 1 k.k. oraz art. 87 k.k. w miejsce uprzednio orzeczonej kary pozbawienia wolności za przestępstwo oraz kary ograniczenia wolności orzeczonej w warunkach określonych w art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r.

Podsumowanie

W wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 27 września 2013 r. nastąpiła częściowa depenalizacja niektórych czynów zabronionych, a więc ich przekształcenie z kategorii przestępstw w wykroczenia. W odniesieniu do prawomocnie zakończonych spraw za przestępstwa konsekwencje wynikające z częściowej depenalizacji zostały określone w art. 50 ust. 1 lub 2 wspomnianej ustawy. Przytoczone regulacje stały się podstawą stosownych postanowień sądów w przedmiocie zamiany prawomocnie orzeczonych kar. Skutkiem wydania tych rozstrzygnięć procesowych jest modyfikacja orzeczonej kary, co nie upoważnia jednak w żadnej mierze do zmiany oceny zachowania sprawcy, które nadal stanowi przestępstwo. W związku z tym skutkiem wydania wspomnianych orzeczeń jest zamiana prawomocnie orzeczonej kary pozbawienia wolności na karę aresztu lub karę grzywny orzeczone na podstawie przepisów k.w. (art. 50 ust. 1 ustawy), bądź też zamiana

prawomocnie orzeczonej kary grzywny lub ograniczenia wolności na grzywnę lub karę ograniczenia wolności orzeczone na podstawie przepisów k.w. (art. 50 ust. 2 ustawy).

Bezspornie kara aresztu orzeczoną postanowieniem wydanym na podstawie art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 27 września 2013 r. w miejsce uprzednio orzeczonej kary pozbawienia wolności nie jest karą tego samego rodzaju, co kara pozbawienia wolności orzeczoną za przestępstwo. Wspomniana kara aresztu, będąc innego rodzaju karą niż kara pozbawienia wolności, nie podlega również łączeniu z tą karą na podstawie określonej normy prawnej. W analizowanym przypadku wykluczone jest zatem połączenie kary aresztu i kary pozbawienia wolności. Z odmienną sytuacją mamy natomiast do czynienia w przypadku kary grzywny orzeczonej w warunkach określonych w art. 50 ust. 1 lub ust. 2 cytowanej ustawy. W tym przypadku zachodzi tożsamość rodzajowa kar w rozumieniu przyjętym w art. 85 k.k. pomiędzy wspomnianą karą a grzywną orzeczoną za przestępstwo kwotowo na podstawie przepisów pozakodeksowych, jak również grzywną orzeczoną za przestępstwo w systemie stawek dziennych na podstawie przepisów prawa karnego materialnego. Tożsamość rodzajowa kar w rozumieniu art. 85 k.k. zachodzi również w przypadku kary ograniczenia wolności orzeczonej w warunkach określonych w art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. a karą ograniczenia wolności orzeczoną za przestępstwo na podstawie przepisów prawa karnego materialnego. W przypadku wspomnianych kar za ich tożsamością rodzajową przemawia regulacja przewidziana w art. 10 § 1 zd. 1 k.w. W przypadku kary ograniczenia wolności należy dodatkowo wskazać, że istota i treść tej kary orzeczonej za przestępstwo oraz istota i treść tej kary orzeczonej na podstawie przepisów k.w. jest niemalże identyczna.

Penalty change resulting from partial depenalization under the Act of 27 September 2013, versus aggregate sentencing

Abstract

This paper presents the theoretical analysis of changes to penalty, tackling practical aspects which are considered of utmost relevance. Addressed are the issue of partial depenalization under the Act of 27 September 2013 and all situations where the aggregate sentence is imposed which involves imprisonment, fine, and limitation of liberty.

Maciej Rogalski

Udostępnianie danych telekomunikacyjnych sądom i prokuraturom

Streszczenie

W artykule przedstawiono problematykę udostępniania danych telekomunikacyjnych sądom i prokuraturom. Omówiono wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2014 r., który stwierdził nieważność dyrektywy 2006/24/WE w sprawie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych oraz jego wpływ na regulacje polskie i praktykę stosowania odpowiednich przepisów. Omówiono podstawowe problemy związane z udostępnianiem danych telekomunikacyjnych: brak precyzji przepisów będących podstawą udostępniania danych telekomunikacyjnych, nieobowiązywanie zasady subsydiarności, zakres obowiązywania tajemnic zawodowych, a także okres przechowywania danych telekomunikacyjnych. W artykule sformułowane są również propozycje rozwiązania przedstawionych problemów.

Wprowadzenie

Wolność komunikowania się zalicza się do konstytucyjnych praw człowieka (art. 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹). Przepis art. 47 Konstytucji gwarantuje poszanowanie i ochronę prywatności przez władze publiczne oraz generalny zakaz ingerencji w tę sferę. Uzupełnieniem tych gwarancji jest art. 51 Konstytucji, wyrażający tzw. autonomię informacyjną. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że art. 47 i art. 51 Konstytucji chronią tę samą wartość konstytucyjną – sferę prywatności. Autonomia informacyjna stanowi istotny element składowy prawa do ochrony prywatności, a polega na samodzielnym decydowaniu o ujawnianiu innym podmiotom informacji dotyczących własnej osoby, a także na sprawowaniu kontroli nad tymi informacjami, nawet jeśli znajdują się w posiadaniu innych osób².

¹ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.

² Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180; wyrok TK z dnia 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01, OTK ZU 2002, nr 1/A, poz. 3; wyrok z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU 2002, nr 6/A, poz. 83; wyrok z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, OTK ZU 2011, nr 10/A, poz. 116; wyrok TK z dnia 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01, OTK ZU 2002, nr 6/A, poz. 81.

W orzecznictwie TK zwraca się uwagę, że pozyskiwanie informacji o życiu prywatnym jednostek przez organy władzy publicznej, zwłaszcza niejawnie, musi być ograniczone do koniecznych sytuacji, dopuszczalnych w demokratycznym państwie wyłącznie dla ochrony konstytucyjnie uznanych wartości i zgodnie z zasadą proporcjonalności. Warunki gromadzenia i przetwarzania tych danych przez władze publiczne muszą być unormowane w ustawie w sposób jak najbardziej przejrzysty, wykluczający arbitralność i dowolność ich stosowania³.

Ochronę prawa komunikowania się jako jednego z praw człowieka przewiduje także art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 „KPC”⁴. Zgodnie z tym przepisem, każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z prawa wyrażonego w art. 8 ust. 1 k.p.c., z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób (art. 8 ust. 2 k.p.c.). Przepis art. 8 ust. 1 k.p.c. dotyczy szeroko rozumianego prawa do poszanowania prywatnej sfery życia człowieka⁵. Ochrona wynikająca z art. 8 ust. 1 Konwencji rozciąga się nie tylko na sferę kontaktów w postaci bezpośrednich rozmów, ale także na kontakty na odległość w postaci treści rozmów telefonicznych (i innych form przekazywania informacji na odległość, jak np. poczta, faks czy e-mail). W przypadku kontaktów na odległość ochrona obejmuje swym zakresem także informacje dotyczące dat oraz długości rozmów telefonicznych, a ponadto danych połączeń przychodzących i wychodzących, czyli informacji zawartych w tzw. bilingach.

Pojęcie komunikowania się należy rozumieć szeroko. Obejmuje ono wszelkie techniczne formy przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny ich nośnik (np. rozmowy osobiste i telefoniczne, korespondencja pisemna, faks, wiadomości tekstowe i multimedialne, poczta elektroniczna). Ochrona prawna obejmuje nie tylko treść wiadomości, ale także wszystkie okoliczności procesu porozumiewania się, do których zaliczają się dane osobowe uczestników tego procesu, informacje o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych,

³ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

⁴ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

⁵ Por. L. Garlicki, (w:) L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. I: Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010, s. 491.

dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń czy umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP czy numerze IMEI. Zwraca się uwagę, że ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostek w związku z korzystaniem z Internetu oraz innych elektronicznych sposobów porozumiewania się na odległość nie różni się niczym od ochrony dotyczącej tradycyjnych form komunikowania się czy też innej aktywności⁶.

Problematyka tajemnicy komunikowania się była uregulowana w prawie wspólnotowym Unii Europejskiej dyrektywą 97/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze telekomunikacyjnym. Dyrektywa ta została uchylona z dniem 31 października 2003 r. przez art. 19 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej⁷ („dyrektywa o prywatności w łączności elektronicznej”). Została ona zmieniona dyrektywą 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. W punkcie 7 preambuły dyrektywy o prywatności w łączności elektronicznej wskazano na konieczność ustanowienia szczegółowych unormowań prawnych, regulacyjnych i technicznych dla zapewnienia ochrony praw podstawowych i swobód osób fizycznych oraz uzasadnionego interesu osób prawnych. Natomiast przepis art. 15 ust. 1 tej dyrektywy dopuszczał ograniczenie poufności komunikacji, ale tylko w wyjątkowych sytuacjach, a w szczególności, „gdy takie ograniczenia stanowią środki niezbędne, właściwe i proporcjonalne w ramach społeczeństwa demokratycznego do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego (bezpieczeństwa państwa), obronności, bezpieczeństwa publicznego oraz zapobiegania, dochodzenia, wykrywania i karania przestępstw kryminalnych lub niedozwolonego używania systemów łączności elektronicznej”⁸.

Dyrektywę o prywatności w łączności elektronicznej zmieniła dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającą dyrektywę 2002/58/WE („dyrektywa 2006/24/WE”)⁹. Dyrektywa ta była reakcją na zróżnicowane warunki zatrzymywania danych transmisyjnych w państwach członkowskich UE w związku z koniecznością wykrywania i ścigania przestępstw. Dyrektywa 2006/24/WE ujednoliciła zakres danych podlegających retencji dla usług telefonii stacjonarnej i komórkowej, dostępu internetowego, elektronicznej poczty internetowej i telefonii internetowej.

⁶ Zob. wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

⁷ Official Journal of the European Communities 2002, L 201, s. 37.

⁸ Zob. także wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 stycznia 2008 r., sygn. C-275/06, <http://curia.europa.eu>.

⁹ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 13 kwietnia 2006 r., L 105, s. 54.

W wyroku z dnia 8 kwietnia 2014 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”), w połączonych sprawach o sygn.: C–293/12 i C–594/12, stwierdził jednak nieważność dyrektywy 2006/24/WE¹⁰. Uzasadniając swój wyrok, Trybunał stwierdził, po pierwsze, że dyrektywa 2006/24/WE obejmuje generalnie wszystkie jednostki, środki łączności elektronicznej i dane o ruchu. Nie przewidziano w niej jednak jakiegokolwiek zróżnicowania, ograniczenia lub wyjątku w zależności od celu dotyczącego zwalczania poważnych przestępstw. Brak również analogicznego zróżnicowania, ograniczenia lub wyjątku, gdy chodzi o osoby (tezy 57–58 wyroku TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r.).

Po drugie, Trybunał wskazał, że dyrektywa 2006/24/WE nie tylko nie wyznacza ogólnych granic swojego zakresu zastosowania, ale także nie przewiduje żadnego obiektywnego kryterium, które pozwoliłoby zagwarantować, że właściwe organy krajowe będą miały dostęp do danych i będą mogły je wykorzystywać wyłącznie w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw. Dyrektywa 2006/24/WE ogranicza się jedynie do ogólnego odesłania w art. 1 ust. 1 do pojęcia „poważnych przestępstw” określonych w ustawodawstwie każdego państwa członkowskiego. Brak w dyrektywie 2006/24/WE definicji „poważnych przestępstw” powoduje, że nie istnieje wyraźna granica, w jakich przypadkach dane telekomunikacyjnego mogą podlegać retencji i być wykorzystywane. Trybunał również zauważył, że dyrektywa 2006/24/WE nie określa żadnych materialnych i proceduralnych przesłanek, w przypadku zaistnienia których właściwe organy krajowe będą mogły uzyskać dostęp do danych i następnie je wykorzystać. Przepis art. 4 dyrektywy 2006/24/WE, który dotyczy dostępu organów uprawnionych do zatrzymanych danych, „nie stanowi wyrażnie, że możliwość dostępu do tych danych i ich późniejszego wykorzystania powinna być ściśle ograniczona celami zapobiegania i wykrywania dokładnie określonych poważnych przestępstw lub ich ścigania, a jedynie wskazuje, że każde państwo członkowskie ma określić procedury i warunki uzyskiwania dostępu do zatrzymanych danych, mając na uwadze wymogi konieczności i proporcjonalności”. Trybunał dalej zwrócił uwagę, że dyrektywa 2006/24/WE nie przewiduje żadnego obiektywnego kryterium, które pozwoliłoby ograniczyć liczbę osób uprawnionych do uzyskiwania dostępu i późniejszego wykorzystywania zatrzymanych danych do przypadków, gdy jest to ściśle konieczne do realizacji zamierzonego celu. Trybunał zauważył, że uzyskanie przez właściwe organy krajowe dostępu do danych nie podlega uprzedniej kontroli sądu lub niezależnego organu administracyjnego. Sąd lub niezależny organ administracyjny powinien kontrolować, aby udostępnianie i wykorzystywanie danych ograniczało się do przypadków, gdy jest to ściśle konieczne do realizacji zamierzonego celu (tezy 60–62 wyroku TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r.).

¹⁰ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2014 r., 175.6/2.

Po trzecie wreszcie, Trybunał wskazał, że w art. 6 dyrektywa 2006/24/WE przewiduje okres co najmniej sześciu miesięcy zatrzymania danych. Nie wskazuje jednak żadnych różnic między kategoriami danych przewidzianymi w art. 5 w zależności od zainteresowanych osób lub ewentualnej użyteczności danych w stosunku do zakładanego celu. Okres przechowywania danych wynosi od 6 miesięcy do 24 miesięcy. Dyrektywa 2006/24/WE nie wskazuje jednak „obiektywnych kryteriów, na podstawie których należy ustalić czas, na jaki dane te zostaną zatrzymane aby zagwarantować, że będzie on ograniczał się do tego, co ściśle niezbędne”. Dyrektywa nie uzasadnia więc dopuszczalnego okresu retencji w okresie od 6 miesięcy do 2 lat, a ponadto nie dokonuje różnicowania okresu przechowywania danych z uwagi na kategorie danych oraz ich potencjalne wykorzystanie. Trybunał podkreśla, że dyrektywa 2006/24/WE nie zawiera jasnych i precyzyjnych reguł określających zakres ingerencji w prawa podstawowe ustanowione w art. 7 i 8 karty. W konsekwencji Trybunał stwierdza, że „dyrektywa ta wyjątkowo szeroko i mocno ingeruje w te podstawowe dla porządku prawnego Unii prawa, przy czym przepisy mające zagwarantować to, że ingerencja ta nie będzie rzeczywiście wykraczać poza to, co ściśle niezbędne, nie regulują precyzyjnie tej kwestii” (tezy 63–65 wyroku TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r.).

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, trafnie przyjął, że wyrok TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie sygn. C–293/12 ma charakter ostateczny. Wiąże nie tylko instytucje i organy UE, ale również wszystkie organy państw członkowskich, w tym sądy i organy stosujące przepisy regulujące dostęp do danych telekomunikacyjnych. W związku z tym, że TSUE nie ograniczył w wyroku jego skutków w czasie, należałoby przyjąć, że w zakresie nieważności dyrektywy 2006/24/WE wywiera skutek *ex tunc*¹¹. Trybunał stwierdził także, że w rozpatrywanej przez niego „sprawie przepisy ustawowe regulujące przesłanki udostępniania właściwym służbom zatrzymanych danych telekomunikacyjnych nie stanowią bezpośrednio implementacji dyrektywy 2006/24/WE. Wyrok TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie o sygn. C–293/12 nie wiąże zatem bezpośrednio Trybunału Konstytucyjnego w procedurze kontroli konstytucyjności przepisów krajowych”. Z uwagi jednak na związek funkcjonalny zakwestionowanych przepisów z dyrektywą 2006/24/WE postanowił uwzględnić ten wyrok „jako tła decyzyjnego podczas oceny konstytucyjności przepisów krajowych o udostępnianiu danych telekomunikacyjnych służbom policyjnym i ochrony państwa”¹². Zwrócić jednak należy uwagę, że postanowienia dyrektywy 2006/24/WE zostały przejęte

¹¹ Zob. wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180; por. także A. Grzelak, Granica między skuteczną walką z przestępczością a prawem do prywatności i do ochrony danych osobowych. Głosa do wyroku TS z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. C–293/12 i C–594/12, Europejski Przegląd Sądowy 2014, nr 7, s. 51–52.

¹² Zob. wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

do ustawodawstwa krajowego ustawą z dnia 24 kwietnia 2009 r.¹³, która z dniem 6 lipca 2009 znowelizowała ustawę z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne¹⁴ (dalej: p.t.). Przepisy Prawa telekomunikacyjnego w zakresie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych stanowią implementację postanowień dyrektywy 2006/24/WE. Do przepisów Prawa telekomunikacyjnego odwołuje się w szczególności kodeks postępowania karnego w art. 218 dotyczącym właśnie zatrzymywania i kontroli korespondencji.

W sytuacji stwierdzenia wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2014 r. przez Trybunał Sprawiedliwości UE nieważności dyrektywy 2006/24/WE, która była zaimplementowana do polskiej ustawy Prawo telekomunikacyjne, powstaje pytanie, w jaki sposób należy interpretować wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie udostępniania danych telekomunikacyjnych na żądanie uprawnionych podmiotów, w szczególności sądów i prokuratur.

Pomimo uchylenia dyrektywy 2006/24/WE należy uznać, że retencja danych jako instytucja jest dopuszczalna i stanowi usprawiedliwione interesem publicznym ograniczenie praw i wolności. Przewidziany jednak w dyrektywie model retencji danych jest wadliwy i wymaga zmiany. Przyjąć należy, że zobowiązani do udostępniania danych telekomunikacyjnych przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni stosować się do przepisów krajowych, dopóki nie zostaną one uchylone lub zmienione przez ustawodawcę. Zmiana przepisów będzie konieczna w przypadku wydania nowej dyrektywy retencyjnej. Stosowanie i przestrzeganie przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne nie generuje bowiem poważnych ryzyk prawnych dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych w analizowanej sytuacji. Podjęcie przez zobowiązanych przedsiębiorców telekomunikacyjnych samodzielnej próby interpretacji przepisów prawa telekomunikacyjnego w aspekcie wydanego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w szczególności poprzez odmowę stosowania przepisów ustawy – Prawo telekomunikacyjne w zakresie retencji danych, może narazić przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na kary, a także doprowadzić do wykreślenia z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zgodnie z przepisami tejże ustawy.

Obowiązujące uregulowania w zakresie udostępniania danych telekomunikacyjnych

W polskim prawie kwestie związane z udostępnianiem danych telekomunikacyjnych na potrzeby toczących się postępowań sądowych oraz prokuratorskich są uregulowane w procedurze karnej (art. 218–218b k.p.k.). Przepis art. 218 § 1 k.p.k. nakłada na podmioty prowadzące działalność telekomuni-

¹³ Dz. U. z 2009 r., Nr 85, poz. 716.

¹⁴ Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.

kacyjną obowiązek wydania sądowi lub prokuratorowi, na żądanie zawarte w postanowieniu danych, o których mowa w art. 180c i 180d p.t., jeżeli mają one znaczenie dla toczącego się postępowania. Obowiązek ten obciąża podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną, niezależnie od tego, w jakiej formie prawno-organizacyjnej prowadzą działalność i kto jest ich właścicielem, w szczególności, czy jest to podmiot prywatny, czy państwowy. Udostępniane są dane wymienione w art. 180c i 180d p.t., pod warunkiem, że mają znaczenie dla toczącego się postępowania. W praktyce, podstawą decyzji zobowiązującej do ich wydania będzie okoliczność, że dane telekomunikacyjne mogą mieć znaczenie dla tego postępowania¹⁵. Przepis art. 180d p.t. samoistnie nie określa katalogu danych podlegających udostępnieniu. Odsyła on do innych przepisów art. 159 ust. 1 punkty 1 i 3–5, art. 161 oraz art. 179 ust. 9 p.t. Ustawodawca zastosował więc tutaj konstrukcję odesłania złożonego drugiego stopnia o charakterze statycznym. Tego rodzaju konstrukcja legislacyjna powinna być wyjątkowo ostrożnie stosowana w wypadku, gdy reguluje ingerencję organów władzy publicznej w status prawny jednostki.

Podstawę do zgłaszania zapytań o dane telekomunikacyjne stanowią także ustawy regulujące działalność tzw. podmiotów uprawnionych. Podmioty uprawnione do otrzymywania danych telekomunikacyjnych określa przepis art. 180d p.t. w związku z art. 179 ust. 3 pkt 1 lit. a i ust. 3 pkt 2 p.t. Do podmiotów tych należy zaliczyć, oprócz wskazanych już sądów i prokuratur, także: Policję, Straż Graniczną, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmerię Wojskową, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Służbę Celną, wywiad skarbowy.

Problematyka udostępniania danych telekomunikacyjnych nie obejmuje zagadnienia kontroli i utrwalenia rozmów telefonicznych, czyli tzw. „podśłuchów telefonicznych”. Zagadnienie to uregulowane jest w rozdziale 26 k.p.k. zatytułowanym „Kontrola i utrwalanie rozmów” (art. 237–242 k.p.k.). Przepisy k.p.k. określają przypadki, kiedy może być wprowadzona kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych, podmioty uprawnione do jej wprowadzenia oraz tryb jej wprowadzenia. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego określają natomiast obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych w tym zakresie. W teorii wyróżnia się tzw. podsłuch procesowy (przepisy rozdziału 26 k.p.k.) oraz podsłuch pozaprocesowy (operacyjny)¹⁶, który jest uregulowany w ustawach szczególnych, np. w ustawie o Policji. Podsłuch procesowy obejmuje zarówno

¹⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2011, s. 1233.

¹⁶ J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2003, s. 1017–1018; K. Marszał, Podsłuch w polskim procesie karnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1996, nr 150, s. 343.

„kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych” (art. 237 § 1 k.p.k.), jak i „treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną” (art. 241 k.p.k.). Pozyskiwanie wykazu połączeń telekomunikacyjnych lub innych przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, określa art. 218 § 1 k.p.k. Natomiast pozyskiwane danych zawartych w systemach informatycznych i na nośnikach, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną przewiduje art. 236a k.p.k.¹⁷

Dotychczasowa praktyka funkcjonowania przepisów w zakresie pozyskiwania i udostępniania danych telekomunikacyjnych wykazała szereg problemów. Należy zwrócić uwagę na najważniejsze z nich.

Pierwszy problem dotyczy rodzaju spraw, w których mogą być pozyskiwane dane telekomunikacyjne. Innymi słowy, czy dopuszczalne jest żądanie przez sądy danych telekomunikacyjnych, w szczególności tzw. billingów, w innych sprawach niż karne. Chodzi głównie o żądanie danych w sprawach rodzinnych i opiekuńczych, w szczególności rozwodowych, bez uzyskania koniecznej w takim wypadku zgody abonenta. W praktyce często występowały żądania pochodzące od sądów o udostępnienie treści sms-ów w sprawach cywilnych. Uznać należy, że nie jest jednak możliwe udostępnienie treści sms-a, bez wcześniejszego zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w trybie przepisów k.p.k. Udostępnienie danych telekomunikacyjnych jest możliwe tylko w oparciu o konkretną podstawę prawną, wskazaną przez podmiot zwracający się z takim żądaniem do przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W praktyce sądy cywilne powoływały się na art. 248 k.p.c., który nakłada obowiązek dostarczenia na żądanie sądu dokumentów na dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Postanowienia art. 248 k.p.c., w przeciwieństwie do art. 218, art. 218a czy art. 237 k.p.k., nie uchylają jednak tajemnicy telekomunikacyjnej. Dane dotyczące billingów rozmów telefonicznych objęte są tajemnicą komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych („tajemnicą telekomunikacyjną” w rozumieniu art. 159 ust. 1 punkty 1 i 3 p.t.). Z wyjątkiem przypadków określonych ustawą lub przepisami odrębnymi ujawnianie lub przetwarzanie treści albo danych objętych tą tajemnicą narusza obowiązek jej zachowania i jest, co do zasady, zakazane (art. 159 ust. 2 i 3 p.t.). Przepis art. 248 k.p.c. posiada przede wszystkim charakter proceduralny. Stanowi to przeszkodę do stosowania go jako podstawy do żądania przez sąd cywilny przedstawienia wykazu danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną¹⁸. Brak jest więc podstaw prawnych dla sądów cywilnych do żądania w sprawach cywilnych danych telekomunikacyjnych.

¹⁷ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 590.

¹⁸ Por. P. Barta, P. Litwiński, Dane objęte tajemnicą zawodową, (w:) E. Traple (red.), Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007, s. 607; zob. również tychże, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2009, s. 85 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego

Zdecydowanie więcej wątpliwości wywołuje kwestia udostępniania danych telekomunikacyjnych w sprawach o wykroczenia na żądanie organów ścigania. Podobnie jak w sprawach cywilnych, w przypadku wykroczeń pojawia się problem zwolnienia z tajemnicy telekomunikacyjnej. Kwestia zwolnienia z tajemnicy służbowej i zawodowej jest w przypadku spraw o wykroczenia uregulowana wyłącznie w art. 41 § 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹⁹, który ma charakter ogólny – dotyczy wszystkich rodzajów tajemnic zawodowych i nie spełnia przewidzianych w art. 49 Konstytucji RP kryteriów zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy komunikowania się, tj. wymogu konkretności i szczegółowości. Przede wszystkim jednak nie może on stanowić podstawy do żądania danych telekomunikacyjnych, w szczególności billingów rozmów telefonicznych przez zwolnienie z tajemnicy służbowej czy zawodowej, gdyż w sprawach o wykroczenia nie ma zastosowania – ani wprost, ani *per analogiam* – art. 218 § 1 k.p.k. Przepisu tego, przewidującego zwolnienie z tajemnicy komunikowania się w sprawach karnych, nie można stosować odpowiednio do spraw o wykroczenia, gdyż zgodnie z art. 1 § 2 k.p.w. w postępowaniach w sprawach o wykroczenia przepisy k.p.k. stosuje się jedynie wówczas, gdy k.p.w. wyraźnie tak stanowi. Nie można więc na podstawie art. 41 § 3 k.p.w. żądać wydania danych billingowych, gdyż wykraczałoby to poza ramy przepisu pozwalającego na zwolnienie świadka z tajemnicy służbowej²⁰.

Problemy nastręcza także kwestia stosowania przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (dalej: u.o.d.o.)²¹ oraz ustaw określających ustrój i uprawnienia służb i organów państwa w zakresie udostępniania danych osobowych abonentów w związku z prowadzonymi postępowaniami w sprawach o wykroczenia popełnione przez tych abonentów. Przyjąć należy brak podstaw do stosowania art. 23 u.o.d.o. Postanowienia art. 23 u.o.d.o. określają bowiem sytuacje, kiedy przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne. Przepis ten przewiduje szerszy dostęp do danych osobowych niż art. 159 ust. 1 p.t. Natomiast zgodnie z art. 5 u.o.d.o., jeżeli przepisy odrębnych ustaw, które odnoszą się do przetwarzania danych, przewidują dalej idącą ochronę, niż wynika to z ustawy o ochronie danych osobowych, stosuje się przepisy tych ustaw. Przepis art. 159 ust. 1 p.t. wyłącza więc w tym zakresie stosowanie przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Następnym istotnym problemem jest nieobowiązywanie zasady subsydiarności. W ramach prowadzonego postępowania karnego – zarówno w fazie

w Białymstoku z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. I ACz 279/11, Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej 2011, nr 1, poz. 36.

¹⁹ Dz. U. z 2001 r., Nr 106, poz. 1148 ze zm.

²⁰ Por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 30 sierpnia 2006 r., sygn. II SA/Wa 809/05, LEX nr 283565; z dnia 10 października 2006 r., sygn. II SA/Wa 643/05, niepubl.

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1182 ze zm.

in rem, jak i w fazie *in personam* – podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną są zobowiązane wydać sądowi lub prokuratorowi, na żądanie zawarte w postanowieniu, korespondencję i przesyłki oraz dane, o których mowa w art. 180c i art. 180d p.t., o ile dane te mają znaczenie dla toczącego się postępowania (art. 218 § 1 k.p.k.). Przepisy dotyczące udostępnienia danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d p.t., nie wprowadzają zasady subsydiarności. Podmiot prowadzący działalność telekomunikacyjną jest więc zobowiązany w każdym przypadku do realizacji obowiązku udostępnienia danych, gdy tylko zwrócą się o to uprawnione podmioty, a nie tylko wówczas, gdy jest to niezbędne. Prowadzi to w praktyce do bardzo dużej liczby zgłaszanych żądań. Tymczasem, niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w toku czynności powinno być środkiem subsydnym, czyli stosowanym, gdy inne rozwiązania są nieprzydatne lub nieskuteczne. Oznacza to, że niejawna ingerencja w wolności i prawa ma stanowić *ultima ratio*. Dotyczy to w takiej samej mierze kontroli operacyjnej, jak i udostępniania danych telekomunikacyjnych²².

Kolejny problem dotyczy kręgu osób, których dotyczy kontrola. Przepis art. 218 k.p.k. nie oznacza kręgu podmiotów, których korespondencja podlega kontroli. Nie ma wątpliwości, że decyzja o zatrzymaniu korespondencji dotyczyć będzie podejrzanego (oskarżonego) oraz niekiedy również pokrzywdzonego. Jeżeli jedynym kryterium pozwalającym na podjęcie decyzji o zatrzymaniu korespondencji jest „znaczenie dla sprawy”, to dopuszczalna staje się również kontrola korespondencji każdej osoby, która ma lub może mieć związek z przestępstwem lub jego sprawcą²³. W konsekwencji kontrola może dotyczyć osób, które nie mają nic wspólnego z przestępstwem, a tylko kontaktują się ze sprawcą, ale w przedmiocie i zakresie, który nie ma żadnego związku z przestępstwem.

Istotnym problemem jest również ochrona tajemnicy zawodowej w aspekcie pozyskiwania i gromadzenia danych telekomunikacyjnych. W zakresie tajemnicy obrończej SN sformułował pogląd, że obrońca pozostaje poza kręgiem podmiotów, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów²⁴. Zgodnie z tym stanowiskiem niedopuszczalne jest wykorzystanie – jako dowodów w postępowaniu karnym – informacji stanowiących tajemnicę obrończą, ponieważ byłoby to obejście bezwarunkowego zakazu dowodowego ujętego w art. 178 pkt 1 k.p.k. Stanowisko takie zostało sformułowane na gruncie przepisów k.p.k. regulujących tzw. podsłuch procesowy. Trybunał zwraca jednak uwagę, odnosząc się do tajemnicy radcy prawnego, że prawo do prywatności i poufności informacji przysługuje nie radcom prawnym, ale ich klientom. Na radcach prawnych spoczywa natomiast obowiązek respektowa-

²² Por. wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

²³ K. D u d k a, Ochrona prawa do prywatności i jej ograniczenia w polskim prawie karnym, część I, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2000, nr 2, s. 83 i n.

²⁴ Zob. postanowienie SN z dnia 26 października 2011 r., sygn. I KZP 12/11, OSNKW 2011, nr 10, poz. 90.

nia tego prawa²⁵. Stanowisko to jest aktualne w odniesieniu do pozostałych tajemnic zawodowych. Słusznie zwraca się jednak uwagę, że obowiązujące unormowania o charakterze gwarancyjnym, jakie przewidują przepisy k.p.k. w stosunku do tajemnicy zawodowej, mogą okazać się iluzoryczne. Pomimo bowiem ogólnego zakazu wprowadzania treści stanowiących tajemnicę zawodową do procesu karnego jako dowodów w sprawie, ustawodawca zezwala – chociażby pośrednio, przez niejednoznaczną regulację ustawową – na ich gromadzenie i przechowywanie przez służby uprawnione do stosowania kontroli operacyjnej. Szczególnie jest to widoczne na gruncie ochrony tajemnicy obrończej i dziennikarskiej, które na gruncie k.p.k. są objęte bezwarunkową ochroną prawną w postaci niepodlegającego uchyleniu zakazu dowodowego²⁶.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, a także Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wielokrotnie wskazywano, że dla efektywnego korzystania z pomocy obrońcy niezbędne jest zachowanie poufności komunikatów przekazywanych obrońcy przez oskarżonego (podejrzanego)²⁷. Brak możliwości poufnego porozumiewania się oskarżonego ze swoim obrońcą, również za pośrednictwem technologii teleinformatycznych, oznacza, że pomoc prawna traci dużo ze swej skuteczności. Obawiając się niejawnej kontroli rozmów z obrońcą, oskarżony może wszakże zaniechać korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej lub nie przekazywać obrońcy istotnych okoliczności sprawy²⁸. Trafnie wskazuje się, że zapewnienie poufności rozmów oskarżonego z obrońcą jest konieczne nie tylko na etapie postępowania sądowego, lecz w każdej fazie postępowania, nawet prowadzonej przez organ pozasądowy (prokuratora, Policję, służbę ochrony państwa)²⁹.

Ostatni problem dotyczy długości okresu przechowywania danych telekomunikacyjnych, który obecnie wynosi 12 miesięcy (art. 180a ust. 1 pkt 1 p.t.). W praktyce uprawnione podmioty nierzadko żądają udostępnienia danych telekomunikacyjnych za okres wykraczający poza przewidziany prawem czas ich przetrzymywania. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest w szczególności określenie relacji przepisu przewidującego maksymalny dopuszczalny prawem 12-miesięczny okres przechowywania danych retencyjnych (art. 180a ust. 1 pkt 1 p.t.) do przepisów, które przewidują dłuższe okresy przechowywania danych, np. przepis art. 168 ust. 2 p.t. przewidujący dłuższy okres niż 12 miesięcy potrzebny na rozpatrzenie reklamacji. Wydaje się, że w obowią-

²⁵ Zob. wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, OTK ZU 2004, nr 10/A, poz. 107, część III, pkt 3.

²⁶ Zob. wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

²⁷ Zob. wyrok TK z dnia 11 grudnia 2012 r., sygn. K 37/11, OTK ZU 2012, nr 11/A, poz. 133, część III, pkt 3 oraz cytowane tam orzecznictwo TK i ETPC.

²⁸ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

²⁹ Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. 1, Warszawa 2010, s. 407.

zującym stanie prawnym jedyną możliwą do zaakceptowania interpretacją jest wykładnia dopuszczająca dłuższe niż 12 miesięcy przechowywanie danych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, ale tylko w przypadkach przewidzianych wyraźnie przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego i co jest kluczowe, tylko w celu określonym w tych przepisach, np. art. 168 p.t. Natomiast na potrzeby postępowań karnych, na żądanie sądu czy prokuratora, dane telekomunikacyjne mogą być przechowywane, zgodnie z art. 180a ust. 1 pkt 1 p.t., przez okres nie dłuższy niż rok.

W przypadku więc wątpliwości, jak powinien zachować się dostawca usług telekomunikacyjnych posiadający na podstawie art. 168 p.t. dane dotyczące abonenta, które pokrywają się z danymi wskazanymi w art. 180c p.t., po upływie 12 miesięcy od ich zarejestrowania w sytuacji, jeśli uprawniony organ państwowy zwróci się do dostawcy usług o udostępnienie posiadanych przez dostawcę danych dotyczących tego abonenta, określonych w art. 180c i 180d p.t., tj. czy w takiej sytuacji dostawca usług ma obowiązek odmówić organowi udostępnienia tych danych, uznając, że art. 180a ust. 1 pkt 1 p.t. upoważnia uprawnione organy państwowe do żądania danych nie starszych niż 12 miesięcy od ich zarejestrowania, czy też dostawca usług telekomunikacyjnych powinien udostępnić uprawnionemu organowi dane posiadane na podstawie art. 168 p.t., przechowywane dłużej niż przez 12 miesięcy od ich zarejestrowania, należy stwierdzić, że dostawca powinien odmówić udostępnienia tych danych. Zwrócić jednak należy uwagę, że pogląd ten nie jest powszechny. Prezentowane są także stanowiska, że jeżeli przedsiębiorca posiada dane telekomunikacyjne, pomimo że minął już okres upływu 12 miesięcy, dane te powinny być udostępnione na żądanie uprawnionych podmiotów. Przedstawione wątpliwości interpretacyjne wskazują na konieczność dokonania odpowiednich zmian w ustawie – Prawo telekomunikacyjne rozstrzygających jednoznacznie opisane wątpliwości.

Propozycje rozwiązań

Dotychczasowa praktyka udostępniania danych telekomunikacyjnych oraz związane z tym wątpliwości interpretacyjne obowiązujących przepisów wskazują na konieczność dokonania odpowiednich zmian legislacyjnych.

Powinny być doprecyzowane cele gromadzenia danych retencyjnych określonych w poszczególnych ustawach. Zbyt szerokie zakreślenie celu pozyskiwania danych retencyjnych pozwala na ich żądanie od zobowiązanych podmiotów w bardzo wielu przypadkach. Gromadzenie, przechowywanie oraz przetwarzanie danych dotyczących jednostek, a zwłaszcza sfery prywatności, dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie wyraźnego i precyzyjnego przepisu ustawy. Powinien być precyzyjnie określony katalog spraw, w których uprawnione podmioty mogą pozyskiwać dane telekomunikacyjne, a także określone

wyjątki lub ograniczenia w zakresie zbieranych danych, w zależności od celu w jakim są zbierane. Z uwagi na brak precyzji i jednoznaczności w określeniu podstaw prawnych zbierania m.in. danych telekomunikacyjnych, TK w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, uchylił część przepisów ustaw przewidujących podstawy prawne dla tzw. uprawnionych podmiotów, np. Policji, do pozyskiwania tego rodzaju danych³⁰.

Powinna obowiązywać zasada subsydiarności. Czynności w zakresie pozyskiwania danych telekomunikacyjnych powinny być subsydiarnym środkiem otrzymywania informacji lub dowodów o jednostkach, gdy nie da się ich uzyskać w inny, mniej dolegliwy dla nich sposób. Powinny być stworzone gwarancje prawne przestrzegania tej zasady. Zgodnie natomiast z obowiązującymi przepisami prawa uprawnione podmioty mogą zwrócić się o udostępnienie danych telekomunikacyjnych w każdym wypadku, a nie jedynie wówczas, „gdy inne środki podejmowane w celu realizacji ustawowego celu okazały się bezskuteczne”. Zmienne powinny więc zostać zarówno przepisy stanowiące podstawę żądań uprawnionych podmiotów do udostępnienia danych telekomunikacyjnych, jak i odpowiadające im przepisy Prawa telekomunikacyjnego, określające obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych w omawianym zakresie. Zmianie więc powinny ulec przepisy Prawa telekomunikacyjnego (art. 179–180g p.t.) pod kątem ich skuteczności w tworzeniu warunków realizacji zasady subsydiarności w dziedzinie uzyskiwania przez uprawnione podmioty danych telekomunikacyjnych.

Powinny być wprowadzone odpowiednie rozwiązania prawne zapewniające ochronę tajemnicy zawodowej w toku czynności pozyskiwania danych telekomunikacyjnych przez uprawnione podmioty, np. Policję. Obecnie obowiązujące w tym zakresie przepisy ustaw regulujących działalność uprawnionych podmiotów nie wskazują kategorii osób, w stosunku do których nie można pozyskiwać danych telekomunikacyjnych ze względu na respektowanie ich tajemnicy zawodowej. Właściwy kierunek możliwych rozwiązań wskazał TK w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11. Według Trybunału, powinny być zapewnione stosowne gwarancje proceduralne, eliminujące nieuprawnione pozyskanie przez uprawnione podmioty, które – z uwagi na ich treść i okoliczności przekazania – powinny podlegać ochronie prawnej. Modelowym rozwiązaniem tego konfliktu dóbr jest przewidziany w art. 180 § 2 k.p.k. mechanizm zwolnienia z tajemnicy zawodowej przez sąd, jeżeli jest to konieczne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, zaś dana okoliczność nie może zostać wykazana w inny sposób, niełamącej tajemnicy zawodowej. „W ocenie Trybunału, zbliżone w swej istocie rozwiązania legislacyjne powinny dotyczyć również ochrony tajemnicy zawodowej w trakcie czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej. Nie ma żadnych uzasadnionych

³⁰ Zob. OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

podstaw, by na tym etapie postępowania stosować łagodniejsze standardy niż przewidziane w postępowaniu karnym. Przeciwnie, standardy te – z uwagi na niejawną kontrolę oraz jej ponadprocesowy charakter – powinny być co najmniej zbieżne ze standardami w postępowaniu karnym³¹.

W praktyce występuje pozyskiwanie przekazów i danych telekomunikacyjnych za pomocą sieci telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 35 p.t.). Informacjami przekazywanymi za pomocą sieci telekomunikacyjnych są więc rozmowy telefoniczne, wiadomości w postaci sms, mms lub przesyłane za pomocą faksu, a także inne informacje przekazywane drogą radiową i internetową, w tym pocztą elektroniczną, treści zamieszczane na forach internetowych lub czatach. Katalog takich informacji możliwych do pozyskania w toku kontroli ma charakter otwarty³². Stanowi to element nieuchronnych zmian wymuszanych postępem technologicznym. Przyjmowane i wprowadzane w praktyce rozwiązania technologiczne nie zawsze jednak zapewniają możliwość pełnej kontroli co do zakresu i ilości udostępnianych danych telekomunikacyjnych przez zobowiązanych do tego przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Nie można przecież wykluczyć błędów i nieścisłości, które, jak pokazuje praktyka, nierzadko się zdarzają. W praktyce występują przypadki przekazywania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych danych w szerszym zakresie niż żądany we wniosku. Udostępnione przez niektórych z przedsiębiorców telekomunikacyjnych systemy automatyczne mogą generować dane telekomunikacyjne w zakresie szerszym, niż wynikałoby to z zakresu zapytania. Stanowi to naruszenie art. 160 ust. 1 w zw. z art. 159 ust. 1 punkty 3–5 i ust. 3 p.t. oraz art. 218 § 1 k.p.k. Przepisy prawa telekomunikacyjnego powinny więc wyraźnie wskazywać, kiedy i na jakich zasadach mogą być stosowane automatyczne systemy. Obecnie obowiązujące przepisy prawa telekomunikacyjnego nie przewidują takich szczegółowych regulacji. *De lege ferenda* należy postulować przyjęcie takich regulacji w ustawie – Prawo telekomunikacyjne oraz stworzyć w tej ustawie delegację do wydania rozporządzenia, w którym określone zostałyby także techniczne wymagania stosowania takich systemów.

De lege ferenda powinien być dodany przepis do Prawa telekomunikacyjnego, wskazujący jednoznacznie, że w przypadku posiadania przez przedsiębiorcę danych telekomunikacyjnych przez okres dłuższy niż rok nie mogą być one udostępnione uprawnionym podmiotom. Zasada ta powinna obowiązywać niezależnie od tego, co jest przyczyną przechowywania danych przez okres dłuższy niż rok. Przyczyną tą może być zarówno przechowywanie danych przez dłuższy czas na podstawie innych przepisów Prawa telekomunikacyjnego, np. dla potrzeb rozpatrzenia reklamacji, jak i posiadania tych danych dlatego, że po prostu zaniedbano ich usunięcia po upływie rocznego okresu ich

³¹ OTK ZU 2014, nr 7, poz. 180.

³² Zob. D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa 2012, s. 162–163.

posiadania. W praktyce nie zawsze prawidłowo funkcjonuje proces usuwania zbędnych przekazów i danych telekomunikacyjnych.

Należy także rozważyć wprowadzenie zasady przynajmniej częściowej odpłatności za udostępniane dane. W chwili obecnej, zgodnie z obowiązującym prawem telekomunikacyjnym, za udostępnienie danych retencyjnych nie są pobierane żadne opłaty. Ewentualne wprowadzenie takiej odpłatności mogłoby ograniczyć liczbę zapytań ze strony uprawnionych podmiotów. Spowodowałoby także bardziej staranne określenie żądania udostępniania danych telekomunikacyjnych przez uprawnione podmioty.

Poza przedstawionymi rozwiązaniami dotyczącymi zmiany przepisów o charakterze procesowym lub przepisów określających podstawy prawne dla żądań uprawnionych podmiotów powinny być także wprowadzone rozwiązania prawne o charakterze systemowym i instytucjonalnym. Należy stworzyć mechanizm skutecznej kontroli pozyskiwania danych telekomunikacyjnych. Obecnie w systemie prawnym nie występuje podmiot, który sprawowałby kontrolę nad wykorzystaniem przez uprawnione podmioty uprawnień w zakresie żądania i wykorzystywania przekazów i danych telekomunikacyjnych. Częścią przedstawionych rozwiązań powinno być także stworzenie mechanizmu prawnego gwarantującego niszczenie pozyskanych danych, gdy nie są one już niezbędne dla prowadzonego postępowania. Powinien być również wprowadzony mechanizm sprawozdawczy zapewniający rzetelną informację o zakresie pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, np. co do liczby osób, których dane były pozyskiwane lub o liczbie ustaleń obejmujących dane osobowe użytkowników telefonów.

Disclosure of telecommunications data to courts and prosecutors

Abstract

This paper examines issues pertaining to the disclosure of telecommunications data to courts and prosecutors. Discussed is the judgment of the Court of Justice of the European Union of 8 April 2014, which invalidated Directive 2006/24/EC on the acquisition and disclosure of communications data, and the impact of the said judgement on Polish regulations and practical application of relevant provisions. Discussed are fundamental concerns associated with the disclosure of telecommunications data, such as the lack of precise rules to share the said data, inapplicability of the principle of subsidiarity, scope of the professional secrecy obligation, and telecommunications data retention period. Proposals are also formulated for resolving the said concerns.

Grzegorz Krysztofiuk

Europejski nakaz dochodzeniowy

Streszczenie

Artykuł poświęcono problematyce europejskiego nakazu dochodzeniowego. Dyrektywa dotycząca tego środka została przyjęta przez Parlament Europejski i Radę w dniu 3 kwietnia 2014 r. Autor przedstawił najważniejsze zasady funkcjonowania przyjętego środka oraz dokonał analizy jego przydatności dla praktyki funkcjonowania współpracy międzynarodowej w sprawach karnych. W podsumowaniu Autor uznał, że europejski nakaz dochodzeniowy ma duże szanse na dokonanie przełomu w procesie gromadzenia dowodów za granicą.

Wstęp

Po upływie prawie czterech lat od zgłoszenia projektu¹ i po wielu miesiącach prac Parlament Europejski i Rada w końcu przyjęły w dniu 3 kwietnia 2014 r. dyrektywę nr 2014/41/UE w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych². Dyrektywa ma zostać implementowana przez państwa członkowskie do dnia 22 maja 2017 r. Z tym dniem europejski nakaz dochodzeniowy (dalej zwany także END³ albo nakaz) zastąpi, w zakresie uregulowanym w dyrektywie, dotychczas stosowane pomiędzy

¹ Dz. Urz. UE C 165 z dnia 24 czerwca 2010 r. Grupie inicjatywnej 7 państw członkowskich przewodziła Belgia.

² Dz. Urz. UE L 130 z dnia 1 maja 2014 r.

³ Europejski nakaz dochodzeniowy należy odróżnić od europejskiego nakazu dowodowego uregulowanego w decyzji ramowej nr 2008/978/WSiSW z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie europejskiego nakazu dowodowego dotyczącego przedmiotów, dokumentów i danych, które mają zostać wykorzystane w postępowaniach w sprawach karnych (Dz. Urz. UE L 350 z dnia 30 grudnia 2008 r.), której data wdrożenia w życie minęła w dniu 19 stycznia 2011 r. Decyzja ramowa nie ma praktycznego zastosowania. Większość państw członkowskich postanowiła się bowiem wstrzymać z jej implementacją z uwagi na prowadzone prace nad europejskim nakazem dochodzeniowym. Jedynie Dania i Finlandia dokonały implementacji decyzji ramowej. Krytycznie na temat rozpoczęcia prac nad nakazem dochodzeniowym przed wdrożeniem decyzji ramowej i pozyskaniem doświadczeń z tym związanych por. B. Schünemann, *The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction*, (w:) S. Ruggeri (red.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigation in Cross-border Cases*, 2014, s. 30.

państwami członkowskimi wielostronne konwencje dotyczące pomocy prawnej oraz decyzje ramowe regulujące zabezpieczenie i przekazywanie dowodów⁴. Data ta oznaczać będzie także zastąpienie, w odniesieniu do gromadzenia dowodów pomiędzy państwami członkowskimi UE, współpracy opartej na zasadzie wnioskowej, modelem wykorzystującym wzajemne uznawanie orzeczeń. Zasada wzajemnego uznawania, dotychczas dominująca w innych dziedzinach współpracy w sprawach karnych, w szczególności w zakresie przekazywania osób, póki co tylko w niewielkim stopniu dotyczy dowodów. W praktyce zaś prawie w ogóle nie jest wykorzystywana. Zmiana metody współpracy oznaczać będzie także istotny krok w kierunku zakończenia realizacji postulatu sformułowanego jeszcze podczas posiedzenia Rady Europejskiej w 1999 r. w fińskim Tampere o objęciu zasadą wzajemnego uznawania wszystkich kategorii orzeczeń sądowych⁵. Co jednak będzie to oznaczało dla praktyków występujących do innych państw członkowskich o przekazanie dowodów dla potrzeb prowadzonego w Polsce postępowania karnego? Niniejszy artykuł jest próbą dokonania analizy najważniejszych założeń przyjętej dyrektywy z punktu widzenia praktyki. Artykuł ma również na celu ustalenie, czy przyjęty środek ma szansę na odniesienie takiego sukcesu, jaki jest udziałem europejskiego nakazu aresztowania⁶.

