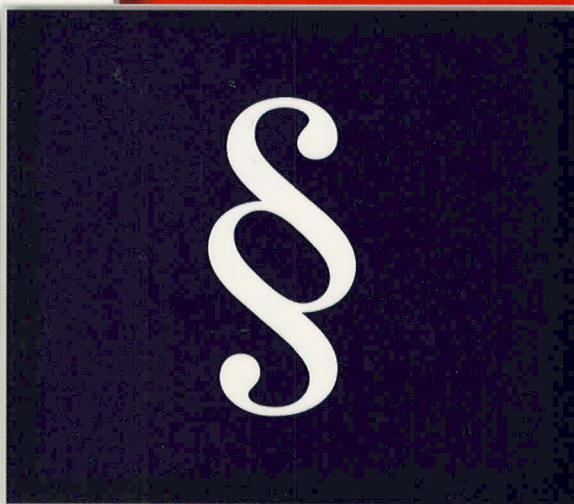




Prokuratura i Prawo

NR 12/grudzień 2016



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa



Od Błogostawionej Nocy,
nieustannej mocy,
żadnego zmęczenia,
nieograniczonego natchnienia,
serca wielkiego,
i domu szczególnie ciepłego

Życzy redakcja

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący – **Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Jerzy BRALCZYK, Władysław CZAPLIŃSKI, Tadeusz ERECIŃSKI,
Romuald KMIĘCIK, Lech K. PAPRZYCKI, Zygfryd SIWIK, Bogusław SYGIT, Zbigniew
SZCZĄSKA, Włodzimierz WRÓBEL

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści *Table of contents*

Artykuły/Articles

Marcin Gołaszewski, Prezes Polskiego Towarzystwa Badań Poligraficznych	
Użyteczność badań poligraficznych w ograniczaniu recydywy wśród sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej	5
<i>The utility of polygraph examinations in curtailing recidivism for crimes against sexual freedom</i>	22
dr Szymon Tarapata, asystent Uniwersytetu Jagiellońskiego	
Pokrzywdzony usiłowaniami nieudolnymi. Artykuł polemiczny	23
<i>Parties injured by failed criminal attempts: polemical study</i>	40
dr Damian Wąsik, asystent Collegium Medicum w Bydgoszczy UMK w Toruniu	
Śmierć na stole operacyjnym (<i>mors in tabula</i>) jako konsekwencja błędu w sztuce lekarskiej	41
<i>Death on the operating table (mors in tabula) as a result of medical error</i>	62
dr Agnieszka Baj, prokurator Prokuratury Rejonowej w Pabianicach	
Cele postępowania przygotowawczego	63
<i>Aims of preparatory proceedings</i>	74
Krzysztof Eichstaedt, sędzia Sądu Apelacyjnego w Łodzi	
Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem	75
<i>Measure of protection in the form of commitment to a mental health facility, and doubts around ruling</i>	94
dr Ariadna H. Ochnio, adiunkt Instytutu Nauk Prawnych PAN	
Konfiskata rozszerzona w prawie wybranych państw europejskich . . .	95
<i>Extended confiscation in national jurisdictions of select European countries</i>	137

Materiały szkoleniowe/Training materials

dr inż. Rafał Korycki, ekspert badań fonoskopijnych Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego	
Problematyka badania autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych	138
<i>Issues around authenticity examination of digital audio recordings . . .</i>	157

Glosy/Commentaries

- do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. II GPS 1/15 (dot. postanowienia o zabezpieczeniu na majątku) – oprac. Jaromir Rybczak 158
to the resolution passed by the High Administrative Court on 17 December 2015, file ref. no. II GPS 1/15 (concerns a preservation order) – by Jaromir Rybczak 168
- do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. II KK 15/15 (dot. czynu ciągłego) – oprac. Marcin Janusz Szewczyk 169
to the judgment issued by the Supreme Court on 14 May 2015, file ref. no. II KK 15/15 (concerns continuing acts) – by Marcin Janusz Szewczyk 179
- do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. II AKa 65/13 (dot. zakazu wykonywania zawodu) – oprac. dr Jerzy A. Kulesza 180
to the judgment issued by the Appellate Court in Łódź on 27 November 2013, file ref. no. II AKa 65/13 (concerns a ban on practicing a profession) – by Jerzy A. Kulesza, Ph. D. 186

ARTYKUŁY

Marcin Gołaszewski

Użyteczność badań poligraficznych w ograniczaniu recydywy wśród sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej

Streszczenie

Autor omawia istniejące na świecie procedury związane z wykorzystaniem badań psychofizjologicznych sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej, w okresie probacji. Na gruncie tych doświadczeń sformułował kompleksową propozycję wprowadzenia podobnych procedur w polskich warunkach, uwzględniając aktualne uwarunkowania prawne, zalecenia Konsultanta krajowego w dziedzinie seksuologii dotyczące programu leczenia osób z zaburzeniami preferencji seksualnych, analizę praktyki badań poligraficznych w Polsce oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym zakresie. Celem opracowania jest zainteresowanie środowisk prawników, terapeutów i decydentów politycznych rozwiązaniami nowatorskimi, lecz przynoszącymi realne efekty w postaci zmniejszenia skali recydywy.

Wprowadzenie

Niniejsze propozycje dotyczą grupy osób z zaburzeniami preferencji seksualnych, popełniających przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, które zalicza się do czynów o największej społecznej szkodliwości i bulwersujących opinię publiczną (zwłaszcza gdy ofiarami są dzieci). Dlatego warto zwrócić uwagę na wszelkie możliwe działania, które mogą przyczynić się do

zapobiegania, wykrywania tych przestępstw i ograniczania skali recydywy¹. W tym ostatnim aspekcie kluczowe znaczenie mają skuteczny dozór i terapia. Wzorce amerykańskie i brytyjskie pokazują, że obowiązujące w Polsce procedury można by jeszcze udoskonalić poprzez wykorzystanie badań psychofizjologicznych – z jednej strony jako dodatkowego obowiązku probacyjnego czy środka zabezpieczającego służącego ocenie ryzyka zagrożenia, a z drugiej – jako narzędzia wspomagającego proces terapii. Takie badania stosuje się w Wielkiej Brytanii i większości stanów w USA. Z analizy eksperymentów oraz późniejszej praktyki w tych krajach wynika, że dzięki badaniom psychofizjologicznym udaje się doprowadzić do ujawnienia znacząco większej liczby przestępstw, ofiar i zachowań wysokiego ryzyka, a także spadku częstotliwości występowania takich zachowań i ponownego wchodzenia w konflikt z prawem u osób poddawanych okresowym badaniom poligraficznym².

Także wieloletnie wewnętrzne doświadczenia polskich służb mundurowych dowodzą, że badania psychofizjologiczne o charakterze przesiewowym – przedzatrudnieniowe oraz kontrolne (prowadzone wobec funkcjonariuszy) – istotnie wzmacniają efektywność postępowań sprawdzających poprzez ujawnianie czynów i zagrożeń (m.in. nie wykryte przestępstwa, niepożądane kontakty, fakty kompromitujące, uzależnienia), trudnych lub wręcz niemożliwych do ustalenia w ramach innych procedur.

W celu kompleksowego rozważenia omawianego zagadnienia zaprezentowano poniżej podstawowe informacje o badaniach poligraficznych w Polsce (tj. o ich istocie, stanie prawnym i przyjętych standardach) oraz wymierne efekty programu badań poligraficznych w Wielkiej Brytanii. Poszczególne etapy obowiązującego w Polsce programu leczenia sprawców przestępstw z rozpoznanymi zaburzeniami preferencji seksualnych zestawiono z typami i celami badań psychofizjologicznych przeprowadzanych wobec takich osób

¹ Istnieją badania, z których wynika, że recydywa wśród sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej może występować nawet 5,3 razy częściej niż przedstawia się w oficjalnych statystykach – zob. L. Falshaw, C. Friendship, A. Bates, Sexual offenders – measuring reconviction, reoffending and recidivism, Home Office Research Findings, nr 183, Londyn 2003.

² Dokładne dane w: A. Leszczyńska, Użyteczność badań poligraficznych w terapii i kontroli osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, *Seksuologia Polska* 2013, t. 11, nr 2. Ponadto: D. T. Wilcox, R. Gray, The use of the polygraph with sex offenders in the UK, *European Polygraph* 2010, t. 6, nr 1 (19); D. Middleton, D. T. Wilcox, D. Sosnowski, Truth, Lies and The Polygraph. Presentation to the National Annual Conference of the National Organisation for the Treatment of Abusers (NOTA), York 1999; D. T. Wilcox, D. Sosnowski, D. Middleton, D. Grubin, British applications of the polygraph to sex offender work: An update, *NOTA (National Organisation for the Treatment of Abusers) News*, nr 41, 2002; D. Grubin, The potential use of polygraphy in forensic psychiatry, *Criminal Behaviour and Mental Health* 2002, nr 12; D. Grubin, A Trial of Voluntary Polygraph Testing in 10 English Probation Areas. *Sexual Abuse, A Journal of Research and Treatment* 2010, t. 3, nr 22; R. Kokish, The current Role of Post Conviction Sex Offender Polygraph Testing, *Journal of Child Sexual Abuse* 2003, t. 12, nr 3, 4.

na świecie. Przedstawiono ponadto szacunkowe koszty i kilka propozycji zmian legislacyjnych umożliwiających wprowadzenie przydatnych rozwiązań w polskich warunkach.

Podstawowe informacje o badaniach poligraficznych – ich istota, praktyka i regulacje w Polsce

Istota badania poligraficznego

Poligraf (wariograf) zalicza się do wymienionej w art. 192a i 199a Kodeksu Postępowania Karnego grupy „środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu”³. Standardowo rejestruje specyficzne zmiany reakcji fizjologicznych (w tym przede wszystkim: zmiany w cyklu oddechowym, zmiany ciśnienia krwi i tętna, zmiany w przewodności elektrycznej skóry, aktywność motoryczną (ruchy) badanego, a często także dodatkowo – zmiany w objętości krwi w naczyniach krwionośnych koniuszka palca dłoni. Na podstawie uzyskanych zapisów, biegły interpretuje sposób reagowania badanego przy udzielaniu odpowiedzi na pytania związane z przedmiotem badania.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 stycznia 2015 r. (sygn. I KZP 25/14) słusznie zauważył, że wbrew temu, na co wskazują obiegowe opinie – poligraf nie jest wykrywaczem kłamstw, a „wynik badania wariograficznego dowodzi tylko i wyłącznie tego, jakie były reakcje badanej osoby na zadawane jej pytania”. Bardziej adekwatne niż „wykrywacz kłamstw” byłoby określenie poligrafu jako „wykrywacza istotności (znaczenia) bodźców testowych” dla badanego, przy czym ta obserwowana fizjologicznie „istotność” jest funkcją podstawowych procesów psychologicznych związanych z emocjami, aktywnością poznawczą (selektywną uwagą, pamięcią, wysiłkiem mentalnym) oraz uwarunkowaniem behawioralnym odnoszącym się do danego bodźca testowego. W przypadku badanych odpowiadających w przeciwny sposób – tj. nieszczerych i prawdomównych – występują odmienne poziomy istotności (odczuwanego zagrożenia) i kognitywnego zaangażowania, wynikające z treści różnych kategorii pytań wykorzystywanych w testach z pytaniami porównawczymi (kontrolnymi). Także skuteczność testów rozpoznania (ukrytych informacji, wiedzy o czynie, szczytowego napięcia) jest konsekwencją różnicy w znaczeniu kluczowego bodźca względem pozostałych (neutralnych) – z punktu widzenia osoby, która zna umieszczony w sekwencji bodźców (pytań, fotografii czy dźwięków) szczegół danego zdarzenia.

³ Podczas badania poligraficznego badany świadomie udziela odpowiedzi na zadawane mu pytania. Rejestrowane reakcje organizmu są „nieświadome” w tym sensie, że badany nie może ich kontrolować zgodnie z własną wolą – co wynika z funkcjonowania autonomicznego układu nerwowego.

Co więcej – należy podkreślić, że w kompetencjach biegłego nie leży stwierdzenie czy badany kłamał czy nie. O tym – czy wyjaśnienia oskarżonego lub zeznania świadka zasługują na wiarę – zawsze decyduje sąd (zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów). Jednym z takich dowodów może być opinia biegłego z zakresu badań poligraficznych, który odnosi się wyłącznie do zmian reakcji fizjologicznych zarejestrowanych w kontekście udzielania przez badanego odpowiedzi na konkretne pytania testowe. Dysponując wiadomościami specjalnymi w zakresie kryteriów diagnostycznych przy badaniach psychofizjologicznych oraz reprezentatywnych danych statystycznych dla różnych populacji, biegły może ocenić – w zależności od zastosowanej techniki badawczej – czy zapisy reakcji badanego przy pytaniach krytycznych (relewantnych) są takie jak zwykle występujące u osób odpowiadających szczerze lub nieszczerze, ewentualnie – czy reakcje są typowe dla osób rozpoznających pewne szczegóły związane z danym zdarzeniem czy też dla osób nie rozpoznających takich szczegółów. Biegły powinien przytoczyć wartość diagnostyczną wykorzystanej techniki badawczej, a przy pomocy tzw. Empirycznego Systemu Oceniania może nadto wskazać, jakie znaczenie statystyczne (prawdopodobieństwo błędu) wiąże się z uzyskanym rezultatem testu. Natomiast to sąd wyciąga dalej idące wnioski co do stanu faktycznego, tj. do którego zbioru należał badany – większości osób reagujących w sposób typowy czy jednak reagujących nietypowo, w granicach błędu statystycznego.

Użyteczność badań poligraficznych

Badanie poligraficzne jest procedurą, która w praktyce służy – po pierwsze – do pozyskiwania nowych, istotnych informacji w danym postępowaniu. Po drugie – umożliwia ocenę reakcji badanego jako typowych dla określonej populacji (z wiedzą i bez wiedzy, szczerych i nieszczerych). Ponadto pomaga przełamywać różne rodzaje zaprzeczeń (całkowite, dotyczące poczytalności, stopnia winy i następstw swoich czynów), które dokonują sprawcy przestępstw, w tym osoby z zaburzeniami preferencji seksualnych i uzależnieniami. Wreszcie, badanie poligraficzne ma swój walor prewencyjny – zarówno indywidualny (pomagając powstrzymać się konkretnemu badanemu od pewnych zachowań w przyszłości), jak i generalny (odstraszając szeroki zbiór osób od naruszania rozmaitych reguł i obowiązków).

W kontekście dotychczasowej praktyki i potencjału badań poligraficznych w Polsce i na świecie, ich użyteczność przejawia się w kilku głównych obszarach:

- procedurach kadrowych (badania przedzatrudnieniowe, w postępowaniach wyjaśniających i dyscyplinarnych oraz kontrola prewencyjna funkcjonariuszy służb mundurowych);

- procedurze karnej (badania w oparciu o art. 192a § 2 i 199a k.p.k.)⁴;
- badaniach osób udzielających właściwym organom pomocy w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (tzw. badania lojalnościowe);
- procedurach terapeutycznych (badania osób z zaburzeniami preferencji seksualnych i uzależnieniami);
- nadzorze przewencyjnym (monitorowanie ryzyka recydywy).

Regulacje prawne dotyczące badań psychofizjologicznych w Polsce

Zgodnie z zasadą praworządności organy publiczne mogą czynić tylko to, co jest im przez prawo nakazane lub dozwolone, zaś podmioty prywatne, osoby fizyczne, mogą czynić wszystko, czego prawo im nie zakazuje. Polski system prawny umożliwia przeprowadzanie badań poligraficznych w procesie karnym, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, a nadto zezwala na badania przedzatrudnieniowe i kontrolne funkcjonariuszy określonych służb policyjnych i specjalnych oraz – pod pewnymi warunkami – prokuratorów w postępowaniu dyscyplinarnym. W odniesieniu do kandydatów do służby w Agencji Wywiadu, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej, dopuszczalność takich badań wynika wprost z ustawy. Natomiast, w odniesieniu do kandydatów do służby w Służbie Wywiadu Wojskowego, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Celnej badania psychofizjologiczne są możliwe na podstawie przepisów rozporządzeń wydanych w wykonaniu dość ogólnych delegacji ustawowych⁵.

W polskim prawie pracy nie ma zakazu stosowania badań poligraficznych w stosunku do pracowników lub kandydatów do pracy sektora prywatnego. Muszą natomiast odbywać się w granicach praw i gwarancji pracowniczych opisanych odrębnymi ustawami. Każde badanie poligraficzne wymaga m.in. zgody badanego. Takie badania mogą mieć istotne znaczenie na tych stanowiskach, które wiążą się dostępem pracownika do ważnych informacji (np. tajemnicy bankowej czy handlowej), mienia o znacznej wartości (np. konwojenci), systemów bezpieczeństwa (np. pracownicy lotniska, informatycy sądowi) czy broni palnej. Badania w ramach stosunków pracy w sektorze prywatnym spełniają funkcje: selekcyjną i pomocniczą⁶.

⁴ Szerzej na temat praktycznych możliwości wykorzystania badań poligraficznych w postępowaniach karnych w: M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w śledztwach – fakty i mity*, Przegląd Policyjny 2015, nr 2 (118).

⁵ Szerzej na ten temat: A. Cempura, A. Kasolik, J. Widacki, *Obecny stan prawny oraz praktyka wykorzystania poligrafu w Polsce*, (w:) J. Widacki (red.), *Badania poligraficzne w Polsce*, Kraków 2014, s. 89–96, Oficyna Wydawnicza AFM.

⁶ Zob. A. Cempura, A. Kasolik, J. Widacki, *Obecny stan prawny oraz praktyka wykorzystania poligrafu w Polsce*, (w:) J. Widacki (red.), *Badania poligraficzne w Polsce*, s. 97–100.

Sąd Najwyższy wydał w dniu 29 stycznia 2015 r. postanowienie (sygn. I KZP 25/14), w uzasadnieniu do którego sformułował kilka głównych tez oraz dalszych wskazówek, które po raz pierwszy całościowo regulują kwestie związane z dowodowym wykorzystaniem badań poligraficznych (wariograficznych) w polskim procesie karnym⁷. Sąd Najwyższy rozwiązał tym samym wszelkie wątpliwości związane z możliwością przeprowadzenia badania poligraficznego wobec podejrzanego (oskarżonego) lub świadka, dopuszczając (w oparciu o art. 199a Kodeksu postępowania karnego) taki dowód w formie opinii biegłego sporządzonej na podstawie ekspertyzy (zgodnie z wymogami art. 200 k.p.k.) – i to zarówno jako dowód odciążający, jak i obciążający. Z kolei w przypadku innego artykułu k.p.k., w którym wymienia się „środki techniczne służące kontroli nieświadomych reakcji organizmu” (art. 192a § 2) wyjaśnił, że dotyczy on badań w celach eliminacyjnych (ograniczenia kręgu osób podejrzanych) lub selekcji materiału dowodowego w postaci ujawnionych śladów, przy czym – badanym w tym wypadku może być nawet osoba o jeszcze nie ustalonym statusie procesowym, a co do której poddanie jej badaniom przy użyciu poligrafu uzasadniają okoliczności zdarzenia. Sąd wskazał ponadto wyraźnie, czego dowodzi wynik badania poligraficznego – czyli wyłącznie tego, jakie były reakcje badanej osoby na zadawane jej pytania. Poligraf nie jest zatem – mimo funkcjonowania w tej materii obiegowych, stereotypowych opinii – probierzem prawdomówności, czy wykrywaczem kłamstw. Dowód z opinii biegłego z zakresu badań poligraficznych jest dowodem pośrednim – to znaczy takim, który prowadzi dopiero do ustaleń, na podstawie których można w drodze rozumowania redukcyjnego wyciągać wnioski na temat faktu głównego (np. odciski daktyloskopijne czy ślady biologiczne pozostawione na narzędziu zbrodni najpierw prowadzą do identyfikacji osoby, która te ślady pozostawiła, a wyeliminowanie innych możliwości powstania tych śladów niż w związku z popełnieniem danego czynu, umożliwi udowodnienie winy za określone przestępstwo). Dowody pośrednie dotyczą tzw. faktów dowodowych (poszlak). Każde badanie wykonane przez biegłego w ramach ekspertyzy prowadzi do uzyskania dowodu pośredniego. Powyższe postanowienie Sądu Najwyższego dotyczy procesu karnego, ale pewne reguły dotyczące sposobu przeprowadzania ekspertyzy z zakresu badań poligraficznych i sporządzania opinii przez biegłego nie powinny być ignorowane także w procesie cywilnym czy procedurach kadrowych.

Do 1 lipca 2015 r. opinie pozasądowe (prywatne) w polskim systemie prawnym nie miały właściwie znaczenia dowodowego, ponieważ nie wyrażają stanowiska instytucji procesowo powołanych do pełnienia roli opiniodaw-

⁷ Zob. M. Gołaszewski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r. (sygn. I KZP 25/14) – regulującego wykorzystanie badań poligraficznych w polskim procesie karnym, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2015, t. 7, nr 13.

cy. Wyjątkiem od tej zasady była jedynie sytuacja, w której biegły sądowy (powołany w procesie) podjąłby polemikę z wnioskami zawartymi w opinii pozaprocesowej. Wówczas sąd musiałby ocenić argumentację obu stron. Jeżeli autor opinii procesowej nie odniósłby się do opinii prywatnej, to ta druga byłaby zupełnie bez znaczenia. Opinia prywatna mogła dać jedynie informację o innych dowodach możliwych do przeprowadzenia i stanowić swoistą „otoczkę naukową” dla wyrażenia stanowiska strony. Po zmianach w k.p.k. rola opinii prywatnej została wzmocniona, ponieważ stała się w procesie karnym dowodem z dokumentu, podlegającym takim samym zasadom oceny jak inne. Może więc dawać podstawę do polemiki z opinią złożoną przez biegłego w sprawie.

Standardy badań poligraficznych i ich wartość diagnostyczna

Zasady przeprowadzania badań psychofizjologicznych określają ogólnodostępne standardy profesjonalnych i normalizacyjnych organizacji o zasięgu międzynarodowym (*American Polygraph Association*, *ASTM International*) i krajowym (w tym: Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych). Standardy zostały omówione także w polskojęzycznych publikacjach naukowych⁸. Ponadto istnieją wewnętrzne zarządzenia i instrukcje w ramach różnych instytucji państwowych, w których przeprowadza się badania psychofizjologiczne.

Wartość diagnostyczna badań poligraficznych na tle innych badań: kryminalistycznych, medycznych czy psychologicznych – jest relatywnie wysoka. Na podstawie rezultatów eksperymentu przeprowadzonego w latach 70. XX wieku przez J. Widackiego na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie wywnioskowano, że badania poligraficzne charakteryzują się nie mniejszą wartością diagnostyczną i użytecznością niż inne, powszechnie uznane, metody identyfikacji (zeznania świadka naocznego, badania daktyloskopijne, badania pisma ręcznego)⁹.

⁸ M. Gołaszewski (red.), *Współczesne standardy badań poligraficznych*, Warszawa 2013, Biblioteka Przeglądu Bezpieczeństwa Wewnętrznego, nr 4; M. Gołaszewski, M. Widacki, *Aktualny standard badań poligraficznych a praktyka polska*, (w:) J. Widacki (red.), *Badania poligraficzne w Polsce*, Kraków 2014.

⁹ Eksperyment po raz pierwszy został opisany przez J. Widackiego w publikacji: J. Widacki, *Wartość diagnostyczna badania poligraficznego i jej znaczenie kryminalistyczne*, Kraków 1977, Uniwersytet Jagielloński. Następnie tenże autor, wspólnie z F. Horvathem, opublikował wyniki w prestiżowym periodyku *Journal of Forensic Sciences*: J. Widacki, F. Horvath, *An experimental investigation of the Relative Validity and Utility of the Polygraph Technique and Three Other Common Methods of Criminal Identification*, (w:) *Journal of Forensic Sciences*, t. 23, nr 3, 1978. Rezultaty eksperymentu zostały też uwzględnione w raporcie Biura Oceny Technologii Kongresu USA z listopada 1983 r. na temat naukowej rzetelności badań poligraficznych – zob. *Scientific Validity of Polygraph Testing: A research*

Z kolei P. Crewson w 2001 r. przygotował raport dla Instytutu Badań Poligraficznych Departamentu Obrony USA, w którym przedstawił analizę porównawczą wartości diagnostycznej badań poligraficznych i metod wykorzystywanych w medycynie oraz psychologii. Okazało się, że średnia dokładność badań poligraficznych nie różniła się od diagnoz medycznych (po 86%) i przewyższała trafność opinii psychologicznych (70%). Odnotowano także najwyższy, wynoszący 91%, średni poziom zgodności między ekspertami z zakresu badań poligraficznych – wobec 88% w przypadku psychologów i 81% u lekarzy¹⁰.

Ponadto, w raporcie American Polygraph Association z 2011 r., zamieszczono listę technik spełniających kryteria walidacyjne dla różnych typów badań¹¹ i wykazano, że średnia dokładność wszystkich standaryzowanych technik wynosi 87,1%, przy średniej ilości wyników nierozstrzygniętych na poziomie 12,7% (w przypadku badań jednowątkowych, które najczęściej przeprowadza się w śledztwach, jest to odpowiednio: 92,1% i 8,8%). Zalecono, by do badań dowodowych wykorzystywać te techniki, których dokładność jest nie mniejsza niż 90%, przy średniej ilości wyników nierozstrzygniętych nie większej niż 20% (np. coraz bardziej popularny w Polsce test porównania stref opracowany przez Uniwersytet w Utah, w zależności od wariantu, ma oszacowaną dokładność na poziomie 90,2–93%).

Koncepcja wykorzystania badań psychofizjologicznych w dozorcze i terapii osób z zaburzeniami preferencji seksualnych

Efekty programu w Wielkiej Brytanii

W Wielkiej Brytanii o możliwości zastosowania badań poligraficznych w ramach terapii i nadzoru nad sprawcami przestępstw przeciwko wolności seksualnej przesądza Ustawa o postępowaniu ze sprawcami przestępstw

review and evaluation – a technical memorandum, Washington 1983, s. 69, Congress of the United States: Office of Technology Assessment.

¹⁰ P. E. Crewson, Comparative Analysis of Polygraph with Other Screening and Diagnostic Tools, 12.06.2001, <http://www.dtic.mil/cgi bin/GetTRDoc?AD=ADA403870> (dostęp w dniu 18 marca 2015 r.).

¹¹ Meta-Analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Techniques, Polygraph, t. 40, nr 4, 2011, American Polygraph Association. Szczegółowy wykaz uznanych technik badawczych oraz ich omówienie zob. w: M. Gołaszewski (red.), Współczesne standardy badań poligraficznych, Warszawa 2013. W kwestii użyteczności badań poligraficznych na tle innych metod identyfikacji kryminalistycznej por. J. Władcki, F. Horvath, An experimental Investigation of the Relative Validity and Utility of the Polygraph Technique and Three Other Common Methods of Criminal Identification, Journal of Forensic Sciences 1978, t. 23, nr 3.

(*Offender Management Act*) z 2007 r.¹². Badań poligraficznych dotyczy część trzecia tej ustawy, która przewiduje warunek badań poligraficznych dla pewnej grupy przestępców zwolnionych warunkowo. Chodzi o grupę osób z wyrokami pozbawienia wolności (co najmniej 12 miesięcy) za określone w odrębnych ustawach przestępstwa seksualne. O włączeniu tego warunku decyduje Sekretarz Stanu. Warunek badań poligraficznych polega na tym, że od osoby zwolnionej z aresztu wymaga się uczestnictwa w sesjach poligraficznych przeprowadzanych w celu: a) monitorowania zgodności jej zachowania z innymi warunkami zwolnienia, b) ulepszenia sposobu postępowania ze sprawcą w okresie zwolnienia warunkowego.

Częstotliwość uczestnictwa w badaniach poligraficznych określa właściwy urzędnik zajmujący się probacją (kurator). Uczestnictwo w badaniu poligraficznym pociąga za sobą obowiązek wykonywania poleceń osoby przeprowadzającej badanie (*polygraph operator*). Ustawa precyzuje, że badanie poligraficzne (*polygraph session*) polega na: przeprowadzeniu: a) jednego lub więcej badań osoby zwolnionej warunkowo, b) wywiadów w ramach przygotowania do badania lub w związku z takim badaniem. Jest to procedura, w ramach której: a) badający zadaje pytania osobie zwolnionej, b) pytania i odpowiedzi są rejestrowane, c) reakcje fizjologiczne w trakcie pytań są mierzone i zapisywane za pomocą środków technicznych zatwierdzonych przez Sekretarza Stanu.

Sekretarz Stanu określa zasady odnoszące się do przeprowadzania badań poligraficznych, w szczególności w kwestii: a) kwalifikacji i doświadczenia eksperta, b) przechowywania zapisów z badań, c) sporządzania sprawozdań z wynikami badań. Oświadczenia badanego oraz jego reakcje zarejestrowane w czasie badań nie mogą narazić go na odpowiedzialność karną za przestępstwo.

W lutym 2012 r. opublikowano raport Ministerstwa Sprawiedliwości w Wielkiej Brytanii dotyczący pilotażowego programu badań poligraficznych¹³. Z raportu wynika m.in., że: a) dzięki zastosowaniu poligrafu dowiadujemy się nowych istotnych faktów. Badania pilotażowe potwierdziły, że są to liczby statystycznie znaczące; b) kuratorzy uznali tę metodę za bardzo pomocną; c) w miarę kolejnych badań tych samych osób, spadała liczba wyników wskazujących na wprowadzanie w błąd. To oznacza, że zwolnieni warunkowo lepiej podporządkowywali się narzuconym (przez sąd, kuratora, terapeutę) regułom postępowania; d) jednostkowy koszt uzyskania nowej

¹² *Offender Management Act* 2007, (dostęp w dniu 7 lipca 2015 r.), http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/21/pdfs/ukpga_20070021_en.pdf.

¹³ T. A. Gannon, J. Wood, A. Pina, E. Vasquez, I. Fraser, *The evaluation of the mandatory polygraph pilot*, Ministry of Justice Research Series, 14/12, czerwiec 2012 (dostęp w dniu 7 lipca 2015 r.), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217436/evaluation-of-mandatory-polygraph-pilot.pdf.

istotnej wiedzy na temat badanych skazanych dzięki zastosowaniu badań poligraficznych wyniósł ok. 556 funtów (w Polsce koszty byłyby znacznie niższe z uwagi na różnice w wynagradzaniu biegłych brytyjskich i polskich).

Co robiono w przypadku uzyskiwania przyznań się do nowych istotnych faktów, określanych jako: „CSD – *clinically significant disclosures*” – czyli „klinicznie istotne wyjawienia” (nowych faktów – przyp. autora)? Statystyczne znacząca liczba osób zarządzających programem badań poligraficznych sprawców przestępstw, podejmowała przynajmniej jedno działanie polegające m.in. na: zwiększonym nadzorze, przekazaniu informacji innym organom, zmianie priorytetów nadzoru i terapii, wydaniu ostrzeżenia. Niespełna jedna trzecia z grupy osób ponownie osadzonych w zakładzie karnym (tj. którym cofnięto zgodę na warunkowe zwolnienie) trafiła tam w związku z badaniem poligraficznym.

Dozór i terapia osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej w Polsce

Zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami kodeksu karnego (po zmianach, które weszły w życie 1 lipca 2015 r.), jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym (art. 93g § 3 kk). Dotyczy to sprawcy skazywanego na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności za przestępstwo popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, określone w art. 148 (zabójstwo), art. 156 (ciężki uszczerbek na zdrowiu), art. 197 (zgwałcenie), art. 198 (wykorzystanie bezradności, upośledzenia lub choroby psychicznej w celu doprowadzenia do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności), art. 199 § 2 (nadużycie zależności lub wykorzystania krytycznego położenia małoletniego w celu doprowadzenia do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności), art. 200 § 1 (obcowanie płciowe z małoletnim).

Jeśli sąd uzna, że nie ma wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości, może zastosować inny środek zabezpieczający, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego (art. 93b § 1). Wśród tych środków są: elektroniczna kontrola miejsca pobytu i terapia (art. 93a § 1). Sprawca, wobec którego orzeczono elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, ma obowiązek poddania się nieprzerwanej kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika (art. 93e). Natomiast sprawca, wobec którego orzeczono terapię, ma ob-

owiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie (art. 93f § 1).

Decyzja o potrzebie i możliwości wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego podejmowana jest nie wcześniej niż 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności (art. 93d § 3). Sąd ma prawo zmienić orzeczonego wobec sprawcy środek zabezpieczający lub sposób jego wykonywania, jeżeli poprzednio orzeczonego środek stał się nieodpowiedni lub jego wykonywanie nie jest możliwe (art. 93b § 3). Czasu stosowania środka zabezpieczającego nie określa się z góry (art. 93d § 1). Sąd uchyla środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne (art. 93b § 2), a uchylając środek w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, może orzec inne środki zabezpieczające (art. 93d § 1). Środki w postaci dozoru elektronicznego i terapii mogą być ponownie orzeczone, jeżeli na taką konieczność wskazuje zachowanie sprawcy po uchyleniu środka zabezpieczającego (art. 93d § 6).

Szczególną grupę sprawców przestępstw stanowią osoby wymienione w art. 1 Ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r., poz. 24). Są to osoby, które odbywają prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym, w trakcie postępowania wykonawczego występowały u nich zaburzenia psychiczne – w tym w postaci zaburzeń preferencji seksualnych, a stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko m.in. wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat. Z mocy tej ustawy wobec osoby stwarzającej zagrożenie stosuje się: a) policyjny nadzór prewencyjny mający na celu ograniczenie zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób; b) umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym, którego zadaniem jest prowadzenie postępowania terapeutycznego. Czas pobytu w takim ośrodku nie jest z góry określony. O ewentualnym zwolnieniu decyduje sąd, na podstawie opinii lekarza psychiatry oraz wyników postępowania terapeutycznego.

Według zaleceń Konsultanta krajowego w dziedzinie seksuologii, program leczenia w warunkach ambulatoryjnych sprawców przestępstw przeciw wolności seksualnej z rozpoznaniem zaburzeń preferencji seksualnych dzieli

się na cztery etapy (moduły)¹⁴. W pierwszym (wstępnym), trwającym 3 miesiące, następuje kwalifikacja sprawców do programu, diagnostyka mechanizmów psychologicznych, ocenia się ogólny stan zdrowia, poziom agresywności i ryzyko recydywy. Drugi (główny moduł), przewidziany na okres 9–12 miesięcy, ma na celu zapobieganie recydywie przez zwiększenie motywacji do powstrzymywania się od dotychczasowych sposobów rozładowywania napięć i popełniania kolejnych przestępstw oraz rozwijanie umiejętności samokontroli. Trzeci etap (moduł podtrzymujący), zaprojektowany na 4 lata, polega na utrzymywaniu efektów terapii i zapobieganiu nawrotom. Prowadzi się kształcenie umiejętności osiągania ważnych życiowo doświadczeń osobistych w akceptowany społecznie sposób. Z kolei w czwartym etapie (module kontrolnym), który jest jednocześnie najdłuższy (15 lat), głównie monitoruje się ryzyko recydywy.

W każdym z ww. etapów, poza terapią (farmakoterapią i psychoterapią indywidualną lub grupową), dokonuje się oceny ryzyka recydywy. W module głównym odbywa się to co 3 miesiące, w trzecim etapie – co 6 miesięcy, zaś w czwartym – minimum raz w roku. Konieczna byłaby tu współpraca zespołu leczącego z konsultantem z zakresu badań poligraficznych.

Wyróżnia się cztery typy badań psychofizjologicznych osób z zaburzeniami preferencji seksualnych, odpowiadające poszczególnym etapom programu leczenia:

- badanie konkretnego problemu (*specific issue testing*),
- badanie historii seksualnej (*the sexual history disclosure*),
- badanie „podtrzymujące” (*maintenance examination*),
- badanie monitorujące (*monitoring polygraph examination*).

Pierwsze dwa rodzaje badań wykonuje się zazwyczaj na początku terapii. Badanie konkretnego problemu dotyczy przede wszystkim różnych aspektów zaprzeczeń dokonywanych przez skazanego. Natomiast badanie przeszłości seksualnej jest wielowątkowe i ma na celu właściwe ukierunkowanie procesu leczenia dzięki pozyskaniu wiedzy na temat nieujawnionych organom wymiaru sprawiedliwości zachowań sprawcy. Od badanego nie wymaga się podawania danych identyfikujących ofiary, z wyjątkiem wieku i płci. Przy tego typu badaniu przekazanie przez badanego informacji na temat popełnienia innych przestępstw niż te, za które został skazany, nie daje podstawy do pociągnięcia go odpowiedzialności karnej. Jest to zachęta do otwartości i uczciwości wobec zespołu leczącego, aby możliwe było uzyskanie pełnej historii dewiacyjnych zachowań osoby skierowanej na terapię.

¹⁴ Program leczenia w warunkach ambulatoryjnych sprawców przestępstw przeciw wolności seksualnej z rozpoznaniem zaburzeń preferencji seksualnych – zalecenia Konsultanta krajowego w dziedzinie seksuologii, Przegląd Seksuologiczny, nr 40, październik/grudzień 2014.

Tzw. badanie podtrzymujące może być przeprowadzone w drugim i trzecim module programu – w celu zapobiegania powrotom na drogę przestępstw, weryfikowania przestrzegania przez skazanego nałożonych na niego sądowych obowiązków i zaleceń terapeuty. Ma pomóc badanemu w samokontroli, bez stosowania niewłaściwych sposobów rozładowywania napięć.

Z kolei badanie monitorujące w module kontrolnym służy przede wszystkim właściwemu nadzorowi, ocenie ryzyka, odstraszeniu, detekcji ewentualnego powrotu do niedozwolonych zachowań czy wręcz recydywy i wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, podejrzeń podmiotów odpowiedzialnych za dozór. To ma być swego rodzaju wczesne ostrzeżenie, sposób na zabezpieczenie społeczeństwa przed osobą potencjalnie niebezpieczną.

Podsumowując ten wątek można powiedzieć, że do głównych korzyści płynących ze współpracy terapeuty z ekspertem z zakresu badań poligraficznych zalicza się: wspomaganie w przełamywaniu bariery zaprzeczenia, uzyskiwaniu wiarygodnych informacji na temat historii seksualnej osoby poddanej terapii (w tym liczby rzeczywistych ofiar i rodzajów dewiacyjnych zachowań), ustalaniu miejsca badanego w cyklu dewiacyjnym, ocenie ryzyka recydywy.

Do wprowadzenia programu badań psychofizjologicznych osób z zaburzeniami preferencji seksualnych konieczne jest odpowiednie przygotowanie merytoryczne, organizacyjne i legislacyjne. Jeżeli chodzi o ten pierwszy aspekt, Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych przygotowało szereg szczegółowych wytycznych i kwestionariusze przeznaczone do przeprowadzenia powyższych badań. Pozostałe kwestie omówiono w dalszej części niniejszego opracowania.

Organizacja i koszty badań psychofizjologicznych w ośrodkach leczenia

Wprowadzenie badań psychofizjologicznych do nadzoru i terapii osób skazanych z przestępstwa przeciwko wolności seksualnej mógłby poprzedzić program pilotażowy w wybranym ośrodku ambulatoryjnym. Raport po zakończeniu tego programu byłby podstawą finalnych rozwiązań.

Docelowo należałoby przygotować pracownie badań poligraficznych w kilku ośrodkach leczenia. Szacunkowe koszty zakupu właściwego sprzętu wynoszą 30 tys. zł, a dostosowanie pomieszczenia do prowadzenia badań ok. 20 tys. zł. Kadra badających składałaby się prawdopodobnie częściowo z osób, które posiadają już wiadomości specjalne z zakresu badań poligraficznych i wymagałyby jedynie dodatkowego przeszkolenia specjalistycznego w zakresie badań osób z zaburzeniami preferencji seksualnych, zaś w części byłyby to osoby przeszkolone od podstaw.

Ewentualne szkolenie podstawowe z zakresu badań poligraficznych obejmuje 400 godzin i może być przeprowadzone zarówno w Polsce (przez

Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych), jak i za granicą (przez podmioty akredytowane przez *American Polygraph Association*). Koszt szkolenia jednej osoby w USA wynosi ok. 6000 USD plus koszty logistyczne. W Polsce byłoby to 10–15 tys. PLN w zależności od liczebności grupy.

Specjalistyczne, 40-godzinne kursy z zakresu badań poligraficznych skazanych sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej (tzw. PCSOT – *post conviction sex offenders testing*) prowadzą placówki akredytowane przez *American Polygraph Association*. Koszt organizacji takiego kursu w Polsce wynosi 5–10 tys. USD plus koszty podróży i zakwaterowania instruktora z zagranicy. W późniejszym etapie, w celu redukcji kosztów, odpowiednie szkolenia mogliby prowadzić eksperci krajowi, którzy ukończyli specjalistyczne kursy typu PCSOT, w oparciu o program uzgodniony przez Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych i lekarzy seksuologów.

Wybór sposobu uregulowania wynagradzania ekspertów jest możliwy w dwóch wariantach: a) zgodnie ze stawkami dla biegłych określonymi w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu karnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 508); b) kontraktowo – na podstawie umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia.

Nadzór merytoryczny nad pracą ekspertów mógłby sprawować np. 3-osobowy Zespół konsultacyjny w zakresie badań psychofizjologicznych osób z zaburzeniami preferencji seksualnych i uzależnieniami w ramach resortu zdrowia lub Konsultant krajowy w tej dziedzinie, w oparciu o przepisy Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o konsultantach w ochronie zdrowia (Dz. U. z 2009 r., Nr 52 poz. 419). Inna możliwość to powołanie Zespołu konsultacyjnego w dziedzinie badań poligraficznych w ramach resortu sprawiedliwości, który generalnie zająłby się kontrolą jakości i licencjonowaniem biegłych z tej specjalności. Modelowym rozwiązaniem byłby Państwowy Instytut Badań Psychofizjologicznych z funkcjami szkoleniowymi, naukowo-badawczymi i kontrolnymi – na wzór Narodowego Centrum Oceny Wiarygodności w USA (*National Center for Credibility Assessment*). Alternatywnie, powyższe zadania można by powierzyć organizacji społecznej – np. Polskiemu Towarzystwu Badań Poligraficznych.

Propozycje niezbędnych zmian legislacyjnych

Proponowane zmiany dotyczą wprowadzenia badań psychofizjologicznych sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej jako:

- jednego z obowiązków w okresie probacji przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary;

- jednego ze środków zapobiegawczych po wykonaniu kary pozbawienia wolności lub warunkowym zwolnieniu z odbywania kary;
- narzędzia weryfikacji informacji udzielanych przez osobę stwarzającą zagrożenie¹⁵ lub uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych dotyczących takiej osoby;
- procedury wspomagającej psychoterapię.