Istota END

Rozważania należy rozpocząć od podania definicji END oraz określenia istoty tego środka. Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy, europejski nakaz dochodzeniowy to „orzeczenie sądowe wydane lub zatwierdzone przez organ wymiaru sprawiedliwości jednego państwa członkowskiego (zwanego dalej „państwem wydającym”) w celu wezwania innego państwa członkowskiego (zwanego dalej „państwem wykonującym”) do przeprowadzenia jednej lub kilku określonych czynności dochodzeniowych w celu uzyskania materiału dowodowego zgodnie z niniejszą dyrektywą”. Przytoczona definicja pozornie

⁴ Dyrektywa zastąpi postanowienia: europejskiej konwencji o pomocy prawnej w sprawach karnych z dnia 20 kwietnia 1959 r. oraz dwóch protokołów dodatkowych do konwencji z dnia 17 marca 1978 r. i z dnia 8 listopada 2001 r.; konwencji wykonawczej do układu z Schengen z dnia 19 czerwca 1990 r.; konwencji o wzajemnej pomocy w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi UE z dnia 22 maja 2000 r. oraz protokołu dodatkowego do konwencji z dnia 16 października 2001 r.; decyzji ramowej w sprawie wykonywania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych (w zakresie zabezpieczania dowodów) oraz decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu dowodowego.

⁵ Por. Posiedzenie Rady Europejskiej w Tampere, 15–16 października 1999 r. Wnioski Prezydencji, Monitor Integracji Europejskiej 2000, nr 28, s. 92 i n.

⁶ Por. Decyzję ramową nr 2002/584/WSiSW z dnia 25 września 2001 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury przekazywania pomiędzy państwami członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190 z dnia 18 lipca 2002 r.

nie pozwala na dostrzeżenie istoty nakazu. Wynika z niej jedynie, że END jest wnioskiem o przeprowadzenie czynności dochodzeniowej, zaś jego celem jest pozyskanie dowodów. W przytoczonej definicji należy jednak podkreślić pojęcie „czynność dochodzeniowa”. Jest to kluczowy element definicji nakazu. Użycie tego pojęcia ma na celu podkreślenie istoty END, który skoncentrowany jest na sposobie uzyskania dowodu, a nie na samym dowodzie i jego przekazaniu do państwa wydającego⁷. Przekazanie jest oczywiście celem wydania nakazu, ale w przypadku END istotne jest również, w jaki sposób dowód zostanie uzyskany w państwie wykonującym. Podkreśleniu znaczenia sposobu pozyskania dowodu służy właśnie posłużenie się terminem „czynność dochodzeniowa”, w miejsce takich terminów jak „dowód” lub „przedmioty, dokumenty i dane”. Nowy środek ma bowiem służyć nie tylko uzyskiwaniu dowodów za granicą (co jest istotą wniosku rekwizycyjnego), ale również ułatwiać ich uznanie i wykorzystanie w postępowaniu krajowym. Dyrektywa w żadnym zakresie nie reguluje przy tym zasad i warunków dopuszczalności korzystania z dowodów pozyskanych w drodze END w postępowaniach krajowych. Jest to wyłączna domena prawa krajowego. Niemniej ułatwieniu tej dopuszczalności ma służyć skoncentrowanie się na sposobie uzyskania dowodu na podstawie nakazu. Dzięki temu państwa członkowskie nie tylko łatwiej mają uzyskiwać dowody w innych państwach członkowskich, ale również w większym zakresie dopuszczać je w swoich postępowaniach karnych. Słusznie tym samym S. Ruggeri podnosi, iż dyrektywa zajmuje się sprawą dopuszczalności dowodów w sposób pośredni, tj. poprzez ustanowienie warunków ułatwiających ich uznawalność⁸.

Użycie terminu „czynność dochodzeniowa” oznacza określenie w nakazie sposobu uzyskania dowodu oraz warunków, jakie mają zostać spełnione w tym celu. Efekt zastosowania tego sposobu oraz dopełnienia warunków ma zostać przekazany państwu wydającemu. To ono jednak ma kompetencję do określenia tego sposobu i warunków. Jest to podstawowa cecha nakazu. Państwo wykonujące, co do zasady, jest zobowiązane postąpić w sposób określony w nakazie przez państwo wydające. Nie powinno stosować własnych sposobów, zmieniać warunków, korzystać z innych dróg niż te wskazane w nakazie. Istotą nakazu nie jest bowiem jedynie przekazanie dowodu, niezależnie od sposobu, z jakiego skorzystano w celu jego uzyskania. Sednem nowego środka jest przekazanie dowodu po jego uzyskaniu w sposób wskazany w nakazie, po wykonaniu czynności dochodzeniowej. Jest to zbliżone do zasad obowiązujących z zakresu uzyskiwania dowodów

⁷ Zgodnie z punktem 10 preambuły dyrektywy END powinien się koncentrować na żądanej czynności dochodzeniowej.

⁸ Por. S. Ruggeri, Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues, (w:) S. Ruggeri (red.), Transnational Evidence..., s. 10.

w ramach jednego państwa. Prokurator, występujący do innej jednostki organizacyjnej prokuratury z wnioskiem o pomoc prawną, określa jakie czynności mają zostać przeprowadzone. Może przy tym określić szczegółowe warunki przeprowadzenia czynności, np. przesłuchanie świadka z okazaniem mu wizerunków lub poddanie podejrzanego badaniu psychiatrycznemu z udziałem także biegłego seksuologa. Jednostka wezwania powinna zadośćuczynić wezwaniu nie tylko w zakresie przekazania dowodu, ale także w zakresie sposobu jego uzyskania.

Podkreślenie znaczenia sposobu uzyskania dowodu ma być kryterium odróżniającym nakaz od tradycyjnego wniosku. Nie należy jednak zapominać, że nie oznacza to wprowadzenia aż tak istotnej zmiany we współpracy międzynarodowej⁹. To jedynie dalszy krok w jej rozwoju. Już obecnie przecież w tradycyjnym wniosku o pomoc prawną można wystąpić o zastosowanie prawa państwa żądającego przy wykonywaniu czynności. Konwencja o wzajemnej pomocy w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi UE z dnia 22 maja 2000 r. (dalej zwana konwencją z 2000 r.)¹⁰ przewiduje obowiązek państwa wezwanego do zastosowania się do formalności i procedur wyraźnie wskazanych przez państwo wzywające (zasada *forum regit actum*), chyba że takie formalności oraz procedury pozostają w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa tego państwa. Tym samym, w świetle konwencji z 2000 r., regułą jest obowiązek zastosowania się do żądania państwa wzywającego. W nakazie zasada ta uległa jedynie dalszemu wzmocnieniu.

Położenie nacisku na sposób wykonania czynności dochodzeniowej jest zatem zgodne z kierunkiem ewolucji prawa współpracy międzynarodowej w sprawach karnych. Nakaz to kolejny etap tej zmiany, a nie rewolucja. Ta ostatnia miałaby miejsce dopiero wówczas, gdyby państwo wykonujące było bezwarunkowo związane END w zakresie sposobu pozyskania dowodu (jak ma to miejsce w przypadku wewnątrz krajowej pomocy prawnej). Tak jednak nie jest ani nie powinno być, pomimo że wykorzystanie mechanizmu wzajemnego uznawania zakłada ograniczenie swobody decyzji organu wykonującego. Słusznie bowiem zauważa A. Mangiaracina, że z praktycznego punktu widzenia główna różnica pomiędzy wzajemną pomocą a wzajemnym uznawaniem dotyczy uprawnienia organu wykonującego w procedurze uznawania, które to uprawnienie nie może być tak szerokie w przypadku wzajemnego uznawania, jak w przypadku wzajemnej pomocy¹¹.

⁹ Por. A. Farries, *The European Investigation Order: Stepping Forward with Care*, *New Journal of European Criminal Law* 2010, nr 4, s. 432.

¹⁰ Dz. Urz. WE C 197 z dnia 12 lipca 2000 r. Por. E. Denza, *The 2000 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, *Common Market Law Review* 2003, nr 40, s. 1047 i n.

¹¹ Por. A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence At the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, *Utrecht Law Review* 2014, nr 1, s. 116.

W dyrektywie przewidziano liczne wyjątki od obowiązku wykonania nakazu w sposób, który został w nim określony. Świadczy to o tym, że nakaz ma postać hybrydy, łączącej metodę współpracy opartej na wzajemnym uznawaniu z metodą wykorzystującą wniosek o pomoc prawną¹².

Po pierwsze, wolno odmówić dopełnienia formalności i procedur wskazanych przez organ wydający w nakazie w przypadku ich sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa państwa wykonującego (art. 9 ust. 2). Rozwiązanie to jest zgodne z postanowieniami m.in. konwencji z 2000 r. Podobnie też do tego aktu dyrektywa nie definiuje pojęcia „podstawowe zasady prawa”. Otwiera to szerokie pole do interpretacji, co rodzi pytanie o zgodność z mechanizmem wzajemnego uznawania. Uznać przy tym należy, iż chodzi w tym przypadku o najważniejsze zasady porządku konstytucyjnego, które mają zastosowanie w procesie karnym, w tym zasady wynikające z umów międzynarodowych wiążących państwa członkowskie, takie jak zasada praworządności oraz prawo do obrony. Zastosowane w dyrektywie pojęcie jest bardzo szerokie i przez to może zbyt często stanowić podstawę odmowy dopełnienia żądanych w nakazie formalności i procedur. Uznać jednak należy obecność tej podstawy, pomimo możliwości zbyt szerokiego jej stosowania, za konieczność wobec braku zbliżenia zasad gromadzenia dowodów w państwach członkowskich.

Po drugie, w dyrektywie przewidziano przesłanki zastosowania innej czynności dochodzeniowej niż ta wskazana w nakazie. Wprowadzenie tych rozwiązań było przy tym warunkiem zgody państw członkowskich na przyjęcie dyrektywy. Zgodnie z art. 10 ust. 1 dyrektywy, w miarę możliwości organ wykonujący stosuje inną czynność niż wskazana w END, gdy czynność dochodzeniowa nie istnieje w prawie państwa wykonującego lub czynność ta nie byłaby dopuszczalna w podobnej sprawie karnej. Mając na uwadze powyższe rozwiązania, nie sposób nie odnieść wrażenia, że państwa członkowskie dążyły do wprowadzenia jak najszerszego zakresu wyjątków od zasady związania państwa wykonującego nakaz wyborem czynności dochodzeniowej. W efekcie tych starań zakres wyjątków jest szerszy w porównaniu do konwencji z 2000 r. Zauważyć przy tym należy, że możliwość zastosowania innej czynności godzi każdorazowo w istotę nakazu. Dodatkowo każdy taki przypadek rodzi ryzyko niedopuszczalności skorzystania z dowodu w państwie wydającym. Granice zaś tej możliwości zostały zakreślone zbyt szeroko. Nie powinno być bowiem tak, że samo nieistnienie czynności dochodzeniowej w prawie państwa wykonującego upoważnia organ wykonujący do stosowania innej czynności. To, że prawo państwa wykonującego nie zna danego rodzaju czynności, nie świadczy przecież o tym, że wykona-

¹² S. Ruggeri słusznie podkreśla, w odniesieniu do END, połączenie efektywności metody wzajemnego uznawania z elastycznością modelu opartego na wzajemnej pomocy; por. tegoż, *Introduction to the Proposal...*, s. 9.

nie tej czynności zgodnie z instrukcją państwa wydającego naruszyłoby podstawowe zasady prawa państwa wykonującego. Wykonanie takiej czynności stanowiłoby zapewne problem praktyczny w związku z brakiem podobnych doświadczeń w państwie wykonującym, ale nie byłyby to problemy nie do pokonania. Dopiero sprzeczność, nieznaney prawu państwa wykonującego, czynności z jego najważniejszymi zasadami porządku prawnego powinna upoważniać do odmowy wykonania czynności i zaproponowania w jej miejsce innej czynności. W odniesieniu do przesłanki niedopuszczalności czynności w podobnej sprawie krajowej stwierdzić należy, iż ma ona na celu zapobieżenie odmiennego traktowania czynności w sprawach krajowych od czynności, które są inicjowane na wniosek innego państwa. Dzięki tej przesłance państwa nie muszą wykonywać czynności żądanych w END, które nie są dopuszczalne w sprawach o krajowym charakterze. Niezależnie więc od tego, czy czynność jest wykonywana w sprawie krajowej, czy na podstawie nakazu, muszą zostać spełnione jednakowe warunki¹³. Tak określona przesłanka, z założenia słuszna, została jednak określona w dyrektywie zbyt szeroko. Możliwość zmiany rodzaju czynności istnieje bowiem niezależnie od charakteru czynności dochodzeniowej, której dotyczy nakaz. Ma ona zastosowanie niezależnie od stopnia możliwej ingerencji w prawa podstawowe przy jej wykonywaniu. Za zupełnie wystarczającą dla zagwarantowania praw państw wykonujących należy uznać, przewidzianą w dyrektywie, podstawę odmowy związanej z niedopuszczalnością stosowania czynności w prawie krajowym (o czym szerzej w dalszej części artykułu). Wskazana podstawa dostatecznie chroni przy tym przed niebezpieczeństwem nadużyć związanych z poszukiwaniem za granicą dowodów przez organy wydające. Dodatkowo stwierdzić należy, iż omawiana przesłanka zmiany czynności została zdefiniowana w sposób nieprecyzyjny. Niejasne jest w szczególności kryterium podobieństwa spraw. Czy chodzi wyłącznie o podobieństwo kwalifikacji prawnych, czy też powinno uwzględniać się także inne okoliczności, jak realne (a nie tylko ustawowe) zagrożenie karą? Końcowo uznać należy, iż w dyrektywie przewidziano w zbyt szerokim zakresie wyjątki od zasady związania wyborem czynności dokonany przez organ wydający. Przyjęte rozwiązania, zwłaszcza w przypadku ich szerokiego stosowania w praktyce, mogą znacznie ograniczyć realizację celu związanego z zapewnieniem większej dopuszczalności dowodów uzyskanych za granicą.

Wskazanych przesłanek wykonania innej czynności dochodzeniowej nie wolno stosować do określonego w dyrektywie katalogu czynności, które mu-

¹³ Zgodnie z punktem 10 preambuły dyrektywy, dopuszczalność powinna oznaczać, że wskazana czynność dochodzeniowa istnieje w prawie państwa wykonującego, ale jest prawnie dopuszczalna tylko w pewnych sytuacjach, np. gdy czynność tę można wykonać wyłącznie w związku z przestępstwami o określonym ciężarze wobec osób, co do których istnieje już pewien stopień podejrzenia, lub za zgodą danej osoby.

szą być zawsze dostępne na mocy prawa państwa wykonującego (art. 10 ust. 2), tj. do pozyskiwania informacji i materiałów znajdujących się już w posiadaniu organu wykonującego, pozyskiwania informacji z baz danych prowadzonych przez organy policyjne lub organy wymiaru sprawiedliwości, przesłuchania świadka, biegłego, ofiary, podejrzanego lub oskarżonego lub osoby trzeciej, wszelkich czynności nieobejmujących środków przymusu oraz do identyfikacji osób posiadających abonament na określony numer telefonu lub adres IP. W odniesieniu do wymienionych czynności dyrektywa przewiduje bezwzględny obowiązek wykonania czynności wskazanej w nakazie. Jest to jednak katalog niezbyt szeroki. Obejmuje on jedynie podstawowe czynności dochodzeniowe, zapewne i tak dostępne we wszystkich państwach członkowskich. Należy jednak pozytywnie ocenić samo stworzenie katalogu dla praktyki stosowania nakazu. W przypadku bowiem czynności z katalogu organ wydający będzie miał pewność przeprowadzenia czynności wskazanej w nakazie.

Kolejny wyjątek od obowiązku wykonania czynności określonej w END związany jest z możliwością zastosowania innej czynności, gdy będzie ona miała taki sam rezultat, jak czynność wskazana w nakazie, ale będzie miała mniej inwazyjny charakter (art. 10 ust. 3). Przez inwazyjny charakter należy przy tym rozumieć stopień ingerencji w prawa obywatelskie. Wskazana przesłanka, aczkolwiek godząca w istotę nakazu, zasługuje na pozytywną ocenę. Na taką ocenę zasługuje bowiem każde rozwiązanie, które zapewni taką samą skuteczność przy rezygnacji z stosowania przymusu lub zmniejszeniu jego stopnia. Obowiązkiem organu wykonującego jest tym samym przeprowadzenie swoistego rodzaju testu proporcjonalności czynności wskazanej w nakazie i w zależności od wyniku tego testu wybranie czynności mniej inwazyjnej¹⁴. W praktyce mogą jednak pojawić się trudności. Organ wykonujący nie zawsze przecież może wiedzieć, jakie znacznie dla postępowania w państwie wydającym może mieć wykonanie czynności wskazanej w nakazie. Dlatego w tym przypadku za bardzo ważne należy uznać wprowadzenie obowiązku informowania organu wydającego o zamiarze skorzystania z możliwości zmiany rodzaju czynności dochodzeniowej, zgodnie z art. 10 ust. 4 dyrektywy.

Zakres zastosowania

Z praktycznego punktu widzenia pierwszorzędne znaczenie ma zawsze określenie zakresu zastosowania instrumentu współpracy. Artykuł 4 dyrek-

¹⁴ Por. C. Heard, D. Mansell, The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases, *New Journal of European Criminal Law* 2011, nr 2, s. 359.

tyw w sprawie END powieła w odniesieniu do tego zagadnienia postanowienia wcześniejszych aktów dotyczących wzajemnego uznawania. Powyższe oznacza dopuszczalność stosowania nakazu w postępowaniu karnym w pełnym zakresie, niezależnie od jego etapu, także, gdy postępowanie zostało wszczęte przez organ policyjny. Europejski nakaz dopuszczalny jest także w postępowaniu karno-skarbowym, niezależnie od organu, który je zainicjował. Zwrócić należy również uwagę na to, że w dyrektywie nie przewidziano żadnych ograniczeń w odniesieniu do wagi przestępstwa, którego dotyczy postępowanie. Nakaz można tym samym wydać także w odniesieniu do przestępstw zagrożonych niską karą. Znajduje on również zastosowanie w postępowaniu odnoszącym się do odpowiedzialności osób prawnych za przestępstwa lub naruszenia prawa.

Tak szerokie zastosowanie nakazu nie oznacza jednak, że może go wydać każdy organ prowadzący postępowanie karne lub karno-skarbowe. W myśl art. 2 lit. c dyrektywy, organem wydającym może być sędzia, sąd, sędzia śledczy lub prokurator właściwy w danej sprawie. Na podkreślenie zasługuje przyznanie uprawnienia do wydania nakazu organowi „właściwemu w danej sprawie”. Przyjąć należy, iż chodzi o organ, przed którym toczy się postępowanie lub który je prowadzi albo nadzoruje. W każdym z tych przypadków jest to organ właściwy w danej sprawie. W odniesieniu do polskiej prokuratury, zgodnie z obowiązującą zasadą jednolitości, to ustawodawca krajowy określi prokuratorów określonego szczebla upoważnionych do wydawania nakazów. Nie musi to być prokurator, który prowadząc własne śledztwa lub nadzorując śledztwa i dochodzenia powierzone innym organom, uzna za potrzebne wydanie nakazu. Przecież prokurator z jednostki wyższego szczebla także, z racji możliwości sprawowania nadzoru, będzie organem „właściwym w danej sprawie”. W związku z tym rodzi się pytanie, komu ustawodawca w Polsce powinien przyznać uprawnienie do wydawania END? Zachowanie dotychczas obowiązujących w prokuraturze zasad w dziedzinie obrotu międzynarodowego oznaczać będzie, w przypadku prokuratur rejonowych, konieczność zwracania się o wydanie nakazu do prokuratur okręgowych. Kontynuowanie dotychczasowej praktyki w odniesieniu do nakazu należałoby jednak ocenić krytycznie. Uznać bowiem należy, iż użycie określenia „właściwy w danej sprawie” ma na celu podkreślenie bezpośredniego związku organu wydającego ze sprawą. Postulować tym samym należy odejście od dotychczasowej praktyki i powierzenie uprawnienia do wydawania nakazów prokuratorom wszystkich szczebli prokuratury. Byłaby to istotna zmiana z punktu widzenia prokuratorów prokuratur rejonowych, służąca przy tym szybkości postępowania. Nie należy się jej jednak obawiać. W praktyce i tak to na prokuratorach podstawowych jednostek spoczywa główny ciężar przygotowywania wniosków o pomoc prawną. Pod warunkiem zapewnienia dostatecznego przeszkolenia prokuratorów możliwe

będzie zagwarantowanie wysokiego poziomu wydawanych przez nich nakazów. Dzięki temu zachowana zaś będzie w najwyższym, możliwym stopniu bezpośredniość związku autora nakazu ze sprawą, której on dotyczy.

W dyrektywie dopuszczono możliwość przyznania prawa do wydawania nakazów także Policji lub innym organom śledczym. Organ ten musi pełnić funkcję organu dochodzeniowego w postępowaniu karnym w danej sprawie oraz być w niej właściwy, by nakazać gromadzenie materiału dowodowego. Jest to jedno z bardziej kontrowersyjnych rozwiązań przyjętych w omawianym akcie. Dlatego też zastrzeżono, że nakaz wydany przez jeden z tych organów obowiązkowo podlega zatwierdzeniu przez organ wymiaru sprawiedliwości. Warunek zatwierdzenia ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu END, w tym naruszaniu warunków jego wydania w postaci konieczności i proporcjonalności. Wprowadzenie tego warunku było niezbędne dla uzyskania zgody państw członkowskich na rozszerzenie pojęcia „organ wydający” na organy pozasądowe. W realiach procesu karnego w Polsce nie wydaje się jednak, aby skorzystanie możliwości upoważnienia Policji (innych organów śledczych) do wydawania END było uzasadnione. Stopień znajomości zasad współpracy międzynarodowej wśród funkcjonariuszy tych organów nie pozwala na przyjęcie, że poradzą sobie oni z prawidłowym stosowaniem omawianego instrumentu, nawet przy istnieniu wymogu zatwierdzenia przez prokuratora. Z punktu widzenia tego ostatniego, szybsze i prostsze będzie osobiste sporządzenie nakazu, niż poprawienie projektu przygotowanego przez funkcjonariuszy. Nie można jednak wykluczyć rozszerzenia pojęcia „organ wydający” w przyszłości. Należy ponadto podnieść, iż wprowadzenie obowiązku każdorazowego zatwierdzania nakazu, w przypadku jego wydania przez organ niesądowy, nie jest rozwiązaniem trafnym i stanowi przejaw nadmiernego formalizmu wynikającego z obawy niektórych państw przed nadmiernym wykorzystywaniem analizowanego instrumentu. Wymóg zatwierdzenia powinien zostać ograniczony do tych czynności dochodzeniowych, które w najgłębszy sposób ingerują w prawa obywatelskie. Nie ma bowiem istotnych powodów, aby odnosił się on do nakazów dotyczących np. przesłuchania świadków.

Najwięcej kontrowersji budził zakres przedmiotowy zastosowania END. Zgodnie z art. 3 dyrektywy, nakazowi podlega każda czynność dochodzeniowa, poza utworzeniem wspólnego zespołu dochodzeniowo-śledczego oraz gromadzeniem materiału dowodowego w jego ramach (chyba że zespół potrzebuje pomocy ze strony państwa członkowskiego innego niż państwa, które go ustanowiły)¹⁵ oraz poza obserwacją transgraniczną¹⁶. Jest to pod-

¹⁵ Wspólne zespoły dochodzeniowo-śledcze są uregulowane w art. 13 konwencji z 2000 r. oraz decyzji ramowej nr 2002/465/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie wspólnych zespołów dochodzeniowo-śledczych, Dz. Urz. UE L 162 z dnia 20 czerwca 2002 r.

stawowa zaleta nakazu w porównaniu do jego poprzednika – europejskiego nakazu dowodowego. Ten ostatni dotyczy jedynie dowodów, które znajdują się w posiadaniu organu wykonującego. Przy pomocy nakazu dowodowego można tym samym wnosić o przekazanie protokołu oględzin, które zostały przeprowadzone w innym państwie, a nie o dokonanie samych oględzin. Dla praktyki nakaz dowodowy ma więc niewielkie znaczenie z uwagi na bardzo wąski zakres zastosowania. Europejski nakaz ma zastosowanie bardzo szerokie i obejmuje prawie wszystkie czynności, w tym także te dowody, którymi organy wykonujące już dysponują. W toku prac nad projektem dyrektywy słusznie poszerzono zakres przedmiotowy END o przekazy telekomunikacyjne¹⁷. Kontrowersje budzi jednak brak definicji pojęcia „czynność dochodzeniowa”, co ma powodować nieokreślony zakres zastosowania nakazu¹⁸ oraz naruszać zasady pewności i jednolitości prawa¹⁹. Nie należy jednak podzielić tych zastrzeżeń. Rzeczywiście zakres zastosowania nakazu zależy od prawa państw członkowskich, które samodzielnie definiują czynności dochodzeniowe dopuszczalne w toku postępowań karnych lub karnoskarbowych. Nie można jednak twierdzić, iż oznacza to nieokreślony zakres zastosowania nakazu. Sama definicja pojęcia niczego by w tym zakresie nie wniosła. Mogłaby mieć ona, ze względu na różnice zachodzące pomiędzy systemami procesu karnego państw członkowskich, jedynie charakter bardzo ogólny. Dodatkowo warto zauważyć, że także konwencja Rady Europy o pomocy prawnej w sprawach karnych z dnia 20 kwietnia 1959 r.²⁰ (dalej zwana konwencją z 1959 r.) nie zawiera katalogu czynności dochodzeniowych, które mogą być przedmiotem wniosku państwa wzywającego do państwa wezwanego. Nadto należy pamiętać, że zakresem przedmiotowym dyrektywy nie jest objęte wysyłanie oraz doręczanie pism procesowych²¹.

W stosowaniu dyrektywy nie uczestniczą dwa państwa członkowskie – Dania i Irlandia. Oba te państwa nie są związane jej postanowieniami, a zasady współpracy z nimi w zakresie dowodów nie ulegną zmianie z dniem implementacji dyrektywy. Wielka Brytania zdecydowała się na przyjęcie nakazu.

¹⁶ Obserwacja transgraniczna jest uregulowana w art. 40 konwencji wykonawczej do układu z Schengen z dnia 19 czerwca 1990 r., Dz. Urz. WE L 239 z dnia 22 września 2000 r.

¹⁷ Por. Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters – Follow-up document of the meetings of the Working Party on 7–8 February 2011, 8 March 2011 and 1 April 2011, Bruksela, 19 kwietnia 2011 r., dokument nr 8474/11, s. 19.

¹⁸ Por. S. Peers, Statewatch Analysis. The Proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty, May 2010, s. 2, 4–5; opracowanie dostępne na stronie <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>.

¹⁹ Por. A. Mangiaracina, A New and Controversial..., s. 120.

²⁰ Dz. U. z 1999 r., Nr 76, poz. 864.

²¹ Por. art. 7–12 konwencji z 1959 r. oraz art. 5 konwencji z 2000 r.

Warunki wydania

Nakaz jest wydawany w celu przeprowadzenia czynności dochodzeniowej w innym państwie członkowskim. Podstawowym tym samym warunkiem jego wydania jest konieczność pozyskania dowodów w jednym z tych państw członkowskich, które są związane omawianą dyrektywę. W nakazie można wskazać dowolną liczbę czynności dochodzeniowych.

Sama potrzeba poszukiwania dowodów za granicą nie jest jednak wystarczająca do wydania nakazu. W dyrektywie sformułowano kolejne warunki jego wydania, których wprowadzenie jest odzwierciedleniem doświadczeń zebranych w procesie stosowania europejskiego nakazu aresztowania. Instrument przekazywania osób był często nadużywany poprzez wydawanie go w sprawach o drobne przestępstwa, popełnione przed wielu laty. Aby zapobiec podobnemu zjawisku w odniesieniu do instrumentu dotyczącego dowodów, postanowiono, że nakaz może zostać wydany jedynie wówczas, gdy jest to konieczne i proporcjonalne do celów postępowania, przy uwzględnieniu praw przysługujących podejrzanemu (art. 6 ust. 1 lit. a)²². Warunki konieczności i proporcjonalności należy tym samym uznać nie tylko za logiczne konsekwencje ewolucji współpracy w ramach Unii²³, ale także za przesłanki niezbędne dla prawidłowego zafunkcjonowania nakazu. Brak tych warunków doprowadziłby bowiem do swoistej produkcji nakazów, w szczególności w tych krajach, w których bardzo restrykcyjnie przestrzega się zasady legalizmu. Polska jest tego wręcz doskonałym przykładem. Charakterystyczne dla naszego kraju badanie każdego wątku sprawy, analizowanie jej pod kątem każdego możliwego przestępstwa, badanie każdego czynu niezależnie od jego wagi oraz kosztów, które muszą zostać w tym celu poniesione może spowodować masowe wręcz wydawanie END przez polskich prokuratorów. Wprowadzenie w życie nowego instrumentu spowoduje zapewne zbadanie w prokuraturach akt wszystkich zawieszonych spraw pod kątem możliwości skorzystania z END. Taka praktyka, oczywista w polskich realiach, byłaby trudna do zrozumienia i zaakceptowania w większości pozostałych państw członkowskich, podobnie jak miało to miejsce w odniesieniu do europejskiego nakazu aresztowania. Prowadziłoby to prostą drogą do podważenia zaufania do nakazów wydanych przez polskie organy. Dlatego wprowadzenie warunków konieczności i proporcjonalności było niezbędne (nie tylko zresztą z uwagi na Polskę). Należy jednak pamiętać, że zgodnie

²² Szerzej por. L. Bachmaier Winter, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, (w:), S. Rugerri (red.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings 2013*, s. 86 i n.

²³ Na marginesie warto dodać, że pomimo doświadczeń związanych z nakazem aresztowania warunki te nie były przewidziane w projekcie jako przesłanki wydania nakazu. Wprowadzono je dopiero w czasie prac nad dyrektywą.

z istotą zasady wzajemnego uznawania ocena spełnienia tych warunków należy wyłącznie do organu wydającego. Organ wykonujący nie może odmówić wykonania nakazu, powołując się na niespełnienie jednego z tych warunków²⁴. Nie mogło być inaczej. W przeciwnym bowiem wypadku wzajemne uznawanie byłoby fikcją. Jak jednak zapewnić prawidłowe przestrzeganie tych warunków, tak, aby nie powtórzyły się doświadczenia związane z nakazem aresztowania? W polskich warunkach będzie to bardzo trudne. Wymagałoby to głębszych zmian w zasadach oraz praktyce prowadzenia postępowań karnych w naszym kraju, w tym związanych z bezrefleksyjnym wydawaniem przez prokuratorów przełożonych poleceń dotyczących występowania o pomoc prawną za granicę, niezależnie od wagi i charakteru sprawy oraz kosztów. Konieczne jest przede wszystkim stosowne przeszkolenie wszystkich, którzy zostaną upoważnieni do wydawania nakazów, w zakresie warunków konieczności i proporcjonalności. Niewiele w tym zakresie pomoże obowiązek uzasadnienia wydania nakazu przewidziany w części G jego formularza. Nie należy bowiem sądzić, aby wydający nakazy poświęcili wiele miejsca uzasadnieniu akurat konieczności i proporcjonalności ich wydania. Za duże tym samym należy ocenić ryzyko wydania znacznej liczby nakazów przez polskie organy w krótkim czasie po wprowadzeniu tego instrumentu do praktyki. Wiele z nich zapewne będzie wydanych w sprawach zawieszonych, często dotyczących drobnych przestępstw. Już dziś należy więc zaplanować i wdrożyć działania mające na celu ograniczenie tej praktyki, tak aby nie powtórzyć błędów popełnionych przy nakazie aresztowania.

W innym celu został wprowadzony warunek wydania nakazu w postaci dopuszczalności przeprowadzenia żądanej w nakazie czynności dochodzeniowej w podobnej sprawie krajowej (art. 6 ust. 1 lit. b). Warunek ten ma zapobiegać nadużywaniu nakazu przez organy wydające poprzez poszukiwanie dowodów za granicą w sytuacji, gdy ich uzyskanie w kraju jest niedopuszczalne (tzw. *forum shopping*)²⁵. Stanowiłoby to obejście zakazów obowiązujących w państwie prowadzenia postępowania i pogwałcenie uprawnień oskarżonego. Warunek ten należy w związku z tym uznać za niezbędny dla zapewnienia zgodności nakazu z podstawowymi wymogi rzetelności procesu karnego.

²⁴ Słusznie jednak podnosi się w doktrynie, że zasada proporcjonalności może być elementem badania dopuszczalności, żądanej w nakazie, czynności w podobnej sprawie krajowej. W razie stwierdzenia braku tej dopuszczalności z powodu naruszenia zasady proporcjonalności, przy jednoczesnym braku innej czynności, która miałaby ten sam skutek, państwo wykonujące *de facto* odmówi wykonania nakazu, pomimo braku podstawy odmowy związanej z brakiem proporcjonalności; por. A. Mangiaracina, *A New and Controversial...*, s. 127.

²⁵ Por. D. Sayers, *The European Investigation Order Travelling without a 'roadmap'*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, June 2011, s. 11; opracowanie dostępne na stronie www.ceps.be/ceps/download/5831.

Zasady korzystania z END

W dyrektywie wykorzystano, znane z innych instrumentów dotyczących wzajemnego uznawania, zasady wydawania i wykonywania nakazów. W szczególności posłużono się formularzem nakazu, co jest już znakiem rozpoznawczym zasady wzajemnego uznawania, odróżniającym ją od tradycyjnego modelu współpracy. Analiza formularza prowadzi do wniosku, że jest on dosyć podobny do formularzy stosowanych w innych instrumentach i nie powinien rodzić większych problemów w praktyce. W formularzu przeznaczono miejsce dla zaznaczenia pilnego charakteru nakazu, przy czym należy także podać powód pilności. Jednym z nich może być bliski termin rozprawy. Nie ma przeszkód, aby takim powodem była bliskość upływu innych terminów procesowych, w tym w toku postępowania przygotowawczego, np. stosowania tymczasowego aresztowania lub blokady rachunku bankowego. Pilny charakter nakazu upoważnia organ wydający do określenia krótszego terminu wykonania nakazu w porównaniu do terminów określonych w dyrektywie. Kluczowe znaczenie należy przyznać części C formularza poświęconej opisowi żądanej czynności dochodzeniowej. W formularzu wymaga się podania opisu czynności oraz zaznaczenia odpowiedniego pola, gdy chodzi o jedną z wymienionych wprost w formularzu czynności. Katalog czynności wymienionych wprost jest całkiem obszerny i zawiera takie czynności, jak np. przesłuchanie. W związku z tym rodzi się wątpliwość co do celowości wprowadzenia w formularzu, na skutek użycia spójnika „oraz”, obowiązku zarówno opisu czynności, jak i zaznaczenia odpowiedniego pola. Jeśli zaznaczy się np. pole „przesłuchanie świadka”, nie ma sensu cokolwiek jeszcze opisywać. Już poprzez samo zaznaczenie pola następuje wystarczające określenie żądanej czynności. Opis czynności powinien tym samym dotyczyć tylko tych środków, których nie wymieniono wprost w katalogu do odznaczenia. Zapewne wiele wątpliwości będzie budzić część G formularza „powody wydania END”, gdzie należy streścić fakty (uzasadnić wydanie nakazu, podać fakty i opis przestępstwa, określić etap dochodzenia, podać przesłanki wszelkich czynników ryzyka) oraz określić charakter i kwalifikację prawną przestępstwa z podaniem odnośnego przepisu ustawy. Wątpliwości będą związane z zakresem informacji zamieszczanych w nakazach, szczegółowością tej informacji, jej konkretnością, a także z niejasnością takich terminów użytych w formularzu, jak „czynniki ryzyka”.

Nakaz należy przetłumaczyć na język urzędowy państwa wykonującego²⁶. Istotną nowością jest wprowadzenie obowiązku określenia przez każde

²⁶ Warto przypomnieć, iż konwencja z 1959 r. w ogóle nie przewiduje obowiązku tłumaczenia wniosku i dołączonych do niego dokumentów. Strony konwencji mogą jednak zastrzec taki obowiązek w drodze oświadczenia, co upoważnia inne strony do stosowania zasady wzajemności (art. 16).

państwo członkowskie, którego języka (języków) z urzędowych języków instytucji Unii, oprócz jego własnego, można użyć do wypełnienia lub tłumaczenia nakazu (art. 5 ust. 2)²⁷. To rozwiązanie należy uznać wręcz za przełom, który istotnie ułatwi procedowanie, zwłaszcza w sprawach pilnych, takich jak np. konieczność zastosowania blokady rachunku bankowego. Zwrócić bowiem należy uwagę na obligatoryjność określenia dodatkowego języka, w którym przyjmowane będą nakazy. Każde państwo będzie tym samym zobowiązane do akceptowania nakazów sporządzonych w przynajmniej jednym dodatkowym języku urzędowym, co w przypadku Polski będzie nowością. Dodatkowo podkreślić należy, iż wprowadzenie omawianego obowiązku może w przyszłości doprowadzić do ustalenia jednego, wspólnego dla całej Unii języka roboczego współpracy w sprawach karnych, który to status powinien otrzymać język angielski. Omawiane rozwiązanie wskazuje także na wagę szkoleń językowych funkcjonariuszy wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich. Bez tych szkoleń prawidłowa współpraca w zakresie gromadzenia dowodów nie będzie możliwa.

Zasady przekazywania nakazów są identyczne, jak w przypadku innych instrumentów wzajemnego uznawania. Obowiązuje także zasada bezpośredniego kontaktu organu wydającego i organu wykonującego, z możliwością jednak wyznaczenia organu centralnego w celu przekazywania i odbioru nakazów, jak również przekazywania dalszej korespondencji (art. 7). Doświadczenia związane z nakazem aresztowania wskazują, że nieliczne tylko państwa korzystają z tej możliwości (np. Hiszpania). Podobnie zapewne będzie w przypadku END, co w pełni koresponduje z zasadą wzajemnego uznawania.

Ważnym rozwiązaniem dla praktyki jest możliwość zamieszczenia w nakazie żądania, aby przy wykonywaniu END „co najmniej jeden organ państwa wydającego udzielił pomocy właściwym organom państwa wykonującego w zakresie, w jakim wyznaczone organy państwa wydającego byłyby w stanie pomóc w przeprowadzaniu danych czynności dochodzeniowych wskazanych w END w podobnej w sprawie krajowej” (art. 9 ust. 4). Przytoczony przepis to jedno z najmniej jasnych postanowień dyrektywy. Stanowi on doskonały przykład tego, jak nie należy tworzyć prawa. W przepisie tym chodzi o zagwarantowanie organowi wydającemu prawa do obecności przy wykonywaniu czynności dochodzeniowej. Zakres tego uprawnienia, znanego zresztą instrumentom tradycyjnej współpracy²⁸, budził wiele wątpliwości i kontrowersji w czasie prac nad dyrektywą. Szczególnego podkreślenia wymaga, że państwo wykonujące jest związane żądaniem państwa wydającego w zakresie dopuszczenia do udziału w czynności. Wolno mu odmówić

²⁷ Obecnie w UE są 24 języki urzędowe.

²⁸ Por. art. 4 konwencji z 1959 r.

jedynie wówczas, gdy byłoby to sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego tego państwa lub naruszyłoby jego żywotne interesy w zakresie bezpieczeństwa narodowego. Podnieść należy, że dyrektywa nie zapewnia przedstawicielowi państwa wydającego prawa do samodzielnego wykonania czynności w państwie wykonującym. W dyrektywie mowa jest jedynie o pomocy i to do państwa wykonującego należeć będzie decyzja co do jej zakresu. Może ono zgodzić się na wykonywanie uprawnień śledczych przez przedstawiciela państwa wydającego. Z dyrektywy jednak nie wynika, aby miało taki obowiązek. Przejęte rozwiązanie należy ocenić jako rozsądny kompromis pomiędzy obowiązkiem „przyjęcia pomocy” organu wydającego a prawami państwa wykonującego. To ostatnie całkowicie samodzielnie określa granice tej pomocy. Dodatkowo podkreślić należy, iż państwo wykonujące może zgodzić się na bezpośrednie przekazanie uzyskanego materiału dowodowego organowi państwa wydającego, udzielającego pomocy przy wykonaniu (art. 13 ust. 1 zd. 2). Powinno to zachęcić do częstego korzystania z możliwości udzielenia tej pomocy. Wszystko jednak zależeć będzie od tego, jak wiele państw zgodzi się na bezpośrednie przekazywanie materiału dowodowego. Na zakończenie tego fragmentu rozważań należy krytycznie ocenić brak regulacji dotyczącej obecności stron i ich przedstawicieli, w szczególności obrońcy przy wykonywaniu czynności²⁹.

Uznanie i wykonanie nakazu

Zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania, obowiązkiem państwa wykonującego jest uznać i wykonać nakaz, bez żądania dopełnienia jakichkolwiek dodatkowych formalności, chyba że organ wykonujący powoła się na jedną z podstaw odmowy lub jedną z podstaw odroczenia. Charakterystyczne jest podkreślenie obowiązku wykonania nakazu „w taki sam sposób i w takim samym trybie, jak w przypadku, gdyby dana czynność dochodzeniowa została zarządzona przez organ państwa wykonującego” (art. 9 ust. 1).

Katalog podstaw odmowy uznania nakazu, określony w art. 11 dyrektywy, jest znacznie bogatszy w porównaniu do katalogu przewidzianego w projekcie dyrektywy³⁰. Uzupełnienie tego katalogu w trakcie procesu legislacyjnego jest już swojego rodzaju tradycją w odniesieniu do instrumentów wzajemne-

²⁹ W konwencji z 1959 r. jest mowa o udziale, za zgodą strony wezwanej, nie tylko przedstawicieli zainteresowanych organów, ale także zainteresowanych osób.

³⁰ W projekcie przewidziano 4 podstawy odmowy. Zrezygnowano w nim z następujących podstaw odmowy uznania przewidzianych w decyzji ramowej w sprawie nakazu dowodowego: zasady *ne bis in idem*, podwójnej karalności w odniesieniu do dokonania przeszukania lub zajęcia, braku możliwości wykonania nakazu, niezatwierdzenia nakazu przez organ sądowy, przeszkody terytorialności, niekompletności lub oczywistej nieprawidłowości wypełnionego formularza nakazu.

go uznawania. Niestety, w przypadku omawianej dyrektywy doprowadziło to do zwiększenia stopnia sformalizowania zasad współpracy w porównaniu do tradycyjnej pomocy prawnej.

Jedną z podstaw odmowy uznania nakazu jest przypadek, gdy na mocy prawa państwa wykonującego stosowanie czynności dochodzeniowej wskazanej w END jest ograniczone do określonego wykazu lub określonej kategorii przestępstw lub do przestępstw zagrożonych karą o określonym maksymalnym wymiarze, ale nieobejmujących przestępstwa podanego w nakazie. Wprowadzenie tak określonej podstawy odmowy należy uznać za uzasadnione. Jeśli bowiem prawo krajowe ogranicza możliwość stosowania jednej z tych czynności, np. podsłuchu, do określonej kategorii przestępstw lub do przestępstw o odpowiednio surowym zagrożeniu karą, to powinna istnieć możliwość odmówienia wykonania nakazu, jeśli dotyczy on przestępstwa spoza katalogu przewidzianego w prawie krajowym. Nie powinno być bowiem tak, że państwa są zobowiązane do zastosowania np. podsłuchu jedynie dlatego, że żąda tego inne państwo członkowskie, podczas gdy w sprawie krajowej byłoby to niedopuszczalne. Podstawa ta dotyczy przecież czynności dochodzeniowych bardzo głęboko ingerujących w prawa obywatelskie. Nie powinno się tym samym nadużywać tych czynności. Wyjątek od obowiązku uznania nakazu jest tym samym uzasadniony w przypadku omawianej podstawy odmowy stopniem inwazyjności czynności dochodzeniowych.

Kolejną podstawą odmowy jest brak podwójnej karalności czynu, chyba że nakaz dotyczy jednego z przestępstw wymienionych w załączniku D do dyrektywy, a przestępstwo to jest zagrożone w państwie wydającym karą pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej trzech lat. Załącznik D zawiera, znany z wcześniejszych instrumentów wzajemnego uznawania, katalog ogólnie określonych przestępstw. Aktualne w odniesieniu do nakazu pozostaną tym samym wszystkie problemy związane ze zbyt ogólnym określeniem kategorii przestępstw zaliczanych do tzw. korpusu przestępstw europejskich.

Istotne jest podkreślenie, że obie, wymienione wyżej, podstawy odmowy nie mają zastosowania w odniesieniu do tych czynności dochodzeniowych, w stosunku do których organowi wykonującemu nie wolno zastosować innego rodzaju czynności dochodzeniowej. Jak wskazano wyżej, katalog tych czynności obejmuje przede wszystkim przesłuchania, identyfikację osób na podstawie numeru telefonu lub adresu IP oraz inne czynności niezwiązane z użyciem środków przymusu. W katalogu tym nie umieszczono tak podstawowych czynności dochodzeniowych, jak przeszukanie i zajęcie, pomimo że w toku prac nad dyrektywą takie rozwiązanie było przewidziane³¹. Powyższe

³¹ Por. Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the Euro-

zaś oznacza ograniczenie zastosowania zasady podwójnej karalności do czynności dochodzeniowych związanych ze środkami przymusu (tzw. *coercive measures*), przy czym dotyczy to wszystkich tych czynności, także przeszukania i zajęcia. Istotną zmianą w tym zakresie jest oczywiście wyłączenie możliwości powołania się na podwójną karalność w odniesieniu do grupy przestępstw wskazanych w załączniku do dyrektywy. Wskazane wyłączenie to kolejny znak rozpoznawczy zasady wzajemnego uznawania. Krytycznie jednak należy ocenić to, że nie udało się utrzymać wyłączenia możliwości powołania się na brak podwójnej karalności w odniesieniu do tak powszechnie i często stosowanych czynności dochodzeniowych, jak przeszukiwanie i zajęcie³². Warto w tym miejscu przypomnieć, iż w tradycyjnym modelu współpracy przeszkoda braku podwójnej karalności ma charakter opcjonalny i wymaga zgłoszenia odpowiedniego zastrzeżenia przez państwo³³.

Do pozostałych podstaw odmowy należą: istnienie w prawie państwa wykonującego immunitetu lub przywileju uniemożliwiającego wykonanie, naruszenie, w przypadku wykonania, żywotnych interesów państwa wykonującego w zakresie bezpieczeństwa narodowego, niedopuszczalność czynności w podobnej sprawie krajowej w przypadku wydania nakazu w innym postępowaniu niż karne, sprzeczność z zasadą *ne bis in idem*, zasada terytorialności oraz sprzeczność wykonania nakazu z obowiązkami spoczywającymi na państwie wykonania, a wynikającymi z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej i z Karty Praw Podstawowych. *De facto* za podstawę odmowy należy uznać także przypadek, gdy czynność wskazana w END nie istnieje w prawie państwa wykonującego lub byłaby niedopuszczalna w podobnej sprawie krajowej, a brak jest innej czynności, która miałaby ten sam skutek. Z powyższego wynika, że dyrektywa zawiera całkiem bogaty zestaw podstaw odmowy, wzorowany zresztą na decyzji ramowej w sprawie nakazu dowodowego. Wszystkie te podstawy mają przy tym charakter fakultatywny³⁴. Negatywnie należy ocenić dodanie w czasie prac, nieznanej konwencji z 1959 r., podstawy związanej z zasadą terytorialności, która to zasada wywodzi się z prawa ekstradycyjnego. Pozytywną zmianą było uzupełnienie katalogu o zasadę *ne bis in idem*.

Dla praktyka istotne znaczenie mają terminy. W art. 12 i 13 dyrektywy przewidziano kilka terminów. Trzydzieści dni od otrzymania nakazu powinno wystarczyć na podjęcie decyzji w przedmiocie uznania. Następnie organ wykonujący powinien wykonać zleconą mu czynność dochodzeniową w termi-

pean Investigation Order in criminal matters – Partial general approach, Bruksela, 17 czerwca 2011 r., dokument numer 11735/11, s. 1.

³² Odmienne por. m.in. A. Mangiaracina, *A New and Controversial...*, s. 130.

³³ Por. art. 5 konwencji z 1959 r.