Ostateczny kształt propozycji jest sprawą otwartą. Te, które zaprezentowano poniżej, należy traktować jako punkt wyjścia do merytorycznej debaty z ekspertami z zakresu prawa karnego i seksuologami oraz późniejszej debaty politycznej.

Zmiany w Ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)

Dodać w art. 72 § 1 pkt 6c – poddania się okresowym badaniom psychofizjologicznym.

Zmienić art. 72 § 1 na następującą treść: Czas i sposób wykonania nałożonych obowiązków wymienionych w art. 72 sąd określa po wysłuchaniu skazanego; nałożenie obowiązków wymienionych w art. 72 § 1 punkty 6 i 6a i 6c wymaga nadto zgody skazanego.

Zmienić art. 93a § 2 w następujący sposób: Jeżeli ustawa tak stanowi, tytułem środka zabezpieczającego można orzec dozór kuratora, nakaz i zakazy określone w art. 39 pkt 2–3 oraz obowiązki wymienione w art. 72 § 1 punkty 5, 6c, 7.

Rozszerzyć katalog przestępstw wymienionych w art. 93c pkt 3: w razie skazania za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2, art. 200, art. 200a lub art. 200b, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych,

Dodać § 1a w art. 93f: Orzekając terapię wobec skazanego określonego w art. 93c pkt 3, sąd oddaje go pod dozór kuratora i nakłada na niego obowiązek wymieniony w art. 72 § 1 pkt 6c, a ponadto może nałożyć obowiązki wymienione w art. 72 § 1 punkty 5 i 7.

Dodać § 1b w art. 93f: Jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, sąd orzeka, po zapoznaniu z opiniami kuratora, lekarza seksuologa i lekarza psychiatry, pobyt w zakładzie psychiatrycznym. Sąd może również orzec o umieszczeniu skazanego w takim zakładzie, jeżeli skazany uchyla się od obowiązków wymienionych w § 1 i 1a.

¹⁵ W rozumieniu art. 1 Ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r., poz. 24).

Proponowane zmiany w ustawie karnej wprowadzają:

- możliwość nałożenia obowiązku poddania się sprawcy przestępstwa badaniom psychofizjologicznym, przy orzekaniu warunkowego zawieszenia wykonania kary. Badania te wymagałyby zgody skazanego.
- poszerzenie katalogu środków zabezpieczających o dozór kuratora oraz obowiązki wymienione art. 72 § 1 punkty 5, 6c i 7 (powstrzymanie się od nadużywania alkoholu lub używania innych środków odurzających; poddanie się okresowym badaniom psychofizjologicznym; powstrzymanie się od przebywania w określonych środowiskach i miejscach, kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób; opuszczenie lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym) – w wypadkach przewidzianych w ustawie.
- uzupełnienie katalogu przestępstw wymienionych w art. 93c pkt 3, popełnionych w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, przy których można orzec wobec sprawcy środki zabezpieczające – o przestępstwa określone w art. 200 § 2 (prezentowanie małoletniemu wykonania czynności seksualnej w celu zaspokojenia seksualnego), art. 200a (zakazane nawiązanie kontaktu z małoletnim) i art. 200b (zakaz publicznego propagowania zachowań o charakterze pedofilskim).
- w przypadku skazanego za przestępstwo popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, wobec którego orzeczono terapię do czasu wykonania kary pozbawienia wolności, po warunkowym zwolnieniu lub odbyciu kary pozbawienia wolności – oddanie go pod dozór kuratora, nałożenie obowiązku poddania się okresowym badaniom psychofizjologicznym i możliwość nałożenia obowiązków wymienionych w art. 72 § 1 punkty 5, 6c i 7.
- w razie zaistnienia wysokiego prawdopodobieństwa, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych – orzeczenie przez sąd pobytu w zakładzie psychiatrycznym, po zapoznaniu z opiniami: kuratora, lekarza seksuologa i lekarza psychiatry.
- możliwość orzeczenia przez sąd umieszczenia skazanego w zakładzie psychiatrycznym w przypadku uchylania się przez niego od obowiązku poddania terapii i okresowym badaniom psychofizjologicznym.

Zmiany w Ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 1997 r., Nr 90, poz. 557 z późn. zm.)

Zmienić art. 200 § 3b na następującą treść: Środki zabezpieczające w postaci terapii i obowiązku wymienionego w art. 72 § 1 pkt 6c Kodeksu Karnego, orzeczone wobec sprawcy określonego w art. 93c pkt 3 Kodeksu karnego, wykonuje się w podmiotach leczniczych.

Ww. zmiana w k.k.w. precyzuje miejsce przeprowadzania okresowych badań psychofizjologicznych wobec skazanego za przestępstwo popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych – wskazując, że badania te wykonywane byłyby w podmiotach leczniczych. Wykaz takich podmiotów, zgodnie z art. 201 § 5 pkt 2 k.k.w., ogłasza w drodze obwieszczenia w „Monitorze Polskim” minister właściwy do spraw zdrowia.

Zmiany w Ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2014 r., poz. 24)

Dodać w art. 23 ust. 8 – W celu weryfikacji informacji wymienionych w ust. 1 i 2 sąd może, w drodze postanowienia, na pisemny wniosek komendanta Policji sprawującego nadzór prewencyjny, zarządzić przeprowadzenie badania psychofizjologicznego osoby stwarzającej zagrożenie.

Dodać w art. 23 ust. 8a – Jeżeli osoba, wobec której zastosowano nadzór prewencyjny, uchyla się od obowiązku poddania badaniu, o którym mowa w ust. 8 lub swoim postępowaniem uniemożliwia efektywne przeprowadzenie tego badania, sąd może, na pisemny wniosek komendanta Policji sprawującego nadzór prewencyjny, orzec o umieszczeniu osoby stwarzającej zagrożenie w Ośrodku.

Dzięki proponowanym zmianom w ww. ustawie, nieinwazyjne badanie psychofizjologiczne zarządzone w ramach nadzoru prewencyjnego pozwoliłoby skuteczniej oceniać ryzyko recydywy, weryfikować istniejące i dostarczyć nowych informacji dotyczących potencjalnych zagrożeń, a także przesłanek do zastosowania bardziej uciążliwej i kosztownej kontroli operacyjnej wobec osoby stwarzającej zagrożenie.

Zmiany w załączniku nr 6 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień – Wykaz świadczeń gwarantowanych realizowanych w warunkach ambulatoryjnych psychiatrycznych i leczenia środowiskowego oraz warunki realizacji tych świadczeń (Dz. U. z 2013 r., poz. 1386)

W programie terapii zaburzeń preferencji seksualnych (F65) – dodać punkt 8) okresowe badania psychofizjologiczne (nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy) obejmujące zagadnienia dotyczące historii seksualnej (w początkowym etapie terapii) oraz monitorowanie zachowań wysokiego ryzyka i umiejętności samokontroli (w zaawansowanych etapach terapii).

W części dotyczącej personelu prowadzącego terapię zaburzeń preferencji seksualnych – poszerzenie składu zespołu o punkt 7) ekspert z zakresu badań poligraficznych.

Ewentualni przeciwnicy wprowadzenia badań psychofizjologicznych jako elementu wspomagania terapii mogą wskazywać na potencjalne zaburzenie relacji zaufania między pacjentem a terapeutą. Z drugiej strony można powiedzieć, że jeśli pacjent nie będzie szczery podczas badania poligraficznego, to prawdopodobnie tym bardziej nie otworzy się w pełni przed terapeutą. Co więcej – J. Wood z Uniwersytetu w Kent zauważyła, że niemal połowa przestępców poddanych badaniu poligraficznemu przyznała w wywiadach, że gdyby nie badanie poligraficzne, nie ujawnili by tak wiele swojemu kuratorowi¹⁶. Koncepcji tej bronią przede wszystkim dotychczasowe wyniki i niewysokie koszty w stosunku do potencjalnych korzyści związanych ze skuteczniejszym leczeniem i możliwością poprawy bezpieczeństwa obywateli. Aby proponowane rozwiązania mogły wejść w życie i przyniosły pożądane skutki, potrzeba konstruktywnej współpracy między środowiskami polskich seksuologów, poligraferów i prawników, a przede wszystkim – dobrej woli decydentów politycznych.

The utility of polygraph examinations in curtailing recidivism for crimes against sexual freedom

Abstract

This study describes procedures associated with the use of psychophysiological testing in perpetrators of crimes against sexual freedom, during their probation periods. The proposal is formulated to apply similar procedures in Poland, with due consideration given to current legislation, recommendations from the National Consultant in Sexology on the treatment programme for people with disorders of sexual preference, analysis of polygraph testing practices in Poland, and relevant past judgments of the Supreme Court. The purpose of this study is to attract interest of lawyers, therapists, and political decision makers in innovative solutions that actually bring recidivism rates down.

¹⁶ T. Chivers, Lie detectors and sex offenders: response by the University of Kent, 08.08.2012, (dostęp w dniu 8 września 2014 r.) <http://blogs.telegraph.co.uk/news/tomchiversscience/100175680/lie-detectors-and-sex-offenders-response-by-the-university-of-kent>.

Szymon Tarapata

Pokrzywdzony usiłowaniami nieudolnymi. Artykuł polemiczny

Streszczenie:

Autor podziela stanowisko, że nie jest wykluczone przyznanie statusu pokrzywdzonego w sprawach dotyczących czynów popełnionych w formie usiłowania nieudolnego. Pogląd taki wynika z zaaprobowanego w niniejszym tekście twierdzenia, że zawarte w art. 49 § 1 k.p.k. sformułowanie „której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo” stanowi termin techniczny, któremu należy przydawać swoiste znaczenie. Ściślej rzecz ujmując, powinno się uznać, że z przytoczonej wypowiedzi zaczerpniętej z ustawy procesowej wynika, iż przyznanie statusu pokrzywdzonego możliwe jest wtedy, gdy sprawca narusza normę sankcjonowaną chroniącą dobro prawne możliwe do zrelatywizowania wobec konkretnego podmiotu.

Kwestie dotyczące relacji regulacji istniejących w obrębie prawa karnego materialnego w stosunku do instytucji karnoprosesowych wywołują liczne kontrowersje zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie. Niewątpliwie jednym z istotniejszych problemów, z którymi muszą mierzyć się karniści, jest ustalenie, w jakich to sytuacjach, kiedy to dochodzi do realizacji przez sprawcę znamion typu czynu zabronionego, można przydać określonej osobie status pokrzywdzonego. Kwestia ta staje się szczególnie ważna w perspektywie odpowiedzi na pytanie, czy z podmiotem pokrzywdzonym będzie się mieć do czynienia w przypadku bezprawnych i karalnych zachowań popełnionych w różnych postaciach stadialnych. Z tego też powodu nie mogła zostać nie zauważona tocząca się od pewnego czasu na łamach „Prokuratury i Prawa” dyskusja dotycząca problemu możliwości przyznawania statusu pokrzywdzonego w przypadku czynów usiłowanych nieudolnie, które – co w nich najbardziej znamienne – najczęściej charakteryzują się tym, że ich sprawca nie stwarza żadnego zagrożenia dla dobra prawem chronionego przez określony wzorzec ustawowy¹. Ściślej rzecz ujmując, chodzi tu o wy-

¹ W zdaniu tym nie bez powodu użyto słowa „najczęściej”. Trzeba mieć bowiem świadomość tego, że nie zawsze czyny usiłowane nieudolnie będą się charakteryzować brakiem naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego. Warto tu wspomnieć chociażby o przypadku, w którym

powiedzi zawarte w tekstach autorstwa Małgorzaty Żbikowskiej², Piotra Nycza³ oraz Bartłomieja Gadeckiego⁴. To właśnie wywody zawarte w sporządzonych przez nich dysertacjach sprowokowały autora niniejszego opracowania do zaprezentowania własnego stanowiska w tymże sporze i jednocześnie podjęcia polemiki z rozważaniami zawartymi w tychże artykułach.

W sygnalizowanej powyżej dyskusji zaprezentowano dwa skrajne w stosunku do siebie poglądy. Z jednej bowiem strony wskazano, że w przypadku karalnego usiłowania nieudolnego możliwe jest przyznanie statusu pokrzywdzonego⁵, z drugiej zaś przedstawiono stanowisko przeciwne⁶. Warto jednak w pierwszej kolejności przyjrzeć się argumentom mającym przemawiać za uzasadnieniem przyjęcia drugiej ze wskazanych w tym miejscu perspektyw. W tym kontekście trzeba zauważyć, że zasadniczym powodem, dla którego przydanie statusu pokrzywdzonego czynem usiłowanym nieudolnie ma być niemożliwe, jest konstrukcja art. 49 § 1 k.p.k. Przepis ten stanowi bo-

to sprawca, chcąc spowodować u człowieka ciężki uszczerbek na zdrowiu za pomocą szkodliwej substancji, podaje ją drugiej osobie. Nie uświadamia sobie jednak tego, że nie dysponuje on taką ilością środka, by wywołać tego rodzaju skutek. Za pomocą posiadanej substancji sprawca jest bowiem w stanie spowodować u człowieka jedynie średni uszczerbek na zdrowiu, do którego to następstwa zresztą finalnie dochodzi. W takiej sytuacji czyn napastnika będzie realizował znamiona typu określonego w art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 156 § 1 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Zatem w opisanym przykładzie istota usiłowania nieudolnego będzie sprowadzać się do tego, że jakkolwiek sprawca zagraża dobru prawnemu w postaci zdrowia (a nawet je narusza, doprowadzając do średniego uszczerbku na zdrowiu), tym niemniej nie jest on w stanie doprowadzić do powstania w nim określonego następstwa.

² M. Ż b i k o w s k a, Pokrzywdzony w formach stadialnych przestępstwa, Prok. i Pr. 2014, nr 5, s. 51–59.

³ P. N y c z, „Pokrzywdzony” usiłowaniem nieudolnym przestępstwa – uwagi polemiczne, Prok. i Pr. 2015, nr 4, s. 52–60.

⁴ B. G a d e c k i, Pokrzywdzony usiłowaniem nieudolnym przestępstwa, Prok. i Pr. 2016, nr 2, s. 52–58.

⁵ Taka optyka została przyjęta przez M. Ż b i k o w s k ą, która wskazała, że „Brak rzeczywistego bezpośredniego zagrożenia dobra prawnego nie sprzeciwia się uznaniu, że w postępowaniu karnym można przyznać danej osobie legitymację procesową do występowania w charakterze pokrzywdzonego. Co prawda, w przypadku usiłowania nieudolnego nie występuje rzeczywiste zagrożenie dobra prawnego, rzeczywiste niebezpieczeństwo naruszenia takiego dobra, to jednak przepis art. 13 k.k. nie stawia takiego warunku, a jedynie wymaga, aby sprawca swoim zachowaniem bezpośrednio zmierzał do dokonania czynu zabronionego. Konstrukcja przepisu art. 13 § 2 k.k. już ze swojej istoty zakłada, że z rzeczywistym bezpośrednim zagrożeniem dobra prawnego do czynienia mieć nie można, stąd mowa o nieudolności takiego usiłowania. Można zatem bezpośrednio zagrażać dobru prawnemu pomimo nieuświadomienia sobie przez sprawcę usiłowania nieudolnego obiektywnej niemożności dokonania czynu zabronionego. Owo bezpośrednie zagrożenie dobra prawnego nie musi spełniać wymogu rzeczywistego zagrożenia, albowiem powyższego nie wymaga – w warstwie deskryptywnej – przepis art. 49 § 1 k.p.k.” (M. Ż b i k o w s k a, *op. cit.*, s. 53–54). Możliwość przyznania statusu pokrzywdzonego w przypadku usiłowania nieudolnego dopuszcza także B. G a d e c k i” (B. G a d e c k i, *op. cit.*, s. 57).

⁶ P. N y c z, *op. cit.*, s. 52.

wiem, iż „Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna (także instytucja państwowa lub samorządowa i inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, co wynika z art. 49 § 2 k.p.k. – dopisek autora), której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo”. Z art. 49 § 1 k.p.k. wywodzi się więc, iż skoro warunkiem przyznania wskazanego w tym przepisie statusu jest wystąpienie w obiektywnej rzeczywistości naruszenia lub co najmniej zagrożenia dla przedmiotu ochrony prawnokarnej⁷, to uznanie za wskazaną w przytoczonej regulacji stronę postępowania karnego nie jest możliwe w przypadku usiłowania nieudolnego. Wniosek taki wynika zaś z zaprezentowanego już powyżej założenia, że czyn popełniony w formie określonej w art. 13 § 2 k.k. nie stwarza co do zasady zagrożenia dla chronionego przepisami prawa karnego dobra prawnego (a tym bardziej nie narusza tejże wartości)⁸. Analizując więc przedstawiony w tym miejscu argument, można by stwierdzić, że odnosi się on do skrajnie obiektywistycznej interpretacji art. 49 § 1 k.p.k.

Teza o niemożności stwierdzenia pokrzywdzenia w odniesieniu do czynów usiłowanych nieudolnie jest negowana przez zwolenników subiektywnego wykładania art. 49 § 1 k.p.k. M. Żbikowska, dzieląc tę koncepcję i powołując się na Stanisława Śliwińskiego, wskazuje w tym kontekście, że w przypadku zachowań opartych na konstrukcji opisanej w art. 13 § 2 k.k. „co prawda nie dochodzi (...) do rzeczywistego zagrożenia dobra prawnego, to jednak w świadomości sprawcy występuje taka bezpośredniość. Powyższa argumentacja stanowi wynik przyjęcia na gruncie prawa karnego tzw. teorii podmiotowej, która w przeciwieństwie do teorii przedmiotowej nakazuje brać pod uwagę również elementy intelektualno-wolicjonalne sprawcy czynu, w przedstawionym wypadku sprawcy usiłowania nieudolnego”⁹. Przyjęcie więc tej koncepcji rodziłoby konieczność aprobaty tezy, iż w perspektywie art. 49 § 1 k.p.k. nie tyle jest istotne to, czy zagrożenie dla dobra prawnego w rzeczywistości wystąpiło, lecz dla spełnienia opisanych w tymże przepisie przesłanek wystarczającym jest, by takowa zaszłość pojawiła się w umyśle sprawcy – chociażby nawet przekonanie takie nie znalazło odzwierciedlenia w świecie zewnętrznym (a więc nawet jeżeli napastnik był w błędzie co do faktu pojawienia się w rzeczywistości niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony prawnokarnej).

⁷ Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto, że terminy dobro prawne oraz przedmiot ochrony (przedmiot ochrony prawnokarnej/przedmiot zamachu) są w stosunku do siebie synonimiczne. Wyrażenia te oznaczają zaś – generalnie rzecz biorąc – wartość chronioną przez ustawodawcę, czyli pozytywnie oceniany przez społeczeństwo stan rzeczy.

⁸ *Ibidem*, s. 53.

⁹ M. Żbikowska, *op. cit.*, s. 54. Por. również S. Śliwiński, Pokrzywdzony w wypadku usiłowania nieudolnego (odpowiedź na pytanie prawne), PIP 1948, nr 5–6, s. 199.

Inne od powyższych argumenty, mające przemawiać za możliwością przyznania statusu pokrzywdzonego czynami usiłowanymi nieudolnie, przedstawia B. Gadecki. Konstatuje on, iż „na potrzeby praktyki (w tym w celu zachowania gwarancji stron w toku całego procesu) można przyjąć, że przy ustalaniu, kto jest osobą pokrzywdzoną, należy poczynić założenie, że zaistniało przestępstwo i było ono dokonane, a ustalona przy przyjęciu takiego założenia osoba pokrzywdzona jest też pokrzywdzonym w formie stadialnej usiłowania, w tym usiłowania nieudolnego”¹⁰. Innymi słowy – autor ten proponuje, by – stosując art. 49 § 1 k.p.k. – bazować na pewnej fikcji prawnej. Zakładałaby ona, że określony czyn przestępny, mimo że w rzeczywistości spełnił znamiona usiłowania, został zrealizowany w formie stadialnej dokonania. Zdaniem cytowanego autora takie rozwiązanie pozwoliłoby uniknąć problemów związanych ze stylizacją opisanych w art. 49 § 1 k.p.k. przesłanek, w których wprost wyrażono wymóg naruszenia bądź też stworzenia zagrożenia dla dobra prawem chronionego.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej modele wykładnicze, wydaje się, że żadnego z nich nie można w pełni podzielić. Winno się bowiem stwierdzić, iż wykładnia art. 49 § 1 k.p.k. powinna zostać skoncentrowana na zupełnie innych akcentach aniżeli te, które były wskazywane przez zwolenników zarówno koncepcji obiektywnej, jak i subiektywnej. Chcąc więc rozstrzygnąć bazowy dla niniejszego opracowania problem, trzeba zrekonstruować przesłanki wskazane w przytoczonym powyżej przepisie. Zanim jednak to nastąpi, należy uprzednio przedstawić mankamenty wybranych twierdzeń przedstawionych w dyskusji nad możliwością stwierdzenia pokrzywdzenia w przypadku wystąpienia sytuacji opisanej w art. 13 § 2 k.k.

Można z łatwością dostrzec, że zwolennicy obiektywnej interpretacji art. 49 § 1 k.p.k., wykładając rzeczoną regulację, muszą czynić to uwzględniając z jednej strony specyfikę funkcjonującego na gruncie dogmatyki prawa karnego podziału typów czynu zabronionego pod względem ich relacji w stosunku do dobra prawem chronionego¹¹, z drugiej zaś – konstrukcję usi-

¹⁰ B. Gadecki, *op. cit.*, s. 57.

¹¹ W nauce prawa karnego tradycyjnie wyróżnia się: 1) typy skutkowe z naruszenia dobra prawnego; 2) typy skutkowe z narażenia dobra prawnego; 3) typy formalne z naruszenia dobra prawnego; 4) typy formalne z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego. Należy jednak wskazać, że podział ten wymaga z jednej strony pewnego uzupełnienia, z drugiej zaś korekty. Warto przede wszystkim podkreślić, iż czwarta z wymienionych powyżej kategorii zachowań powinna zostać podzielona na dwie podkategorie. Typy abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo mogą przybrać postać tradycyjnych typów z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo oraz tzw. typów z właściwości (zwanych w literaturze niemieckiej *Eignungsdelikte*). Istotą postępień zaliczanych do drugiej z przytoczonych w tym miejscu podkategorii jest to, iż winny one znamionować się tym, by zachowanie sprawcze, mimo że samo w sobie nie wywołuje zagrożenia dla przedmiotu ochrony, było uważane za takie, które w świetle ocen społecznych z reguły przynależy do grupy postępień godzących w określoną wartość. Z kolei pozostałe typy abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo takiej

lowania udolnego. Taki sposób wykładni wymuszony jest tym, że tylko niektóre kategorie wzorców ustawowych charakteryzują się naruszeniem lub zagrożeniem dla przedmiotu ochrony. Z tego też powodu należałoby uznać, iż uwzględniając podstawy dogmatyczne leżące u podstaw koncepcji obiektywnej, winno się dojść do wniosku, iż przyznanie danej osobie statusu pokrzywdzonego jawi się jako możliwe jedynie w tych sprawach, których przedmiotem jest: 1) typ skutkowy z naruszenia dobra prawnego; 2) typ skutkowy z narażenia dobra prawnego; bądź też 3) typ formalny z naruszenia dobra prawnego. Z osobą, o której mowa w art. 49 § 1 k.p.k., mielibyśmy do czynienia również w pewnych przypadkach czynów usiłowanych udolnie. W niektórych zachowaniach realizowanych w formie stadialnej opisanej w art. 13 § 1 k.k. pojawia się bowiem element w postaci powstania realnego, choć niekoniecznie już bezpośredniego, zagrożenia dla dobra prawem chronionego¹². Warto jednak zaznaczyć, że przyjmując prezentowaną optykę, istniałaby konieczność stwierdzenia, iż brak jest podstaw do zastosowania art. 49 § 1 k.p.k. w przypadku wszystkich typów abstrakcyjnego narażenia¹³. Jak już bowiem była o tym mowa – tego rodzaju wzorce nie cechują się stworzeniem zagrożenia dla dobra prawem chronionego. Należy powtórzyć, że możliwość stosowania art. 49 § 1 k.p.k. byłaby z tego samego powodu wykluczona w odniesieniu do czynów usiłowanych nieudolnie.

Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że podobne do powyższych problemy mogą napotkać zwolennicy subiektywnego rozumienia opisanej w procedurze karnej definicji pokrzywdzonego. Stosując bowiem tą koncepcję, należałoby stwierdzić, że wystarczającym dla przydania statusu określonego w art. 49 § 1 k.p.k. jest to, by przekonanie o zagrożeniu dla dobra prawnego poja-

cechy pośród swych znamion nie zawierają. Dla realizacji ich komponentów nie jest bowiem konieczne, by konkretny czyn był tego rodzaju, że zwykle może on stworzyć zagrożenie dla przedmiotu prawnokarnej ochrony. Warto zarazem dodać, że można wyróżnić też kategorię takich typów z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, które mają charakter skutkowy. Zachowanie tego rodzaju wystąpi chociażby w przypadku podżegania. Dla dokonania tejże formy przestępnego współdziałania konieczne jest bowiem, aby doszło do następstwa w postaci wzbudzenia u podmiotu nakłanianego decyzji o realizacji znamion przedmiotowych typu. Zarazem podżeganie ma zawsze miejsce na przedpolu naruszenia dobra prawnego, a więc samo w sobie nie kreuje ono realnego zagrożenia dla chronionej prawem wartości. Trafność tej tezy jest szczególnie widoczna wtedy, gdy weźmie się pod uwagę konstrukcję typu w postaci nakłaniania do prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości. Postąpienie z art. 178a § 1 k.k. jest bowiem typem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Podżeganie do popełnienia takiego wzorca nie może żadną miarą stać się typem konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, skoro nie jest nim realizowany w formie sprawczej czyn zabroniony polegający na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości.

¹² Por. W. Wróbel, A. Zol, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 227.

¹³ Por. A. Piłch, Status pokrzywdzonego w świetle przepisów art. 233 i 270 kodeksu karnego, *PiP* 2009, nr 8, s. 94; A. Rybak-Starczak, *Pokrzywdzony w postępowaniu karnym*, Pal. 2004, nr 7–8, s. 73.

wiło się w umyśle sprawcy, co oznacza, że faktycznie nie musi ono wystąpić. W takiej jednak sytuacji z pokrzywdzonym można byłoby mieć do czynienia jedynie wtedy, gdyby napastnik pozostawał w błędzie co do tego, że realizuje znamiona takiego wzorca ustawowego, którego komponentem jest stworzenie co najmniej zagrożenia dla dobra prawem chronionego (skoro istnienie takiego zagrożenia podmiot odpowiedzialności karnej musi sobie wyobrazić)¹⁴. Jeżeliby zatem sprawca usiłował nieudolnie dopuścić się realizacji znamion typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, przydanie określonej osobie statusu wskazanej w art. 49 § 1 k.p.k. strony postępowania karnego byłoby niemożliwe. Nie wyobraziłby on sobie bowiem wówczas faktu, że co najmniej stwarza realne zagrożenie dla dobra prawem chronionego.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, wydaje się, że jednym z kluczowych zagadnień z punktu widzenia niniejszego opracowania jest rozstrzygnięcie kwestii, czy wykładnia art. 49 § 1 k.p.k. musi być ściśle powiązana z podziałem typów czynów zabronionych w kontekście ich relacji do przedmiotu prawnokarnej ochrony. Innymi słowy – pytanie to sprowadza się w istocie do rozstrzygnięcia problemu, czy rzeczywiście dla zastosowania art. 49 § 1 k.p.k. koniecznym jest spowodowanie przez sprawcę w otaczającej nas rzeczywistości co najmniej realnego zagrożenia dla dobra prawnego. Dotyczy ono więc weryfikacji trafności tezy, że nie sposób wskazać osób pokrzywdzonych typami abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo i czynami usiłowanymi nieudolnie (lub – w przekonaniu zwolenników koncepcji subiektywnej – niektórymi czynami usiłowanymi nieudolnie).

Odnosząc się do postawionego powyżej pytania, trzeba w pierwszej kolejności wskazać, że przyjęciu tezy o niemożliwości przyznania określonej osobie statusu wskazanego w art. 49 § 1 k.p.k. w przypadku przestępstw nie znamionujących się co najmniej zagrożeniem dla dobra prawem chronionego sprzeciwiają się wyraźne zapisy ustawowe. Uzasadniając to twierdzenie,

¹⁴ Warto w tym miejscu podkreślić, że jakkolwiek na potrzeby niniejszego opracowania odrzucano ujęcie subiektywne, tym niemniej na nieporozumieniu polega krytyka tej taktyki wykładniczej przez P. Nycza, który wskazuje, iż „Przyjęcie koncepcji proponowanej przez M. Żbikowską prowadziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której także w wypadkach tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolnego (bezkarnego) można byłoby mówić o pokrzywdzonym. W takim bowiem przypadku w świadomości sprawcy również istnieje bezpośrednie zagrożenie dla dobra prawnego” (P. Nycz, *op. cit.*, s. 54). Przyjęcie poglądu autorki wcale nie prowadziłoby do takich konsekwencji, o jakich mowa w przytoczonej wypowiedzi. Skoro bowiem usiłowanie bezwzględnie nieudolne nie jest *de lege lata* czynem zabronionym pod groźbą kary, to nawet w sytuacji, gdy jego „sprawca” wyobrazi sobie nieistniejące obiektywnie zagrożenie dla dobra prawnego, o pokrzywdzonym, z uwagi na brak stwierdzenia relacji bezprawności i karalności, nie może być mowy. Tymczasem w oparciu o lekturę tekstu M. Żbikowskiej trudno oprzeć się wrażeniu, że w przyjmowanym przez autorkę ujęciu stosowanie koncepcji subiektywnej ma sens tylko wtedy, gdy dany podmiot realizuje znamiona karalnego usiłowania nieudolnego.

warto wskazać, że czyn zabroniony opisany w art. 212 § 1 k.k., polegający na pomówieniu, jest szczególną odmianą wzorca abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc typem z właściwości. Dla realizacji jego znamion koniecznym jest bowiem, by sprawca pomówił określony podmiot, czyli posądził go o takie postępowanie lub właściwości, który to przekaz ma taki charakter, że mógłby on poniżyć pomówionego w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Dla realizacji komponentów opisanych w art. 212 § 1 k.k. nie jest jednak istotne to, czy w konkretnej sytuacji powstało realne zagrożenie dla dobra prawnego w postaci czci lub dobrego imienia pomawianego. Z punktu widzenia dokonania tegoż czynu zabronionego wystarczającym bowiem jest, by sprawca wypowiedział określone treści mające, biorąc pod uwagę zobiektywizowane oceny społeczne, charakter pomawiający, bez względu na to, czy ich przekazanie może w konkretnych okolicznościach zaszkodzić jakimkolwiek dobrom indywidualnym pomówionego. Z tego też powodu zaklasyfikowanie pomówienia do grupy wzorców abstrakcyjnego narażenia wydaje się być w pełni zasadne. Ważne jest jednak to, że jeżeliby uznać stanowisko, że w przypadku wspomnianych typów czynów zabronionych nie ma podmiotów pokrzywdzonych, to należałoby wówczas stwierdzić, że osoba pomówiona nie może uzyskać w toku procesu karnego statusu, o którym mowa w art. 49 § 1 k.p.k. Tymczasem takiemu wnioskowi jednoznacznie przeczy treść art. 212 § 3 k.k. Z przepisu tego wyraźnie przecież wynika, że skazując za takie pomówienie, „sąd może orzec nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego”. Z kolei stosownie do przepisu art. 212 § 4 k.k. – ściganie czynu z art. 212 § 1 k.k. odbywa się z oskarżenia prywatnego. Natomiast z art. 59 § 1 k.p.k. wprost stanowi, że oskarżycielem prywatnym może być wyłącznie pokrzywdzony. Przedstawiony w tym miejscu argument przemawia więc za twierdzeniem, że teza, iż art. 49 § 1 k.p.k. nie może być istotny z perspektywy typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, jest nietrafna.

Kontynuując rozważania, trzeba uznać, iż zaaprobowanie poglądu, jakoby dla przyznania statusu pokrzywdzonego koniecznym było stworzenie realnego zagrożenia dla dobra prawnego, byłoby niepożądana z kryminalnopolitycznego punktu widzenia. Argumenty przemawiające za zasadnością tej tezy można mnożyć. Prezentując tylko niektóre z nich, warto przede wszystkim zauważyć, że przyjmując kwestionowaną optykę, trzeba byłoby stwierdzić, iż w przypadku, w którym zdegenerowany sąsiad podawałby kilkanaście razy mieszkającym nieopodal dzieciom alkohol, rozpijając je w ten sposób, należałoby wówczas uznać, że rodzice nie należą do kręgu osób uprawnionych do reprezentacji małoletnich w postępowaniu karnym. Dzieci te bowiem nie będą mogły zostać uznane za osoby pokrzywdzone. Stanie się tak zaś dlatego, że typ opisany w art. 208 k.k. jest wzorcem z abstrakcyj-

nego narażenia na niebezpieczeństwo. Dla jego wystąpienia nie musi przecież wystąpić żadne realne zagrożenie dla zdrowia lub rozwoju rozpijanego dziecka¹⁵. Podobne konsekwencje wystąpiłyby w sytuacji, w której wspomniany sąsiad udzieliłby małoletniemu środka odurzającego, czym zrealizowałaby znamiona typu czynu zabronionego opisanego w przepisie art. 58 ust. 2 u. o p.n. Nie przysługiwałby również status pokrzywdzonego osobie nieporadnej ze względu na stan psychiczny lub fizyczny, która została porzucona przez osobę zobowiązaną do troski nad takim podmiotem. Trzeba przypomnieć, że powodem takiego stanu rzeczy jest to, że czyn z art. 210 § 1 k.k. także nie charakteryzuje się realnym zagrożeniem dla dobra prawnego. Ma on więc status wzorca abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Warto nadto zauważyć, że przyjęcie kwestionowanej w niniejszym opracowaniu konwencji wykładniczej musiałoby powodować, iż nie jest możliwe przyznanie statusu pokrzywdzonego np. w sytuacji zlecenia dokonania zabójstwa danej osoby. Podżeganie (bo aktualnie znakomita większość przypadków tzw. sprawstwa zleciendawczego wyczerpuje właśnie znamiona podżegania¹⁶) jest bowiem wzorcem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Jeżeli zatem A zleci za wynagrodzeniem zabójstwo B osobie C, to w sprawie karnej toczącej się przeciwko A podmiot B nie będzie mógł uzyskać statusu strony w postępowaniu. Analogiczne konsekwencje wystąpią w odniesieniu do zachowań polegających na pomocnictwie. Można zresztą iść dalej, twierdząc, że przyznanie statusu pokrzywdzonego nie będzie możliwe również przykładowo w niektórych przypadkach sprawstwa polecającego popełnionego w innej formie stadialnej niż dokonanie. Warto bowiem zaznaczyć, że od samego wydania polecenia przez sprawcę polecającego nie powstaje jeszcze żadne realne zagrożenie dla dobra prawem chronionego. Jego pojawienie się leży przecież dopiero w gestii sprawcy bezpośredniego, który niekoniecznie musi zastosować się do skierowanego do niego żądania. Jeżeli więc nie podejmie on żadnych czynności w celu wykonania otrzymanego polecenia, realne zagrożenie dla dobra prawnego w ogóle nie powstanie. W takiej zaś sytuacji należałoby twierdzić, że osoba,

¹⁵ V. Konarska-Wrzosek, (w:) J. Warylewski (red.), System prawa karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, Warszawa 2012, s. 1949. Warto jednak wskazać, że w doktrynie i orzecznictwie wyraża się też pogląd, że typ czynu zabronionego z art. 208 k.k. jest wzorcem konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (M. Szewczyk, (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna, tom II, Warszawa 2013, s. 899, postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2014 r., sygn. II KK 77/14, Legalis nr 998554).

¹⁶ Por. interesujące rozważania na ten temat autorstwa M. Bielskiego (M. Bielski, Sprawstwo zleciendawcze w projekcie nowelizacji kodeksu karnego, Prok. i Pr. 2006, nr 10, s. 46–68).

która miała zostać zabita, nie może stać się podmiotem pokrzywdzonym w postępowaniu w przedmiocie usiłowania sprawstwa polecającego.

Prezentowane powyżej przykłady dowodzą, że opieranie art. 49 § 1 k.p.k. na kryterium w postaci naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego prowadzi do rezultatów trudnych do zaakceptowania i niekiedy niemożliwych do pogodzenia z literalnym brzmieniem ustawy karnej. Do takich samych wniosków można zresztą dojść w odniesieniu do tezy o niemożliwości pokrzywdzenia w przypadku czynów polegającym na usiłowaniu nieudolnym. Zasadność takiej optyki jest dużo bardziej widoczna, jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że niekiedy czyny usiłowane nieudolnie mogą okazać się równie społecznie szkodliwe, co zachowania usiłowane udolnie¹⁷. Warto bowiem przypomnieć chociażby w tym kontekście akademicki kazus, w którym sprawca strzelił przez okno do znajdującego się w pokoju łóżka, na którym miała spać osoba A. Okazało się jednak, że w momencie oddania strzału cel ataku nie przebywał w sypialni, lecz kilka minut przed wystrzeleniem pocisku udał się na chwilę do innego pomieszczenia. Widać więc, że opisane w tym miejscu zachowanie może okazać się na równi (lub porównywalnie) karygodne z tymi sytuacjami, które mogą być kwalifikowane jako usiłowanie nieudolne pozbawienia życia. Trudno zaś znaleźć jakiegokolwiek racjonalne argumenty przemawiające za tym, by osoba, która nie została zabita tylko uwagi na fakt, że – tuż przed oddaniem do niej strzału – oddaliła się do sąsiedniego pomieszczenia (przypadek usiłowania nieudolnego), nie mogła uzyskać statusu pokrzywdzonego, zaś za wskazaną w art. 49 § 1 k.p.k. stronę postępowania karnego można byłoby uznać podmiot, którego nie sięgnęła kula wskutek tego, że osoba strzelająca, z uwagi na rażąco wadliwe skorzystanie z pistoletu, znacznie chybiła (przypadek usiłowania udolnego). Rozwiązanie takie musiałoby się okazać dyskusyjne z punktu widzenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa.

Wykazana w powyższych wywodach nietrafność opierania wykładni art. 49 § 1 k.p.k. na podziale typów czynów zabronionych ze względu na ich relację do dobra prawem chronionego rodzi pytanie o to, przy użyciu jakich innych instrumentów należy interpretować przytoczony przepis. Poszukując rozwiązania tegoż problemu, wydaje się, iż pomocne może okazać się

¹⁷ Podobną tezę wyraża H. J. Hirsch, postulując jednocześnie, by w obrębie czynów usiłowanych nieudolnie dokonać podziału na takie rodzaje usiłowania, które są niebezpieczne dla dobra prawnego oraz na te, które są dla określonego przedmioty ochrony „bezpieczne” – H. Hirsch, Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym, (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo, kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kraków 2006, s. 267–269. Zob. również J. Giezek, Recenzja rozprawy doktorskiej Pana Szymona Tarapaty „Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczno-dogmatyczna”, napisanej pod kierunkiem prof. dr hab. Piotra Kardasa, Kraków 2014.

twierdzenie, że regulacjom materialnoprawnym co do zasady należy przyznawać prymat nad uregulowaniami procesowymi. Oznacza to, że przepisy z zakresu prawa procesowego trzeba interpretować w duchu przepisów prawa materialnego, chyba że inne względy (w szczególności gwarancyjne) przemawiają za aprobatą odmiennego rozwiązania, wynikającego z potrzeby uwzględnienia specyfiki przepisów procedury karnej. Regulacje proceduralne z natury rzeczy muszą bowiem służyć maksymalnej realizacji celów wynikających z norm prawnomaterialnych. Natomiast jeśli chodzi o art. 49 § 1 k.p.k., to trudno dopatrzeć się jakichkolwiek racjonalnych argumentów przemawiających za tym, iż przepis ten nie powinien być wykładany w duchu unormowań wynikających z prawa materialnego. Prowadzi to więc do wniosku, że termin „pokrzywdzony” winien być tak samo rozumiany na gruncie prawnomaterialnym, jak i prawnopprocesowym¹⁸. Oznacza to, iż całość opisanej w art. 49 § 1 k.p.k. definicji powinno się wyklądać poprzez pryzmat regulacji z zakresu prawa karnego materialnego. Dotyczy to w szczególności ujętego w tymże przepisie wyrażenia – „której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo”. Niemniej jednak potrzeba materialnoprawnej interpretacji omawianego przepisu nie oznacza konieczności przyjęcia tezy, iż nie jest możliwe przyznanie statusu pokrzywdzonego w przypadku typów z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo oraz usiłowanych nieudolnie. Możliwe jest bowiem wykładanie definicji pokrzywdzonego przy użyciu innych elementów materialnoprawnych aniżeli te, z których skorzystano w artykule autorstwa P. Nycza¹⁹. Warto też w tym miejscu na marginesie wspomnieć, iż m.in. ze względu na specyfikę regulacji istniejących w obrębie prawa materialnego nie sposób zaaprobować propozycji przedstawionej przez B. Gadeckiego, dotyczącej tego, że na potrzeby stosowania art. 49 § 1 k.p.k. winno się przyjmować fikcję, iż dane przestępstwo, mimo że nie przekroczyło jeszcze fazy usiłowania, zostało już dokonane i to na podstawie takiego założenia decydować o przyznaniu statusu strony w postępowaniu karnym. Oczywistym bowiem jest, iż usiłowanie i dokonanie są zachowaniami stanowiącymi odrębne typy czynów zabronionych o autonomicznie określonych znamionach. Powoduje to, że na gruncie art. 49 § 1 k.p.k. nie można uznawać przestępstwa usiłowanego za dokonane (teza ta będzie tym bardziej trafna, jeśli się weźmie pod uwagę, co zresztą również zauważa B. Gadecki, iż ustawodawca, używając w art. 49 § 1 k.p.k. słowa „przestępstwo”, ma również w ten sposób na myśli „czyn zabroniony”,

¹⁸ Tak też: wyrok SN z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. III KK 349/13, Legalis nr 776837. Trzeba jednak przyznać, że w ostatnim czasie widoczna jest tendencja do autonomicznego, szerszego rozumienia terminu „pokrzywdzony” na gruncie prawa karnego materialnego (Zob. P. Kardas, (w:) P. Hofmański (red.), System Prawa Karnego Procesowego. Zagadnienia ogólne, I. cz. 1, Warszawa 2013, s. 651–652).

¹⁹ P. Nycz, *op. cit.*, s. 56–57.

który niekoniecznie musi być przestępny). Należy więc szukać innego rozwiązania analizowanego w tym tekście problemu.

Pierwsza materialnoprawna kontrowersja, jaka musi się pojawić w procesie interpretacji art. 49 § 1 k.p.k., dotyczy tego, jak należy rozumieć zawarty w nim termin „dobro prawne”. Sformułowanie to można pojmować zarówno w sposób wąski, jak i szeroki. Dobro prawne *sensu stricto* odnosi się wyłącznie do przedmiotu prawnokarnej ochrony. Jest nim więc ta wartość, która przynależy do znamion określonego typu czynu zabronionego. Taki wywód nie istnieje w przypadku dobra prawnego *sensu largo*. Jest nim bowiem każda wartość chroniona przez ustawodawcę, choćby nie stanowiła ona przedmiotu prawnokarnej ochrony. W tym ujęciu dobro prawne nie musi występować pośród zespołu znamion określonego typu czynu zabronionego. Będzie nim nawet taki ceniony przez społeczeństwo stan rzeczy, który jest zabezpieczany wyłącznie przez regulacje funkcjonujące poza prawem karnym.

W orzecznictwie trafnie przyjmuje się jednak, że w art. 49 § 1 k.p.k. chodzi o dobro prawne w jego wąskim znaczeniu. Podkreśla się w tym kontekście, iż „Krąg pokrzywdzonych (...) ograniczony jest zespołem znamion czynu będących przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych”²⁰. Optyka ta jest też uzupełniana o twierdzenie, że „Kryterium bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej osoby oznacza, że w relacji między czynem o konkretnych znamionach przestępstwa a naruszeniem lub zagrożeniem dobra tej osoby nie ma ogniw pośrednich, z czego wynika, że do kręgu pokrzywdzonych można zaliczyć tylko ten podmiot, którego dobro prawne zostało działaniem przestępnym naruszone wprost, a nie za pośrednictwem godzenia w inne dobro”²¹. Trafność tychże wypowiedzi co do zasady nie jest aktualnie kwestionowana. Wydaje się przy tym, że takie podejście nie wynika wyłącznie z przyjęcia założenia, że termin „dobro prawne” ma rodowód materialnoprawny. Trzeba bowiem wskazać, że taką samą proveniencją charakteryzują się również te wartości, które są chronione wyłącznie przez inne niż prawo karne gałęzie prawa. Należy raczej dojść do wniosku, że przytoczone powyżej twierdzenia wynikają z zestawienia pojęcia dobra prawnego z innym pełniącym rolę dopełnienia, wskazanym w art. 49 § 1 k.p.k. kryterium w postaci bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia chronionej przez ustawodawcę wartości.

²⁰ Por. m.in. uchwała SN z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 26/99, Legalis nr 44490.

²¹ Zob. m.in. postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. II AKa 94/12, LEX nr 1163462; postanowienie SN z dnia 25 marca 2010 r., sygn. IV KK 316/09, LEX nr 575281; uchwała SN z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 26/99, LEX nr 37466; uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 r., sygn. I KZP 43/99, LEX nr 585234; postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. I KZP 2/09, LEX nr 486166, T. Grzegorzczak, J. Tyłman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2009, s. 279.

Przed uzasadnieniem wysłowionej w poprzednim zdaniu tezy winno się jednak zauważyć, że samo sformułowanie „bezpośrednio” może mieć różnorakie znaczenia. O możliwości szerokiego wykładania tego słowa przekonuje chociażby to, jak ekstensywnie rozumiane jest ono w obrębie problematyki przypisania skutku (a konkretnie na kanwie dekodowania zakresu szczególnej postaci tego następstwa, a więc stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub wystąpienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu u człowieka). Interpretacja terminu „bezpośredniość” musi więc siłą rzeczy zależeć od konwencji, jaką obrał ustawodawca, używając tego wyrażenia w art. 49 § 1 k.p.k. Aprobując bowiem jedno ze znaczeń analizowanego słowa, przy przyjęciu pewnych założeń można byłoby racjonalnie twierdzić, że bezpośrednio naruszenie lub narażenie dobra jest możliwe nawet wtedy, gdy wartość ta nie będzie stanowić ujętego w znamionach typu przedmiotu prawnokarnej ochrony. Taka jednak wykładnia art. 49 § 1 k.p.k. często rodziłaby konieczność przyjmowania absurdalnych rozstrzygnięć. Warto w tym kontekście odwołać się do sytuacji, w której sprawca, działając umyślnie, oddał strzał z broni palnej, zaś wystrzelona kula trafiła osobę X, przebiła jej serce, w wyniku czego doszło do skutku śmiertelnego, po czym pocisk przeleciał na wylot, a następnie trafił w porcelanowy wazon należący do Y, powodując rozbicie tegoż przedmiotu, którego to następstwa napastnik w czasie czynu nie chciał i się nań nie godził. W takim przypadku, mimo że samo zniszczenie mienia byłoby prawnokarnie irrelewantne (z uwagi na brak istnienia po stronie sprawcy właściwej postaci strony podmiotowej), to właścicielowi zniszczonej rzeczy musiałby przysługiwać status pokrzywdzonego w sprawie o zabójstwo. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że jego chroniony przez normy prawa cywilnego interes, a więc dobro w postaci prawa własności, zostało przecież, biorąc pod uwagę ontologiczny punkt widzenia i regulacje cywilnoprawne, bezpośrednio naruszone czynem sprawcy. Z takim ujęciem bezpośredniości trudno się jednak zgodzić. Chcąc więc uniknąć konieczności tolerowania absurdalnych z punktu widzenia polityki kryminalnej rozstrzygnięć, należało podzielić dominujący w orzecznictwie i piśmiennictwie pogląd, iż na gruncie art. 49 § 1 k.p.k. chodzi o takie dobro prawne, które stanowi przedmiot ochrony prawnokarnej konkretnego typu czynu zabronionego. Sformułowanie to dotyczy więc tylko takich elementów, które stanowią integralną cechę wzorca bezprawnego i karalnego zachowania.

Warto jednak w tym miejscu wskazać, iż wyrażona powyżej teza nie może wynikać z samej tylko wykładni zawartego w art. 49 § 1 k.p.k. terminu „dobro prawne”. Trafne bowiem wydaje się twierdzenie, iż – jak już powyżej sygnalizowano – to, że dobrem tym może być wyłącznie istniejący pośród znamion ustawowych określonego typu czynu zabronionego przedmiot prawnokarnej ochrony, wynika z interpretacji całej zawartej w normatywnej definicji pokrzywdzonego wypowiedzi, nie zaś tylko z wybranych jej fragmen-

tów. W takim zaś przypadku istniałaby podstawa do uznania, iż zawarte w art. 49 § 1 k.p.k. wyrażenie „której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo” ma charakter techniczny i w konsekwencji trzeba przydawać mu specyficzne znaczenie. Przyjęcie takiego poglądu pozwoliłoby uznać, że przytoczone sformułowanie odnosi się do tej części znamion typu czynu zabronionego, która jest integralnie związana z przedmiotem ochrony prawnokarnej. Wyrażenie to nawiązuje zatem do sfery wyznaczającej zakres bezprawności normy sankcjonowanej (zakazu lub nakazu). To właśnie bowiem z tą strukturą normatywną przedmiot ochrony prawnokarnej jest ściśle związany. Innymi słowy – sformułowanie „której dobro prawne zostało bezpośrednio narażone lub naruszone przez przestępstwo” winno się powiązać z treścią odpowiednich fragmentów leżącej u podstaw typu czynu zabronionego konkretnej normy sankcjonowanej, mającej za zadanie zabezpieczać przedmiot ochrony, który można zindywidualizować w otaczającej nas rzeczywistości w konkretnym nośniku, dysponentcie lub dzierżycielu. W procesie wyznaczania kręgu osób pokrzywdzonych istotne jest więc to, by zabezpieczana przez daną strukturę normatywną, decydującą o bezprawności, wartość była możliwa do odniesienia do określonego podmiotu. Jeżeli takie zrelatywizowanie będzie możliwe, a więc jeśli sprawca naruszy normę sankcjonowaną, która zabezpiecza określony interes indywidualny, jednostka będąca jego dysponentem lub dzierżycielem powinna uzyskać status pokrzywdzonego. Należy więc stwierdzić, że wykładnia zawartego w art. 49 § 1 k.p.k. wyrażenia „której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo” nie powinna się opierać na dogmatycznym podziale typów czynów zabronionych uwzględniającym stosunek określonego wzorca ustawowego do przedmiotu ochrony prawnokarnej. Sformułowanie to stanowi bowiem swoistą etykietę użytą przez ustawodawcę. Sprowadzałaby się ona do uznania, że intencją użycia w art. 49 § 1 k.p.k. przez prawodawcę zacytowanego sformułowania miało na celu podkreślenie, iż z pokrzywdzonym ma się do czynienia wtedy, gdy sprawca narusza normę chroniącą dającą się zindywidualizować w pewnym nośniku wartość. Przy przyjęciu zaś takiego założenia chybiona byłaby sugestia P. Nycza, który sygnalizuje, że stwierdzenie pokrzywdzenia w przypadku typów nie charakteryzujących się co najmniej realnym zagrożeniem dla dobra prawem chronionego stanowiłoby przejaw stosowania niedozwolonej w prawie karnym wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy²². Zarzutu takiego nie sposób bowiem stawiać w stosunku do terminów czy też definicji technicznych, które w obrębie konkretnych aktów normatywnych mogą być inaczej rozumiane aniżeli pojmują się je na gruncie języka potocznego. Wyrażenia takie cechują się bowiem autonomią

²² P. Nycz, *op. cit.*, s. 57–58.

znaczeniową. Ich interpretacja nie poddaje się więc istniejącemu co do zasady na gruncie prawa karnego zakazowi dokonywania wykładni rozszerzającej znaczenia językowego określonego pojęcia na niekorzyść sprawcy.

Tytułem podsumowania winno się zatem wskazać, że proces interpretacji art. 49 § 1 k.p.k. powinien składać się przede wszystkim z dwóch etapów. Ściślej rzecz ujmując, w pierwszej kolejności należy zdekodować dobro prawnie chronione przez ten konkretnie typ czynu zabronionego, którego znamiona sprawca wyczerpuje swym zachowaniem. Innymi słowy – na tym etapie winno się wyinterpretować tą zabezpieczaną przez ustawodawcę wartość, która jednocześnie stanowi znamię konkretnego wzorca ustawowego. Po dokonaniu tej czynności trzeba natomiast rozpocząć proces ustalania, czy zidentyfikowany przedmiot ochrony może zostać przyporządkowany do konkretnego dysponenta lub dzierżyciela, a więc czy ma on charakter indywidualny. Osoba pokrzywdzona w rozumieniu przepisów procedury karnej będzie więc istnieć wtedy, kiedy za znamię określonego typu czynu zabronionego zostanie uznany przedmiot ochrony (zamachu) powiązany w pewien sposób z danym podmiotem (a więc jeżeli w konkretnej sytuacji będzie istnieć relacja pokrzywdzenia). Status pokrzywdzonego wystąpi w konsekwencji wtedy, gdy sprawca naruszy normę sankcjonowaną chroniącą interes konkretnej jednostki.

Przyjmując zaprezentowaną powyżej perspektywę, nie ma żadnych przeszkód, by uznać, że art. 49 § 1 k.p.k. znajdzie swe zastosowanie także do typów z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Nastąpi to w sytuacji, gdy określony wzorzec ustawowy będzie zabezpieczał wartość dającą się zindywidualizować w określonym podmiocie. Niemniej jednak ustalenie, że przyznanie statusu pokrzywdzonego nie musi być uzależnione od powstania w realiach konkretnego stanu faktycznego realnego zagrożenia dla dobra prawem chronionego, stwarza także możliwość uznania, że z osobą, o której mowa w art. 49 § 1 k.p.k., można mieć do czynienia w przypadku czynów usiłowanych nieudolnie. Zasadność wyrażonej w tym miejscu tezy widoczna jest przede wszystkim wtedy, jeżeli uwzględni się specyfikę zachowania popełnionego w warunkach opisanych w art. 13 § 2 k.k. Ściślej rzecz ujmując, budowa czynów usiłowanych nieudolnie jest w pewnej perspektywie podobna do niektórych typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Różnica pomiędzy usiłowaniami nieudolnymi a wspomnianymi wzorcami przejawia się głównie w tym, że te drugie polegają zawsze na naruszeniu reguły postępowania z dobrem prawnym, pierwsze zaś niekoniecznie przeciwstawiają się wspomnianym zasadom ostrożności. Chcąc jednak zaprezentować konstrukcję normy sankcjonowanej możliwej do odczytania z art. 13 § 2 k.k. oraz przepisu części szczególnej lub ustawy pozakodeksowej, należy odwołać się do dwóch przykładowych sytuacji. W pierwszej z nich sprawca strzela do manekinu, błędnie uważając, że oddaje strzał

do człowieka, zaś czyni to po to, aby zabić. Z kolei drugi przykład jest bardzo podobny do pierwszego, z tym, że należy go zmodyfikować o tyle, iż podmiot doskonale sobie zdaje sprawę z tego, że kieruje swą czynność do obiektu, który nie jest istotą ludzką. Łatwo zauważyć, że element odróżniający od siebie te sytuacje, to wyłącznie czynnik subiektywny. Pierwsze z opisanych powyżej zachowań jest bezprawne, tymczasem drugie jest zgodne z prawem. Prowadzi to do wniosku, że skoro w warstwie przedmiotowej zachowania te się niczym nie różnią, to o ich niezgodności z porządkiem prawnym powinno decydować nastawienie psychiczne sprawcy do czynu. Zatem w hipotezie normy sankcjonowanej leżącej u podstaw usiłowania nieudolnego po stronie podmiotu odpowiedzialności karnej musi występować zamiar realizacji elementów przedmiotowych określonego wzorca ustawowego. Fakt ten jest również dosyć istotny w perspektywie odczytania motywów kryminalizacyjnych, które leżą u podstaw penalizacji niektórych czynów usiłowanych nieudolnie. Wydaje się, iż w tym kontekście uprawnione jest twierdzenie, że ustanawianie typów czynów zabronionych stanowiących usiłowanie nieudolne może być pewną reminiscencją po zarzuconej już w zasadzie teorii psychologicznej winy, w ramach wystąpienia której naganność określonego czynu wynika z tzw. złego (grzesznego) zamiaru. Bezprawie takiego czynu, a więc jego ujemna ocena, jest właśnie związana z elementami podmiotowymi (podmiotowe ujęcie bezprawia). Z drugiej jednak strony nie jest uprawnione stwierdzenie, że bezprawność i karalność usiłowania nieudolnego opiera się tylko na złym zamiarze. Jeśli bowiem teza ta okazałaby się trafna, ustawodawca statuowałby odpowiedzialność karną za określony sposób myślenia, która to postawa prawodawcy nie powinna się zdarzać w demokratycznym państwie prawnym (*cogitationis poenam nemo patitur*). Odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne opiera się raczej na specyficznym uzewnętrznieniu przez sprawcę owego „złego” zamiaru (jej istotą jest więc swoista kumulacja elementów obiektywnych i subiektywnych – z przewagą tych ostatnich). Swoistość wskazanej w art. 13 § 2 k.k. formy polega na tym, że gdyby nie zaistniały niesprzyjające okoliczności niezależne od osoby napastnika, o wystąpieniu których sprawca nie miał pojęcia w chwili czynu, doszłoby albo do konkretnego zagrożenia lub naruszenia dobra prawnego, albo wystąpiłoby złamanie istotnej reguły postępowania z przedmiotem ochrony. W tej perspektywie rację trzeba przyznać A. Zollowi, iż usiłowanie nieudolne czerpie swój sens oraz podstawę do ujemnego wartościowania z odniesienia do zabezpieczanej przez ustawodawcę wartości. Zasadnie bowiem wskazuje On, że „Tak, jak nie ma usiłowania udolnego jako takiego, tylko jest usiłowanie zabójstwa, kradzieży, tak samo nie ma usiłowania nieudolnego, jako takiego, ale zawsze będzie to usiłowanie zrea-

lizowania czynu zabronionego określonego typu”²³. To właśnie uzewnętrznienie „złego” zamiaru spotyka się z na tyle wysoce negatywną oceną ze strony społeczeństwa, iż staje się ono karygodne. W konsekwencji istnieje potrzeba, by za podejmowanie takich czynności karać.

Z punktu widzenia poruszanej w niniejszym tekście problematyki najważniejsza jest jednak treść normy sankcjonowanej leżącej u podstaw czynów usiłowanych nieudolnie. Ściślej rzecz ujmując, chodzi tu o tzw. cel ochronny tejże struktury normatywnej, a więc – generalnie rzecz biorąc – powód jej wprowadzenia do systemu prawnego. W tym kontekście należy przede wszystkim wskazać, że jakkolwiek czyny usiłowane nieudolne co do zasady nie stwarzają (i najczęściej nie mogą stworzyć) jakiegokolwiek niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony prawnokarnej, tym niemniej ich penalizacja ma na celu ochronę określonych cennych z punktu widzenia ocen społecznych wartości na głębokim przedpolu ich naruszenia (stąd też wspomniane wcześniej podobieństwo przestępstw popełnionych w formie usiłowania nieudolnego do typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo). Oznacza to, że penalizacja zachowań popełnionych w postaci, o której mowa w art. 13 § 2 k.k., ma za zadanie zabezpieczyć we wczesnym stadium określone dobra prawne przed ich unicestwieniem. Znamienne jest zaś, że skoro odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne nie jest oparta o konstrukcję naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, to możliwość ponoszenia owej odpowiedzialności zasadza się zasadniczo na daleko idących aspektach prewencyjnych. Penalizując bowiem czyny usiłowane nieudolnie, ustawodawcy chodzi o to, aby generalnie zapobiegać temu, by obywatele uzewnętrzniali zachowania, które chociażby w ich subiektywnym wyobrażeniu stwarzają lub mogą stworzyć zagrożenie dla określonych wartości. Celem takiego działania prawodawcy jest chęć umocnienia pośród członków społeczeństwa przekonania o konieczności poszanowania zabezpieczanych przez porządek prawny za pomocą norm przedmiotów ochrony. Odpowiedzialność karna za dopuszczenie się usiłowania nieudolnego ma zatem za zadanie skierować wyraźny nakaz do członków społeczeństwa, by nie podejmowali oni żadnych postąpień, które mają, chociażby w ich przekonaniu, zagrażać cenionym przez prawodawcę stanom rzeczy.

Zaprezentowane powyżej wnioski rodzą dosyć istotne konsekwencje. Warto bowiem pamiętać, że norma sankcjonowana leżąca u podstaw zachowań popełnionych w formie, o jakiej mowa w art. 13 § 2 k.k., może zabezpieczać (i często zabezpiecza) indywidualny przedmiot ochrony. Jeśli bowiem przykładowo sprawca dopuszcza się usiłowania nieudolnego w ten sposób, że uzewnętrznia zachowanie mające na celu pozbawienie życia

²³ A. Zołł, Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji, (w:) J. Majewski, *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 18.

osoby X, to na płaszczyźnie subsumcyjnej unormowanie zakazujące dokonywania takiego czynu chroni właśnie egzystencję tego podmiotu, który w zamierzeniu sprawcy ma zginąć. Celem ochronnym normy sankcjonowanej leżącej u podstaw typu określonego w art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. jest przecież, na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej, życie człowieka, zaś w sferze indywidualno-konkretnej – życie konkretnej osoby. Twierdzenie takie prowadzi zaś do wniosku, że ilekroć sprawca wyczerpuje znamiona czynu usiłowanego nieudolnie, którego przedmiotem ochrony jest wartość możliwa do zrelatywizowania w stosunku do konkretnego podmiotu, to tym samym napastnik ten narusza normę sankcjonowaną mającą na celu zabezpieczenie dobra indywidualnego. W takiej zaś sytuacji spełniony jest zaprezentowany we wcześniejszym fragmencie niniejszego tekstu, wyinterpretowany z art. 49 § 1 k.p.k., warunek, którego ziszczenie się jest wystarczające do przyznania określonej jednostce statusu pokrzywdzonego. W tego rodzaju przypadkach znamieniem popełnionego przez daną osobę typu czynu zabronionego jest bowiem przedmiot ochrony (zamachu) możliwy do powiązania ze skonkretyzowanym dysponentem lub dzierżycielem (znamię to przybiera postać celu ochronnego normy sankcjonowanej, który w przypadku opisywanej grupy przestępstw usiłowanych nieudolnie stanowi zabezpieczenie dóbr mogących ulec indywidualizacji). Istnienie takiej okoliczności musi zatem przesądzać o występowaniu tzw. relacji pokrzywdzenia. Trzeba więc dojść do wniosku, że możliwe jest przyznanie statusu pokrzywdzonego w sytuacji, gdy sprawca dopuszcza się czynu zabronionego w formie określonej w art. 13 § 2 k.k.²⁴. Reasumując, możliwość taka wystąpi wtedy, gdy dopuszczający się karalnego usiłowania nieudolnego napastnik będzie naruszał normę sankcjonowaną, która ma na celu ochronę dobra prawnego możliwego do przyporządkowania w stosunku do konkretnego podmiotu.

Zaprezentowane powyżej rozważania dowodzą, że dokonując materialno-prawnej wykładni art. 49 § 1 k.p.k., można dojść do przekonania, iż regulacja ta nie uzależnia możliwości przyznania statusu pokrzywdzonego od powstania w świecie zewnętrznym realnego zagrożenia dla przedmiotu prawnokarnej ochrony. O wiele bardziej przekonująca wydaje się być bowiem optyka, iż zawarte w tymże przepisie sformułowanie „której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo” należy rozumieć w sposób autonomiczny (techniczny) i wiązać je z odpo-

²⁴ Za możliwością przyznawania statusu pokrzywdzonego w przypadkach usiłowania nieudolnego opowiadają się również niektórzy przedstawiciele doktryny [M. Filar, Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym, CPKINP 2002, nr 2; K. Duda, Wpływ prawa karnego materialnego na ustawową definicję pokrzywdzonego, (w:) Z. Cwiakalski (red.), G. Artymiak (red.), Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego, Warszawa 2009, s. 144–145].

wiednimi elementami leżących u podstaw poszczególnych typów czynów zabronionych norm sankcjonowanych. Konkretnie rzecz ujmując, chodzi o tą część wspomnianej struktury normatywnej, która jest ściśle związana z przedmiotem ochrony prawnokarnej. Możliwość przyznania statusu pokrzywdzonego pojawi się więc wtedy, gdy sprawca naruszy tą normę sankcjonowaną, której celem jest ochrona dobra prawnego, jakie może zostać przyporządkowane konkretnej osobie (a więc zostać zindywidualizowane). Przyjęcie natomiast takiego twierdzenia powoduje konieczność stwierdzenia, że jeśli odpowiedzialność za określony czyn usiłowany nieudolnie ma na celu zabezpieczenie indywidualnego przedmiotu ochrony, to jest możliwe przyznanie procesowego statusu pokrzywdzonego w sprawie toczącej się w przedmiocie takiego przestępstwa. Niezależnie jednak od tego, trzeba z całą stanowczością stwierdzić, że redakcja art. 49 § 1 k.p.k. nie jest zbyt fortunna. Należy więc zgłosić postulat *de lege ferenda*, by przepis ten uzyskał następujące brzmienie: „Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne jest przedmiotem ochrony czynu zabronionego popełnionego przez sprawcę”. Wydaje się bowiem, że przy tak takiej konstrukcji art. 49 § 1 k.p.k. nie będą już występować wątpliwości interpretacyjne dotyczące tego, czy ze stanem pokrzywdzenia będziemy mieć do czynienia w przypadku typów z abstrakcyjnego narażenia oraz czynów usiłowanych nieudolnie.

Parties injured by failed criminal attempts: polemical study

Abstract

This paper shares the view that it is not impossible for a status of an injured party to be awarded in cases involving failed criminal attempts. The view is built on the herein approved claim that the wording of Article 49, § 1 of the Code of Criminal Procedure, i.e. “whose property or rights have been directly violated or threatened by an offence” is a technical term that should be given some specific meaning. More precisely, we should recognize that the cited procedural law makes it possible to award a status of an injured party where the perpetrator violates a sanctioned norm that protects legally recognized and specifically relativizable interest.

Damian Wąsik

Śmierć na stole operacyjnym (*mors in tabula*) jako konsekwencja błędu w sztuce lekarskiej

Streszczenie

Śmierć na stole operacyjnym (mors in tabula, exitus in tabula lub exitus letalis in tabula) w dosłownym znaczeniu obejmuje przypadek zgonu pacjenta na bloku operacyjnym podczas operacji. Termin ten utożsamiany jest też z tzw. zgonem okołozabiegowym czy inaczej zgonem śródoperacyjnym. Z punktu widzenia prawa karnego i medycyny sądowej pod pojęciem niespodziewanej (nagłej) śmierci na stole operacyjnym należy natomiast rozumieć śmierć w czasie zabiegu lekarskiego, którego przebieg może budzić podejrzenie, że śmierć ta jest wynikiem pomyłki lub niedbalstwa lekarza lub innego pracownika medycznego. W publikacji scharakteryzowano zjawisko śmierci na stole operacyjnym i przedstawiono występujące na tym tle problemy terminologiczne determinujące wątpliwości praktyczne co do oceny zgonów pacjentów w trakcie zabiegów. Ponadto, na podstawie wyników przeprowadzonych badań aktowych, wyszczególniono i scharakteryzowano najważniejsze przyczyny mors in tabula jako skutku rażących błędów w sztuce lekarskiej.

I. Wprowadzenie

Śródoperacyjna śmierć pacjenta nie należy do częstych zdarzeń, co sprawia, że wiedza na temat przyczyn i charakteru tego zjawiska jest niewielka¹. Tymczasem potrzeba prawnej analizy przypadków śmierci na stole operacyjnym wynika z konieczności oceny postępowania personelu medycznego pod kątem wyczerpywania znamion czynu zabronionego. Celem nadrzędnym jest w tym przypadku zapewnienie bezpieczeństwa pacjentów leczonych w placówce, w której to nietypowe zdarzenie wystąpiło. Wniosek ten odnosić należy również do eksperymentów medycznych i badań klinicznych, krwiolecznictwa i transplantologii oraz zabiegów kosmetycznych, czyli tych wszystkich procedur, w których zmarły nie jest pacjentem w rozumieniu

¹ Zob. E. F. Hill, A. R. Hunter, Death on the Operating Table, Brit. J. Anaesth. 1948, vol. 21, s. 24 i nast.

prawa lub zgłasza się do podmiotu leczniczego jako jednostka potencjalnie zdrowa (dawcy krwi i organów, a także zainteresowani zabiegiem o charakterze estetycznym).

Umiejętność prawidłowego kwalifikowania zgonów śródoperacyjnych jako *mors in tabula* ma istotne znaczenie naukowe i praktyczne. Pozwala ono bowiem przybliżyć charakter, okoliczności i przyczyny szeroko pojętej śmiertelności okołoperacyjnej oraz zgonów występujących przy okazji wykonywania innych zabiegów i procedur medycznych, pomaga prawidłowo oceniać czy zdarzenie nosi znamiona czynu zabronionego, a także pomaga ukształtować metodykę ścigania czynów zabronionych związanych z błędami medycznymi skutkującymi śmiercią pacjentów lub innych osób pozostających pod opieką personelu medycznego. Ten ostatni walor jest tym istotniejszy, że tzw. „sprawy o błędy medyczne” mają swoją specyfikę i toczą się w szczególnych warunkach, na styku nauk prawnych i medycznych².

Zasadniczym celem niniejszej publikacji jest przedstawienie ogólnej charakterystyki zjawiska śmierci na stole operacyjnym, prezentacja problemów terminologicznych związanych z tym pojęciem, a także omówienie *mors in tabula* jako konsekwencji zawinionego działania członków personelu medycznego z perspektywy przyczyn tego zdarzenia: powikłań powstałych po zabiegu krytycznym w ciągu reoperacji pacjenta, skutku tzw. błędu położniczego, nieuzasadnionej kwalifikacji pacjenta do zabiegu lub przedwcześnie zakończonego leczenia szpitalnego, błędu diagnostycznego na etapie opieki przedoperacyjnej, następstwa błędu technicznego oraz zbiegu błędów w sztuce lekarskiej i błędów organizacyjnych. Prezentowane w artykule wnioski poczyniono na podstawie wyników analizy polskiego i obcojęzycznego piśmiennictwa prawnokarnego, prawnomedycznego i medyczno-sądowego, a także badań aktowych 70 postępowań karnych o przestępstwa kwalifikowane z art. 155 k.k., art. 160 k.k. i art. 165 k.k., dotyczących przypadków *mors in tabula*, prowadzonych w latach 2000–2015.

II. *Mors in tabula* – charakterystyka zjawiska i wybrane problemy terminologiczne

Problem *mors in tabula* dotyczy niemalże każdej specjalności lekarskiej, co potwierdza tezę, że nie istnieje procedura medyczna, która byłaby całkowicie bezpieczna dla pacjentów i nie niosłaby ze sobą ryzyka najgroźniejszych dla życia powikłań. Pomimo, że większość przypadków śmierci na stole operacyjnym związana jest z chirurgią ogólną, kardiochirurgią, neurochirurgią, chirurgią naczyniową, chorobami wewnętrznymi i anestezjologią,

² Zob. D. Wąsik, *Mors in tabula* w teorii i praktyce śledczej, Bydgoszcz 2016, s. 25–26.

mors in tabula stwierdzana jest również w takich dziedzinach jak ginekologia i położnictwo, laryngologia, urologia, chirurgia dziecięca i neonatologia, chirurgia szczękowa, radiologia, stomatologia, chirurgia kosmetyczna³ oraz ortopedia⁴. Problem *mors in tabula* dotyczy m.in. takich zabiegów, jak laparotomia, cewnikowanie serca, endoskopia, bronchoskopia, kolonoskopia, gastroskopia, zakładanie endoprotez, torakotomia, tracheostomia, cesarskie cięcie, zakładanie centralnego cewnika żylnego, drenaż klatki piersiowej, biopsje wątroby, śledziony i nerek, strumektomia, wycięcie migdałków, chirurgia oka, ekstrakcja zęba, nakłucie worka osierdza, czy operacja przegrody nosowej⁵. Zgony związane z zabiegami leczniczymi i diagnostycznymi, o różnym mechanizmie (zatorowym, odruchowym, na skutek wstrząsu alergicznego), mogą też wystąpić jako powikłania zabiegów punkcji lędźwiowej, punkcji mostka, biopsji serca, punkcji jamy opłucnej etc. Stwierdza się powikłania w postaci zgonów na tle uczuleniowym np. po podaniu szczepionek, surowicy, antybiotyków (zwłaszcza penicyliny) lub innych leków. Wstrząsy po przetoczeniach obcogrupowej krwi również mogą zakończyć się śmiercią. W obrazach sekcyjnych tych przypadków pojawia się zespół hemolityczno-aglutacyjny z mikrozatorami w narządach, cechami hemolizy, a w nerkach z martwicą kanalików krętych (zespołu dolnego nefronu)⁶.

W odniesieniu do *mors in tabula* problematyczna jest kwestia określenia charakteru zgonu pacjenta, konkretnie czy jest to śmierć z przyczyn naturalnych, czy jednak należałoby ją traktować jako śmierć gwałtowną. Co prawda zarówno śmierć naturalna, jak i śmierć gwałtowna może być śmiercią nagłą, niemniej jednak nagły zgon człowieka pozornie zdrowego, nie skarżącego się na żadne dolegliwości, wykazującego względnie dobre samopoczucie przed lub po zabiegu chirurgicznym, często budzi podejrzenie zgonu nienaturalnego, będącego wynikiem wrogiego działania jakiejś osoby. Wykazywane jest, że statystycznie w około 10–15% wszystkich sądowo-lekarskich sekcji zwłok, wykonywanych z powodu podejrzenia śmierci gwałtownej, stwierdzany jest zgon naturalny⁷.

³ Por. B. Madea, Medical malpractice, (w:) B. Madea (ed.), Handbook of Forensic Medicine, Oxford 2014.

⁴ Zob. P. Dungi, R. Kubeš, Onemocnění kyčelního kloubu u dospělých, (w:) P. Dungi (red.), Ortopedie, Praha 2014, s. 784.

⁵ B. Madea, Medical malpractice, (w:) B. Madea (ed.), Handbook of Forensic Medicine, Oxford 2014.

⁶ Zob. W. Nasiłowski, Zgony nagłe z przyczyn chorobowych i pogranicznych, (w:) S. Raszeja, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, Medycyna sądowa, Warszawa 1990, s. 174; T. Scherenberg, Iatrogene Todesfälle bei gerichtlichen Sektionen (Hamburg 1997–2001). Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Medizin der Medizinischen Fakultät der Universität Hamburg, Hamburg 2007, s. 15.

⁷ Zob. m.in. A. Jakliński, J. S. Kobiela, K. Jaegerman, Z. Marek, Z. Tomaszewska, B. Turowska, Medycyna sądowa, Warszawa 1979, s. 21–22; W. Grzywo-Dąbrowski, Medycyna sądowa dla prawników, Warszawa 1957, s. 100–101;

Mors in tabula powszechnie uznawana jest za najpoważniejsze „powikłanie śródoperacyjne”. Z tego względu zaleca się kwalifikowanie takiego zgonu jako śmierci nagłej celem uniknięcia jakichkolwiek podejrzeń o tuszowanie błędów lekarskich, nierzetelne wypisanie karty zgonu (karty martwego urodzenia) czy też fałszowanie dokumentacji medycznej. Ewentualne przeprowadzenie patomorfologicznej sekcji zwłok, będące niejednokrotnie wynikiem przyjęcia koncepcji nagłej śmierci pacjenta, może stanowić przekonujący dowód prawidłowego wykonania procedury medycznej⁸.

Zdefiniowanie terminu *mors in tabula* jest zadaniem trudnym. W polskim porządku prawnym nie ma legalnej definicji śmierci na stole operacyjnym, zgonu okołoperacyjnego lub śródoperacyjnego czy też zgonu w warunkach leczenia szpitalnego. Szereg przepisów wielu różnych aktów prawnych w mniejszym bądź większym stopniu nawiązuje natomiast do tych zdarzeń. Podobnie jednak jak w przypadku terminu „błąd w sztuce lekarskiej” żaden przepis szeroko pojętego prawa ochrony zdrowia nie definiuje pojęcia *mors in tabula*. Dla przykładu wskazać należy możliwość zakwalifikowania niektórych przypadków *mors in tabula* jako zdarzenia medycznego na podstawie art. 67a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 186). Śmierć pacjenta na stole operacyjnym w czasie transplantacji określana jest przez ustawę z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 793) jako istotna niepożądana reakcja, tj. nieprzewidziana reakcja organizmu dawcy lub biorcy związaną z pobieraniem lub zastosowaniem u ludzi komórek, tkanek lub narządów, powodująca śmierć (por. art. 2 pkt 6 tego aktu prawnego). O istotnej niepożądanej reakcji traktuje też art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. poz. 1087), zgodnie z którym jest to niezamierzona reakcja organizmu dawcy lub biorczyni zwią-

S. Manczarski, *Medycyna sądowa w zarysie*, Warszawa 1966, s. 105; S. Raszeja, *Tanatologia ogólna*, (w:) S. Raszeja, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, *Medycyna sądowa*, Warszawa 1990, s. 37; L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Kraków 1920, s. 83.

⁸ Zob. m.in. J. Preuss, R. Dettmeyer, B. Madea, *Spezielle Fallgruppen aus der BMGS-Studie: Exitus in tabula*, s. 135–137; W. Holczabek, *Mors in tabula*, *Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin* 1953, vol. 42, s. 385–389; F. J. Holzer, *Mors in tabula*, *Klin Med* 1965, vol. 20, s. 175–189; K. E. Bove, C. Iery, *The role of autopsy in medical malpractice cases*, *I. Archives of Pathology and Laboratory medicine* 2004, vol. 126, s. 1023–1031; R. Chandrasekaran, R. Lakshmi, *Essentials of Anaesthesia for Undergraduates*, Jaypee Brothers Publishers 2006, s. 245; T. Scherenberg, *Iatrogene Todesfälle bei gerichtlichen Sektionen (Hamburg 1997–2001)*. Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Medizin der Medizinischen Fakultät der Universität Hamburg, Hamburg 2007, s. 25 i nast.; R. B. Dettmeyer, H. F. Schütz, M. A. Verhoff, *Leichenschau*, (w:) R. B. Dettmeyer, H. F. Schütz, M. A. Verhoff, *Rechtmedizin*, Berlin–Heidelberg 2014, s. 31.

zana z pobieraniem lub zastosowaniem u ludzi komórek rozrodczych lub zarodków, powodującą zagrożenie życia albo śmierć, uszkodzenie ciała, niezdolność do samodzielnego życia, niepełnosprawność lub pogorszenie stanu zdrowia dawcy, biorczyni lub dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, lub mogącą powodować potrzebę leczenia w szpitalu albo wydłużenie takiego leczenia lub przeniesienie choroby zakaźnej. O śmierci pacjenta w wyniku naruszenia zasad pobierania krwi, w kontekście odpowiedzialności karnej, traktuje w art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 332). W przedmiocie postępowania personelu medycznego w sprawie zgonów chorych z powodu zakażeń, w tym zakażeń szpitalnych występujących niejednokrotnie po zabiegach operacyjnych, stanowi ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 947 z późn. zm.). *Mors in tabula* może też być – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 876) – ciężkim niepożądanym zdarzeniem (art. 2 pkt 9 u.w.m.), incydentem medycznym (art. 2 pkt 14 u.w.m.) lub poważnym pogorszeniem stanu zdrowia (art. 2 pkt 23 u.w.m.). Wreszcie śmierć pacjenta podczas zabiegu leczniczego może stanowić niespodziewane ciężkie niepożądane działanie produktu leczniczego, o którym mowa w art. 2 pkt 17a ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz. U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271 z późn. zm.)⁹.

Wydaje się, że spośród wymienionych definicji ustawowych zdarzeń związanych ze śmiercią pacjenta terminowi *mors in tabula* najbliższej do definicji zdarzenia medycznego, określonego w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Jest ono bowiem na tyle szerokie, że jako zdarzenie medyczne można zakwalifikować większość nieoczekiwanych zgonów, określanych przez ustawodawcę w przywołanych wcześniej aktach prawnych. Pozostałe definicje ograniczają okoliczności zgonu do właściwych sobie materii ustawowych, a więc transplantacji, krwiolecznictwa, zwalczania zakażeń, używania wyrobów medycznych i produktów leczniczych, a także leczenia bezpłodności. Problemem jest jednak zawężenie zdarzeń medycznych do leczenia szpitalnego, obwarowane wymogiem posiadania statusu pacjenta przez zmarłego. Obowiązująca definicja pacjenta (art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p.) wyłącza przyznanie tego statusu np. dawcy krwi czy narządu, a także uczestnikom badań klinicznych. Ponadto zdarzenie medyczne obejmuje jedynie działania zawinione przez podmioty lecznicze i zatrudniony w nich personel¹⁰. Tym samym zasadnym jawi się twierdzenie, iż opracowa-

⁹ Zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 18–19.

¹⁰ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p., pacjentem w świetle obowiązujących przepisów, jest osoba zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń

nie wspólnej dla całego systemu prawa ochrony zdrowia definicji legalnej zgonu pacjenta odpowiadającemu zakresowi pojęciowemu *mors in tabula* uniemożliwiają chociażby takie kwestie, jak brak definicji ustawowej zabiegu, w tym zabiegu chirurgicznego, a także wąskie ujęcie ustawowe „pacjenta”, ograniczone w zasadzie do korzystania ze świadczeń zdrowotnych, do których z kolei nie zaliczają się np. zabiegi kosmetyczne przeprowadzane w celach estetycznych. Sprawę komplikują również luki prawne co do kwalifikacji prawnej takich zabiegów, jak korekcja płci czy sterylizacja na żądanie. Definicja legalna *mors in tabula* nie powinna wyłączać zabiegów, które w praktyce są wykonywane pomimo braku jakiegokolwiek celu terapeutycznego (np. implantacja piersi) lub wątpliwości w tym zakresie (np. liposukcja), a do tego obarczonych wysokim ryzykiem śmiertelności¹¹.

W piśmiennictwie medycznym zauważa się, że w dosłownym znaczeniu *mors in tabula*, określaną również jako *exitus in tabula* lub *exitus letalis in tabula*, powinno się tłumaczyć jako śmierć na stole, śmierć na bloku operacyjnym lub zgon pacjenta podczas operacji¹². Powszechne w użyciu są też określenia zgon okołozabiegowy i zgon śródoperacyjny¹³. Według źródeł medyczno-sądowych pod niespodziewaną (nagłą) śmiercią na stole operacyjnym należy rozumieć śmierć w czasie zabiegu lekarskiego, którego przebieg może budzić podejrzenie, że śmierć ta jest wynikiem pomyłki lub niedbalstwa lekarza lub innego pracownika medycznego. Jednocześnie prze-

zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Świadczeniem zdrowotnym, w rozumieniu art. 5 pkt 40 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 581 z późn. zm.), jest działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania. Tym samym wątpliwym jest określenie jako pacjenta np. dawcy krwi lub narządu do przeszczepu. W świetle pozytywnego ujęcia „świadczenia zdrowotnego”, tj. realizacji procedury medycznej przynoszącej świadczeniobiorcy określone korzyści, oddanie krwi lub narządu nie tylko nie wpływa korzystnie na zdrowie dawcy, ale stanowi odpowiednio mniejszy lub większy uszczerbek na zdrowiu. Zabiegi te nie mogą być zatem traktowane jako świadczenia zdrowotne, a co za tym idzie, dawcy nie będą pacjentami w ujęciu art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. Oczywiście pobranie krwi czy narządu będzie musiało spełniać przewidziane ustawowo standardy, w tym w zakresie zapewnienia opieki wykwalifikowanego personelu medycznego, niemniej jednak fakt ten nie będzie wpływał na status prawny dawców. Analogicznie wygląda to w przypadku uczestnika badań klinicznych, który poddaje się zabiegowi wszczepienia określonego wyrobu medycznego do implantacji. I w tej sytuacji nie będzie on pacjentem w rozumieniu przepisów prawa ochrony zdrowia. Zgony tych osób w trakcie pobierania krwi, narządu lub implantacji wyrobu medycznego, nie będą kwalifikowane jako zdarzenia medyczne, o którym mowa w art. 67a u.p.p.

¹¹ Zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 20.

¹² Zob. C. Niess, *Die Gesichter der Toten: Meine spannendsten Fälle aus der Rechtsmedizin*, Köln 2014.

¹³ Zob. V. J. Di Maio, D. Di Maio, *Medycyna sądowa*, Wrocław 2003, s. 458–459 i powołana tam literatura.

strzeżę się, że niesłusznym jest ograniczanie terminu *mors in tabula* jedynie do przypadków śmierci w czasie operacji, albowiem do tej kategorii należy również zaliczyć przypadki nieoczekiwanego zgonu w czasie przygotowania do operacji i w okresie pooperacyjnym¹⁴.