³⁴ Krytycznie w tym zakresie, w szczególności w odniesieniu do zasady *ne bis in idem*, wypowiada się m.in. A. Mangiaracina, *A New and Controversial...*, s. 128–129.

nie kolejnych 90 dni od dnia podjęcia decyzji o uznaniu nakazu, chyba że skorzysta z jednej z podstaw odroczenia lub jeśli państwo wykonujące dysponuje już materiałem dowodowym, którego dotyczy nakaz. W tym ostatnim przypadku państwo wykonujące powinno przekazać materiał „bez zbędnej zwłoki”. Termin 30-dniowy może zostać wydłużony o kolejne 30 dni. Termin 90-dniowy może zostać wydłużony o dowolny czas, jeśli w określonym przypadku organ wykonujący nie ma praktycznej możliwości dotrzymania terminu. Dodatkowo możliwe jest zastrzeżenie w nakazie krótszego terminu wykonania lub wskazanie konkretnego dnia, w którym czynność powinna zostać wykonana. Po wykonaniu czynności, materiał dowodowy jest przekazywany państwu wydającemu „bez zbędnej zwłoki”. Z powyższego wynika, że dyrektywa nie przewiduje maksymalnego terminu, po upływie którego nakaz musi być wykonany, a uzyskany materiał przekazany. Określenie takiego terminu nie byłoby zresztą skutecznym narzędziem biorąc pod uwagę różnorodność przyczyn, które mogą spowodować opóźnienie w realizacji nakazu. Pozytywnie należy ocenić określenie maksymalnego terminu na podjęcie decyzji w przedmiocie uznania. W przypadku tej procedury wskazanie ostatecznego terminu jest nie tylko pożądane, ale także możliwe. Sześćdziesiąt dni to jednak dość długi okres na podjęcie takiej decyzji, która może dotyczyć nawet tak podstawowej czynności, jak przesłuchanie świadka. Możliwość wydłużenia tego terminu powinna w związku z tym zostać ograniczona tylko do bardziej skomplikowanych czynności, np. tych, które zostały szczegółowo uregulowane w dyrektywie. Nadto, w dyrektywie nie ma mowy o wpływie na bieg tego terminu środka odwoławczego od decyzji w przedmiocie uznania. Mowa jest w niej jedynie o podjęciu decyzji co do uznania, bez wskazania, czy ma to być ostateczna decyzja. Krytycznie także należy ocenić zbyt szeroko otwartą możliwość przedłużania terminu 90-dniowego. Brak „praktycznej możliwości dotrzymania terminu” może przecież wynikać nie tylko z przyczyn niezależnych od organu wykonującego, np. niestawiennictwa świadka na wezwanie, ale również z przyczyn leżących w gestii tego organu, np. przesłanie wezwania na niewłaściwy adres. Możliwość przedłużenia tego terminu powinna zostać ograniczona tylko do pierwszej grupy przypadków. Za błędne należy także uznać zaniechanie określenia terminu przekazania uzyskanego materiału do państwa wydającego. Co więcej, przekazanie tego materiału może zostać zawieszone do czasu rozpatrzenia środka odwoławczego wniesionego od czynności dochodzeniowej. Ponownie w dyrektywie nie przewidziano żadnego maksymalnego terminu na zawieszenie przekazania. Powyższe wskazuje na to, że przyjęte rozwiązania w zakresie określenia terminów, atrakcyjne dla praktyków na pierwszy rzut oka, zawierają kilka luk, które mogą spowodować długotrwałość oczekiwania na uzyskanie materiału, znaną z dotychczasowej współpracy.

O przykładaniu większej troski do zapewnienia należytych gwarancji procesowych osobom, których dotyczy nakaz, świadczy nałożenie na państwa członkowskie obowiązku zapewnienia ekwiwalentności środków odwoławczych (art. 14 ust. 1). Powyższe oznacza konieczność zagwarantowania, w odniesieniu do czynności dochodzeniowych wskazanych w nakazie, możliwości wniesienia środków odwoławczych na tych samych zasadach, jak w przypadku wykonywania tych czynności w podobnej sprawie krajowej. Sam więc fakt wykonywania czynności na podstawie END nie może pozbawić lub ograniczyć uprawnień do skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w prawie krajowym, np. zażalenia na przeszukanie lub zatrzymanie rzeczy. Nie oznacza to jednak, że dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia środków odwoławczych w odniesieniu do czynności dochodzeniowych lub też samego wydania albo wykonania nakazu. W dyrektywie wskazano jedynie, że merytoryczne podstawy wydania END można kwestionować wyłącznie w państwie wydającym (art. 14 ust. 2). Do ustawodawców krajowych będzie zaś należała decyzja w zakresie ustanowienia prawa do wniesienia środka odwoławczego. Polski ustawodawca może tym samym zdecydować o przyznaniu prawa do wniesienia zażalenia na decyzję o wydaniu (odmowie wydania) nakazu lub na decyzję o jego uznaniu (odmowie uznania) w Polsce. Należy jednak postulować rezygnację z przyznania uprawnienia do zaskarżania tych decyzji. Nie można bowiem zapominać, że wykonanie większości czynności dochodzeniowych i tak podlega zaskarżeniu. Na tej drodze możliwe jest tym samym kwestionowanie, w sposób pośredni, decyzji o uznaniu END. Pamiętać także należy, iż wprowadzenie uprawnień odwoławczych może zniweczyć szybkość nakazu, który ugrzęźnie w procedurach zażaleniowych. Przypomnieć przy tym warto, że w obecnie funkcjonującym mechanizmie współpracy brak jest środków odwoławczych, w drodze których możliwe byłoby kwestionowanie np. przyjęcia wniosku rekwizycyjnego do wykonania.

Bardzo istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania END będą miały postanowienia dyrektywy dotyczące kosztów (art. 21). Wynika z nich, że wszelkie koszty wykonania nakazu ponosi państwo wykonujące, co jest zgodne z dotychczasową praktyką³⁵. Wyjątek od tej zasady stanowi przypadek przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych przy pomocy innego państwa, w którym koszty związane z transkrypcją, odekodowaniem i odszyfrowaniem przekazów ponosi państwo wydające (art. 30 ust. 8). Za szczególnie trafne należy uznać wprowadzenie w dyrektywie możliwości skonsultowania się przez organ wykonujący z organem wydającym w przypadku uznania kosztów wykonania za szczególnie wysokie. Decyzja co to tego, kiedy koszty są szczególnie wysokie, należy wyłącznie do organu wykonują-

³⁵ Por. art. 20 konwencji z 1959 r.

cego i nie może być kwestionowana przez organ wydający. Konsultacje mają na celu ustalenie możliwości i zasad podziału kosztów pomiędzy państwami albo zmiany nakazu. W sytuacji braku porozumienia organ wydający może wycofać nakaz albo go podtrzymać i przejąć na siebie część kosztów. Zwrócić należy uwagę na to, że podjęcie jednej z tych decyzji stanowi uprawnienie, a nie obowiązek organu wydającego („organ wydający może podjąć decyzję”). Wydaje się jednak, że organ wydający, zainteresowany przecież wykonaniem nakazu, i tak będzie musiał uwzględnić stanowisko organu wykonującego w zakresie uznania kosztów za szczególnie wysokie. Podkreślić należy brak kontroli nad określaniem przez organ wykonujący wydatków jako szczególnie wysokie. Stan ten może w praktyce spowodować nieprawidłowości w funkcjonowaniu nakazu. Może bowiem zachęcić organy wykonujące do zbyt częstego przerzucania kosztów na organ wydający, a przez to unikania ponoszenia wydatków. W procesie wdrożenia nakazu winno się w związku z tym zwrócić baczną uwagę na ten aspekt, a w przyszłości rozważyć wprowadzenie procedury odwoławczej, np. do Eurojustu, w przypadku kwestionowania uznania wydatków za szczególnie wysokie.

W dyrektywie przewidziano obowiązek zapewnienia poufności przy wykonywaniu nakazu, także na etapie wykorzystania materiału dowodowego przekazanego na podstawie END. W szczególności należy zwrócić uwagę na nałożenie obowiązku na państwa członkowskie zapewnienia, aby banki nie ujawniały klientom lub osobom trzecim faktu przekazania informacji udostępnionych na podstawie nakazu (art. 19).

W dyrektywie bardziej szczegółowo, wzorem konwencji z 2000 r., uregulowano niektóre czynności dochodzeniowe. W odniesieniu do przesłuchania świadka, biegłego lub oskarżonego z wykorzystaniem wideokonferencji przewidziano dodatkowe podstawy odmowy uznania w przypadku braku zgody oskarżonego lub sprzeczności takiej czynności z podstawowymi zasadami prawa państwa wykonującego (art. 24). Obowiązkiem organu wykonującego jest wezwanie osoby przesłuchiwanej, poinformowanie jej o prawach przysługujących na mocy prawa państwa wydającego, sprawdzenie tożsamości tej osoby oraz zapewnienie pomocy tłumacza w razie takiej konieczności. Osoby przesłuchiwane mogą korzystać z prawa odmowy składania wyjaśnień/zeznań w przypadkach wskazanych zarówno w prawie państwa wydającego, jak i wykonującego. Dyrektywa nakłada na organ wykonujący obowiązek sporządzenia protokołu, który jest przekazywany organowi wydającemu.

Nakaz może zostać wydany także w celu przekazania informacji o rachunkach bankowych oraz o transakcjach na tych rachunkach (art. 26). W tym przypadkach dodatkowym obowiązkiem organu wydającego jest uzasadnienie, dlaczego uważa żądane informacje za istotne do celów danego postępowania karnego. W przypadku żądania powyższych informacji w od-

niesieniu do rachunków i transakcji prowadzonych przez pozabankowe instytucje finansowe dyrektywa przewiduje dodatkową podstawę odmowy uznania związaną z niedopuszczalnością danej czynności w podobnej sprawie krajowej.

Wzorem tradycyjnych instrumentów pomocy prawnej w dyrektywie przewidziano możliwość stosowania środków tymczasowych, tj. wydania nakazu w celu zastosowania wszelkich czynności służących tymczasowemu zapobiegnięciu, zniszczeniu, usunięciu lub pozbyciu się dowodu (art. 32). Co do zasady, decyzja odnośnie zastosowania środka tymczasowego powinna zostać podjęta w ciągu 24 godzin od otrzymania nakazu.

Podsumowanie

Na zakończenie należy odpowiedzieć na postawione na początku niniejszego artykułu pytanie, czy nakaz ma szanse na odniesieniu sukcesu, porównywalnego z tym, który jest udziałem europejskiego nakazu aresztowania?

Odpowiadając na to pytanie, trzeba raz jeszcze podkreślić, iż END nie jest instrumentem restrykcyjnie realizującym ideę wzajemnego uznawania orzeczeń. Jest raczej przykładem połączenia koncepcji wzajemnego uznawania z tradycyjnym modelem współpracy, który jest oparty na zasadzie wnioskowej. Analiza prac nad dyrektywą wskazuje, iż próbowano zachować zalety dotychczasowego modelu współpracy, w szczególności jego elastyczność z jednoczesnym wykorzystaniem korzyści wynikających z zasady wzajemnego uznawania. Do tych ostatnich należą niewątpliwie: określenie terminów, posłużenie się formularzem nakazu, wprowadzenie obowiązku uznawania nakazów sporządzonych w innym języku niż własny oraz zniesienie podstawy odmowy związanej z politycznym charakterem przestępstwa. Najdobitniej jednak o mieszanym charakterze nakazu świadczy zapewnienie dosyć szerokiej możliwości wykonywania czynności dochodzeniowej innej niż wskazana w nakazie, co istotnie ogranicza automatyzm w jego uznawaniu. Przyjęte w tym zakresie rozwiązania dają organom wykonującym zbyt dużą swobodę decyzji, przy jednocześnie często niejasno określonych podstawach zmiany rodzaju czynności. Uznać jednak należy, iż bez tych rozwiązań nakaz nie miałby szans na zdobycie akceptacji ze strony państw członkowskich. Trzeba tym samym stwierdzić, iż wprowadzenie tak szerokiej możliwości zmiany czynności było niezbędnym warunkiem dalszej ewolucji współpracy w zakresie dowodów, która to ewolucja winna jednak zmierzać w kierunku ograniczenia zakresu tej możliwości³⁶. Na obecnym

³⁶ Wprowadzenie szerokiej możliwości zmiany rodzaju czynności jest jedną z gwarancji dla państw wykonujących, zapobiegającą „ślepego wzajemnego uznawaniu” w obszarze do-

etapie wprowadzenie tego uprawnienia i jego zakres niewątpliwie przyczynią się do zaakceptowania i prawidłowego wdrożenia nowego instrumentu. Nakaz nie będzie bowiem dla praktyków procesu karnego aż tak dużą zmianą w porównaniu do dotychczas stosowanych wniosków o pomoc prawną. Mieszany charakter nakazu spowoduje, że zostanie on łatwiej zaadaptowany w praktyce.

Na szanse powiedzenia nowego narzędzia współpracy istotne wpływają obawy przed nieprzestrzeganiem przez organy państw członkowskich zasad konieczności i proporcjonalności przy wydawaniu nakazów. Oczywiście dopiero praktyka pokaże, czy te obawy są słuszne. W toku prac nad dyrektywą wykorzystano jednak doświadczenia związane z nadużyciami przy wydawaniu nakazów aresztowania i wprowadzono rozwiązania, które mają realną szansę zapobiec powtórzeniu się nieprawidłowych praktyk. Przyjęcie tych rozwiązań to kolejny powód, by twierdzić, że nakaz ma szansę na sukces.

Za dużą należy ocenić szansę na uniknięcie błędu popełnionego przy wprowadzeniu nakazu aresztowania, a związanego z niezapewnieniem na poziomie unijnym dostatecznych gwarancji procesowych osobom, których nakaz aresztowania dotyczy. W czasie prac legislacyjnych nad projektem dyrektywy wiele uwagi poświęcono wprowadzeniu zapisów postulowanych przez zrzeszenia adwokatów oraz organizacje stojące na straży praw i wolności obywatelskich. Dotyczy to w szczególności zapewnienia równości broni oskarżonego i oskarżyciela publicznego³⁷. W tym celu art. 1 ust. 3 dyrektywy przyznaje oskarżonym oraz obrońcom prawo do wnioskowania o wydanie nakazu³⁸ (z niezrozumiałych powodów nie przyznaje takiego uprawnienia pokrzywdzonym). Nadto, jedną z wprost przewidzianych podstaw odmowy jest ta związana ze sprzecznością wykonania z obowiązkiem przestrzegania przez państwo praw podstawowych. W toku prac nad dyrektywą wprowadzono także, bardzo istotną z punktu widzenia ochrony tych praw, podstawę odmowy związaną z zasadą *ne bis in idem*. Dla ochrony praw obywatelskich ważne mogą być także postanowienia dyrektywy dotyczące stosowania czynności innego rodzaju w przypadku, gdy dzięki temu zmniejszy się zakres ingerencji w prawa jednostki. Dyrektywa nakazuje ponadto zapewnienie środków odwoławczych analogicznych do przysługujących w po-

wodów w sytuacji niedostatecznej harmonizacji systemów prawnych państw członkowskich; por. A. Mangiaracina, *A New and Controversial...*, s. 119.

³⁷ Por. S. Gless, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of Fair Trial: Approaches to a General Principle*, *Utrecht Law Review* 2013, nr 4, s. 92 i n.

³⁸ Dyrektywa nie przyznaje przy tym oskarżonym i obrońcom prawa do samodzielnego poszukiwania dowodów za granicą w drodze nakazu dochodzeniowego. Mogą oni jedynie wnioskować o wydanie nakazu. Rodzi to wątpliwości w tych państwach członkowskich, w których obrońcy mają uprawnienia do samodzielnego i niezależnego od organów państwowych poszukiwania i gromadzenia dowodów, jak np. Włochy lub Wielka Brytania; por. A. Mangiaracina, *A New and Controversial...*, s. 123–124.

dobnych sprawach krajowych, a także przewiduje obowiązek ochrony danych osobowych (art. 20). W porównaniu do wcześniej przyjętych decyzji ramowych, w szczególności dotyczącej nakazu aresztowania, uznać należy, iż dyrektywa w sprawie END odznacza się dużo większą troską o zapewnienie ochrony praw wszystkich tych osób, których dotyczy. Jest to kolejny element, który sprzyjał będzie prawidłowemu wdrożeniu nowego narzędzia współpracy.

Takim elementem jest również powszechność nakazu. Będzie on wydawany w każdym rodzaju postępowania karnego przez szeroki krąg organów w odniesieniu do prawie każdej czynności dochodzeniowej. Dyrektywa zastąpi dotychczasową wielość podstaw prawnych współpracy w gromadzeniu dowodów i wynikającą z niej różnorodność zasad i warunków występowania o pomoc³⁹.

Ostatnim czynnikiem, który sprzyjać będzie odniesieniu sukcesu we wdrażaniu nakazu, jest postęp, jaki osiągnięto w procesie zbliżania w UE praw procesowych oskarżonych. Prawidłowo bowiem łączy się przyjęcie dyrektywy z postępowaniem nad zbliżeniem praw wymienionych w tzw. mapie drogowej⁴⁰. Pamiętać należy, iż stosowanie nakazu może naruszać uprawnienia oskarżonego. Może go też stawiać przed koniecznością oceny dowodów uzyskanych w innym państwie, niekiedy według zasad procesowych obowiązujących w tym państwie, z reguły obcych oskarżonemu. Dlatego tak ważne jest zagwarantowanie we wszystkich państwach członkowskich wspólnego katalogu praw dla oskarżonych. Będzie to stanowiło gwarancję nie tylko dla oskarżonych, ale także dla organów państw wykonujących, istotnie ułatwiającą przyjęcie nakazu.

Wymienione powyżej cechy nakazu dają solidną podstawę do przyjęcia, że ma on rzeczywiste szanse na odniesienie sukcesu i na zmianę „twarzy”

³⁹ Por. Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters – Detailed Statement, Bruksela, 23 czerwca 2010 r., dokument numer 9288/10, s. 6 oraz J. S p e n c e r, *The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007, nr 9, s. 477.

⁴⁰ Por. Rezolucję Rady z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczącą harmonogramu działań mających na celu wzmocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE C 295 z dnia 4 grudnia 2009 r. W szczególności należy zwrócić uwagę na dyrektywę nr 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz. Urz. UE L 294 z dnia 6 listopada 2013 r. oraz projekt dyrektywy z dnia 27 listopada 2013 r. w sprawie wzmocnienia określonych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, COM (2013) 821 final.

gromadzenia dowodów w UE⁴¹. Należy jednak zadać pytanie, czy nakaz nie ma jakiś wad, które mogą uczynić analizowany instrument mało efektywnym, jak stało się to w przypadku decyzji ramowej w sprawie postanowień o zabezpieczeniu⁴²? W niniejszym artykule sformułowano wiele krytycznych ocen pod adresem niektórych rozwiązań przyjętych w dyrektywie. W szczególności odnoszą się one do nadmiernego sformalizowania całej procedury, przesłanek zmiany rodzaju czynności dochodzeniowej oraz wielości podstaw odmowy uznania. Nie wydaje się jednak, aby to te wady były głównym źródłem zagrożenia. Najwięcej będzie bowiem zależało od państw członkowskich, od terminowości i sposobu wdrożenia przez nie postanowień dyrektywy oraz praktyki stosowania nowego narzędzia. Biorąc to pod uwagę, w Polsce już dziś powinna rozpocząć się dyskusja nad sposobem wdrożenia nakazu. Doświadczenia związane z nakazem aresztowania podpowiadają, że samo recypowanie postanowień dyrektywy do kodeksu postępowania karnego nie zapewni sukcesu.

European Investigation Order

Abstract

This paper addresses issues pertaining to the European Investigation Order (EIO) which is governed by the Directive adopted by the European Parliament and the Council on 3 April 2014. Presented herein are the key principles of the EIO procedure. Examined is the usefulness of the EIO for international collaborative practices. The EIO is considered to have a good chance of being a substantial breakthrough in the overseas evidence gathering process.

⁴¹ Por. C. Heard, D. Mansell, *The European...*, s. 354.

⁴² Por. Decyzję ramową nr 2003/577/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie wykonywania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych, Dz. Urz. UE L 196 z dnia 2 sierpnia 2003 r.

Jacek Kudła, Piotr Kosmaty

Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do nowego modelu procesu karnego

Streszczenie

Nie ulega wątpliwości, że współczesne zmiany kodeksu postępowania karnego wpływają niemalże bezpośrednio na nowy kształt wykonywania przez poszczególne służby czynności operacyjno-rozpoznawczych. Kontradiktoryjny proces karny wymaga znacznego poprawienia jakości pracy operacyjnej na rzecz wykorzystania jej wyników w procesie karnym. W nowym wymiarze wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych nie może być miejsca na uchybienia związane z gromadzeniem materiałów, które w przypadku kontroli operacyjnej, transakcji pozornej (we wszystkich jej postaciach), przesyłki niejawnie nadzorowanej, stają się po spełnieniu warunków procesowych materiałem dowodowym. Autorzy podjęli próbę uzasadnienia tezy, która sprowadza się do wyznaczenia granicy zachowania legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych, także podczas tych najtrudniejszych działań poszczególnych służb, do których należy zaliczyć operację specjalną. Autorzy odnieśli się także do tez sformułowanych w artykule R. Kmiecika „O restryktywnym ujęciu przesłanek «prowokacji policyjnej» – polemicznie”, wskazując, że przy obecnej regulacji ustawowej przesadnie restryktywna wykładnia art. 19a ust. 1 ustawy o Policji jest konieczna.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze współcześnie stanowią istotne i zawile zagadnienie prawne m.in. dla Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Sądów Apelacyjnych, Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, a także przedstawicieli Sejmu i Senatu RP. Od lat toczy się spór w nauce, co znajduje odzwierciedlenie także podczas prac legislacyjnych, o ustalenie ostatecznego zakresu wykorzystania ich wyników w postępowaniu karnym¹. Przekłada się on na określanie procedur legalnego gromadzenia i oceny² dowodów, a także aktualne zmiany ustawodaw-

¹ D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa 2012, s. 350–370.

² R. Kmiecik, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. III KK 152/10, OSP 2011, nr 6, poz. 65.

stwa policyjnego oraz Kodeksu postępowania karnego³. Poddając szczegółowej analizie całość kształtowania się regulacji prawnych wszystkich służb uprawnionych do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, można dojść do wniosku, że często niewystarczająca okazuje się wykładnia literalna poszczególnych przepisów. Chcąc sprostać współczesnemu orzecznictwu w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych, należy korzystać nie tylko z wykładni systemowej, która okazuje się konieczna, ale także z teorii derywacyjnej (nie tylko klaryfikacyjnej), w celu rekonstrukcji z przepisów prawnych pełnej i jednoznacznej normy postępowania⁴. *De lege lata* norma ta powinna być jasna i czytelna dla danej służby po to, by móc ukształtować odpowiednie zachowania podczas gromadzenia informacji w trakcie wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Informacje te bowiem *ex post*, po spełnieniu procedur określonych w Kodeksie postępowania karnego, stają się pełnowartościowymi dowodami. Zatem, na gruncie przedmiotowych rozważań, biorąc pod uwagę prawa podstawowe jednostki, powstają dwa niezwykle ważne zagadnienia kryminalistyczne i prawne, do których autorzy chcieliby się odnieść. Po pierwsze, wskazanie najważniejszych regulacji prawnych, które w przyszłości powinny zostać udoskonalone dla celów legalnego stosowania przez poszczególne służby metod operacyjnych⁵. Po drugie, określenia niezbędnych warunków, których wypełnienie pozwoli na odpowiednie przygotowanie merytoryczne funkcjonariuszy danej służby do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Należy zaznaczyć, że obecne regulacje prawne czynności operacyjno-rozpoznawczych stają się coraz to bardziej trudne do zrozumienia dla wykonujących je bezpośrednio funkcjonariuszy służb państwowych, na co jednoznacznie wskazuje orzecznictwo sądowe.

Starając się rozwiązać problem legalnego stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych na tle najnowszych zmian związanych z reformą procesu karnego⁶ oraz wymogami systemu prawnego Unii Europejskiej⁷, należy rozpocząć od sygnalizacji potrzeby nowej regulacji prawnej dotyczącej sto-

³ A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Lublin 2006, s. 219–257.

⁴ P. Hofmański (red.), System prawa karnego procesowego. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2013, t. I, część II, s. 555–556.

⁵ P. Hofmański, S. Zabłocki, Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych, Warszawa 2011, s. 221.

⁶ P. Hofmański, Zasada kontradyktoryjności. System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego, P. Wiliński (red. nauk.), Warszawa 2014, t. III, część 1, s. 640–641, 643–645, 648, 652, 659, 668 oraz 675–677, a także ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

⁷ M. Wąsek-Wiaderek, Proces karny a międzynarodowe standardy w dziedzinie praw człowieka, (w:) P. Hofmański (red.), System prawa karnego procesowego. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2013, t. I, część 2, s. 147–148.

sowania transakcji pozornej w ramach operacji specjalnej. Uprawnione służby, a przede wszystkim Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz Policja, korzystając z przedmiotowej metody pracy operacyjnej spotykają się z wieloma trudnościami natury formalno-prawnej związanej z art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r., o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁸ oraz art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁹. Problem ten podnosił wielokrotnie Sąd Najwyższy we współczesnych orzeczeniach o sygn.: II KK 265/13¹⁰, V KK 235/13¹¹, III KK 152/10¹², IV KK 71/10¹³, III KK 58/09¹⁴, IV KK 200/03¹⁵ oraz sądy apelacyjne w orzeczeniach o sygn.: II AKa 368/12¹⁶ i II AKa 70/13¹⁷. Poddając analizie orzecznictwo sądowe, można postawić zasadniczą tezę, że stosowanie kontrolowanego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej – zwanego dla potrzeb systemu prawnego Unii Europejskiej transakcją pozorną – jest bardzo trudne do przeprowadzenia w ramach operacji specjalnej, przy zachowaniu zasady rzetelnego procesu karnego, o której mowa w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁸. Trudne nie tylko ze względów taktycznych, ale przede wszystkim prawnych, a koniecznych, biorąc pod uwagę wypełnienie wymogów normatywnych, jakie tej metodzie pracy operacyjnej wyznacza system polskiego prawa. Nie mogąc sobie poradzić z zastosowaniem w praktyce obecnych rozwiązań prawnych zawartych w art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, specjaliści przedmiotowego Biura skłaniają się do stosowania metod pośrednich. Można to zauważyć w *ratio legis* orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2013 r., sygn. V KK 235/13. Zatem,

⁸ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2012 r., poz. 621 ze zm.

⁹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687 ze zm.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., sygn. II KK 265/13, LEX nr 1474885.

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2013 r., sygn. V KK 235/13, LEX nr 1405973.

¹² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. III KK 152/10, LEX nr 742276.

¹³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2010 r., sygn. IV KK 71/10, LEX nr 844200.

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2009 r., sygn. III KK 58/09, LEX nr 531320, wraz z głosem D. Drajewicza i B. Kurzępy.

¹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2004 r., sygn. IV KK 200/03, LEX nr 162403.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 października 2012 r., sygn. II AKa 368/12, LEX nr 1238537.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 70/13, LEX nr 1324357.

¹⁸ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284. Zob. także wyrok ETPCz z dnia 23 października 2014 r. w sprawie Furcht przeciwko Niemcom, skarga nr 54648/09, LEX nr 1522788.

funkcjonariusze nie wręczają korzyści majątkowej Dyrektorowi Zakładu Karnego, stosując art. 19 ust. 1 ustawy o CBA, tylko wykorzystują sytuację, że przygotowany pakiet pieniędzy wręcza mu dwóch figurantów sprawy operacyjnej (wobec których zastosowano wcześniej transakcję pozorną i przeprowadzono dalsze czynności). Osoby te następnie składają stosowne zeznania i wyjaśnienia obciążające i pomawiające danego Dyrektora. Stąd, w takiej sytuacji, nie jest stosowany art. 19 ust. 1 ustawy o CBA jako metoda służąca do uzyskania dowodu *ex post* wobec danej osoby. Dowód natomiast na etapie procesu karnego stanowią udokumentowane zeznania świadków i wyjaśnienia podejrzanych. Przykład ten przedstawiamy celowo, aby zasygnalizować, do jakich innowacyjnych rozwiązań prawnych (od strony taktyki działań operacyjno-rozpoznawczych) musi „uciekać” się obecnie Centralne Biuro Antykorupcyjne, aby zagwarantować legalność swoich działań. W konsekwencji Centralne Biuro Antykorupcyjne nie stosuje transakcji pozornej wobec dyrektora, po to tylko, aby uniknąć ewentualnej utraty dowodów, biorąc pod uwagę szereg innych współczesnych spraw karnych związanych z jej stosowaniem. Najczęściej bowiem wyniki transakcji pozornej stosowanej podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych zostają uznane w postępowaniach odwoławczych za nielegalnie zgromadzone dowody (jak wyżej). Dlatego należy przedstawić dwa bardzo istotne wnioski w przedmiotowym zakresie. Po pierwsze, tzw. „prowokacja policyjna” powinna być na nowo uregulowana w polskim ustawodawstwie ze względu na ciągłą niejasność językową, a przede wszystkim prawną sformułowania „wiarygodne informacje¹⁹” (pomimo wyjaśnienia w przepisach instrukcyjnych²⁰) oraz ze względu na ustalenie odpowiedniego momentu jej stosowania w stosunku do fazy prowadzonej sprawy operacyjnej. Po drugie, należy jasno i konkretnie określić przesłanki zastosowania operacji specjalnej z wykorzystaniem transakcji pozornej w sprawach o korupcję. Kolejny raz trzeba podkreślić, że transakcja pozorna przeprowadzona przez uprawnionych funkcjonariuszy podczas operacji specjalnej bez doskonałego przygotowania nie tylko taktycznego, ale przede wszystkim prawnego, już od samego początku nosi znamiona działań nielegalnych. Niezwykle trafnie na poszczególne elementy transakcji pozornej mogące *ex ante* stanowić przesłanki działań nielegalnych zwraca uwagę Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 2 października 2012 r.²¹. Podkreśla (co powinno stanowić kierunek zmian usta-

¹⁹ P. Kosmaty, J. Kudła, Ryzyko w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych Policji. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Warszawa 2013, s. 149–156.

²⁰ Decyzja nr 126 Komendanta Głównego Policji z dnia 5 kwietnia 2013 r. w sprawie prowadzenia w Policji zestawu zbiorów danych „System Informacji Operacyjnych”, Dz. Urz. KGP z 2013 r., poz. 29.

²¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 października 2012 r. w sprawach o sygn.: 23200/10, 24009/07 i 556/10, Viktora Veselowa, Maksima Zolotukhina i Igora Druzhinina, LEX nr 1221938, wraz z glosą M. A. Nowickiego, Veselov i inni przeciwko

wowych *de lege ferenda*), że po pierwsze w sprawach, w których dowody pochodzą z operacji specjalnych prowadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, władze muszą wykazać, że miały właściwe powody, aby ją przeprowadzić. Dalej, należy odpowiedzieć sobie jednoznacznie na pytanie: czy jeśli nie zastosowano by tzw. „prowokacji policyjnej”, doszłoby do popełnienia przestępstwa przez osobę, która jest w zainteresowaniu organów ścigania bądź służb specjalnych, czy osoba ta wcześniej działała przestępczo i jakie metody pracy operacyjnej na to wskazują. Uprawnienia służb określone odpowiednio w art. 19 ustawy o CBA i 19a ustawy o Policji nie mogą być stosowane *ad hoc*. Należy także zdawać sobie sprawę, że operacja specjalna jest metodą pracy operacyjnej, podczas której istnieje bardzo wąska granica pomiędzy wolą osoby, wobec której jest ona stosowana, a wolą²² narzucaną przez funkcjonariuszy wynikającą z szeregu często nieprzygotowanych i nieprzemyślanych manipulacji, niemających nic wspólnego z legalną metodyką²³ prowadzenia spraw operacyjnych. Nie oznacza to jednak, że działania takie nie powinny być prowadzone. Powinny one być wykorzystane do zwalczania szeroko rozumianej przestępczości korupcyjnej, jednakże w ostateczności. Jak bowiem pokazuje współczesna kryminalistyka w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych, jedną z niezbędnych metod służących do zwalczania korupcji jest profesjonalnie i systematycznie prowadzona analiza kryminalna²⁴. Dopiero po całkowitym wykorzystaniu jej wyników, a następnie po zastosowaniu pozostałych metod pracy operacyjnej, można rozważyć zastosowanie transakcji pozornej w ramach operacji specjalnej. Transakcja pozorna (we wszystkich swoich postaciach) powinna znaleźć zastosowanie w zwalczaniu najgroźniejszych przestępstw dotyczących aktów terrorystycznych czy przestępczości zorganizowanej (np. związanej z handlem środkami odurzającymi o znacznej wartości, handlem bronią czy korupcją na wielką skalę, której nie można zwalczyć przy pomocy tylko i wyłącznie pozostałych metod pracy operacyjnej).

Rosji – wyrok ETPC z dnia 2 października 2012 r., skargi nr 23200/10, 24009/07 i 556/10, (w:) M. A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Wybór orzeczeń 2012, LEX 2013, s. 163; LEX nr 188806. Zob. także wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. 74420/01, Ramanauskas v. Litwa, LEX nr 345364, wraz z głosem A. Lacha i M. A. Nowickiego.

²² A. Janiak, Komentarz do art. 60 kodeksu cywilnego, (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. I: Część ogólna, LEX 2012, nr 8689.

²³ J. Kudła, P. Gawroński, Wybrana problematyka prowadzenia rozmów w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, Przegląd Policyjny 2008, nr 2, s. 134–135.

²⁴ P. Chlebowicz, W. Filipkowski, Analiza kryminalna – aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Warszawa 2011, s. 52 i 114 oraz M. Kobylas, Analiza kryminalna jako jedna z metod zwalczania przestępczości zorganizowanej, (w:) W. Jasiński, W. Małdrzejowski, K. Wiciak, Przestępczość zorganizowana, fenomen, współczesne zagrożenia, zwalczanie – ujęcie praktyczne, Szczelno 2013, s. 581–609.

Nadmienić należy, że na potrzeby procesu legislacyjnego winno się *de lege lata* jasno rozróżnić w ustawodawstwie, czyli *expressis verbis*, transakcję pozorną, o której mowa w art. 19a ustawy o Policji (wszystkie jej postaci). Sięgając do genezy pojęcia, należy stwierdzić, że w literaturze i doktrynie występuje ono pod różnymi nazwami, co nie służy zapewne uporządkowaniu tej problematyki, a wprowadza niepotrzebne zamieszanie terminologiczne. Mianowicie, nazywana jest prowokacją policyjną²⁵, do której nawiązywał T. Hanausek, uznając, że regulacja zawarta w art. 19a ustawy o Policji została zupełnie niesłusznie tak nazwana²⁶, bowiem *de facto* należy ją odnieść do zakupu kontrolowanego. Z kolei A. Lach uznał, że ustawowemu pojęciu przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej należy nadać nazwę „kontrolowane wręczenie”²⁷. Pojęcie to, jak wynika z monografii D. Szumiło-Kulczyckiej, zostało nazywane błędnie zakupem kontrolowanym²⁸. W odniesieniu ogólnym do całości działań operacyjnych w przedmiotowym zakresie B. Kurzępa określił je jako podstęp²⁹. Wydaje się niezwykle trafne nazwanie tejże czynności przez S. Waltosia i D. Szumiło-Kulczycką – transakcją pozorną, chociażby z uwagi na fakt odpowiedniego rozumienia tego pojęcia w odniesieniu do systemu prawa Unii Europejskiej³⁰, a następnie nie utożsamiania go ze stroną przedmiotową art. 235 k.k.³¹, a także zaliczenie do transakcji pozornej propozycji nabycia i zbycia przedmiotów, o których mowa w ustawie, oraz propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej.

Doskonałym punktem odniesienia się do przedmiotowej problematyki jest znakomity artykuł naukowy autorstwa R. Kmiecika pt. „O restryktywnym ujęciu przesłanek prowokacji policyjnej – polemicznie”³². Zatem, czy mamy do czynienia z przesadnie restryktywną wykładnią art. 19a ustawy o Policji dokonaną na przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 listopada 2010 r.,

²⁵ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, Kryminalistyka czyli rzecz o metodach śledczych, Warszawa 2008, s. 69 oraz teza I postanowienia SN z dnia 14 stycznia 2004 r., sygn. IV KK 200/03, LEX nr 162403.

²⁶ T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 2005, s. 140.

²⁷ A. Lach, Głosa do wyroku ETPC z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. 74420/01, v. Ramanauskas przeciwko Litwie, LEX nr 90964.

²⁸ D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze..., s. 227.

²⁹ B. Kurzępa, Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych, Toruń 2003, s. 204–208. Zob. też pogląd *a contrario* T. Razowskiego, Komentarz do art. 235 Kodeksu karnego, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, LEX 2014, nr 168389.

³⁰ Konwencja sporządzona na podstawie artykułu K.3 ustęp 2 litera c Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej. Dz. U. UE. C z 1997 r., Nr 195, s. 2 oraz Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym, Dz. U. UE. L. z 2003 r., Nr 192, s. 54.

³¹ T. Razowski, Komentarz do art. 235 k.k., (w:) J. Giezek (red.), Kodeks..., LEX 2014.

³² R. Kmiecik, O restryktywnym ujęciu przesłanek „prowokacji policyjnej” – polemicznie, Prokuratura i Prawo 2014, nr 3, s. 5–15.

sygn. 152/10³³? Jak stwierdza R. Kmiecik, unormowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych w poszczególnych ustawach nie ułatwia ich wykładni³⁴. Istotne wydaje się być w przedmiotowych rozważaniach wyraźne rozróżnienie, w jakim stadium w stosunku do procesu karnego transakcja pozorna jest stosowana. W metodyce czynności operacyjno-rozpoznawczych istnieją dwie możliwości jej przeprowadzenia. W pierwszym z nich przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej jest wynikiem wykonywanych *ex ante* czynności operacyjno-rozpoznawczych w ramach prowadzonej sprawy operacyjnej (podczas operacji specjalnej), w drugim – podjęcie czynności policyjnych związanych ze złożeniem zawiadomienia o przestępstwie przez osobę „dotkniętą” przestępstwem korupcji, również w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych tylko w tym przypadku prowadzonych równolegle, w stosunku do czynności procesowych. Stąd mamy do czynienia z następującymi możliwościami systemowymi pozwalającymi metodycznie i prawnie na zastosowanie transakcji pozornej: przed wszczęciem postępowania przygotowawczego, po wszczęciu postępowania przygotowawczego, w trakcie trwania postępowania przygotowawczego, natomiast nie później niż przed wszczęciem procesu karnego przed sądem. Pierwszy przypadek dotyczy *stricte* czynności operacyjno-rozpoznawczych, natomiast drugi – zarówno czynności operacyjno-rozpoznawczych, które mogą być prowadzone w różnych fazach w stosunku do postępowania przygotowawczego, jak również możliwości podjęcia czynności sprawdzających w przypadku wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 307 k.p.k.³⁵. Zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku organy ścigania lub służby specjalne powinny merytorycznie, metodycznie i taktycznie przygotować się do zastosowania przedmiotowej metody pracy operacyjnej. Muszą zatem, podejmując działania, wypełnić dyspozycję art. 19a ustawy o Policji, a przede wszystkim posiadać tzw. wiarygodne informacje w znaczeniu językowym i prawnym, żeby do ich sprawdzenia *ex ante* zastosować transakcję pozorną. Służby nie mogą na podstawie niezweryfikowanych informacji stosować tak dotkliwej z punktu gwarancji praw podstawowych jednostki metody. Zatem, czy sąd oceniał materiał informacyjny? Niestety, w przypadku *ratio legis* SN w sprawie o sygn. III KK 152/10 musiał to uczynić, ze względu na obecną wykładnię art. 19a ustawy o Policji, uwzględniając przy tym fakt, że czynności prowadzono w sposób niezgodny z rygorami ustawowymi. Zapewne miałby on łatwiejsze zadanie, gdyby transakcję pozorną zastosowano w związku z za-

³³ LEX nr 742276.

³⁴ R. Kmiecik, O restryktywnym ujęciu przesłanek..., s. 6 oraz D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze..., s. 235 i nast.

³⁵ Zob. koniecznie R. Signerski, Rozpoczęcie czynności sprawdzających i czas ich trwania. Komentarz praktyczny, LEX nr 177873 oraz tegoż, Czynności dowodowe oraz inne czynności w postępowaniu sprawdzającym. Komentarz praktyczny, LEX nr 177877.

wiadomieniem o przestępstwie, co spowodowałoby powstanie *stricto* materiału dowodowego. Naturalnie należy się zgodzić z R. Kmiecikiem, że sposób rozumienia przez Sąd Najwyższy wiarygodnych informacji o przestępstwie jest asekuracyjny i nie do końca zgodny z wykładnią systemową art. 19a ustawy o Policji. Jednakże – naszym zdaniem – jest to najbardziej merytoryczne rozumienie tego pojęcia, biorąc pod uwagę obecne rozwiązania prawne w tym przedmiocie. Ustawodawca, wprowadzając przepis art. 19a ustawy o Policji, zapewne sądził, że będzie on *expressis verbis* przestrzegany. Problem – jak już wspomniano – zdaje się tkwić nie w wykładni przyjętej przez Sąd Najwyższy, która, jak wskazuje rzeczywistość, okazała się trafna³⁶, lecz w wadliwej regulacji art. 19a ustawy o Policji (odpowiednio w przypadku pozostałych służb), która w dzisiejszym brzmieniu zezwala, aby dla sprawdzenia wiarygodnych informacji można zastosować tak trudną (taktycznie i prawnie) metodę pracy operacyjnej, jaką jest transakcja pozorna. Można się zgodzić z zapisem ustawowym tylko pod jednym warunkiem, że wiarygodne informacje pozostaną faktycznie wiarygodnymi, a nie jak wskazuje praktyka i orzecznictwo sądowe będą wynikiem nielegalnych manipulacji. Często też stanowią one owoc nierzetelnie wykonanych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Chcielibyśmy tutaj nawiązać do głosu w dyskusji Tadeusza Widły³⁷, który na Zjeździe Katedr Kryminalistyki w 2013 r., w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie, stwierdził, że sformułowanie „wiarygodne informacje” należy zastąpić odpowiednim rozumieniem (w stosunku do wykonywanych czynności policyjnych) i stosowaniem odpowiednio art. 303 k.p.k.³⁸. Wątpliwość ta również została poddana ocenie w przedmiotowym artykule R. Kmiecika. Wydaje się, że faktycznie należałoby w pełni poprzeć proponowane rozwiązania choćby tylko z tego powodu, że niezwykle trudno jest zweryfikować *ad hoc* wartość informacji dotyczących przestępstw korupcyjnych. Natomiast niedopuszczalne, według naszej oceny, dla celów ich sprawdzenia, jest wykorzystywanie „na co dzień” transakcji pozornej. Jaki rodzaj materiału „dowodowego” przy zastosowaniu takiego rozumowania powstaje, wskazuje powyżej przedstawione orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych. Stąd metoda ta powinna być stosowana tylko w celu rozwiązania najtrudniejszych sytuacji operacyjnych – w fazie realizacji sprawy operacyjnej, co następnie po jej przeprowadzeniu³⁹

³⁶ Zob. uzasadnienie Postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., sygn. II KK 265/13, LEX nr 1474885, wraz z glosą D. Szumiło-Kulczyckiej i J. Kudły.

³⁷ Stanowisko zajęte w głosie do dyskusji przez prof. T. Widłę, po wystąpieniach A. Daleckiej z CBA i J. Kudły, w dniu 11 września 2013 r., na Zjeździe Katedr Kryminalistyki w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie nt. „Współczesna kryminalistyka – wyzwania i zagrożenia”, Szczytno, 9–11 września 2013 r.

³⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.

³⁹ P. Kosmąty, Ryzyko w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych..., s. 40.

pozwała na zgromadzenie materiałów służących wszczęciu postępowania karnego, stosując odpowiednio art. 303 k.p.k. Nieco lakonicznie można stwierdzić, że dzisiejsza regulacja transakcji pozornej staje się w wielkiej przerośni „poddaniem próbie funkcjonariusza publicznego”. Sąd Najwyższy, oceniając materiały, słusznie wskazał, że należy poddać ocenie i dalszej weryfikacji już uzyskane tzw. „wiarygodne informacje”, o których mowa w ustawie. Co prawda, fakt dodatkowej weryfikacji informacji nie wynika z ustawy, lecz jak widać (co kolejny raz zauważa Sąd Najwyższy) – jest konieczny. Sąd ten wskazuje, że zgromadzony materiał zebrany w wyniku zastosowania transakcji pozornej na mocy art. 19a ustawy o Policji okazuje się materiałem nielegalnym. Podkreśla, że „wiarygodne informacje” muszą być dodatkowo weryfikowane w inny sposób niż ten, który wynika z ustawy⁴⁰. Brak klauzuli subsydiarności przy tak dotkliwej metodzie pracy operacyjnej, jaką jest transakcja pozorna, nie stanowi zapewne wypełnienia standardów Unii Europejskiej. D. Szumiło-Kulczycka w sposób niezwykle wyraźny zwraca uwagę na ten fakt, nawiązując tym samym do gwarancji konstytucyjnych⁴¹. Cały mechanizm przeprowadzenia transakcji pozornej jest bowiem wkroczeniem w zagwarantowane prawo do prywatności. Na gruncie prawa Unii Europejskiej – Europejski Trybunał Praw Człowieka dopatruje się przy nieodpowiednim stosowaniu transakcji pozornej naruszenia nie tylko art. 8 EKPC⁴², ale przede wszystkim art. 6 ETPC⁴³. Zatem, w odniesieniu do przedmiotu tematu, jeżeli w czasie działań operacyjnych organy ścigania lub służby specjalne działały na podstawie informacji uzyskanej od osoby prywatnej, to ważne jest rozróżnienie, czy jest to informacja pochodząca od źródła informacji danej służby, czy też ujęta w zawiadomieniu o przestępstwie⁴⁴. W przypadku tej pierwszej istnieje duże ryzyko, że źródło informacji wejdzie w rolę określaną przez ETPC jako *agents provocateurs*, z możliwym naruszeniem art. 6 ust. 1 Konwencji⁴⁵. Zatem, niezwykle ważne jest ustalenie, czy przed wszczęciem operacji specjalnej i podjęciem faktycznej współ-

⁴⁰ R. Kmieć, O restryktywnym ujęciu przesłanek..., s. 10.

⁴¹ D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze..., s. 232.

⁴² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

⁴³ Art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności gwarantuje prawo do rzetelnego procesu sądowego; zob. A. Bojańczyk, Dowód prywatny w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i judykatury Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uwagi ogólne, (w:) Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej, LEX nr 130536.

⁴⁴ W przypadku tej drugiej natomiast zachodzi konieczność przesłuchania osoby zawiadamiającej, w szczególności przy wykorzystaniu dozwolonych technik diagnozujących prawdziwość zawiadamiającego.

⁴⁵ M. A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012, Warszawa 2013, s. 163–169.

pracy osobowego źródła informacji z daną służbą, działanie przestępcze już się toczyło, czy też nie. Od tego właśnie kluczowego momentu będzie zależała późniejsza ocena zgromadzonego materiału dowodowego. Zgłaszając uwagi *de lege lata* do obecnej regulacji art. 19a ustawy o Policji (odpowiednio pozostałe służby), podkreślamy znaczenie najnowszego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który niezwykle trafnie zwraca uwagę na najistotniejsze elementy zarówno prawne, jak i faktyczne dotyczące transakcji pozornej. Do nich należy zaliczyć przede wszystkim przesłankę dotyczącą biernej⁴⁶ postawy agenta policyjnego, która co do zasady powinna być pasywna i nie może przybierać cech nadmiernej aktywności. Nie można *ad hoc* wysyłać agenta policyjnego do danej instytucji, aby dał się skorumpować. Należy *ex ante* stwierdzić „poważną działalność przestępczą”, a następnie podjąć odpowiednie działania⁴⁷. Przedmiotowe zagadnienie prawne wiążące się bezpośrednio ze stosowaniem transakcji pozornej w ramach operacji specjalnej podnosi współcześnie Sąd Najwyższy w orzeczeniu o sygn. IV KK 71/10⁴⁸. Dalej, nie można zapominać, procedując nad nową regulacją dotyczącą transakcji pozornej, że prawdopodobieństwo przekroczenia cienkiej linii stanowiącej granicę pomiędzy działalnością praworządną służb a nakłanianiem do przestępstwa jest większe, gdy w prawie krajowym nie ma określonej (np. w jawnych przepisach wykonawczych) rzetelnej procedury zezwalającej na przeprowadzenie operacji specjalnej. Jak zaznacza M. A. Nowicki, każda wątpliwość w omawianym przedmiocie rodzi podstawę do zbadania prowadzonych działań specjalnych podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych z zastosowaniem transakcji pozornej w kierunku zgodności z art. 6 ust. 1 Konwencji⁴⁹.

W pełni rozumiemy, że te wszystkie rozważania mogą wprowadzać niepokój wśród praktyków i tych, którzy sprawują nadzór nad prowadzonymi operacjami specjalnymi, oraz wśród bezpośrednich wykonawców, którym przydałaby się choć „odrobina” wiedzy z zakresu wykładni prawa (odnośnie nielegalnych działań agentów zob. orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. II KK 265/13). Jednak wyraźnie zaznaczamy, że proponowane rozwiązania nie tylko zapewnią w pełni praworządny proces stosowania transakcji pozornej, ale pozwolą (wbrew pozorom) praktykom na skuteczne zarówno od strony prawnej, jak i faktycznej prowadzenie operacji specjalnej. Należy skończyć z prowokowaniem w tzw. dowolny sposób. To działalność

⁴⁶ Por. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 kwietnia 2014 r., skarga nr 6228, Lagutin i inni v. Rosji, LEX nr 1451496, wraz z omówieniem K. Wareckiej, LEX nr 195434.

⁴⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 stycznia 2013 r., skarga nr 25282/07, Baltinš v. Łotwa, LEX nr 1239910, wraz z glosą M. Górskiego, LEX nr 180882 oraz glosą K. Wareckiej, LEX nr 194289.

⁴⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2010 r., LEX nr 844200.

⁴⁹ M. A. Nowicki, Europejski Trybunał..., s. 163–164.

przestępcza w zakresie najpoważniejszych przestępstw powinna stanowić jeden z podstawowych warunków dopuszczalności rozważenia przeprowadzenia operacji specjalnej z wykorzystaniem transakcji pozornej. Budowanie tzw. „legend” i wykorzystywanie dokumentów legalizacyjnych przez służby powinno się sprowadzać do kontroli już prowadzonej działalności przestępczej, a nie stanowić inicjatywę i genezę tej działalności – reżyserowaną przez daną służbę⁵⁰. Warto też *de lege ferenda* określić w przepisach wykonawczych wszystkich uprawnionych służb jasne procedury i warunki dopuszczalności wydawania dokumentów legalizacyjnych. Chociażby tak, jak to ma miejsce w przepisie wykonawczym do art. 20a ustawy o Policji⁵¹. Należy pamiętać, że wydanie dokumentu legalizacyjnego osobie, o której mowa w art. 22 ust. 1 ustawy o Policji, uzależnione jest od zaistnienia szczególnie uzasadnionego przypadku. Dalej, wydatki ponoszone przez służby w ramach operacji specjalnej muszą być adekwatne do zwalczanej działalności przestępczej⁵².