Przez wzgląd na wykorzystywane w leczeniu nowoczesne procedury anestezyologiczne pacjent w stanie bezpośredniego zagrożenia życia może być niemalże w każdym czasie przeniesiony z sali operacyjnej do oddziału intensywnej opieki medycznej, a zatem zgon chorego nie musi wcale nastąpić na sali operacyjnej. Tym samym w środowisku lekarskim dostrzega się, że zbyt ograniczone jest definiowanie terminu *mors in tabula* jako przypadku, w którym śmierć pacjenta pozostaje w związku czasowym z zabiegiem i nie wiąże się z chorobą podstawową lub jednym z jej powikłań. Co więcej, przyjęcie takiej koncepcji uniemożliwiałoby stwierdzenie, że w danym przypadku faktycznie doszło do *mors in tabula* bez uprzedniego wykonania sekcji zwłok wskazującej na rzeczywistą przyczynę zgonu, eliminującej lub potwierdzającej pierwotne przypuszczenia lekarzy co do przyczyn i mechanizmu śmierci¹⁵. Innymi słowy, jeżeli z jakiś przyczyn zgon pozostawałby w związku czasowym z wykonywanym zabiegiem, ale lekarz odstąpiłby od przeprowadzenia badań sekcyjnych, przypadek ten nie mógłby być określany jako *mors in tabula*¹⁶.

Równie problematyczne jest podejmowanie prób ustanawiania granic czasowych, w których możliwe byłoby zakwalifikowanie danego przypadku jako *mors in tabula*. Niektóre źródła dopuszczają w tym zakresie przedział czasowy od rozcięcia powłok skórnych podczas zabiegu do 2 lub 3 godzin po przeniesieniu pacjenta do sali wybudzeniowej¹⁷. Inne natomiast zalecają w takiej sytuacji przyjęcie czasu do 24 godzin po przeprowadzonym zabiegu¹⁸. W piśmiennictwie medycznym można też odnaleźć analizy zgonów

¹⁴ Zob. W. F. Czerwakow, G. J. Piekkier, „Mors in tabula” jako problem deontologiczny, s. 5; B. Hołyst, Kryminalistyka, Warszawa 2007, s. 366.

¹⁵ Więcej na ten temat zob. D. Wąsik, Mors in tabula..., s. 22.

¹⁶ Zob. B. M a d e a, Medical malpractice, (w:) B. M a d e a (ed.), Handbook of Forensic Medicine, Oxford 2014; R. Wolff-Maras, M. Klintschar, *Mors in tabula* und früh – postoperativer Tod, Der Chirurg 2012, vol. 83, s. 642–645; J. Preuß, R. Dettmeyer, B. M a d e a, Begutachtung behaupteter letaler und nicht-letaler Behandlungsfehler im Fach Rechtsmedizin (bundesweite Multicenterstudie). Konsequenzen für eine koordinierte Medizinschadensforschung. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS), Institut für Rechtsmedizin der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 2005.

¹⁷ Tak np. L. H u d c o v a, Edukace pacienta v anesteziologické péči, Brno 2008, s. 19. Autorka, przyjmując *mors in tabula* jako zgon pacjenta najdalej w czasie do 2 godzin w okresie pooperacyjnym sama wskazuje jednak, że zdarzają się przypadki, w których pacjenci są skutecznie wybudzani po zabiegu, ale w wyniku wchłaniania (aspiracji) płynu do płuc podczas znieczulenia, zgon następuje po upływie np. tygodnia.

¹⁸ *Ad exemplum* H. Keller-Istvány, B. Hersfeld, Die Gallenblaseneingriffe am Klinikum Bad Hersfeld und deren Gallenblasenkarzinompatienten, Gießen 2012, s. 87; B. M a d e a, Medical malpractice (e-book); B. Brinkmann, B. M a d e a, Handbuch gerichtliche Medizin,

pacjentów, które autorzy (lekarze anestezjology) traktują jako „śmierć na bloku operacyjnym” (*death in the operating room*) pomimo, że zgon nastąpił po 7 dniach od przeprowadzenia operacji¹⁹.

Z terminem „śmierci na stole operacyjnym” ściśle wiążą się pojęcia „operacji” i „zabiegu”. Tymczasem trudno udzielić jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi na pytanie, czym w języku medycznym jest „operacja”. Aktualnie częściej używa się terminu „zabieg”, ten z kolei nie zawsze wymaga wykonywania go w warunkach leczenia szpitalnego (por. np. stomatologia i procedury medyczne właściwe tej specjalności) i nie zawsze odbywa się na bloku operacyjnym. Współcześnie zabieg postrzegany jest jako czynność medyczna służąca diagnozowaniu, profilaktyce, a przede wszystkim leczeniu pacjenta. Czynność taka może być wykonywana zarówno ręcznie, jak i przy pomocy skomplikowanej aparatury medycznej i narzędzi. Zabieg, z racji jego dość szerokiego zakresu pojęciowego (są to np. dezynfekcja otarcia naskórka, prosta iniekcja, ale i założenie implantu słuchowego), wykonują nie tylko lekarze, ale także, w zależności od charakteru zabiegu, inny personel (w szczególności pielęgniarz). Szczególnym rodzajem zabiegu jest operacja, określana też jako „zabieg chirurgiczny”²⁰. Operacje mogą być podejmowane w warunkach ambulatoryjnych lub na zasadach jednodniowej hospitalizacji pacjenta²¹. Warto zauważyć, że w piśmiennictwie niekiedy w ogóle rezygnuje się z definiowania terminu „operacja” na rzecz wyjaśnienia specyfiki określonych technik operacyjnych czy zabiegowych²².

Biorąc pod uwagę dotychczasowe rozważania w przedmiocie problemów z definiowaniem terminu „śmierć na stole operacyjnym” oraz sprzeczne w tym zakresie rozumienie pojęcia w samym środowisku medycznym, zasadnym jest mówienie o *mors in tabula sensu stricte* i *sensu largo*²³.

Mors in tabula sensu stricte to śmierć pacjenta na sali operacyjnej podczas zabiegu chirurgicznego. Przy tej definicji do *mors in tabula* nie będzie zaliczany przypadek zgonu podczas opieki przed- i pooperacyjnej, a nawet

Berlin 2004; R. Wolff-Maras, M. Klintschar, *Mors in tabula* und früh – postoperativer Tod, *Der Chirurg* 2012, vol. 83, s. 642–645; S. Hagl i in., Differenzierte Qualitätssicherung in der Herzchirurgie, *Dt Ärzteblatt* 1997, vol. 94; T. A. Faunce, B. Rudge, Deaths on table: Proposal for an international convention on the investigation and prevention of anaesthetic mortality, *Medical Law* 1998, vol. 17, s. 31–54; J. Preuss, R. Dettmeyer, B. Madea, Spezielle Fallgruppen aus der BMGS-Studie: Exitus in tabula, s. 128.

¹⁹ Zob. M. Minuck, Death in the operating room, *Can. Anaes. Soc. J.* 1967, vol. 14, s. 197–198. W przedmiocie wątpliwości co do możliwości precyzyjnego, czasowego określania *mors in tabula* zob. również J. Šturma, Úvodní část, (w:) H. Skalická (red.), *Předoperační vyšetření: Návod pro praxi*, Praha 2007, s. 11–17.

²⁰ Zob. M. Słojewski, Operacja czy zabieg – dylemat semantyczny, *Przegląd Urologiczny* 2010, nr 4.

²¹ H. Marcovitch (ed.), *Black's Medical Dictionary*, London 2005, s. 516.

²² Por. *Concise Medical Dictionary*, Oxford University Press 2015.

²³ D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 26.

zgon następujący poza blokiem operacyjnym, gdy operacja zostanie przerwana np. w celu przetransportowania pacjenta np. na oddział intensywnej opieki medycznej i wyrównania parametrów życiowych, gdzie pacjent umrze. Zgon musi pozostawać w związku czasowym i korelacyjnym z czynnościami zespołu operacyjnego. *Mors in tabula sensu stricte* determinują czas i miejsce śmierci pacjenta: od chwili przewiezienia go na salę operacyjną i przekazania pacjenta zespołowi operacyjnemu, aż do zakończenia operacji i wyprowadzenia pacjenta z sali operacyjnej do pokoju wybudzeń. Jeżeli w tym okresie nastąpiłby zgon pacjenta mógłby być on traktowany jako śmierć na stole operacyjnym²⁴.

Mors in tabula sensu largo oznacza natomiast zgon pacjenta lub innej osoby pozostającej pod opieką personelu medycznego podczas zabiegu wykonywanego przez lekarza lub innego wykwalifikowanego pracownika medycznego na sali operacyjnej lub w gabinecie zabiegowym placówki ochrony zdrowia, a także w fazie kontrolowanej opieki medycznej przed lub po zabiegu, gdzie zgon wiąże się pośrednio lub bezpośrednio z tym zabiegiem. Wspomnieć trzeba, że *mors in tabula* ujmowane *sensu largo* determinuje rozszerzenie w stosunku do definicji legalnej pojęcia „pacjenta” na osoby, które poddawane są jakimkolwiek interwencjom medycznym, niezależnie od tego, czy działania lekarzy lub innych uprawnionych podmiotów mają charakter leczniczy, badawczy czy są związane z zabiegiem kosmetycznym. Tym samym „śmiercią na stole operacyjnym” będą m.in. zgon pacjentki poddawanej zabiegowi implantacji piersi lub liposukcji, śmierć dawcy krwi lub organu podczas ich pobierania, a także zgon uczestnika badania klinicznego wyrobu medycznego podczas implantacji badanego wyrobu, np. wszczepiania sztucznego rozrusznika serca lub kardiowertera-defibrylatora serca²⁵. Na

²⁴ *Ibidem*, s. 26.

²⁵ Za rozszerzeniem poza granice ustawowe pojęcia „pacjenta” opowiada się wielu przedstawicieli środowiska prawniczego. Ma to miejsce na ogół przy okazji określania znamion przestępstwa z art. 192 k.k. L. Kubicki dostrzega, że termin „pacjent” nie powinien być ograniczany wyłącznie do osoby leczonej, a więc tylko chorej. Przedmiotem czynności medycznej może być również osoba zdrowa poddawana np. zabiegom profilaktycznym, badaniom profilaktycznym lub kontrolnym, dawca komórki, tkanki lub organu, czy też ten kto poddaje się eksperymentowi czysto badawczemu. Dlatego też, zdaniem L. Kubickiego przez ustawowe określenie „pacjent” należy rozumieć każdego, wobec kogo dokonywana jest jakakolwiek „interwencja medyczna”, czy też każda osoba badana, bądź której udzielane jest „inne świadczenie zdrowotne”. Zob. L. Kubicki, Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.), PiM 2000, nr 8; A. Liszewska określa mianem „pacjenta” dawcę organu do przeszczepu. Zob. A. Liszewska, Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów, PiM 1999, nr 3. Przedstawiając zagadnienie zabiegów kosmetycznych, w odniesieniu do osób poddających się tym zabiegom, R. Kubiak używa określeń „pacjent/zainteresowany”, uzależniając, jak się wydaje, przyznanie statusu „pacjenta” od charakteru zabiegu kosmetycznego. Jednocześnie autor podkreśla, że problematyka zabiegów kosmetycznych jest wielowątkowa, gdyż obejmuje szereg różnych interwencji, mających zarówno walor leczniczy, jak i nieterapeutyczny. W grupie tej mieszczą się bowiem czynności

mors in tabula sensu largo składają się zatem cztery zasadnicze przesłanki: 1) możliwość przypisania podmiotowi leczniczemu odpowiedzialności za opiekę nad pacjentem lub inną osobą; 2) zakwalifikowanie pacjenta lub innej osoby pozostającej pod opieką medyczną do operacji lub innego typu zabiegu; 3) zgon pacjenta lub innej osoby pozostającej pod opieką medyczną; 4) związek zgonu z planowanym lub wykonanym zabiegiem²⁶.

Brak któregokolwiek z powyższych elementów wyklucza kwalifikację zgonu jako *mors in tabula*.

III. Śmierć na stole operacyjnym jako skutek błędu w sztuce lekarskiej w świetle wyników badań empirycznych

W ramach badań empirycznych prowadzonych nad prawnokarnymi aspektami śmierci na stole operacyjnym zebrano i szczegółowo przeanalizowano 70 spraw karnych o przestępstwa kwalifikowane z art. 155 k.k., art. 160 k.k. i art. 165 k.k., które obejmowały przypadki *mors in tabula sensu largo* w formie przyjętej w niniejszej publikacji. Wspomniane sprawy dotyczyły łącznie 74 zgonów (w sprawach dotyczących błędu położniczego dwukrotnie doszło do śmierci ciężarnej i dziecka, w jednej sprawie doszło do śmierci ciężarnej i martwego urodzenia 2 dzieci). Postępowania karne objęte badaniami prowadzone były na przestrzeni lat 2000–2015. Spośród 70 przeanalizowanych spraw karnych 53 dotyczyły podejrzenia popełnienia błędu medycznego, 8 wiązało się z podejrzeniem dopuszczenia się przez członków kierownictwa podmiotu leczniczego lub jego oddziału błędu organizacyjnego, natomiast w 9 błędy medyczne i organizacyjne zbiegały się. W 73 przypadkach zgon pacjentów nastąpił w szpitalu, w 1 natomiast miało to miejsce po zabiegu, w zakładzie opieki paliatywnej. Spośród 70 spraw karnych objętych analizą 11 zostało prawomocnie umorzonych na etapie postępowania przygotowawczego bez postawienia komukolwiek zarzutów (faza *in rem*), natomiast w 50 prawomocnie rozstrzygniętych sprawach prokuratura uznała, iż były podstawy do wniesienia aktu oskarżenia przeciwko 58 osobom. W tej grupie znajdowało się 51 lekarzy, 2 pielęgniarki, 2 położne, 2 kierowników szpitala niewykonujących zawodu medycznego oraz 1 osoba działająca w imieniu dystrybutora wyrobu medycznego. W analizowanych sprawach w 44 sprawach ustalono, że oskarżeni popełnili zarzucane im przestępstwa

małoinwazyjne, jak i poważne operacje. Zob. R. Kubiak, Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki, Kraków 2012, s. 419–432. Z drugiej jednak strony R. Rejmank przyjmuje, że ujęta w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta definicja „pacjenta” odnosi się bezwzględnie do całego systemu ochrony zdrowia. Zob. R. Rejmank, Problemy interpretacyjne wybranych pojęć zawartych w art. 192 k.k., Cz.PKiNP 2012, nr 4, s. 65–80.

²⁶ Więcej na ten temat zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 26–27.

i dopuścili się błędu medycznego lub błędu organizacyjnego. W tej grupie 30 oskarżonych zostało prawomocnie skazanych, natomiast wobec 16 warunkowo umorzono postępowanie. W sprawie, w której sąd umorzył postępowanie karne również przypisywano oskarżonemu popełnienie błędu medycznego, ale na przeszkodzie do skazania sprawcy stało przedawnienie karalności czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.). W chwili ukończenia badań aktowych (1 stycznia 2016 r.) 9 spraw toczyło się nadal na różnym poziomie zaawansowania procesu: 5 w fazie dochodzenia, 2 na etapie postępowania przed sądem I instancji, natomiast w 2 wydano nieprawomocne wówczas wyroki skazujące. W przypadku niezakończonych dochodzeń i procesów sądowych nie można było określić czasu ich zakończenia, głównie z uwagi na oczekiwanie na kolejne opinie sądowo-lekarskie²⁷.

Jak wcześniej zauważano, w piśmiennictwie prawnokarnym i prawnomedycznym brak jest jednolitej definicji i klasyfikacji „błędu w sztuce medycznej”. Charakterystycznym dla tego pojęcia jest tworzenie różnych konstrukcji i typów zaniedbań personelu lekarskiego, określonych jako zawinione i błędne, skutkujące w sferze prawnej odpowiedzialnością karną lub cywilną członków personelu medycznego, względnie – na gruncie cywilistycznym – solidarną odpowiedzialnością podmiotów leczniczych.

Na ogół „błąd w sztuce lekarskiej” łączy się z niezastosowaniem się przez lekarza do przyjętych zasad wiedzy i sztuki lekarskiej. W doktrynie używa się też innego nazewnictwa: „błąd w sztuce medycznej”, „błąd lekarski” lub „błąd wiedzy medycznej”²⁸. Wśród wielu propozycji definiowania „błędu w sztuce medycznej”, najczęściej postrzega się go jako naruszenie przez lekarza, świadomie podejmującego czynność medyczną, obowiązujących w konkretnym wypadku, wypracowanych na gruncie nauki i praktyki reguł postępowania zawodowego wobec życia i zdrowia człowieka, które na gruncie prawa stanowi podstawę dla stwierdzenia naruszenia obowiązku ostrożności²⁹. Reguły postępowania przy zabiegach leczniczych mają charakter norm technicznych i są kategorią obiektywną, co oznacza, że ich naruszenie również ma obiektywny charakter. Reguły te należy jednak odnosić do konkretnego przypadku w tym sensie, że wyznaczają one sposób postępowania sumiennego, należycie wykształconego lekarza w konkretnej sytuacji, w jakiej lekarz ten mógł się znaleźć³⁰.

²⁷ Szczegółowa prezentacja materiału badawczego zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 96–102.

²⁸ M. Wolińska, Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, *Prok. i Pr.* 2013, nr 5, s. 20–21.

²⁹ A. Liszewska, Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, Kraków 1998, s. 28 i nast.

³⁰ A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu, Warszawa 1988, s. 15, 54–55.

W doktrynie zauważa się też, że w przypadku typów określonych w art. 148, 155, 156 i 157 k.k., które mogą stanowić podstawę odpowiedzialności lekarza za zaniechanie udzielenia pomocy medycznej, znamienne skutkiem na życiu lub zdrowiu, źródłem obowiązku działania są wskazane przepisy, zaś doprecyzowanie treści i zakresu tego obowiązku następuje przy uwzględnieniu aktualnie obowiązujących ocen społecznych, reguł postępowania w danej dziedzinie życia oraz części regulacji szczególnych, określających zasady wykonywania określonych zawodów. Tym samym w przypadku lekarza elementami doprecyzowującymi obowiązek działania leczniczego są, co do zasady, regulacje związane z podstawami świadczenia usług medycznych wobec konkretnej osoby oraz reguły postępowania, wynikające z aktualnego stanu wiedzy medycznej³¹. Do prawidłowej kwalifikacji karnej czynu lekarza jako gwaranta, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, jakie konkretne skutki zdrowotne powstały u pokrzywdzonego pacjenta w związku z takim zaniechaniem. Po tych ustaleniach, ze względu na wymogi zawinienia, niezbędne będzie dodatkowo wyjaśnienie: 1) że lekarz miał świadomość, iż pełni on wobec danego pacjenta funkcję gwaranta, 2) że zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego było wynikiem niezachowania ostrożności wymaganej w postępowaniu lekarskim w danej sytuacji (tj. iż zasady takiej ostrożności nazywały podjęcie stosownych działań w postaci udzielenia określonych świadczeń zdrowotnych), 3) że lekarz przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć, iż w wyniku zaniechania udzielenia przezeń określonego świadczenia zdrowotnego nastąpić mogą określone w danym przepisie skutki zdrowotne³².

³¹ P. Kardas, Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi, PS 2005, nr 10, s. 55 i nast.

³² M. Filar, Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy), PiM 1999, nr 3, s. 33 i nast. W przedmiocie błędu w sztuce lekarskiej zobacz również M. Banasiewicz, R. Kokot, Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej, (w:) L. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. 24, Wrocław 2009, s. 101–119; J. Bukowski, J. Kocur, Odpowiedzialność lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, WPP 1995, nr 2, s. 29–31; M. Filar, Lekarskie prawo karne, Kraków 2000; E. Jęczmionka-Kopińska, Błąd w sztuce i niepowodzenie medyczne w polskim systemie prawnym. Prawnoetyczne uwarunkowania zabiegów medycznych, Poznań 2013; L. Kubicki, Błąd w sztuce w toku interdyscyplinarnego postępowania leczniczego, PiM 2001, nr 9, s. 33–37; A. Warakomska, Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, (w:) I. Zgoliński (red.), Oblicza Temidy. Medycyna przez pryzmat prawa, Bydgoszcz 2012, s. 91–100; R. Augustyn, Zarys metodyki obrony lekarza w postępowaniu karnym w sprawach o błąd medyczny, Poznań 2010; E. Baran, K. Jaegermann, Z. Marek, Błąd medyczny i odpowiedzialność prawna, Przegląd Lekarski 1984, nr 12, s. 709–713; Z. Marek, Błąd medyczny, Kraków 1999; tenże, Błąd medyczny. Odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza, Kraków 2007; T. Ślipko, Błąd medyczny w świetle etyki, Arch. Med. Sąd. Krym. 1990, nr 1, s. 1–7; B. Świątek, Błąd medyczny w praktyce medyka sądowego, (w:) R. Jaworski, M. Szostak, Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kegla; Wrocław 2005,

Błędy w sztuce lekarskiej, których konsekwencją jest *mors in tabula* w odniesieniu do odpowiedzialności karnej sprawców, kwalifikowane są na ogół jako występki z art. 155 k.k. oraz art. 160 k.k., chociaż – teoretycznie – tego typu czyny mogłyby być traktowane np. jako przestępstwo z art. 156 § 3 k.k. Krytycznie należy podejść do kwalifikowania zachowań lekarzy zakończonych śródoperacyjną śmiercią pacjenta jako przestępstwa nieudzielenia pomocy z art. 162 § 2 k.k. W tym względzie należy podzielić pogląd prezentowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego, iż odpowiedzialność karą z art. 162 § 1 k.k. może ponieść lekarz jedynie wtedy, gdy nie ciąży na nim obowiązek troszczenia się o osobę zagrożoną. Jeżeli zaś lekarz w konkretnym przypadku był tzw. gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej na swym zdrowiu lub życiu, to odpowiedzialność karą należy rozważać na płaszczyźnie art. 160 § 2 k.k. lub art. 160 § 3 k.k.³³ W przypadkach, których konsekwencją jest *mors in tabula*, z racji okoliczności, w jakich następuje zgon chorego (śmierć w trakcie zabiegu lub w okresie opieki przed- lub pooperacyjnej), lekarz zawsze będzie gwarantem bezpieczeństwa pacjenta.

Błędy w sztuce medycznej skutkujące *mors in tabula* wpisują się w klasyczny podział na błędy diagnostyczne, błędy terapeutyczne oraz błędy techniczne. Śmierć pacjenta zakwalifikowanego do zabiegu lub takiemu zabiegowi poddanego może nastąpić w wyniku niewłaściwej diagnozy i nieprawidłowego rozpoznania jednostki chorobowej, w efekcie wyboru błędnej metody leczenia, pomyłek i uchybień operatora w trakcie zabiegu, czy też na skutek niewłaściwej opieki pooperacyjnej. *Mors in tabula* nie ograniczają specjalizacje lekarskie czy rodzaje zabiegu. To co jednak wyróżnia zawinioną „śmierć na stole operacyjnym” wśród innych błędów medycznych jest właśnie najgorszy i najtragiczniejszy skutek nieprawidłowo przeprowadzonej procedury medycznej – zgon pacjenta³⁴.

Badania aktowe spraw karnych obejmujących zdarzenie *mors in tabula sensu largo*, w wyniku których prawomocnie stwierdzono popełnienie błędu w sztuce lekarskiej, wskazywały, że omawiane zjawisko dotyczyło schorzeń i zabiegów różnego typu i różnych specjalizacji medycznych (od zabiegów

s. 517–526; M. Boratyńska, Odpowiedzialność karna lekarza, (w:) L. Kubicki (red.), Prawo medyczne, Wrocław 2003, s. 161–165; Z. Gądzik, Prawo pacjenta do samostanowienia a odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia, (w:) R. Tabaszewski (red.), Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność, Lublin 2013, s. 137–149; R. Kędziora, Odpowiedzialność karna lekarza za przestępne nieudzielenie pomocy, Stud. Iur. Lublin 2006, t. 8, s. 83–102; J. Kułesza, Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechania pomocy, PiM 2008, nr 1, s. 14–25; W. Witczak, Odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w stanach zagrożenia życia, (w:) A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza, Lublin 2002, s. 81–85.

³³ Zob. wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2000 r., sygn. V KKN 318/99, LEX nr 50985.

³⁴ D. Wąsik, *Mors in tabula*..., s. 109.

stomatologicznych po zabiegi kosmetyczne). Przeprowadzona analiza akt spraw karnych pozwala na opracowanie najważniejszych problemów związanych ze zgonami pacjentów, za które winę ponosił personel medyczny. Problemy te obejmują zasadnicze przyczyny spowodowania *mors in tabula sensu largo*. W tym miejscu wskazać należy na następujące zagadnienia³⁵:

- 1) *mors in tabula* jako konsekwencja zabiegu krytycznego w ciągu reoperacji pacjenta,
- 2) *mors in tabula* jako skutek tzw. błędu położniczego,
- 3) śmierć śródoperacyjna w wyniku nieuzasadnionej kwalifikacji pacjenta do zabiegu lub przedwcześnie zakończonego leczenia szpitalnego (opieki pooperacyjnej),
- 4) zgon pacjenta jako konsekwencja błędu diagnostycznego na etapie opieki przedoperacyjnej,
- 5) *mors in tabula* jako następstwo błędu technicznego,
- 6) śródoperacyjna śmierć pacjenta jako skutek zbiegu błędów w sztuce lekarskiej i błędów organizacyjnych.

Ad 1. Śmierć na stole operacyjnym jako skutek zabiegu krytycznego w warunkach wymuszonej powtarzalności operacji. Poruszając tematykę *mors in tabula sensu largo* w pierwszej kolejności wskazać należy na złożone zagadnienie reoperacji. Niejednokrotnie śmierć pacjenta, nawet ta którą można określić jako „klasyczny” zgon na stole operacyjnym w trakcie zabiegu chirurgicznego, nie musi mieć jakiegokolwiek związku z operacją, podczas której pokrzywdzony zmarł. W tych sytuacjach odpowiedzialność karną ponosić będą członkowie personelu medycznego, którzy wcześniej leczyli pacjenta. Okoliczność ta może zaistnieć w przypadku ponawiania interwencji chirurgicznych, gdy kolejne zabiegi są determinowane błędem popełnionym przy okazji przeprowadzania którejs z wcześniejszych operacji. Na leczenie pacjenta, w szczególnych wypadkach, składają się liczne zabiegi, podejmowane niekiedy w niewielkich odstępach czasowych. Mają one na celu wyeliminowanie lub chociaż zmniejszenie zagrożenia zdrowia lub życia pacjenta, spowodowane uprzednio popełnionym uchybieniem. Przy rozstrzyganiu kwestii odpowiedzialności karnej członków personelu medycznego w sytuacji zgonu pokrzywdzonego i poprzedzającej go sekwencji zabiegów chirurgicznych, niejednokrotnie różnego rodzaju, w których udział bierze liczna grupa lekarzy wielu specjalności, priorytetowym zagadnieniem jest ustalenie procedury medycznej, która wygenerowała konieczność dalszego, inwazyjnego leczenia chorego. Procedurę tę można umownie określić jako zabieg krytyczny. Będzie to w szczególności operacja przeprowadzona w sposób nieumiejętny, szkodliwy dla pacjenta, która zaostrzyła przebieg choroby lub spowodowała nową, samoistną dolegliwość, pociągającą ze sobą potrzebę

³⁵ *Ibidem*, s. 109–110.

jego leczenia w określony sposób, w ściśle określonym czasie, tudzież zawężyła dotychczasowe możliwości terapeutyczne i diagnostyczne. Ustalenie zabiegu krytycznego pozwala na wskazanie ewentualnego sprawcy przestępstwa i pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej. Warto też podkreślić, że w praktyce zabiegiem krytycznym może być tzw. zabieg chirurgiczny oczywiście zbędny, podejmowany pomimo braku jakichkolwiek wskazań medycznych, zbyteczny z punktu widzenia ogólnego stanu zdrowia pacjenta, np. usunięcie zdrowego narządu wewnętrznego³⁶.

Ad 2. Wystąpienie *mors in tabula* w wyniku tzw. błędu położniczego. W doktrynie prawa karnego i w orzecznictwie sądowym zauważa się, że życie ludzkie podlega ochronie prawnej zarówno w fazie prenatalnej, jak i postnatalnej. Lekarz oraz inne osoby wykonujące zawody medyczne mają obowiązek ratowania życia, w tym odwrócenia lub zmniejszenia niebezpieczeństwa naruszenia tego dobra prawnego. Od obowiązku tego można odstąpić dopiero wówczas, gdy stan pacjenta nie rokuje szansy na poprawę, zaś kontynuowanie czynności, mających co do zasady charakter leczniczy, w tym przypadku celu tego spełnić już nie mogą, a przedłużają jedynie agonię pacjenta lub też naruszają jego godność³⁷. Pełna prawno-karna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu od: a) rozpoczęcia porodu (naturalnego), b) w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od podjęcia pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu, c) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności³⁸.

W piśmiennictwie medyczno-sądowym od wielu lat zwraca się uwagę na specyfikę błędów położniczych. L. Wachholz podkreślał m.in., że „spośród wszystkich błędów lekarskich (...) wysuwają się na miejsce naczelnego błędy położnicze i to tak przez swą częstość, jak również przez swoją doniosłość”. Nestor polskiej medycyny sądowej zauważał też, że „błędy położnicze lekarza polegają albo na mylnym rozpoznaniu stanu rodzącej, w szczególności

³⁶ Jako przykład postępowania, w którym śmierć pacjenta na stole operacyjnym wiązała się z reoperacjami wykonywanymi na skutek błędnego usunięcia zdrowego narządu, wskazać należy sprawę rozpatrywaną przez Sąd Okręgowy w N. (sygn. II K 338/09). Szczegółowo na ten temat zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 110–114.

³⁷ O. Kucaj, Prawno-karne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi, *Prok. i Pr.* 2015, nr 7–8, s. 111–126.

³⁸ Zob. orzecznictwo SN w tym względzie, zwłaszcza postanowienie z dnia 30 października 2008 r., sygn. I KZP 13/08, LEX nr 453603; wyrok z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 34/10, LEX nr 612469; uchwała z dnia 26 października 2006 r., sygn. I KZP 18/06, LEX nr 196378; postanowienie z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. V KK 150/09, LEX nr 553756, a także D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 114–133.

warunków jej porodu, albo na błędnym, już to zbyt biernym, już też zbyt czynnym postępowaniu, albo wreszcie na nieodpowiedniej pomocy w okresie po urodzeniu się dziecka”. Zdaniem L. Wachholza niemożliwym jest wymienienie wszystkich możliwych błędów lekarskich wpisujących się w obręb błędu położniczego³⁹. Warto przywołać w tym miejscu również stanowisko innego wybitnego polskiego medyka sądowego, W. Grzywo-Dąbrowskiego, iż w praktyce położniczej spotyka się wiele oskarżeń lekarzy o popełnienie w wykonywaniu zabiegu lub o zaniechanie dokonania niezbędnych czynności ze szkodą dla zdrowia i życia kobiety, przypuszczalnie oskarżeń tych jest więcej niż w przypadku chirurgii⁴⁰. Wśród najczęstszych zarzutów wymienia on doprowadzenie do pęknięcia macicy, śmiertelne wykrwawienie się położnicy z powodu łożyska przodującego, nieskontrolowanie albo niedostatecznie dokładne skontrolowanie łożyska po porodzie, wszelkiego rodzaju zakażenia miejscowe, większe (zwłaszcza III stopnia) pęknięcia krocza, pęknięcie szyjki macicy, zbyt długie zwlekanie bez interwencji przy przedłużającym się porodzie, zbyt późne udanie się do rodzącej lub zbyt wczesne jej opuszczenie, śmierć dziecka w wyniku niedotlenienia spowodowanego przedłużającym się porodem czy wskutek ucisku na pępowinę, nieudzielenie pomocy dziecku rodzącemu się w stanie zamartwicy⁴¹. Zauważyć trzeba, że pomimo upływu dziesiątków lat od opublikowania ww. katalogu zaniedbań zasadniczo do dnia dzisiejszego nie straciły one na aktualności, czego dowodzą liczne postępowania karne i odszkodowawcze procesy cywilne za błędy położnicze⁴².

Mors in tabula w przypadku błędu położniczego może dotyczyć śmierci ciężarnej w trakcie porodu lub bezpośrednio po nim, martwego urodzenia lub śmierci noworodka na skutek błędów i zaniedbań personelu medycznego popełnionych w trakcie porodu. Najczęstszymi przyczynami śmierci wśród kobiet w ciąży są natomiast krwawienia, zatorowość, nadciśnienie tętnicze związane z ciążą oraz zakażenia. Sam poród związany jest wystąpieniem obrażeń zarówno u matki, jak i u dziecka, przy czym w zależności od przebiegu porodu zakres obrażeń, które ponosi dziecko, może się wahać od niewielkich do śmiertelnych w skutkach. Jednym z ryzyk patologii ciąży jest natomiast martwe urodzenie dziecka⁴³. Wśród nieprawidłowości stwierdzanych w postępowaniu lekarzy i położnych wskazać trzeba w szczególności na nieodpowiednią diagnostykę, tj. zaniechanie wykonania wymaganych ba-

³⁹ L. Wachholz, *Medycyna sądowa...*, s. 508–509. Zob. również C. Chowaniec, M. Chowaniec, C. Jabłoński, A. Nowak, *Sądowo-lekarska ocena wybranych przypadków komplikacji okołoporodowych zakończonych zgonem położnic. Błąd medyczny czy niepowodzenie leczenia?*, *Arch. Med. Sąd. Krym.* 2005, nr 2, s. 115–119.

⁴⁰ W. Grzywo-Dąbrowski, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 27.

⁴¹ *Ibidem*, s. 27–28.

⁴² Szczegółowo na ten temat w publikacji: D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 114–133.

⁴³ V. J. Di Maio, D. Di Maio, *Medycyna sądowa*, s. 447, 452–453.

dań przed lub w trakcie porodu (w szczególności KTG płodu), niezbadanie lub niestaranne badanie stanu pacjentki po porodzie, brak decyzyjności co do rozwiązania ciąży w drodze cesarskiego cięcia prowadzące do przedłużenia akcji porodowej i niedotlenienia płodu, zaniechanie hospitalizacji pacjentki w przypadku stwierdzenia patologii ciąży, przedwczesne zakończenie leczenia szpitalnego, a także stosowanie technik uznanych za niedopuszczalne w świetle współczesnej wiedzy medycznej (np. rękoczyn Kristellera)⁴⁴. Okoliczności te w analizowanych sprawach karnych powodowały śmierć płodów (martwe urodzenie), zgon noworodków, a także śmierć ciężarnej⁴⁵.

Ad 3. *Mors in tabula* jako konsekwencja błędnej kwalifikacji pacjenta do zabiegu i przedwczesnego zakończenia hospitalizacji. Błędna kwalifikacja pacjenta do zabiegu, decydująca o przypisaniu sprawcy odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa wynikać może z przeprowadzenia zabiegu w nieodpowiednim czasie, tj. gdy leczenie jest spóźnione lub wybrana metoda leczenia jest nieadekwatna do stadium choroby. Przykładem może tu być chociażby odroczenie przeprowadzenia zabiegu w czasie, w którym to okresie oczekiwania na operację choroba rozwinię się do takiego stadium, w którym nawet prawidłowe pod względem technicznym wykonanie zabiegu skazane będzie na niepowodzenie⁴⁶. Przedwczesne zakończenie hospitali-

⁴⁴ Tak np. w sprawie rozstrzyganej przez Sąd Rejonowy w P. (sygn. III K 647/12), w której lekarza odbierającego poród i położną skazano za popełnienie przestępstw z art. 160 § 3 w zw. z § 2 k.k., polegających na zastosowaniu niedopuszczalnego rękoczynu Kristellera (manewr położniczy, stosowany w czasie rodzenia się główki i barków, polegający na ucisku na dno macicy, prowadzący wedle aktualnej wiedzy medycznej do licznych powikłań, takich jak przedwczesne oddzielenie łożyska, uszkodzenie krocza położnicy lub urazu mechanicznego dziecka) w wyniku którego pacjentka zmarła na skutek wstrząsu krwotocznego po pęknięciu macicy, natomiast do zgonu dziecka doszło 70 godzin później na skutek niedotlenienia. Więcej na ten temat: D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 114–133.

⁴⁵ Jako przykład pochopnych decyzji lekarza o przedwczesnym zakończeniu hospitalizacji i niepodjęcia we właściwym czasie decyzji o cesarskim cięciu powołać należy sprawę rozstrzygniętą wyrokami odpowiednio Sądu Rejonowego w W. (sygn. VII K 1205/13) oraz Sądu Okręgowego w P. (sygn. IV Ka 944/14). Błąd położniczy był przyczyną śmierci dziecka również w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Rejonowego w J. (sygn. II K 1477/13). Zdarza się, że oskarżeni w toku procesu próbują wykazać przyczynienie się pacjenta do powstania szkody, zaś w sprawach dotyczących błędów położniczych taka argumentacja wymierzona jest w ciężarną i jej rzekome przyczynienie się do śmierci dziecka. Tak chociażby w sprawie rozpatrywanej kolejno przez Sąd Rejonowy w T. (sygn. VI K 784/12) oraz Sąd Okręgowy w G. (sygn. VI Ka 884/14). Więcej na ten temat: D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 114–133.

⁴⁶ W przedmiocie odmowy udzielenia pomocy pacjentowi w odpowiednim czasie w literaturze zauważa się m.in., że odmawiający przyjęcia do szpitala lekarz odpowiada za umyślne spowodowanie skutku w postaci uszczerbku na zdrowiu bądź narażenia go na niebezpieczeństwo, zaś osoba polecająca mu taki sposób postępowania odpowie za spowodowanie tego skutku poprzez sprawstwo poleceniowe. Tak samo będzie w przypadku śmierci pacjenta. Zob. T. Dukiet-Nagórska, Ocena prawno-karna niektórych decyzji lekarskich powodo-

zacji może być natomiast spowodowane zbagatelizowaniem dolegliwości zgłaszanych przez pokrzywdzonego po zabiegu, niesprawdzeniem stanu ogólnego pacjenta i założeniem *a priori* o niewielkim ryzyku wystąpienia powikłań pooperacyjnych w danym przypadku⁴⁷.

Ad 4. Śmierć pacjenta w wyniku poprzedzającego operację błędu diagnostycznego (błąd opieki przedoperacyjnej). W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że błąd diagnostyczny polega na wyciągnięciu z objawów chorobowych wniosków innych niż te, które podyktowane są wiedzą medyczną. Do błędów tego rodzaju zalicza się również nierozpoznanie w ogóle pewnych objawów, a także wadliwe przeprowadzenie samych badań służących postawieniu diagnozy bądź w ogóle pominięcie takich badań. Błąd diagnostyczny, będący często wynikiem błędu organizacyjnego, niejednokrotnie pociąga ze sobą błędy terapeutyczne. Częstą przyczyną błędu diagnostycznego jest przeoczenie przez lekarza objawów choroby i niewykorzystanie stojących do jego dyspozycji środków służących do ustalenia tych objawów, np. wtedy, gdy lekarz niedokładnie zbadał pacjenta, nie zebrał wszystkich danych o pacjencie i nie uwzględnił w diagnozie zebranego już wywiadu⁴⁸. Podkreślić trzeba, że nie można nazwać błędem diagnostycznym każdej wadliwie postawionej przez lekarza diagnozy. Przede wszystkim pomyłka lekarza nie stanowi błędu w sztuce, jeżeli dopełnił on wszystkich ciążących na nim obowiązków i jego postępowanie może zostać ocenione jako zgodne z regułami wyznaczonymi przez aktualny stan wiedzy i faktyczne możliwości działania. *Mors in tabula* może być zatem konsekwencją niedostatecznego rozeznania co do rzeczywistych, aktualnych dolegliwości zdrowotnych pacjenta i ich przyczyn. Te następnie ujawniają się bądź to bezpośrednio przed

wanych względami pozamedycznymi, PiM 2011, nr 1, s. 25 i nast., *idem*, Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, PiM 2000, nr 6–7, s. 12 i nast.

⁴⁷ D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 133–136.

⁴⁸ Zob. A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza..., s. 63–64, D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 136–158. Wśród analizowanych spraw należy w tym miejscu zwrócić uwagę na dochodzenie prowadzone przez Prokuraturę Rejonową w Ł. (sygn. 2 Ds 1036/12), w której pacjent zmarł w trakcie zabiegu operacyjnego tętniaka aorty brzusznej. Przed operacją u pacjenta nie przeprowadzono badań tomografii komputerowej ani badań USG, porzeczano natomiast na badaniu *per rectum*, morfologii oraz wykonaniu badania RTG. Wstępnie u pacjenta rozpoznano zapalenie otrzewnej, jednakże wobec nieskuteczności leków przeciwbólowych i rozkurczowych podjęto decyzję o leczeniu operacyjnym. Laparotomia zwiadowcza wykazała, że faktyczną przyczyną dolegliwości pacjenta był sączący się tętniak aorty brzusznej. W chwili operacji szpital nie posiadał właściwego zaplecza organizacyjnego, m.in. na miejscu nie było lekarza radiologa, zaś tomograf – wedle tłumaczeń kierownictwa szpitala – był uszkodzony i wyłączony z użycia. Podjęto decyzję o przerwaniu operacji i przewiezieniu pacjenta do innego szpitala, gdzie po wznowieniu operacji nastąpił zgon pacjenta.

zabiegiem, w jego trakcie lub tuż po zakończeniu operacji. Błąd diagnostyczny może też polegać na niestwierdzeniu, pomimo takiej obiektywnej możliwości, chorób współistniejących i poddanie pacjenta operacji, która w danych warunkach stanowi nadmierne obciążenie organizmu i podnosi ryzyko zaostrzenia przebiegu choroby lub śmierci śródoperacyjnej, np. na skutek niewydolności wielonarządowej. Często zdarza się, że błąd diagnostyczny generujący błędy terapeutyczne zakończone śmiercią na stole operacyjnym popełniany jest w sytuacjach szczególnych, gdy czynności podejmowane są przez lekarza pod presją czasu, pacjent jest poszkodowanym w wypadku drogowym lub cierpi na chorobę o charakterze nagłym (np. zawał mięśnia sercowego, udar mózgu, wylew krwi do mózgu). Nieuzasadnione ograniczenie badań diagnostycznych i rezygnacja z przeprowadzenia badań specjalistycznych może w następstwie prowadzić do śmierci pacjenta i odpowiedzialności karnej lekarza⁴⁹.

Ad 5. Śródoperacyjna śmierć pacjenta w wyniku błędu technicznego. W piśmiennictwie jako błąd techniczny wskazuje się niewłaściwe wykonanie zabiegu lub badania diagnostycznego, jak również niewykonanie pewnych niezbędnych czynności przygotowawczych do zabiegu⁵⁰. Na ogół błąd techniczny operatora jest wynikiem błędu diagnostycznego, a dzieje się tak wtedy, gdy na skutek niewłaściwej diagnozy następuje zbyt ograniczona resekcja narządu, tudzież w rezultacie chybionego rozpoznania operacja nie jest prowadzona w tym kierunku, w którym powinna. Niemniej jednak zdarza się też tak, że błąd techniczny operatora uniemożliwia postawienie właściwego rozpoznania, a ma to miejsce w przypadku operacji zwiadowczych⁵¹.