Podsumowując tę część rozważań potrzebnych w praktyce, należy zaznaczyć, że stosowanie art. 303 k.p.k. jako rozwiązania prawnego *de lege lata* – zastępujące pojęcie „sprawdzenie uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji” – wymogłoby ostatecznie na stosujących art. 19a ustawy o Policji (odpowiednio pozostałe służby) funkcjonariuszach konieczność przeprowadzenia transakcji pozornej z zachowaniem zasady subsydiarności, gdy inne stosowane wcześniej metody pracy operacyjnej okazały się nieskuteczne, a zgromadzone materiały operacyjne świadczą o popełnieniu przestępstwa katalogowego, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Takie rozwiązanie pozwoliłoby na zastosowanie transakcji pozornej po zgromadzeniu rzetelnego i prawdziwego materiału operacyjnego (pozostałe metody pracy operacyjnej). Jednak ogranicza ono możliwości działań operacyjnych do czynności związanych ze wszczęciem postępowania karnego. Stąd drugim alternatywnym rozwiązaniem jest zastosowanie oceny materiałów o dopuszczalność stosowania transakcji pozornej na etapie – jeszcze raz zaznaczamy – realizacji sprawy operacyjnej, a w żadnym wypadku nie do sprawdzenia jednostkowej informacji. Odnosząc się po raz kolejny do tak ważnego dla dzisiejszych regulacji z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych artykułu naukowego R. Kmiecika, należy dodać, że

⁵⁰ Por. J. Mąka, Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1–2, s. 150–175, teza nr 3, LEX nr 110760.

⁵¹ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 maja 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wydawania, posługiwania się przechowywania i ewidencji dokumentów, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących policjanta lub osobę udzielającą pomocy Policji oraz środków, którymi posługują się przy wykonywaniu zadań służbowych, Dz. U. z 2002 r., Nr 74, poz. 684.

⁵² Por. załącznik nr 6 do zarządzenia nr 30/13 Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego z dnia 30 października 2013 r., Dz. Urz. CBA z 2013 r., poz. 38.

w dzisiejszej praktyce organów ścigania niemalże wszystkie działania operacyjne, podczas których zastosowano transakcję pozorną w sprawach o korupcję, kończą się *ex post* wszczęciem postępowania karnego⁵³. Natomiast, jaki jest ich końcowy efekt po ocenie dowodów przez sądy pierwszej instancji oraz w postępowaniach odwoławczych i kasacyjnych, zaznaczono na wstępie. Faktycznie jest tu tylko jeden problem, gdy stosuje się kilka transakcji pozornych w postaci zakupów kontrolowanych w ramach operacji specjalnej i po ostatnim z nich wszczynane jest postępowanie przygotowawcze. Jednak należy się zastanowić nad potrzebą wdrażania serii transakcji pozornych w postaci kontrolowanego wręczenia oraz nad zagadnieniem, czy takie działania „same w sobie” nie przybierają *ex ante* postaci nakłaniania do popełnienia przestępstwa? (*ratio legis* postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. II KK 265/13). Warto zatem zastanowić się nad możliwością wszczęcia postępowania przygotowawczego na podstawie uzyskanych materiałów. Kolejny raz wskazujemy, że argumenty te przemawiają za zastąpieniem *de lege lata* w ustawodawstwie polskim sformułowania „wiarygodne informacje”, które jak się okazuje nie są *de facto* wiarygodnymi, na rzecz przesłanek, o których mowa w art. 303 k.p.k., przynajmniej w sprawach dotyczących transakcji pozornej w postaci kontrolowanego wręczenia, to jest w momencie, gdy zajdzie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Jak trafnie podkreśla W. Grzeszczyk, faktyczną podstawę wszczęcia śledztwa może stanowić tylko taki zespół danych, które obiektywnie uprawdopodobniają fakt popełnienia przestępstwa⁵⁴.

To nie jest ostatnia wątpliwość prawna, która się pojawia podczas oceny czynności wykonywanych przez uprawnione służby. Mianowicie, art. 19a ust. 6 ustawy o Policji zezwala na niejawną rejestrację obrazu i dźwięku podczas stosowania transakcji pozornej. Należy zatem *expressis verbis* wskazać, że *ex lege* utrwalanie obrazu i dźwięku podczas działań służb w miejscach prywatnych jest dopuszczalne *in absoluto* po spełnieniu przesłanek określonych w art. 19 ustawy o Policji. Stąd niewystarczająca jest tutaj kontrola prokuratorska czynności, powinna to być kontrola sądowa⁵⁵. Za przykład może służyć sytuacja, gdy w prywatnym gabinecie określonej prawnie osoby zakładamy PDF bez zgody sądu. Działania takie są niedopuszczalne z punktu wykładni systemowej przepisu. Zatem przyjęcie, że

⁵³ Por. R. Kmiecik, O restryktywnym ujęciu przesłanek prowokacji..., s. 11. J. Kudła zgadza się tutaj w pełni ze stanowiskiem zajętym przez D. Szumiło-Kulczycką, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa 2012, s. 233, która z kolei znakomicie stwierdza, że dla zastosowania transakcji pozornej „muszą istnieć już realne materiały obiektywnie potwierdzające, że istnieją podstawy do przypuszczenia istnienia przestępstwa”.

⁵⁴ W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, komentarz do art. 303 k.p.k.

⁵⁵ D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze..., s. 243.

można utrwaląć obraz i dźwięk w miejscach prywatnych na zasadzie art. 19a ustawy o Policji, stanowi czyn *contra legem*. Problem ten znajduje swój koniec w postępowaniach odwoławczych, w których sądy jednoznacznie podkreślają, że niedopuszczalne jest utrwalanie obrazu i dźwięku w miejscach tzw. prywatnych bez przeprowadzenia tej czynności w ramach kontroli operacyjnej, a nie jak to czynią służby w ramach art. 19a ustawy o Policji bądź podczas innych wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych⁵⁶. *De lege ferenda* muszą zatem zostać zmienione dotychczasowe zapisy ustawowe. Wszystko po to, aby działania służb były zarówno legalne, jak i pozwalały na wykorzystanie zgromadzonego przez nie materiału w procesie karnym. Należy podkreślić, że ostatnia gruntowna i generalna zmiana ustawy o Policji w zakresie art. 19a miała miejsce 19 marca 2002 r. na mocy ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji⁵⁷. Uwagi te powinny pomóc uprawnionym służbom wykonującym czynności operacyjno-rozpoznawcze na gruncie nowych wyzwań związanych z kontradiktoryjnym procesem karnym. Tylko takie rozwiązanie przedstawionych problemów pozwoli na wykorzystanie uzyskanych przez nie wyników w procesie karnym. W przeciwnym razie nie tylko, że wyniki te nie zostaną wykorzystane, to nieodpowiednie postępowanie narazi funkcjonariuszy na odpowiedzialność karną⁵⁸, co najmniej z art. 231 § 1–4 k.k.⁵⁹.

Na podstawie przedmiotowych rozważań pojawia się kolejne pytanie w tym przypadku o poddanie *de lege lata* czynności transakcji pozornej kontroli sądowej. R. Kmieć uważa, że sądy nie powinny kontrolować prawidłowości wykonanych działań operacyjnych *ex ante*, powinny natomiast to czynić w toku rozpoznawania spraw w postępowaniu jurysdykcyjnym⁶⁰. Należy w pewnym sensie zrozumieć pogląd tego autora, chociażby ze względu na

⁵⁶ Zob. koniecznie *ratio legis* postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., sygn. II KK 265/13, LEX nr 1474885. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 11 września 2013 r., sygn. II AKa 249/13, LEX nr 1379610 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 października 2013 r., sygn. II AKa 331/13, LEX nr 1392610.

⁵⁷ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r., o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną, Dz. U. z 2001 r., Nr 100, poz. 1084. Wejście w życie tej ustawy nastąpiło w dniu 19 marca 2002 r.

⁵⁸ R. Kmieć, O restryktywnym ujęciu przesłanek prowokacji..., s. 14, zdanie pierwsze (art. 24 k.k.).

⁵⁹ Por. *ratio legis* postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. III KK 152/10, LEX nr 741307: „Dla zilustrowania zasadności ustaleń o sprzecznych z treścią ustawy o Policji działaniach policjantów należy choćby skrótkowo wskazać na postawione im zarzuty. Lechowi C. i Janowi K. w akcie oskarżenia zarzucono popełnienie występku wyczerpujących kumulatywnie znamiona art. 231 § 1 k.k., art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 233 § 1 k.k., art. 235 k.k., art. 271 § 1 k.k. czy art. 272 k.k.” oraz postępowanie dotyczące przekroczenia uprawnień funkcjonariuszy CBA, w zakresie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., sygn. II KK 265/13, LEX nr 1474885.

⁶⁰ R. Kmieć, O restryktywnym ujęciu przesłanek prowokacji..., s. 13.

fakt wydłużenia procesu decyzyjnego w omawianym przedmiocie oraz odbiór społeczny problemu. Jednakże wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby sąd podobnie jak w przypadku kontroli operacyjnej *ex ante* wydał zgodę *de lege lata* na zarządzenie transakcji pozornej, a następnie w postępowaniu jurysdykcyjnym ocenił zgromadzone dowody. Wstępna ocena materiału przedkładanego dzisiaj prokuratorowi w trybie art. 19a ust. 3a ustawy o Policji zostałaby poddana również kontroli sądowej. Fakt oceny wstępnej przedstawionych materiałów z wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych przez sąd i wyrażenie przez niego zgody na zarządzenie czynności transakcji pozornej zupełnie nie wpływa na późniejszą ocenę zgromadzonych dowodów. W żaden sposób przecież nie można sprowadzać odpowiedzialności za wadliwe (od strony podstaw faktycznych) zastosowanie transakcji pozornej *de lege lata* na sąd czy na właściwego prokuratora. Zarówno sąd, jak i prokurator nie mogą odpowiadać za nieprawdziwe informacje⁶¹ znajdujące się w materiałach operacyjnych, na podstawie których na tym etapie procesu decyzyjnego wydano zgodę na zastosowanie transakcji pozornej (a o czym w danym momencie ani sąd, ani prokurator nie mogli wiedzieć). Organ wymiaru sprawiedliwości *ex officio* nie może znać wszystkich przeprowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych w danej sprawie, natomiast zna tylko niektóre ich wyniki⁶². Identyczne rozwiązanie ustawowe istnieje dzisiaj w art. 19 ustawy o Policji i z powodzeniem spełnia wymogi systemowe⁶³. Są to najważniejsze przesłanki, które warto wziąć pod uwagę do celów przyszłych regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie⁶⁴.

W dniu 30 lipca 2014 r. Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok w sprawie o sygn. K 23/11⁶⁵. Rozwiązał tym samym problem gwarancyjności i zachowania praw podstawowych jednostki w odniesieniu do wykonywanych niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych. I tak, w punkcie 1 sentencji orzeczenia, uznając art. 19 ust. 1 pkt 8 (odpowiednio wybrane pozostałe służby) za zgodny z Konstytucją RP, wskazał przede wszystkim na różnice, jakie występują w rozumieniu językowym poszczególnych kategorii prze-

⁶¹ *Ibidem*; postanowienie SN w sprawie o sygn. III KK 152/10.

⁶² Por. J. Ku d ł a, Zakres oceny podstaw faktycznych stosowania kontroli operacyjnej. Komentarz praktyczny, LEX ABC nr 190670.

⁶³ Por. *ibidem*; D. Szumi ło - Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze..., s. 230, ppkt mówiący o organie stosującym – zd. ostatnie.

⁶⁴ Por. S. Waltoś, Zasada prawdy materialnej, (w:) P. Hofmański (red.) P. Wiliński (red. nauk.), System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego Warszawa 2014, t. III, część 1, s. 309, który pisze, że „ani prokurator, ani sąd nie posiadają jakiegokolwiek możliwości kontroli sposobu przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych”.

⁶⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz. U. z 2014 r., poz. 1055. Trybunał odroczył wykonanie wyroku na okres 18 miesięcy, tj. do dnia 7 lutego 2016 r., dając w ten sposób czas na rzetelne przygotowanie odpowiednich zmian ustawowych.

stępstw z zakresu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji⁶⁶. Następnie podkreślił, że problem ten wynika z braku tożsameskiego znaczenia prawnego i rozumienia przestępstw katalogowych w regulacjach krajowych w odniesieniu do umów międzynarodowych państw Unii Europejskiej i pozostałych. Stąd, należy je rozumieć jako dotyczące określonych w polskiej ustawie karnej przestępstw ściganych na mocy umów międzynarodowych (ratyfikowanych) pod warunkiem uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie (tj. w prawie krajowym, które w przypadku wątpliwości czy niezgodności przedmiotowych regulacji stanowi pierwszeństwo w stosowaniu przepisu prawnego krajowego)⁶⁷. Trybunał także wyjaśnił odpowiednie rozumienie przepisu art. 19 ust. 1 pkt 6 ustawy o Policji (odpowiednio wybrane pozostałe służby), który jest zgodny z Konstytucją RP, jednakże pod warunkiem prawidłowego wskazania rodzaju środka technicznego⁶⁸ występującego na wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej⁶⁹. Istotnych zmian zdaniem Trybunału Konstytucyjnego wymaga obecna konstrukcja prawna przepisu art. 20c ustawy o Policji, który jest niezgodny z Konstytucją RP przez to, że nie przewiduje niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy prawo telekomunikacyjne. Podobnie jest w przypadku art. 19 tejże ustawy, w zakresie, w jakim nie przewiduje on gwarancji niezwłocznego, komisijnego i protokolarnego zniszczenia materiałów zawierających informacje objęte zakazami dowodowymi⁷⁰, co do których sąd nie uchylił tajemnicy zawodowej bądź uchylenie było niedopuszczalne⁷¹. Trybunał w wyroku wskazał wielokrotnie na konieczność niezwłocznego komisijnego i protokolarnego zniszczenia materiałów uzyskanych podczas wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, które nie mają znaczenia dla postępowania karnego⁷².

⁶⁶ J. Kudła, Czynności operacyjno-rozpoznawcze a problem konstytucyjny. Komentarz praktyczny, LEX ABC nr 185768.

⁶⁷ A. Górski, Europeizacja procesu karnego, (w:) P. Hofmański (red.), System prawa karnego procesowego. Zagadnienia ogólne. t. I, część 2, s. 163–191.

⁶⁸ Zob. koniecznie A. Lach, Przeszukanie na odległość systemu informatycznego, Prokuratura i Prawo 2011, nr 9, s. 67–78.

⁶⁹ *Ibidem*; wyrok TK w sprawie o sygn. 23/11, pkt 4 sentencji orzeczenia, Dz. U. z 2014 r., poz. 1055.

⁷⁰ Por. P. Kardas, Ochrona tajemnicy obrończej. Kilka uwag o dopuszczalności kontroli i utrwalania treści rozmów oraz przekazów informacji realizowanych przy użyciu środków technicznych pomiędzy obrońcą a mandantem, Czasopismo Prawo Karne i Nauk Penalnych 2011, nr 4, s. 5–35 oraz D. Szumiło-Kulczycka, Tajemnica obrończa, a podsłuch procesowy i kontrola operacyjna, Palestra 2013, nr 1–2, s. 90–100. Zob. także P. Wiliński, Proces karny w świetle Konstytucji, Warszawa 2011, s. 180.

⁷¹ *Ibidem*; J. Kudła, Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Komentarz praktyczny, LEX ABC nr 185768.

⁷² Wyrok TK w sprawie o sygn. 23/11, punkty 4, 8, 9 sentencji orzeczenia, Dz. U. z 2014 r., poz. 1055.

Na koniec pragniemy zaznaczyć, że wykładni wymaga kolejna regulacja prawna zawarta w ustawie o Policji (odpowiednio w ustawach dotyczących pozostałych służb), która dotyczy bezpośrednio czynności operacyjno-rozpoznawczych. Mianowicie należy rozróżnić *expressis verbis* sposób rozumienia ustawowego osoby, o której mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Policji – w zakresie jej roli dotyczącej formalnej współpracy z daną służbą⁷³, biorąc pod uwagę fakt, że nie wszystkie formy takiej współpracy są sformalizowane, przede wszystkim pod względem personalnym. Szczęgólnego znaczenia nabiera ona z dniem 1 lipca 2015 r., tj. po wejściu w życie ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁷⁴. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 393 § 3 k.p.k. „mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki”. Stąd, uszczegółowienia wymaga, w jaki sposób osoba weszła w posiadanie danej informacji od strony formalno-procesowej w stosunku do postępowania karnego oraz czy miało to miejsce na pewno poza postępowaniem karnym. Należy wyraźnie rozróżnić stosunek uzyskanej przez daną osobę informacji w odniesieniu do pojęcia postępowania karnego. Od tego będzie zależał sposób i forma wprowadzenia dowodu⁷⁵. Dlatego też osoba, która ma mieć status osoby prywatnej w rozumieniu artykułu 393 § 3 k.p.k., nie może w żaden sposób współpracować z daną służbą w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy o Policji. Naturalnie nie może współpracować, mając na uwadze proces wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów, jakie zgromadziła. W ocenie wykładni systemowej nie ma ona już wtedy statusu osoby prywatnej w rozumieniu art. 393 § 3 k.p.k. „działającej” poza postępowaniem karnym⁷⁶. Wykonuje ona wówczas zadania dla danej służby, ale w dalszym ciągu pozostaje osobą, o której mowa w art. 22 ust. 1 ustawy o Policji lub której przysługują uprawnienia, także na mocy art. 20a ust. 3 tejże ustawy. Zatem, osoba ta gromadzi materiały do sprawy prowa-

⁷³ Zob. wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2014 r., sygn. 28761, *Al Nashiri v. Polska*, LEX nr 1486663. Należy przypomnieć, iż nawet gdy istnieje poważny interes publiczny w utrzymaniu tajemnicy źródeł informacji lub materiałów, zwłaszcza w sprawach obejmujących walkę z terroryzmem, zasadnicze znaczenie ma to, by tyle informacji, ile tylko możliwe bez zagrożenia bezpieczeństwa narodowego, dotyczących zarzutów i dowodów, zostało ujawnionych stronom postępowania. Gdy pełne ujawnienie nie jest możliwe, trudności, jakie to powoduje, powinny zostać zrównoważone w taki sposób, by strona mogła skutecznie bronić swych interesów.

⁷⁴ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247, art. 393 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167 § 1 k.p.k.

⁷⁵ C. Kułeś, Rola prokuratora w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, *Prok. i Pr.* 2014, nr 4, s. 5–33.

⁷⁶ A. Bojańczyk, Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej, LEX 2011, nr 130536.

dzanej przez daną służbę i pozostaje w pełni pod jej kontrolą. Stosuje się ona na odpowiednim etapie współpracy do wytycznych i wskazówek udzielanych przez funkcjonariusza danej służby. Problemy zapewne powstaną w momencie, kiedy osoba taka utrwali obraz i dźwięk pod kierownictwem służb⁷⁷ bez zgody sądu (w trybie art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji), a następnie tak zgromadzony materiał zostanie wprowadzony do procesu karnego⁷⁸. Dalej, pojawia się pytanie, czy zgodnie z wykładnią systemową art. 19 ust. 1 ustawy o Policji osoba, o której mowa w art. 22 ust. 1 tejże ustawy, może w ogóle utrzymywać obraz i dźwięk⁷⁹. Skoro bowiem art. 19 ust. 1 dotyczy uprawnień przekazanych Policji i to ona *expressis verbis* jest uprawniona do wykonania jakiejkolwiek czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci kontroli operacyjnej⁸⁰, to tym bardziej osobie, która udziela Policji pomocy w rozumieniu art. 22 ust. 1 przedmiotowej ustawy, takie uprawnienie nie przysługuje⁸¹. Wykładnia ta wydaje się być konieczna zarówno dla potrzeb nowego brzmienia art. 393 § 3 k.p.k., jak i wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych z wykorzystaniem osób, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy o Policji. Potrzebne jest w tym zakresie odpowiednie postępowanie służb, przy uwzględnieniu wymienionych uwag, aby zgromadzony materiał mógł być wykorzystany w procesie karnym, a działania służb pozostały skuteczne i legalne.

Nowe wyzwania dla czynności operacyjno-rozpoznawczych wiążą się odpowiednio z gruntowną nowelizacją procesu karnego, który z dnia 1 lipca 2015 r. stał się *stricte* kontradiktoryjny. Należy się spodziewać, że każde uchybienie ze strony służb będzie wielokrotnie większą „siłą” kontrolowane przez strony, w tym przypadku przez oskarżonego i jego obrońców, jak wskazuje P. Hofmański, także przez oskarżyciela⁸². Będzie dochodziło do „walki (sporu) stron procesowych” powoływania wielu biegłych, specjalistów z danej dziedziny, którzy w rzetelnym procesie kontradiktoryjnym będą

⁷⁷ Por. A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i proceduralne, Lublin 2006, s. 267–278.

⁷⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 marca 2013 r., sygn. II AKa 39/13, LEX nr 1392548.

⁷⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 11 września 2013 r., sygn. II AKa 249/13, LEX nr 1379610.

⁸⁰ Por. J. Skorupka, Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym, (w:) P. Hofmański, P. Wiliński (red. nauk.), System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego, Warszawa 2014, t. III, część 2, s. 1169, który stwierdza, że „poszukiwaniem, zabezpieczaniem i utrwalaniem dowodów zajmują się organy procesowe. Nie jest to działalność przynależna osobom fizycznym (prywatnym)”.

⁸¹ Szczegółowa wykładnia prawa w przedmiotowym zakresie znajdzie się w komentarzu praktycznym LEX przygotowywanym na miesiąc październik 2015 r., pod red. D. Szumiłko-Kulczyckiej.

⁸² P. Hofmański, Zasada kontradiktoryjności. System prawa karnego procesowego, Warszawa 2014, t. III, część 1, s. 669.

chcieli wykazać przydatność dowodową swoich opinii. Obrońcy oskarżonego z kolei będą chcieli dowieść, które dowody przeciwko niemu są nielegalnie zgromadzone⁸³. Będą zapewne sięgać do genezy ich gromadzenia, stąd rola legalności wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych będzie istotna. Zatem, będzie *ex post* ściśle kontrolowana przez strony, a następnie oceniana przez niezawisły sąd. Służby powinny w pełni zdawać sobie sprawę z konieczności umiejętnego powiązania taktyki wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych z obowiązującym systemem prawa polskiego i Unii Europejskiej. Wiodącą rolę będzie odgrywała zasada prawdy materialnej przypisana do procesu karnego, której stosowanie warto przenieść także na grunt czynności operacyjno-rozpoznawczych. S. Waltoś, dokonując analizy zakresu przedmiotowego zasady prawdy materialnej⁸⁴, podkreśla, że obejmuje ona całą działalność wykrywczą, bez względu na jej unormowanie⁸⁵. Z kolei Jerzy Skorupka zwraca uwagę na szczególny charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych, które prowadzone są na tzw. etapie przedprocesowym, zaznaczając, że przedmiotem oceny *ex post* są wszystkie przeprowadzone dowody⁸⁶. Wskazuje jednocześnie na konieczność rzetelnego i praworządnego przeprowadzenia przedmiotowych czynności przez organy państwa. Dalej linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozostaje w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych niezmienna, a wręcz coraz to bardziej rygorystyczna, biorąc pod uwagę legalność stosowanych procedur i uzyskiwanych dowodów. M. Wąsek-Wiaderek podkreśla *expressis verbis* i formułuje wnioski pozwalające na stwierdzenie, że niedopuszczalne jest wykorzystanie w procesie karnym dowodów pozyskanych z naruszeniem wymogów ustawowych. Uwzględnia ona przy tym system sądowy wraz z orzecnictwem Unii Europejskiej⁸⁷. Te

⁸³ Por. nową regulację – art. 168a k.p.k.. w ustawie z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247, gdzie czytamy, że „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Zatem, nie zaczął obowiązywać w systemie prawa polskiego podobnie jak w prawie amerykańskim tzw. zakaz spożywania owoców zatrutego drzewa, ponieważ wciąż można korzystać z dopuszczalności wprowadzenia do procesu karnego dowodów pośrednio skażonych. Zob. koniecznie S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 2010, s. 270 i nast. Czy zakaz ten odnosi się tylko do dowodów prywatnych? Jeśli przyjmiemy, że te zgromadzone przez służby będą legalne *ex officio* – to naturalnie tak. W innym przypadku, naszym zdaniem będzie dotyczył wszystkich zgromadzonych dowodów, wszak *lege non distinguente nec nostrum distinguere*.

⁸⁴ W. K o t o w s k i, Komentarz do art. 19a ustawy o Policji, LEX nr 120364, pkt 13.

⁸⁵ S. W a l t o ś, *Zasada prawdy materialnej*, Warszawa 2014, t. III, część 1, s. 304, 310, 317–318, 320–321 oraz 326.

⁸⁶ *Ibidem*; por. też J. S k o r u p k a, *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*, Warszawa 2014, t. III, część 2, s. 1169.

⁸⁷ M. W ą s e k - W i a d e r e k, *Proces karny a międzynarodowe standardy w dziedzinie praw człowieka*, (w:) P. H o f m a ń s k i (red.), *System prawa karnego procesowego. Zagadnienia*

wszystkie rozważania służą silnej sygnalizacji dla wszystkich uprawnionych służb wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze, aby jeszcze bardziej przygotowały się do nowej rzeczywistości, którą stworzyła reforma procesu karnego⁸⁸. Powinny one przeprowadzać czynności operacyjno-rozpoznawcze, aby w nowym procesie kontradiktoryjnym były wynikiem rzetelnego, przemyślanego, a przede wszystkim legalnego działania. Proces ten wymaga wykorzystania gruntownej wiedzy prawniczej określonych funkcjonariuszy poszczególnych służb, która z kolei powinna zostać wdrożona do rozwiązań taktycznych związanych z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych (w tym operacji specjalnych). Na podstawie przedmiotowych rozważań można się pokusić o określenie najważniejszych warunków, które będą stanowiły gwarancję praworządnego i skutecznego działania wszystkich służb⁸⁹. Do takich warunków należy przede wszystkim zaliczyć: rzetelną znajomość prawa przez poszczególnych funkcjonariuszy, którzy nadzorują i stosują metody pracy operacyjnej, której wyniki wykorzystywane będą na rzecz postępowania karnego, możliwość ustawicznego pogłębiania tej wiedzy poprzez proces kilkudniowych uzupełniających szkoleń (na wzór rozwiązań prokuratorskich), umiejętność zastosowania współczesnych rozwiązań prawnych do danej sytuacji operacyjnej (co wcale nie oznacza nieskuteczności pracy operacyjnej, wręcz przeciwnie), niedopuszczenie do działań specjalnych „agentów policyjnych”, którzy nie posiadają podstawowej wiedzy z zakresu prowadzenia rozmów⁹⁰, negocjacji i dalej legalnego procesu gromadzenia materiałów operacyjnych poprzez odpowiednie stosowanie metod pracy operacyjnej⁹¹. Dzisiejsze zmiany prawne zachodzące w tzw. policyjnym ustawodawstwie zapewne ułatwią przedmiotowy

ogólne, Warszawa 2013, t. I, część 2, s. 147–148 – „W orzecnictwie ETPC został wypracowany spójny standard oceny rzetelności procesu karnego, w którym wykorzystuje się owoce prowokacji policyjnej. Zależy on przede wszystkim od tego, czy działania policji stanowiły inwigilację przestępstwa popełnionego z inicjatywy podejrzanego, czy też przybrały postać podżegania do popełnienia przestępstwa”.

⁸⁸ P. Hofmański, Zasada kontradiktoryjności. System prawa karnego procesowego, Warszawa 2014, t. III, część 1, s. 669–670, który uważa, że nowa sytuacja „skłoni z pewnością oskarżyciela do zwiększonego wysiłku na rzecz wykazania zasadności oskarżenia, co nie może pozostać bez wpływu na poziom jego dbałości o interesy przeciwnika procesowego”.

⁸⁹ Zob. także J. Kudła, Czynności operacyjno-rozpoznawcze a problem konstytucyjny. Komentarz praktyczny, LEX ABC nr 185768, pkt 2 – Czynności operacyjno-rozpoznawcze pozwalające na zachowanie zasady proporcjonalności pomiędzy zapewnieniem bezpieczeństwa obywateli a przestrzeganiem praw zasadniczych jednostki.

⁹⁰ Zob. B. Hołyst, Psychologia kryminalistyczna, Warszawa 2006, s. 940–985 i 1028–1065 oraz W. Pasko-Porys, Przesłuchiwanie i wywiad. Psychologia kryminalistyczna, Warszawa 2007, s. 27–525.

⁹¹ Por. *ratio legis* postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., sygn. II KK 265/13, LEX nr 1474885.

proces⁹². Istnieje tylko konieczność odpowiedniego rozumienia, dalej stosowania obowiązującego systemu prawa, który stopniowo dostosowuje się do wymogów prawa Unii Europejskiej⁹³, także w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych wykonywanych przez uprawnione służby.

Operational reconnaissance versus new model of criminal proceedings

Abstract

Contemporary amendments to the Code of Criminal Procedure have almost direct impact on operational reconnaissance performed by particular services. The adversarial criminal procedure requires that the quality of operational tasks be considerably improved so that results of operational work can be used in criminal proceedings. With new concepts for operational reconnaissance, there is no room for gaps or deficiencies in gathering materials, including specifically materials acquired through operational surveillance, sting operations (of any nature) or controlled deliveries, which are to serve as evidence after having satisfied relevant procedural requirements. This paper sets boundaries of legality of operational surveillance, including most difficult tasks such as special operations. It also comments on the claims in the paper by R. Kmiecik "Polemic on restrictive approach to 'police provocation' preconditions", showing that Article 19a, clause 1 of the Police Act must be interpreted in a restrictive manner given current legal regulations.

⁹² Ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2014 r., poz. 1199.

⁹³ Decyzja Rady 2008/615/WSiSW z dnia 23 czerwca 2008 r., w sprawie intensyfikacji współpracy transgranicznej, szczególnie w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości transgranicznej, Dz. U. UE. L. z 2008 r., Nr 210, s. 1. Zob. też Konwencję o pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, Dz. U. z 2007 r., Nr 135, poz. 950.

Z problematyki reagowania na przemoc wobec kobiet

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki traktowania kobiet – ofiar przemocy w rodzinie i przestępstw seksualnych. Duża waga tych zagadnień wynika z potrzeby dostosowania polskich regulacji prawnych do wiążących aktów prawa międzynarodowego, jakimi są: Konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet, 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, jak też wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Stwierdzono, że w Polsce podjęto przedsięwzięcia w tym zakresie, ale nie są one do końca dobre i wymagają przemyślenia.

I. Wprowadzenie

Przemoc występuje we wszystkich krajach, wszystkich grupach społecznych i dotyka kobiet o różnym wykształceniu, pozycji zawodowej i społecznej¹. Według raportu Światowej Organizacji Zdrowia przemoc wobec kobiet jest jednym z najbardziej uderzających przejawów dyskryminacji kobiet i łamaniem praw człowieka. Raport nazywa to wręcz epidemią, ponieważ dotyka 35% kobiet. Większość kobiet doznaje przemocy fizycznej bądź seksualnej od swoich partnerów. Blisko 40% wszystkich zabitych na świecie kobiet było ofiarami swoich intymnych parterów. Przemocy seksualnej od osób nie związanych z partnerem doświadczyło 7% kobiet na świecie. Skutki przemocy odbijają się na zdrowiu kobiety. Dokonują one dwa razy częściej aborcji i dwa razy częściej chorują na depresję. Często nadużywają alkoholu i przeżywają stany lękowe. Skutki przemocy odbijają się też na całej rodzinie, a zwłaszcza na dzieciach, które mają problemy emocjonalne, trudności

¹ B. Gruszczyńska, Międzynarodowe badania nad przemocą wobec kobiet IVAWS. Rezultaty polskiego badania pilotażowego, Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego 2003 (12), s. 7; szerzej tejże, Przemoc wobec kobiet. Aspekty prawnokryminologiczne, Warszawa 2007.

w szkole, częściej nadużywają alkoholu i narkotyków, palą, podejmują ryzykowne zachowania seksualne. Stają się też w dorosłym życiu częściej ofiarami lub same dopuszczają się przemocy wobec partnera lub partnerki².

Według szacunków sporządzonych w 2006 r. w ramach projektu Daphne w 27 państwach członkowskich Unii Europejskiej w ciągu 12 miesięcy około 1400 kobiet zostało zabitych przez partnerów intymnych lub byłych partnerów³.

Przemoc jest wyrazem historycznie ukształtowanego, nierównego podziału władzy między kobietami i mężczyznami. Kobiety o wiele później uzyskały prawo do studiowania i prawo wyborcze. Były wykluczone z udziału w życiu politycznym, nie miały statusu osoby prawnej. Były też uzależnione od swoich mężów i ojców.

Półowa XX wieku to początek rozwoju nauki o ofierze przestępstwa. Przyczyniły się do tego feministki amerykańskie, bazując na swoich doświadczeniach wynikających z kontaktów z ofiarami zgwałceń. Stwierdziły, że zgwałcone kobiety są bardzo źle traktowane przez policję w momencie, gdy zawiadamiają o popełnieniu przestępstwa. Policjanci zachowują się wobec nich cynicznie i brutalnie, uwłaczają ich godności, wmawiając im, że gdyby nie chciały, to nie byłyby zgwałcone. Feministki uznały w związku z tym, że konieczne jest doprowadzenie do zmiany postaw wobec ofiar zgwałceń. Nie do przyjęcia jest bowiem to, że w przypadku zgwałcenia nie ma ani przestępcy, ani ofiary. Zaproponowały w związku z tym, aby wyróżnić dodatkowe ujemne skutki przestępstwa niewynikające już bezpośrednio z jego popełnienia i określić je mianem wiktylizacji wtórnej. Od tej pory zaczęto rozróżniać dwojakie skutki przestępstwa: wiktylizację pierwotną, czyli bezpośrednie następstwa przestępstwa, takie jak: uszkodzenia ciała czy straty materialne, i wiktylizację wtórną, czyli przysparzanie ofierze dodatkowych cierpień i stresów, skutek niewłaściwego traktowania przez bliskie i dalsze otoczenie społeczne, przede wszystkim aparat ścigania i wymiar sprawiedliwości⁴.

Nic dziwnego, że wraz z pojawieniem się po II wojnie światowej silnych nacisków do określenia i zapewnienia ochrony praw człowieka zwrócono uwagę również na potrzebę odniesienia się do problemu różnego rodzaju wykorzystywania kobiet.

² Raport Światowej Organizacji Zdrowia, <http://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news,395945,przemoc-wobec-kobiet-ma-skale-epidemii.html>.

³ Szkolenie w ramach projektu Daphne, 13 października 2006 r. w Warszawie. Wykład o kształtowaniu umiejętności oceny ryzyka i zarządzania bezpieczeństwem ofiar przemocy. Materiały szkoleniowe, Wiena 2012, s. 22; dostępny na stronie [http://www.wave-network.org/sites/default/files/protectii\(polish\)final\(july2012\)_opt_0.pdf](http://www.wave-network.org/sites/default/files/protectii(polish)final(july2012)_opt_0.pdf).

⁴ E. Bieńkowska, Wiktymologia. Koncepcje. Kierunki badań. Perspektywy, Wrocław, Warszawa, Kraków 1992, s. 38 i n.

II. Dokumenty międzynarodowe

1) Konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z dnia 18 grudnia 1979 r.⁵ W Konwencji stwierdzono, że Państwa Strony mają obowiązek zapewnić mężczyznom i kobietom równość praw w korzystaniu ze wszystkich praw gospodarczych, społecznych, kulturalnych, obywatelskich i politycznych. Przypomniano również, że Powszechna Deklaracja Praw Człowieka potwierdza zasadę niedopuszczalności dyskryminacji oraz głosi, że wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi w godności i prawach, jak też, że każdy ma prawo do korzystania ze wszystkich proklamowanych w niej wolności, bez względu na jakiekolwiek różnice, w tym bez względu na różnice płci. Konwencja powołała Komitet do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (CEDAW), którego celem jest badanie stosowania jej zapisów. Komitet na podstawie badań nad przypadkami dyskryminacji kobiet stwierdził, że państwa mają tzw. „pozytywny obowiązek” chronić kobiety przed przemocą, jak też, że prawa sprawcy nie mogą być nadrzędne wobec prawa kobiet do życia oraz integralności fizycznej i psychicznej⁶.

2) Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej⁷. Konwencja w preambule uznaje, że „przemoc wobec kobiet jest przejawem nierównych stosunków władzy między kobietami a mężczyznami na przestrzeni wieków, które doprowadziły do dominacji mężczyzn nad kobietami i dyskryminacji kobiet, a także pełen rozwój kobiet; uznając strukturalny charakter przemocy wobec kobiet jako przemocy ze względu na płeć oraz fakt, że przemoc wobec kobiet stanowi jeden z podstawowych mechanizmów społecznych, poprzez który kobiety są spychane na podległą pozycję względem mężczyzn” oraz że „kobiety i dziewczęta są często narażone na drastyczne formy przemocy, takie jak: przemoc domowa, molestowanie seksualne, gwałt, małżeństwo z przymusu, przestępstwa popełniane w imię «honoru» i okaleczenie narządów płciowych, które stanowią poważne naruszenie praw człowieka kobiet i dziewcząt oraz główną przeszkodę w zapewnieniu równości kobiet i mężczyzn”. Celem Konwencji jest zgodnie z jej art. 1 ochrona kobiet przed wszelkimi formami przemocy oraz zapobieganie, ściganie i eliminację przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (pkt a); przyczynienie się do eliminacji wszystkich form dyskryminacji kobiet oraz wspieranie rzeczywistej równości kobiet i mężczyzn, w tym poprzez umacnianie samodzielnej pozycji kobiet (pkt b); stworzenie ogólnych ram, polityki i działań na rzecz ochrony i wsparcia wszystkich ofiar przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (pkt c); popieranie współpracy

⁵ Konwencja została ratyfikowana w dniu 18 lipca 1980 r., Dz. U. z 1982 r., Nr 10, poz. 71.

⁶ Views on Communications nr 6/2005, CEDAW/C/39/D/6/2005, para 12.1.5; <https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=29081>.

⁷ Dz. U. z 2015 r., poz. 961.

międzynarodowej, mającej na celu eliminację przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (pkt d); zapewnienie wsparcia i pomocy organizacjom i organom ścigania dla skutecznej współpracy mającej na celu przyjęcie zintegrowanego podejścia do eliminacji przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (pkt e). Konwencja wprowadza w art. 3 szereg definicji, w tym: „przemocy wobec kobiet”, czyli naruszenia praw człowieka i formy dyskryminacji kobiet oznaczającą wszelkie akty przemocy uwarunkowane płcią, które powodują lub mogą prowadzić do krzywdy fizycznej, seksualnej, psychicznej lub ekonomicznej bądź do cierpienia kobiet, w tym również groźby takich aktów, przymus lub arbitralne pozbawienie wolności zarówno w życiu publicznym, jak i prywatnym (pkt a); „płci społeczno-kulturowej”, oznaczającej społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn (pkt c); „przemocy wobec kobiet ze względu na płeć”, co oznacza przemoc skierowaną przeciwko osobie tylko z tego powodu, że jest kobietą lub która dotyczy kobiety w nieproporcjonalnie większym stopniu (pkt d); „kobiety” uwzględniającą dziewczęta poniżej 18. roku życia (pkt f).

3) 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/WSiSW⁶. Dyrektywa już w preambule określa przemoc na tle płciowym, jako skierowaną przeciwko osobie ze względu na jej płeć, tożsamość płciową lub ekspresję płciową lub której ofiarami stają się w przeważającej mierze osoby danej płci i rozumiana jest „jako forma dyskryminacji oraz pogwałcenie podstawowych wolności ofiary i obejmuje przemoc w bliskich związkach, przemoc seksualną (w tym gwałt, napaść na tle seksualnym i molestowanie seksualne), handel ludźmi i niewolnictwo oraz różne formy krzywdzących praktyk, takie jak przymusowe małżeństwa, okaleczenie żeńskich narządów płciowych i tak zwane przestępstwa popełniane «w imię honoru»”. Kobiety będące ofiarami przemocy na tle płciowym oraz ich dzieci często wymagają szczególnego wsparcia i szczególnej ochrony ze względu na występujące w przypadku takiej przemocy wysokie ryzyko wtórnej oraz ponownej wiktyimizacji, zastraszania i odwetu” (pkt 17). Opisana też jest przemoc w bliskich związkach, tj. wtedy, gdy „sprawcą przemocy jest osoba, która jest aktualnym lub byłym małżonkiem, partnerem lub innym członkiem rodziny ofiary, niezależnie od tego, czy dzieli lub dzielił z ofiarą gospodarstwo domowe. Taka przemoc może obejmować przemoc fizyczną, seksualną, psychologiczną lub ekonomiczną i może powodować uraz fizyczny lub psychiczny, cierpienie moralne bądź emocjonalne lub straty majątkowe. Przemoc w bliskich związkach jest poważnym i często ukrywanym proble-

⁶ Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57.

mem społecznym, który może skutkować systematycznymi urazami psychicznymi i fizycznymi o poważnych konsekwencjach, gdyż sprawcą jest osoba, której ofiara powinna móc ufać. Ofiary przemocy w bliskich związkach mogą zatem potrzebować szczególnych środków ochrony. Ofiarami tego rodzaju przemocy są przeważnie kobiety, a ich sytuacja może być tym poważniejsza, im bardziej są uzależnione od sprawcy z powodów ekonomicznych, społecznych lub przez wzgląd na prawo pobytu (pkt 18). Stwierdzone jest też, że osoby narażone na powtarzające się akty przemocy w bliskich związkach, ofiary przemocy na tle płciowym powinny uzyskać specjalistyczne wsparcie i ochronę prawną. Specjalistyczne służby wsparcia powinny oferować m.in. zapewnienie schronienia i bezpiecznego zakwaterowania, pilną pomoc medyczną, skierowanie na badania lekarskie i obdukcję w celu uzyskania dowodów w przypadku gwałtu lub napaści na tle seksualnym, krótko- i długoterminowe doradztwo psychologiczne, opiekę pourazową, doradztwo prawne, dostęp do adwokata (pkt 38). Stwierdza się też, że wśród ofiar przemocy występuje duża liczba przypadków wtórnej i ponownej wiktymizacji, zastraszania oraz odwetu i należy założyć, że w przypadku tych ofiar szczególne środki ochrony będą przydatne (pkt 57)⁹.

III. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Przemoc wobec kobiet była również przedmiotem licznych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Stwierdził on również „pozytywny obowiązek” państwa ochrony osób, których życie jest zagrożone¹⁰. I tak:

*Sprawa Opuz przeciwko Turcji*¹¹, przełomowa w zakresie standardów dotyczących przeciwdziałania przemocy domowej. Mąż wielokrotnie stosował przemoc wobec swojej żony i teściowej. Żona informowała policję o tych zdarzeniach, która nie podejmowała żadnych działań, a w szczególności nie stosowała żadnych środków zapobiegawczych. Jedynie zatrzymywała, przesłuchiwała i wypuszczała go na wolność. Sprawca w efekcie zamordował matkę i skazano go na dożywocie. Trybunał stwierdził naruszenie następujących przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz): art. 2

⁹ E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, (w:) E. Bieńkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz, E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), Warszawa 2014, s. 23 i n.

¹⁰ A. Bodnar, Przemoc domowa w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, (w:) L. Mazowiecka (red.), Jak skutecznie chronić ofiary przemocy w rodzinie, Warszawa 2013, s. 88 i n.

¹¹ Skarga nr 33401/02, wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r.

(prawo do życia), art. 3 (poniżanie i niehumanitarne traktowanie) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji), który w tej sprawie dotyczył problemu systemowej przemocy wobec kobiet związanej z tradycją, kulturą i patriarchalnym modelem rodziny. Zwrócił uwagę, że wobec sprawcy podejmowano różne działania w związku z przemocą, ale nie były one skuteczne i nie zapobiegały dalszej przemocy. Podkreślił, że procedury prawne powinny być takie, aby postępowanie można było prowadzić pomimo wycofania skargi przez ofiarę przemocy. W tym czasie obowiązywała w Turcji całkowicie martwa ustawa o ochronie rodziny. Pani Opuz otrzymała 30 tys. Euro za krzywdę moralną spowodowaną zabójstwem jej matki przez byłego męża, a także zwrot wydatków i kosztów w wysokości 6500 Euro.

*Sprawa Kontrova przeciwko Słowacji*¹² – matka wielokrotnie zawiadamiała policję o brutalnej przemocy jej męża w stosunku do niej i w stosunku do dwójki ich dzieci. Zawiadomiła też, że mąż ma broń i groził, że jej użyje. Mąż zmusił ją do wycofania zawiadomienia o przestępstwie. W efekcie sprawca zabił dzieci, a sam popełnił samobójstwo. Trybunał stwierdził naruszenie art. 2 EKPCz (prawo do życia) polegające na zaniechaniu wykonania wszelkich możliwych środków celem ochrony życia dzieci skarżącej. Uznał również, że nastąpiło naruszenie przez władze „pozytywnego obowiązku”, tj. nie podjęcie działań, które mogłyby uchronić od śmierci w sytuacji, gdy policja wiedziała o ryzyku popełnienia przestępstwa, a nie wszczęła postępowania i nie prowadziła żadnych działań.

*W sprawie E. S. przeciwko Słowacji*¹³ – mąż stosował przemoc wobec żony i dzieci i wykorzystywał seksualnie jedną z córek. Żona wniosła o rozwód oraz złożyła wniosek o nakaz opuszczenia mieszkania komunalnego przez sprawcę. Wniosek oddalono ze względu na obowiązujące prawo, tj. niemożność ograniczania prawa użytkowania mieszkania. Sąd wydał jedynie nakaz ochronny polegający na powstrzymaniu się sprawcy od przemocy. Po zmianie prawa sąd wydał zakaz przychodzenia męża do mieszkania, ale w międzyczasie żona musiała się z mieszkania wyprowadzić. Trybunał uznał, że zastosowany środek zapobiegawczy wobec skali przemocy nie był wystarczający oraz że jeszcze przed rozводом powinna istnieć możliwość zastosowania zakazu zbliżania się do ofiary i mieszkania. Stwierdził też, że Słowacja naruszyła art. 3 i 8 EKPCz (zakaz tortur i prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) nie zapewniając skarżącej odpowiedniej ochrony przed mężem.

¹² Skarga nr 7510/04, wyrok z dnia 31 maja 2007 r.

¹³ Skarga nr 8227/04, wyrok z dnia 15 września 2009 r.

IV. Przemoc wobec kobiet w Polsce

Przemoc wobec kobiet w Polsce może być kwalifikowana na podstawie różnych przepisów: art. 148 § 1–4 k.k., art. 156 § 1–3 k.k., art. 157 § 1, art. 189 k.k., art. 189 a k.k., art. 190 k.k., art. 191 k.k., art. 191a k.k., art. 197 § 1–3 k.k., art. 198 k.k., art. 199 k.k., art. 203 k.k. Podstawowym przepisem jest natomiast przestępstwo znęcania się fizycznego lub psychicznego nad osobą najbliższą (art. 207 k.k.).

Przepis art. 207 k.k. już na mocy kodyfikacji z 1997 r. został znacznie rozbudowany. Dostrzeżono więc powagę zjawiska przemocy w rodzinie. Uznano, że konieczne jest uwzględnienie typów kwalifikowanych. Wyróżniono dwie jego formy poprzez wskazanie znamion szczególnego okrucieństwa i targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie¹⁴.

Niezależnie od unormowań kodeksowych ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie¹⁵ wprowadziła obowiązek bezpłatnego udzielania osobie dotkniętej przemocą pomocy polegającej w szczególności na: poradnictwie medycznym, psychologicznym, prawnym, socjalnym, zawodowym i rodzinnym; interwencji kryzysowej i wsparciu; ochronie przed dalszym krzywdzeniem, przez uniemożliwienie osobom stosującym przemoc korzystania ze wspólnie zajmowanego z innymi członkami rodziny mieszkania oraz zakazanie kontaktowania się i zbliżania się do osoby pokrzywdzonej; zapewnieniu osobie dotkniętej przemocą w rodzinie bezpiecznego schronienia w specjalistycznym ośrodku wsparcia dla ofiar przemocy w rodzinie; badania lekarskiego w celu ustalenia przyczyn i rodzaju uszkodzeń ciała związanych z użyciem przemocy w rodzinie oraz wydania zaświadczenia lekarskiego w tym przedmiocie; zapewnieniu osobie dotkniętej przemocą w rodzinie, która nie ma tytułu prawnego do zajmowanego wspólnie ze sprawcą przemocy lokalu, pomocy w uzyskaniu mieszkania (art. 3). Na gminy nałożony został obowiązek tworzenia gminnych systemów przeciwdziałania przemocy w rodzinie (art. art. 6 ust. 2). Działania na rzecz przeciwdziałania przemocy w rodzinie gmina prowadzi poprzez zespoły interdyscyplinarne i grupy robocze (art. 9a). Natomiast podejmowanie interwencji wobec rodziny dotkniętej przemocą odbywa się w oparciu o procedurę „Niebieskiej Karty” (art. 9d). Ustawa zobowiązała też Prokuratora Generalnego do opracowywania i wydawania co najmniej raz na dwa lata wytycznych¹⁶

¹⁴ Szerzej: V. Konarska-Wrzosek, *Przestępstwo znęcania się*, (w:) J. Wasylewski (red.), *System prawa karnego*, t. 10: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 908 i n.

¹⁵ Dz. U. Nr 180, poz. 1493 ze zm.

¹⁶ Do tej poru wydano je trzykrotnie: w dniu 21 grudnia 2011 r., w dniu 18 grudnia 2013 r. i w dniu 1 kwietnia 2014 r.

dotyczących zasad postępowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie.

Przestępstwa seksualne określone w art. 197–199 k.k. wyjątkowo drastycznie naruszają prywatność i godność człowieka. Są też przyczyną poważnej wiktymizacji wtórnej. Z tych powodów ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego¹⁷ został wprowadzony do k.p.k. specjalny dla pokrzywdzonego art. 185c, który przewiduje szczególny tryb przesłuchania. Jego § 1 stanowi, że w sytuacji, gdy zawiadomienie o przestępstwie składa pokrzywdzony, to powinno ono ograniczyć się do wskazania najważniejszych faktów i dowodów. Natomiast przesłuchanie pokrzywdzonego w charakterze świadka następuje na specjalnym posiedzeniu sądu, w którym ma prawo wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego. Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku oraz odczytuje się protokół przesłuchania (§ 2). W sytuacji konieczności ponownego przesłuchania pokrzywdzonego w charakterze świadka, na jego wniosek przesłuchanie przeprowadza się zgodnie z art. 177 § 1a, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania pokrzywdzonego lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Przywoływany art. 177 § 1a k.p.k. w zdaniu pierwszym stanowi o tym, że przesłuchanie świadka może nastąpić przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. W sytuacji, gdy przesłuchanie odbywa się z udziałem biegłego należy zapewnić na wniosek pokrzywdzonego, aby biegły był tej samej płci, co pokrzywdzony, chyba że utrudni to postępowanie (§ 4). Przesłuchanie takie odbywa się w specjalnie do tego przygotowanych pomieszczeniach w siedzibie sądu lub poza jego siedzibą (art. 185d § 1).

Jednocześnie wprowadzono zasadę, że przestępstwa te są ścigane z oskarżenia publicznego. Dobrze się stało, że ustawodawca dostrzegł, iż konieczna jest zmiana trybu ścigania. Dalsze utrzymywanie wnioskowego trybu ścigania zwłaszcza zgwałceń oznaczało bezkarność ich sprawców. Jedynym argumentem przemawiającym za wnioskowym trybem ścigania, zwłaszcza zgwałceń, który jest aktualny także i dzisiaj, jest to, że polskie organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości nie są przygotowane do właściwego traktowania ofiar, obarczając je częstokroć winą za to, że zgwałcenie miało miejsce.

Potrzebę zmiany podejścia do ofiar dostrzegł również Komendant Główny Policji. W Wytycznych nr 3 z dnia 15 lutego 2012 r. w § 30 ust. 1 zobowiązał on funkcjonariuszy Policji, żeby przy przesłuchiowaniu świadków będących

¹⁷ Dz. U. z 2013 r., poz. 849.

jednocześnie pokrzywdzonymi, w szczególności w przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, wolności seksualnej i obyczajności oraz rodzinie i opiece, kierowali się następującymi zasadami: ustalali czas i miejsce przesłuchania pokrzywdzonego w taki sposób, by nie narażać go na kontakt z osobą podejrzaną, jeżeli nie jest to uzasadnione celami postępowania (pkt 1), oraz że pokrzywdzonego przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności powinien w miarę możliwości przesłuchiwać policjant tej samej płci (pkt 2). W najnowszych Wytycznych nr 1 z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów zalecił on stosowanie specjalnych „Procedur postępowania Policji z osobą, która doświadczyła przemocy seksualnej” (§ 58 pkt 12). W ślad za art. 299a k.p.k. zalecił, aby podczas przyjmowania zawiadomienia o przestępstwie od pokrzywdzonego mogła być obecna osoba przez niego wskazana, jeżeli nie uniemożliwi to przeprowadzenia czynności albo nie utrudni jej w istotny sposób (§ 4 pkt 3).

Trzeba też odnotować, że polski ustawodawca jeszcze przed zmianą trybu ścigania przyjął metodę reagowania na zgwałcenie polegającą wyłącznie na zaostrzaniu represji karnej oraz dodania typów kwalifikowanych w art. 197 k.k.¹⁸.

Obowiązująca od 8 kwietnia 2015 r. ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka¹⁹ przewiduje policyjny system udzielenia ochrony i pomocy pokrzywdzonym w postaci ochrony na czas czynności procesowej, ochrony osobistej oraz pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu (art. 2 ust. 1). Ze wszystkich tych środków w zależności od stopnia zagrożenia dla życia lub zdrowia mogą korzystać kobiety będące ofiarami przemocy. Ustawa ta przewiduje ponadto możliwość uzyskania pomocy psychologicznej od podmiotów dotowanych na ten cel z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej lub innych podmiotów świadczących pomoc psychologiczną, jeżeli organ dokonujący czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzący postępowanie sprawdzające lub postępowanie przygotowawcze dostrzeże zagrożenie dla zdrowia psychicznego ofiary (art. 10)²⁰.

O dobro ofiar zgwałceń i innych przestępstw z użyciem przemocy, w tym zwłaszcza kobiet i dzieci, dbają pozarządowe organizacje wspierania ofiar, jak w szczególności: Centrum Praw Kobiety, Fundacja Dzieci Niczyje, Pogotowie „Niebieska Linia” czy Stowarzyszenie „Niebieska Linia”. Organizacje te

¹⁸ Zob. szerzej J. Warylewski, *Przestępstwo zgwałcenia* (art. 197 k.k.), (w:) J. Warylewski (red.), *System...*, s. 600 i n.

¹⁹ Dz. U. z 2014 r., poz. 21.

²⁰ Szerzej M. Lewoc, *Ochrona dla pokrzywdzonych i świadków, Niebieska Linia 2015*, nr 1/96, s. 27 i n.

udzielają ofiarom bezpośredniej pomocy, w tym pomocy w znalezieniu lokalu zastępczego, pomocy prawnej, psychologicznej, wsparciu w sądzie.

Konkludując, należy stwierdzić, że w polskim systemie prawnym przewidziano liczne możliwości ochrony interesów pokrzywdzonych. Problem polega jednak na tym, na ile dobrze sprawdzają się one w praktyce. Szczególne wątpliwości wywołuje skomplikowany i obligatoryjny system zajmowania się ofiarami przemocy prowadzony na mocy ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Wydaje się również, że cały czas prowadzi się zbyt mało szkoleń i nie zawsze są one dobre pod względem merytorycznym. Należałoby wprowadzić obligatoryjność ukończenia szkoleń wstępnych i dalszych pozwalających na wyspecjalizowanie się wszystkich osób, które mają kontakt z ofiarami określonego rodzaju przestępstw. Dopóki tak się nie stanie, nie zminimalizujemy zjawiska wiktylizacji wtórnej.

Response to violence against women

Abstract

This contribution touches upon issues pertaining to the treatment of women – victims of domestic or sexual violence. The issues are considered of utmost importance as Polish legal regulations need to be aligned with such international legislative acts as: UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, Council Of Europe Convention on preventing and combating violence against women, Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, as well as judgments of the European Court of Human Rights. Steps, which have been taken in Poland so far, are assessed as being not fully beneficial and requiring further in-depth revision.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Piotr Stryszowski

Świadek *incognito*¹ – algorytm postępowania²

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie algorytmu postępowania i mogących wystąpić w praktyce problemów związanych ze stosowaniem instytucji świadka incognito i jego przesłuchaniem, zarówno w toku postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego. Omówiono w nim: nadanie i uchylenie statusu świadka incognito, metody prowadzenia przesłuchania, sporządzenie odpisów protokołów z przesłuchania świadka anonimowego. Zaprezentowane zostały również przykładowe wzory dokumentów związane z tą nieczęsto wykorzystywaną instytucją procesową. Artykuł stanowi próbę przybliżenia prokuratorom i sędziom ściśle praktycznych aspektów określonych w tytule.

I. Nadanie statusu świadka *incognito*

Wniosek o zastosowanie instytucji z art. 184 k.p.k. świadek może złożyć w różny sposób. Jako typowe należy wymienić następujące trzy sytuacje. Pierwsza – wniosek zostaje złożony w trakcie przesłuchania danej osoby w charakterze świadka, po podaniu okoliczności uzasadniających skorzystanie z dobrodziejstwa art. 184 k.p.k. Druga następuje w trakcie prowadzenia działań operacyjnych przez Policję, np. w fazie typowania świadków czy ich rozpytywania. W takiej sytuacji przyszły świadek anonimowy, wskazując, iż posiada liczne informacje dotyczące przedmiotu postępowania – zaznaczony przez funkcjonariusza z treścią art. 184 k.p.k. – może oświadczyć funkcjonariuszowi, że będzie skłonny złożyć zeznania, jednakże pod warunkiem

¹ Sformułowania świadek *incognito* i świadek anonimowy będą używane zamiennie.

² Pozycją, która zawiera kompleksowe omówienie problematyki świadka anonimowego, jest monografia P. Wilińskiego o pt. „Świadek *incognito* w polskim procesie karnym”, Kraków 2003.

kiem zastosowania względem niego instytucji świadka anonimowego. Trzecia – kandydat na świadka kieruje pisemny wniosek w tym zakresie do podmiotów uprawnionych (np. prokuratora, sądu, funkcjonariusza Policji).

Za każdym razem po uzyskaniu informacji, że dana osoba jest zainteresowana złożeniem zeznań w trybie art. 184 k.p.k., organ procesowy, najczęściej prokurator (rzadziej sąd), ocenia materialne przesłanki umożliwiające odebranie zeznań w trybie wskazanym w tym przepisie. Są nimi: uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej. Okoliczności te winny być ocenione wnikliwie na podstawie całokształtu uwarunkowań faktycznych konkretnej sprawy.

O ile przepis art. 184 k.p.k. nie doznaje ograniczeń w zastosowaniu do jakiegś enumeratywnie wyliczonej kategorii przestępstw (inaczej jest w przypadku świadka koronnego), to w praktyce instytucja ta stosowana jest z dużą rozważą w sprawach o znacznym ciężarze gatunkowym.

Nadto przed zastosowaniem instytucji świadka anonimowego prokurator (sąd) są zobowiązani ocenić, czy okoliczności i uwarunkowania faktyczne danej sprawy pozwolą na jej zastosowanie. Chodzi bowiem o to, by za każdym razem bardzo dogłębnie zbadać, czy w realiach postępowania istnieje możliwość zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. Dotyczy to nie tylko danych osobowych czy adresu zamieszkania, ale także płci, wieku, wykształcenia, wzrostu, głosu i szeregu innych kwestii. Zatem, ocenie winien być poddany cały konglomerat okoliczności związanych z osobą świadka. Decydując się na zastosowanie instytucji świadka anonimowego, należy zawsze mieć na względzie, że pomimo początkowej anonimizacji wszelkich treści podawanych przez świadka, w tym umożliwiających jego identyfikację (z uwagi na fakt, iż protokół /oryginał/ z przesłuchania świadka objęty jest klauzulą niejawności „tajne” lub „ściśle tajne”), na późniejszym etapie postępowania zachodzić będzie konieczność sporządzenia jawnych odpisów, które będą dostępne dla wszystkich stron, w szczególności podejrzanych i ich obrońców (konieczność taka nastąpi chociażby w momencie wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, w którym prokurator powoływać się będzie na zeznania świadka anonimowego, co wynika z treści znowelizowanego przepisu art. 156 § 5a k.p.k.). Trudno zatem korzystać z zeznań świadka anonimowego w stosunku np. do jedyne, naoczne świadka zdarzenia, który jest znany podejrzanemu (możliwy do zidentyfikowania), czy też w odniesieniu do pokrzywdzonego (którego dane winny znaleźć się w opisie czynu zarzucanego podejrzanemu). Ponadto, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że np. sprawca zabójstwa podzielił się wiedzą na temat swojego sprawstwa wyłącznie z jedną osobą, to nawet w sytuacji, w której osoba ta byłaby skłonna złożyć zeznania w trybie art. 184 k.p.k., winno się to spotkać z nega-

tywną reakcją prokuratora czy sędziego, albowiem mimo istnienia daleko posuniętej pokusy w uzyskaniu cennego źródła dowodowego, organ procesowy nie będzie w stanie wywiązać się z zapewnienia świadkowi anonimizacji.

Dlatego też wskazana jest daleko posunięta rozważa i dogłębna ocena okoliczności danej sprawy przed zastosowaniem instytucji z art. 184 k.p.k. Przekłada się to na konieczność doskonałej znajomości przez prowadzącego postępowanie zarówno całości materiału aktowego, ale także tych informacji, którymi dysponuje Policja z uwagi na wykonywane czynności operacyjne. Jak bowiem wiadomo, informacje uzyskane w trybie czynności pozaprocesowych dostarczają niejednokrotnie bardziej wiarygodnej i zgodnej z prawdą wiedzy zarówno na temat zdarzenia, jak i okoliczności związanych ze świadkiem czy z podejrzanym (chodzi tutaj także o wiedzę, której w sposób procesowy nie da się ani potwierdzić ani procesowo wykorzystać, mimo iż wiedza ta, w odniesieniu do jakiegoś istotnego elementu, może być zgodna z prawdą obiektywną). W sytuacji, w której organ procesowy nie będzie w stanie zachować w tajemnicy wszelkich okoliczności mogących zapewnić świadkowi anonimowość, powinien zrezygnować ze stosowania tej instytucji.

Odpowiedź na pytanie, jak należy postąpić w sytuacji ustalenia, iż zachodzą podstawy do skorzystania z instytucji świadka anonimowego, rozpocząć należy od stwierdzenia, że w początkowej fazie wszystko zależy od sposobu złożenia oświadczenia o chęci występowania w charakterze świadka anonimowego. Algorytm postępowania zależy od tego, z którą z trzech niżej wymienionych sytuacji mamy do czynienia:

a) wniosek zostaje złożony w trakcie przesłuchania w charakterze świadka (przy czym następuje to „na gorąco”)

W takim przypadku, o ile przesłuchanie odbywa się w warunkach gabinetu prokuratorskiego i protokolowane jest na komputerze służbowym (a prokurator zostaje zaskoczony złożonym wnioskiem), najlepszym rozwiązaniem będzie zakończenie pod jakimkolwiek pretekstem protokołu sporządzanego na komputerze służbowym, wydrukowanie go i przekazanie do podpisania świadkowi. W przypadku prokuratur dysponujących kancelariami tajnymi, w których znajdują się komputery przystosowane do sporządzania dokumentów niejawnych, prokurator, przed którym świadek złożył wniosek, winien w warunkach kancelarii tajnej rozpocząć sporządzanie kolejnego, tym razem niejawnego protokołu przesłuchania świadka, do którego to protokołu świadek winien złożyć oświadczenie o chęci występowania w charakterze świadka anonimowego.

W przypadku prokuratur niedysponujących kancelariami tajnymi³, w takiej sytuacji, jak tu omawiana, prokurator winien rozpocząć sporządzanie kolejnego, niejawnego protokołu w formie ręcznej lub maszynowej. Niedopusz-

³ Powyższe zastrzeżenie dotyczy głównie prokuratur rejonowych.

czalna jest bowiem sytuacja, aby na jawnym komputerze służbowym sporządzony został dokument, któremu – z uwagi na złożony wniosek – winna być nadana automatycznie klauzula niejawności. Ów ręczny protokół winien w swojej formie odpowiadać standardom dokumentu niejawnego. W praktyce, w przypadku stosowania instytucji świadka anonimowego nadaje się protokołowi klauzulę „ściśle tajne”. Tak sporządzony dokument (zarówno jawny komputerowy, jak i protokół ręczny) winien zostać następnie przekazany do kancelarii tajnej jednostki szczebla wyższego, np. do prokuratury okręgowej. Dostarczenie koperty odbywa się przez pocztę specjalną – najczęściej jest to dwóch uzbrojonych funkcjonariuszy Policji. W kancelarii tajnej dostarczonym protokołem nadaje się numer ewidencyjny.

b) wniosek zostaje złożony prokuratorowi lub sądowi (po wcześniejszym ustaleniu tej okoliczności – z uwagi np. na uzyskaną przez prokuratora informację od funkcjonariuszy Policji w tym zakresie)

W takim przypadku (co, jak wskazuje doświadczenie, ma miejsce najczęściej) organy Policji przesyłają do kancelarii tajnej prokuratury stosowną, niejawną notatkę urzędową wskazującą na chęć skorzystania przez daną osobę z instytucji świadka anonimowego. W notatce winny znaleźć się okoliczności uzasadniające zastosowanie instytucji z art. 184 k.p.k. Po zapoznaniu się z treścią notatki prokurator ma obowiązek ustalić z funkcjonariuszem Policji, który ma bezpośredni kontakt ze świadkiem, termin i miejsce jego przesłuchania. Przesłuchanie winno odbyć się w takich warunkach (lokalowych czy godzinowych – np. wieczorem, po zakończeniu urzędowania), by zapewnić maksymalną ochronę świadkowi. Kwestia ustalenia wymienionych okoliczności ma charakter *stricte* techniczny i zależy od szeregu okoliczności. W sytuacji, w której przesłuchanie nie odbywa się w warunkach kancelarii tajnej, a w innym miejscu, protokolowanie winno odbywać się ręcznie, chyba że przesłuchujący dysponuje stosownym komputerem czy laptopem, umożliwiającym protokolowanie informacji o klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne”.

c) sytuacje nietypowe

W jednym ze śledztw miał miejsce przypadek, gdzie do prokuratury wpłynęły pocztą jawną materiały z czynności zrealizowanych przez jedną z jednostek organizacyjnych Policji. W nieokluzulowanym piśmie przekazującym Policja wskazała m.in., że przesyła protokół przesłuchania wymienionej z imienia i nazwiska osoby ze wskazaniem, że osoba ta złożyła w protokole przesłuchania wniosek o zastosowanie względem niej instytucji z art. 184 k.p.k. Do tak opisanego pisma przewodniego został dołączony jawny protokół przesłuchania.

Opisany powyżej sposób postępowania jest całkowicie nie do zaakceptowania. W pierwszej kolejności podnieść należy, że kwestia oceny, czy zachodzą, czy też nie zachodzą przesłanki do nadania określonej osobie statusu

świadka anonimowego należy tylko i wyłącznie do kompetencji prokuratora (a w postępowaniu sądowym – sądu), i to bez względu na fakt, iż wniosek już *prima facie* może wydawać się chybiony. Wynika to wprost z brzmienia art. 184 § 1 k.p.k. W takim przypadku Policja miała obowiązek nadania takiemu protokołowi klauzuli niejawności „tajne” lub „ściśle tajne”, po czym przesłania go pocztą specjalną do kancelarii tajnej prokuratury, gdzie powinien on zostać zarejestrowany i poddany ocenie przez prokuratora w zakresie istnienia bądź nieistnienia przesłanek uzasadniających zastosowanie instytucji świadka anonimowego. Taki sposób procedowania wynika wprost z brzmienia art. 184 § 1 k.p.k., gdzie wskazano, że „Postępowanie w tym zakresie (a zatem w zakresie postępowania w przedmiocie nadania lub nie nadania statusu świadka *incognito* – uwaga autora) toczy się bez udziału stron i jest objęte tajemnicą jako informacja niejawna o klauzuli tajności «tajne» lub «ściśle tajne»”.

W wymienionej sytuacji powstał problem, co zrobić z tak przekazanymi materiałami. Przyjęto następujący sposób procedowania. Na podstawie art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228 – dalej u.o.i.n.) w zw. z art. 93 § 3 k.p.k. wydano „ściśle tajne” zarządzenie o utajnieniu wymienionych precyzyjnie dokumentów, tj. pisma przekazującego protokół przesłuchania oraz protokół przesłuchania świadka. Dokumenty te stanowiły załącznik do niejawnego zarządzenia, albowiem brak było możliwości nadania im bezpośrednio przez prokuratora stosownej klauzuli niejawności, a to z uwagi na fakt, iż prokurator nie był ich wytwórcą (art. 6 ust. 1 u.o.i.n.). Wydane zarządzenie wraz z załącznikami zostało zdeponowane w kancelarii tajnej (zob. wzór nr 1).

Przed przystąpieniem do sporządzania protokołu prokurator (sąd) winien wydać następujące dokumenty, powołujące do procesowego istnienia świadka anonimowego:

- Postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. Postanowienie to jest jawne z uwagi na konieczność jego doręczenia stronom postępowania, tj. pokrzywdzonemu, podejrzanemu, jego obrońcy (w ostatnich dwóch przypadkach oczywiście wtedy, gdy postępowanie toczy się w fazie *ad personam*). Niejawny jest tylko i wyłącznie ten egzemplarz postanowienia, na którym świadek *incognito* składa swój podpis. Taki egzemplarz przechowywany jest w kancelarii tajnej danej prokuratury czy sądu, bowiem wiadomo, że podpis jest w stanie zdekonspirować świadka⁴. Świadek musi podpisać egzemplarz postanowienia i opatrzyć go datą, albowiem od tego momentu biegnie 3-dniowy termin do złożenia zażalenia na wydane postanowienie. Oczywiście w przypadku

⁴ Nadanie klauzuli w takim przypadku odbywa się poprzez nabicie na takim egzemplarzu postanowienia pieczęci o treści „tajne” lub „ściśle tajne” i nadaniu numeru ewidencyjnego.

uwzględnienia wniosku świadka trudno zakładać, że będzie on zaskarżał wydane postanowienie, dlatego większe znaczenie ma to w przypadku odmowy nadania statusu świadka *incognito* – o czym w dalszej części. Ze względów praktycznych, przy większej ilości świadków anonimowych w danej sprawie, wskazane jest zakładanie w kancelarii tajnej osobnych tomów dla każdego ze świadków.

Należy także pamiętać, by ustalić sposób nawiązania kontaktu ze świadkiem, aby możliwe stało się jego wzywanie na kolejne terminy przesłuchań czy innego rodzaju czynności procesowych wykonywanych z jego udziałem. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której świadek zostanie wezwany pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, które to zwrotne potwierdzenie odbioru z uwagi na przykład na niefrasobliwość nie zostanie dołączone do akt niejawnych. Tytułem przykładu można wymienić: telefoniczne wezwanie świadka czy doręczenie wezwania świadkowi przez funkcjonariuszy Policji znających jego tożsamość. Powyższe elementy wynikają z treści § 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1024) w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka (dalej: Rozporządzenie), a w szczególności z ust. 2 tegoż paragrafu, stanowiącego, iż świadkowi nie doręcza się zawiadomień lub wezwań przez pocztę lub w inny sposób mogący umożliwić osobom nieupoważnionym ujawnienie tożsamości świadka (zob. wzór nr 2).

- Zarządzenie o pominięciu w sporządzonym odpisie protokołu przesłuchania świadka *incognito* wszystkich okoliczności i sformułowań umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. Jest to zarządzenie, które określa zakres utajnienia. Winno ono być sformułowane z jednej strony na tyle precyzyjnie, z drugiej zaś ogólnie, by sporządzając w przyszłości jawny i dostępny dla stron odpis protokołu, mieć pełną swobodę w przedmiocie kształtowania zakresu odpisu. Utajnione winny zatem zostać wszystkie okoliczności i sformułowania umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka, a w szczególności: jego dane osobowe, odręczne wpisy i podpisy, w tym imię i nazwisko (także panieńskie), data i miejsce urodzenia, nr PESEL, podpisy na protokole i postanowieniu o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie jego tożsamości, dane dotyczące dokumentów tożsamości, zdjęcia, dane dotyczące wykształcenia, dane o karalności, czy też dane dotyczące stosunku do stron. Wskazane wyliczenie jest jedynie przykładowe, a użycie w zarządzeniu sformułowania „wszystkie okoliczności i sformułowania umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka, a w szczególności” pozwala na dużą swobodę we właściwym kształtowaniu przyszłego odpisu. Podstawą wydania powyższego zarządzenia jest § 3 ust. 2 Rozporządzenia.

W opisanym zarządzeniu należy określić także zakres wyłączeń z akt głównych sprawy materiałów, które mogłyby doprowadzić do zidentyfikowania tożsamości świadka *incognito*. Będą to np. notatki urzędowe zawierające dane świadka czy jawne protokoły jego wcześniejszych przesłuchań. Bardzo wyraźnie należy już w tym miejscu zaakcentować, że w praktyce będą pojawiały się wyjątki od powyższej zasady, mające związek na przykład z dopuszczoną przez orzecznictwo i doktrynę⁵ kwestią tzw. podwójnej roli świadka *incognito*, tj. możliwości występowania jednej i tej samej osoby w jednym i tym samym postępowaniu w roli „zwykłego” świadka i świadka anonimowego, o czym niżej (zob. wzór nr 3).

• Protokół pouczenia o prawach i obowiązkach świadka anonimowego, który jest ostatnim z dokumentów wydawanych na początkowym etapie procedury związanej z dopuszczeniem tej specjalnej instytucji procesowej. Z uwagi na fakt, że na dokumencie tym znajduje się podpis świadka, konieczne jest nadanie mu klauzuli niejawności „tajne” lub „ściśle tajne”. Protokół pouczenia jest sporządzany w oparciu o § 2 ust. 5 i 6 Rozporządzenia. W protokole tym poucza się świadka anonimowego o następujących okolicznościach:

- możliwości wystąpienia, aż do zamknięcia przewodu sądowego przed sądem I instancji, o uchylenie postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności, o których mowa w ust. 1 ww. Rozporządzenia (tj. okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych),
- możliwości uchylenia w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora, a w postępowaniu sądowym przez sąd, na wniosek prokuratora, postanowienia o którym mowa w pkt. 1, oraz o ujawnieniu protokołu jego przesłuchania w charakterze świadka w całości, jeżeli okaże się, że w czasie wydania postanowienia nie istniała uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej, albo że złożył świadomie fałszywe zeznanie lub nastąpiło jego ujawnienie,
- możliwości przesłuchania świadka z użyciem urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość, a także o konieczności dostosowania się podczas przesłuchania do poleceń prowadzącego postępowanie, w celu zachowania w tajemnicy okoliczności, o których mowa w ust. 1 (zob. wzór nr 4).

Warto także odnotować, iż na mocy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 sierpnia 2015 r., zmieniającego rozporządzenie z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposoby po-

⁵ Wyrok SN (w składzie 5 sędziów) z dnia 16 czerwca 1999 r., sygn. V KKN 22/99; P. Hofmański (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–296, t. I, Warszawa 2004, s. 792.

stępowania z protokołami zeznań tego świadka (Dz. U. z dnia 16 września 2015 r., poz. 1408), wniosek dotyczący świadka, który wykonywał czynności operacyjno-rozpoznawcze (tzw. funkcjonariusz „pod przykryciem”), zawiera wyłącznie indywidualny, niepowtarzalny numer ewidencyjny jednoznacznie identyfikujący funkcjonariusza, nadany w związku z zakwalifikowaniem go do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych (dodany ust. 3a do § 2 rozporządzenia).

II. Odmowa nadania statusu świadka anonimowego

W sytuacji, w której złożony przez świadka wniosek nie daje podstaw do zastosowania instytucji świadka *incognito* z uwagi na brak istnienia przesłanek określonych w przepisie art. 184 § 1 k.p.k., prokurator, a w postępowaniu jurysdykcyjnym sąd, winien wydać postanowienie o odmowie zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. Podstawą wydania takiego postanowienia jest art. 184 § 1 k.p.k. *a contrario*.

Postanowienie sporządza się w formie jawnej, natomiast egzemplarzowi postanowienia, które jest doręczane osobie składającej wniosek o nadanie statusu świadka anonimowego, nadaje się klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne”, albowiem po pierwsze znajduje się na nim podpis świadka, data otrzymania postanowienia (jak również w przeważającej mierze sformułowanie „Potwierdzam odbiór postanowienia” lub inne podobne), po drugie pamiętać należy, że także w takim przypadku postępowanie w przedmiocie nadania statusu świadka (przez które należy rozumieć nadanie oraz odmowę nadania statusu) jest objęte tajemnicą jako informacja niejawną o klauzuli niejawności „tajne” lub „ściśle tajne”. Wynika to także z faktu, iż na wydane postanowienie osobie składającej wniosek przysługuje zażalenie do sądu, który może uchylić, bądź – w oparciu o treść art. 437 § 1 k.p.k. – zmienić treść zaskarżonego postanowienia.

W uzasadnieniu należy odnieść się do przesłanek przemawiających za nieistnieniem okoliczności uzasadniających stosowanie instytucji świadka anonimowego.

Wydane postanowienie (podobnie jak postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka) winno zostać doręczone świadkowi poprzez jego wręczenie w sposób bezpieczny dla świadka. Najczęściej odbywa się to w kancelarii tajnej prokuratury (lub sądu). Pragmatyka postępowania i wzgląd na bezpieczeństwo wnioskodawcy (zawsze trzeba mieć na uwadze, iż w wyniku ewentualnego zażalenia sąd może zaprezentować odmienną niż prokurator ocenę przesłanek stosowania instytucji z art. 184 § 1 k.p.k.) przemawiają za tym, iż zażalenie powinno zostać złożone bezpośrednio w kancelarii tajnej. Powyższe nie wynika co prawda z brzmienia przepisów, to jednak o takim sposobie postępowania (trybie złożenia zażalenia) kandydat na świadka winien zostać pouczony (zob. wzór nr 5).

W sytuacji, w której postanowienie odmawiające przyznania statusu świadka anonimowego stanie się prawomocne (z uwagi na niewniesienie zażalenia lub utrzymanie w mocy przez sąd zaskarżonego postanowienia), niezbędne jest ujawnienie w całości protokołu przesłuchania świadka, nie ma bowiem żadnych podstaw do utrzymywania go jako niejawnego. Z uwagi jednak na treść u.o.i.n. powyższe nie dokonuje się automatycznie.

Sposób postępowania zależy przede wszystkim od tego, kto jest wytwórcą dokumentów, jakie pojawiły się podczas tego etapu procedury. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 u.o.i.n., klauzulę tajności nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału. Z kolei art. 6 ust. 3 u.o.i.n. stanowi, że zniesienie lub zmiana klauzuli tajności są możliwe wyłącznie po wyrażeniu pisemnej zgody przez osobę, o której mowa w ust. 1 (tj. wytwórcę dokumentu – przyp. autora), albo jej przełożonego, w przypadku ustania lub zmiany ustawowych przesłanek ochrony, o których mowa w art. 5, z zastrzeżeniem ustępu 5. Zgodnie natomiast z ust. 5 art. 6 u.o.i.n. pisemną zgodę na wykonanie czynności, o których mowa w ustępie 3, w przypadku informacji o klauzuli „ściśle tajne” wyraża kierownik jednostki organizacyjnej, w której materiałowi została nadana klauzula tajności.

W przypadku gdy wytwórcą wszystkich dokumentów (np. postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, zarządzenia o pominięciu w sporządzonym odpisie protokołu przesłuchania świadka *incognito* wszystkich okoliczności i sformułowań umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, protokołu pouczeń o prawach i obowiązkach świadka anonimowego, a w szczególności protokołu przesłuchania świadka anonimowego), jest jeden i ten sam podmiot, np. prokurator, to decyzję w zakresie odtajnienia danych podejmuje osobiście albo prokurator referent lub kierownik danej jednostki organizacyjnej prokuratury (w przypadku gdy postępowanie toczy się w oparciu o klauzulę „tajne” – art. 6 ust. 3 u.o.i.n.), albo wyłącznie kierownik danej jednostki organizacyjnej prokuratury (w przypadku gdy postępowanie toczy się w oparciu o klauzulę „ściśle tajne” – art. 6 ust. 5 u.o.i.n.). W decyzji winny być wymienione enumeratywnie wszystkie dokumenty, w odniesieniu do których znosi się klauzulę niejawności, daty ich wydania, numery ewidencyjne nadane uprzednio w kancelarii tajnej, jak również liczba stron danego dokumentu (zob. wzór nr 6).

W przypadku gdy wytwórcą któregoś z dokumentów (np. notatki urzędowej czy protokołu przesłuchania, w którym osoba składa wniosek o zastosowanie instytucji z art. 184 k.p.k.) związanych z procedurą ustanowienia świadka anonimowego jest inny organ, np. Policja, wówczas prokurator, a w postępowaniu przygotowawczym sąd, winien skierować wniosek do wytwórcy dokumentu o zniesienie klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne” (zob. wzór nr 7).

III. Problematyka zakresu wyłączeń z materiałów jawnych danych dotyczących świadka anonimowego po nadaniu mu takiego statusu

Z literalnego brzmienia § 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia wynika, iż z akt sprawy oprócz wniosku wyłącza się również protokoły zawierające okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka, w tym jego danych osobowych. W tożsamy sposób kwestię powyższą reguluje § 13 Rozporządzenia dotyczący dokumentów, materiałów oraz nośników informacji (materiałów innych niż protokoły). Brzmienie powyższych przepisów *prima facie* nakazuje bezwzględne stosowanie się do ich treści, tj. wyłączenie ich oraz przeniesienie do zalegającego w kancelarii tajnej materiału aktowego. Czy jednak zawsze owo kurczowe trzymanie się ich literalnego brzmienia jest zgodne z celem art. 184 k.p.k.? Wydaje się, że nie. Życie jest bowiem nieco bardziej urozmaicone i stawia organy procesowe w sytuacjach nie do końca jednoznacznie unormowanych przez przepisy.

Posłużę się w tym miejscu przykładem zaczerpniętym z doświadczeń własnych, a dotyczącym problematyki tzw. podwójnego świadka. Otóż, w jednej z prowadzonych spraw, we wniosku o przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania wobec podejrzanego X, znalazł się zapis (w części dotyczącej uzasadnienia przesłanki szczególnej dotyczącej obawy mactwa) o konieczności przesłuchania w charakterze świadka Y (podano także planowany termin przesłuchania). Już w tym miejscu wskazać należy, że w aktach sprawy znajdowały się notatki urzędowe Policji wskazujące na częste wspólne przebywanie X i Y, co automatycznie powodowało konieczność przesłuchania Y (przy czym z uwagi na zawarte w nich treści nie sposób było wyobrazić sobie możliwości ich wyłączenia). Następnie osoba Y została przesłuchana w charakterze świadka. W wyniku pracy operacyjnej funkcjonariuszy Policji udało się ustalić, że Y zdecydowany jest ujawnić wszelkie okoliczności dotyczące badanego zdarzenia, jednakże z uwagi na osobę podejrzanego X i uzasadnioną realną obawę o swoje życie, będzie to mógł zrobić tylko jako świadek anonimowy. Tak też się stało.

W takiej jak opisana sytuacji literalne brzmienie § 3 i 13 Rozporządzenia oznaczałoby konieczność wyłączenia z akt głównych jawnych pierwszego (jawnego) protokołu przesłuchania Y oraz innych dokumentów (notatek policyjnych), w których ujawnione były dane tego świadka. Tymczasem jednym z podstawowych obowiązków organu procesowego w stosunku do świadka *incognito* jest uniemożliwienie poznania przez strony jego tożsamości (zob. *per analogiam* postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2007 r., sygn. III KK 106/07). Jak wskazano w opisywanym przykładzie, Y został przesłuchany po raz pierwszy dopiero po przedłużeniu tymczasowego aresztowania wobec podejrzanego X (a zatem na moment stosowania

tego środka podejrzany X wiedział, że działania organów ścigania zmierzają do przesłuchania Y, a z uwagi na okoliczności sprawy brak było jakichkolwiek podstaw do niezrealizowania tej czynności), przy czym wniosek o złożenie zeznań w trybie art. 184 k.p.k. świadek Y złożył na dalszym etapie śledztwa.

Tym samym to właśnie wypięcie z akt głównych śledztwa pierwszego (jawnego) protokołu zeznań Y oraz opisanych powyżej notatek urzędowych Policji powodowałoby realne ryzyko ujawnienia jego tożsamości. Wynikało to z faktu, że irracjonalnym działaniem ze strony organów ścigania byłoby zrezygnowanie z przesłuchania tak istotnego świadka, jakim był Y, w sytuacji, gdy nic nie stało na przeszkodzie jego przesłuchaniu. Zasadne przy tym jest pouczenie świadka, mającego występować w „podwójnej roli”, o tym fakcie. Wskazać także należy, że sytuacja, w której (na skutek wniosku podejrzanego o ponowne przesłuchanie w toku postępowania jurysdykcyjnego Y-ka jako świadka zwykłego) doszło by do złożenia przez tegoż świadka zeznań świadomie odbiegających od depozycji składanych jako świadek *incognito*, winna być oceniona jako działanie przez świadka Y w warunkach stanu wyższej konieczności.

W wyroku z dnia 27 października 2010 r., sygn. V KK 119/10, Sąd Najwyższy podniósł, iż „W orzecznictwie zasadnie wskazuje się, iż dokonywanie wykładni polega na zastosowaniu wszystkich jej metod, a zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie oznacza, że w tym procesie wolno ignorować wykładnię systemową i funkcjonalną. Zasady pierwszeństwa wykładni językowej nie należy fetyszyzować, jeżeli bowiem przeprowadzi się proces wykładni także przez pozostałe jej typy, i to niezależnie od tego, czy uzyskano już wcześniej jednoznaczność interpretowanych zwrotów, to jest możliwe stwierdzenie zaistnienia ważnych racji przemawiających za odstępieniem od wykładni gramatycznej”. Niewątpliwie za „ważną rację” musi być uznana ta, związana z ochroną tożsamości świadka anonimowego.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że § 3 ust. 1 (zdanie 2) Rozporządzenia stanowi, iż z akt sprawy wyłącza się również protokoły zawierające okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka, w tym jego danych osobowych. A *contrario* nie wyłącza się protokołów zawierających okoliczności uniemożliwiające ujawnienie tożsamości świadka.

W procesie wykładni nie można bowiem automatycznie utożsamiać pojęcia z § 3 ust. 1 (zd. 2) Rozporządzenia „protokoły zawierające okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka” z każdym protokołem przesłuchania tego świadka sprzed wydania postanowienia z art. 184 k.p.k. Ocena taka nie może być czyniona *in abstracto*, lecz *in concreto*, i musi być podparta analizą realiów danej sprawy. Innymi słowy dopiero komplementarna ocena wszystkich okoliczności występujących w ramach śledztwa pozwolić może na ustalenie, które protokoły w sensie materialnym (a nie jedynie formalnym) zawierają okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka.

Przedstawiona powyżej argumentacja kładąca w szczególności nacisk na wykładnię celowościową doznaje dodatkowego wzmocnienia z uwagi na dopuszczenie przez doktrynę, jak i orzecznictwo tolerowania w jednym postępowaniu występowania jednej osoby w podwójnej roli, a to świadka jawnego, jak i świadka anonimowego [zob. P. Hofmański (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–296, t. I, Warszawa 2004, s. 792 i cyt. tam orzecznictwo].

Tym samym w opisywanym powyżej przykładzie uznano, iż mając na uwadze wszystkie podniesione powyżej okoliczności, zagrożeniem dla dekonspiracji świadka Y byłoby właśnie wyłączenie z akt jawnych protokołu jego pierwszego (jawnego) przesłuchania oraz innych dokumentów (notatki policyjne), podczas gdy niewypinanie ich z akt jawnych odsuwało jakiegokolwiek podejrzenia, iż świadek Y jest także świadkiem *incognito*.

IV. Przesłuchanie świadka *incognito* w toku postępowania przygotowawczego

Przesłuchanie świadka anonimowego winno być prowadzone w takim miejscu, by zapewnić świadkowi bezpieczeństwo, co wynika wprost z treści § 5 Rozporządzenia. Możliwości w tym zakresie są praktycznie niewyczerpane. Przeprowadzenie tej czynności na etapie postępowania przygotowawczego nie napotyka większych trudności organizacyjnych w przeciwieństwie do przesłuchania świadka anonimowego w toku postępowania sądowego. Wynika to z zasady tajności (inkwizycyjności) postępowania przygotowawczego, gdzie do udziału w niej nie są dopuszczone żadne osoby poza przesłuchującym i ewentualnie funkcjonariuszem Policji. Poza tym, w toku postępowania przygotowawczego, z uwagi na brak konieczności informowania o tej czynności kogokolwiek (w przeciwieństwie do rozprawy, gdzie o terminie muszą być poinformowane wszystkie strony), przesłuchanie może odbyć się w dowolnie ustalonym przez prokuratora terminie. Uważam, że na etapie postępowania przygotowawczego, z uwagi na konieczność dążenia do maksymalnego ograniczenia liczby osób, którym są znane dane świadka anonimowego, prokurator winien osobiście sporządzać protokół z tej czynności, z wyłączeniem korzystania z osoby protokolanta (w praktyce pracownika sekretariatu, który posiada dostęp do informacji o klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne”). Powodem do zachowania w tym przypadku maksymalnych środków ostrożności jest fakt, iż instytucja świadka anonimowego stosowana jest – jak wskazuje praktyka – w śledztwach o najpoważniejszym ciężarze gatunkowym, w tym dotyczącym przestępczości zorganizowanej. W tego typu sprawach, gdzie niejednokrotnie zeznania świadka anonimowego stanowią niezwykle istotną część materiału dowodowego, przeciwnicy procesowi (podejrzani) mogą czynić starania dotyczące niezgodnego z prawem wejścia

w posiadanie informacji dotyczących tożsamości świadka anonimowego. Wiedząc, że w przesłuchaniu świadka anonimowego brał udział wymieniony z imienia i nazwiska protokolant (np. pracownik sekretariatu), istnieje ryzyko czynienia przez podejrzanego „podejść” pod taką osobę przy wykorzystaniu chociażby takich metod, jak groźba czy obietnica uzyskania korzyści finansowej za ujawnienie tożsamości świadka. Wprawdzie § 16 ust. 2 Rozporządzenia nie pozwala na ujawnianie w jawnym odpisie protokołu danych dotyczących protokolanta i specjalisty, to jednak – jak już wzmiankowano – życie i realia procesowe nie zawsze są takie, jak nakazują przepisy, a sfera powinności niekoniecznie jest tożsama ze sferą rzeczywistości.

Uwagi na temat sposobu przesłuchania świadka anonimowego zacząć należy od tego, że protokół z tej czynności tak naprawdę nie różni się niczym od protokołu przesłuchania „zwykłego” świadka, poza tym, że nadana jest mu klauzula niejawności. Przepisy nie definiują, jak (od strony merytorycznej) ma przebiegać ta czynność. Mowa jest tylko o tym, iż przesłuchanie winno odbyć się w takim miejscu, które gwarantuje świadkowi maksymalne bezpieczeństwo. Przesłuchanie świadka przez prokuratora, a także przez sąd, powinno odbywać się w specjalnie w tym celu przygotowanym pomieszczeniu, zapewniającym świadkowi bezpieczeństwo i zachowanie w tajemnicy okoliczności dotyczących tożsamości świadka. Pomieszczenie może znajdować się również poza siedzibą sądu lub prokuratury prowadzących postępowanie. Na mocy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 sierpnia 2015 r. zmieniającego rozporządzenie z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposoby postępowania z protokołami zeznań tego świadka (Dz. U. z dnia 16 września 2015 r., poz. 1408) został wprowadzony obligatoryjny nakaz przesłuchania świadka anonimowego będącego funkcjonariuszem „pod przykryciem” i posługującego się tzw. dokumentami legalizacyjnymi poza siedzibą sądu lub prokuratury (dodany ust. 2 do § 6 rozporządzenia). Pomieszczenie winno posiadać zabezpieczenia uniemożliwiające dostęp osób nieupoważnionych podczas przesłuchania, jak również wykluczające możliwość ujawnienia tożsamości świadka. Sposób sprowadzenia świadka do miejsca przesłuchania (a także opuszczenie tego miejsca) powinien zapewniać świadkowi bezpieczeństwo oraz zachowanie w tajemnicy jego wizerunku, głosu i wszelkich innych danych, które mogłyby go zdekonspirować. Powyższe elementy najczęściej są pozostawione do wykonania organom Policji, choć z uwagi na wagę stosowanej instytucji prokurator winien być poinformowany o technicznej stronie zabezpieczenia.

Dotychczasowa praktyka autora związana ze stosowaniem instytucji świadka anonimowego wskazuje na dwa modele prowadzenia przesłuchania. Pierwszy z nich polega na protokolowaniu wszystkich wypowiedzi

świadka, w żaden sposób na tym etapie niezmienionych. Taki sposób protokolowania rodzić będzie natomiast pewne konsekwencje, o których mowa będzie w dalszej części artykułu w punkcie VI. Drugi polega na zamieszczeniu, w początkowej części protokołu (zawierającej depozycje świadka), adnotacji czynionej przez prokuratora/sędziego z urzędu, iż narracja protokołu będzie prowadzona w trzeciej osobie liczby pojedynczej, tj. „świadek widział”, „świadek słyszał”, co eliminuje chociażby problem końcówek osobowych, z którym – na etapie sporządzania odpisów – przyjdzie się zmierzyć osobie sporządzającej odpis (o czym dalej).

Jedynie na marginesie można wskazać także na trzeci model protokolowania wypowiedzi świadka anonimowego (autor spotkał się z nim w toku jednego z postępowań sądowych), sprowadzający się do protokolowania tylko tych wypowiedzi, które w żaden sposób nie będą identyfikować świadka, z pominięciem w wypowiedzi świadka form osobowych składni i zastąpieniu ich odpowiednimi formami bezosobowymi (np. „ja widzieć”, „ja słyszeć”) lub protokolowaniu ich w sposób opisany powyżej w modelu drugim. Jedyny minus tej metody polega na tym, iż organ procesowy, sporządzając niejawną protokół, musi „na gorąco” podejmować decyzje, które fragmenty wypowiedzi świadka pominąć, a które zaprotokołować, co nie zawsze może być w czasie przesłuchania możliwe oraz – co ważniejsze – bezpieczne dla świadka. Powyższa metoda także ma swoje skutki w sytuacji sporządzania jawnych odpisów (o czym niżej).

V. Uchylenie statusu świadka *incognito*

Przepis art. 184 § 8 k.p.k. przewiduje ściśle określony krąg przypadków, w których może dojść do uchylenia statusu świadka anonimowego. Są nimi: 1) ustalenie, że w czasie wydania postanowienia o nadaniu statusu świadka anonimowego nie istniała uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej, 2) świadek złożył świadomie fałszywe zeznania, 3) nastąpiło jego ujawnienie. W wymienionych przypadkach prokurator w postępowaniu przygotowawczym, a w postępowaniu sądowym sąd, na wniosek prokuratora, może uchylić to postanowienie. Przepis § 5 stosuje się odpowiednio. Protokół przesłuchania świadka podlega ujawnieniu w całości (§ 8).

Analiza wymienionych okoliczności wskazuje, iż zaistnienie którejkolwiek z nich stwarza organowi procesowemu możliwość uchylenia statusu świadka anonimowego. Nie jest to zatem obowiązek.

W takim przypadku prokurator lub sąd winien wydać postanowienie o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. W przeciwieństwie do postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, które jest dokumentem jawnym, postanowienie o uchy-

leniu statusu świadka anonimowego winno być opatrzone klauzulą niejawności „tajne” lub „ściśle tajne”, albowiem, po pierwsze, należy w nim precyzyjnie wskazać powody uchylenia uprzednio wydanego postanowienia z odniesieniem się do konkretnych elementów stanu faktycznego (które to elementy mogą świadka dekonspirować), po drugie dlatego, że z postanowieniem tym zapoznaje się jedynie świadek anonimowy, po trzecie, wskazać należy, że wydanie takiego postanowienia stanowi początek incydentalnego postępowania jakim może być postępowanie zażaleniowe, które – co wynika z wyraźnego brzmienia art. 184 § 5 k.p.k. – objęte jest tajemnicą jako informacja o klauzuli niejawności „tajne” lub „ściśle tajne” (zob. wzór nr 8).

Istnieje także i czwarty przypadek, w którym status świadka anonimowego ulega uchyleniu, przy czym w odróżnieniu od sytuacji z art. 184 § 8 k.p.k. dzieje się to obligatoryjnie. Jest nim przekształcenie się roli procesowej, w jednym i tym samym postępowaniu, ze świadka anonimowego na podejrzanego. W jednym z prowadzonych śledztw doszło do sytuacji, w której osoba X (z uwagi na zbyt skąpe, na czas wydania postanowienia o nadaniu statusu świadka anonimowego, ustalenia faktyczne w zakresie przebiegu zdarzenia będącego przedmiotem postępowania) występowała jako jeden ze świadków anonimowych. Następnie, po uzyskaniu szeregu innych dowodów (i co ważne, po pozytywnym ich zweryfikowaniu), okazało się, iż osoba X: po pierwsze celowo wprowadzała organy ścigania w błąd (przesłanka fakultatywnego uchylenia statusu świadka opisana powyżej w pkt. 2), po drugie w sposób czynny uczestniczyła w inkryminowanym zdarzeniu będącym przedmiotem śledztwa. Następstwem poczynionych ustaleń było przedstawienie osobie X zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 239 § 1 k.k. (w zakresie zasadniczego wątku śledztwa). Na dalszym etapie osoba X została oskarżona i prawomocnie skazana za wymieniony czyn.

W opisywanym powyżej przypadku rozważenia wymagało, jak należy postąpić z materiałami niejawnymi dotyczącymi osoby X, która zmieniła status procesowy ze świadka na podejrzanego.

Niezbędne było bowiem ustalenie: a) czy sam fakt zmiany roli procesowej ze świadka na podejrzanego zwalniał prokuratora od konieczności wydania postanowienia o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka – jako bezprzedmiotowego⁶ – z uwagi właśnie na fakt, iż X z mocy prawa utracił status świadka (to, że anonimowy jest w tym momencie bez jakiegokolwiek znaczenia, bowiem świadek anonimowy niczym nie różni się od klasycznego świadka, poza tym, że jego tożsamość nie jest znana nikomu poza sądem, prokuratorem i, w wyjątkowych sytuacjach, funkcjonariuszem Policji); b) czy

⁶ Skoro X jest podejrzanym, to z mocy prawa upadają wszelkie konsekwencje procesowe jego uprzedniego bycia świadkiem, w tym wynikające z uzyskanego statusu świadka anonimowego.

też, pomimo iż X stał się podejrzanym, należało wydać wobec niego postanowienie o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, doręczyć go X-owi oraz ewentualnie przejść przez procedurę zażaleniovą⁷?