Ad 6. Zbieg błędów w sztuce lekarskiej i błędów organizacyjnych jako przyczyna *mors in tabula*. Tego typu zaniedbania następują na zasadzie „reakcji łańcuchowej”. Nieumiejętne wdrożenie procedur diagnostycznych i popełnienie przez lekarza błędów w tym zakresie, wynikające z braku wymaganego doświadczenia lub umiejętności – co z kolei może stanowić przejaw błędu organizacyjnego, stwarza ryzyko późniejszego niepowodzenia

⁴⁹ Zob. D. Deboła, Błędy medyczne z zakresu chirurgii w materiale Zakładu Medycyny Sądowej PAM i Okręgowej Izby Lekarskiej w Szczecinie, Arch. Med. Sąd. Krym. 2007, nr 2, s. 208.

⁵⁰ Zob. A. Zolli, Odpowiedzialność karna lekarza..., s. 72; M. Gajda, J. Korenkiewicz, Dwa przypadki przebiecia przetyku u noworodka, Annales Academiae Medicae Bydgostensis 1986, t. II, s. 139–144.

⁵¹ Przykładem zawinionego błędu technicznego, który pociągnął ze sobą błąd diagnostyczny jest sprawa, która była dwukrotnie przekazywana do ponownego rozpatrzenia przez sąd I instancji, na skutek czego trzykrotnie rozpatrywały ją Sąd Rejonowy w Ł. (sygn.: II K 34/07, II K 354/07 i II K 44/08) oraz Sąd Okręgowy w Ł. (sygn. II Ka 164/07, II Ka 246/07 i II Ka 197/09). Więcej na ten temat: D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 159–170.

w leczeniu pacjenta i niweczy efekty ewentualnego zabiegu. Błąd diagnostyczny, po którym następuje błąd terapeutyczny sprawia, że niejednokrotnie skierowanie pacjenta do prawidłowego leczenia jest już niemożliwe. Błędy na etapie opieki przedoperacyjnej, kiedy wiadomo, że zabieg będzie potrzebny, powodują nieodwracalne skutki w procesie leczenia, ze śmiercią pacjenta łącznie⁵².

IV. Podsumowanie

Problematyka *mors in tabula* niewątpliwie jest złożona. Ryzyko zgonu pacjenta jest bowiem wpisane w działalność leczniczą. Śródoperacyjny zgon pacjenta może być bowiem – z jednej strony – skutkiem niepowodzenia w leczeniu (zwłaszcza wtedy, kiedy lekarze mają do czynienia z nietypową jednostką chorobą a zabieg obarczony jest wysokim ryzykiem śmiertelności z przyczyn leżących po stronie przebiegu choroby lub stosowanej techniki operacyjnej), z drugiej natomiast konsekwencją błędu medycznego, za który winę ponosi lekarz – operator lub asystent, względnie inny członek zespołu (anestezjolog, pielęgniarka lub położna). Dzieje się tak wtedy, gdy zaniechanie lub działanie lekarza doprowadziło do stworzenia bezpośredniego zagrożenia życia pacjenta, a na dalszym etapie leczenia jego zgonu. Wreszcie *mors in tabula* może być konsekwencją nieprawidłowego zorganizowania zaplecza medycznego – obsady dyżurowej, wyposażenia szpitala w sprzęt medyczny, awarii instalacji sanitarnych i elektrycznych – za które lekarze nie będą ponosić odpowiedzialności. Błąd organizacyjny obciąża wówczas kierownictwo placówki medycznej⁵³.

Zasadnym jest stwierdzenie, iż dosłowne znaczenie terminu *mors in tabula* współcześnie ma charakter symboliczny i stanowi umowne określenie zdarzenia niepożądanego, nieprzewidzianego, jakim jest śmierć pacjenta podczas podejmowania interwencji medycznej, w fazie ją poprzedzającej albo po jej zakończeniu, jeżeli zgon wiąże się z tą interwencją. Przy analizie prawnokarnej zjawiska powinno się raczej przyjmować znaczenie *sensu largo* ww. pojęcia, a to dlatego, że klasyczne rozumienie *mors in tabula* może prowadzić do utajnienia wielu zgonów pacjentów związanych z planowanym lub przeprowadzanym zabiegiem. Wąskie spojrzenie na omawiany problem

⁵² Drastycznym przykładem sprawy, w której sekwencja błędów diagnostycznego, terapeutycznego, technicznego i organizacyjnego spowodowała ostatecznie śmierć pacjenta jest postępowanie prowadzone kolejno przez Sąd Rejonowy w T. (sygn. II K 193/07) i Sąd Okręgowy w W. (sygn. IV Ka 42/10), a następnie – w wyniku uchylecia sprawy do ponownego rozpatrzenia względem jednego z oskarżonych – przez Sąd Rejonowy w T. (sygn. II K 208/10) i Sąd Okręgowy w W. (sygn. IV Ka 992/11). Więcej na ten temat: D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 170–189.

⁵³ Zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 361.

może prowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której wyspecjalizowany oddział szpitalny przeprowadzający operacje wysokiego ryzyka (np. związane z rozwarstwieniem aorty), z racji braku zgonów podczas samej operacji, będzie mógł twierdzić, że nie ma w nim zdarzeń, które mogłyby być wprost kwalifikowane jako *mors in tabula*. Tymczasem wykonanie zabiegu operacyjnego jest końcowym etapem procedury, na którą składa się na ogół wiele świadczeń diagnostycznych wykonywanych przez różnych specjalistów, stanowiących podstawę do rozpoznania choroby, podjęcia decyzji o zabiegu operacyjnym i jego zakresie. Należy mieć na względzie, że aktualnym standardem sprawowania opieki medycznej nad pacjentem jest jej interdyscyplinarność. Z tego względu powiązanie natomiast śmierci pacjenta z operacją przez osobę postronną wymagać będzie sięgnięcia po dokumentację medyczną i jej dogłębnej analizy. Jest to jeszcze jeden argument za odrzuceniem ograniczania *mors in tabula* do zgonów następujących *stricto* w czasie zabiegu chirurgicznego na rzecz szerokiego ujęcia tego zdarzenia⁵⁴.

Błędy w sztuce lekarskiej, których konsekwencją jest *mors in tabula* w odniesieniu do odpowiedzialności karnej sprawców, kwalifikowane są na ogół jako występki z art. 155 k.k. oraz art. 160 k.k. Wskazując na przyczyny *mors in tabula* jako skutku przestępstwa wskazać należy, że może on wynikać przede wszystkim z błędu diagnostycznego na etapie opieki przedoperacyjnej, nieuzasadnionej kwalifikacji pacjenta do zabiegu lub przedwcześnie zakończonego leczenia szpitalnego, błędu technicznego, zbiegu błędów w sztuce lekarskiej i błędów organizacyjnych, czy tzw. błędu położniczego. *Mors in tabula* może też nastąpić po prawidłowo wykonanym zabiegu, a mimo to przesądzać o postawieniu zarzutów lekarzom leczącym pacjenta, przy czym odpowiedzialność karą za przestępstwo ponosić będą nie operatorzy i asystenci zabiegu, w trakcie którego nastąpił zgon, ale lekarze, których nieumiejętne uprzednie leczenie operacyjne pacjenta wymusiło przeprowadzenie śmiertelnej reoperacji. Wówczas *mors in tabula* określać należy jako faktyczną konsekwencję wcześniejszego zabiegu krytycznego. Przyczyny *mors in tabula* bywają różne, tak jak różne są choroby dotyczące ludzi i metody ich leczenia. Kwalifikacje, umiejętności i doświadczenie członków personelu medycznego także są zróżnicowane. To dlatego każdy przypadek zgonu okołoperacyjnego powinien być badany indywidualnie.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 361–362.

Death on the operating table (*mors in tabula*) as a result of medical error

Abstract

The literal meaning of the term 'death on the operating table' (mors in tabula, exitus in tabula or exitus letalis in tabula) implies a patient's death in the operating theatre, during the surgical procedure. The term also applies to perioperative death or intraoperative death. However, from the criminal law and forensic medicine perspective, unexpected (sudden) death on the operating table should be understood to mean death occurring during a medical intervention whose course may raise suspicion that such death was caused by a doctor's or other healthcare professional's error or negligence. This paper describes the phenomenon of death on the operating table and presents relevant terminological issues that determine practical doubts as far as assessment of a patient's death in surgery is concerned. Moreover, major causes of mors in tabula occurring as a result of flagrant medical errors are listed and described, based on the results of the court file research study.

Agnieszka Baj

Cele postępowania przygotowawczego

Streszczenie

Cele postępowania przygotowawczego wyznaczają kierunek śledztwa (dochodzenia) i wpływają na kształt polskiego postępowania karnego. Ich regulacja nie może być wyrazem przypadku, lecz konsekwencją przemyślanej decyzji, która uwzględni również zmiany w innych instytucjach bezpośrednio i pośrednio powiązanych z celami postępowania przygotowawczego. Dotychczasowe liczne zmiany przepisów regulujących postępowanie przygotowawcze wskazują, że ustawodawca ma wątpliwości jaki powinien być cel tego postępowania.

Cele postępowania przygotowawczego wraz z celami postępowania karnego mają zasadniczy wpływ na kształt polskiej procedury karnej. O ile w przypadku tych ostatnich ich doniosłość zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie jest jednogłośnie wyrażana, to nie można tego samego powiedzieć o celach postępowania przygotowawczego. Odnosi się wrażenie, że cele postępowania przygotowawczego nie są zarówno przez praktyków, teoretyków, ale także i twórców regulacji właściwie doceniane. Podczas, gdy ich znaczenie z punktu widzenia nie tylko postępowania przygotowawczego jest niebagatelne. Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na odniesienie się do wszystkich instytucji, na które cele postępowania przygotowawczego oddziałują bezpośrednio lub pośrednio. Z tego względu pozwoliłam sobie na wskazanie kilku, które moim zdaniem mają zasadnicze znaczenie. W pierwszej części pracy wskażę na doniosłość celów postępowania przygotowawczego z punktu widzenia stosowania innych instytucji karnoprosesowych. Natomiast w dalszej części scharakteryzuję rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1997 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zakres działalności dowodowej organów postępowania przygotowawczego uzależniony jest od tego, czy śledztwo (dochodzenie) ma zebrać, zabezpieczyć i w niezbędnym zakresie utrwalić dowody dla sądu oraz prokuratora, czy też wyłącznie dla prokuratora. Okolicznością relewantną jest również to, czy jako cel wskazuje się na wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy czy też „tylko” jej wyjaśnienie. Takie ukształtowanie zakresu działalności organów dochodzeniowo-śledczych wpływa bezpośrednio na model postępowania przygotowawczego.

go, za którym opowiada się ustawodawca. Obowiązujący model postępowania przygotowawczego jest w konsekwencji wyborem spośród dwóch ustrojów. Pierwszy z nich zakłada, że zasadniczym celem tego etapu jest wszechstronne wyjaśnienie sprawy i zebranie, również na użytek sądu, materiału dowodowego. Powoduje to, że na rozprawie w sądzie I instancji w znacznej mierze przeprowadzane są te same dowody, które zgromadziły organy postępowania przygotowawczego. Wykorzystanie przez sąd materiału dowodowego zebranego w postępowaniu przygotowawczym staje się szczególnie wyraziste w przypadku czynności o charakterze niepowtarzalnym. Znaczenie wszelkich czynności dowodowych dokonywanych w ramach takiego postępowania przygotowawczego jest duże, gdyż zgromadzony materiał dowodowy będzie służył również sądowi, może zostać ujawniony na rozprawie i stanowić podstawę zapadłego orzeczenia. Drugi model przewiduje, że wstępny etap procesu ograniczy się do zbadania sprawy w zakresie, w jakim umożliwi to uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy podejrzenie popełnienia przestępstwa jest uzasadnione, kogo należy postawić w stan oskarżenia. Tak ukształtowane postępowanie służy oskarżycielowi. W tym modelu nie jest konieczne stworzenie rozbudowanego katalogu gwarancji procesowych stron, gdyż zasadnicze czynności dowodowe będą przeprowadzane na rozprawie, a strony będą miały możliwość ustosunkowania się do nich. Możliwe są również pewne modyfikacje zarówno pierwszego, jak i drugiego modelu. W kontekście ich wyróżnienia zasadnicze znaczenie ma również forma w jakiej są utrwalane czynności dowodowe.

Możliwość wykorzystania dowodów zgromadzonych na etapie śledztwa (dochodzenia) rzutuje również na formę w jakiej te dowody są utrwalane. Sposób utrwalania dowodów wiąże się z określonym modelem postępowania przygotowawczego, a ten ma wpływ na zakres zastosowania zasady bezpośredniości w postępowaniu sądowym¹. Odmienne będzie kształtowała się sytuacja, gdy uznamy, że cały materiał dowodowy ze śledztwa (dochodzenia) będzie mógł zostać wykorzystany w postępowaniu jurysdykcyjnym, aniżeli w sytuacji, gdy wprowadzimy w tym zakresie ograniczenia lub wyłączymy taką możliwość. Uznanie, że mamy do czynienia z przenoszalnością wyników dowodowych czynności postępowania przygotowawczego wymaga wybrania takiej formy ich utrwalania, aby odtworzenie było dopuszczalne. Z oczywistych względów nie będzie to mogła być dziś forma notatki urzędowej. Wprowadzenie ograniczeń w zakresie przenoszalności będzie skutkowało tym, że wyniki niektórych czynności ze śledztwa (dochodzenia), utrwalone w niewłaściwej formie, nie będą mogły być wykorzystane w postępowaniu sądowym. Jako przykład takich ograniczeń może posłużyć treść art. 311

¹ D. Świecki, *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym. Analiza dogmatyczno-prawna*, Warszawa 2013, s. 91.

k.p.k. w brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 27 września 2013 r.² (zwanej dalej ustawą nowelizującą z dnia 27 września 2013 r.). Rozwiązanie to utrzymało jako formę utrwalania dowodowych czynności protokołów, ale już nie pełny tylko ograniczony do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących udział w czynności. Akceptowało również możliwość utrwalania czynności w formie notatki urzędowej (art. 311 § 5 k.p.k.). Wyniki tych ostatnich nie mogły zostać wykorzystane w postępowaniu sądowym.

Cele postępowania przygotowawczego mają również niebagatelny wpływ na możliwość korzystania przez sądy z instytucji przekazania sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Z możliwości tej zrezygnowano w ustawie nowelizującej, niemniej powrócono do niej w ustawie z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw³ w art. 344a k.p.k. Stąd uzasadnione jest wskazanie także na tę zależność. Możliwość skorzystania z tej instytucji przez sąd bez wątpienia będzie większa jeśli założymy, że celem postępowania przygotowawczego jest wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy. Wówczas niemal każde zaniechanie działalności dowodowej organów dochodzeniowo-śledczych może skutkować skierowaniem sprawy prokuratorowi celem uzupełnienia. Jeśli uznamy, że postępowanie przygotowawcze ma „tylko” wyjaśnić okoliczności sprawy, możliwość zwrotu sprawy ogranicza się do sytuacji stwierdzenia istotnych braków postępowania. W konsekwencji odmiennie będziemy interpretować pojęcie istotnych braków postępowania przygotowawczego w zależności od celów tegoż postępowania. Rozwiązanie to jest racjonalne i w pełni uzasadnione. Jeśli uznamy, że organy ścigania mają zabezpieczać wszelki materiał dowodowy, również nie związany bezpośrednio z głównym nurtem postępowania, to stwierdzenie braku takiej „pobocznej” czynności dowodowej może skutkować przekazaniem prokuratorowi sprawy celem uzupełnienia.

Cele postępowania przygotowawczego winny mieć wpływ na zakres udziału stron (podejrzanego i pokrzywdzonego) w dowodowych czynnościach śledztwa (dochodzenia). Uznanie, że postępowanie przygotowawcze ma wszechstronnie wyjaśnić okoliczności sprawy, a wyniki dowodowych czynności procesowych mają przybrać formę umożliwiającą posiłkowanie się nimi w postępowaniu jurysdykcyjnym, powinno skutkować stosunkowo szerokim udziałem stron. Uzasadnione jest to przede wszystkim tym, że strona winna mieć możliwość uczestnictwa w takiej czynności dowodowej, której wynik może być podstawą wyroku. Odmiennie będzie się kształtowała sytuacja, gdy uznamy, że postępowanie przygotowawcze pełni wyłącznie funkcję informacyjną dla prokuratora, a przenoszalność wyników czynności dowo-

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

³ Dz. U. z dnia 1 kwietnia 2016 r., poz. 437.

dowych została istotnie ograniczona. Nadto, im większe odformalizowanie postępowania przygotowawczego, im mniejsza przenoszalność jego wyników do postępowania sądowego, tym mniej zasadne jest zapewnianie podejrzanemu oraz pokrzywdzonemu prawa do udziału w dowodowych czynnościach procesowych. Zakres tych parametrów winien warunkować zakres uprawnień jakie ostatecznie zostaną stronom przyznane. Jednak im większa jest akceptacja przez ustawodawcę wykorzystania wyników postępowania przygotowawczego oraz im większe znaczenie ma to postępowanie w relacji do postępowania sądowego, tym zakres uprawnień stron do udziału w dowodowych czynnościach procesowych powinien być większy.

Powyższe rozważania wskazują jak istotne są cele postępowania przygotowawczego. Ich regulacja nie może być wyrazem przypadku, lecz konsekwencją przemyślanej decyzji, która uwzględni również zmiany w innych instytucjach bezpośrednio i pośrednio powiązanych z celami postępowania przygotowawczego. Sądzę również, że cele utożsamiane jako założenia w tym przypadku postępowania przygotowawczego, winny wyrażać się pewną stabilizacją. Powinny być trwałym fundamentem, na którym budowane są różne rozwiązania. W przypadku celów śledztwa (dochodzenia) tej stabilizacji brak. Poniższe rozważania pokażą, że pomimo iż obecny kodeks postępowania karnego obowiązuje kilkanaście lat, to jednak w zakresie art. 297 k.p.k. był już wielokrotnie zmieniany.

Postępowanie przygotowawcze jest jednym z etapów postępowania karnego i z racji tego realizuje zadania, które stoją przed postępowaniem karnym (cele ogólne – generalne), jak też cele właściwe tylko temu postępowaniu (cele autonomiczne – szczególne)⁴. Celem generalnym jest wyjaśnienie, czy istnieje podstawa do wniesienia aktu oskarżenia w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego⁵. Skierowanie przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia jest wynikiem zbadania sprawy w tym stadium postępowania. Cele szczególne zostały sformułowane w art. 297 § 1 i 2 k.p.k. – warunkują one również przyjęty przez ustawodawcę model postępowania przygotowawczego, który ma służyć nie tylko zebraniu danych dla oskarżyciela, ale także stanowić podstawę orzekania przez sąd⁶. Cele szczególne zostały usystematyzowane w taki sposób, że na ogół zrealizowanie jednego z nich z pozytywnym skutkiem pociąga za sobą konieczność wykonania następnego, np. ustalenie osoby sprawcy rodzi konieczność czynienia ustaleń w zakresie art. 213 i 214 k.p.k. Cele postępowania przygotowawczego są realizowane nie tylko wówczas, gdy istnieją podstawy do wniesienia aktu oskarżenia, lecz również, gdy postępowanie jest umarzone.

⁴ R. A. Stefański, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, pod red. Z. Gościńskiego, Warszawa 1998, s. 13.

⁵ R. A. Stefański, *ibidem*, s. 13.

⁶ R. A. Stefański, *ibidem*, s. 14.

Ustawodawca na pierwszym miejscu statuuje ustalenie, czy zaistniały czyn jest czynem zabronionym i czy stanowi przestępstwo (art. 297 § 1 pkt 1 k.p.k.). Weryfikacji wymaga okoliczność, czy faktycznie został popełniony czyn, a więc czy miało miejsce zdarzenie, którego dotyczy postępowanie karne, a jeśli tak, to czy wypełnia on wszystkie znamiona przestępstwa. Z uwagi na przedmiot procesu karnego, jakim jest problem odpowiedzialności karnej sprawcy, musi być stwierdzone, że zostało popełnione przestępstwo, czyli czyn człowieka zabroniony pod groźbą kary, zawiniony i społecznie szkodliwy (art. 1 k.k.).

Pozytywne ustalenia co do czynu zabronionego nakładają obowiązek poczynienia ustaleń, których celem jest wykrycie i w razie potrzeby ujęcia sprawcy (art. 297 § 1 pkt 2 k.p.k.). Osoba sprawcy nie musi być znana w momencie wszczęcia postępowania. Zadaniem organów postępowania przygotowawczego jest dążenie do ustalenia osoby rzeczywistego sprawcy, a samo przedstawienie danej osobie zarzutów, jako czynione w stanie uzasadnionego podejrzenia co do sprawstwa (art. 313 § 1 k.p.k.) i nie zwalnia z dalszego poszukiwania dowodów⁷. Wykrycie sprawcy jest warunkiem koniecznym pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. W tym celu można dokonywać różnych czynności dowodowych dopuszczalnych w ramach postępowania przygotowawczego w świetle obowiązujących przepisów prawa⁸. O wykryciu sprawcy można mówić wtedy, gdy zebrane dowody uzasadniają dostatecznie podejrzenie określonej osoby o popełnienie czynu, o który toczy się postępowanie. Czynności postępowania przygotowawczego powinny zmierzać do wykrycia nie tylko sprawcy, ale wszystkich osób, które pozostają w związku z popełnieniem przestępstwa (współsprawców, podżegaczy, pomocników i innych osób, których przestępstwo pozostaje w związku z przestępstwem sprawcy).

Kolejnym zadaniem śledztwa, jak i dochodzenia, jest zebranie danych stosownie do wymogów art. 213 i 214 k.p.k. Zebranie powyższych informacji obejmuje przede wszystkim ustalenie tożsamości sprawcy, wieku, stosunków rodzinnych i majątkowych, wykształcenia, zawodu i źródła dochodu. Jeżeli podejrzany był już prawomocnie skazany, należy dołączyć do akt sprawy odpis wyroku wraz z uzasadnieniem (jeżeli zostało sporządzone) oraz danymi o odbyciu kary pozbawienia wolności. Organy ścigania mają obowiązek ustalenia czy przestępstwo zostało popełnione w warunkach powrotności do przestępstwa. Prokurator, a na etapie postępowania jurysdykcyjnego sąd, może też zarządzić przeprowadzenie wywiadu środowiskowe-

⁷ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008, s. 632.

⁸ J. Tylman, Cele i zadania postępowania przygotowawczego w procesie karnym, (w:) Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała, pod red. P. Hofmańskiego, K. Zgryzek, Katowice 2003, s. 423.

go przez zawodowego kuratora sądowego (art. 297 § 1 pkt 3 w zw. z art. 214 k.p.k.). Dane te mają przedstawić sądowi wszechstronnie charakterystykę oskarżonego. W art. 213 i art. 214 k.p.k. ustawodawca posłużył się terminem „oskarżony” przez co należy rozumieć również podejrzanego (art. 71 § 3 k.p.k.). Warunkiem zbierania tych danych jest uprzednie wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Nie można tego czynić w stosunku do osoby podejrzaney. Za błędny należy uznać pogląd Sądu Najwyższego, że: „W przypadku, gdy prokurator w toku śledztwa wbrew dyspozycji art. 161 pkt 4 d. k.p.k. z 1969 r. (obecnie art. 297 § 1 pkt 3 k.p.k.) żąda zebrania danych o określonej osobie przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 269 w zw. z art. 61 – obecnie art. 313 § 1 k.p.k.), czynność ta mimo swej wadliwości nie może być uznana za bezprawną w rozumieniu art. 24 k.c.”⁹.

Cele postępowania przygotowawczego określone w art. 297 § 1 punkty 4 i 5 k.p.k. były w ostatnich latach przedmiotem zainteresowania ustawodawcy. Wielokrotne zmiany wpływały na zakres postępowania i odmiennie kształtowały relacje postępowania przygotowawczego względem rozprawy głównej. Pierwotna wersja kodeksu postępowania karego przewidywała, że zadaniem organów ścigania będzie wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie rozmiarów szkody. Była to istotna zmiana zadań postępowania przygotowawczego w kontekście wcześniejszej regulacji (d. k.p.k. z 1969 r.), która wprowadziła wymóg wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. Rozwiązanie to pozwoliło na ograniczenie zakresu czynności dowodowych. Zgodnie z art. 319 k.p.k. dochodzenie można było ograniczyć do ustalenia, czy zachodzą wystarczające podstawy do wniesienia aktu oskarżenia lub innego zakończenia postępowania. Obowiązkowe było przeprowadzenie czynności wskazanych w art. 313, 314 i 321 k.p.k., przesłuchanie podejrzanego i pokrzywdzonego, a także protokolarne utrwalenie czynności, których nie będzie można powtórzyć. Utrwalenia innych czynności dowodowych można było zaniechać, sporządzając z nich notatki urzędowe. Ograniczenie zakresu czynności dowodowych w dochodzeniu nie oznaczało zmniejszenia wymagań dowodowych przy podejmowaniu decyzji co do dalszego biegu sprawy. Regulacja ta miała mieć zastosowanie przede wszystkim do spraw o prostym stanie faktycznym i prawnym oraz niebudzących wątpliwości okolicznościach popełnienia przestępstwa. Nadto, zadaniem postępowania przygotowawczego było (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.) zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów. Ustawa nowelizująca z dnia 10 stycznia 2003 r.¹⁰ wprowadziła wymóg „wyjaśnienia okoliczności sprawy,

⁹ Wyrok SN z dnia 30 sierpnia 1974 r. (sygn. I CR 384/74), OSPIKA 1977, poz. 10, s. 161.

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

w tym ustalenia osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody” (pkt 4) oraz „zebrania, zabezpieczenia i w niezbędnym zakresie utrwalenia dowodów dla sądu” (pkt 5).

Z kolei ustawą nowelizującą z dnia 29 marca 2007 r.¹¹ powrócono w przepisie art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k. do znanego wcześniejszemu ustawodawstwu karnoprocesowemu założenia, że jednym z celów tego postępowania przygotowawczego ma być m.in. już nie tylko wyjaśnienie okoliczności sprawy, ale wszechstronne jej wyjaśnienie. W oczywisty też sposób miało to „zaowocować” wyższym jakościowo przygotowaniem spraw przed skierowaniem skargi do sądu¹². Zgodnie z art. 297 § 1 pkt 4 i 5 k.p.k. celem postępowania przygotowawczego było między innymi wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy oraz zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu, tak aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej, a wyjaśnienie okoliczności sprawy pozwoliło na właściwą ocenę przestępstwa i jego sprawcy¹³. Postępowanie sądowe sprowadzać się miało do rekapitulacji czynności śledztwa lub dochodzenia. Nowelizacja ta potwierdziła prymat postępowania przygotowawczego nad rozprawą główną stanowiąc, że celem tego pierwszego jest: „wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy” oraz pełne „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu”. Nałożenie na postępowanie przygotowawcze obowiązku wszechstronnego i wyczerpującego wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy wraz z utrwalaniem materiału dowodowego na użytek postępowania sądowego, przedłuża czas trwania postępowania i opóźnia wniesienie do sądu aktu oskarżenia. W żadnym ze współczesnych modeli postępowania przygotowawczego (anglosaski, francuski, niemiecki) ustalenia postępowania przygotowawczego nie odgrywają tak istotnej roli, jak w Polsce¹⁴. Sąd Najwyższy na kanwie ówczesnego stanu prawnego przyjął, że: „Jednym z podstawowych celów postępowania przygotowawczego jest wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy, a w sprawach o zagarnięcie mienia społecznego okoliczności tego rodzaju obejmują między innymi ilość i wartość zagarniętego mienia, gdyż od nich zależy kwalifikacja prawna (...) wymiar kary i wysokość odszkodowania. Jeżeli zatem wyjaśnienia poszczególnych podejrzanych są zmienne lub między sobą sprzeczne, to w takim wypadku są konieczne ponowne przesłuchania i postawienie pytań zmierzających do usunięcia rozbieżności (czy luk) w wyjaśnieniach. Należy przy tym

¹¹ Ustawa z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 64, poz. 432).

¹² Wyrok SA w Łodzi z dnia 25 października 2007 r. (sygn. II AKa 136/07), Prok. i Pr. 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 36.

¹³ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 29 października 2008 r. (sygn. II AKz 790/08), Prok. i Pr. 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 53.

¹⁴ P. Kruszyński, M. Warchoł, Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (cz. I), Pal. 2008, nr 3–4, s. 50.

mieć na uwadze, że do najważniejszych zasad procesowych należy zasada zobowiązująca organy prowadzące postępowanie karne do badania i uwzględniania okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego¹⁵.

Obowiązek wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz gromadzenia dowodów dla sądu – uzasadnia w bardzo szerokim zakresie zabezpieczenie interesów stron, a w konsekwencji zabezpieczenie prawidłowego wyrokowania. Możliwość szerokiego wykorzystania przez sąd protokołów z czynności śledztwa (dochodzenia), jako pełnowartościowego materiału stanowiącego podstawę wyrokowania, wymaga zagwarantowania stronom prawa do udziału we wszystkich tych czynnościach, z których protokoły mogą posłużyć sądowi. Jest to uzasadnione chociażby tym, że dowody utrwalone w postępowaniu przygotowawczym wywierają bezpośredni wpływ na wynik postępowania dowodowego na rozprawie. Strony powinny mieć możliwość wpływu na jakość utrwalanego materiału dowodowego. Zagwarantowany udział w czynności to nie tylko prawo biernego uczestnictwa, ale również prawo do kwestionowania sposobu przeprowadzenia czynności, zadawania pytań przesłuchiwanym świadkom czy wnioskowania, o uzupełnienie ekspertyzy biegłego o dodatkowe pytania.

Zobligowanie organów procesowych do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy ma również wpływ na zastosowanie instytucji z art. 344a k.p.k. Przyjęcie szerokich ram postępowania przygotowawczego ułatwia stwierdzenie „istotnych braków” dochodzenia lub śledztwa. Pojęcie to było różnorodnie interpretowane w literaturze¹⁶. Akcentowano, że braki te dotyczą czynności o charakterze dowodowym, co uzasadniało przekazanie sprawy prokuratorowi do uzupełnienia postępowania przygotowawczego¹⁷. Treść art. 344a k.p.k. należy wyklądać w powiązaniu z celami postępowania przygotowawczego określonymi w art. 297 § 1 k.p.k. Sąd Apelacyjny w Warszawie słusznie stwierdził, że unormowanie przyjęte w art. 345 k.p.k. (obecnie art. 344a k.p.k.) należało interpretować w powiązaniu z celami postępowania przygotowawczego określonymi w art. 297 § 1 k.p.k.¹⁸. Dokonane na przestrzeni ostatnich kilku lat zmiany treści art. 297 § 1 k.p.k. nie tylko zmieniły zakres instytucji zwrotu sprawy prokuratorowi celem uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, ale miały zasadniczy wpływ na model postępowania

¹⁵ Wyrok SN z dnia 16 lutego 1978 r. (sygn. IV KR 4/78), OSNKW 1978, nr 4–5, poz. 52; por. wyrok SN z dnia 19 maja 1976 r. (sygn. I KR 64/76), OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 91.

¹⁶ Por. W. Ku b a l a, Z problematyki zwrotu akt sprawy prokuratorowi, WPP 1968, nr 1, s. 50; S. C o r a, Zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym, Warszawa 1987, s. 39.

¹⁷ R. O l s z e w s k i, Ujawnianie przez sąd i usuwanie istotnych braków dochodzenia lub śledztwa w polskim procesie karnym, Łódź 2007, s. 162–163.

¹⁸ Postanowienie SA w Warszawie z dnia 6 lipca 2010 r. (sygn. II AKz 474/10), KZS 2011, nr 7–8, poz. 70.

przygotowawczego, a w konsekwencji również postępowania jurysdykcyjnego. Zmiany art. 297 § 1 k.p.k. dokonane przez art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz. U. Nr 206, poz. 1589) z jednej strony stworzyły możliwość skrócenia postępowania przygotowawczego, z drugiej zaś ograniczyły sądowi możliwość zwrotu sprawy przed rozprawą do uzupełnienia dochodzenia lub śledztwa przy dostrzeżonych brakach dowodowych.

Ustawą nowelizującą z dnia 5 listopada 2009 r.¹⁹ przywrócono postępowaniu przygotowawczemu zadania w kształcie ustalonym ustawą nowelizującą z dnia 10 stycznia 2003 r., zwalniając w ten sposób z dniem 8 czerwca 2010 r. organy dochodzenia i śledztwa z obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz pełnego utrwalenia dowodów. Pomimo, że nie jest wymagane „wszechstronne” wyjaśnienie sprawy, nie oznacza to, że można zrezygnować z wyjaśnienia pewnych istotnych okoliczności, a tym samym ograniczyć czynności dowodowe do ustalenia, czy zachodzą wystarczające podstawy do wniesienia aktu oskarżenia lub innego zakończenia postępowania²⁰. Nowe wskazanie celów postępowania przygotowawczego zakładało, że obowiązek wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy spoczywa na sądzie, a nie na organach ścigania. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie, ponieważ postępowanie przygotowawcze nie powinno niepotrzebnie powielać czynności dowodowych przeprowadzanych na rozprawie ani też ich zastępować. Prowadzi to w rezultacie do zmniejszenia znaczenia postępowania sądowego. Obowiązek wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy może również skutkować przewlekłością postępowania. Nie powinno budzić wątpliwości, że norma procesowa wskazana w przepisie art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k. dotyczy celów postępowania przygotowawczego, a więc dotyczy postępowania przygotowawczego, a nie sądu w zakresie przeprowadzenia procesu karnego²¹.

Ustawa nowelizująca z dnia 27 września 2013 r. utrzymała dotychczasowy *status quo* co do treści art. 297 pkt 4 k.p.k. i przyjęła w art. 297 pkt 5 k.p.k., że celem postępowania przygotowawczego jest „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”. Nie zmieniło to dotychczasowego zakresu czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym, a jedynie podkreśliło fakt, że w kontrydiktoryjnym procesie obowiązek dowodzenia na

¹⁹ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 206, poz. 1589).

²⁰ Por. S. Waltoś, Pragmatyczne wątki wielkiej nowelizacji procesu karnego, (w:) Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywność. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza, pod red. A. Marka, Toruń 2004, s. 415.

²¹ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 6 czerwca 2013 r. (sygn. II AKa 135/13), LEX nr 1327504.

rozprawie spoczywa przede wszystkim na stronach, a nie na sądzie. Postępowanie przygotowawcze powinno dążyć do określenia, czy istnieje wystarczająca podstawa do wniesienia aktu oskarżenia.

Zgromadzony materiał dowodowy stanowi często podstawę orzekania na posiedzeniu. W tym kontekście ryzykowne byłoby znaczne ograniczenie zadań postępowania przygotowawczego. Zmiana modelu postępowania karnego – dokonana nowelą z dnia 27 września 2013 r. – polegała na maksymalnym zwiększeniu kontrydiktoryjności postępowania karnego i, co za tym idzie, przeniesieniu ciężaru rozpoznania sprawy na rozprawę główną²². Nowy model postępowania karnego oznaczał zmianę celu i sposobu prowadzenia postępowania przygotowawczego. Wprowadzone zmiany były wyrazem akceptacji rozwiązania, w którym wstępny etap procesu ograniczy się do zbadania sprawy w zakresie, w jakim umożliwi to uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy podejrzenie popełnienia przestępstwa jest uzasadnione i kogo należy postawić w stan oskarżenia.

Tym samym kontrydiktoryjność postępowania sądowego determinowała także postępowanie przygotowawcze. Szczególnie istotną zmianą było ograniczenie zadań postępowania przygotowawczego i uczynienie dochodzenia (śledztwa) postępowaniem jedynie dla oskarżyciela, a nie także dla sądu (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.). Powyższe wskazywało, że eliminacja konieczności utrwalania dowodów na potrzeby sądu nie oznacza w ogóle rezygnacji z ich utrwalania w postępowaniu przygotowawczym. Jej istota wyrażała się w tym, że utrwalenia te mają służyć oskarżycielowi publicznemu, a nie sądowi, aby umożliwić mu prawidłowe ich przeprowadzenie przed sądem²³.

Zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów mogło być wprawdzie ograniczone do ustalenia, czy zachodzą wystarczające podstawy do wniesienia aktu oskarżenia lub innego zakończenia postępowania, jednak nie oznaczało to rezygnacji z pojawiających się możliwości dowodowych, zwłaszcza wówczas, gdy zebrane dotychczas dowody nie są jednoznaczne oraz gdy istnieje obawa, że określonej czynności nie będzie można powtórzyć. Słusznie Sąd Najwyższy uznał, że „Umorzenie postępowania (...) może nastąpić jedynie po (...) przeprowadzeniu postępowania, zwłaszcza przygotowawczego, w sposób zapewniający pełną realizację jego celów. Dopiero bowiem tak przeprowadzone postępowanie przygotowawcze pozwoli na przyjęcie prawidłowej kwalifikacji prawnej czynu oraz ustalenie okoliczności niezbędnych do podjęcia orzeczenia o umorzeniu”²⁴.

²² K. D u d k a, Rola prokuratora w znolizowanym postępowaniu karnym, *Prok. i Pr.* 2015, nr 1–2, s. 63.

²³ T. G r z e g o r c z y k, Postępowanie przygotowawcze w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. i rola w nim prokuratora w aspekcie sądowego stadium procesu, *Prok. i Pr.* 2015, nr 1–2, s. 30.

²⁴ Postanowienie SN z dnia 28 lutego 1978 r. (sygn. VI KRN 20/78), *PiP* 1978, nr 6, s. 66.

Zdaniem twórców ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r. „Wadą obecnego modelu postępowania w sprawach karnych jest to, że z jednej strony w toku postępowania przygotowawczego zmierza się do możliwie wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy i zabezpieczenia w możliwie szerokim zakresie dowodów dla sądu, z drugiej zaś całe postępowanie dowodowe powtarzane jest w toku postępowania sądowego”²⁵. Stąd propozycja ograniczenia postępowania dowodowego prowadzonego na etapie postępowania przygotowawczego oraz zwiększenia kontrydiktoryjności postępowania sądowego wraz z jednoczesnym ograniczeniem odczytywania dokumentów wyłącznie do przypadków, gdy wniosła o to strona, która nie miała możliwości zapoznania się z ich treścią.

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²⁶ po raz kolejny zmieniono cel postępowania przygotowawczego. Nadal celem śledztwa (dochodzenia) jest: ustalenie czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi przestępstwo (art. 297 § 1 pkt 1 k.p.k.); wykrycie i w razie potrzeby ujęcia sprawcy (art. 297 § 1 pkt 2 k.p.k.); zebranie danych stosownie do wymogów art. 213 i 214 k.p.k. (art. 297 § 1 pkt 3 k.p.k.); wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody (art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k.). Nadto, celem postępowania przygotowawczego jest zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu (pkt 5 § 1 art. 297 w treści ustalonej powyżej powołaną ustawą). W konsekwencji zmianą tą powrócono do celów postępowania przygotowawczego jakie obowiązywały w okresie od 8 czerwca 2010 r. do 30 czerwca 2015 r. Rozwiązanie to daje prymat materiałowi dowodowemu utrwalonemu w postępowaniu przygotowawczym, który stosunkowo szeroko będzie wykorzystywany w postępowaniu jurysdykcyjnym. W tym kontekście należy rozważyć zagwarantowanie podejrzanemu i pokrzywdzonemu możliwości wpływania na gromadzony na tym etapie postępowania materiał dowodowy w zakresie większym aniżeli dotychczas. Możliwość szerokiego wykorzystania przez sąd protokołów z czynności śledztwa (dochodzenia), wymaga zagwarantowania stronom szerszego aniżeli obecnie prawa do udziału w dowodowych czynnościach procesowych na etapie postępowania przygotowawczego.

Na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat kształt postępowania przygotowawczego ulegał zasadniczym zmianom, czego zawsze wyrazem był przepis statuujący cele tego etapu postępowania karnego. Jego treść w ostatnich latach była (zbyt) często zmieniana, co w konsekwencji wpływało na inne instytucje procesu karnego, w tym m.in. instytucję zwrotu sprawy

²⁵ P. Hofmański, *Proces karny w perspektywie zmian proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego*, (w:) *Kluczowe problemy procesu karnego*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 33.

²⁶ Dz. U. z dnia 1 kwietnia 2016 r., poz. 437.

prokuratorowi przed rozprawą do uzupełnienia dochodzenia lub śledztwa przy dostrzeżonych brakach dowodowych²⁷.

Dotychczasowe liczne zmiany przepisów regulujących postępowanie przygotowawcze wskazują, że ustawodawca ma wątpliwości jaki powinien być cel tego postępowania, czy sprawa ma być „wyjaśniona wszechstronnie” czy też ma zostać „tylko wyjaśniona” oraz komu zgromadzony materiał dowodowy ma służyć, czy tylko oskarżycielowi czy też oskarżycielowi oraz sądowi.

Aims of preparatory proceedings

Abstract

Aims of preparatory proceedings determine paths of an investigation (inquiry), and impact the form of Polish criminal proceedings. Any regulation governing such aims should result from a sound decision rather than being coincidental. The decision should also capture changes in other measures directly or indirectly associated with the aims of preparatory proceedings. Numerous amendments to regulations governing preparatory proceedings made to date show that the legislator has doubts as to what the aim of the preparatory proceedings should be.

²⁷ A. Baj, Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 lipca 2010 r., sygn. II AKz 474/10, Pal. 2014, nr 11–12, s.118 i n.

Krzysztof Eichstaedt

Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem

Streszczenie

W artykule poruszona została kwestia przesłanek jakie muszą być spełnione aby sąd mógł orzec środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Omówiona została także problematyka związana z procedowaniem przez sąd w przedmiocie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego oraz związane z tym wątpliwości.

Uwagi wstępne

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.¹ dokonała dość istotnej zmiany zarówno w przesłankach dotyczących orzeczenia środków zabezpieczających, jak i w katalogu tych środków, wprowadzając nowe, nieznane dotychczas środki zabezpieczające.

Wśród środków zabezpieczających Kodeks karny w art. 93a wymienia:

- elektroniczną kontrolę miejsca pobytu;
- terapię;
- terapię uzależnień;
- pobyt w zakładzie psychiatrycznym.

Tytułem środka zabezpieczającego można orzec także nakaz i zakazy określone w art. 39 punkty 2–3 k.k., w sytuacji gdy ustawa tak stanowi (art. 93a § 2 k.k.).