Kwestię tą rozstrzygnięto w ten sposób, że o ile nie budziło jakichkolwiek wątpliwości na płaszczyźnie materialnej, że osoba X przestała być świadkiem, a stała się podejrzanym ze wszystkimi tego konsekwencjami, o tyle na płaszczyźnie procedury stosowania instytucji świadka anonimowego uznano, iż konieczne jest formalne uporządkowanie całości dokumentacji zalegającej w kancelarii tajnej dotyczącej świadka.

W przypadku bowiem niewydania przez prokuratora postanowienia o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka kancelaria tajna nie miałaby jakiegokolwiek podstawy do zniesienia klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne” z dokumentacji dotyczącej świadka. Konsekwencją powyższego – w sytuacji skierowania aktu oskarżenia – byłoby przekazanie materiałów niejawnych do sądu. Następnie, na etapie postępowania sądowego mogłoby dojść do sytuacji, w której współoskarżony (posiadający wiedzę o zastosowaniu instytucji świadka anonimowego z uwagi na uprzednio doręczone mu postanowienie w tym przedmiocie), nie wiedząc, iż świadkiem anonimowym był inny z oskarżonych, tj. X, złożyłby wniosek o przesłuchanie świadka anonimowego. Tym samym dla klarownego rozwiązania kwestii *stricte* organizacyjnych związanych ze specyfiką funkcjonowania i ewidencjonowania dokumentów niejawnych stoję na stanowisku, że w sytuacji zmiany statusu świadka anonimowego na podejrzanego/oskarżonego należy wydać postanowienie o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, gdzie jako podstawę winno wskazać się art. 184 § 8 k.p.k., co sprowadza się do tego, że świadek złożył świadomie fałszywe zeznania. Powyższe wprowadza przejrzystość w materiale aktowym.

Oczywiście, o ile innego stanowiska, tj. że nie ma potrzeby wydawania postanowienia o uchyleniu statusu świadka anonimowego (jako swobodnego *superfluum*), nie sposób uznać za jednoznacznie błędne, o tyle może ono rodzić opisane powyżej komplikacje natury organizacyjnej wynikające z zasad działania kancelarii tajnej i postępowania z dokumentami niejawnymi i wprowadzać niepotrzebny chaos.

Powyższa kwestia – w przypadku materiałów jawnych i układu procesowego: tradycyjny świadek stający się następnie podejrzanym – nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Protokół przesłuchania w charakterze świadka zalega w aktach jawnych sprawy i jest przesyłany do Sądu wraz z całością

⁷ Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że w takim jak opisywany przypadek zażalenie zapewne uznane zostałoby jako bezprzedmiotowe, o ile nawet nie zostałoby uznane jako wniesione przez osobę nieuprawnioną (X jest podejrzanym, a nie świadkiem).

materiału dowodowego, tyle tylko, że brak jest możliwości jakiegokolwiek jego wykorzystania.

Inną mogącą wystąpić sytuacją jest ta, w której w toku postępowania przygotowawczego, świadek anonimowy, który złożył już zeznania, zmarł. W takim przypadku w żadnym wypadku nie powinno dochodzić do uchylenia statusu świadka anonimowego, albowiem pomimo śmierci świadka nadal może zachodzić uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia osób dla świadka najbliższych.

VI. Sporządzenie odpisów z protokołów przesłuchania świadka *incognito* w postępowaniu przygotowawczym

Sporządzanie odpisów z protokołów przesłuchania świadków *incognito* jest niewątpliwie najtrudniejszą z czynności związanych z procedurą świadka anonimowego. Wynika to z faktu, iż to właśnie ten dokument jest udostępniany stronom, w tym podejrzanemu/oskarżonemu i jego obrońcy, i tylko on może być podstawą czynienia przez sąd ustaleń faktycznych (art. 410 k.p.k.). To właśnie prawidłowe sporządzenie odpisu gwarantuje świadkowi, iż żadne okoliczności umożliwiające ujawnienie jego tożsamości nie zostaną poznane przez jakąkolwiek osobę, w szczególności podejrzanego/oskarżonego, dla którego zeznania świadka anonimowego są zazwyczaj jednym z istotniejszych dowodów obciążających.

Decydując się na zastosowanie instytucji z art. 184 § 1 k.p.k., organy procesowe biorą na siebie obowiązek podjęcia wszelkich działań mających na celu ochronę tożsamości świadka. Możliwość złożenia przez świadka zeznań w trybie określonym w wymienionym powyżej przepisie jest swoistym kredytem zaufania, jakim świadek obdarowuje organy ścigania czy wymiaru sprawiedliwości stosujące tę instytucję. O ile w sytuacji, gdy zeznania świadka *incognito* pozostają „tajne” lub „ściśle tajne”, to „splata” owego kredytu – przyjmująca postać prawidłowego zabezpieczenia tożsamości świadka – nie jest zbyt trudna do realizacji przez organy procesowe (oryginalny protokół zalega bowiem w kancelarii tajnej i nie jest nikomu – poza uprawnionymi organami – udostępniany), o tyle prawdziwa weryfikacja podstawy organu procesowego, będąca elementem należytego wywiązania się ze swoistego zobowiązania⁸, następuje właśnie w fazie sporządzania jawnego⁹ odpisu. W sytuacji bowiem, gdy odpis zostanie źle sporządzony, świadkowi może grozić bardzo poważne i realne niebezpieczeństwo.

⁸ Chodzi tutaj o swoistego rodzaju porozumienie procesowe pomiędzy świadkiem a organem procesowym polegające na podjęciu przez świadka decyzji o złożeniu zeznań w zamian za zobowiązanie organów procesowych do zapewnienia świadkowi absolutnej (*par excellence*) anonimowości.

⁹ O tym, czy w każdym wypadku odpis protokołu przesłuchania świadka winien być jawny, będzie mowa w dalszej części artykułu.

W pierwszej kolejności wskazać należy na jedną z fundamentalnych zasad dotyczących świadka anonimowego. Chodzi o to, że już na najwcześniejszym etapie podjęcia decyzji o zastosowaniu tej instytucji organ procesowy winien zadać sobie pytanie, czy uwarunkowania faktyczne konkretnej sprawy pozwolą na zachowanie w tajemnicy wszelkich okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka. Jedynie przykładowo można wymienić takie elementy, jak np.: liczba osób będących świadkami zdarzenia (nie sposób wyobrazić sobie możliwości przyznania statusu świadka anonimowego jednemu naocznemu świadkowi przestępstwa, który jest znany sprawcy, czy też osobie, której sprawca przestępstwa opowiadał o dokonanym przez siebie czynie zabronionym, o ile nie ma pewności, iż informacji na ten temat nie przekazywał nieograniczonej liczbie osób – co też się może zdarzyć) czy też okoliczności dotyczące miejsca zdarzenia (może zdarzyć się, że do danego miejsca, w którym dokonano czynu zabronionego miał dostęp ściśle określony – niewielki, a zatem możliwy do zidentyfikowania, krąg osób). Zakresu tych zmiennych nie sposób wymienić, będą one determinowane za każdym razem konkretną sprawą. Jeśli zatem po wstępnej, początkowej ocenie organ procesowy dojdzie do wniosku, że sprawca na podstawie samych depozycji świadka będzie mógł go zidentyfikować, należy odstąpić od zastosowania omawianej instytucji. Pojawia się bowiem konflikt dwóch wartości, tj. interesu śledztwa oraz interesu w postaci życia i zdrowia świadka, który to konflikt winien być jednoznacznie rozstrzygany na korzyść drugiego z wymienionych.

Przystępując do wykonywania jawnych odpisów, organ procesowy (prokurator czy sąd) winien perfekcyjnie znać materiał dowodowy. Chodzi tutaj o każdy element materiału aktowego, każdy niuans, bowiem nawet najdrobniejszy szczegół może mieć fundamentalne znaczenie dla zapewnienia anonimizacji. Co więcej, organ procesowy winien znać nie tylko te elementy stanu faktycznego, które bezpośrednio wynikają z akt sprawy i stanowią materiał *stricte* procesowy, ale w modelowym układzie (a jest on do osiągnięcia przy dobrej współpracy z Policją) także i te, które mogą wynikać z ustaleń operacyjnych Policji. Jak bowiem uczy praktyka, niejednokrotnie nawet niedające się procesowo zweryfikować informacje operacyjne cechują się przymiotem prawdy obiektywnej.

W najprostszym ujęciu, sporządzanie odpisów to intelektualna praca prokuratora czy sądu, polegająca na czytaniu, w warunkach kancelarii tajnej, oryginalnego, a więc „tajnego” lub „ściśle tajnego” protokołu przesłuchania świadka anonimowego i podejmowaniu decyzji, które fragmenty, tj. poszczególne zdania czy wyrazy, z tego protokołu usunąć, a które zostawić w sporządzanym odpisie. Raz jeszcze należy podkreślić, że doskonała znajomość materiałów sprawy jest zatem tutaj bezwzględnie wymaganym warunkiem. Wynika to z faktu, że organ procesowy musi cechować się niezwy-

klą przewidywalnością, które elementy należy pominąć, a które nie, tak aby nie dopuścić do możliwości dekonspiracji. Oczywiście, podstawowymi elementami wymagającymi usunięcia są te dotyczące danych osobowych (imię i nazwisko, data urodzenia, miejsce zamieszkania, pseudonimy, głos świadka itd.), ale ich wychwycenie i pominięcie z reguły nie nastręcza większych problemów. Sporządzając odpis, o wiele trudniej dostrzec te fragmenty zeznań, które *prima facie* mogą wydawać się bez znaczenia dla zachowania w tajemnicy okoliczności związanych z tożsamością świadka, a tak naprawdę są dla jego bezpieczeństwa równie istotne co pierwsze z wymienionych. Bezwzględnie należy zatem brać pod uwagę na przykład opisywany przez świadka kontekst sytuacyjny, w którym dane zdarzenie się rozgrywało, osoby, które przy tym były obecne¹⁰, wszystkie okoliczności związane z wyglądem, ubiorem, płcią, posturą, sposobem poruszania się, charakterystycznymi odruchami bezwarunkowymi – tzw. „tikami”, specyficznymi wyrażeniami, jakich świadek używa, a nawet czasem i miejscem przesłuchania¹¹. Krąg tych elementów jest niemożliwy do wymienienia, bowiem wynika za każdym razem z okoliczności danej sprawy. Tym samym, sporządzając odpis, organ procesowy winien kierować się ogromnym wyczuciem i najwyższego stopnia ostrożnością. W żadnym wypadku przy sporządzaniu odpisu nie jest wskazany pośpiech, bowiem może stanowić on źródło pomyłek i być tym samym potencjalnym źródłem zagrożenia dla świadka. Niezbędne wydaje się także parokrotne sprawdzenie odpisu, czy aby na pewno nie zawiera jakichś elementów, które mogłyby narazić świadka na dekonspirację – czyli dokonanie tzw. autokorekty.

W tym miejscu należy powrócić do omawianej wcześniej metodyki protokolowania wypowiedzi świadka w „oryginalnym”, czyli niejawnym protokole. Pierwsza z nich polegała na protokolowaniu wszystkich wypowiedzi świadka w żaden sposób na tym etapie niezmienionych. Sporządzenie odpisu z takiego protokołu wymaga najwięcej pracy ze strony organu procesowego, bowiem niezależnie od potrzeby pominięcia wymienionych powyżej okoliczności, należy pamiętać, że w odpisie konieczna jest zamiana form czasownikowych na formy bezokolicznikowe. Zobrazować to może poniższy przykład. Zdanie z oryginalnego protokołu o treści „Jak już powiedziałam, o zabójstwie dowiedziałam się w okolicznościach, o jakich mówiłam powyżej”, w sporządzonym odpisie winno zostać zredagowane w sposób następujący: „Jak już powiedzieć (na oryginale cza-

¹⁰ W jednym z nadzorowanych śledztw, świadek anonimowy relacjonował wypowiedź podejrzanego, wskazując nie tylko na czas i miejsce tej wypowiedzi, ale także na osoby, które oprócz świadka były przy tym obecne. Niezbędne zatem stało się pominięcie imion i nazwisk tych osób.

¹¹ W jednej ze spraw konieczne było utajnienie także nazwy miejscowości, w której prowadzone było przesłuchanie, a nawet wymienienie daty dziennej i miesięcznej (pozostawiono jedynie informację dotyczącą roku przesłuchania), albowiem ich ujawnienie z uwagi na specyfikę miejsca prowadzenia czynności mogło doprowadzić do dekonspiracji tożsamości świadka.

sownik – forma przeszła) o zabójstwie dowiedzieć (na oryginale czasownik – forma przeszła) się w okolicznościach, o jakich mówić (na oryginale czasownik – forma przeszła) powyżej”. Powyższe pozwala na ukrycie płci świadka. Podobnie rzecz się przedstawia z przymiotnikami (np. „ładna” – „ładnie”). Trudność z tym związana wynika z faktu, iż prokurator/sąd wie, jakiej płci jest świadek, i czytając protokół niezwykle łatwo o pominięcie jakiegoś elementu, do którego nasz umysł jest niejako podświadomie przyzwyczajony.

Analogiczna metoda może być stosowana w przypadku, gdy świadek relacjonuje wypowiedzi osób trzecich. Ukrycie tożsamości takich osób też jest niejednokrotnie konieczne, bowiem sprawca, wiedząc, kto świadkowi anonimowemu przekazał daną informację, mógłby bez problemu do takiej osoby dotrzeć i uzyskać wiedzę na temat tego, komu osoba ta składała konkretną relację. Unaocznia to następujący przykład, gdzie zdanie „Powiedział, że została zabita na plaży nad jeziorem”, w sporządzonym odpisie winno brzmieć: „Powiedzieć (na oryginale czasownik – forma przeszła; czasownik nie określa świadka *incognito*, a osobę, która świadkowi przekazywała relację o zabójstwie), że została zabita na plaży nad jeziorem”.

Sporządzając odpis protokołu przesłuchania świadka i dokonując zmian, jak w podanych powyżej przykładach, uważam, iż w tzw. kwadratowych nawiasach, winny znaleźć się wyjaśnienia w zakresie przyjętej techniki redakcyjnej.

Przyjmując drugą z omówionych wcześniej technik sporządzania oryginalnego protokołu, polegającą na zamieszczeniu w początkowej części protokołu adnotacji czynionej przez prokuratora/sędziego z urzędu, iż narracja protokołu będzie prowadzona w trzeciej osobie liczby pojedynczej, tj. „świadek widział”, „świadek słyszał”, organ procesowy – na etapie sporządzania odpisu – ułatwia sobie pracę, albowiem sposób redakcji oryginalnego protokołu niemal w całości eliminuje problem opisanych powyżej końcówek osobowych. Poza tym wszelkie inne zasady są identyczne jak w pierwszym z omawianych przypadków.

Z kolei trzecia z opisanych powyżej metod protokołowania jest najmniej pracochłonna na etapie sporządzania odpisów, bowiem odpis od oryginału różnić się będzie *de facto* pominięciem informacji na temat danych osobowych świadka – jego imiona, nazwiska itd., które w każdym protokole znajdują się przed właściwą jego treścią, tj. zeznaniami.

Niezależnie od powyższego należy pamiętać, iż zgodnie z treścią § 4 ust. 2 Rozporządzenia w odpisie winna znaleźć się informacja o postanowieniu, na mocy którego utajniono dane świadka oraz zarządzeniu określającym zakres wyłączeń z podaniem daty wydania postanowienia i zarządzenia oraz numeru porządkowego postanowienia w stosownych dziennikach ewidencyjnych, pod którymi dane osobowe świadka zostały po raz pierwszy zarejestrowane.

Wskazać także należy, iż ani przepisy k.p.k., ani wzmiankowanego Rozporządzenia nie przewidują, jak winien wyglądać i jak winno się sporządzać

odpis protokołu przesłuchania świadka anonimowego. Tym samym organ procesowy ma w tym zakresie niczym nieskrępowane pole działania. Ograniczony jest tak naprawdę jednym jedynym wymogiem – niedoprowadzeniem do ujawnienia tożsamości świadka. Niemniej jednak chciałem zaproponować takie redagowanie odpisu, by w sposób jak najbardziej zbliżony – w zakresie szaty graficznej – odpowiadał rzeczywistemu protokołowi. Polega to na tym, iż dana strona odpisu odpowiada danej stronie oryginalnego protokołu, a treść zeznań świadka w sporządzanym odpisie nie jest zapisywana jednym ciągiem, lecz w zakresie ułożenia odpowiada (w miarę możliwości) usytuowaniu w oryginalnym protokole. Powoduje to, iż odpis protokołu przesłuchania świadka *incognito* jest w zakresie wyglądu jak najbardziej zbliżony do niejawnego oryginału (zob. wzór nr 9).

W praktyce może wystąpić także sytuacja, że po ustanowieniu instytucji świadka anonimowego i odebraniu od niego zeznań, ich treść będzie tego rodzaju, iż niemożliwym stanie się takie wykonanie odpisu, by z jednej strony uniemożliwić ujawnienie tożsamości świadka, z drugiej zaś by nie pominąć tych fragmentów zeznań, które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie. Z brzmienia art. 184 § 1 k.p.k. wynika, iż anonimizowane mogą być te fragmenty zeznań, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. W takiej sytuacji wydaje się, iż jedynym rozwiązaniem będzie zrezygnowanie przez organ procesowy z wykorzystania dowodu z zeznań świadka anonimowego.

Kończąc omawianie problematyki sporządzania odpisu protokołu przesłuchania świadka anonimowego, należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, odpis protokołu przesłuchania świadka anonimowego jest co do zasady jawny i udostępniany stronom postępowania, a następnie ujawniany w toku postępowania sądowego. Zatem, tylko na podstawie jawnego odpisu sąd może dokonywać ustaleń faktycznych. Ochrona i zakres treści pominiętych w protokole jest związana *stricte* z osobą świadka i elementami, których ujawnienie mogłoby narazić na dekonspirację świadka (tzw. pierwszy poziom ochrony). Można natomiast wyobrazić sobie sytuację, gdzie niezależnie od faktu pominięcia wszelkich elementów mogących doprowadzić do ujawnienia tożsamości świadka, w sporządzanym odpisie protokołu będą zawarte informacje prawnie chronione objęte u.o.i.n. o klauzulach od „zastrzeżone” do „ściśle tajne”. Inaczej mówiąc, owe informacje nie będą związane z osobą świadka i jego danymi, a z treścią informacji, jakie świadek przekazuje, np. świadek zeznaje na temat jakichś okoliczności związanych z obronnością kraju, które stanowią informację „ściśle tajną” (tzw. drugi poziom ochrony). W takim przypadku odpis protokołu przesłuchania świadka anonimowego winien zostać opatrzony odpowiednią klauzulą tajności, przy czym raz jeszcze należy podkreślić – nie z uwagi na konieczność ochrony tożsamości świadka (bowiem w odpisie protokołu nie będą zawarte jakie-

kolwiek dane mogące narazić świadka na dekonspirację), a z uwagi na treść informacji przez świadka (odpowiednio w odpisie utajnionego) przekazanych. W takim przypadku odpis protokołu opatrzony winien zostać odpowiednią klauzulą tajności – jednakże na przykład przy wykonywaniu czynności określonych w art. 321 k.p.k. może zostać w stosownym trybie ujawniony stronom postępowania i jako taki być podstawą wyrokowania (inaczej przy oryginale protokołu, który poza prokuratorem, sądem i w szczególnie uzasadnionych wypadkach funkcjonariuszem Policji nie może być ujawniony). Po drugie, z wyraźnego brzmienia § 16 ust. 2 Rozporządzenia, wynika, że w sporządzanych odpisach nie wolno ujawniać danych protokolanta i specjalisty, którzy są obecni w miejscu składania przez świadka zeznań. Celem takiej regulacji jest uniemożliwienie podejrzanym/oskarżonym dotarcie do takich osób i skłonienie ich, przy wykorzystaniu szerokiej gamy środków nacisku, do ujawnienia danych świadka anonimowego. Co prawda, z treści art. 184 § 4 k.p.k. wynika, że w razie przesłuchania świadka przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość w protokole czynności z udziałem specjalistów należy wskazać ich imiona, nazwiska, specjalności i rodzaj wykonywanej czynności, to jednak przepis ten dotyczy oryginalnego, a więc „tajnego” lub „ściśle tajnego” protokołu, a nie jego odpisu, którego zakres jest regulowany m.in. treścią wymienionego § 16 ust. 2 Rozporządzenia. Tym samym odpis protokołu przesłuchania świadka anonimowego winien być podpisany wyłącznie przez prokuratora lub sędziego.

VII. Przesłuchanie świadka *incognito* w toku postępowania jurysdykcyjnego

Jeśli chodzi o sposoby przesłuchania świadka *incognito* w toku postępowania sądowego, podnieść należy, że szereg technik zostało omówionych we wskazanej na wstępie artykułu monografii P. Wilińskiego¹². W tym miejscu pragnę zaprezentować natomiast sposób, w jaki został przesłuchany świadek anonimowy w jednej ze spraw na etapie postępowania jurysdykcyjnego¹³. Otóż, jej realia były takie, że absolutnie żaden element dotyczący osoby świadka – pomijając tak oczywiste kwestie, jak dane osobowe – tj. wzrost, postura, sposób poruszania się nie mogły być ujawnione oskarżonym. Jedynie na marginesie wskazać należy, że może zdarzyć się sytuacja (na przykład w sprawach narkotykowych czy dotyczących handlu ludźmi), w której świadkami anonimowymi będą funkcjonariusze Policji działający „pod przykryciem” i posługujący się dokumentami legalizacyjnymi podczas operacji specjalnych. Podejrzani /oskarżeni wiedzą zatem, z jaką osobą do-

¹² P. Wiliński, *Świadek incognito...*, op. cit., s. 342–397.

¹³ Postępowanie o sygn. III K 202/11 Sądu Okręgowego w Krakowie, Wydział III Karny.

konywali danej transakcji narkotykowej czy dotyczącej handlu żywym towarem, tj. znają płeć, wygląd oraz głos funkcjonariuszy. W takim przypadku zakres ich anonimizacji podczas rozprawy sądowej nie musi być aż tak restrykcyjny, bowiem nie musi dotyczyć wzmiankowanych elementów. Wracając jednak do omawianego przypadku, wskazać należy, że przesłuchanie świadka odbyło się podczas rozprawy, przy czym świadek przebywał poza salą rozpraw, choć w budynku sądu. Wykorzystana została technika wideokonferencji, według takiej formuły, że w pomieszczeniu ze świadkiem anonimowym przebywał sędzia delegowany do przeprowadzenia tej czynności ze składu orzekającego, który czuwał nad takim formułowaniem jego zeznań do protokołu (jednocześnie utrwalonych bez żadnej ingerencji w ich treść, przy pomocy specjalisty, na elektronicznym nośniku informacji dla potrzeb ewentualnego odtworzenia ich, na żądanie zainteresowanych stron, po uprzednim zmodulowaniu – przy pomocy specjalistycznych urządzeń – głosu świadka), by nie zawierały one wiadomości mogących go zdekonspirować. Pozostałe strony, tj. oskarżyciel publiczny, obrona i oskarżeni znajdowali się w sali, w której odbywała się rozprawa, z pozostałymi członkami składu orzekającego, mogąc następnie zadawać każdemu świadkowi pytania za pośrednictwem sądu, stosownie do przepisów § 10 ust. 1 i 2 Rozporządzenia.

Wybrano przy tym, jako najbardziej adekwatny do tej formuły przesłuchania (z uwagi na zakres anonimizacji), taki sposób protokolowania ich zeznań¹⁴, zgodnie z którym zeznania te protokolowane były według metody zakładającej pomijanie „z góry” w protokolowanych ich wypowiedziach tych wszystkich okoliczności, które mogłyby doprowadzić do ich dekonspiracji, jako w istocie nie mających dla rozstrzygnięcia sprawy żadnego znaczenia. Przy czym, na czas swobodnej wypowiedzi świadków (znajdujących się za parawanem) przerwano połączenie audio z pomieszczeniem, w którym czynność ta się odbywała, jednakże przy trwającym cały czas połączeniu wideo z tym pomieszczeniem w sposób umożliwiający wszystkim stronom przebywającym w sali rozpraw obserwację delegowanego do przeprowadzenia tej czynności sędziego. W związku z czym w protokolowanych ich wypowiedziach pomijano również formy osobowe składni, zastępując je odpowiednimi formami bezosobowymi (np. „ja widzieć” czy „ja słyszeć” względnie „świadek widzieć” czy „świadek słyszeć”).

VIII. Wzory pism procesowych

Na następnych stronach zaprezentowane zostaną wzory pism procesowych, o jakich była mowa w treści artykułu.

¹⁴ Por. P. Wiliński, Świadek *incognito*..., *op. cit.*, s. 384 i n.

ŚCIŚLE TAJNE

WZÓR NR 1

Sygn. akt V Ds 12/14/S
L.dz.PO/KT-00/...../14

K., dnia 10 maja 2014 r.

Egz. pojedynczy

ZARZĄDZENIE
o utajnieniu dokumentów

A.B. – prokurator Prokuratury Okręgowej w K., po zapoznaniu się z aktami postępowania o sygn. V Ds 12/14/S, tj. przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.,

- na podstawie art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 182, poz. 1228 z 2010 r.) w zw. z art. 93 § 3 k.p.k.

zarządził:

utajnienie niżej wymienionych dokumentów:

1. protokół przesłuchania świadka A.K. z dnia 1 marca 2014 r.,
2. pismo Komendy Wojewódzkiej Policji w K. z dnia 2 marca 2014 r., sygn. RSD 123/14.

Załączniki: 2 - jawne - na 4 stronach:

Zał. nr 1 - protokół przesłuchania świadka A.K. z dnia 1 marca 2014 r. - jawne - na 3 stronach,

Zał. nr 2 - pismo Komendy Wojewódzkiej Policji w K. z dnia 2 marca 2014 r., sygn. RSD 123/14 - jawne - na 1 stronie.

Prokurator
A.B.

Wykonano w egzemplarzu pojedynczym

Egz. pojedynczy - akta główne (niejawne)

Wykonał: A.B.

ŚCIŚLE TAJNE

1/1

Sygn. akt V Ds 12/14/S

K., dnia 7 marca 2014 r.

WZÓR NR 2

POSTANOWIENIE

o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka

A.B. – prokurator Prokuratury Okręgowej w K., po zapoznaniu się z aktami postępowania o sygn. V Ds 12/14/S, tj. przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.,

- działając na podstawie art. 184 § 1 k.p.k.

postanowił:

zachować w tajemnicy okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka, w tym jego dane osobowe do wiadomości sądu i prokuratora i świadka tego oznaczyć 00-12/2014 (świadek *incognito* nr 1).

UZASADNIENIE

Prokuratura Okręgowa w K. pod sygn. V Ds 12/14/S nadzoruje śledztwo przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.

W toku śledztwa do tut. Prokuratury zgłosił się świadek oznaczony nr 00-12/2014 (świadek *incognito* nr 1), który ujawnił istotne dla śledztwa informacje. W toku zeznań świadek wskazał, iż obawia się o swoje życie i zdrowie. Obawa ta, w świetle całego, obszernego materiału dowodowego jest realna. Z istoty instytucji określonej w art. 184 k.p.k. podanie bliższych szczegółów w niniejszym postanowieniu nie jest możliwe, albowiem spowodowałoby to zagrożenie dla dekonspiracji tożsamości świadka.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak na wstępie.

Prokurator
A.B.

Pouczenie: Na podstawie art. 184 § 5 k.p.k. na niniejsze postanowienie stronom, ich obrońcom oraz świadkowi przysługuje zażalenie w terminie 3 dni do Sądu Okręgowego w K. Wydział III Karny. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem prokuratora, który wydał postanowienie. Wniesienie zażalenia po tym terminie jest bezskuteczne.

Zarządzenie: Odpis postanowienia doręczyć:

- świadkowi którego dane zostały zarejestrowane w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K. pod sygn. L.dz.PO/KT-00-12/2014 - poprzez wręczenie odpisu postanowienia w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K.,
- stronom postępowania

Prokurator
A.B.

ŚCIŚLE TAJNE

Sygn. akt V Ds. 12/14/S

K., dnia 7 marca 2014 r.

WZÓR NR 3

L.dz.PO/KT/00-...../14

Egz. pojedynczy

Zarządzenie

A.B. – prokurator Prokuratury Okręgowej w K., w wykonaniu postanowienia z dnia 7 marca 2014 r. o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, po zapoznaniu się z aktami śledztwa o sygn. V Ds. 12/14/S, prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K., w sprawie przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k., oraz protokołem przesłuchania świadka incognito 00-12/2014 (świadek incognito nr 1), - działając na podstawie § 3 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1024) w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka,

zarządza:

I. pominięcie w sporządzonym odpisie protokołu przesłuchania świadka S.P. oznaczonego jako 00-12/2014 (świadek incognito nr 1) wszystkich okoliczności i sformułowań umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, a w szczególności jego danych osobowych oraz jego odrębnych wpisów i podpisów, w tym:

- imienia i nazwiska, w tym nazwiska panieńskiego,
- daty i miejsca urodzenia oraz imion rodziców,
- miejsca zamieszkania, zameldowania oraz adresu dla korespondencji,
- numeru PESEL,
- podpisów na protokole i postanowieniu o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie jego tożsamości,
- danych dotyczących dokumentów tożsamości, tj. dowodu osobistego,
- zajęcia i wykształcenia,
- danych o karalności i stosunku do stron.

II. wypięcie z akt głównych (jawnych) materiałów umożliwiających identyfikację świadka:

- notatki urzędowej sporządzonej przez KWP w K. z dnia 31 stycznia 2014 r. (tom X, k. 18),
- protokołu przesłuchania świadka z dnia 1 lutego 2014 r. (tom X, k. 123-131).

Prokurator
A.B.

Wykonano w egz. poj.

Egz. poj. – akta główne śledztwa V Ds. 12/14/S (RTD-00-123/14)

Wykonał: A.B.

ŚCIŚLE TAJNE

1/1

ŚCIŚLE TAJNE

Sygn. akt V Ds 12/14/S
L.dz.PO/KT-00/...../14

K., dnia 7 marca 2014 r.

Egz. pojedynczy

WZÓR NR 4

PROTOKÓŁ

pouczenia świadka incognito

A.B. – prokurator Prokuratury Okręgowej w K., po zapoznaniu się z aktami postępowania o sygn. V Ds 12/14/S, tj. przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.,

- działając na podstawie art. 143 § 2 k.p.k. w zw. z § 2 ust. 5 i 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1024) w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka,

dokonał pouczenia świadka S.P. oznaczonego jako 00-12/2014 o treści § 2 ust. 5 opisanego powyżej rozporządzenia, a w szczególności o:

1. możliwości wystąpienia, aż do zamknięcia przewodu sądowego przed sądem I instancji, o uchylenie postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności, o których mowa w ust. 1 ww. rozporządzenia (tj. okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych),
2. możliwości uchylenia w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora, a w postępowaniu sądowym przez sąd, na wniosek prokuratora, postanowienia o którym mowa w pkt 1, oraz o ujawnieniu protokołu jego przesłuchania w charakterze świadka w całości, jeżeli okaże się, że w czasie wydania postanowienia nie istniała uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej albo, że złożył świadomie fałszywe zeznanie lub nastąpiło jego ujawnienie,
3. możliwości przesłuchania świadka z użyciem urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość, a także o konieczności dostosowania się podczas przesłuchania do poleceń prowadzącego postępowanie, w celu zachowania w tajemnicy okoliczności, o których mowa w ust. 1.

Treść pouczeń zrozumiałem (am)

.....
(podpis świadka)

.....
(podpis prokuratora)

Wykonano w egzemplarzu pojedynczym

Egz. pojedynczy - akta główne (niejawne)

Wykonał: A.B.

ŚCIŚLE TAJNE

1/1

Strona 1

Sygn. akt V Ds 12/14/S

K., dnia 7 marca 2014 r.

WZÓR NR 5

POSTANOWIENIE

o odmowie zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka

A.B. – prokurator Prokuratury Okręgowej w K., po zapoznaniu się z aktami postępowania o sygn. V Ds 12/14/S, tj. przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.,

- działając na podstawie art. 184 § 1 k.p.k. *a contrario*

postanowił:

odmówić zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, którego dane zostały zarejestrowane w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K. pod sygn. L.dz.PO/KT-00-12/2014, w tym jego danych osobowych do wiadomości sądu i prokuratora.

UZASADNIENIE

Prokuratura Okręgowa w K. pod sygn. V Ds 12/14/S nadzoruje śledztwo przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.

W toku śledztwa został przesłuchany świadek, którego dane zostały zarejestrowane w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K. pod sygn. L.dz.PO/KT-00-12/2014. Świadek ten złożył wniosek o zastosowanie względem niego instytucji z art. 184 § 1 k.k. Jako uzasadnienie świadek ten wskazał *"obawę o swoje bezpieczeństwo"*.

Analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdzić należy, że obawa ta nie jest realna, albowiem po pierwsze, świadek nie wykazał żadnych przesłanek ją uzasadniających (poza wyrażeniem lakonicznego sformułowania *"w obawie o swoje bezpieczeństwo"*), po drugie świadek nie zaobserwował zdarzenia będącego przedmiotem niniejszego śledztwa, w tym nie widział ani sprawcy ani pokrzywdzonego. Tym samym nie sposób uznać, iż składając zeznania w niniejszej sprawie może narazić się na jakiegokolwiek negatywne oddziaływanie ze strony sprawcy względem siebie.

Zgodnie z brzmieniem art. 184 § 1 k.p.k. postanowienie o zachowaniu w tajemnicy danych osobowych świadka może być wydane, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej. Przy czym, jak wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w postanowieniu z dnia 17 listopada 1999 r., sygn. II AKz 320/99, *"Zwrot, że obawa musi być uzasadniona wskazuje, że musi ona wynikać z udowodnionych albo przynajmniej uprawdopodobnionych okoliczności faktycznych. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie potencjalnego świadka, że boi się on konsekwencji zeznawania. Istnienie zagrożenia, a także to czy obawa jest uzasadniona, należy rozumieć jako zobiektywizowaną obawę niebezpieczeństwa. Oznacza to, że odczucia świadka nie są w tej mierze decydujące, choć nie można ich bagatelizować"*.

W niniejszej sprawie oprócz depozycji świadka, że obawia się o swoje bezpieczeństwo, nie zgromadzono jakiegokolwiek obiektywnych, a nawet zobiektywizowanych danych przemawiających za takim stanem rzeczy.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak na wstępie.

Prokurator
A.B.

Pouczenie: Na podstawie art. 184 § 5 k.p.k. na niniejsze postanowienie stronom, ich obrońcom oraz świadkowi przysługuje zażalenie w terminie 3 dni do Sądu Okręgowego w K. Wydział III Karny. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem prokuratora

Strona 2

(Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K.), który wydał postanowienie. Wniesienie zażalenia po tym terminie jest bezskuteczne.

Zarządzenie: Odpis postanowienia doręczyć:

- świadkowi, którego dane zostały zarejestrowane w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K. pod sygn. L.dz.PO/KT-00-12/2014 - poprzez wręczenie odpisu postanowienia w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K.,
- stronom postępowania

Prokurator
A.B.



PROKURATOR OKRĘGOWY
w K.

WZÓR NR 6

sygn. V Ds 12/14/S

K., dnia 1 czerwca 2014 r.

SDOIN/...../14

DECYZJA

Prokuratora Okręgowego w K.

z dnia 1 czerwca 2014 r.

w sprawie zniesienia klauzuli tajności z dokumentów wytworzonych w Prokuraturze Okręgowej w K. w sprawie o sygn. V Ds 12/14/S.

Na podstawie art. 6 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182, poz. 1228 z 2010 r.):

§ 1

Znoszę klauzulę „ściśle tajne” z niżej wymienionych dokumentów:

1. postanowienia o odmowie zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka z dnia 18 marca 2014 r., sygn. V Ds 12/14/S, L.dz.PO/KT-00-12/2014, na 2 str.,
2. zarządzenia o utajnieniu dokumentów z dnia 18 marca 2014 r., sygn. V Ds 12/14/S, L.dz.PO/KT-00/...../14, na 2 str.

§ 2

Kierownik Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K. dokona stosownych zmian w urzędzeniach ewidencyjnych zgodnie z wymogami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie sposobu oznaczania materiałów i umieszczaniu na nich klauzuli tajności (Dz.U. Nr 288, poz. 1692 z 2011 r.).

§ 3

Decyzja wchodzi w życie z dniem podpisania.

PROKURATOR OKRĘGOWY

ŚCIŚLE TAJNE



PROKURATOR OKRĘGOWY

w K.

WZÓR NR 7

V Ds 12/14/S

L.dz.PO/KT-00/...../14

K., dnia 7 marca 2014 r.

Egz. nr.....

Pan
Komendant
Wojewódzkiej Policji
w K.

Na podstawie art. 6 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 5 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228) w zw. z art. 184 § 8 k.p.k. wnoszę o zniesienie klauzuli "ściśle tajne" z niżej wymienionych dokumentów wytworzonych przez funkcjonariuszy Komendy Wojewódzkiej Policji w K. - na potrzeby śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w K. o sygn. V Ds 12/14/S, tj. przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k., zalegających w aktach głównych prokuratora o sygn. RTD-00-3/14:

1. notatki urzędowej z dnia 1 sierpnia 2011 r., sygn. RSD 13/11, na 2 str.,
2. notatki urzędowej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. RSD 13/11, na 2 str.

UZASADNIENIE

Prokuratura Okręgowa w K. pod sygn. V Ds 12/14/S nadzoruje śledztwo przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.

W dniu 1 stycznia 2014 r. tut. Prokuratura wydała postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka S.P. oznaczonego jako 00-12/2014 (świadek *incognito* nr 1).

Następnie z uwagi na zaktualizowanie się przesłanek z art. 184 § 8 k.p.k. w dniu 2 lutego 2014 r. tut. Prokuratura wydała postanowienie o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka S.P.

Opisane postanowienie zostało ogłoszone S.P. w dniu 3 lutego 2014 r. Jednocześnie świadek S.P. został pouczone o możliwości zaskarżenia postanowienia z dnia 2 lutego 2014 r. Świadek S.P. w przewidzianym ustawowo terminie zażalenia nie wniósł.

Wobec powyższego zaktualizowała się przesłanka określona w art. 184 § 8 (zd. ostatnie) k.p.k., wskazująca, że w takim przypadku protokół przesłuchania świadka podlega ujawnieniu w całości.

Tym samym odpada przyczyna, aby opisane w *petitum* niniejszego wniosku dokumenty - wytworzone przez funkcjonariuszy Wydziału Kryminalnego Komendy Wojewódzkiej Policji w K., a dotyczące wyłącznie świadka S.P. pozostawały objęte klauzulą „ściśle tajne”.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

PROKURATOR OKRĘGOWY

Wykonano w 2 egz.:

Egz. nr 1 - adresat,

Egz. nr 2 - aa

Wykonał: A.B.

ŚCIŚLE TAJNE

I/I

ŚCIŚLE TAJNE

Sygn. akt V Ds 12/14/S
L.dz.PO/KT-00/...../14

K., dnia 10 maja 2014 r.

WZÓR NR 8

Egz. pojedynczy

POSTANOWIENIE

o uchyleniu postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka

A.B. – prokurator Prokuratury Okręgowej w K., po zapoznaniu się z aktami postępowania o sygn. V Ds 12/14/S, tj. przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.,

- działając na podstawie art. 184 § 8 k.p.k.

postanowił:

uchylić w całości postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka S.P. oznaczonego 00-12/2014 (świadek *incognito* nr 1) wydane przez Prokuraturę Okręgową w K. w dniu 7 marca 2014 r., w sprawie do sygn. V Ds 12/14/S.

UZASADNIENIE

Prokuratura Okręgowa w K. pod sygn. V Ds 12/14/S nadzoruje śledztwo przeciwko W.J. i innym, podejrz. o przest. z art. 148 § 1 k.k.

W dniu 7 marca 2014 r. w opisanej powyżej sprawie Prokuratura Okręgowa w K. wydała postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka S.P.. Wskazaną osobę oznaczono 00-12/2014 (świadek *incognito* nr 1). W tym samym dniu S.P. został pouczone (podpisując stosowny protokół) m.in. o tym, że w razie złożenia świadomie fałszywych zeznań istnieje możliwość uchylenia przez prokuratora postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie jego tożsamości. Jednocześnie S.P. w dniu 7 marca 2014 r. został po raz pierwszy przesłuchany w charakterze świadka w trybie art. 184 § 1 k.p.k.

Następne zeznania świadek S.P. złożył w dniu 20 marca 2014 r., podczas których wskazał, iż poprzednio, tj. w dniu 7 marca 2014 r. nie przekazał organom ścigania całej prawdy. Jednocześnie zeznał, że w trakcie tego przesłuchania podał szczegóły dotyczące przebiegu zdarzenia będącego przedmiotem niniejszego śledztwa, osób w nim uczestniczących oraz ich ról, w szczególności wskazał rolę podejrzanego W.J.

Podczas kolejnego przesłuchania w dniu 1 kwietnia 2014 r. świadek S.P. wskazał wprost, iż będąc uprzednio dwukrotnie przesłuchanym celowo zataił pewne fakty jak również nieprawdziwie podał informacje co do przebiegu zdarzenia i swojego w nim udziału. Podniósł, iż celowo podał jako sprawcę A.K..

Analiza treści powołanych powyżej protokołów przesłuchań świadka *incognito* S.P. wskazuje, iż w sposób świadomy i celowy za każdym razem wprowadzał organy ścigania w błąd co do istotnych okoliczności zdarzenia, w szczególności jego przebiegu, udziału w nim poszczególnych osób (w tym siebie) i ich ról. Zmiana zeznań świadka następowała za każdym razem w wyniku weryfikacji przez organy ścigania okoliczności przez niego podawanych i wykazywania mu w tym zakresie składania świadomie fałszywych zeznań.

ŚCIŚLE TAJNE

1/2

L.dz.PO/KT-00/...../14

ŚCIŚLE TAJNE

Uznać zatem należy, że świadek S.P., korzystając z dobrodziejstwa instytucji świadka *incognito*, złożył parokrotnie, w sposób świadomie fałszywe zeznania mające służyć za dowód w nadzorowanym przez tut. Prokuraturę śledztwie w sprawie o przest. z art. 148 § 1 k.k.

Tym samym, wobec zmateralizowania się przesłanki z art. 184 § 8 k.p.k., postanowiono jak w części dyspozytywnej niniejszego postanowienia

**Prokurator
A.B.**

Pouczenie: Na podstawie art. 184 § 5 k.p.k. na niniejsze postanowienie stronom, ich obrońcom oraz świadkowi przysługuje zażalenie w terminie 3 dni do Sądu Okręgowego w K. Wydział III Karny. Zażalenie wnosi się za pośrednictwem prokuratora (Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K.), który wydał postanowienie. Wniesienie zażalenia po tym terminie jest bezskuteczne.

Zarządzenie: Treść postanowienia ogłosić świadkowi w Kancelarii Tajnej Prokuratury Okręgowej w K. po jego uprzednim wezwaniu w sposób ustalony dla kontaktu ze świadkiem (§ 9 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka - Dz.U. z 2006 r., Nr 108, poz. 1024).

**Prokurator
A.B.**

Wykonano w egzemplarzu pojedynczym:

Egz. pojedynczy - akta główne (niejawne)

Wykonał: A.B.

ŚCIŚLE TAJNE

2/2

V Ds 12/14/S

ODPIS PROTOKOŁU PRZESŁUCHANIA
ŚWIADKA INCOGNITO nr 1 (świadek 00-12/2014)

– dane utajnione na mocy postanowienia prokuratora Prokuratury Okręgowej w K. z dnia 7 marca 2014 r., sygn. V Ds 12/14/S;
zarządzenie prokuratora Prokuratury Okręgowej w K. określające zakres wyłączeń z dnia 7 marca 2014 r., sygn. V Ds 12/14/S, 00-
12/14, L.dz.PO/KT-00-3/14

WZÓR NR 9

-----, dnia -----2014 r., godz. -----

A.B - prokurator Prokuratury Okręgowej w K. z udziałem protokolanta:-----
-----oraz specjalisty-----.

na podstawie art. 177 § 1, 177 § 1a k.p.k. i art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k. przesłuchał niżej
wymienionego w charakterze świadka.

Tożsamość świadka stwierdzono na podstawie: dowodu osobistego nr:-----

Świadka uprzedzono o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania (art. 233 § 1 k.k.),
co świadek stwierdza własnoręcznym podpisem (art. 190 k.p.k.) Świadka pouczone
również o uprawnieniach wynikających z art. 183 k.p.k.:

(podpis świadka)

PESEL:-----

Świadek podał następujące dane osobowe:

Imię i nazwisko: -----[względnie podać numer ewidencyjny świadka, np. 00-12/14]

Nazwisko panieńskie (dla mążatek): -----

Imiona rodziców: -----

Data i miejsce urodzenia: -----

Miejsce zamieszkania: -----

Adres dla doręczeń w kraju (art. 138 k.p.k.):-----

/na oryginale podpisy uczestników/

KONIEC ODPISU STR. NR 1

Zajęcie: -----

Wykształcenie: -----

Karalność za fałszywe zeznania: świadek nie karany (w zależności od sytuacji element ten można pominąć)

Stosunek do stron: obcy (w zależności od sytuacji element ten można pominąć)

Świadek - uprzedzony o odpowiedzialności karnej wynikającej z art. 233 § 1 k.k., tj. o odpowiedzialności karnej za podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy oraz o treści art. 183 § 1 k.p.k., tj. o prawie do odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania, gdyby odpowiedź mogła narazić świadka lub jego najbliższych na odpowiedzialność karną za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe świadek - oświadcza, że treść pouczeń zrozumiał i zeznaje co następuje:

Składam wniosek o zastosowanie względem mnie instytucji świadka incognito, bowiem obawiam się o swoje życie i zdrowie w przypadku ujawnienia, że podać [na oryginale czasownik – forma przeszła] organom ścigania jakiegokolwiek informacje na temat zabójstwa J.H. w marcu 2010 r. Obawiam się W.J., ponieważ jest to osoba nieobliczalna, mściwa i posiada duże kontakty w środowisku przestępczym, a ja ----- i chcę po prostu żyć. Zresztą to całe towarzystwo jest niebezpieczne, tym bardziej, że w tym środowisku funkcjonuje prawo zemsty. J.K., którego ja znać [na oryginale czasownik – forma przeszła] pod pseudonimem „Kierownik” -----

„Kierownika” poznać [na oryginale czasownik – forma przeszła] -----

poznać [na oryginale czasownik – forma przeszła] przez W.J., który miał pseudonim „Trener” na jednej z wielu imprez, podczas których było bardzo wiele osób, którym W.J. przedstawiał J.H. -----

/na oryginale podpisy uczestników/

KONIEC ODPISU STR. NR 2

Kiedyś W.J., jak był pijany, to w towarzystwie to miał chwalić się, że zabił „Kierownika” bo miał z nim zatargi o kochankę.-----

-----Długi czas po rozmowie z ----- rozmawiać [na oryginale czasownik –forma przeszła] z-----o tym zabójstwie. Powiedzieć [na oryginale czasownik –forma przeszła; czasownik nie określa świadka incognito a osobę, która świadkowi przekazywała relację o zabójstwie] że „Kierownik” został zabity w lesie - w brzozowym zagajniku.-----

-----Jak już powiedzieć [na oryginale czasownik –forma przeszła] o zabójstwie dowiedzieć [na oryginale czasownik –forma przeszła] się w okolicznościach o jakich podać [na oryginale czasownik –forma przeszła] powyżej. Jestem tego całkowicie pewnie [na oryginale przymiotnik].

Na tym protokół zakończono w dniu-----2014 r., godz.-----

/na oryginale podpisy uczestników/

KONIEC ODPISU STR. NR 3

Niniejszy artykuł miał na celu przybliżenie prokuratorom oraz sędziom po raz pierwszy stykającym się z instytucją świadka anonimowego (ale także mającym już z nią kontakt) praktycznych wskazówek, z jakimi autor miał do czynienia, korzystając kilkakrotnie z zeznań świadka anonimowego. Oczywiście, przedstawiony w artykule algorytm postępowania ze świadkiem anonimowym – w szczególności zaprezentowane wzory procesowe – nie претендуje do miana jedynie słusznego.

Zeznania świadka anonimowego nie są często wykorzystywane i uwzględniając fakt, że stanowią w stosunku do podejrzanego/oskarżonego znaczne ograniczenie – chociażby z punktu widzenia zasady bezpośredniości czy prawa do obrony – pozostaje żywić nadzieję, że będą wykorzystywane przy okazji spraw, których waga uzasadnia sięganie po ten nadzwyczajny oręż. Stosowanie zeznań świadka z art. 184 k.p.k. za każdym razem musi być poprzedzone rzetelną analizą, czy uwarunkowania faktyczne konkretnej sprawy pozwolą na wypełnienie przez organy procesowe zobowiązania, jakim jest zachowanie w tajemnicy wszelkich okoliczności mogących narazić świadka na dekonspirację. Prokurator czy sąd musi być niezwykle rozważny, tak by przewidzieć – przy sporządzaniu odpisów – które fragmenty zeznań świadka mogą narazić go na dekonspirację. Niedochowanie wymogów nadzwyczajnej ostrożności może, po pierwsze, stanowić dla świadka źródło zagrożenia życia i zdrowia, po drugie (jeśli by doszło do ujawnienia tożsamości na skutek nierzetelnego sporządzenia odpisu), rodzić odpowiedzialność karną osoby stosującej tę instytucję.

Anonymous witness: procedural algorithm

Abstract

This paper discusses the procedural algorithm and potential problems associated with the use and interrogation of anonymous witnesses during both the preliminary proceedings and administrative proceedings that end with a decision. Discussed are the following elements: granting and annulling the status of an anonymous witness, interrogation methods, and preparing copies of an anonymous witness interrogation report. Presented are also examples of document templates entailed by this infrequently used procedural method. The purpose of this paper is to familiarize prosecutors and judges with strictly practical aspects of using anonymous witnesses.

Marek Chrabkowski, Krzysztof Gwizdała

Zabezpieczenie dowodów elektronicznych

Streszczenie

W publikacji wyjaśniono wątpliwości związane z zabezpieczaniem dowodów elektronicznych na potrzeby postępowania karnego. Zaprezentowano wyniki badań, które pozwalają na określenie prawidłowego trybu zabezpieczania danych zawartych na elektronicznych nośnikach informacji. Autorzy podjęli próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, kiedy zasadne jest zabezpieczanie danych wraz z nośnikiem, a kiedy wystarczającym będzie jedynie samo skopiowanie tych danych. Zasadniczą kwestią poruszoną w tekście jest techniczna strona tego zabezpieczenia, której prawidłowość wyklucza możliwość podważenia wiarygodności zabezpieczonych dowodów elektronicznych, a wadliwość może prowadzić do ich wyłączenia z materiału dowodowego. Nie bez znaczenia dla organów procesowych jest też kwestia czasochłonności tych czynności. Przeprowadzony eksperyment, którego wynik opisano w tej publikacji, pozwala na oszacowanie czasu potrzebnego na prawidłowe zabezpieczenie kopiowanych dowodów elektronicznych.

Wstęp

W ciągu ostatniego ćwierćwiecza na świecie nastąpił niebywały wprost rozwój elektroniki, telekomunikacji oraz informatyki. Systematycznie rosła wydajność komputerów, malały natomiast ich gabaryty oraz cena, czyniąc je dostępnymi dla masowego odbiorcy. Rozwój technologii komunikacyjnych umożliwił wynalezienie telefonii komórkowej oraz łączenie pojedynczych komputerów w coraz bardziej złożone struktury, które stały się elementami sieci globalnej, czyli Internetu. Postęp technologiczny nie ominął również Polski. W roku 2012 komputery wykorzystywane były w 94,7% przedsiębiorstw, 86,1% podmiotów gospodarczych i 70,5% gospodarstw domowych posiadało dostęp do Internetu¹, a liczba aktywnych kart SIM polskich operatorów telefonii komórkowej w pierwszym kwartale roku 2013 wynosiła niemal 55 milionów². Wraz z upowszechnieniem się nowoczesnych technologii pojawiła się

¹ H. Dmochowska (red.), Rocznik statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2013, Warszawa 2013, s. 440 i 442.

² <http://www.komputerswiat.pl/nawosci/wydarzenia/2013/17/gus-w-polsce-mamy-juz-niemal-55-mln-uzytkownikow-telefonii-komorkowej.aspx> (dostęp w dniu 28 lutego 2014 r.).

także nowa grupa czynów przestępczych, określanych ogólnie jako przestępstwa komputerowe. Reakcją ustawodawcy na ewoluujący obraz przestępczości były zmiany między innymi w przepisach proceduralnych. Wykorzystano do tego reformę prawa karnego i w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego³ przewidziano przepisy, które uprawniały do podejmowania czynności zmierzających do uzyskania dowodów zawartych na elektronicznych nośnikach danych⁴. Takich przepisów nie zawierał Kodeks postępowania karnego z 1969 r.⁵. Zmiany te w naturalny sposób wymusiły na organach procesowych konieczność wypracowania metod i technik pozwalających na ujawnianie, zabezpieczanie, analizę i skuteczne wykorzystanie w procesie karnym informacji, których nośnikiem jest sprzęt komputerowy, czyli dowodów elektronicznych.

Najłatwiejszą formą jest zabezpieczenie całego sprzętu komputerowego wraz z zawartymi w nim nośnikami danych. Pojawia się jednak pytanie, czy zawsze trzeba zabezpieczać przedmioty, tj. komputery i nośniki danych, czy też może wystarczające będzie zabezpieczenie samych danych? O problemach, jakie może rodzić decyzja o zabezpieczeniu danych wraz z nośnikiem (sprzętem komputerowym), świadczy chociażby zamieszanie wokół czynności procesowych w siedzibie redakcji tygodnika „Wprost”. W czerwcu 2014 r. wybuchła tzw. „afera taśmowa”. Funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego wkroczyli do redakcji tygodnika „Wprost” w celu zabezpieczenia nagrań rozmów nielegalnie podsłuchanych polityków i wysokich rangą urzędników państwowych. Redaktor Naczelny tygodnika odmówił wydania służbowego laptopa, gdyż sparaliżowałoby to pracę redakcji i uniemożliwiło złożenie do druku kolejnego numeru⁶. Na marginesie tej sprawy oczywiste jest, że skoro organom procesowym wolno zatrzymać dane, które są związane z nośnikiem, to tym bardziej wolno je skopiować⁷, co stanowi zdecydowanie mniejszą dolegliwość dla osoby dotkniętej przeszukaniem. Nie ulega przecież wątpliwości, że wartość dowodową posiada zapis w komputerze, a nie sam sprzęt⁸. Natomiast zasada proporcjonalności, w sprawach w których podejmuje się decyzję o zabezpieczeniu danych, wymusza na organach procesowych

³ Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

⁴ Przykładowo: art. 236a k.p.k. stanowiący, że przepisy rozdziału poświęconego przeszukaniu i zatrzymaniu rzeczy stosuje się odpowiednio do dysponenta i użytkownika urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego, w zakresie danych przechowywanych w tym urządzeniu lub systemie albo na nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.

⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 13, poz. 96 ze zm.

⁶ <http://www.polskatimes.pl/artukul/3478021,sylwester-latkowski-z-wprost-wkrotce-ujawnimy-kolejne-tasmy-abw-zdemolowala-nam-redakcje,id,t.html> (dostęp w dniu 1 października 2014 r.).

⁷ A. L a c h, Dowody elektroniczne w procesie karnym, Toruń 2004, s. 110.

⁸ P. K r e j z a, Najlepsze praktyki zabezpieczania elektronicznego materiału dowodowego, (w:) J. K o s i Ń s k i (red.), Przestępczość Teleinformatyczna, Szczepko 2009, s. 131.

potrzebę kierowania się w swoich decyzjach faktyczną koniecznością, a nie wygodą prowadzącego czynność⁹.

W artykule podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, kiedy zasadne jest zabezpieczanie danych wraz z nośnikiem, a kiedy wystarczy samo skopiowanie tych danych. Kluczową kwestią dla tej drugiej formy, tj. zabezpieczania danych bez nośnika, jest techniczna strona kopiowania, która wyeliminować musi możliwość podważenia wiarygodności zabezpieczonych dowodów elektronicznych.

Zabezpieczanie danych z nośnikiem

Zakres zabezpieczanych danych może być różny w zależności od konkretnej sytuacji. Może się zdarzyć, że nie będzie można skopiować całej zawartości nośnika w sytuacji, gdy zawierać będzie on dane objęte tajemnicą prawnie chronioną, korespondencję osób trzecich czy też dane dotyczące innego podmiotu niż objęty przeszukaniem. W takiej sytuacji organy procesowe muszą ograniczyć swoje działania do zabezpieczenia nośnika (bez jego przeglądania) do dyspozycji organu właściwego do uchylecia tajemnicy bądź też do skopiowania jedynie plików nieobjętych zakazami dowodowymi¹⁰. Jednak wskazywanie plików przez podmiot zainteresowany wynikiem przeszukania wiąże się z dużym ryzykiem wprowadzenia w błąd organu procesowego dokonującego przeszukania. Takie oparcie się wyłącznie na informacji uzyskanej od osoby przeszukiwanej (często już o statusie przynajmniej osoby podejrzanej) może doprowadzić do nieujawnienia danych mających znaczenie dowodowe w prowadzonej sprawie.

Zabezpieczenie danych łącznie z nośnikiem może być wynikiem rozwoju sytuacji na miejscu, w którym czynność przeszukania albo zatrzymania rzeczy jest wykonywana. Funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, w związku z tzw. „afērą taśmową”, usiłowali skopiować dane zawarte w służbowym laptopie S. Latkowskiego – redaktora naczelnego tygodnika „Wprost”. Napotkali jednak na problemy z dostępem do tego urządzenia. Opór ze strony redaktora naczelnego spowodował zmianę decyzji o zabezpieczeniu danych na decyzję o zabezpieczeniu całego sprzętu, na co dysponent laptopa też nie wyraził zgody. Służby dokonujące przeszukania użyły siły, ale dostępu do danych i tak nie udało im się uzyskać¹¹. W przykładzie tym podczas przeszukiwania zaistniała sytuacja, która wymusiła zmianę planowanej (pierwotnej) formy zabezpieczenia dowodów elektronicznych z samych danych na dane z nośni-

⁹ A. L a c h, Dowody elektroniczne..., *op. cit.*, s. 110.

¹⁰ Tamże, s. 118.

¹¹ <http://www.polskatimes.pl/artykul/3477853,afera-tasmowa-abw-prokuratura-i-policja-w-redakcji-wprost-latkowski-nie-oddal-materialow,id,t.html?cookie=1> (dostęp w dniu 30 września 2014 r.).

kiem. Innym przykładem sytuacji, która może wymusić zabezpieczenie całej jednostki komputerowej, może być także fakt zainstalowania na dysku twardej specjalistycznego oprogramowania, którego uruchomienie poza środowiskiem macierzystego systemu operacyjnego będzie znacznie utrudnione bądź wręcz niemożliwe. Dotyczy to zwłaszcza aplikacji operujących na złożonych zbiorach danych, jak chociażby systemy finansowo-księgowe, czy też programów, do uruchomienia których niezbędne jest posiadanie indywidualnego klucza sprzętowego, zwykle mającego postać niewielkiego modułu ze złączem USB, niejednokrotnie do złudzenia przypominającego wyglądem pamięć przenośną, czyli popularny *pendrive*. W przypadku, gdy na miejscu wykonywanych czynności procesowych, z różnych przyczyn nie będzie możliwe wyeksportowanie w czytelnej postaci danych pochodzących z tego typu oprogramowania, bez wątpienia zasadnym będzie zabezpieczenie zarówno całego komputera, jak i dodatkowych urządzeń warunkujących uzyskanie dostępu do potencjalnie istotnych danych.

Kolejnym przypadkiem obligatoryjnego zabezpieczania danych wraz z nośnikiem jest sytuacja, gdy materiał dowodowy mogą stanowić nie tylko dane, ale również nośnik, na którym są te dane zapisane. Jeżeli nośnik stanowi własność pokrzywdzonego i został utracony, np. w wyniku kradzieży, to organy procesowe są zobowiązane zabezpieczyć nie tylko dane, ale również sprzęt, na którym je zapisano.

Kopia binarna zawartości nośnika – klonowanie

W sprawach, w których nie zachodzi konieczność zabezpieczenia danych wraz z nośnikiem, regułą będzie sporządzenie pełnego duplikatu zawartości danego nośnika w postaci jego kopii binarnej, mogącej mieć postać klonu bądź obrazu. Klonowanie danych, jak sama nazwa wskazuje, prowadzi do utworzenia lustrzanej kopii zawartości dysku dowodowego na odrębnym dysku twardym, z uwzględnieniem danych niewidocznych/usuniętych oraz niezalokowanych obszarów oryginalnego nośnika, w którym również mogą znajdować się dane istotne dla sprawy (dostępne po użyciu wyspecjalizowanych narzędzi), przez co, jak zauważa A. Lach, klonowanie jest dowodowo znacznie cenniejsze od zwykłego kopiowania plików¹². Z praktycznego punktu widzenia klon dysku bez przeszkód można zamontować w komputerze, z którego pochodzi dysk dowodowy, uruchomić system operacyjny i korzystać z zainstalowanych w nim aplikacji. Klonowanie dysku ma też niestety istotną wadę. Mianowicie, przy każdym starcie systemu operacyjnego zmianie ulegają wpisy w dziennikach zdarzeń (logach) oraz daty dostępu i zawartość niektórych plików używanych przez system operacyjny. Analogiczne zmiany zachodzą

¹² A. L a c h, *Dowody elektroniczne...*, op. cit., s. 99.

dzą też w plikach otwieranych przez użytkownika. Tym samym dochodzi do naniesienia zmian w materiale dowodowym, co na etapie postępowania sądowego może być przyczyną jego zakwestionowania. Dlatego też nie można ograniczyć się do sporządzenia tylko jednego egzemplarza klonu dysku dowodowego, muszą zostać sporządzone przynajmniej dwie kopie – jedna dla celów dowodowych a druga do wykorzystania w badaniach kryminalistycznych. Trzeba też mieć świadomość, że nawet w przypadku dołączenia sklonowanego dysku do komputera (jako kolejnego, np. za pomocą zewnętrznej kieszeni USB) również nastąpią zmiany w jego zawartości, przez co jego wiarygodność jako materiału dowodowego może zostać podważona.

Z tego też względu generalną zasadą jest operowanie na dysku dowodowym wyłącznie z użyciem urządzenia blokującego zapis, popularnie zwanego blokerem. Według T. Nieradko „sprzętowa blokada zapisu wykorzystuje interfejs, przez który dysk twardy jest podłączany do badawczej stacji roboczej. Urządzenie blokujące włączane jest między kontroler interfejsu zainstalowany w stacji roboczej a badany dysk twardy. Gdy system operacyjny wysyła polecenie zapisu (lub kasowania) dysku do kontrolera interfejsu, kontroler dokonuje translacji tych żądań na rozkazy specyficzne dla konkretnego interfejsu i wysyła te rozkazy do kontrolera wbudowanego w dysk twardy. Sprzętowa blokada zapisu przechwytuje te rozkazy, chroniąc dysk przed modyfikacją zawartości. Z kolei rozkazy, które nie ingerują w zawartość dysku dowodowego, są przekazywane dalej w sposób transparentny dla użytkownika”¹³. Blokery mogą mieć postać modułu montowanego w zatoce na przednim panelu komputera (tak jak napędy optyczne), karty typu riser (montowanej na płycie głównej), urządzenia kieszonkowych rozmiarów w formie „kostki” z wyprowadzonymi interfejsami bądź też przenośnej lub stacjonarnej obudowy z kieszeniami na dyski twarde.

Kopia binarna zawartości nośnika – obraz dysku

Alternatywą dla klonowania dysku jest utworzenie tzw. obrazu jego zawartości. Obraz dysku zwykle dzielony jest na segmenty o ustalonym rozmiarze i ma postać zbioru plików. Podobnie jak klon dysku, obraz zawiera wszelkie zapisane na nim dane, łącznie z danymi usuniętymi oraz pustymi przestrzeniami. Przewaga obrazu nad klonem polega na tym, że jego zawartości nie da się w żaden sposób zmodyfikować, w związku z czym można przeprowadzać wszelkie badania w sposób całkowicie bezpieczny. W przeciwieństwie do klonu, obrazu dysku nie można zamontować w komputerze i uruchomić z niego systemu operacyjnego, jednakże wszystkie aplikacje

¹³ T. Nieradko, Sprzętowe zabezpieczenia dysków twardych przed zapisem, (w:) J. Kosiński (red.), *Materiały Poseminaryjne VII Seminarium Naukowego pt. „Przestępczość teleinformatyczna”*, Szczepko 2004, s. 270.

służące do badań kryminalistycznych (tzw. *forensic software*¹⁴) umożliwiają w razie potrzeby odtworzenie danych zapisanych w obrazie do postaci klonu. Do przeprowadzenia badań dysku zabezpieczonego w postaci obrazu niezbędne jest specjalne oprogramowanie, które umożliwia odczytanie plików obrazu i przeprowadzenie analizy jego zawartości. Istotną cechą większości programów typu *forensic* jest również możliwość zamontowania obrazu dysku w systemie operacyjnym, poprzez utworzenie na czas badań dysku wirtualnego, różniącego się od pozostałych, fizycznych dysków zamontowanych w komputerze służącym jako stanowisko badawcze jedynie brakiem możliwości dodania, usunięcia bądź nadpisania zgromadzonych w nim danych. Oczywiście, sporządzając obraz dysku dowodowego, podobnie jak podczas tworzenia klonu, należy bezwzględnie korzystać z blokera, natomiast na etapie dalszych badań konieczność taka już nie występuje. Oprogramowanie typu *forensic* umożliwia sporządzanie obrazów w standardowych formatach (Linux – DD, *EnCase* – E01), przez co możliwe jest zabezpieczenie danych jednym programem, a przeprowadzanie ich analizy innym, dowolnie wybranym przez osobę wykonującą badania kryminalistyczne.

Suma kontrolna zabezpieczonych danych

Stosowanie urządzeń blokujących zapis, odpowiednich narzędzi programistycznych oraz właściwie dokumentowanie wykonywanych czynności jest warunkiem koniecznym do zapewnienia wiarygodności w procesie zabezpieczania danych cyfrowych, jednakże nie jest warunkiem wystarczającym. Jak wskazuje S. Krejza, we współczesnych śledztwach elektronicznych protokół zabezpieczenia rozpoczyna jedynie życie łańcucha dowodowego, a jego niezbędnym elementem jest wyliczona za pomocą odpowiedniego algorytmu suma kontrolna zabezpieczonych danych, dzięki której możliwe będzie udowodnienie, że na żadnym etapie postępowania dane nie zostały zmienione¹⁵. Suma kontrolna jest swoistym „odciskiem palca” zawartości danego nośnika¹⁶ i jest respektowanym przez sądy dowodem integralności danych stanowiących dowód cyfrowy. Do generowania sum kontrolnych wykorzystuje się algorytmy, które dla dowolnie długiego łańcucha danych tworzą tzw. skrót, tj. ciąg znaków o ustalonej długości (np.: 128, 160, 256, x bitów, zależnie od konkretnej implementacji). Skróty te są w literaturze różnie nazywane. Najczęściej spotyka się określenia: „hash” (ang. siekać), „message digest” (ang. skrót

¹⁴ Na przykład *EnCase*, X-Ways Forensic, Forensi Toolkit (FTK).

¹⁵ P. Krejza, Informatyka śledcza – zabezpieczanie danych w krytycznych zasobach *on-line* oraz w systemach z ryzykiem wyłączenia, (w:) J. Kosiński (red.), Materiały Poseminaryjne X Seminarium Naukowego pt. „Przestępczość teleinformatyczna”, Szczytno 2007, s. 102.

¹⁶ Można ją również wygenerować dla poszczególnych plików.

wiadomości), „funkcja skrótu” lub spolszczenia: „hasz”, „haszowanie”. Aby skrót stanowił wiarygodny dowód, musi zostać wygenerowany algorytmem zbudowanym na bazie tzw. jednokierunkowych funkcji haszujących. O funkcji H mówimy, że jest jednokierunkową funkcją haszującą, jeśli spełnia następujące warunki¹⁷:

- dla każdego argumentu X łatwo jest obliczyć $H(X)$;
- $H(X)$ ma ustaloną długość dla wszystkich ciągów X (w ten sposób długość $H(X)$ nie zdradza żadnych informacji o ciągu X);
- dla zadanego Y znalezienie takiego X , że $H(X) = Y$, jest praktycznie niemożliwe.

Przekładając owe zależności matematyczne na bardziej zrozumiały język, można przyjąć, że funkcje skrótu są bezpieczne o tyle, o ile zapewniają przy zastosowaniu akceptowalnego nakładu sił, środków i czasu, niemożność zrekonstruowania z wartości *hash* oryginalnej informacji oraz wygenerowania z różnych informacji wejściowych takich samych skrótów, co prowadziłoby do tzw. kolizji. Spełnieniu tego drugiego wymogu służy tzw. efekt lawinowy, który ma miejsce wówczas, gdy zmiana jednego bitu w dokumencie wejściowym ma wpływ na możliwie największą liczbę bitów skrótu (powyżej 50%). Od początku lat 90. XX w., kiedy to rozpoczęto badania nad funkcjami jednokierunkowymi, powstało wiele algorytmów generujących skróty wiadomości. Do najbardziej znanych należą: MD2, MD4, MD5, HAVAL, RIPE-MD 160, Snefru, GOST, N-Hash, SHA-1, SHA-2, zaś zdecydowanie najszerze zastosowanie praktyczne zdobyły algorytmy: MD5 i SHA-1, które są standardowo używane w programach informatyki śledczej (np. *EnCase*, *X-Ways*, *FTK*, *PRTK*), operujących na cyfrowym materiale dowodowym¹⁸.

Niepowtarzalność sum kontrolnych

W celu sprawdzenia niepowtarzalności sum kontrolnych generowanych przez różne algorytmy przeprowadzono eksperyment polegający na wygenerowaniu skrótów dla ciągów znaków: „Dowody elektroniczne” i „dowody elektroniczne”. W ciągach tych zmieniono jedynie pierwszą literę „D” z wielkiej na małą. W tabeli 1 zawarte zostały wyniki eksperymentu, z którego wynika, że zmiana jednej litery w ciągu znaków doprowadziła to uzyskania całkowicie odmiennych wartości. Przyjęto, że zadziałał efekt lawinowy, na którym opiera się koncepcja uwiarygodniania integralności i niezmienności danych, zabezpieczanych w postaci klonów bądź obrazów nośników dowodo-

¹⁷ M. Kutyłowski, W. B. Strothmann, *Kryptografia. Teoria i praktyka zabezpieczania systemów komputerowych*, Warszawa 1999, s. 8.

¹⁸ J. Chmura, *Wybrane zagadnienia kryptologii w pracy ekspertów Pracowni Badań Sprzętu Komputerowego i Cyfrowych Nośników Danych*, Lublin 2009, s. 19.

wych. Dokonując takiego zabezpieczenia, w celu upewnienia się, że kopia została sporządzona bez błędów, po sporządzeniu obrazu danego nośnika (z jednoczesnym wygenerowaniem skrótu), w następnym kroku przeprowadza się jego weryfikację. Uzyskanie tych samych wartości skrótu stanowi niezaprzeczalny dowód identyczności kopii zabezpieczonych danych z oryginałem, bowiem najmniejsza nawet zmiana (choćby dodanie w jakimś pliku niewidocznej spacji) prowadzi do wygenerowania całkowicie odmiennych wartości *hash*. Niepowtarzalność wartości skrótu opiera się na liczbie możliwych do obliczenia kombinacji. Wspomniane algorytmy MD5 i SHA-1 generują wartości *hash* o długości odpowiednio 128 i 160 bitów, czyli liczba możliwych kombinacji wynosi 2^{128} i 2^{160} . Liczby te są praktycznie nieskończone¹⁹.

Tabela 1. Funkcje skrótu – efekt lawinowy.

Tekst Algorytm	„Dowody elektroniczne”	„dowody elektroniczne”
	Wygenerowane skróty	
md2	37ab64d96ae57bb92167fcfb78a9e ebe	714d8fc4de6164706c9068663eb333 33
md4	1a5d3daa40699dda077f7ea8918cf 9c2	13cdf7c389e9a2ff47917bc07c1d80a 9
md5	56571068a8c5fc0a69a74494b879 b71c	ff8164f5925789096a04ab662634a23 0
sha1	63ab61533fb435e6a271a7973c99 5c193cc73cc0	5f4d4000e4bc50d54d7918cbf9703c e09c323b3b
sha256	6f2aca83c33671fb1d2d6bffa59ce4 3ff3d2bfc1b778934626 db1425fd6556ec	6480d0e151f3cde15d558cd3512c1f 4a7c727666eebcb14a19 b6538b7d23e84e
ripemd128	3348878eed19c86ae91b521c99bc 6121	d35cd966deab8d582b20a030bbef1a bb
snefru	d477fd43f100997625f4e837f1acd6 27d68326dcb8fe81e65a e03cca2f913347	592a395391ead73bf7814e3e8d5388 1e03dfea797cfe54b81b 21aebacaa1d1ea
gost	7e6f42462e6a1222d1dadf81e178b f73d2f4716c46d0275806 596ba5fdf97ae9	13cdba6c9de8e783284d701702f94f ccad1136f6b02fcdc111 df8bf48acc6382
haval128,3	eb50fe80c70f0314c70c1eec22415 507	4cd05ba4d9e9d19900019910b3f841 b4

Źródło: opracowanie własne.

¹⁹ Dla porównania można dodać, że według niektórych teorii całkowity czas trwania wszechświata szacowany jest na 2^{61} sekund.

Temporalne skutki stosowania funkcji hashujących

Stosowanie funkcji haszujących, oprócz niekwestionowanych zalet ma jednak ten mankament, że wydłuża czas niezbędny do zabezpieczenia danych, który – jak się można domyślić – rośnie wraz z ich objętością, czyli najprościej rzecz ujmując – z pojemnością nośnika. Około roku 2000. standardowe dyski twarde montowane w komputerach domowych i biurowych posiadały pojemność rzędu 10 GB, która w kolejnych latach szybko wzrastała zgodnie z tzw. prawem Moore’a²⁰, by w chwili obecnej osiągnąć pojemność 8 TB. W ciągu ostatnich kilkunastu lat pojemność twardych dysków wzrosła razem osiemsetkrotnie. Nasuwa się zatem pytanie – ile czasu potrzeba na zabezpieczenie takiej ilości danych w sposób zgodny ze standardami kryminalistycznymi i czy jest to w ogóle możliwe do zrealizowania w ramach czynności przeszukania? Aby odpowiedzieć na to pytanie przeprowadzono eksperyment polegający na sporządzeniu obrazów 13 dysków twardych różnych typów, o pojemności od 80 GB do 2 TB. W celu możliwie wiernego zasymulowania warunków panujących podczas przeszukania i wynikających zeń ograniczeń posłużono się sprzętem standardowo wykorzystywanym przez pracowników laboratoriów kryminalistycznych Policji do zabezpieczania danych w trakcie rzeczywistych czynności realizowanych na miejscach przeszukań, tj. stanowiskiem mobilnym w postaci notebooka z procesorem Core-i7, z zainstalowanym systemem operacyjnym *Windows 7 Professional* i aplikacją *EnCase v.6.19* oraz oprzyrządowaniem w postaci bloкера *Forensic UltraDock v* i zewnętrznej obudowy na dyski twarde z interfejsem USB 2.0.

Drugim elementem zestawu wyjazdowego, który również został wykorzystany w eksperymencie, był autonomiczny duplikator dysków w postaci urządzenia *Image MASter Solo-4*, zwanego dalej *IM-Solo-4*. Urządzenie to wyposażone jest w cztery interfejsy pozwalające na podłączenie dowodowych i „docelowych” dysków bądź pamięci USB. Należy również dodać, że w zestawie znajduje się bogate wyposażenie opcjonalne w postaci różnego rodzaju kabli, adapterów i przejściówek, pozwalających na obsługę praktycznie każdego typu dysku twardego, łącznie z modelami rzadko spotykanymi oraz nietypowymi. W dalszej części eksperymentu, przy użyciu metody programowej i sprzętowej (bez zastosowania kompresji, która z reguły znacznie wydłuża czas czynności), sporządzono obrazy zawartości 13 dysków twardych w trzech wariantach: bez generowania skrótów oraz z ich wyliczeniem i weryfikacją przy użyciu algorytmów MD5 i SHA-1. Niektóre z użytych w eksperymencie dysków posiadały taką samą pojemność, natomiast różniły się forma-

²⁰ Według prawa Moore’a, liczba tranzystorów w mikroprocesorach podwaja się co ok. 18–24 miesiące. Prawo to stosuje się też do innych parametrów sprzętu komputerowego, w tym do pojemności dysków twardych.

tem²¹ oraz interfejsem komunikacyjnym²², ponadto zostały wyprodukowane w różnych latach, z użyciem różnych technologii i przez różnych producentów. Analizując uzyskane wyniki, nie brano tych różnic pod uwagę i każdy dysk traktowano jako indywidualny przypadek. Jak wynikało z uzyskanych w toku eksperymentu danych, proces generowania i weryfikacji sum kontrolnych w każdym przypadku znacząco wydłużył (około dwukrotnie) czas realizacji czynności, natomiast rodzaj zastosowanego algorytmu nie miał na to w zasadzie żadnego wpływu. W przypadku aplikacji *EnCase* czas wygenerowania i weryfikacji sum MD5 i SHA-1 jest porównywalny. Niestety ta metoda programowa pozwala tylko na zabezpieczenie podczas jednorazowej czynności przeszukania danych zawartych na dyskach o pojemności około 320 GB, ponieważ czas sporządzania obrazu dysku łącznie z wygenerowaniem sumy kontrolnej przy użyciu tej aplikacji wynosi poniżej 10 godzin. W przypadku większej pojemności dysku czas trwania tej czynności wydłuża się, i tak np. dla dysku o pojemności 1 TB wynosi około 26 godzin.

Podczas sporządzania obrazów dysków za pomocą urządzenia IM-Solo-4 wygenerowanie i weryfikacja skrótów również miały znaczący wpływ na czas realizacji, jednakże w sposób odmienny niż w przypadku użycia aplikacji *EnCase*. W tym przypadku czas generowania skrótu SHA-1 był zauważalnie krótszy (niemalże dwukrotnie) niż w przypadku sumy MD5. Powodem tego jest fakt, że duplikator IM-Solo-4 posiada wbudowany akcelerator sprzętowy algorytmu SHA-1, przez co wyliczenie tego skrótu jest znacząco szybsze niż w przypadku algorytmu MD5, dla którego producent takiej opcji nie przewidział.

W przypadku duplikatora IM-Solo-4 czas wygenerowania i weryfikacji sum MD5 (analogicznie jak w przypadku programu *EnCase*) pozwala na zabezpieczenie podczas jednorazowej czynności przeszukania danych zawartych na dyskach o pojemności około 320 GB, ponieważ czas sporządzania obrazu dysku łącznie z wygenerowaniem sumy kontrolnej przy użyciu tego urządzenia wynosi ok 7 godzin. W przypadku większej pojemności dysku czas trwania tej czynności wydłuża się, i tak np. dla dysku o pojemności 1 TB wynosi około 21 godzin. Natomiast czas wygenerowania i weryfikacji sum SHA-1 przy użyciu aplikacji IM-Solo-4 pozwala na zabezpieczenie podczas jednorazowej czynności przeszukania danych zawartych na dyskach o pojemności około 750 GB i trwa to około 9 godzin. W przypadku większej pojemności dysku czas trwania tej czynności wydłuża się, ale nie tak bardzo jak w poprzednich konfiguracjach – np. dla dysku o pojemności 1 TB wynosi około 12 godzin.

Aby wykazać, w jakich proporcjach pozostają wobec siebie czasy sporządzania i weryfikacji obrazów dysków, dokonano analizy procentowej, przyjmując za podstawę (tj. 100%) czas sporządzania obrazu każdego dysku bez ge-

²¹ 2,5" – dyski do notebooków i 3,5" – dyski do komputerów PC.

²² ATA – rozwiązanie starsze, wychodzące z użycia, SATA – obecny standard.

nerowania sum kontrolnych. Jak wynika z przeprowadzonych obliczeń, w przypadku aplikacji *EnCase* wygenerowanie któregośkolwiek skrótu wydłużyło czas realizacji ponad dwukrotnie. W przypadku urządzenia IM-Solo-4 czas wygenerowania sumy SHA-1, z uwagi na zastosowany akcelerator sprzętowy, był średnio o 79,2% dłuższy od czasu sporządzania obrazu dysku bez technik uwiarygodniających, natomiast w przypadku skrótu MD5 był on dłuższy aż trzykrotnie, pomimo to (w wartościach bezwzględnych) i tak był wyraźnie krótszy niż w przypadku zastosowania metody programowej.

Na podstawie danych zgromadzonych w arkuszu obserwacji przeprowadzono obliczenia mające na celu wskazanie uśrednionego czasu niezbędnego do zabezpieczenia podstawowej jednostki pojemności dysku twardego, czyli 1 GB. W celu oszacowania maksymalnej pojemności dysku, z którego dane można zabezpieczyć w trakcie czynności przeszukania, nie zatrzymując fizycznego nośnika, obliczono ilość danych możliwą do zabezpieczenia w czasie 10 godzin, a tym samym przyjęto, że w przypadku gdyby procedura zabezpieczania danych miała trwać dłużej, wykonywanie tych czynności w ramach przeszukania (o ile nie zaistnieje bezwzględna konieczność) nie będzie zasadne a lepszym rozwiązaniem będzie zabezpieczenie całego nośnika. Uzyskane wyniki obliczeń przedstawiono w tabeli 2.

Tabela 2 Średnia wielkość zabezpieczanych danych w jednostce czasu

Prędkość zabezpieczania danych [GB]						
Czas	<i>EnCase</i>			Image Masster Solo-4		
	bez sumy kontrolnej	MD5	SHA-1	bez sumy kontrolnej	MD5	SHA-1
1 minuta	1,32	0,60	0,59	2,47	0,77	1,31
10 godzin	791	362	351	1485	465	786

Źródło: opracowanie własne

Analiza ww. wyników obliczeń pod kątem przyrównania ich do standardowych pojemności dysków twardych wskazuje, że w założonym czasie (10 godzin) przy użyciu aplikacji *EnCase* można zabezpieczyć zawartość dysku o pojemności 320 GB, wyliczając dowolnie wybraną sumę kontrolną, zaś używając duplikatora IM-Solo-4 i generując skrót SHA-1, można zabezpieczyć dane z dysku o pojemności 750 GB. W przypadku dysków o większych pojemnościach w pełni zasadne będzie natomiast zatrzymanie fizycznego nośnika.

Dla ścisłości należy dodać, że uzyskane wyniki dotyczą jedynie konkretnego, zastosowanego w eksperymencie zestawu sprzętu i oprogramowania.

Producenci oprzyrządowania kryminalistycznego, mając świadomość ciągłego wzrostu pojemności dysków twardych, nie ustają w wysiłkach zmierzających do polepszenia wydajności oferowanych urządzeń i oprogramowania. Stąd też, dysponując najnowszymi modelami duplikatorów, blokerów i kieszeni z interfejsami USB 3.0 oraz na bieżąco aktualizowanymi wersjami oprogramowania służącego do akwizycji danych, niewątpliwie możliwe jest uzyskanie znacznie lepszych rezultatów.

Wiarygodność danych ważniejsza od ich ilości

Czynność przeszukania jest czynnością na tyle dotkliwą, że ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie pewnych ograniczeń temporalnych. Przeszukania zamieszkałych pomieszczeń można dokonać w porze nocnej tylko w wypadkach niecierpiących zwłoki²³. Zgodnie z Kodeksem postępowania karnego za porę nocną uważa się czas od godziny 22.00 do godziny 6.00²⁴. Tylko przeszukanie rozpoczęte za dnia można prowadzić nadal mimo nastania pory nocnej²⁵. Jak wynika z przeprowadzonego eksperymentu rezygnacja z wyliczania sum kontrolnych znacząco przyspiesza proces zabezpieczania danych, a tym samym ogranicza w czasie tak dotkliwą czynność, jaką jest przeszukanie. Czy warto więc rezygnować z wyliczania sum kontrolnych w celu zminimalizowania dolegliwości wynikającej z przedłużającego się okresu trwania przeszukania?

Odpowiedź na to pytanie znajduje się w orzecznictwie. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. III KK 12/13²⁶, problem nieustosunkowanie się przez sąd odwoławczy do zarzutu dotyczącego nieprawidłowości zabezpieczenia dowodów elektronicznych może stanowić podstawę uchylecia w wyniku kasacji prawomocnego orzeczenia sądu odwoławczego. Sąd Najwyższy stwierdził, że kluczowe w sprawie było zweryfikowanie czy zabezpieczony plik dowodowy o nazwie „analiza.txt” został utworzony przez skazanego i czy plik przekazany sądowi był tożsamy z plikiem wygenerowanym przez skazanego. W dalszej części wyroku Sąd Najwyższy przychylił się do stanowiska obrońcy skazanego, który w swoim wywodzie szczegółowo referował aktualnie uznane i stosowane metody uzyskiwania rzetelnych dowodów elektronicznych, tak by ich autentyczność nie mogła zostać zasadnie zakwestionowana. Wobec powyższego uznał za racjonalne wskazanie, że z perspektywy obecnie akceptowanych technik kryminalistycz-

²³ Art. 221 § 1 k.p.k.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Art. 221 § 2 k.p.k.

²⁶ <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mrswwglrsgy2tmobwha2tg> (dostęp w dniu 2 października 2014 r.).

nych można mieć poważne wątpliwości co do tożsamości pliku przekazanego sądowi i tego stworzonego przez skazanego w sytuacji, gdy brak jest możliwości porównania sum kontrolnych, czy też gdy wystąpiło naruszenie metodyki tworzenia kopii. Ponadto, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na specyfikę danych elektronicznych (informatycznych), których ocena musi być nadzwyczaj ostrożna. Jak słusznie podkreślono w uzasadnieniu wyroku, doświadczenie życiowe każdego użytkownika sprzętu komputerowego wskazuje, że statystycznie bardzo często dane te ulegają modyfikacjom. Dane informatyczne muszą więc być analizowane w sposób nadzwyczaj dokładny oraz przy użyciu najaktualniejszej wiedzy.

Mając na uwadze powyższy wyrok należy stwierdzić, że wyliczanie sum kontrolnych podczas zabezpieczania danych informatycznych jest absolutnie niezbędne, a zaniechanie tego jest poważnym błędem stanowiącym o wadliwości czynności. Zgodnie z wypracowanymi nauczycielami prawa karnego procesowego zasadami uznanie czynności procesowej za niewadliwą następuje wtedy, gdy czynność ta jest przeprowadzona zgodnie z przepisami prawa, a mianowicie²⁷:

- zachodzą pozytywne przesłanki czynności procesowej;
- uczestnik procesu ma zdolność do dokonywania czynności procesowych;
- przestrzegane są warunki modalne czynności procesowej (forma, termin i miejsce, jeżeli ustawa wymaga spełnienia tych warunków);
- istnieje wola uczestników czynności w przypadku oświadczeń procesowych (wykluczenie przymusu fizycznego);
- nie zachodzą wady woli uczestników czynności w przypadku oświadczeń procesowych (wykluczenie przymusu psychicznego oraz działania w błędzie);
- brak warunku w odniesieniu do oświadczeń procesowych.

Uzupełnieniem tego katalogu jest brak uchybienia w toku postępowania, które mogło mieć wpływ na jego treść albo na treść decyzji procesowej²⁸. Wśród następstw naruszenia warunków niewadliwości wymienia się²⁹: nieważność, bezskuteczność, niedopuszczalność, wadliwość oraz bezzasadność.

W sprawach, w których dokonano skopiowania dowodów elektronicznych bez wykorzystania funkcji haszujących, następstwem naruszenia warunków determinujących prawidłowość czynności będzie jej wadliwość. Uznanie wadliwości dowodu elektronicznego może spowodować wadliwość decyzji procesowych i innych czynności procesowych. Dotyczy to sytuacji, gdy powstała wątpliwość co do wiarygodności dowodu elektronicznego zaciąży istotnie na stopniu uprawdopodobnienia zarzutu. Wprawdzie istnieje możliwość po-

²⁷ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 51–52.

²⁸ Tamże, s. 56.

²⁹ Tamże, s. 52.

wtórzeń wadliwej czynności w toku procesu, ale warunkiem jest, że nie powstał stan nieodwracalny. Niestety, z uwagi na specyfikę zabezpieczonych dowodów elektronicznych, nieodwracalność stanu stanowi zazwyczaj regułę. Nigdy nie będzie pewności, że organ procesowy dotarł do tego samego dowodu elektronicznego, np. po upływie kilku miesięcy. Łatwość ingerencji w dane zawarte na elektronicznym nośniku zawsze będzie powodowała wątpliwości co do wiarygodności dowodów zabezpieczonych podczas powtórzonej czynności procesowej.

Wnioski

Zabezpieczanie danych cyfrowych wraz z nośnikiem, na którym są one zapisane, jest zasadne w sytuacji, gdy:

- nośnik ten będzie zaliczony w poczet materiału dowodowego;
- sytuacja na miejscu przeszukania nie pozwala na poprawne, tj. zgodne z wypracowanymi zasadami kryminalistyki, skopiowanie danych;
- sposób zabezpieczenia danych przez ich dysponenta uniemożliwia ich skopiowanie;
- na nośniku zawarto dane objęte tajemnicą prawnie chronioną, a organ uprawniony do uchylenia tajemnicy nie jest organem dokonującym przeszukania;
- czas trwania zabezpieczenia danych przekraczałby rozsądne granice, np. trwałby ponad 10 godzin.

W pozostałych przypadkach organy procesowe mogą poprzestać na skopiowaniu danych z wykorzystaniem funkcji haszujących. Należy jednak pamiętać o tym, że prawidłowe zabezpieczanie dużej ilości danych, których skopiowanie wiąże się z ponad dziesięciogodzinnym czasem trwania czynności procesowej, w przypadku lokali zamieszkałych może zostać uznane za nieproporcjonalną dolegliwość. W mniejszym zakresie problem ten dotyczy pomieszczeń firm i instytucji, chociaż i tutaj, jak sygnalizowano w prasowych relacjach z tzw. „afery taśmowej”, działania organów ścigania sparaliżowały funkcjonowanie redakcji tygodnika „Wprost”. Im krócej trwają czynności procesowe, tym mniejsze wyrządzają dolegliwości. Nie należy jednak zapominać o tym, że czas trwania czynności nie uzasadnia odstępowania od prawidłowej metodyki zabezpieczania dowodów elektronicznych, ale może stanowić podstawę odstąpienia od kopiowania danych i zabezpieczenia ich po prostu wraz z nośnikiem.

W sprawach, w których zdecydowano się na kopiowanie danych cyfrowych, do zapewnienia ich wiarygodności należy stosować urządzenia blokujące zapis, odpowiednie narzędzia programistyczne oraz właściwie dokumentować wykonywane czynności. Są to warunki konieczne, jednakże nie wystarczające. Dla zachowania jego wiarygodności niezbędnym elementem jest wy-

liczona za pomocą odpowiedniego algorytmu suma kontrolna zabezpieczonych danych, dzięki której możliwe będzie udowodnienie, że na żadnym etapie postępowania dane nie zostały zmienione. Uzyskanie tych samych wartości skrótu przy weryfikacji wiarygodności pliku (dysku) stanowi niezaprzeczalny dowód identyczności kopii. Niepowtarzalność wartości skrótu opiera się na liczbie możliwych do obliczenia kombinacji.

W postępowaniu karnym wszelkie nieprawidłowości w sposobie zabezpieczenia dowodów elektronicznych mogą skutkować uznaniem tych dowodów za wadliwe i wykluczeniem ich z materiału dowodowego. Stwierdzenie wadliwości dowodu elektronicznego może wywołać uchylenie opartych na tych dowodach decyzji procesowych, a nawet doprowadzić do umorzenia postępowania bądź uniewinnienia oskarżonego. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy powstała wątpliwość co do wiarygodności dowodu elektronicznego zaciąży istotnie na stopniu uprawdopodobnienia zarzutu.

Securing electronic evidence

Abstract

This contribution explains doubts around securing electronic evidence for criminal proceedings purposes. Research results are presented that allow determining a correct mode of securing data stored on electronic data carriers. An answer is provided to the question of when it is reasonable to secure data together with a carrier on which they are stored, and when it is sufficient to merely copy the data. Addressed herein, the main issue is how to secure electronic evidence from the technical point of view so that its credibility is not compromised and cannot be questioned, and defects are avoided which render evidence inadmissible. Touched upon is also the time aspect of evidence-securing operations which is not without significance for authorities conducting proceedings. Carried out for the purposes of this contribution, the experiment enables the estimation of time needed to properly secure any electronic evidence copied.

RECENZJE

Paweł Dębowski

Recenzja książki Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania, pod red. Dagmary Gruszeckiej i Jerzego Skorupki, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2015

Tradycją stały się już coroczne Wrocławskie Seminaria Karnoprocesowe organizowane przez Katedrę Postępowania Karnego Uniwersytetu Wrocławskiego. W roku 2014 odbyło się ono 7 kwietnia, a przedmiotem obrad było zagadnienie granic legalności podejmowanych czynności w postępowaniu karnym. Efektem właśnie tego spotkania jest publikacja pod redakcją prof. dr. hab. Jerzego Skorupki, kierownika Katedry Postępowania Karnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, oraz dr Dagmary Gruszeckiej, pt. „Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania”, która ukazała się na rynku wydawniczym w roku 2015. Pozycja ta składa się z ośmiu artykułów autorstwa wybitnych przedstawicieli nauki oraz praktyki stosowania prawa, którzy wcześniej zaprezentowali wyniki swych badań w trakcie Seminarium: prof. UW, dr. hab. Andrzej Bator, dr Katarzyna T. Boratyńskiej, zastępcy Prokuratora Generalnego RP Roberta Hernanda, prof. dr. hab. Piotra Kardasa, prof. dr. hab. Jerzego Skorupki, prof. UJ, dr. hab. Piotra Tuleji, prof. UG, dr. hab. Krzysztofa Woźniewskiego oraz prof. UŚ, dr. hab. Kazimierza Zgryzka. Monografia została również wzbogacona o treść dyskusji, jaka miała miejsce po wystąpieniach referentów. Dokonana w niniejszej pracy analiza wskazuje, że zarówno teoretykom, jak i praktykom zagadnienie legalności działań uczestników postępowania karnego nie jest obce.

Zastępca Prokuratora Generalnego RP, Robert Hernand, zaprezentował problem delimitacji granic legalności czynności uczestników postępowania

karnego. Przedmiotem swych rozważań uczynił kwestię sprawiedliwości proceduralnej i rzetelnego postępowania sądowego. Według tego autora, określając granice legalności, należy pamiętać, że cel procesu karnego w postaci realizacji prawa karnego materialnego nie może prowadzić do akceptacji czynności będących przejawem nierzetelnego lub nieuczciwego prowadzenia postępowania. Wydaje się, że jest to bardzo ważne stwierdzenie, biorąc pod uwagę zagadnienia poruszane w artykule, a mianowicie: problem wykonywania przez właściwe służby czynności operacyjno-rozpoznawczych, a następnie wykorzystania ich efektów w toczącym się postępowaniu karnym, oraz problem wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa, tzw. „owoców zatrutego drzewa”. Zaletą artykułu jest oparcie analizy także na orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Niezwykle inspirująca pozostaje sformułowana teza dotycząca koncepcji tzw. autonomicznej legalności czynności dowodowych, rozumiana przez Roberta Hernanda jako ocena legalności bądź nielegalności dowodów uzyskanych podczas procesu karnego niezależnie od legalności innych dowodów, o ile były one wynikiem czynności zgodnych z prawem.

Artykułem zbliżonym swym zakresem do powyższego jest artykuł prof. dr. hab. Piotra Kardasa. Autor dokonuje w swej pracy jednoznacznego podziału na uczestników procesu karnego posiadających status organów władzy publicznej (instytucjonalnych uczestników procesu) oraz uczestników niemających tego statusu (nieinstytucjonalnych uczestników procesu). Prezentuje również wiele interesujących uwag na temat rozumienia zasady praworządności, czyniąc odniesienia na gruncie Konstytucji RP. Przedstawione ujęcie pozwoli czytelnikowi pochylić się nad tematem istoty procesu karnego, a także definicją „czynności procesowych”. Na szczególną uwagę zasługuje teza mówiąca, że uczestnicy instytucjonalni postępowania karnego bez wyraźnej podstawy określonej w przepisach prawa są pozbawieni możliwości podejmowania określonych czynności procesowych, natomiast uczestnicy procesu niemający statusu organów władzy publicznej co do zasady powinni korzystać z możliwości podejmowania wszelkich czynności, których prawo im nie zakazuje. Na kanwie przeprowadzonej analizy autor podejmuje obszerne rozważania na temat konsekwencji przekroczenia granic legalności. Argumentacja w tym zakresie, prowadząca do konstatacji, iż naruszenie granic legalności przez organy państwa powinno skutkować stwierdzeniem niedopuszczalności czynności procesowych, wadliwości i bezskuteczności, jest bardzo przekonująca i zasługuje na szczególną uwagę czytelnika. Należy zgodzić się również z tezą autora o złożoności omawianego problemu i potrzebie zapoczątkowania szerszej debaty w doktrynie prawa karnego procesowego.

Perspektywę konstytucyjnoprawnych uwarunkowań granic legalności procesu karnego przedstawił w publikacji prof. UJ, dr hab. Piotr Tuleja. Należy uznać z całą stanowczością, iż objęcie tego zagadnienia przez ocenianą publikację było koniecznością. Bez rozważań na gruncie Konstytucji RP nie byłoby możliwe zaprezentowanie podjętego tematu w sposób rzetelny. Autor artykułu, wybitny konstytucjonalista, sędzia Trybunału Konstytucyjnego, w sposób bardzo przystępny określił rolę Konstytucji RP w postępowaniu karnym, w tym, w szczególności, przy określaniu granic legalności procesu karnego. Jego zdaniem, wyznacza ona granice regulacji ustawowej oraz standard konstytucyjny, który regulacja powinna spełniać, a także na płaszczyźnie stosowania prawa współkształtuje treść norm prawnych.

Omawiana praca zawiera ponadto charakterystykę granic instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym z perspektywy teorii prawa, autorstwa prof. UW, dr. hab. Andrzeja Batora. Artykuł ten przenosi rozważania na temat granic procesu karnego na płaszczyznę analitycznej koncepcji instrumentalizacji prawa, z podziałem na wariant redukcyjny i nieredukcyjny. Jest to bardzo nowatorskie podejście do zagadnień będących przedmiotem recenzowanej monografii, co stanowi niewątpliwie jej zaletę.