Cechą charakterystyczną dla nowelizacji przepisów Kodeksu karnego w zakresie dotyczącym środków zabezpieczających jest nie tylko nowy katalog wolnościowych środków zabezpieczających w postaci: elektronicznej kontroli miejsca pobytu, terapii oraz terapii uzależnień, które wcześniej nie były znane polskiemu ustawodawstwu, ale także możliwość orzekania izolacyj-

¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

nego środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym obok orzeczonej kary za popełnione określonego rodzaju przestępstwo.

Warte odnotowania jest, iż Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o orzeczenie niekonstytucyjności:

- art. 93b § 3 k.k. w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości;
- art. 93g k.k. w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości;
- art. 93d § 5 k.k. w zakresie w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary;
- art. 202a § 1 k.k.w. w zakresie w jakim przewiduje, że orzeczony środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym stosuje się po odbyciu kary.

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich został zarejestrowany w Trybunale Konstytucyjnym pod sygnaturą K 46/15².

W piśmiennictwie wskazuje się, iż przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie pozostaje w sprzeczności z art. 39 Konstytucji, zgodnie z którym nikt nie może być poddany eksperymentom medycznym, bez wyraźnej i dobrowolnej zgody, podczas gdy przymusowe oddziaływania terapeutyczne w stosunku do sprawców czynów zabronionych, wobec których stosowany byłby środek zabezpieczający miałby faktycznie charakter eksperymentalny, albowiem przyjmuje się, iż obecny stan wiedzy nie daje psychiatrii wystarczających narzędzi do skutecznego leczenia w warunkach izolacji w drodze terapii zaburzeń psychicznych. W literaturze podnosi się także, iż przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązanie w zakresie stosowania środków zabezpieczających pozostaje w sprzeczności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), w zakresie wymogu stosowania przez prawodawcę środków skutecznych³. Zwraca się także uwagę na to, iż w obecnym stanie prawnym izolacyjny środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym może być stosowany także po wykonaniu orzeczonej kary pozbawienia wolności, czyli niejako mamy do czynienia z podwójnym oddziaływaniem na sprawcę czynu zabronionego, wobec którego najpierw wykonuje się orzeczoną karę pozbawienia wolności, a następnie może być on umieszczony na detencji, której czasu nie określa się z góry i w efekcie ma charakter bezterminowy. W tym wypadku mamy z jednej strony do czynienia ze stosowaniem terapii, którą przecież można sto-

² Zobacz więcej: <http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/8831-kodeks-karny-kodeks-karny-wykonawczy-kodeks-postepowania-karnego-srodki-zabezpieczajace/> – dostęp w dniu 7 lipca 2016 r.

³ F. Ciepły, Środki zabezpieczające – zmiany czy likwidacja?, PiP 2015, nr 7, s. 85.

sować w trakcie wykonywania orzeczonej niejednokrotnie długoterminowej kary pozbawienia wolności, poprzez orzeczenie terapeutycznego systemu jej wykonania (art. 62 k.k.), zaś z drugiej strony stosujemy izolacyjny środek zabezpieczający, który ma charakter prewencyjny.

II. Przesłanki dotyczące orzekania środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym

Umieszczenie w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym jest faktycznym pozbawieniem człowieka wolności, przeto powinno być poprzedzone dogłębną analizą okoliczności wskazujących na konieczność sięgania po ten środek zabezpieczający i dokonaniu wnikliwych ustaleń wskazujących, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazujące na jego niezbędność⁴. Istota izolacyjnego środka zabezpieczającego z jednej strony sprowadza się do izolacji niebezpiecznego sprawcy od społeczeństwa, zaś z drugiej strony polega na wdrożeniu wobec sprawcy odpowiedniej terapii⁵.

Odnosząc się do kwestii przesłanek, których wystąpienie czyni zasadnym orzeczenie środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym, należy wyróżnić dwie sytuacje, to jest kiedy środek zabezpieczający jest orzekany jako wyłączna reakcja na popełniony przez sprawcę czyn zabroniony oraz kiedy jest stosowany niezależnie od orzeczonej kary.

Aby sąd mógł orzec umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym jako jedyną reakcję na popełniony czyn zabroniony, muszą wystąpić łącznie dwie kategorie przesłanek, to jest przesłanka o charakterze dowodowym oraz przesłanki szczególne. Przesłanka o charakterze dowodowym zostaje zrealizowana wówczas, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowody pozwala na stwierdzenie, iż sprawca zachowaniem swoim wyczerpał znamiona czynu zabronionego przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Przy ustalaniu istnienia tej przesłanki sąd posługuje się dyrektywami wynikającej z treści przepisu art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów. Warto odnotować, iż zasada swobodnej oceny dowodów, jaka przyjęta została przez polski model postępowania karnego, nie oznacza jednak, iż ocena ta ma charakter dowolny, albowiem sąd powinien wyjaśnić, w jaki sposób dowody ocenił i dlaczego wyciągnął z nich takie, a nie inne wnioski dotyczące konkretnych ustaleń faktycznych. Sąd przy ustaleniach faktycznych związany jest: a) całokształtem przeprowadzonego postępowania dowodowego; b) zasadami prawidłowego (logicznego) rozumowania; c) wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego⁶.

⁴ Wyrok SN z dnia 27 marca 2014 r., sygn. WO 20/13, Legalis.

⁵ W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015 r., Kraków 2015, s. 673.

⁶ Zobacz szerzej: T. Grzegorzczak, J. Tyłman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2003, s. 90–94; S. Waltoś, Proces karny – zarys systemu, Warszawa 2003, s. 255–259.

Wśród przesłanek szczególnych orzeczenia przez sąd pobytu w zakładzie psychiatrycznym wymienia się:

- umorzenie wobec sprawcy postępowania prowadzonego o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k.;
- istnienie wysokiego prawdopodobieństwa, że sprawca popełni ponownie czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym; innymi słowy orzeczenie izolacyjnego środka zabezpieczającego ma zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w związku z występującą u niego chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym.

Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym obok wymierzonej kary można orzec w razie skazania za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 k.k. (art. 93c pkt 2 k.k.) oraz w razie skazania za jedno z enumeratywnie wymienionych przestępstw, o których mowa w art. 93c pkt 3 k.k.

Aby orzec umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym w przypadku skazania w warunkach ograniczonej w stopniu znacznym poczytalności, muszą być spełnione następujące przesłanki:

- sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności;
- istnienie wysokiego prawdopodobieństwa, że sprawca popełni czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym.

Przepis art. 93c pkt 3 k.k. zawiera zamknięty katalog przestępstw, których popełnienie otwiera także możliwość orzeczenia izolacyjnego środka zabezpieczającego. Dotyczy to skazania za przestępstwa określone w: art. 148 k.k. (zabójstwo), art. 156 k.k. (ciężki uszczerbek na zdrowiu), art. 197 k.k. (zgwałcenie), art. 198 k.k. (seksualne wykorzystanie niepoczytalności lub bezradności), art. 199 § 2 k.k. (seksualne wykorzystanie zależności popełnione na szkodę małoletniego), art. 200 § 1 k.k. (seksualne wykorzystanie małoletniego), które popełnione zostały w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych (zobacz art. 93g § 3 k.k.).

Aby jednak sąd mógł orzec umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym w związku ze skazaniem za jedno z wymienionych powyżej przestępstw, niezbędne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności;

- istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności, stosowany środek zabezpieczający oraz sposób jego wykonania, powinien być odpowiedni do stopnia szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia, a zatem rodzaj zastosowanego środka zabezpieczającego jest uzależniony od stopnia społecznej szkodliwości czynu i prawdopodobieństwa jego ponownego popełnienia przez sprawcę. Im większy stopień szkodliwości społecznej czynu i większe prawdopodobieństwo jego ponownego popełnienia, tym bardziej zasadne jest orzeczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym, oczywiście w sytuacji gdy spełnione zostaną pozostałe przesłanki orzeczenia ww. środka zabezpieczającego (zobacz art. 93b § 3 k.k.). Natomiast zasada minimalizacji nakazuje orzeczenie środka zabezpieczającego, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego, zaś inne środki prawne określone w Kodeksie karnym lub orzeczone na podstawie innych ustaw są niewystarczające (art. 93b § 1 k.k.)⁷.

Konstatując stwierdzić należy, iż sąd orzekając środek zabezpieczający i dokonując jego wyboru powinien mieć na uwadze przesłanki, których spełnienie jest wymagane, aby orzec konkretny środek zabezpieczający, a nadto musi mieć na względzie zasadę proporcjonalności i minimalizacji stosowania środków zabezpieczających.

Z przepisu art. 115 § 2 k.k. jednoznacznie wynika, iż przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.

Stopień szkodliwości społecznej czynu podlega stopniowaniu, zaś w Kodeksie karnym mowa jest o: a) znikomym stopniu społecznej szkodliwości czynu (art. 1 § 2 k.k.); b) szkodliwości społecznej czynu, która nie jest znaczna (art. 66 § 1 k.k.); c) znacznym stopniu społecznej szkodliwości czynu (art. 93b § 1 k.k.).

Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu należy brać pod uwagę wypadkową wymienionych w art. 115 § 2 k.k. okoliczności podmiotowych i przedmiotowych⁸. Innymi słowy to owa wypadkowa musi wskazywać na istnienie pożądanego stopnia szkodliwości społecznej czynu.

⁷ Zobacz także: K. Postulski, Glosa do wyroku SN z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. IV KK 145/14, LEX/el. 2015.

⁸ Por. wyrok SN z dnia 28 sierpnia 2003 r., sygn. III KK 45/03, OSNwSK 2003, poz. 1857.

Warte podkreślenia jest, iż przy ustaleniu stopnia społecznej szkodliwości czynu należy brać pod uwagę wyłącznie okoliczności wymienione w art. 115 § 2 k.k. Wymienione w tym przepisie okoliczności stanowią katalog zamknięty, który nie podlega rozszerzeniu⁹. Zasadnie podnosi się, że bez wpływu na określenie stopnia społecznej szkodliwości czynu jest nagminność określonego rodzaju czynów zabronionych¹⁰. Nie mają znaczenia również na ustalenie stopnia szkodliwości społecznej czynu warunki i właściwości osobiste sprawcy, takie jak np. wiek, stan zdrowia, czy sytuacja rodzinna¹¹. Podobnie także przy ocenie stopnia szkodliwości społecznej czynu nie mają znaczenia zarówno uprzednia niekaralność oskarżonego i dobra opinia z miejsca zamieszkania¹², jak i jego zachowanie po popełnieniu czynu zabronionego, w tym pojednanie się z pokrzywdzonym¹³. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wręcz podnosi się, iż niedopuszczalne jest uzależnianie oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu od czynników bezpośrednio z nim niezwiązanych, które wystąpiły przed jego popełnieniem albo po jego popełnieniu¹⁴. Sam upływ czasu pomiędzy popełnionym czynem a datą orzekania także nie ma znaczenia dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu jaki został przypisany sprawcy¹⁵. Warto nadmienić, iż w piśmiennictwie można spotkać pogląd, zgodnie z którym kryterium motywacji w przypadku człowieka niepočetalnego nie może być kryterium adekwatnym przy ustalaniu stopnia społecznej szkodliwości jego czynu¹⁶.

Aby prawidłowo dokonać oceny prawdopodobieństwa popełnienia ponownie przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, niezbędnym jest, poza specjalistyczną opinią biegłych lekarzy psychiatrów i psychologa, wypowiedzających się w tej kwestii, także dokonanie analizy tego prawdopodobieństwa z uwzględnieniem dotychczasowej linii życia sprawcy, jego uprzedniej karalności oraz obecnej sytuacji życiowej, połączonej z prognozowaniem możliwości zaistnienia okoliczności i warunków sprzyjających zaprzestaniu leczenia i ewentualnością popełnienia przestępstwa. Zawężenie zaś oceny wyłącznie do oceny dokonanej przez biegłych

⁹ Podobnie: wyrok SN z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. IV KK 67/14, Legalis; zobacz także wyrok SN z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. WA 45/11, Legalis.

¹⁰ Wyrok SA w Łodzi z dnia 25 stycznia 2001 r., sygn. II AKa 261/00, Prok. i Pr. 2002, nr 7, poz. 21.

¹¹ Postanowienie SN z dnia 25 marca 2008 r., sygn. V KK 1/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 75.

¹² Wyrok SA w Krakowie z dnia 11 maja 2006 r., sygn. II AKa 62/06, Prok. i Pr. 2006, nr 12, poz. 20; wyrok SN z dnia 18 lutego 2010 r., sygn. III KK 295/09, OSNwSK 2010, poz. 370.

¹³ Wyrok SN z dnia 11 października 2006 r., sygn. II KK 52/06, OSNwSK 2006, poz. 1902.

¹⁴ Uchwała SN z dnia 23 czerwca 2014 r., sygn. SNO 27/14, KZS 2014, nr 12, poz. 13.

¹⁵ P. Daniluk, Ocena społecznej szkodliwości czynu, Prok. i Pr. 2011, nr 6, s. 130 i literatura tam powołana.

¹⁶ M. Kolendowska-Matejczuk, Glosa do postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. V KK 383/10, OSP 2011, nr 12, poz. 129.

nie jest pełną oceną istniejącej prognozy, na którą – poza stanem zdrowia sprawcy – nakładają się także inne czynniki życiowe i społeczne¹⁷. Niewątpliwie wywiad środowiskowy sporządzony przez kuratora sądowego, a także liczne pisma składane przez podejrzanego w toku postępowania mogą stanowić dowód w zakresie ustalenia dotychczasowej linii życiowej podejrzanego, podejścia do leczenia i krytycyzmu w stosunku do pojawiających się u niego zaburzeń, które w efekcie mogą doprowadzić do ustalenia, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia ponownie czynu zabronionego¹⁸.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego zasadnie podkreśla się, iż należy mieć na uwadze, że pozbawienie człowieka wolności przez umieszczenie go w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym na leczeniu, musi być poprzedzone wnikliwą analizą okoliczności uzasadniających konieczność i niezbędność sięgania po ten izolacyjny środek zabezpieczający. W ocenie Sądu Najwyższego, z uwagi na obowiązującą zasadę proporcjonalności przy stosowaniu środków zabezpieczających, sąd przed podjęciem decyzji o zastosowaniu izolacyjnego środka zabezpieczającego, powinien rozważyć, jaką w danych okolicznościach orzekłby karę, gdyby nie niepoczytalność sprawcy. Zdaniem najwyższej instancji sądowej tylko w przypadku, gdy nie ma wątpliwości, że właściwą karą dla takiego sprawcy za popełnienie zarzucanego mu czynu (gdyby mógł ponosić odpowiedzialność karną) byłaby bezwzględna kara pozbawienia wolności, sąd powinien podjąć decyzję o umieszczeniu takiej osoby w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. Natomiast w sytuacji gdyby sąd uznał, że karą adekwatną do wagi popełnionego czynu byłaby kara o charakterze wolnościowym, stosowanie tego środka zabezpieczającego mogą uzasadniać wyłącznie szczególne okoliczności tego czynu¹⁹.

Samo podjęcie przez sprawcę leczenia ambulatoryjnego nie wpływa automatycznie na orzeczenie sądu w przedmiocie internacji. Prowadzenie jednak takiego leczenia miałooby w sprawie znaczenie tylko wtedy, gdyby mogło spowodować wyeliminowanie po stronie sprawcy wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia ponownie czynu zabronionego o znacznej szkodliwości²⁰.

Procedowanie w przedmiocie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym

Aby prokurator mógł po zamknięciu śledztwa złożyć do sądu wniosek o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego w po-

¹⁷ Postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. V KK 330/15, Prok. i Pr. 2016, nr 1, poz. 2.

¹⁸ Postanowienie SN z dnia 16 listopada 2015 r., sygn. II KK 320/15, Legalis.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. IV KK 320/14, KZS 2015, nr 4, poz. 21.

²⁰ Por. postanowienie SN z dnia 17 września 2014 r., sygn. V KK 226/14, Legalis.

staci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym, musi ustalić, iż podejrzany dopuścił się czynu w stanie niepoczytalności i istnieją podstawy do zastosowania środków zabezpieczających. Sąd rozstrzygający wniosek prokuratora nie jest jednak związany ustaleniami oskarżyciela publicznego zarówno co do poczytalności podejrzanego w chwili zarzucanego mu czynu, jak i istnienia podstaw do zastosowania wobec niego środków zabezpieczających.

Odpowiednie stosowanie do wniosku prokuratora m.in. art. 332 k.p.k., art. 333 § 1–3 k.p.k. i art. 334 § 1 k.p.k. oznacza, iż przedmiotowy wniosek, oprócz spełnienia warunków formalnych pisma procesowego z art. 119 k.p.k., musi także zawierać:

- oznaczenie osoby, której wniosek dotyczy, dane o zastosowaniu środka zapobiegawczego oraz zabezpieczenia majątkowego;
- dokładne określenie zarzucanego czynu;
- wskazanie, że czyn został popełniony w warunkach wymienionych w art. 64 lub art. 65 Kodeksu karnego albo art. 37 § 1 Kodeksu karnego skarbowego;
- wskazanie przepisów ustawy karnej, pod które zarzucany czyn podpada;
- wskazanie sądu właściwego do rozpoznania sprawy;
- uzasadnienie wniosku, w którym należy wskazać na fakty i dowody wskazujące na sprawstwo podejrzanego, jego niepoczytalność i potrzebę zastosowania środka zabezpieczającego.

Ponadto wniosek prokuratora powinien także zawierać:

- listę osób, których wezwania oskarżyciel żąda;
- wykaz innych dowodów, których przeprowadzenia na ewentualnej rozprawie głównej domaga się oskarżyciel.

Prokurator może zamieścić także wniosek o zaniechanie wezwania i odczytanie na rozprawie zeznań świadków przebywających za granicą lub mających stwierdzić okoliczności, którym oskarżony w wyjaśnieniach swych nie zaprzeczył, a okoliczności te nie są tak doniosłe, aby konieczne było bezpośrednie przesłuchanie świadków na rozprawie. Do wniosku dołącza się, do wiadomości sądu, listę ujawnionych osób pokrzywdzonych z podaniem ich adresów, a także adresy osób, których wezwania oskarżyciel żąda.

Złożenie do sądu niniejszego wniosku powinno iść w parze z przesłaniem sądowi akt sprawy wraz z załącznikami.

Niezależnie od powyższego wniosek powinien zawierać żądanie umorzenia postępowania i zastosowanie określonego środka zabezpieczającego, a także wskazanie, czy prokurator domaga się rozpoznania wniosku na rozprawie czy na posiedzeniu.

W piśmiennictwie zasadnie podnosi się, iż wniosku prokuratora złożonego w trybie art. 324 k.p.k. nie można zwrócić na podstawie przepisu art. 337 § 1 k.p.k. oskarżycielowi w celu usunięcia w terminie 7 dni istotnych braków

formalnych wniosku²¹, albowiem do wniosku tego nie mają odpowiedniego zastosowania przepisy dotyczące aktu oskarżenia, o których jest mowa w rozdziale 40 Kodeksu postępowania karnego²².

W literaturze słusznie postuluje się, że skoro do wniosku prokuratora o warunkowe umorzenie postępowania mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące aktu oskarżenia zawarte w rozdziale 40 Kodeksu postępowania karnego, w tym także art. 337 k.p.k. dotyczącym formalnej kontroli aktu oskarżenia (art. 336 § 4 k.p.k.), a do wniosku o umorzenie postępowania i zastosowania środków zabezpieczających mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące treści aktu oskarżenia, załączników oraz czynności związanych z wysłaniem do sądu aktu oskarżenia, to również do niniejszego wniosku powinien mieć odpowiednie zastosowanie art. 337 k.p.k.²³. Do czasu jednak uregulowania tej kwestii w sposób podobny jak w przypadku braków formalnych aktu oskarżenia oraz wniosku o warunkowe umorzenie postępowania, należy w przypadku pojawienia się braków formalnych wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających postępować w sposób przewidziany przepisem art. 120 k.p.k., a więc należy wezwać prokuratora aby w terminie siedmiu dni usunął brak formalny wniosku, który uniemożliwia nadanie wnioskowi biegu (np. wniosek nie został podpisany), pod rygorem uznania wniosku za bezskuteczny.

Zasadą jest, iż wniosek prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i zastosowanie środków zabezpieczających powinien być przez sąd rozstrzygnięty na rozprawie, natomiast wyjątkiem od tej reguły jest rozpoznanie przedmiotowego wniosku na posiedzeniu. Wynika to jednoznacznie z literalnego brzmienia przepisu art. 354 pkt 2 k.p.k. W praktyce jednak zbyt często, kierując się względami szybkości postępowania, przedmiotowy wniosek rozstrzygany jest przez sąd na posiedzeniu, a nie na rozprawie. O ile skierowanie wniosku o rozpoznanie na rozprawie nie jest obwarowane żadnymi przesłankami, to skierowanie wniosku do rozpoznania na posiedzeniu uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, to jest.:

- popełnienie czynu zabronionego przez podejrzanego i jego niepoczytalność w chwili czynu nie budzi wątpliwości;
- uznanie przez prezesa sądu za celowe rozpoznanie sprawy na posiedzeniu (art. 354 pkt 2 k.p.k.)²⁴.

²¹ W. Kociubiński, Orzekanie o środku zabezpieczającym z art. 94 § 1 nowego kodeksu karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego, PS 1999, nr 3, s. 124.

²² K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym, Warszawa 2008, s. 210–211.

²³ *Ibidem*, s. 212.

²⁴ Zobacz także: *Ibidem*, s. 220–228.

Dekodując użyty przez ustawodawcę w art. 354 pkt 2 k.p.k. zwrot „w świetle materiałów postępowania przygotowawczego popełnienie czynu zabronionego przez podejrzanego i jego niepoczytalność w chwili czynu nie budzą wątpliwości” należy rozumieć w ten sposób, iż dowody obciążające, jakie zostały zgromadzone w trakcie postępowania przygotowawczego, nie pozostawiają cienia wątpliwości co do sprawstwa i niepoczytalności podejrzanego. Samo przyznanie się podejrzanego do zarzucanego czynu, chociaż stanowi istną okoliczność, nie powinno mieć jednak decydującego znaczenia i powinno być rozważone w kontekście całokształtu materiału dowodowego, jaki został zgromadzony w danej sprawie.

Przykładowo: podejrzanym został zatrzymany na gorącym uczynku lub występując w sprawie bezpośredni świadek popełnienia przez podejrzanego zarzucanego mu czynu, zaś w sprawie brak jest dowodów wykluczających sprawstwo oskarżonego.

Niewątpliwie na rozprawę powinna być skierowana sprawa o charakterze poszlakowym. Wątpliwości co do poczytalności podejrzanego występują przede wszystkim wówczas, gdy do sprawy załączone są dwie lub więcej opinii psychiatrycznych o przeciwstawnych wnioskach końcowych co do poczytalności podejrzanego w chwili zarzucanego czynu.

W przypadku, gdy sąd w przedmiocie wniosku prokuratora proceduje na posiedzeniu, należy o terminie posiedzenia zawiadomić pokrzywdzonego, natomiast należy wezwać:

- prokuratora;
- podejrzanego oraz jego obrońcę (art. 339 § 5 k.p.k. i art. 354 pkt 2 k.p.k.); Nadto należy wezwać celem wysłuchania:
- biegłego psychologa;
- w sprawach osób niepoczytalnych, o ograniczonej poczytalności lub z zaburzeniami osobowości albo gdy sąd uzna to za wskazane – ponadto biegłych lekarzy psychiatrów;
- w sprawach osób z zaburzeniami preferencji seksualnych – biegłych wskazanych w pkt 1 i 2 oraz biegłego lekarza seksuologa lub psychologa seksuologa (art. 354a k.p.k.).

Wprawdzie co do zasady udział podejrzanego w posiedzeniu jest niezbędny, jednakże nie bierze on udziału w posiedzeniu, jeżeli z opinii biegłych wynika, że byłoby to niewskazane, chyba że sąd uzna jego udział za konieczny (art. 354 pkt 2 k.p.k.).

Kilka słów komentarza warto przytoczyć odnośnie udziału podejrzanego w posiedzeniu. W pierwszej kolejności podnieść należy, iż przewidziany art. 354 pkt 2 k.p.k. wymóg, aby posiedzenie odbyło się „z udziałem obrońcy i podejrzanego”, nie można rozumieć tylko jako powinność sądu powiadomienia podejrzanego o terminie posiedzenia. Jeżeli więc podejrzanym jest tymczasowo aresztowany, należy zarządzić doprowadzenie go na to posie-

dzenie, gdyż tylko wówczas zrealizowany zostanie ustawowy warunek, aby posiedzenie to odbywało się „z udziałem obrońcy i podejrzanego”²⁵. Ponadto w orzecznictwie zasadnie podnosi się, iż podejrzany nie bierze udziału w posiedzeniu, o którym mowa w art. 354 pkt 2 k.p.k. tylko wówczas, jeżeli z opinii wynika, że byłoby to niewskazane, ale i wówczas sąd może uznać jego udział w tej czynności za konieczny. Rozpoznanie zatem sprawy pod nieobecność podejrzanego w sytuacji gdy okoliczność ta nie wynika z opinii biegłych stanowi uchybienie określone w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.²⁶. Zgodnie z treścią art. 354 pkt 2 k.p.k. „podejrzany nie bierze udziału w posiedzeniu, jeżeli z opinii biegłych wynika, że byłoby to niewskazane”. Nie oznacza to jednak, że biegli w tym przedmiocie muszą w swojej opinii zawrzeć wprost stwierdzenie, że udział podejrzanego w posiedzeniu jest niewskazany, jeżeli wynika to w sposób jednoznaczny z treści opinii określającej aktualny stan zdrowia psychicznego podejrzanego przesądzający o tym, że jego udział w posiedzeniu jest nie tylko niewskazany, ale wręcz niedopuszczalny w dobrze pojętym jego własnym interesie²⁷.

W przypadku, gdy sąd rozpoznaje na posiedzeniu wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, podejrzany może nie brać w nim udziału, jeżeli z opinii biegłych wynika, że byłoby to niewskazane (art. 354 pkt 2 k.p.k.). W sytuacji natomiast gdy sąd proceduje na rozprawie, przedmiotową kwestię należy rozważyć przede wszystkim poprzez pryzmat przepisu art. 380 k.p.k., który stanowi, iż przepisy dotyczące oskarżonego stosuje się odpowiednio do osoby, której prokurator zarzuca popełnienie czynu zabronionego w stanie niepoczytalności i wnosi o umorzenie postępowania oraz o zastosowanie wobec niej środków zabezpieczających. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż podobnie jak w przypadku posiedzenia, jeżeli z opinii biegłych wynikać będzie, iż branie udziału w rozprawie przez osobę, której dotyczy wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających byłoby niewskazane, sąd *meriti* procedował będzie w przedmiocie wniosku prokuratora pod nieobecność osoby, której wniosek dotyczy. Innymi słowy o udziale zarówno w posiedzeniu jak i w rozprawie osoby, której dotyczy omawiany wniosek prokuratora, decydować powinna treść opinii biegłych. W piśmiennictwie zasadnie podnosi się, iż celowość sprowadzenia na rozprawę osoby, która z uwagi na stan zdrowia psychicznego pozbawiona jest świadomego uczestnictwa w rozprawie sądowej, jest niewskazane, a powinno być całkowicie wyłączone, gdy sytuacja taka mogłaby wpłynąć na pogorszenie jej aktualnego stanu zdrowia psychicznego²⁸. W takiej sytuacji sąd może zasto-

²⁵ Postanowienie SN z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. IV KK KKN 652/00, Legalis.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 5 października 2005 r., sygn. II KK 139/05, OSNwSK 2005, poz. 844.

²⁷ Postanowienie SN z dnia 4 stycznia 2006 r., sygn. V KK 372/05, OSNwSK 2006, poz. 40.

²⁸ J. Skorpka (red.), Kodeks postępowania karnego – komentarz, Warszawa 2015, s. 961.

sować rozwiązanie przewidziane art. 396 k.p.k. lub uznać za wystarczające odczytanie wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym.

Zarówno posiedzenie jak i rozprawa, na której rozpoznawany jest wniosek prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i zastosowanie środka zabezpieczającego, toczy się z wyłączeniem jawności (art. 359 pkt 1 k.p.k. i art. 95b § 1 k.p.k.).

Właściwym do rozpoznania wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, i to niezależnie czy sąd proceduje na rozprawie czy na posiedzeniu, jest sąd miejscowo oraz rzeczowo właściwy do rozpoznania sprawy, którą należy ustalić poprzez pryzmat art. 24 k.p.k. i następne.

Pewne wątpliwości może powodować kwestia składu, w jakim ma procedować sąd w przedmiocie wniosku prokuratora. Należy jednak przyjąć, że zarówno na posiedzeniu, jak i na rozprawie, wniosek prokuratora podlega rozpoznaniu w składzie podstawowym, to jest jednego sędziego (zobacz art. 30 § 1 k.p.k. i art. 28 § 1 k.p.k.)²⁹.

Zastanowienia wymaga kwestia, czy wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających podlega zwrotowi w trybie art. 344a k.p.k. w celu uzupełnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego. Zarówno doktryna³⁰, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza taką możliwość. W uzasadnieniu uchwały z dnia 25 października 2000 r. (sygn. I KZP 24/00) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż „zwrot sprawy w celu usunięcia istotnych braków postępowania przygotowawczego jest procesowym narzędziem egzekwowania, spoczywającego na organie ścigania obowiązku przedstawienia sądowi materiałów postępowania zabezpieczającego dowody w takim stanie, jaki umożliwić ma sądowi orzekanie o przedmiocie procesu”³¹. Wydaje się, iż nie ma także przeszkód ku temu, aby w przypadku, gdy sąd proceduje w przedmiocie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, zastosował rozwiązanie przewidziane przepisem art. 396a k.p.k., to jest gdy istotne braki postępowania przygotowawczego ujawnią się dopiero na rozprawie.

Procedowanie w przedmiocie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, może doprowadzić do następujących wniosków końcowych:

- przeprowadzone przez sąd postępowanie nie potwierdziło sprawstwa podejrzanego co do zarzucanego mu czynu;

²⁹ Podobnie: uchwała SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 21/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 49.

³⁰ Zobacz: K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym, *op. cit.*, s. 219–220.

³¹ OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 96.

- wprawdzie przeprowadzone postępowanie sądowe potwierdziło sprawstwo podejrzanego, lecz brak jest podstaw do przyjęcia, że podejrzany dopuścił się zarzucanego czynu w stanie niepoczytalności;
- ustalono, że podejrzany dopuścił się zarzucanego mu czynu w stanie niepoczytalności, lecz brak jest podstaw prawnych do zastosowania środków zabezpieczających wobec podejrzanego³².

W sytuacji, gdy przeprowadzone przed sądem postępowanie nie potwierdziło sprawstwa podejrzanego, sąd nie jest uprawniony do umorzenia postępowania, gdyż decyzję o zaniechaniu ścigania w przypadku, gdy podejrzany zachowaniem swoim nie wyczerpał znamion czynu zabronionego, podejmuje prokurator. Sąd uprawniony jest do umorzenia postępowania jedynie wówczas, gdy jednocześnie stosuje środek zabezpieczający. Sąd procedujący w przedmiocie wniosku prokuratora powinien wówczas postąpić w sposób wskazany w art. 324 § 2 k.p.k., czyli przekazać sprawę prokuratorowi do dalszego prowadzenia. Również sprawę do dalszego prowadzenia powinien sąd przekazać prokuratorowi jeżeli wprawdzie podczas postępowania przed sądem potwierdzi się sprawstwo podejrzanego, jednakże okaże się, iż brak jest podstaw do przypisania podejrzanemu działania w warunkach art. 31 § 1 k.k. (niepoczytalności)³³.

Warto wspomnieć, iż podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 23 kwietnia 2002 r. (sygn. I KZP 7/02) stanął na stanowisku, iż w wypadku gdy sąd, rozpoznając wniosek prokuratora – złożony na podstawie art. 324 k.p.k. – o umorzenie postępowania przygotowawczego i zastosowanie środka zabezpieczającego, dojdzie do wniosku, że brak jest podstaw do orzeczenia takiego środka, odmawia uwzględnienia wniosku i przekazuje sprawę prokuratorowi³⁴. Wydaje się, iż obecne brzmienie przepisu art. 324 § 2 k.p.k. nie powinno powodować wątpliwości, jak postąpić w omawianej sytuacji.

Ważnym zagadnieniem związanym z rodzajem rozstrzygnięcia sądu jest problematyka dotycząca cofnięcia przez prokuratora wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, zarówno w całości jak i częściowo, to jest tylko w zakresie zastosowania środków zabezpieczających. Kwestia ta bezpośrednio wiąże się to z możliwością odwoływania oświadczeń woli stron w postępowaniu karnym. Problematyką tą zajął się Sąd Najwyższy, który w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 26 września 2002 r. (sygn. I KZP 13/02) stanął na stanowisku, że cofnięcie przez prokuratora wniosku złożonego na podstawie art. 324 k.p.k. jest możliwe i wiąże

³² K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym, *op. cit.*, s. 233.

³³ Podobnie: postanowienie SN z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. V KK 176/13, LEX nr 1350336.

³⁴ OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 59.

sąd. Natomiast wniosek taki nie może być skutecznie cofnięty tylko w części dotyczącej stosowania środka zabezpieczającego, a tym samym oświadczenie prokuratora o takim cofnięciu nie wiąże sądu³⁵. W przypadku skutecznego cofnięcia przez prokuratora wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, sąd powinien wydać postanowienie o umorzeniu postępowania wywołanego wniesieniem przedmiotowego wniosku. Podstawę prawną do wydania takiego orzeczenia stanowi przepis art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., z którego wynika, iż postępowanie umarza się m.in. wówczas, gdy brak jest skargi uprawnionego oskarżyciela³⁶.

Istotną kwestią do rozstrzygnięcia jest także zagadnienie dotyczące możliwości orzeczenia przez sąd procedujący w przedmiocie wniosku prokuratora, o którym mowa w art. 324 § 1 k.p.k., innego środka zabezpieczającego niż wnioskował to prokurator.

Przykładowo: prokurator wnosił o umorzenie postępowania i umieszczenie podejrzanego w zakładzie psychiatrycznym, podczas gdy sąd dochodzi do wniosku, iż istnieją podstawy do umorzenia postępowania, jednakże jako wystarczający sąd uznał orzeczenie wolnościowego środka zabezpieczającego, np. terapii.

W piśmiennictwie dopuszcza się taką możliwość, w tym także możliwość orzeczenia obok wnioskowanego środka zabezpieczającego także innego, którego wniosek prokuratora nie obejmował³⁷.

Konstatując niniejsze rozważania należy podnieść, iż sąd procedujący w przedmiocie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających może wydać postanowienie o:

- zwrocie sprawy prokuratorowi w celu usunięcia istotnych braków postępowania przygotowawczego (art. 344a k.p.k.) – zaskarżalne (art. 344a § 3 k.p.k.);
- umorzeniu postępowania i zastosowaniu środków zabezpieczających – zaskarżalne na zasadach ogólnych (art. 459 § 1 i 2 k.p.k.);

³⁵ OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 88.

³⁶ K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym, *op. cit.*, s. 237.

³⁷ R. A. Stefański, Organ uprawniony do umorzenia postępowania przygotowawczego z powodu niepoczytalności podejrzanego w nowym Kodeksie postępowania karnego, *Prok. i Pr.* 1997, nr 12, s. 131; K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym, *op. cit.*, s. 237–128; R. A. Stefański, Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2002 r., WPP 2003, nr 2, s. 124–125; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego – komentarz, Warszawa 2014, Tom I, s. 1104; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego – komentarz, Warszawa 2011, Tom II, s. 177; B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego – komentarz, Warszawa 2015, Tom I, s. 1068.

- przekazaniu sprawy prokuratorowi do dalszego prowadzenia (art. 324 § 2 k.p.k.) – zaskarżalne (art. 324 § 3 k.p.k.); zażalenie nie przysługuje jednak na postanowienie o odmowie przekazania sprawy prokuratorowi do dalszego prowadzenia;
- umorzeniu postępowania, wywołanego wniesieniem przez prokuratora wniosku w trybie art. 324 § 1 k.p.k., w sytuacji gdy wniosek ten został cofnięty w całości – niezaskarżalne, gdyż nie zamyka drogi do wydania wyroku, nie zawiera rozstrzygnięcia o środku zabezpieczającym, a nadto przepis ustawy nie przewiduje w tej sytuacji zażalenia na postanowienie sądu (zobacz art. 459 § 1 i 2 k.p.k.).

Niezależnie od tego czy sąd decyzję o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środków zabezpieczających podejmuje po przeprowadzeniu posiedzenia, czy po przeprowadzeniu rozprawy, decyzja w tym przedmiocie zawsze ma formę postanowienia³⁸. Sentencja postanowienia sądu o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środków zabezpieczających powinna składać się z trzech punktów. W pierwszym punkcie sąd powinien umorzyć postępowanie w sprawie, wskazując już w sentencji postanowienia, a nie dopiero w uzasadnieniu, iż umorzenie postępowania nastąpiło z powodu niepoczytalności sprawcy. W drugim punkcie sentencji postanowienia sąd *meriti* powinien określić rodzaj zastosowanego środka zabezpieczającego ze wskazaniem podstawy prawnej jego zastosowania, natomiast punkt trzeci rozstrzygnięcia powinien dotyczyć tego, kto i w jakim zakresie ponosi koszty procesu (argument wynikający bezpośrednio z przepisu art. 626 § 1 k.p.k.). Mimo, iż obowiązujące przepisy nie nakładają takiego obowiązku, wskazane jest dla przejrzystości wydanego orzeczenia podanie także procesowej podstawy orzeczenia o umorzeniu postępowania (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.) oraz o kosztach procesu. Jeżeli podejrzany korzystał z pomocy obrońcy z urzędu, w postanowieniu o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego należy także zamieścić rozstrzygnięcie o zasądzeniu od Skarbu Państwa na rzecz wyznaczonego obrońcy kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej podejrzanemu z urzędu. Podejrzany może mieć obrońcę z wyboru, wówczas poniesione koszty, w przypadku złożenia wniosku, należy zasądzić od Skarbu Państwa na rzecz podejrzanego, albowiem co do zasady w sprawach z oskarżenia publicznego w przypadku umorzenia postępowania koszty procesu ponosi Skarb Państwa (art. 632 pkt 2 k.p.k.; zobacz także art. 632a § 2 k.p.k.).

Niewątpliwie postanowienie sądu powinno zawierać uzasadnienie, które sporządza się na piśmie wraz z samym postanowieniem, a jedynie w sprawie zawilej lub z innych ważnych przyczyn można odroczyć jego sporządzenie na czas do 7 dni (art. 98 § 1 i 2 k.p.k.). Obowiązujące przepisy polskiej

³⁸ Wyrok SN z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. II KK 326/12, Prok. i Pr. 2013, nr 3, poz. 5.

procedury karnej nie przewidują natomiast odroczenia wydania postanowienia, tak jak może to mieć miejsce w przypadku wyroku (art. 411 § 1 k.p.k.). W takiej sytuacji pozostaje jedynie konieczność odroczenia posiedzenia, aby na następnym terminie nastąpiło wydanie przez sąd postanowienia. W tym stanie rzeczy zasadne byłoby postulowanie wprowadzenia przez ustawodawcę także możliwości odroczenia wydania postanowienia na ściśle określony okres czasu, np. na 7 dni.

Wprawdzie Kodeks postępowania karnego w żadnym z przepisów nie określa, co powinno zawierać uzasadnienie postanowienia, zarówno sądu I instancji, jak i sądu odwoławczego, niemniej uzasadnienie postanowienia sądu *meriti* powinno zawierać: 1) ustalenia faktyczne; 2) ocenę zgromadzonego materiału dowodowego; 3) uzasadnienie: przyjętej kwalifikacji prawnej, kwestii dotyczącej umorzenia postępowania i potrzeby zastosowania w realiach danej sprawy określonego środka zabezpieczającego, rozstrzygnięcia co do zasądzonych kosztów nieopłaconych pomocy prawnej udzielonej podejrzanemu z urzędu oraz orzeczenia o kosztach procesu. Natomiast w uzasadnieniu postanowienia sądu odwoławczego, sąd II instancji powinien odnieść się do wszystkich zarzutów zawartych w zażaleniu oraz do okoliczności podlegających uwzględnieniu przez sąd z urzędu. Wydaje się, iż uzasadnienia przedmiotowych postanowień swoją treścią powinny być bardzo zbliżone do uzasadnień wyroków³⁹.

W orzecznictwie zasadnie podnosi się, że jeżeli wniosek prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie wobec niego środka zabezpieczającego jest rozpoznawany na rozprawie, to podstawą postanowienia sądu w przedmiocie tego wniosku mogą być wyłącznie dowody przeprowadzone – choćby pośrednio – na rozprawie. Podstawę postanowienia mogą też stanowić dowody przeprowadzone bezpośrednio tylko w postępowaniu przygotowawczym, o ile zostały ujawnione na rozprawie zgodnie z obowiązującymi przepisami⁴⁰. Natomiast w sytuacji gdy sąd w przedmiocie wniosku proceduje na posiedzeniu, poza nielicznymi dowodami przeprowadzonymi bezpośrednio przez sąd (przesłuchanie podejrzanego oraz biegłych w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 354a k.p.k.), podstawę faktyczną orzeczenia stanowi całokształt okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia (zobacz: art. 92 k.p.k.).

Kilka słów komentarza należy także poświęcić kwestii dotyczącej podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego. Zgodnie

³⁹ Zobacz: postanowienie SN z dnia 31 października 2008 r., sygn. II KK 76/08, OSNKW 2008, nr 12, poz. 104.

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 31 października 2008 r., sygn. II KK 76/08, OSNKW 2008, nr 12, poz. 104.

z art. 459 § 3 k.p.k. zażalenie przysługuje stronie, a także osobie, której postanowienie bezpośrednio dotyczy, a zatem przysługuje ono niewątpliwie prokuratorowi, podejrzanemu oraz jego obrońcy. Kwestią wątpliwą jest natomiast, czy zażalenie na przedmiotowe postanowienie przysługuje pokrzywdzonemu i ewentualnie jego pełnomocnikowi. Dostrzec należy, iż pokrzywdzony jest stroną, ale tylko postępowania przygotowawczego (art. 299 § 1 k.p.k.), natomiast nie jest stroną postępowania sądowego, a zatem powstaje pytanie, w jakiej roli bierze udział w posiedzeniu sądu pokrzywdzony (art. 354 pkt 2 k.p.k. *in fine*), skoro z woli samego ustawodawcy ma prawo wziąć w nim udział.

Zajmując się tą kwestią Sąd Najwyższy wyraził pogląd prawny, iż pokrzywdzony nie jest osobą uprawnioną do zaskarżenia postanowienia sądu wydanego – w trybie art. 354 k.p.k. – na wniosek prokuratora, skierowany do sądu na podstawie art. 324 § 1 k.p.k., o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego, albowiem – jak uznał to Sąd Najwyższy – nie jest to czynność sądu w postępowaniu przygotowawczym⁴¹. Pogląd ten spotkał się w piśmiennictwie zarówno z aprobatą⁴², jak i z krytyką⁴³. Chociaż nie brak słów aprobaty odnośnie poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy, stwierdzić należy, iż przedmiotowa kwestia nadal jest kontrowersyjna. Wydaje się, iż za przyznaniem pokrzywdzonemu prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego, przemawia szereg istotnych argumentów. Przede wszystkim warto zwrócić uwagę, iż procedowanie w przedmiocie niniejszego wniosku przez sąd jest czynnością sądu w postępowaniu przygotowawczym, gdyż postanowienie sądu wydane w trybie art. 354 k.p.k. jest orzeczeniem kończącym postępowanie przygotowawcze (dotyczy to przede wszystkim umorzenia postępowania), zaś sam ustawodawca używa tu określeń „podejrzany” i „pokrzywdzony”, a nie „oskarżony” czy też „strona”. Użycie określeń przytoczonych wcześniej świadczy o tym, iż wniosek prokuratora, o którym jest mowa w art. 324 § 1 k.p.k., stanowi czynność sądu w postępowaniu przygotowawczym, albowiem nazwy te są znamienne dla określenia stron w postępowaniu przygotowawczym. Charakterystyczne jest również to, iż w sytuacji, gdy sąd nie znajdzie podstaw do uwzględnienia wspomnianego powyżej wniosku, przekazuje sprawę prokuratorowi do dalszego prowadze-

⁴¹ Uchwała SN z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. I KZP 35/04, OSNKW 2005, nr 2, poz. 14.

⁴² K. Woźniowski, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. I KZP 35/04, GSP–Prze. Orz. 2005, nr 4, s. 81; D. Kaczmarek, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. I KZP 35/04, PS 2006, nr 1, s. 141; zobacz także: K. Dudka, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. I KZP 35/04, PiP 2005, nr 7, s. 122 oraz W. Marcinkowski, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005, sygn. I KZP 35/04, WPP 2005, nr 2, s. 138.

⁴³ K. Eichstaedt, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005, sygn. I KZP 35/04, Palestra 2007, nr 3–4, s. 306; W. Sych, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005, sygn. I KZP 35/04, PS 2006, nr 3, poz. 132.

nia (art. 324 § 2 k.p.k.), w wyniku czego może dojść do wniesienia aktu oskarżenia przez prokuratora, czy też np. umorzenia postępowania przygotowawczego. Ponadto wydanie rozstrzygnięcia w formie postanowienia, a nie wyroku, jest przede wszystkim charakterystyczne dla postępowania przygotowawczego. Niezależnie od powyższej argumentacji nadmienić należy, iż co do zasady umorzenie postępowania przygotowawczego należy do prokuratora, a sąd uprawniony jest do umorzenia postępowania tylko wtedy, gdy istnieją podstawy do zastosowania środka zabezpieczającego. Świadczy to zatem o tym, iż jest to czynność sądu w postępowaniu przygotowawczym, zwłaszcza iż wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego nie zastępuje aktu oskarżenia, jak to ma np. miejsce w przypadku wniosku prokuratora o warunkowe umorzenie postępowania, który w pewnych okolicznościach zastępuje akt oskarżenia (art. 341 § 2 k.p.k.).

Zakładając, iż pokrzywdzony nie jest stroną postępowania zainicjowanego wnioskiem prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, o czym wcześniej już wspomniano, to trudno jest wyjaśnić, w jakim charakterze ma on brać udział w posiedzeniu sądu, na którym rozpoznawany jest wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających. Skoro zatem ustawa wskazuje, iż pokrzywdzony ma prawo wziąć udział w posiedzeniu sądu (art. 354 pkt 2 k.p.k. *in fine*), to przyjąć należy, iż przysługuje mu prawo do czynnego udziału w tym posiedzeniu w charakterze strony (art. 299 § 1 k.p.k.).

Brak przyznania pokrzywdzonemu prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środków zabezpieczających stawia go niewątpliwie w niekorzystnej sytuacji, albowiem w przypadku uwzględnienia wniosku prokuratora nie będzie on miał możliwości wniesienia zażalenia, a w konsekwencji pozbawiony zostanie także możliwości dochodzenia ukarania sprawcy. Przykładowo można wskazać, iż możliwa jest sytuacja, w której nastąpi umorzenie przez sąd postępowania i dojdzie do zastosowania środka zabezpieczającego w sytuacji, gdy brak było ku temu podstaw, podczas gdy pokrzywdzony, gdyby posiadał atrybut strony, byłby w stanie skutecznie wykazać, iż po stronie podejrzanego nie zachodzą okoliczności z art. 31 k.k.⁴⁴

Przepis art. 519 k.p.k. w pierwotnym brzmieniu dopuszczał jedynie wniesienie kasacji od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie. Dopiero ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247) wprowadziła od 1 lipca 2015 r. możliwość wniesienia kasacji tak-

⁴⁴ Zobacz szerzej: K. Eichstaedt, Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2005 r., sygn. I KZP 35/04, *op. cit.*, s. 306–311 oraz K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w polskim prawie karnym, *op. cit.*, s. 245–249.

że od prawomocnego postanowienia sądu odwoławczego o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego określonego w art. 93a k.k.

Wnioski i uwagi końcowe

Mimo, iż środki zabezpieczające nie są nowym rozwiązaniem w polskim systemie prawnym, to jednak nadal ich stosowanie związane jest z wątpliwościami. Podstawowa wątpliwość dotyczy konstytucyjności przyjętego przez polskiego ustawodawcę rozwiązania, dającego możliwość stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego wobec sprawcy, który odbył orzeczoną prawomocnym wyrokiem, niejednokrotnie długotrwałą karę pozbawienia wolności. Zachodzi bowiem w tym wypadku konieczność rozstrzygnięcia kolizji, na ile środki zabezpieczające należy traktować jako reakcję na popełniony czyn zabroniony, a na ile jako reakcję na niebezpieczeństwo grożące społeczeństwu ze strony sprawcy. Wydaje się jednak, iż pierwszeństwo jako dobru nadrzędnemu należy przyznać ochronie społeczeństwa przed sprawcami niebezpiecznych przestępstw skazanych na kary pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy po opuszczeniu zakładu karnego istnieje realne niebezpieczeństwo popełnienia przez nich czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, albo że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. W tym wypadku nie chodzi bowiem o odpłatę za popełniony czyn, lecz o stosowanie wobec skazanych środków, mających na celu z jednej strony lecznicze oddziaływanie na skazanego, a drugiej strony zabezpieczenie społeczeństwa przed jego niepożądanymi zachowaniami.

Wprawdzie zasadą jest, iż wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających powinien być skierowany do rozpoznania na rozprawie, to jednak w praktyce przedmiotowe wnioski zbyt często kierowane są do rozpoznania na posiedzeniu.

Wreszcie istniejąca wątpliwość co do roli pokrzywdzonego, jaką ma do odegrania w trakcie postępowania, sprawia, iż zasadne byłoby ostateczne rozstrzygnięcie tej kwestii w drodze ustawy, poprzez przyznanie pokrzywdzonemu prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu o umorzeniu postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających.

Measure of protection in the form of commitment to a mental health facility, and doubts around ruling

Abstract

This paper explores criteria to be satisfied for a court to adjudicate a measure of protection in the form of commitment to a mental health facility. Discussed are also issues associated with the court proceeding on a prosecutor's request to discontinue the proceedings and apply the measure of protection, as well as doubts arising therefrom.

Ariadna H. Ochnio

Konfiskata rozszerzona w prawie wybranych państw europejskich

Streszczenie

Artykuł traktuje o rozwiązaniach jurydycznych dotyczących konfiskaty rozszerzonej w prawie francuskim, niemieckim, angielskim oraz włoskim. Jego celem jest wyodrębnienie podobieństw i różnic w konstrukcji konfiskaty rozszerzonej przyjętej w poszczególnych porządkach prawnych. Dla potrzeb niniejszego opracowania konfiskata rozszerzona rozumiana jest jako forma ostatecznego pozbawienia mienia ulokowana w systemie prawa karnego, rozszerzona przedmiotowo przez objęcie aktywów domniemaniem pochodzenia z przestępstwa. Instytucję konfiskaty rozszerzonej w prawie poszczególnych państw zobrazowano na tle rozmaitych sposobów ostatecznego pozbawiania aktywów związanych z przestępstwem, w tym przewidzianych w innych niż prawo karne gałęziach prawa.

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest ogólne zaprezentowanie karnoprawnej instytucji konfiskaty rozszerzonej w prawie wybranych państw europejskich: Francji, Niemiec, Wielkiej Brytanii (z ograniczeniem do prawa Anglii i Walii), Włoch. Artykuł zmierza do wyodrębnienia podobieństw i różnic w konstrukcji konfiskaty rozszerzonej przyjętej w badanych systemach prawnych. Wybór do analizy rozwiązań jurydycznych przyjętych w prawie francuskim, niemieckim, angielskim i włoskim był uzasadniony chęcią zbadania konstrukcji konfiskaty rozszerzonej w różniących się od siebie porządkach prawnych ukształtowanych pod wpływem odmiennych tradycji prawnych zarówno kontynentalnych, jak i *common law*. Dodatkowym motywem uwzględnienia w analizie prawa włoskiego była przyjęta w nim oryginalna koncepcja konfiskaty powiązana z prewencją przestępczości. Instytucja konfiskaty w zależności od sposobu i miejsca regulacji, przybiera w prawie włoskim formę karnego środka bezpieczeństwa o charakterze majątkowym lub administracyjnego środka prewencyjnego o charakterze majątkowym.

W celu uporządkowania kwestii terminologicznych należy wskazać, że decyzja ramowa Rady 2005/212/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie

konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa (Dz. Urz. UE L 68 z dnia 15 marca 2005 r., s. 49) zobowiązała państwa do wprowadzenia instytucji konfiskaty rozszerzonej przynajmniej za niektóre przestępstwa objęte wymienionymi w niej decyzjami ramowymi popełnione w ramach organizacji przestępczej, a także objęte decyzją ramową Rady 2002/475/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz. U. UE L 164 z dnia 22 czerwca 2002 r., s. 3) bez wymogu ich popełnienia w ramach organizacji przestępczej. Decyzja ramowa 2005/212/WSiSW w zakresie minimalnych wymogów odnośnie wprowadzenia konfiskaty rozszerzonej zawierała dodatkowe zastrzeżenia co do charakteru przestępstwa, które mogło przysporzyć korzyści majątkowej oraz co do surowości zagrożenia karą (zob. art. 3 ust. 1 lit. b). Akt ten dawał państwom możliwość wyboru jednego z trzech domniemań prawnych pochodzenia mienia z przestępstwa, które wiązały się z przerzuceniem ciężaru dowodu legalnego pochodzenia aktywów z oskarżyciela na osobę, której domniemanie dotyczy (art. 3 ust. 2). Pośrednią konsekwencją możliwości wyboru przez państwa jednego z wariantów domniemania prawnego była różnorodność wprowadzonych rozwiązań w zakresie konfiskaty rozszerzonej¹.

Decyzja ramowa 2005/2012/WSiSW nie posługiwała się terminem konfiskaty rozszerzonej, ale mówiła w art. 3 w sposób ogólny o rozszerzonych uprawnieniach do konfiskaty (*extended powers of confiscation*). Do takich uprawnień zakwalifikowano również konfiskatę mienia nabytego przez osoby najbliższe i mienia przekazanego osobie prawnej, nad którą dana osoba sprawuje kontrolę samodzielnie, w powiązaniu z osobami najbliższymi lub jeżeli otrzymuje znaczną część dochodu osoby prawnej (art. 3 ust. 3). Rozszerzone uprawnienia do konfiskaty według decyzji ramowej 2005/2012/WSiSW obejmowały zatem również pozbawianie mienia osób trzecich. Tak rozumiana konfiskata była rozszerzona zarówno przedmiotowo (poprzez domniemania prawne pochodzenia mienia z przestępstwa) oraz podmiotowo (poprzez jej zastosowanie wobec osób trzecich). Podsumowując, decyzja ramowa 2005/2012/WSiSW w art. 3 traktuje o konfiskacie *sensu largo*, czyli rozszerzonej przedmiotowo i podmiotowo.

Kolejny akt prawny UE, tj. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 127 z dnia 29 kwietnia 2014 r., s. 39) przewiduje już jednolitą konstrukcję konfiskaty rozszerzonej bez możliwości wyboru wariantu domniemania prawnego pochodzenia mienia z przestępstwa. Akt ten wyszczególnia konfiskatę rozszerzoną (*extended*

¹ Zob. więcej A. H. Ochnio, Konfiskata korzyści z przestępstwa – nowe rozwiązania w prawie Unii Europejskiej (część I), Prokuratura i Prawo 2016, nr 4, s. 57–78.

confiscation), którą można uznać za konfiskatę *sensu stricto*, czyli rozszerzoną tylko przedmiotowo – na całość lub część mienia skazanego za przestępstwo, które może być źródłem (bezpośrednio lub pośrednio) korzyści majątkowych, jeżeli sąd na podstawie okoliczności sprawy, w tym konkretnych faktów i dostępnych dowodów, takich jak nieproporcjonalna do legalnego dochodu skazanego wartość mienia, jest przekonany, że pochodzi ono z działalności przestępczej (art. 5). W zakresie minimalnych wymogów dotyczących konfiskaty rozszerzonej wskazano, że skazanie powinno dotyczyć przynajmniej przestępstw przewidzianych w wymienionych w tym akcie decyzjach ramowych i dyrektywach, tj. przestępstw czynnej i biernej korupcji w sektorze publicznym oraz prywatnym, cyberprzestępstw, przestępstw związanych z udziałem w organizacji przestępczej oraz dotyczących pornografii dziecięcej. Dyrektywa zawiera dodatkowe zastrzeżenia odnośnie zagrożenia karą za przestępstwo (zob. art. 5 ust. 2 lit. e).

Obok konfiskaty rozszerzonej w dyrektywie 2014/42/UE wyodrębniono konfiskatę w stosunku do osób trzecich (*confiscation from a third party*), tj. wobec osób, przez które korzyści lub mienie zostało nabyte od podejrzanego (oskarżonego) lub im przekazane, przynajmniej w sytuacjach, w których osoby te wiedziały lub na podstawie konkretnych faktów i okoliczności, takich jak przekazanie lub nabycie nieodpłatne lub za kwotę znacznie niższą niż wartość rynkowa danego mienia, powinny były wiedzieć, że celem przekazania lub nabycia było uniknięcie konfiskaty (art. 6). Ponadto w dyrektywie tej (art. 4 ust. 2) wyodrębniono konfiskatę narzędzi i korzyści niezależną od wyroku skazującego (*non-conviction based confiscation*), która powinna znajdować zastosowanie przynajmniej w przypadku choroby lub ucieczki podejrzanego (oskarżonego)².

Niniejsze opracowanie skupia się na karnoprawnej konfiskacie rozszerzonej w wąskim znaczeniu (*sensu stricto*) podobnym do zaproponowanego w dyrektywie 2014/42/UE. Dla potrzeb artykułu konfiskata rozszerzona rozumiana jest jako forma ostatecznego pozbawienia mienia związanego z przestępstwem, ulokowana w systemie prawa karnego, której zakres został rozszerzony przedmiotowo poprzez objęcie aktywów domniemaniem pochodzenia z przestępstwa. W ten sposób związek pochodzenia konkretnego mienia z przestępstwem, które jest przedmiotem postępowania karnego, został rozluźniony.

² *Ibidem*, s. 80–83. Na temat propozycji uregulowania konfiskaty rozszerzonej w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady o zamrożeniu i konfiskacie korzyści z przestępstwa w Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2012 r., COM(2012) 85 final, zob. więcej J. Boucht, Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2013, nr 2, s. 127–162.

Konfiskaty rozszerzonej dotyczą zalecenia Grupy Zadaniowej ds. Prania Pieniędzy oraz Finansowania Terroryzmu (*Financial Action Task Force*, FATF), w której uczestniczą wszystkie państwa, których konstrukcje konfiskaty rozszerzonej zostały poddane analizie w niniejszym opracowaniu. Rekomendacje FATF zalecają państwom rozważenie przyjęcia środków pozwalających na konfiskatę korzyści lub narzędzi przestępstwa prania pieniędzy, przestępstwa bazowego, jak również przestępstwa finansowania terroryzmu bez wymogu uprzedniego wyroku skazującego lub środków, które zobowiązują sprawcę do wykazania legalnego pochodzenia mienia (objętego domniemaniem), co do którego przewidziana jest konfiskata, przy czym wymaganie takie powinno zostać przyjęte w zakresie zgodnym z zasadami prawa krajowego (Zalecenie nr 4 *Confiscation and provisional measures*)³. Podobne zalecenie przewidziano w Konwencji ONZ przeciwko korupcji z dnia 31 października 2003 r.⁴ Zgodnie z art. 31 ust. 8 tej konwencji, państwa strony mogą rozważyć wprowadzenie wymogu, aby to sprawca wykazał legalne pochodzenie domniemanych dochodów z przestępstwa lub innego mienia podlegającego konfiskacie, w zakresie, w jakim wymóg taki jest zgodny z podstawowymi zasadami prawa krajowego oraz z charakterem postępowania sądowego lub innego postępowania. Zalecenie takie znajduje się również w Konwencji ONZ przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z dnia 15 listopada 2000 r.⁵ Według art. 12 ust. 7 tej konwencji, państwa strony mogą rozważyć wprowadzenie wymogu, aby to sprawca wykazał legalne pochodzenie domniemanych dochodów z przestępstwa lub innego mienia podlegającego konfiskacie, w zakresie, w jakim wymóg taki jest zgodny z zasadami prawa krajowego oraz z charakterem postępowań sądowych oraz innych postępowań. Francja i Wielka Brytania (z zastrzeżeniami) podpisały i ratyfikowały Konwencję Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu z dnia 16 maja 2005 r.⁶ Konwencja ta została również podpisana przez Niemcy (w dniu 28 stycznia 2016 r.) oraz Włochy (w dniu 8 czerwca 2005 r.), ale nie została jeszcze ratyfikowana⁷.

³ The FATF Recommendations. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Paris, February 2012, updated June 2016. Rekomendacje dostępne pod adresem: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html> (dostęp w dniu 3 sierpnia 2016 r.).

⁴ Dz. U. z 2007 r., Nr 84, poz. 563.

⁵ Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158.

⁶ Dz. U. z 2008 r., Nr 165, poz. 1028.

⁷ Chart of signatures and ratifications of Treaty 198, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Status as of 03.08.2016, dostępny na stronie internetowej Council of Europe: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/198/signatures?p_auth=g7dCVre4 (dostęp w dniu 3 sierpnia 2016 r.).

W art. 3 ust. 4 wskazana konwencja zobowiązuje strony do przyjęcia środków ustawodawczych i innych, koniecznych do wymagania, aby to sprawca wykazywał źródło pochodzenia zakwestionowanych dochodów lub innego mienia podlegającego konfiskacie, w przypadku poważnego przestępstwa lub przestępstw, zgodnie z przepisami prawa krajowego, w zakresie, w jakim wymóg ten jest zgodny z zasadami prawa krajowego.

Zarysowanie instytucji konfiskaty rozszerzonej *sensu stricto* w różnych porządkach prawnych nie jest możliwe bez umieszczenia jej w szerszym kontekście, to jest na tle unormowań dotyczących ostatecznego pozbawiania aktywów pochodzących z przestępstwa obowiązujących w omawianych państwach. Stąd w poszczególnych częściach artykułu, przed przedstawieniem konstrukcji karnoprawnej konfiskaty rozszerzonej zobrazowano rozmaite sposoby pozbawiania mienia związanego z przestępstwem przyjęte w prawie danego państwa. W niniejszym opracowaniu znajdują się również z tego względu uwagi natury ogólnej dotyczące tzw. konfiskaty podstawowej, wobec osób trzecich, niezależnej od wyroku skazującego, w tym odnoszącej się do konfiskaty orzekanej w związku z przestępstwem, ale ulokowanej poza systemem prawa karnego, która oferuje szerokie możliwości ostatecznego pozbawiania mienia bez surowych wymogów dowodowych obowiązujących w procesie karnym. Kilka uwag poświęcono nadto wzbudzającemu kontrowersje przestępstwu polegającemu na posiadaniu aktywów nieuzasadnionego pochodzenia. Poprzez wprowadzenie za jego popełnienie sankcji karnej o charakterze majątkowym można wywołać skutek zbliżony do konfiskaty rozszerzonej. Ze względu na to, że artykuł jest skierowany do polskiego czytelnika, zwrócono w nim także uwagę na niektóre rozwiązania przyjęte w obcych systemach prawnych wiążące się w pewnym stopniu z konfiskatą, a nieznane prawu polskiemu.

Francja

1. Francuski kodeks karny (*Code pénal*)⁸, zwany dalej C.P., przewiduje w art. 131–21 karę dodatkową konfiskaty (*la peine complémentaire de confiscation*). Konfiskata będąca formą kary kryminalnej wiąże się z wydaniem wyroku skazującego⁹. Może być orzeczona tylko w przypadkach wskazanych w przepisach szczególnych. Ponadto jest to forma ukarania przewi-

⁸ Tekst *Code pénal* dostępny pod adresem: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (dostęp w dniu 28 czerwca 2016 r.).

⁹ Zob. Arrêt nr 5848 z dnia 13 listopada 2003 *Cour de cassation – Chambre criminelle*. Orzeczenie to dotyczy wykonania na terenie Francji włoskiego nakazu konfiskaty mającego charakter środka prewencyjnego niezależnego od wyroku skazującego. Por. L. Hamran, Report on non-conviction-based confiscation (General Case 751/NMSK – 2012), Eurojust, 2 kwietnia 2013, s. 32.

dziana z mocy prawa za zbrodnię lub występki zagrożony karą pozbawienia wolności powyżej jednego roku¹⁰, z wyłączeniem tzw. przestępstw prasowych (art. 131–21 al. 1 C.P.)¹¹. Obowiązkowa konfiskata dotyczy przedmiotów kwalifikowanych przez przepisy prawa jako niebezpieczne lub szkodliwe, jak również przedmiotów, których przechowywanie jest niezgodne z prawem, niezależnie od tego, czy stanowią własność skazanego (art. 131–21 al. 7 C.P.).

2. Konfiskata obejmuje wszystkie ruchomości lub nieruchomości (*les biens meubles ou immeubles*) dowolnego rodzaju, które zostały wykorzystane lub przeznaczone do popełnienia przestępstwa, których właścicielem jest skazany lub którymi może swobodnie dysponować, z zastrzeżeniem ochrony praw majątkowych osób będących w dobrej wierze (art. 131–21 al. 2 C.P.). Pierwszeństwo przed konfiskatą ma zwrot dóbr osobom pokrzywdzonym przestępstwem. Ponadto konfiskacie podlegają przedmioty przestępstwa oraz produkty bezpośrednie lub pośrednie z przestępstwa. Jeżeli produkty z przestępstwa (korzyści) zostały wymieszane z dobrami pochodzącymi z legalnych źródeł w celu zakupu jednego lub więcej aktywów konfiskata może dotyczyć tylko aktywów do wysokości szacowanej wartości produktów z przestępstwa (art. 131–21 al. 3 C.P.). Francuski kodeks karny przewiduje również konfiskatę wartości mienia, która może być wykonywana na wszelkich dobrach należących do skazanego lub w zakresie których posiada on prawo swobodnego dysponowania, z poszanowaniem praw majątkowych osób będących w dobrej wierze (art. 131–21 al. 9 C.P.). W celu odzyskania kwoty reprezentującej wartość rzeczy dopuszczalne jest zastosowanie przepisów dotyczących tzw. przymusu sądowego (*contrainte judiciaire*). Według art. 749 francuskiego kodeksu postępowania karnego (*Code de procédure pénale*), zwanego dalej C.P.P., przymus ten polega na pozbawieniu wolności na okres ustalony przez sędziego, którego granice maksymalne określają przepisy procesowe, przy czym różnią się one w zależności od wysokości grzywny (art. 750 C.P.P.). Kara dodatkowa konfiskaty jest stosowana na takich samych zasadach wobec praw do dóbr niematerialnych (*les droits incorporels*, art. 131–21 al. 8 C.P.). Rzecz skonfiskowana przechodzi na rzecz państwa, chyba że przepisy szczególne przewidują jej zniszczenie lub przydzielenie, jednocześnie pozostaje obciążona w przypadku praw rzeczowych ustanowionych zgodnie z prawem na rzecz osób trzecich (art. 131–21 al. 10 C.P.)¹².

¹⁰ Por. art. 2 decyzji ramowej 2005/212/WSiSW oraz <http://www.senat.fr/rap/I06-132/I06-13213.html> (dostęp w dniu 28 czerwca 2016 r.).

¹¹ Skrót „al.” od francuskiego słowa *alinéa* oznaczającego akapit, fragment tekstu.

¹² Francuski kodeks karny przewiduje przepisy specjalne odnoszące się do konfiskaty samochodów i zwierząt (zob. art. 131–21 al. 11 C.P., art. 131–21–1 C.P., art. 131–21–2 C.P.).

3. W przypadkach określonych w przepisach szczególnych konfiskata może dotyczyć całości lub części mienia (*la confiscation de tout ou partie des biens*). Na marginesie rozważań należy wspomnieć, że w prawie francuskim przed uchwaleniem kodeksu karnego z 1994 r. funkcjonowała tzw. konfiskata generalna dotycząca całości mienia, obok tzw. konfiskaty specjalnej odnoszącej się do części mienia należącego do skazanego¹³.

Na przykład za zbrodnię przeciwko ludzkości oraz gatunkowi ludzkiemu grozi konfiskata całości lub części mienia należącego do skazanego (osoby fizycznej lub prawnej) lub którym posiada on prawo swobodnego dysponowania z zastrzeżeniem ochrony praw majątkowych osób będących w dobrej wierze (art. 213–1, 4 C.P., art. 213–3, 2 C.P., art. 215–1, 4 C.P., art. 215–3, 3 C.P.). Podobny jest zakres konfiskaty przewidzianej za inne poważne przestępstwa dotyczące: handlu ludźmi, sutenerstwa i kuplerstwa (art. 222–25 C.P.); dyskryminacji, pracy przymusowej (art. 225–19 C.P.); handlu bronią (art. 222–66 C.P.); aktów terroryzmu (art. 422–6 C.P.); obrotu narkotykami (art. 222–49 C.P.); korupcji (zepsucia) małoletniego, pornografii z udziałem małoletnich w ramach organizacji przestępczej (art. 227–33 C.P.); posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia (art. 321–10–1 C.P.); prania pieniędzy (art. 324–7 C.P., art. 324–9 C.P.); fałszowania pieniędzy (art. 442–16 C.P.); udziału w grupie przestępczej stworzonej w celu popełniania zbrodni lub występków zagrożonych karą co najmniej dziesięciu lat pozbawienia wolności, posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia¹⁴ (art. 450–5 C.P.), zbrodni lub występków wojennych (art. 462–6 C.P.).

4. Konfiskata rozszerzona (*confiscation élargie* lub *confiscation étendue*) ma zastosowanie w przypadku zbrodni lub występków zagrożonych karą co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności, które przysporzyły korzyści bezpośredniej lub pośredniej. Artykuł 131–21 al. 5 C.P. rozszerza konfiskatę na wszystkie dobra ruchome i nieruchome (*les biens meubles ou immeubles*) należące do skazanego lub którymi może on swobodnie dysponować, z zastrzeżeniem ochrony praw majątkowych osób będących w dobrej wierze, jeżeli skazany ani właściciel nie są w stanie wyjaśnić pochodzenia dóbr. Domniemanie pochodzenia z przestępstwa dotyczy zatem dóbr, których legalnego pochodzenia nie jest w stanie wyjaśnić skazany, a w przypadku dóbr, w zakresie których posiada on faktyczne prawo dysponowania, również ich formalny właściciel.

Przepisy dotyczące konfiskaty rozszerzonej nie zawierają ograniczenia czasowego nabycia mienia objętego konfiskatą rozszerzoną, mimo że dyrek-

¹³ Na temat historycznego rozwoju instytucji konfiskaty w prawie francuskim, zob. więcej: A. Kletzen, T. Godefroy, *Confiscation and Anti-Money Laundering Regulations under French Law*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1997, nr 3, s. 273–280.

¹⁴ Zob. pkt 1.5. niniejszego opracowania.

tywa 2014/42/UE umożliwia państwom wprowadzenie takiego zastrzeżenia czasowego. W preambule tej dyrektywy (pkt 21) w odniesieniu do konfiskaty rozszerzonej wskazano, że państwa członkowskie mogą wprowadzić wymóg określonego przedziału czasowego, w trakcie którego mienie można uznać za pochodzące z działalności przestępczej. Instytucja konfiskaty rozszerzonej przewidziana w prawie francuskim umożliwia sięgnięcie do wszystkich dóbr (ruchomych i nieruchomości, ponadto jak wskazano, kara dodatkowa konfiskaty jest stosowana na takich samych zasadach wobec praw do dóbr niematerialnych), należących zarówno do skazanego, jak i innej osoby, bez wymogu udowodnienia związku konkretnych aktywów z przestępstwem. Jednocześnie ciężar dowodu, ale tylko w zakresie wykazania legalnego pochodzenia dóbr, został przerzucony na osoby, których dotyczy wzruszalne domniemanie prawne pochodzenia z przestępstwa dóbr, których legalne źródło nie zostało wyjaśnione. Przepisy art. 131–21 al. 5 C.P., odmiennie niż w przypadku konfiskaty podstawowej, nie zawierają odniesienia do konkretnych rzeczy wykorzystanych lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa.

Podsumowując, konstrukcję konfiskaty rozszerzonej we francuskim prawie karnym charakteryzuje:

- kryterium wagi przestępstwa (zbrodnia lub występki zagrożony karą co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności, przysparzające korzyści bezpośredniej lub pośredniej);
- możliwość sięgnięcia do aktywów bez formalnego ograniczenia czasowego ich nabycia;
- brak wymogu udowodnienia związku konkretnych aktywów z przestępstwem;
- zastosowanie wzruszalnego domniemanie prawne pochodzenia aktywów z przestępstwa;
- przerzucenie ciężaru dowodu w zakresie wykazania legalnego pochodzenia aktywów na osoby, których dotyczy domniemanie.

5. Francuski kodeks przewiduje ponadto specjalne przestępstwo posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia. Kryminalizacja takiego zachowania jest wymierzona w zwalczanie przestępczości zorganizowanej¹⁵. W myśl art. 321–6 al. 1 C.P. (zmienionego ustawą nr 2006–64 z dnia 23 stycznia 2006 r.) przestępstwo polegające na niepowodzeniu uzasadnienia zasobów korespondujących ze stylem życia danej osoby lub nieusprawiedliwieniu pochodzenia posiadanych aktywów, w sytuacji pozostawiania danej osoby w stałych relacjach (*relations habituelles*) z jedną lub więcej

¹⁵ Zob. Commission Staff Working Paper accompanying document to the Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union. Impact assessment, COM (2012) 85 final, SWD(2012) 32 final, Brussels, 12.03.2012, s. 12.

osobami utrzymującymi się z popełniania zbrodni lub występków zagrożonych karą co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności i przynoszących korzyści bezpośrednie lub pośrednie, lub które są ofiarami tych przestępstw, zagrożone jest karą trzech lat pozbawienia wolności oraz grzywną w wysokości 75.000 euro¹⁶. Takie samo zagrożenie karne przewidziane jest za zachowanie polegające na ułatwianiu uzasadnienia fikcyjnych zasobów osobom utrzymującym się z popełniania zbrodni lub występków zagrożonych karą co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności, przynoszących korzyści bezpośrednie lub pośrednie (art. 321–6 al. 2 C.P.). W przypadku przestępstwa posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia, podobnie jak w konstrukcji konfiskaty rozszerzonej, ciężar dowodu legalnego pochodzenia aktywów został przerzucony na osobę będącą dysponentem aktywów. Za popełnienie takiego przestępstwa w typie podstawowym lub kwalifikowanym grozi dodatkowo kara konfiskaty całości lub części mienia (art. 321–10–1 C.P., art. 450–5 C.P., zob. pkt 3 niniejszego opracowania)¹⁷.

6. Aktywa, co do których przewidziana jest konfiskata mogą być przedmiotem zajęcia w postępowaniu karnym (art. 41–5, 97–99–2, 706–30 oraz od art. 706–141 do art. 706–158 C.P.P.)¹⁸. We francuskim systemie prawnym funkcjonuje wyspecjalizowana centralna Agencja do spraw zarządzania i odzyskiwania zajętych oraz skonfiskowanych aktywów (*l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués*), zwana dalej Agencją lub AGRASC. Posiada ona szerokie uprawnienia w zakresie dysponowania mieniem¹⁹. Została ona przewidziana w ustawie nr 2010–768 z dnia 9 lipca 2010 r. oraz utworzona dekretem nr 2011–134 z dnia 1 lutego 2011 r. Struktura AGRASC została uregulowana w art. R54–1–R54–9 C.P.P.²⁰ Rada za-

¹⁶ Por. L. Muzila, M. Morales, M. Mathias, T. Berger, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington D.C. 2012, s. 35.

¹⁷ Przestępstwo dotyczące aktywów nieuzasadnionego pochodzenia jest kwalifikowane ze względu na zbrodnie i występkę, o których mowa w art. 321–6 C.P., tj.: 1) popełnione przez małoletniego; 2) dotyczące: handlu ludźmi, wymuszenia, grupy przestępczej, przestępstw związanych z bronią i materiałami wybuchowymi, handlu narkotykami (w tym stałych relacji z osobami używającymi narkotyków; 3) wymienione w punkcie 2, popełnione przez jednego lub więcej małoletnich (art. 321–6–1 C.P.).

¹⁸ Odnośnie zajęcia stosowanego w przypadku przewidywania orzeczenia konfiskaty rozszerzonej, zob. art. 706–148 C.P.P.

¹⁹ Na temat postępowania zabezpieczającego przed utworzeniem Agencji do spraw zarządzania i odzyskiwania zajętych oraz skonfiskowanych aktywów, zob. więcej: T. Godefroy, A. Kletzen, Blanchiment et confiscation. La situation française vue à travers l'analyse de dossiers, Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales (CESDIP), Guyancourt 2000, nr 83, s. 23–24.

²⁰ Zob. także: Circulaire du 22 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions résultant de la loi nr 2010–768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, NOR: JUSD1033251C, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, nr 2011–01, 31 stycznia 2011 r.; Circulaire du 3 février 2011 relative à la présentation de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) et

rzządzająca AGRASC, oprócz przewodniczącego, składa się z sześciu przedstawicieli państwa: dyrektora ds. karnych i ulaskawień, sekretarza generalnego Ministerstwa Sprawiedliwości, dyrektora generalnego finansów publicznych, dyrektora generalnego Policji, dyrektora generalnego Żandarmerii, dyrektora generalnego ds. cel i akcyzy. Ponadto z dwóch osób wyróżniających się wiedzą z zakresu prawa umów, prawa spółek, zarządzania majątkiem i zamówieniami publicznymi, które wyznacza Minister Sprawiedliwości, z tym że jedną z nich na wniosek ministra ds. budżetu. Dwóch przedstawicieli pochodzi spośród pracowników Agencji.

Zadaniem AGRASC jest m.in. zarządzanie powierzonymi dobrami skonfiskowanymi lub zabezpieczonymi do celów procesu karnego, które wymagają podjęcia działań administracyjnych zmierzających do zachowania ich wartości lub odzyskania, ponadto scentralizowane zarządzanie pieniędzmi zajętymi w toku postępowania karnego (zob. art. 706–160 C.P.P.). Jednym z uprawnień Agencji jest sprzedaż zajętych aktywów przed merytorycznym zakończeniem postępowania karnego, jeżeli ich dalsze przechowywanie nie jest konieczne dla ustalenia stanu faktycznego oraz jeżeli grozi spadkiem ich wartości²¹. AGRASC może również zarządzać kompleksem różnych aktywów²² (zob. art. 706–160, 1 C.P.P.). Uwzględniając szerszy kontekst uregulowań dotyczących ostatecznego pozbawiania mienia związanego z przestępstwem należy mieć także na uwadze przepisy art. 1124–1 i art. 2222–9 Kodeksu generalnego własności podmiotów publicznych (*Code général de la propriété des personnes publiques*), które dotyczą przyznania nieruchomości instytucjom państwowym oraz ruchomości organom ochrony prawnej, np. Policji, Żandarmerii, służbom celnym. Powyższe dotyczy nieruchomości lub ruchomości objętych konfiskatą (por. także art. 41–5 al. 3 C.P.P. w zakresie zajętych aktywów)²³.

de ses missions, NOR: JUSD1103707C, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, nr 2011–02, 28 luty 2011 r.

²¹ Zob. pkt II.2.1 Circulaire du 22 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions résultant de la loi nr 2010–768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, NOR: JUSD1033251C, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, nr 2011–01, 31 styczeń 2011 r. oraz pkt I.2 Circulaire du 3 février 2011 relative à la présentation de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) et de ses missions, NOR: JUSD1103707C, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, nr 2011–02, 28 luty 2011 r. Zob. także raporty roczne dotyczące działalności AGRASC dostępne na stronie internetowej <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/> (dostęp w dniu 1 sierpnia 2016 r.).

²² Zob. Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States. Laws and Practices, Center for the Study of Democracy, Sofia 2014, s. 68 oraz Reutilizarea în scopuri sociale a bunurilor confiscate din infracțiuni. Reuse of confiscated criminal assets for social purposes, The Centre of Legal Resources, București 2015, s. 13.

²³ *Ibidem*.

Niemcy

1. Kwestie pozbawiania mienia związanego z przestępstwem zostały uregulowane w § 73–73e (*Verfall*), § 74–75 (*Einziehung*) oraz § 76–76a niemieckiego kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch*), zwanego dalej StGB. Na wstępie należy zaznaczyć, że co prawda słowa *Verfall und Einziehung* tłumaczone są z języka niemieckiego na język polski jako przepadek i konfiskata²⁴, jednakże w literaturze anglojęzycznej w odniesieniu do regulacji zawartych w § 73–73e StGB jest używany również termin konfiskata²⁵. Podobnie w tłumaczeniu niemieckiego kodeksu karnego na język angielski zamieszczonym na stronie internetowej Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów, w odniesieniu do uregulowań zawartych w § 73–73e StGB posłużono się terminem konfiskata (*confiscation*), natomiast w odniesieniu do uregulowań zawartych w § 74–75 StGB posłużono się terminem nakaz pozbawienia (*deprivation order*)²⁶. W piśmiennictwie legilingwistycznym proponuje się natomiast używanie dwóch nazw: *Verfall* i *Einziehung* w tłumaczeniu na oznaczenie przepadku, z uzasadnieniem, że co prawda *Einziehung* dotyczy przepadku przedmiotów (rzeczy lub praw), zaś *Verfall* korzyści, ale w polskim prawie funkcjonuje tylko jeden termin, tj. przepadek²⁷. Powyższe należy odnosić również do pozbawiania równowartości korzyści majątkowych lub przedmiotów. Dla potrzeb niniejszego opracowania kwestie rozróżnienia terminologicznego między konfiskatą a przepadkiem nie są kluczowe, istotne są natomiast przewidziane przez prawo sposoby ostatecznego pozbawiania mienia związanego z przestępstwem. Prawo Unii Europejskiej posługuje się terminem konfiskaty, która swym znaczeniem obejmuje zarówno pozbawianie korzyści, jej równowartości, jak też

²⁴ Nazewnictwem takim posługuje się np. A. M. Michałowska w publikacji *Przepadek i konfiskata w niemieckim kodeksie karnym*, (w:) *Przepadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, pod red. E. M. Guzik-Makaruk, Warszawa 2012, s. 149. Por. tłumaczenie słowa *Einziehung* jako m.in. przepadek, konfiskata, wycofanie z obiegu, zniesienie, natomiast słowa *Verfall* jako przepadek, (w:) O. Chybiński, K. Działocha, E. Fojcik-Mastalska, A. Klein, M. Miemieć, J. Mokry, H. Szurgacz, *Słownik prawniczy niemiecko-polski. Rechtswörterbuch deutsch-polnisch*, Warszawa 1995, s. 39, 206.

²⁵ Zob. np. R. Esser, *A Civil Asset Recovery Model. The German Perspective and European Human Rights*, (w:) *Non-Conviction-Based Confiscation. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, pod red. J.P. Rui, U. Sieber, Berlin 2015, s. 72; B. Vettori, *Tough on Criminal Wealth. Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht 2006, s. 62.

²⁶ Tłumaczenie dostępne pod adresem: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html (dostęp w dniu 4 lipca 2016 r.).

²⁷ K. Siewert-Kowalkowska, *Kary i środki karne w polskim kodeksie karnym oraz ekwiwalenty ich nazw w języku niemieckim*, *Legilingwistyka Porównawcza. Comparative Legilinguistics (International Journal for Legal Communication)* 2015, v. 21, s. 78, 81.

przedmiotów i narzędzi przestępstwa. Należy również pamiętać, że przepisy § 76–76a StGB zawierają regulacje wspólne dla obu instytucji, tj. *Verfall* i *Einziehung*.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, w odniesieniu do § 73d StGB (*Erweiterter Verfall*), niniejsze opracowanie operuje terminem przepadku rozszerzonego, gdyż jest on w prawie niemieckim odpowiednikiem omawianej instytucji konfiskaty rozszerzonej.

2. Analiza treści § 73 StGB wskazuje, że przepadek (*Verfall*) polega na obowiązkowym pozbawieniu przez sąd korzyści uzyskanych bezpośrednio lub pośrednio z czynu bezprawnego lub w zamian za jego popełnienie. W treści § 73 (1) StGB posłużono się terminem „etwas” oznaczającym w języku polskim „coś”²⁸, który obejmuje każde przysporzenie majątku uzyskane bezpośrednio lub pośrednio z czynu bezprawnego. W literaturze wskazuje się, że w odniesieniu do instytucji przepadku obowiązuje tzw. zasada brutto (*Bruttoprinzip*), według której przepadek dotyczy zysków pochodzących z przestępstwa i dalszych przysporzeń majątkowych z nich wynikających²⁹. W treści § 73 (2) StGB nie posłużono się wprost terminem uzyskania pośredniego, jednakże traktuje on o przepadku również korzyści osiągniętych z tego, co uzyskano (za pośrednictwem sprzedaży rzeczy, w zamian za zniszczenie, uszkodzenie, stratę rzeczy lub na podstawie nabytego prawa). Pierwszeństwo mają przy tym cywilnoprawne roszczenia pokrzywdzonego, które mogą doprowadzić do pozbawienia wartości tego, co uzyskano z czynu bezprawnego (§ 73 (1) StGB).