Szczegółowe rozważania w przedmiocie dopuszczalności dowodów uzyskanych w toku kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych zaprezentował w swym artykule prof. UŚ, dr hab. Kazimierz Zgryzek. Autor próbuje określić granice dopuszczalności wykorzystania w procesie karnym dowodów pozyskanych w trakcie działań operacyjno-rozpoznawczych wychodzących poza ramy legalnych czynności procesowych. Dużą zaletą pracy jest powoływanie licznych orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

W recenzowanej publikacji nie zostały pominięte również rozważania na temat granic procesu karnego z perspektywy dogmatyki prawa karnego procesowego. Wyniki swych badań przedstawił w tym zakresie prof. dr hab. Jerzy Skorupka. Czynnione przez Autora rozważania w pełni uzasadniają przekonanie, że granice procesu karnego stanowią zagadnienie o istotnym znaczeniu nie tylko naukowym, ale również praktycznym. Artykuł porusza również zagadnienie istoty procesu karnego jako modelu będącego podstawą prawną konkretnej działalności procesowej oraz celów procesu karnego. Interesującym podziałem zaproponowanym przez Autora jest podział na podmiotowe, przedmiotowe i temporalne granice procesu karnego. Na akceptację zasługuje postulat wprowadzenia do prawa karnego procesowego na etapie postępowania przygotowawczego i sądowego trybu eliminacji dowodów pozyskanych w sposób nielegalny.

Czytelnik ma także możliwość zapoznania się ze stanowiskiem prof. UG, dr. hab. Krzysztofa Woźniewskiego na temat kryteriów legalności czynności organów procesowych. Autor wymienia w tym zakresie aspekt podmiotowy (kompetencje ogólne, jak i szczególne organu procesowego, zdolność do

działania), modalny (normy prawne regulujące formę, czas, miejsce i język dokonania czynności procesowych) oraz przedmiotowy.

Monografia „Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania” jest również swoistą próbą określenia procesowych konsekwencji wyjścia organów postępowania poza granice legalności czynności w nim podejmowanych. W głównej mierze temat ten jest przedmiotem artykułu dr Katarzyny T. Boratyńskiej. Autorka w zwięzły sposób przytacza poglądy doktryny i orzecznictwa w omawianym zakresie. Uwagę czytelnika zwraca w szczególności stwierdzenie o braku jednolitego trybu eliminowania dowodów wadliwych z postępowania karnego. W świetle propozycji zawartych w artykule można odwoływać się w takich sytuacjach do art. 170 § 1 k.p.k., art. 171 § 7 k.p.k. oraz nowego art. 168a k.p.k.

Na uznanie zasługuje w pierwszej kolejności wybór tematu monografii. Należy zauważyć, że w teorii prawa sprowadza się bardzo często cele prawa do czterech stanowisk, według których celem prawa jest realizowanie wartości moralnych, realizacja sprawiedliwości, ustanowienie pokoju i porządku czy też realizacja dobra wspólnego. Niniejsza pozycja dotyczy właśnie w szczególności zagadnienia realizacji sprawiedliwości poprzez przeprowadzenie procesu karnego w jasno określonych granicach, dzięki którym każdy uczestnik postępowania karnego powinien mieć możliwość oceny, czy podejmowana czynność jest zgodna z prawem. Z tego też względu na uwagę zasługuje to, że publikacja nie jest tylko zbiorem referatów wygłoszonych podczas Seminarium, ale stanowi spójną i wielopłaszczyznową analizę poruszanego zagadnienia. Znajdziemy w niej rozważania zarówno na gruncie teorii prawa, na gruncie konstytucyjnoprawnym, jak i na gruncie dogmatyki prawa karnego procesowego. Czytelnik ma możliwość zapoznania się z próbą określenia granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia. Walorem dodatkowym pracy jest poruszenie tematyki dopuszczalności dowodów uzyskanych w toku kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, która to stanowi doskonały sposób uświadomienia czytelnikowi, jak istotne jest określenie zakresu dozwolonej działalności uczestników procesu karnego, w tym w szczególności organów państwa. Ta uwaga nabiera szczególnego znaczenia, gdy stwierdzimy, że respektowanie praw innych uczestników postępowania karnego jest bezwzględnym obowiązkiem organów państwa, którego wykonanie jest obecnie utrudnione z uwagi na skomplikowane i niespójne regulacje. Prowadzi to do niekorzystnego zjawiska, jakim jest niejednolita praktyka organów wymiaru sprawiedliwości. Kwestią zasadniczą wydaje się to, iż nie można akceptować istnienia niejasności co do granicy między działaniami legalnymi a nielegalnymi uczestników postępowania. Przedmiotowa publikacja stanowi także niejako próbę zasygnalizowania problemów, jakie mogą pojawić się na gruncie zmian kodeksu postępowania karnego – ustawą z dnia 27 września

2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.), w perspektywie dążenia w kierunku zwiększenia kontrydiktoryjności modelu procesu karnego. Czyni to więc recenzowaną monografię jak najbardziej aktualną na rynku wydawniczym.

Nie oznacza to jednak, że jest to analiza kompleksowa, co może stanowić dla wielu wadę recenzowanej publikacji. Wydaje się wszak, że nie taki był cel autorów, którzy chcieli raczej zaprezentować węzłowe problemy granic procesu karnego. Niewątpliwie taką ideę można wyinterpretować przez całościowe spojrzenie na ocenianą pracę. Zarówno jej autorzy, jak i uczestnicy Wrocławskiego Seminarium Karnoprosesowego mieli świadomość braku kompleksowych rozważań w zakresie wyznaczonego obszaru badawczego.

Analiza stanowisk autorów monografii skłania do refleksji, że bardzo dobrym rozwiązaniem było zaprezentowanie podjętej problematyki zarówno przez przedstawicieli doktryny prawa karnego procesowego, jak i praktyków stosowania prawa. Zagadnienie granic procesu karnego ma bowiem bardzo istotne znaczenie tak dla nauki procesu karnego, jak i dla praktyki wymiaru sprawiedliwości. Obejmuje swym zakresem najbardziej podstawowe prawa i wolności obywatelskie. Autorzy jako specjaliści w dziedzinie prawa karnego procesowego gwarantują rzetelność oraz wysoki poziom merytoryczny.

Niewątpliwie kolejną zaletą publikacji jest znajdująca się na samym początku bibliografia, która umożliwia czytelnikowi w przystępny sposób zapoznanie się z literaturą przedmiotu. Takie rozwiązanie pozwala na sprawniejsze i przyjemniejsze pogłębianie problematyki poruszanej przez autorów. Praca oparta została na bogatej literaturze, w tym także obcojęzycznej. Autorzy sięgnęli zarówno do licznych pozycji dogmatyki prawa, a także do większości ważnych opracowań teoretycznych. Ciekawym pomysłem jest także umieszczenie krótkich not biograficznych autorów, które zawierają między innymi informacje dotyczące ich zainteresowań badawczych. Tym samym czytelnik ma możliwość pozyskania informacji o specjalizacji danego autora, a następnie podjęcia decyzji o zapoznaniu się z jego dorobkiem naukowym, który może pozostawać w korelacji z jego zainteresowaniami.

Zaprobować należy również pomysł wzbogacenia monografii o treść dyskusji, jaka wywiązała się między uczestnikami Seminarium. Pozwoliło to zaprezentować uwagi na temat problematyki granic procesu karnego nie tylko autorów wystąpień, ale także pozostałych uczestników. Uprawniony pozostaje jednak zarzut braku obszerniejszego przedstawienia poruszanych zagadnień i to nawet uwzględniając zasygnalizowane w dyskusji problemy pojawiające się na ich gruncie. Wartościowe pozostają uwagi prof. UMK, dr. hab. Arkadiusza Lacha oraz prof. UG, dr. hab. Sławomira Steinborna na temat art. 168a k.p.k.

Wydaje się jednak, że pewnym mankamentem recenzowanej publikacji może być brak podsumowania i próby przedstawienia wniosków z przeprowadzonej dyskusji. Takie rozwiązanie ułatwiłoby czytelnikowi wypracowanie własnego stanowiska. Jednak ten brak w konstrukcji monografii nie wpływa na jej ogólną ocenę jako pozycji opracowanej rzetelnie i ze wszech miar wartościowej, godnej polecenia.

Niewątpliwie recenzowana monografia umożliwi zapoznanie się szerszemu gronu odbiorców z aktualnymi poglądami wybitnych przedstawicieli nauki prawa karnego procesowego, jak i praktyków na temat problematyki granic procesu karnego. Problematyki, która należy do trudnych, ale jakże istotnych zagadnień procesu karnego. Praca stanowi doskonały asumpt do tego, aby podejmowane zagadnienia częściej były przedmiotem zainteresowania doktryny procesu karnego i nie tylko. Taki był cel autorów publikacji i z całą pewnością został on zrealizowany. Pozostaje żywić nadzieję, że ten dorobek przyczyni się do mniejszego ingerowania w wolności osób będących uczestnikami procesu karnego.

GLOSY

Tomasz Radtke

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. II KK 214/10

Streszczenie

Glosa stanowi krytyczny, zarówno co do samej tezy głównej, jak i jej uzasadnienia, komentarz do wyroku Sądu Najwyższego, w którym kategoria przestępstw skarbowych znamienych skutkiem na podstawie wykładni art. 44 § 4 k.k.s. została niesłusznie ograniczona do czynów, których skutek jest znamieniem typu czynu określonego w k.k.s., z wyłączeniem czynów polegających na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej, w szczególności tych, które nie zawierają znamienia skutku w postaci uszczuplenia, mimo że faktycznie powodują uszczuplenie należności publicznoprawnej. W opracowaniu wskazano na brak merytorycznych przesłanek, które należycie uzasadniałyby przyjęcie wykładni powyższego przepisu zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy.

Przepis § 4 art. 44 k.k.s. obejmuje te przestępstwa skarbowe znamienne skutkiem, w których skutek jest znamieniem typu czynu określonego w Kodeksie karnym skarbowym, a zarazem nie są to czyny polegające na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej w rozumieniu art. 44 § 3 k.k.s.¹.

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. II KK 214/10, OSP 2012, nr 1, poz. 5, s. 26; OSNKW 2011, nr 4, poz. 34; Biul. SN 2011, nr 4, poz. 13.

Ustawodawca w art. 44 § 1 k.k.s. uregulował przedawnienie karalności przestępstw skarbowych, stanowiąc, że ustanie karalności tych czynów następuje z upływem okresu 5 lub 10 lat od czasu ich popełnienia w zależności od rodzaju i wysokości zagrożenia ustawowego przewidzianego w przepisach części szczególnej. Zgodnie z § 2 karalność przestępstw skarbowych polegających na uszczupleniu bądź narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej ustaje także wówczas, gdy nastąpiło przedawnienie tej należności.

W art. 44 § 3 i 4 k.k.s. zostały określone dwa szczególne momenty rozpoczęcia biegu przedawnienia karalności przestępstw skarbowych. Modyfikacja dotyczy określonego w § 1 art. 44 k.k.s. początku biegu ustawowych terminów przedawnienia karalności. Pierwszy – opisany w § 3 – dotyczy przestępstw skarbowych, które polegają na uszczupleniu lub na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Bieg przedawnienia tych przestępstw rozpoczyna się z końcem roku, w którym upłynął termin płatności należności publicznoprawnej, a jeżeli sprawca przestępstwa skarbowego dopuścił się uszczuplenia lub narażenia na uszczuplenie należności celnej, bieg jego przedawnienia rozpoczyna się co do zasady z dniem, w którym powstał dług celny. Jeżeli dokonanie przestępstwa skarbowego zależy od nastąpienia określonego w kodeksie skutku bieg przedawnienia zgodnie z brzmieniem art. 44 § 4 k.k.s. rozpoczyna się od czasu, gdy skutek nastąpił.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. II KK 214/10, na kanwie rozpatrywanej sprawy odniósł się do ustalenia początku biegu terminu przedawnienia przestępstwa oszustwa podatkowego kwalifikowanego z art. 56 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. Zaliczając ten czyn do kategorii przestępstw materialnych (skutkowych), początek biegu terminu jego przedawnienia określił w momencie, który został wskazany nie w art. 44 § 4 k.k.s., lecz w § 3 tego artykułu.

W ocenie Sądu Najwyższego początek biegu terminu przedawnienia czynu z art. 56 § 1 k.k.s. nie określa się według czasu nastąpienia skutku w postaci narażenia na uszczuplenie należności publicznoprawnej, bowiem nie o taki skutek chodzi w art. 44 § 4 k.k.s. Z kolejności unormowań zawartych w art. 44 k.k.s. oraz zasady racjonalności ustawodawcy wynika, że przepis art. 44 § 4 k.k.s. obejmuje te przestępstwa skarbowe znamienne skutkiem, w których skutek jest znamieniem typu czynu określonego w Kodeksie karnym skarbowym, a zarazem nie są to czyny polegające na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej w rozumieniu art. 44 § 3 k.k.s.

Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że w art. 44 § 4 k.k.s. pod sformułowaniem „w wypadkach przewidzianych w... § 2” kryć się mogą te przestępstwa skarbowe, które w kodeksowym zestawie znamion zawierać będą zwroty „kto naraża” lub „kto uszczupla” albo inne jeszcze określenia wyraża-

jące skutek opisanej w tym zestawie czynności, który nastąpił w innym, nawet odległym czasie niż sama czynność.

W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy, aprobuując powyższy wyrok, konsekwentnie uznaje, że ustawodawca, przyjmując w art. 44 § 4 k.k.s. rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia od czasu nastąpienia skutku, powiązał to nie z samym skutkiem jako rezultatem określonego czynu zabronionego, lecz ze skutkiem jako warunkiem *sine qua non* dokonania przestępstwa (wykroczenia) skarbowego. W przypadku wykroczenia z art. 57 § 1 k.k.s. Sąd Najwyższy uznał, że jego dokonanie nie zależy od nastąpienia skutku określonego w k.k.s., ponieważ dla przyjęcia, że doszło do jego dokonania, wystarczające jest samo nie wpłacenie podatku w terminie, jedynie pod warunkiem, że było to zaniechanie o charakterze uporczywym. Stąd też odnośnie tego rodzaju czynów unormowanie art. 44 § 4 k.k.s. nie ma zastosowania, natomiast bieg terminu ich przedawnienia liczony musi być zgodnie z regulacją art. 44 § 3 k.k.s.².

Pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w komentowanym wyroku zasadnie uprawnia do krytycznej jego oceny w kontekście wzajemnych relacji § 3 i 4 art. 44 k.k.s.

Istotną uwagą jest, że w glosowanym wyroku Sąd Najwyższy dokonał rozgraniczenia dwóch sytuacji. Stwierdził bowiem, że § 4 tego artykułu odnosi się do przestępstw skarbowych znamiennych skutkiem, które nie są zarazem czynami polegającymi na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej, gdyż kwestię biegu terminu przedawnienia tych ostatnich ustawodawca uregulował osobno w treści § 3 art. 44 k.k.s. Tym samym Sąd Najwyższy – na płaszczyźnie wykładni art. 44 § 3 i 4 k.k.s. – wyodrębnił dwie grupy przestępstw skarbowych, to jest charakteryzujących się narażeniem na uszczuplenie należności publicznoprawnej, do których odwołuje się § 3 art. 44 k.k.s., i znamiennych skutkiem, objętych regulacją § 4 art. 44 k.k.s., do wskazania których służą użyte przez ustawodawcę w zespole znamion tych czynów kodeksowe wyrażenia odnoszące się do wywołania określonego skutku w innym niż sama czynność czasie.

W doktrynie utrwalił się tradycyjny podział przestępstw na materialne (skutkowe), to jest takie, które uznaje się za dokonane tylko wtedy, gdy sprawca zachowaniem spowodował skutek określony w dyspozycji przepisu części szczególnej kodeksu karnego skarbowego, i formalne (bezsuktowe), polegające tylko na samym zachowaniu się sprawcy, niezależnie od tego, jaki skutek to zachowanie wywołało, gdzie samo naruszenie normy prawa

² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2014 r., sygn. III KK 226/14, LEX nr 1551344; por. także inne orzeczenia aprobujące: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. IV Ko 94/13, LEX nr 1403905, Pr. i Pr. 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 1; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. II AKA 225/13, LEX nr 1394331.

karnego skarbowego zawiera już w sobie ujemny ładunek treściowy³. Z tej perspektywy w literaturze akcentuje się podział przestępstw skarbowych na te, w związku z którymi nastąpiło „uszczerpnięcie należności publicznoprawnej”, oraz te, w związku z którymi „nie nastąpiło uszczerpnięcie należności publicznoprawnej”. Pierwsza grupa, która cechuje się skutkowym charakterem, obejmuje wszystkie przestępstwa „polegające na uszczerpnięciu należności publicznoprawnej” oraz „polegające na narażeniu na uszczerpnięcie należności publicznoprawnej”. Drugą tworzą wyłącznie przestępstwa bezskutkowe⁴.

Z punktu widzenia funkcjonalnego charakteru przestępstw skarbowych wyróżnia się podział na przestępstwa skarbowe „polegające na uszczerpnięciu lub narażeniu na uszczerpnięcie należności publicznoprawnej” i te, „w związku z którymi nastąpiło uszczerpnięcie lub narażenie na uszczerpnięcie należności publicznoprawnej”⁵.

Według powyższego kryterium do pierwszej grupy zalicza się te czyny, które w ustawowym opisie zawierają *expressis verbis* określenie uszczerpnięcia lub narażenia na uszczerpnięcie należności publicznoprawnej spełniającego funkcję skutku. W glosie do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2003 r., sygn. I KZP 2/03, słusznie jej Autorzy zwrócili uwagę, że czynem polegającym na narażeniu na uszczerpnięcie jest wyłącznie czyn posiadający w swojej typizacji znamię narażenia na uszczerpnięcie, a polegającym na uszczerpnięciu jest wyłącznie czyn posiadający w swojej typizacji znamię uszczerpnięcia⁶.

W opozycji do tego stanowiska L. Wilk prezentuje pogląd, że brak w ustawowym opisie czynu znamienia „uszczerpnięcie” kwalifikuje do tej kategorii również te czyny, których istota polega na uszczerpnięciu mimo braku tego określenia w zespole jego ustawowych znamion i jako przykład podaje wykroczenie skarbowe stypizowane w art. 57 § 1 k.k.s. W ocenie tego Autora cytowane wyżej orzeczenie zdezaktualizowało się w związku z ustawą

³ F. Prusak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, a także P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2012, wyd. II, przy czym Autorzy przez pojęcie skutku rozumieją wywołane zachowaniem sprawcy zjawisko, od którego nastąpienia ustawa uzależnia dokonanie czynu zabronionego (zob. I. Andrejew, Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw, Warszawa 1978, s. 190–191), przy czym chodzi o zmianę fizyczną, funkcjonalną, fizjologiczną, biologiczną, psychiczną, społeczną oraz sytuacyjną.

⁴ P. Lewczyk, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. II KK 214/10, OSP 2012, nr 1, poz. 5, s. 26.

⁵ L. Wilk, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. 2, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2014, s. 192.

⁶ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2003 r., sygn. I KZP 2/03, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 57; Prok. i Pr. 2003, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 13; Biul. SN 2003, nr 4, poz. 21; Wokanda 2004, nr 7–8, poz. 32; POP 2004, nr 6, poz. 132 oraz G. Łabuda, T. Razowski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2003 r., sygn. I KZP 2/03, Prok. i Pr. 2003, nr 11, teza nr 3.

z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2005 r., Nr 178, poz. 1479), a to z uwagi na wprowadzenie nowego brzmienia art. 53 § 29 k.k.s., który pozwala na uznanie czynów zawierających w swych ustawowych opisach określenia skatalogowane w tym przepisie za czyny „polegające na uszczupleniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej”⁷. W tej kwestii odmienne stanowisko przedstawiła A. Wielgolewska, której zdaniem, zgodnie z wolą ustawodawcy, do kategorii przestępstw skarbowych „polegających na uszczupleniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej” należą tylko te przestępstwa, których ustawowy opis zawiera takie określenie⁸. Ten pogląd dominuje w doktrynie. Zwraca się ponadto uwagę, że funkcją przepisu 53 § 29 k.k.s. – jak mogłoby się to *prima facie* wydawać – nie jest rozszerzenie pojęcia uszczuplenia i narażenia na uszczuplenie należności publicznoprawnej na wymienione w nim terminy, gdyby bowiem wolą normodawcy było przydanie tym pojęciom znaczenia uszczuplenia należności publicznoprawnej (narażenia na uszczuplenie), to posłużyłby się formułą typu „w rozumieniu kodeksu” – jak to uczynił w § 26 i 26a k.k.s.⁹.

Podobnie jest w przypadku przestępstw skarbowych z narażenia na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Mając bowiem na uwadze treść definicji legalnej narażenia na uszczuplenie określonej w art. 53 § 28 k.k.s., należy stwierdzić, że odnosi się ona tylko do tych przestępstw skarbowych, które posiadają w zestawach znamion ustawowych znamię narażenia na uszczuplenie, tak jak np. w art. 54 § 1 czy art. 56 § 1–3 k.k.s.

Druga grupa przestępstw skarbowych wyodrębnionych ze względu na funkcje, które dany przepis spełnia z uwagi na sformułowania użyte np. w art. 17 § 1 pkt 1 k.k.s. czy art. 26 § 2 k.k.s. dotyczy tych czynów, które nie zawierają w swoich ustawowych znamionach skutku w postaci uszczuplenia, ale z ich popełnieniem funkcjonalnie powiązane było to uszczuplenie. W tych przypadkach uszczuplenie traktowane jest jako następstwo, od którego uzależnione jest stosowanie poszczególnych instytucji z kodeksu karnego skarbowego. Stąd przyjmuje się w doktrynie, że w takich sytuacjach niezależnie od tego, czy w zestawie znamion ustawowych danego czynu zabronionego z kodeksu karnego skarbowego występuje znamię uszczuplenia, ustalenie uszczuplenia wygenerowanego tym czynem jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia, że uszczuplenie nastąpiło w związku z konkretnym przestępstwem skarbowym¹⁰.

⁷ L. Wilk, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks..., *op. cit.*, s. 192–193.

⁸ A. Wielgolewska, (w:) A. Wielgolewska, A. Piaseczny, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. I, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2012, s. 136–137.

⁹ G. Łabuda, T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks..., *op. cit.*

¹⁰ T. Razowski, Glosa do postanowienia..., *op. cit.*

Zauważyć należy, że kodeks karny skarbowy nie zawiera, w przeciwieństwie do pojęcia „narażenia na uszczuplenie”, definicji legalnej „uszczipienia”, a często używa go w przepisach części ogólnej – np. w art. 13 § 1, art. 14, art. 16 § 2, art. 37 § 2, art. 38 § 2, czy art. 41 § 2 k.k.s. Ponadto, wysokość uszczipienia ma znaczenie dla kwalifikowania czynów jako przestępstw lub wykroczeń skarbowych, a w ramach przestępstw skarbowych występuje też jako znamię łagodzące (np. art. 54–56, art. 76a § 2, art. 77–89 czy art. 92 k.k.s.). Wyjaśnienie pojęcia „uszczipienie” ustawodawca pozostawił doktrynie. Przez „uszczipienie” T. Grzegorzczak rozumie uszczerbek finansowy, który już nastąpił, i dodaje, że przy przestępstwach z narażenia nie wymaga się nastąpienia skutku w postaci wystąpienia uszczerbku, wystarczy bowiem wysokie prawdopodobieństwo jego zaistnienia¹¹.

Jak wyżej wskazano, z definicji „narażenia na uszczipienie” określonej w art. 53 § 28 k.k.s. wynika, że odnosi się ona tylko do czynów posiadających w zestawach znamion ustawowych znamię narażenia na uszczipienie. Z tego powodu w doktrynie – wychodząc z założenia, że nie jest deliktem polegającym na uszczipieniu taki czyn, który polega na narażeniu na uszczipienie – precyzuje się znaczenie „przestępstwa skarbowego polegającego na uszczipieniu” jako czynu, który wyłącznie posiada w swojej typizacji znamię uszczipienia¹².

Powyższe świadczy o wyraźnym podziale skutkowych przestępstw skarbowych na polegające na uszczipieniu należności publicznoprawnej i na narażeniu na uszczipienie tej należności.

W komentowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdził, że użyte w treści art. 44 § 4 k.k.s. określenie „przestępstwa skarbowe znamienne skutkiem” nie dotyczy czynów polegających na narażeniu na uszczipienie należności publicznoprawnej w rozumieniu art. 44 § 3 k.k.s., a jednocześnie nie podzielił powołanych w uzasadnieniu orzeczenia poglądów wyrażonych w piśmiennictwie, jakoby czyny karnoskarbowe polegające na narażeniu na uszczipienie należności publicznoprawnej były czynami formalnoprawnymi (bezsuktowymi). Zaprezentowane stanowisko należy rozumieć w ten sposób, że te ostatnie również zaliczane są do przestępstw skutkowych, ale na gruncie art. 44 § 4 k.k.s. kategoria przestępstw skarbowych znamienych skutkiem została ograniczona wyłącznie do tych, których skutek jest znamieniem typu czynu określonego w k.k.s. Dlatego przestępstwa polegające na narażeniu na uszczipienie należności publicznoprawnej, jak z art. 56 § 1 k.k.s., choć zaliczane do przestępstw skutkowych, są objęte regulacją art. 44 § 3 k.k. Odwołując się bowiem do zasady racjonalności ustawodawcy, Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że przeciwne rozu-

¹¹ T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, LEX 2009.

¹² T. Razowski, Glosa do postanowienia..., *op. cit.*

mowanie wiodłoby do absurdałnego wniosku, że regulacje zawarte w art. 44 § 3 i 4 k.k.s., nakazujące odmiennie liczyć początek terminu przedawnienia, dotyczą tego samego katalogu przestępstw. W tej sytuacji przyjąć trzeba, że zakres użytego przez Sąd Najwyższy wyrażenia „przestępstwa skarbowe znamienne skutkiem” objął przestępstwa skarbowe polegające na uszczupieniu należności publicznoprawnej, ale tylko te, których skutek jest znamieniem typu czynu określonego w kodeksie karnym skarbowym. Pozostałe, których skutek nie należy do ich znamion, nie zostają zaliczone do tej kategorii i pozostają objęte regulacją art. 44 § 3 k.k.s.

Wykładnia art. 53 § 27 k.k.s. pozwala na zrekonstruowanie pojęcia uszczuplenia należności publicznoprawnej stanowiącej skutek przestępstw skarbowych polegających na „uszczupieniu należności publicznoprawnej” jako uszczerbek finansowy, w postaci wyrażonej liczbowo kwoty pieniężnej, powstały na skutek uchylenia się od uiszczenia lub od zadeklarowania uiszczenia należności publicznoprawnej w całości lub w części¹³. Jednakże część przestępstw skarbowych nie zawiera w opisie znamienia skutku w postaci uszczuplenia, mimo że faktycznie powodują uszczuplenie należności publicznoprawnej, np. art. 77 § 1–2, art. 78 § 1–2 k.k.s. Stąd wniosek, że tej kategorii czynów w myśl tezy glosowanego orzeczenia nie dotyczy art. 44 § 4 k.k.

Z kolei legalna definicja „narażenia na uszczuplenie należności publicznoprawnej” określona w art. 53 § 28 k.k.s. nakazuje rozumieć to pojęcie jako „spowodowanie konkretnego niebezpieczeństwa takiego uszczuplenia – co oznacza, że zaistnienie uszczerbku finansowego jest wysoce prawdopodobne, choć nie musi nastąpić”. Wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że dla bytu czynu zabronionego polegającego na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej nie jest konieczne zaistnienie uszczerbku, musi być ono natomiast „wysoce prawdopodobne”. Chodzi tu więc o stan, gdy brak należności publicznoprawnej nie wywołał jeszcze rzeczywistego uszczerbku finansowego, a spowodował konkretne niebezpieczeństwo jego wystąpienia¹⁴.

Zakres tej definicji ustawowej zawiera zatem dwie sytuacje w zależności od tego, czy uszczerbek nastąpił, czy też nie. W literaturze zwraca się bowiem uwagę, że termin „wysokie prawdopodobieństwo” statystycznie ogranicza w praktyce taki przebieg przyczynowy, który nie prowadziłby od wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia negatywnego skutku do powstania tego skutku. Typowy będzie więc bieg wydarzeń, kiedy niebezpieczeństwo uszczerbku finansowego – na podstawie doświadczenia kauzalnego obserwatora – prowadzi do powstania tego uszczerbku. Druga sytuacja dotyczy

¹³ G. Łabuda, T. Razowski, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks..., *op. cit.*

¹⁴ F. Prusak, Kodeks..., *op. cit.*

atypowego – aczkolwiek również kryminalizowanego przez ustawodawcę takiego zachowania sprawcy, które pomimo wysokiego prawdopodobieństwa nie wywoła uszczerbku finansowego. Dla przypisania więc sprawcy odpowiedzialności karnej wystarcza stworzenie prawnie potępianego niebezpieczeństwa naruszenia bez konieczności wykazania, iż to niebezpieczeństwo musi doprowadzić do powstania naruszenia¹⁵.

Powyższy podział wynika z wykładni opartej na wnioskowaniu *a minori ad maius*, przewidującej odpowiedzialność karną sprawcy czynu skutkowego z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, np. z art. 56 § 1 k.k.s. czy art. 54 § 1 k.k.s., który spowodował konkretny skutek w postaci uszczuplenia podatku¹⁶. Ten kierunek wykładni utrwalił się w orzecznictwie, w tym Sądu Najwyższego, który jednoznacznie uznał, że stadium dokonania przestępstwa oszustwa podatkowego z art. 56 § 1 k.k.s. następuje już z zaistnieniem narażenia na uszczuplenie należności podatkowej, co nie oznacza, że stwierdzenie dalej idącego skutku zachowania sprawcy, w postaci spowodowania uszczuplenia takiej należności, zwalnia sprawcę od odpowiedzialności karno-skarbowej¹⁷.

Dlatego słusznie G. Łabuda uznaje, że przestępstwa skarbowe polegające na narażeniu na uszczuplenie są czynami znamionowymi skutkiem, a funkcją przepisu art. 53 § 28 k.k.s. jest przede wszystkim dookreślenie ustawowego znamienia skutku tzw. przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, stanowiących najważniejszą pod względem zawartości bezprawia grupę czynów zabronionych stypizowanych w art. 54, art. 55, art. 56 § 1–3, art. 73a, art. 86, art. 87 i art. 88 k.k.s.¹⁸.

Powyżej przedstawione stanowiska prowadzą zatem do wniosku, że zarówno przestępstwa skarbowe polegające na uszczupieniu należności publicznoprawnej, jak i na narażeniu na uszczuplenie tej należności zaliczane są do kategorii przestępstw skutkowych, przy czym niektóre z nich mogą wywołać skutek, który nie jest określony w zespole ustawowych znamion danego czynu. Dlatego zasadne jest pytanie o wzajemny stosunek przepisów art. 44 § 3 i 4 k.k.s.

W doktrynie słusznie uznaje się, że przepisy art. 44 § 3 i 4 k.k.s. pozostają w kolizji, gdyż obejmują identyczny zakres przestępstw skarbowych poda-

¹⁵ G. Łabuda, Z problematyki narażania na niebezpieczeństwo uszczuplenia należności publicznoprawnej w prawie karnym skarbowym, teza nr 5, Prok. i Pr. 2000, nr 11/76.

¹⁶ K. Buk, Uchylenie się od opodatkowania w świetle Kodeksu karnego skarbowego, część II, teza nr 1, Dor. Podat. 2007, nr 2/22.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., sygn. IV KK 111/09, LEX 550462, a także wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2012 r., sygn. V KK 327/11, LEX nr 1109323; Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 września 2013 r., sygn. II AKa 116/13, LEX nr 1381434, OSA 2014, nr 4, poz. 18–24; Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 marca 2012 r., sygn. II AKa 10/12, LEX nr 1254309.

¹⁸ G. Łabuda, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks..., *op. cit.*

nych w § 1 i 2 art. 44 k.k.s. Z tego powodu G. Łabuda opowiada się za przyjęciem kierunku wykładni na korzyść sprawcy, stwierdzając, że pomiędzy nimi zachodzi stosunek wyłączania, gdzie przepisem wyłączanym jest § 3, oznaczanie zaś początku biegu przedawnienia karalności następuje wedle reguły określonej w § 4. W tej sytuacji początkiem biegu przedawnienia karalności przestępstw skarbowych polegających na uszczupieniu lub na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej jest czas nastąpienia skutku – z reguły czas powstania zaległości podatkowej lub długu celnego¹⁹.

Do odmiennej konkluzji dochodzi L. Wilk, który uważa, że § 3 art. 44 k.k.s. odnosi się do szczególnego rodzaju skutku, jakim jest uszczuplenie lub narażenie na uszczuplenie należności publicznoprawnej i ten przepis jako szczególny wyłącza zastosowanie ogólnego przepisu § 4 art. 44 k.k.s.²⁰.

Natomiast Autor glosy do komentowanego orzeczenia, A. Skowron, uznając, że materialne przestępstwa skarbowe należą do rzadkości, stwierdza, że przepis art. 44 § 4 k.k.s. może być stosowany tylko w bardzo ograniczonym zakresie, jeżeli nie wyłącznie w stosunku do przestępstwa z art. 85 § 1 k.k.s.²¹. Z kolei P. Lewczyk przyznał, że w obowiązującym kodeksie karnym skarbowym nie ma tak scharakteryzowanych przestępstw, jak podał to Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu, a nawet nigdy ich nie było, i zwrócił uwagę, że podawane w literaturze przykłady, których dotyczy art. 44 § 4 k.k.s., stanowią wykroczenia²². W konsekwencji Autor ten stwierdza, że powyższy przepis jest normą pustą.

Konkludując, należy uznać, że glosowany wyrok zawiera kontrowersyjną tezę w sytuacji, gdy art. 44 § 2 k.k.s., do którego ustawodawca odwołuje się na wstępie art. 44 § 3 i 4 k.k.s., obejmuje przestępstwa skarbowe znamienne jednym z dwóch skutków, tj. niebezpieczeństwem narażenia na uszczuplenie lub uszczupleniem należności publicznoprawnej. Innym przestępstwom skarbowym nie dotyczy i dlatego brak jest racjonalnego uzasadnienia dla wyróżnienia w ramach przestępstw skarbowych skutkowych – jak dokonał tego Sąd Najwyższy – podgrupy odnoszącej się tylko do tych przestępstw, w których skutek jest znamieniem typu czynu określonego w kodeksie karnym skarbowym z wyłączeniem czynów polegających na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Skoro ustawodawca w art. 44 § 4 k.k.s. odnosi się do art. 44 § 2 k.k.s. poprzez sformułowanie „W wypadkach przewidzianych w... § 2” oznacza, że regulacją objął wskazaną w nim

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ L. Wilk, (w:) L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks..., *op. cit.* s. 194.

²¹ A. Skowron, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. II KK 214/10, LEX/el. 2013, nr 175270.

²² P. Lewczyk, Glosa do wyroku..., *op. cit.* i powołana tam literatura, o której mowa w przypisie 20.

kategorię przestępstw skarbowych polegających na uszczupleniu, jak i narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej.

Przyjąć należy, że wskazanie w art. 44 § 4 k.k.s. charakterystyki czynu skutkowego, którego dokonanie zależy od nastąpienia określonego w kodeksie skutku, *ex ante* wyłącza z tej kategorii przestępstw te, które nie zawierają w zespole znamion skutku. Podanie przykładowo przestępstw skutkowych zawierających zwroty „kto naraża” lub „kto uszczupla” albo inne jeszcze podobne określenia wyrażające skutek, nie rozwiązuje problemu, gdyż tego rodzaju określenia *de facto* odnoszą się do znamion przestępstw skarbowych wskazanych w art. 44 § 3 k.k.s.

Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że art. 44 § 4 k.k.s. jest pustą normą, gdyż odwołuje się na wstępie również do § 1 art. 44 k.k.s., który dotyczy przestępstw skarbowych innych niż wymienione w art. 44 § 2 k.k.s., w tym materialnych (skutkowych), a więc np. z art. 67 § 1, art. 69 § 3, art. 70 § 1 i 2, art. 85 § 1, art. 97 § 1 k.k.s.

Wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy odniosła się praktycznie do przestępstw, których dotyczy art. 44 § 2 k.k.s., i w tym zakresie niesłusznie ograniczyła zawartość ustawowego opisu art. 44 § 4 k.k.s. Z tego powodu zaprezentowaną w głosowanym orzeczeniu próbę nadinterpretacji powyższego przepisu należy kwalifikować jako przykład prawotwórstwa sądowego.

Commentary to the Supreme Court judgement of 26 January 2011, file no. II KK 214/10

Abstract

This contribution is a critical commentary on both the main point of, and reasoning behind the Supreme Court judgment. Drawing on interpretation of Article 44, § 4 of the Criminal Code of Tax Offences, the judgement unduly restricts the category of tax offences with a varying effect to acts whose effect is a type-indicating element of the act described by the Criminal Code of Tax Offences, except acts that consist in exposing public impost to any unlawful reduction, including specifically those acts whose elements do not incorporate an unlawful reduction effect although they actually unlawfully reduce a public impost. This commentary shows that no substantive grounds exist to support the Supreme Court's interpretation of the said Article.

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Joanna Piórkowska-Flieger

VI Lubelskie Seminarium Karnistyczne

8 grudnia 2014 r. na Wydziale Prawa i Administracji UMCS odbyło się VI Lubelskie Seminarium Karnistyczne pt. „Eutanazja”. Organizatorami tego spotkania naukowego byli Instytut Wymiaru Sprawiedliwości oraz Katedra Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UMCS. Tak jak w latach ubiegłych, na lubelskie seminarium przybyło wielu wybitnych przedstawicieli nauki i praktyki wymiaru sprawiedliwości. W konferencji uczestniczyli także goście z Ukrainy, pracownicy naukowcy Lwowskiego Państwowego Uniwersytetu Spraw Wewnętrznych. Tematyka konferencji wzbudziła również zainteresowanie wśród studentów WPiA UMCS, którzy z uwagą przysłuchiwali się obradom.

Po otwarciu konferencji przez Dziekan WPiA UMCS, prof. dr hab. A. Przyborską-Klimczak, oraz powitaniu przybyłych gości przez Kierownika Katedry Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UMCS, Przewodniczącego Rady Naukowej IWS, prof. dr. hab. M. Mozgawę, przystąpiono do prezentacji referatów.

W trakcie czterech sesji zaprezentowano 15 referatów, w których przedstawiono zagadnienie eutanazji w różnych aspektach. Najwięcej uwagi poświęcono zabójstwu eutanatycznemu na gruncie polskiego i obcego ustawodawstwa karnego. Przedstawiono również znaczenie zabójstwa eutanatycznego w świetle przepisów polskiego prawa spadkowego. Badania ankietowe przeprowadzone wśród studentów WPiA UMCS pozwoliły natomiast ukazać społeczne podejście do problemu eutanazji.

Sesji pierwszej przewodniczył prof. dr hab. M. Mozgawa. Na wstępie referat pt. „Pojęcie i rodzaje eutanazji” przedstawiła dr K. Nazar-Gutowska (UMCS Lublin). Wskazała w nim, jak bardzo zmieniało się znaczenie analizowanego pojęcia na przestrzeni wieków, a także podkreśliła wciąż występujące rozbieżności w jego definiowaniu. Prelegentka przedstawiła ponadto terminologię związaną z problemem eutanazji, obejmującą takie określenia

jak np. kryptanazja, autonazja, dystanazja. Drugą Referentką była prof. dr hab. M. Płatek (UW), która wygłosiła referat pt. „Eutanazja – *Etikettschwindel* a prawo do dobrej śmierci”. Autorka przedstawiła swoje rozważania na temat rozumienia pojęcia eutanazji, która powinna czynić zadość poszanowaniu autonomicznej woli i godności człowieka. Wyjaśniła także, w odniesieniu do eutanazji, termin „*Etikettschwindel*” jako podstawienie słowa oznaczającego „dobrą śmierć” do praktyk, które nie tylko w języku prawniczym, ale i potocznym, określa się mianem zabójstwa, masowego zabójstwa lub zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem. Następnie głos zabrał dr K. Dąbrowski (UMCS Lublin). W wystąpieniu pt. „Zagadnienie eutanazji w nowożytnych kodeksach karnych obowiązujących na ziemiach polskich w XIX i XX w.” poddał on analizie przepisy prawnokarne odnoszące się do zabójstwa eutanatycznego i pomocy w samobójstwie obowiązujące na ziemiach polskich w okresie zaborów w XIX i XX w. Wskazał zatem na różnice w odpowiedzialności karnej za te przestępstwa na gruncie austriackiego, pruskiego (później ogólnoniemieckiego) i rosyjskiego prawa karnego. Ostatni referat w pierwszej sesji konferencji pt. „Zabójstwo eutanatyczne w polskiej legislacji i orzecznictwie Sądu Najwyższego” wygłosił SSN W. Koziół. Autor zaznaczył, że sprawy o zabójstwo eutanatyczne bardzo rzadko były przedmiotem postępowania sądowego zarówno w okresie II Rzeczypospolitej, PRL, jak i współcześnie. Stwierdził, że analiza zbiorów orzecznictwa Sądu Najwyższego z okresu od 1 września 1917 r. do 30 listopada 2014 r. dowodzi, iż w tym czasie opublikowano jedynie trzy wyroki dotyczące przepisów przewidujących przestępstwo zabójstwa eutanatycznego, które poddał analizie.

Drugą część konferencji, której przewodniczył sędzia W. Koziół, rozpoczęła dr Aneta Michalska-Warias (UMCS Lublin), wygłaszając referat pt. „Ustawowe znamiona zabójstwa eutanatycznego”. Autorka przedstawiła nie tylko ustawową charakterystykę przestępstwa sankcjonowanego w art. 150 § 1 k.k., ale odniosła się również do terminologii związanej z problematyką eutanazji. Podkreśliła bowiem, że pojęcie eutanazji nie jest tożsame z określeniem „zabójstwo eutanatyczne”, więc znamiona analizowanego typu uprzywilejowanego zabójstwa nie zawsze stanowią zachowania określane mianem eutanazji. Kolejny referat pt. „Znamię współczucia dla ofiary jako przesłanka eutanazji” przedstawił SSN prof. dr hab. J. Sobczak (SWPS Warszawa). Referent zaprezentował wykładnię jednego z dwóch znamion uprzywilejowujących zabójstwo eutanatyczne, a mianowicie współczucia sprawcy dopuszczającego się zabójstwa. Autor opowiedział się za szerokim rozumieniem przyczyn współczucia dla ofiary, nieograniczonych, jak często jest to przyjmowane w doktrynie prawa karnego, do cierpień związanych z ciężką, nieuleczalną chorobą. Drugą sesję konferencji zamknęła dr P. Kozłowska-Kalisz (UMCS Lublin), wygłaszając referat pt. „Eutanazja a udział w samobójstwie (uwagi na tle art. 151 k.k.)”. Przedmiotem

tego wystąpienia była relacja między zabójstwem eutanatycznym a przestępstwem polegającym na pomocy do samobójstwa. Autorka podkreśliła niemożność wystąpienia zbiegu między przepisami sankcjonującymi wskazane typy czynów zabronionych.

Trzeciej sesji konferencji przewodniczyła prof. dr hab. M. Płatek. Sesja ta była poświęcona eutanazji w aspekcie prawnoporównawczym. Doktor S. Hypś (KUL) w referacie pt. „Eutanazja jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną w wybranych państwach” przedstawił warunki wyłączania odpowiedzialności karnej za zachowania eutanatyczne w ustawodawstwie Holandii, Belgii i Luksemburga. Ponadto, Autor poddał analizie proces, jaki doprowadził do ukształtowania wskazanych regulacji prawnych. Kolejny referat pt. „Eutanazja jako uprzywilejowany typ zabójstwa – analiza prawnoporównawcza” wygłosił prof. dr hab. K. Wiak (KUL). Prelegent przedstawił znamiona zabójstwa eutanatycznego w takich krajach, jak np. Szwajcaria, Serbia, Norwegia, Czarnogóra i Mołdawia. Podkreślił, że polskie rozwiązanie prawnokarne w tym zakresie jest zbliżone do tych, które przyjęte są w państwach objętych badaniami. Nie jest w nich jednak przewidziana konstrukcja ujęta w art.150 § 2 polskiego kodeksu karnego, zgodnie z którym w wyjątkowych wypadkach możliwe jest nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstępnie od jej wymierzenia wobec sprawcy zabójstwa eutanatycznego. Rozważania prawnoporównawcze kontynuował dr M. Kulik (UMCS Lublin), który w referacie pt. „Eutanazja czynna jako podstawowy lub kwalifikowany typ zabójstwa w wybranych państwach” ukazał typizację zabójstwa eutanatycznego w dwudziestu państwach. Na podstawie analizy badanych regulacji prawnych Referent wyszczególnił trzy zasadnicze modele ustawowego ujęcia zabójstwa eutanatycznego. W pierwszym zabójstwo eutanatyczne stanowi kwalifikowany typ zabójstwa, w drugim typ podstawowy, zaś w trzecim typ uprzywilejowany. Po wystąpieniach przedstawicieli polskiej nauki prawa karnego głos zabrał dr M. Seńko (Lwowski Państwowy Uniwersytet Spraw Wewnętrznych), który zaprezentował referat pt. „Ocena karnoprawna eutanazji na Ukrainie”. Autorami tego referatu byli prof. dr hab. W. Nawrocki i Prelegent. Z uwagi na to, że w ukraińskim prawie karnym nie przewidziano zabójstwa eutanatycznego, Autorzy przedstawili różne koncepcje dotyczące prawnokarnej oceny pozbawienia życia innej osoby na jej prośbę, pod wpływem współczucia i w celu skrócenia jej cierpienia, które prezentowane są w ukraińskiej doktrynie prawa karnego. Jak zaznaczyli, w praktyce ukraińskiego wymiaru sprawiedliwości zachowanie tego typu, w zależności od konkretnego stanu faktycznego, traktowane jest jako zabójstwo w typie podstawowym lub kwalifikowanym. Zdaniem Autorów referatu do ukraińskiego kodeksu karnego powinno się wprowadzić przepis sankcjonujący zabójstwo eutanatyczne, stanowiące typ uprzywilejowany zabójstwa.

Referaty wygłoszone w czwartej sesji konferencji, której przewodniczył SSN prof. dr hab. J. Sobczak, miały bardziej zróżnicowany charakter. Jako pierwsza wystąpiła prof. dr hab. M. Wąsek-Wiaderek (KUL). W referacie pt. „Prawo do godnej śmierci» w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” Autorka zawarła rozważania dotyczące autonomii woli człowieka w kwestii podjęcia i zrealizowania decyzji o zakończeniu swojego życia na tle przepisów Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Przedstawiła ponadto orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące zaprzestania leczenia ratującego lub podtrzymującego życie oraz pomocy do samobójstwa udzielanej przez inną osobę lub organy państwowe. Następny referat pt. „Zabójstwo eutanatyczne (próba badań empirycznych)” zaprezentował prof. dr hab. M. Mozgawa (UMCS Lublin, IWS Warszawa). Mimo że Autor objął badaniami wszystkie jednostki prokuratury w Polsce, a analizowany okres został ujęty bardzo szeroko, bowiem od 1 września 1998 r. do końca 2013 r., nie było możliwe sformułowanie wniosków dotyczących praktyki ścigania i wymiaru sprawiedliwości w sprawach o zabójstwo eutanatyczne. Żadne bowiem z trzynastu postępowań, jakie zostały wszczęte w tym okresie, nie zakończyło się skierowaniem do sądu aktu oskarżenia. Prelegent przedstawił stany faktyczne, będące przedmiotem analizowanych postępowań, i wyraził przypuszczenie, że ciemna liczba zabójstw eutanatycznych jest bardzo duża. W referacie pt. „Społeczne spostrzeganie eutanazji na podstawie badania postaw studentów UMCS z wybranych kierunków studiów” dr M. Budyn-Kulik (UMCS Lublin, IWS Warszawa) zaprezentowała wyniki badań ankietowych przeprowadzonych wśród studentów WPIA UMCS. Odpowiedzi na zawarte w ankiecie pytania, w kwestiach m.in. rozumienia pojęcia eutanazji, stosunku do jej karalności, dopuszczalności jej przeprowadzenia w stosunku do bliskiej badanemu osoby nieuleczalnie chorej czy też istnienia życia po śmierci pozwoliły Autorce sformułować wnioski dotyczące różnic wśród studentów poszczególnych kierunków oraz zależności między wyrażonym przekonaniem o istnieniu lub nieistnieniu życia po śmierci a postawą wobec eutanazji. Ostatni referat konferencji miała wygłosić dr hab. H. Witczak (KUL). Z uwagi na niemożność przybycia na konferencję referat Jej autorstwa pt. „Zabójstwo eutanatyczne spadkodawcy albo jednej z najbliższych mu osób jako przyczyna pozbawienia korzyści ze spadku” odczytał mgr P. Poniąkowski (UMCS Lublin). Rozważania Autorki zostały oparte na przewidzianych w kodeksie cywilnym przyczynach wyłączenia od dziedziczenia, którymi są m.in. dopuszczenie się umyślnie ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy (art. 928 § 1 pkt 1) i dopuszczenie się względem spadkodawcy lub jednej z najbliższych mu osób umyślnego przestępstwa przeciwko życiu (art. 1008 pkt 2). W referacie wiele uwagi poświęcono m.in. kwestii przebaczenia przez spadkodawcę sprawcy zabójstwa eutanatycznego, co wyłącza uznanie

spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia, a także wydziedziczenie uprawnionego do zachowku.

Na zakończenie konferencji głos zabrał prof. dr hab. M. Mozgawa. Podziękował Referentom za wygłoszenie referatów, a wszystkim zebranym za wzięcie udziału w obradach.

Podsumowując, temat konferencji, który od lat stanowi przedmiot dyskusji teoretycznych, został ukazany przez Referentów w sposób interesujący i wnikliwy. Zagadnienie eutanazji zostało przedstawione wielopłaszczyznowo, co z pewnością przyczyni się to do kontynuacji rozważań w tym zakresie w polskim piśmiennictwie karnistycznym.

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-wyказu-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.