Jeżeli sprawca lub uczestnik czynu działał na rzecz osoby trzeciej, po której stronie nastąpiło jakiekolwiek przysporzenie majątkowe (według § 73 (3) StGB jeżeli osoba taka uzyskała „coś”, „etwas”), przepadek znajduje zastosowanie również wobec takiej osoby. Konfiskata może dotyczyć także przedmiotu należącego do osoby trzeciej lub objętego jej prawem, jeżeli nie pozostawała ona w dobrej wierze w odniesieniu do popełnienia przestępstwa, a według § 73 (4) StGB, jeżeli działała w celu wsparcia przestępstwa lub z wiedzą o okolicznościach jego popełnienia. Jeżeli nie można orzec przepadku konkretnego przedmiotu, sąd orzeka przepadek korzyści (kwoty pieniężnej) odpowiadającej jego wartości³⁰. Kwota taka powinna być orze-

²⁸ Por. A. M. Michałowska, Przepadek i konfiskata w niemieckim..., s. 149.

²⁹ Zob. H. Theile, Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73 ff. StGB, Zeitschrift für das Juristische Studium 2011, nr 4–5, s. 333–341; B. Vettori, Tough on Criminal Wealth..., s. 62; A. M. Michałowska, Przepadek i konfiskata w niemieckim..., s. 150; T. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar, München 2009, s. 701–702.

³⁰ Por. § 73(2) i § 73a StGB. Na temat przeniesienia odpowiedzialności na sprawcę za konsumpcję, utratę lub uszkodzenie nielegalnie uzyskanych aktywów i możliwości pozbawienia ich równowartości, zob. M. Kilchling, Organised Crime Policies in Germany, (w:) Organ-

czona również w zakresie, w jakim przedmiot utracił wartość w stosunku do posiadanej pierwotnie w momencie uzyskania (§ 73a StGB). Rozwiązaniem ułatwiającym pracę organów procesowych w zakresie orzekania przepadku jest przewidziana wprost przez przepisy StGB możliwość szacowania zakresu oraz wartości tego, co uzyskano z czynu bezprawnego, jak również wartości roszczenia pokrzywdzonego. Jeżeli niemożliwe jest ich udowodnienie w sposób pełny, mogą podlegać oszacowaniu, dla którego podstawę stanowi § 73b StGB. W sytuacji niemożności ustalenia rzeczywistej wartości przysporzenia wystarczająca jest zatem wartość szacunkowa.

Niemiecki kodeks karny zawiera zastrzeżenie, że przepadek nie powinien być orzekany w sytuacji, gdyby stanowił nadmierne obciążenie dla osoby, której dotyczy, ponadto od nakazu można odstąpić jeżeli w momencie orzekania w majątku osoby, której dotyczy, nie pozostała wartość tego, co uzyskano lub to, co uzyskano przedstawia niewielką wartość (§ 73c StGB).

Skutkiem orzeczenia przepadku z chwilą jego uprawomocnienia, zgodnie z § 73e StGB, jest przejście własności rzeczy lub prawa na rzecz państwa bez uszczerbku dla praw osób trzecich. Ponadto już nieprawomocne orzeczenie przepadku wywołuje skutek w postaci zakazu sprzedaży lub innego rozporządzenia rzeczą lub prawem (w rozumieniu § 136 niemieckiego kodeksu cywilnego, *Bürgerliches Gesetzbuch*).

3. Oprócz przepadku, niemiecki kodeks karny przewiduje karę konfiskaty (*Einziehung*) przedmiotów (mogą to być rzeczy lub prawa) uregulowaną w § 74–75 StGB. Jej skutek jest podobny do przepadku, z chwilą uprawomocnienia orzeczenia o konfiskacie własność lub prawo przechodzi na rzecz państwa, przy poszanowaniu praw osób trzecich. Prawa te mogą być wygaszone odnośnie przedmiotów stwarzających powszechne niebezpieczeństwo lub co do których uzasadnione jest podejrzenie ich użycia w celu popełnienia czynu bezprawnego, a także w przypadku, w którym osobie trzeciej nie przysługuje odszkodowanie. Warunki wypłaty przez Skarb Państwa odszkodowania osobie trzeciej z tytułu orzeczonej konfiskaty zostały wskazane w § 74f StGB. Podobnie do uregulowania przepadku, także nieprawomocne orzeczenie konfiskaty powoduje skutek w postaci zakazu sprzedaży i innych rozporządzeń w rozumieniu § 136 niemieckiego kodeksu cywilnego (§ 74e StGB). Konfiskata, oprócz kary kryminalnej, może również pełnić funkcję środka zabezpieczającego w przypadku, gdy jest orzekana wobec sprawcy działającego nieumyślnie i dotyczy przedmiotów, które ze względu na ich naturę lub okoliczności stwarzają powszechne niebezpieczeństwo lub istnieją powody, aby sądzić, że zostaną użyte w celu popełnienia czynów niezgodnych z prawem (§ 74 (3) StGB). Konfiskata będąca rodzajem sankcji

ised Crime in Europe. Concepts, Patterns, and Control Policies in the European Union and Beyond, pod red. C. Fijnaut, L. Paoli, Dordrecht 2004, s. 726.

kryminalnej, wskazana w § 74 (1–2) StGB, orzekana jest w przypadku popełnienia przestępstw umyślnych i dotyczy przedmiotów pochodzących z przestępstwa oraz narzędzi przestępstwa. Warunkiem konfiskaty jest to, aby w momencie jej orzekania przedmioty należały do sprawcy lub uczestnika czynu lub były objęte jego prawem. Niemiecki kodeks karny w § 74a przewiduje także konfiskatę rozszerzoną podmiotowo poza sprawcę lub uczestnika czynu (por. pkt 2.7 niniejszego opracowania traktujący o przypadku rozszerzonym przedmiotowo), którą stosuje się w przypadkach wskazanych w przepisach prawa. Konfiskata rozszerzona umożliwia pozbawienie przedmiotów osoby, które w momencie jej orzekania były ich właścicielami lub posiadały do nich prawa i choćby lekkomyślnie przyczyniły się do tego, że przedmiot (rzecz lub prawo) został wykorzystany do popełnienia czynu zabronionego lub do jego przygotowania, a także w przypadku nabycia przedmiotu w sposób nieuczciwy (naganny) przy wiedzy o okolicznościach, które pozwalają na jego konfiskatę. Na podstawie § 75 StGB możliwa jest nadto konfiskata wobec osoby będącej reprezentantem lub członkiem organu osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej.

W zakresie konfiskaty przedmiotów obowiązuje ustawowo sformułowana zasada proporcjonalności (§ 74b StGB), która w przypadku fakultatywności orzekania konfiskaty i zbytniej dolegliwości dla osoby, wobec której jest stosowana, pozwala na jej zamianę na inne środki realizujące cel konfiskaty (m.in. zniszczenie przedmiotu, usunięcie jego elementów lub cech, inną modyfikację przedmiotu). Możliwa jest także konfiskata równowartości kwoty pieniężnej przedmiotu w razie rozporządzenia, wykorzystania lub uniemożliwienia konfiskaty przedmiotu przez sprawcę lub uczestnika czynu. Podobne orzeczenie jest możliwe w przypadku obciążenia przedmiotu prawem osoby trzeciej, dla którego ustania konieczne jest odszkodowanie. Ponadto wartość przedmiotu oraz obciążenia może podlegać oszacowaniu, jeżeli nie może być w sposób pełny udowodniona (§ 74c StGB)³¹.

4. Przedmioty lub ich równowartość pieniężna, co do których możliwy jest przypadek lub konfiskata, mogą podlegać zajęciu (§ 111b–111p niemieckiej ustawy karnoprocesowej, *Strafprozeßordnung*, zwanej dalej StPO). Zabezpieczenia dokonuje sąd, natomiast prokuratura i urzędnicy z nią współpracujący mogą dokonać zabezpieczenia tylko w przypadkach niecierpiących zwłoki, ale następnie konieczne jest uzyskanie w ciągu tygodnia sądowego potwierdzenia zabezpieczenia (§ 111e, § 443(2) StPO). Przepisy procesowe przewidują ograniczenia czasowe zajęcia w sytuacji braku uzasadnionych podstaw do jego utrzymywania lub trudności dowodowych w ich wykazaniu

³¹ Niemiecki kodeks karny w § 74d przewiduje ponadto specjalne przepisy dotyczące konfiskaty zapisów.

(§ 111b (3), § 111i StPO). Dla zabezpieczenia majątkowego trwającego powyżej pierwszych sześciu miesięcy i przedłużonego do dwunastu miesięcy muszą istnieć silne podstawy znajdujące odzwierciedlenie w materiale dowodowym³². W toku postępowania karnego istnieje możliwość niecierpiącej zwłoki sprzedaży zabezpieczającej rzecz przed pogorszeniem lub utratą wartości, a także w przypadku, gdy jej przechowywanie sprawiałoby zbyt duże trudności lub koszty (§ 111l StPO). Niemiecki system prawny, odmienne niż francuski, nie przewiduje centralnego organu do spraw zarządzania zajęтым i skonfiskowanym mieniem³³. Procedura pozbawiania i zajmowania aktywów została uregulowana w § 430–444 StPO. Wykonywanie zagranicznych orzeczeń konfiskaty lub przepadku, a także wniosków o zajęcie podlega odrębnej ustawie z dnia 23 grudnia 1982 r. o międzynarodowej pomocy w sprawach karnych (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (IRG), § 88–90, § 94)³⁴.

5. Wspólne dla przepadku i konfiskaty są przepisy dotyczące możliwości następczego (*Nachträgliche Anordnung von Verfall oder Einziehung des Wertersatzes*) lub niezależnego (*Selbständige Anordnung*) ich orzeczenia (§ 76, § 76a StGB). Następcze orzeczenie przepadku lub konfiskaty jest możliwe w zakresie równowartości pieniężnej przedmiotu jeżeli wystąpiły okoliczności wyłączające ich wykonanie wobec przedmiotu lub jeżeli po wydaniu orzeczenia zaszły lub ujawniły się przesłanki do zarządzenia przepadku lub konfiskaty równowartości pieniężnej przedmiotu (§ 73a StGB, § 73d (2) StGB w zw. z § 73a StGB, § 74c StGB).

Niemieckie prawo karne przewiduje możliwość orzeczenia przepadku lub konfiskaty przedmiotu lub jego równowartości pieniężnej, a także możliwość zniszczenia przedmiotu, bez uzależnienia od wcześniejszego wyroku skazującego. Jest to forma tzw. *non-conviction based confiscation*. Orzeczenie przepadku, konfiskaty przedmiotu (lub zniszczenie), a także jego równowartości pieniężnej, niezależne od wyroku skazującego, jest możliwe na podstawie § 76a (1) StGB (por. także § 440–441 StPO), jeżeli żadna osoba nie może być ścigania lub skazana za przestępstwo z przyczyn faktycznych (np. niewykrycie lub ucieczka sprawcy), natomiast spełnione zostały przesłanki

³² Por. J. Forsaith, B. Irving, E. Nanopoulos, M. Fazekas, Study for an impact assessment on a new proposal for a legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets, (Prepared for the European Commission Directorate General Home Affairs), Rand Europe, 2012, s. 179.

³³ Na ten temat zob. więcej: The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organizations to be used for civil society and in particular for social purposes, Directorate General for Internal Policies, Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Basel Institute on Governance, Brussels 2012, s. 37.

³⁴ Informacyjnie należy wspomnieć, że orzeczenie przepadku jest również możliwe na podstawie ustawy regulującej tzw. naruszenia administracyjne (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, OWiG) z dnia 24 maja 1968 r. (zob. § 29a tej ustawy).

do ich orzeczenia (obligatoryjnego lub fakultatywnego)³⁵. Niezależne orzeczenie przepadku lub konfiskaty (*Selbständige Anordnung*) możliwe jest także na podstawie § 76a (3) StGB, w sytuacji odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary lub umorzenia postępowania na podstawie przepisu dającego na tym polu dyskreccjonalność działania prokuraturze, sądowi lub w ramach ich obopólnej zgody.

Co więcej, możliwe jest orzeczenie konfiskaty przedmiotu lub jego równowartości w przypadku, gdy przedmiot ze względu na naturę lub okoliczności stwarza powszechne niebezpieczeństwo lub istnieją uzasadnione podstawy, aby sądzić, że zostanie użyty w celu popełnienia czynu niezgodnego z prawem, nawet gdy sprawca działał nieumyślnie (§ 74 (2) pkt 2, (3)). Ponadto w przypadkach pozwalających na konfiskatę lub zniszczenie zapisów (§ 74d StGB), możliwe jest wydanie orzeczenia w tym zakresie bez wyroku skazującego, jeżeli jednocześnie nastąpiło przedawnienie ścigania lub żadna osoba nie może być ścigana za przestępstwo (z przyczyn prawnych), a ustawa nie stanowi inaczej.

6. W celu poszerzenia obrazu instytucji konfiskaty należy wspomnieć, że do dnia 20 marca 2002 r. w systemie niemieckiego prawa karnego funkcjonowała specjalna kara majątkowa (*Vermögensstrafe*) wprowadzona ustawą z dnia 15 lipca 1992 r. w sprawie zwalczania nielegalnego handlu narkotykami i innych przejawów przestępczości zorganizowanej (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*). Kara ta charakteryzowała się wysokim stopniem surowości ze względu na ustawowy sposób określenia jej wymiaru³⁶. Zgodnie z § 43a StGB, w przypadkach wskazanych w przepisach szczególnych, obok kary dożywotniego pozbawienia wolności lub kary pozbawienia wolności powyżej dwóch lat, sąd mógł dodatkowo orzec nakaz zapłaty kwoty pieniężnej, której wartość była ograniczona tylko wartością aktywów sprawcy. Jednocześnie ocena wartości aktywów nie uwzględniała skonfiskowanych korzyści majątkowych. W orzeczeniu z dnia 20 marca 2002 r. (2 BvR 794/95)³⁷ Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) uznał przepisy § 43a StGB za niezgodne z art. 103 § 2 niemieckiej ustawy

³⁵ Na temat wątpliwości dotyczących możliwości niezależnego orzekania przepadku z powodu śmierci osoby (z punktu widzenia niedopuszczalności ścigania lub skazania osoby z przyczyn faktycznych), zob. R. E s s e r, *A Civil Asset Recovery Model...*, s. 75–76. Autor podaje, że wśród niemieckich przedstawicieli nauki przeważają głosy przeciwko możliwości stosowania § 76a (1) StGB w przypadku śmierci osoby.

³⁶ Por. M. D. Dubber, T. Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford 2014, s. 643.

³⁷ Treść orzeczenia dostępna na stronie internetowej Federalnego Sądu Konstytucyjnego pod adresem: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/03/rs20020320_2bvr079495.ht ml (dostęp w dniu 4 lipca 2016 r.).

zasadniczej (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)³⁸. Rozpatrując zakwestionowane przepisy Federalny Sąd Konstytucyjny zwrócił uwagę na takie kwestie, jak indywidualizacja winy, precyzja i pewność prawa oraz proporcjonalność sankcji.

7. Jak wskazano w uwagach wprowadzających zawartych w punkcie 2.1 niniejszego opracowania, konfiskata rozszerzona została uregulowana w § 73d StGB i funkcjonuje pod nazwą przepadek rozszerzony (*Erweiterter Verfall*). Instytucja przepadku rozszerzonego została wprowadzona do niemieckiego kodeksu karnego ustawą z dnia 15 lipca 1992 r. w sprawie zwalczania nielegalnego handlu narkotykami i innych przejawów przestępczości zorganizowanej (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*). W orzeczeniu z dnia 14 stycznia 2004 r. (2BvR 564/95) Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) uznał przepadek rozszerzony uregulowany w przepisach § 73d StGB za zgodny z konstytucją³⁹. Federalny Sąd Konstytucyjny orzekł, że regulacja ta nie narusza domniemania niewinności. Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że wpływ na takie rozstrzygnięcie miał wskazany przez Sąd prewencyjny cel rozszerzonego przepadku odrywający go od kwestii winy, na której muszą opierać się środki o głównie represyjnym charakterze.

Przepadek uregulowany w przepisach § 73d StGB jest rozszerzony przedmiotowo, gdyż rzeczy lub prawa, które uzyskał sprawca lub uczestnik czynu nie muszą pochodzić z przestępstwa ani zostać uzyskane w zamian za przestępstwo, które jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania. Odmienne niż w konstrukcji przepadku podstawowego, o którym mowa w przepisach § 73 StGB, do warunków koniecznych do orzeczenia przepadku rozszerzonego nie należy przeprowadzenie pełnego dowodu pochodzenia przedmiotu z przestępstwa, którego dotyczy postępowanie. Tym samym związek mienia z przestępstwem został rozluźniony. Uznanie przedmiotów za pochodzące z nielegalnego źródła i umożliwienie ich przepadku jest możliwe już na podstawie uzasadnionego okolicznościami przypuszczenia o ich pochodzeniu z bezprawnych działań lub uzyskania w zamian za takie działania. Rozszerzony przepadek, w którego opisie użyto określenia „przypuszczenie”/„przyjęcie”, dokładnie: „okoliczności uzasadniające przypuszczenie” (*Umstände die Annahme rechtfertigen*), w istocie działała na zasadzie prawdopodobieństwa oraz podobnie do domniemania pochodzenia aktywów z przestępstwa⁴⁰.

³⁸ Por. J. Forsaith, B. Irving, E. Nanopoulos, M. Fazekas, Study for an impact assessment..., s. 45; M. Kilchling, Organised Crime Policies in Germany..., s. 723–724.

³⁹ Treść orzeczenia dostępna na stronie internetowej Federalnego Sądu Konstytucyjnego pod adresem: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/01/rs20040114_2bvr056495.html (dostęp w dniu 7 lipca 2016 r.).

⁴⁰ Zob. R. Esser, A Civil Asset Recovery Model..., s. 74.

Odmienne niż w prawie francuskim, przepisy § 73 d StGB regulujące przepadek rozszerzony nie zawierają treści dotyczących przeniesienia ciężaru dowodu legalnego pochodzenia aktywów na osobę będącą ich dysponentem. Pomimo świadomego zaniechania przez niemieckiego ustawodawcę zamieszczenia takiego formalnego zapisu o przeniesieniu ciężaru dowodu, osoba, której dotyczy przepadek rozszerzony, może faktycznie oponować „uzasadnionemu przypuszczeniu” przedstawiając dowody legalnego pochodzenia mienia. W literaturze wskazuje się, że dla orzeczenia rozszerzonego przypadku sędzia na podstawie całokształtu materiału dowodowego powinien uzyskać pełne przekonanie co do pochodzenia przedmiotu z przestępstwa, przy czym prawdopodobieństwo takiego pochodzenia powinno być na tyle wysokie, aby było widoczne dla bezstronnego obserwatora⁴¹. W takim zakresie ciężar dowodu pochodzenia aktywów z przestępstwa spoczywa na oskarżeniu. Wymogi dowodowe dotyczące „uzasadnionego przypuszczenia” pochodzenia przedmiotu z przestępstwa są zatem wysokie i zbliżają się do tzw. pełnego dowodu charakterystycznego dla procesu karnego.

W przypadku popełnienia czynu bezprawnego, za który przepisy szczególne przewidują przepadek rozszerzony określony w § 73d StGB, sąd orzeka (także) przepadek przedmiotów (rzeczy lub praw) sprawcy lub uczestnika czynu, jeżeli okoliczności uzasadniają przypuszczenie, że przedmioty te zostały nabyte w wyniku bezprawnych czynów lub za ich popełnienie. Przepadek stosuje się nawet wówczas, gdy sprawca lub uczestnik czynu nie jest właścicielem lub nie posiada prawa do przedmiotu z tego powodu, że uzyskał go z czynu bezprawnego lub za jego popełnienie. Zastosowanie znajdują przy tym przepisy § 73 (1) zd. 2 StGB, tj. pierwszeństwo mają roszczenia pokrzywdzonego, które mogą doprowadzić do pozbawienia wartości tego, co zostało uzyskane z czynu bezprawnego. Ponadto w wyniku powiązania z przepisami § 73b StGB, możliwe jest oszacowanie wartości tego, co uzyskano oraz roszczeń pokrzywdzonego. Powiązanie z przepisami § 73(2) StGB powoduje natomiast, że zarządzenie przypadku obejmuje także korzyści uzyskane z tego co uzyskano i może rozciągnąć się na przedmioty, które sprawca lub uczestnik czynu uzyskał w drodze sprzedaży uzyskanego przedmiotu, w zamian za jego zniszczenie, uszkodzenie, utratę lub na podstawie nabytego prawa. Jeżeli przepadek konkretnego przedmiotu po popełnieniu czynu stanie się niemożliwy w całości lub w części, stosuje się przepadek równowartości pieniężnej tego, co zostało uzyskane, natomiast w sytuacji obniżenia wartości tego, co pierwotnie uzyskano, przepadek równowartości pieniężnej stosuje się obok przypadku przedmiotu w zakresie

⁴¹ W ten sposób: M. Michałowska, *Przepadek i konfiskata w niemieckim...*, s. 158. Zob. także: B. Vettori, *Tough on Criminal Wealth...*, s. 62; R. Esser, *A Civil Asset Recovery Model...*, s. 74; orzeczenie Federalnego Sądu Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht) z dnia 14 stycznia 2004 r., 2BvR 564/95 (adres dostępu do orzeczenia: zob. przypis nr 39).

jego obniżonej wartości (§ 73a StGB). Jeżeli nie można przeprowadzić pełnego dowodu co do wartości tego, co uzyskano zastosowanie przepisów § 73b StGB umożliwia oszacowanie.

W myśl § 73d(3) StGB jeżeli przed orzeczeniem rozszerzonego przypadku sprawca lub uczestnik czynu popełnił inny czyn bezprawny, decyzja co do przypadku musi być podjęta ponownie, przy czym sąd bierze pod uwagę poprzednie orzeczenie o przypadku, czyli nie orzeka się ponownie przypadku co do tych samych przedmiotów. Do rozszerzonego przypadku stosuje się przepisy traktujące o nadmiernej dolegliwości przypadku (§ 73c (1) StGB), które wykluczają jego zastosowanie w sytuacji powodowania nadmiernych trudności dla osoby, której dotyczy. Orzeczenie może zostać również uchylone w zakresie wartości tego co uzyskano, jeżeli nie stanowi już części aktywów osoby w czasie wydania orzeczenia lub gdy to, co uzyskano przedstawia niewielką wartość (por. także § 73c (2) StGB).

Przepadek rozszerzony z § 73d StGB znajduje zastosowanie, gdy przepis szczególny tak stanowi. Możliwe jest jego orzeczenie tylko w szczególnych przypadkach, dotyczących poważnych przestępstw określonych w StGB. Przepisy wymagają w większości, aby przestępstwo zostało popełnione w ramach organizacji przestępczej lub profesjonalnie (zawodowo). Dotyczy to szczególnych przypadków poważnych przestępstw: § 129b StGB (organizacji kryminalnej lub terrorystycznej), § 150, § 267–269 StGB i § 275–276 StGB (fałszerstw), § 181a(1) pkt 2 StGB, § 181c StGB, (kontrolowania prostytutki), § 184b StGB (pornografii dziecięcej), § 233b StGB (handlu ludźmi); § 244 StGB, § 244a StGB (poważnych kradzieży), § 256 StGB (wymuszenia), § 260 StGB, § 260a StGB (paserstwa), § 261 StGB (prania pieniędzy), § 263 StGB (oszustwa), § 286 StGB (organizacji nielegalnego hazardu), § 302 StGB, § 338 StGB (korupcji w sektorze prywatnym i publicznym).

Podsumowując, konstrukcję przypadku rozszerzonego w niemieckim prawie karnym, w ujęciu § 73d StGB, charakteryzuje:

- kryterium wagi przestępstwa (możliwość orzeczenia w przypadkach wskazanych w przepisach szczególnych, przy czym dotyczą one poważnych przestępstw);
- możliwość sięgnięcia do aktywów bez formalnego ograniczenia czasowego ich nabycia;
- brak wymogu udowodnienia związku konkretnego przedmiotu (rzeczy lub prawa) z przestępstwem, którego dotyczy postępowanie (należy wykazać prawdopodobieństwo uzyskania z przestępstwa lub za przestępstwo na tyle wysokie, aby było oczywiste dla bezstronnego obserwatora i wywołało przekonanie u sędziego);
- zastosowanie przesłanki „przypuszczenia” uzasadnionego okolicznościami, że przedmioty uzyskano w wyniku przestępstwa lub za jego po-

- pełnienie (podobnego w skutkach do wzruszalnego domniemania prawnego);
- brak formalnego przerzucenia ciężaru dowodu legalnego pochodzenia aktywów na osoby, których dotyczy uzasadnione okolicznościami „przypuszczenie” pochodzenia z przestępstwa (istnieje przy tym faktyczna możliwość kwestionowania podstaw „przypuszczenia” przez osoby, których aktywów ono dotyczy);
 - spoczywający na oskarżeniu ciężar dowodu w zakresie wykazania wysokiego prawdopodobieństwa (zbliżonego do tzw. pełnego dowodu w procesie karnym) pochodzenia przedmiotu z przestępstwa wystarczającego do wywołania u sędziego przekonania o jego uzyskaniu z przestępstwa lub za jego popełnienie oraz oczywistego dla bezstronnego obserwatora;
 - możliwość zastosowania nawet wówczas, gdy sprawca lub uczestnik czynu nie jest właścicielem lub nie posiada prawa do przedmiotu z tego powodu, że uzyskał go z czynu bezprawnego lub za jego popełnienie;
 - możliwość oszacowania zakresu i wartości tego, co uzyskano w sytuacji niemożności przeprowadzenia pełnego dowodu w tym zakresie.

Wielka Brytania

1. Prawo Wielkiej Brytanii, w tym karne, nie jest jednolite i charakteryzuje się odmiennościami dla Anglii i Walii, Szkocji oraz Irlandii Północnej. Ze względu na szkicowy charakter niniejszego opracowania, omówienie uregulowań dotyczących konfiskaty ograniczy się do prawa angielskiego w powszechnie używanym znaczeniu tego terminu obejmującym prawo właściwe dla Anglii i Walii, które co do zasady jest wspólne⁴². Prawo angielskie należy do systemu *common law*, w którym precedensy sądowe stanowią jedno ze źródeł prawa. Kwestie konfiskaty podlegające omówieniu zostały uregulowane w tzw. prawie statutowym, w tym przypadku *Proceeds of Crime Act* z 2002 r.⁴³ (ustawa o dochodach z przestępstwa), zwanym dalej POCA⁴⁴. Wcześniej instytucja konfiskaty dotyczyła przede wszystkim tzw. przestępstw narkotykowych i była uregulowana w *Drug Trafficking Offences Act* (1986), następnie podlegała zmianom, a jej stosowanie rozszerzono na przestęp-

⁴² Por. K. Banasik, Przyszłość angielskiego prawa karnego, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 10, s. 124.

⁴³ Akt dostępny na stronie internetowej: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents> (dostęp w dniu 12 lipca 2016 r.).

⁴⁴ *Proceeds of Crime Act* (2002) uzyskał Royal Assent w dniu 24 lipca 2002 r., część przepisów weszła w życie z dniem 24 lutego 2003 r., przepisy dotyczące konfiskaty z dniem 24 marca 2003 r. Zob. więcej: http://www.crownoffice.gov.uk/images/Documents/ProsecutionPolicyGuidance/Book_of_Regulations/Book%20of%20Regulations%20-%20Chapter%20-%20Proceeds%20of%20Crime.PDF (dostęp w dniu 12 lipca 2016 r.).

stwa niezwiązane z handlem narkotykami. Istotną rolę odegrały na tym polu następujące akty prawne: *Criminal Justice Act* (1988), *Drug Trafficking Act* (1994), *Proceeds of Crime Act* (1995), *Proceeds of Crime Act* (2002)⁴⁵. Obecnie głównym aktem dotyczącym konfiskaty jest POCA⁴⁶. Angielskie prawo przewiduje możliwość ostatecznego pozbawiania aktywów związanych z przestępstwem w ramach dwóch różnych mechanizmów: konfiskaty karnej (*criminal confiscation*) oraz cywilnego odzyskiwania aktywów (*civil recovery*).

2. Konfiskata karna jest związana co do zasady z wydaniem wyroku skazującego⁴⁷. Postępowanie w sprawie konfiskaty jest prowadzone przeciwko osobie (*in personam*), nie zaś w stosunku do mienia osoby (*in rem*). Sprawdzając okoliczności uzyskania przez oskarżonego korzyści z przestępstwa sąd jest zobowiązany poczynić ustalenie, czy oskarżony wie, czy tryb życia (*criminal lifestyle*). Prawo angielskie rozróżnia bowiem konfiskatę podstawową za przestępstwo, które przysporzyło korzyści oraz konfiskatę rozszerzoną znajdującą zastosowanie w sytuacji stwierdzenia przestępczego trybu życia (sekcja 6 POCA). Jeżeli sąd stwierdzi kryminalny tryb życia oskarżonego, musi następnie ustalić, czy wynikiem jego ogólnego kryminalnego zachowania było przysporzenie majątkowe. Podobnie, jeżeli sąd nie stwierdzi przestępczego trybu życia oskarżonego, jest zobligowany ustalić, czy doszło do przysporzenia majątkowego w wyniku jednostkowego przestępstwa. W obu przypadkach, jeżeli sąd stwierdzi uzyskanie przysporzenia majątkowego, decyduje o kwocie do odzyskania (*recoverable amount*) oraz wydaje nakaz konfiskaty (*confiscation order*) zobowiązujący oskarżonego do zapłacenia tej kwoty (sekcja 6 (5) POCA). Konfiskata karna w prawie angielskim polega zatem na obowiązku zapłacenia kwoty pieniężnej odpowiadającej przysporzeniom majątkowym uzyskanym w wyniku konkretnego przestępstwa albo przestępczego trybu życia. W literaturze wska-

⁴⁵ Zob. K. Bullock, *The Confiscation Investigation: Investigating the Financial Benefit Made from Crime*, *Policing: a Journal of Policy and Practice* 2010, nr 1, s. 7; K. Bullock, S. Lister, *Post-Conviction Confiscation of Assets in England and Wales: Rhetoric and Reality*, (w:) *Dirty Assets. Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, pod red. C. King, C. Walker, Farnham 2014, s. 51–52; P. Alldridge, *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford 2003, s. 71–88. Na temat wcześniejszych regulacji, zob. N. Ryder, *To confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom*, e-print University of the West of England, 25 June 2013, s. 23. Artykuł dostępny pod adresem: <http://eprints.uwe.ac.uk/20290/> (dostęp w dniu 12 lipca 2016 r.).

⁴⁶ Por. T. S. Greenberg, L. M. Samuel, W. Grant, L. Gray, *Stolen Asset Recovery. A Good Practices for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington D.C. 2009, s. 136.

⁴⁷ Istnieje ponadto możliwość wydania nakazu konfiskaty wobec oskarżonego, który zbiegł/ukrył się. Nakaz taki podlega uchyleniu w przypadku późniejszego uniewinnienia (zob. sekcje 27–30 POCA).

zano, że wartość wskazana w nakazie konfiskaty jest w istocie długiem względem sądu, który oskarżony jest zobowiązany pokryć z aktualnie posiadanych aktywów niezależnie od sposobu ich uzyskania⁴⁸. Zaniechanie zapłaty może spowodować wydanie przez sąd zamiennego orzeczenia o pozbawieniu wolności. W przypadku opóźnienia w zapłacie kwoty wynikającej z nakazu konfiskaty (sąd może odłożyć zapłatę w czasie) naliczane są odsetki (sekcje 11–12 POCA). Istnieje przy tym możliwość uchylenia przez sąd nakazu konfiskaty, jeżeli kwota pozostała do zapłaty wynosi 50£ lub mniej (sekcja 25 POCA).

Procedurę orzekania konfiskaty na podstawie POCA wyróżnia to, że sąd oceniając, czy oskarżony wieździe przestępczy tryb życia oraz decydując o wydaniu nakazu konfiskaty, nie musi opierać się na pełnym udowodnieniu okoliczności uzasadniających taki styl życia lub wydanie nakazu (sekcja 6 (7) POCA), gdyż bazuje na cywilnym, a nie karnym standardzie dowodowym, który pozwala oprzeć orzeczenie na bilansie (ocenie, zestawieniu) prawdopodobieństw (*balance of probabilities*)⁴⁹. Pod pewnymi warunkami sąd może przyznać odszkodowanie w przypadku stwierdzenia poważnego uchybienia (*serious default*), np. jeżeli postępowanie nie zakończyło się skazaniem lub skazanie zostało uchylone, a także w razie zmiany lub uchylenia nakazu konfiskaty (zob. sekcje 72–73 POCA).

3. Konfiskata rozszerzona należąca do systemu prawa karnego znajduje zastosowanie w przypadku stwierdzenia przez sąd przestępczego trybu życia oskarżonego. W sekcji 75 POCA zostały określone następujące przesłanki pozwalające na uznanie, że oskarżony wieździe kryminalny tryb życia (wystarczy przy tym spełnienie przez przestępstwo lub przestępstwa, które- go dotyczy postępowanie jednej z nich):

- 1) przestępstwo (lub przestępstwa) należy do katalogu określonego w załączniku nr 2 do POCA, w którym wymieniono przestępstwa dotyczące: handlu narkotykami, prania pieniędzy, działalności organizacji terrorystycznej, handlu ludźmi, handlu bronią, fałszowania pieniędzy, praw własności intelektualnej, prostytucji, szantażu (szczegółowe dookreślenie przestępstw znajduje się w sekcjach 1–10 załącznika nr 2 do POCA);
- 2) przestępstwo lub przestępstwa stanowią zachowanie będące częścią działalności przestępczej, a odniesiona przez oskarżonego korzyść jest nie mniejsza niż 5000£ (według sekcji 75 (3) POCA zachowanie stanowi część działalności przestępczej, jeżeli oskarżony odniósł korzyść oraz w jednym postępowaniu został skazany za co najmniej trzy przestępstwa lub jeżeli w okresie sześciu lat kończących się z dniem najwcześniejszego wszczęcia postępowania został co najmniej dwukrotnie odrębnie ska-

⁴⁸ K. Bullock, S. Lister, *Post-Conviction Confiscation...*, s. 53–54.

⁴⁹ Por. B. Vettori, *Tough on Criminal Wealth...*, s. 104.

zany za przestępstwo stanowiące zachowanie, z którego odniósł korzyść⁵⁰);

- 3) przestępstwo lub przestępstwa zostały popełnione w ciągu co najmniej sześciu miesięcy i oskarżony odniósł z przestępczego zachowania korzyść nie mniejszą niż 5000£⁵¹.

W przypadku stwierdzenia przez sąd kryminalnego trybu życia konfiskata jest rozszerzona przedmiotowo, gdyż jej działanie nie ogranicza się do korzyści pochodzących z przestępstwa, którego dotyczy postępowanie. Za pomocą szeregu założeń (w istocie domniemań prawnych pochodzenia korzyści z zachowania przestępczego) jej działalność rozciąga się na inne mienie oskarżonego. Założenia (*assumptions*) co do pochodzenia mienia zostały uregulowane w sekcji 10 POCA. Według pierwszego założenia, jakiegokolwiek mienie przeniesione na oskarżonego w okresie sześciu lat kończących się z dniem najwcześniejszego wszczęcia postępowania przeciwko oskarżonemu pochodzi z jego ogólnego zachowania przestępczego (*general criminal conduct*). Według drugiego założenia, jakiegokolwiek mienie posiadane przez oskarżonego po dacie skazania, pochodzi z jego ogólnego zachowania przestępczego⁵². Według trzeciego założenia, jakiegokolwiek wydatki poniesione przez oskarżonego w dowolnym momencie okresu sześciu lat kończących się z dniem najwcześniejszego wszczęcia postępowania przeciwko niemu zostały pokryte z mienia uzyskanego w rezultacie jego ogólnego zachowania przestępczego. Według czwartego założenia, do celu wyceny mienia nabytego przez oskarżonego (lub objętego domniemaniem nabycia) przyjmuje się, że jest ono wolne od praw (interesów) innych osób. Sąd jest zobowiązany do przyjęcia założeń, jednakże zgodnie z sekcją 10 (6) POCA powinien odstąpić od ich stosowania w stosunku do konkretnego mienia lub wydatku, jeżeli założenie okazało się nieprawidłowe (*incorrect*) lub jego przyjęcie spowodowałoby poważne ryzyko niesprawiedliwości (*serious risk of injustice*)⁵³.

Na oskarżeniu spoczywa ciężar udowodnienia uzyskania korzyści (ale nie konkretnych korzyści pochodzących z działalności przestępczej) oraz jej wartości, jak również posiadania mienia, transferu mienia lub wydatków poczynionych z mienia. Ze względu na to, że postępowanie w sprawie konfi-

⁵⁰ Zob. także sekcje 75 (5), (6) POCA dotyczące korzyści.

⁵¹ Por. G. Balch, *The UK Asset Recovery Regime*, Crown Prosecution Service (*Organised Crime Division*), March 2009, s. 3. W publikacji posłużono się w kontekście tej przesłanki nazwą *continuing offence*. Publikacja dostępna pod adresem: http://www.iap-association.org/getattachment/e45fd52f-da76-469c-8a4d-0e13c43c4981/9ERC_Gary_Balch.pdf.aspx (dostęp w dniu 13 lipca 2016 r.).

⁵² Zob. także odmienne stosowanie drugiego założenia wynikające z sekcji 10 (9) POCA w odniesieniu do nakazu konfiskaty, którego przedmiotem są korzyści z ogólnej działalności przestępczej (sekcja 8 (3)c).

⁵³ Por. K. Bullock, S. Lister, *Post-Conviction Confiscation...*, s. 54–55.

skaty opiera się na cywilnym standardzie dowodów, w miejsce pełnego udowodnienia charakterystycznego dla procesu karnego, wystarczający jest bilans prawdopodobieństw. Na oskarżonym spoczywa natomiast ciężar przeprowadzenia dowodów mających na celu wzruszenie domniemań co do pochodzenia mienia zastosowanych przez sąd zgodnie z sekcją 10 (2–5) POCA. W tym zakresie ciężar dowodu został zatem przerzucony na oskarżonego⁵⁴. Przy spełnieniu szeregu przesłanek określonych w sekcji 40 POCA, w tym istnienia uzasadnionego powodu do przyjęcia, że sprawca (lub domniemany sprawca) odniósł korzyść ze swojego przestępstwa, sąd jeszcze przed orzeczeniem konfiskaty (od momentu wszczęcia śledztwa lub postępowania karnego) może wydać tzw. postanowienie wstrzymujące (*restraint order*), zakazujące dysponowania mieniem i powodujące skutek jego zamrożenia (sekcja 41 POCA). Prawomocne postanowienie wstrzymujące jest podstawą do dokonania zajęcia mienia w celu zapobieżenia jego transferowi z Anglii i Walii (sekcja 45 POCA). Na podstawie postanowienia wstrzymującego sąd może powołać zarządcę mieniem zamrożonym (*management receiver*). Posiada on szerokie uprawnienia względem mienia, od wejścia w jego posiadanie, poprzez inicjowanie i występowanie w postępowaniach dotyczących mienia, aż po sprzedaż mienia. Uprawnienia zarządcy zostały określone w sekcji 49 POCA⁵⁵.

Podsumowując, konstrukcję konfiskaty rozszerzonej uregulowanej w POCA, charakteryzuje:

- uzależnienie od uprzedniego stwierdzenia przez sąd kryminalnego trybu życia oskarżonego (w ocenie bierze się pod uwagę alternatywnie: przynależność przestępstwa do katalogu poważnych przestępstw, przynależność przestępstwa do części działalności przestępczej w połączeniu z progiem kwotowym wartości uzyskanej korzyści nie mniejszej niż 5000£, czas popełnienia przestępstwa w połączeniu z progiem kwotowym wartości uzyskanej korzyści nie mniejszej niż 5000£);
- nakaz konfiskaty jest sądowym nakazem zapłaty kwoty pieniężnej odpowiadającej ustalonym przysporzeniom majątkowym uzyskanym w wyniku ogólnej działalności przestępczej oskarżonego (w istocie jest długiem względem sądu, który oskarżony może uiścić ze swych aktualnych aktywów, gdyż postępowanie w sprawie karnej konfiskaty nie jest prowadzone w stosunku do konkretnego mienia, ale wobec konkretnej osoby);
- zastosowanie szeregu założeń (wzruszalnych domniemań prawnych) co do pochodzenia mienia z przestępstwa zawierających ograniczenia cza-

⁵⁴ Zob. G. Balch, *The UK Asset Recovery Regime...*, s. 4; J. Forsaith, B. Irving, E. Nanopoulos, M. Fazekas, *Study for an impact assessment...*, s. 176; K. Bullock, *The Confiscation Investigation...*, s. 11.

⁵⁵ Zob. także sekcje 50–57 POCA.

- sowe ich zastosowania (okres sześciu lat kończących się z dniem najwcześniejszego wszczęcia postępowania przeciwko oskarżonemu);
- ograniczony zakres ciężaru dowodu spoczywający na oskarżeniu (odnosi się on do wykazania korzyści, z tym że nie konkretnej pochodzącej z działalności przestępczej, oraz jej wartości, a także posiadania mienia, transferu mienia oraz wydatków poczynionych z mienia);
 - przeniesienie ciężaru dowodu na oskarżonego w zakresie zwalczania domniemań prawnych co do pochodzenia mienia z przestępstwa (np. poprzez wykazanie mniejszego zakresu korzyści pochodzącej z działalności przestępczej);
 - cywilny standard dowodu obowiązujący w procedurze orzekania karnej konfiskaty oparty na bilansie prawdopodobieństw (*balance of probabilities*) w miejsce pełnego udowodnienia charakterystycznego dla procesu karnego (w *common law* jest to tzw. *proof beyond a reasonable doubt*);
 - uzależnienie, co do zasady, nakazu konfiskaty od wyroku skazującego (istnieją pewne możliwości orzeczenia konfiskaty w przypadku ucieczki/ukrycia się oskarżonego)⁵⁶;
 - skierowanie postępowania przeciwko osobie (*in personam*), w przeciwieństwie do *civil recovery* przewidzianego w POCA, w ramach którego postępowanie toczy się wobec mienia (*in rem*).

4. W prawie angielskim szerokie możliwości w zakresie pozbawiania mienia ze względu na związek z przestępstwem istnieją w ramach mechanizmu tzw. cywilnego odzyskiwania aktywów (*civil recovery*)⁵⁷. Ten sposób ostatecznego pozbawiania mienia jest niezależny od wyroku skazującego (*non-conviction based*)⁵⁸. Wyrok skazujący nie jest zatem przesłanką do wydania przez sąd nakazu odzyskania (*recovery order*), a wyrok uniewinniający nie stanowi przeszkody do jego wydania. Wydanie przez sąd nakazu odzyskania (*recovery order*) jest związane z powierzeniem mienia zarządcy (kuratorowi) w celu wykonania nakazu, czyli cywilnego odzyskania mienia (sekcja 266, 267 POCA). Wyróżniającą cechą omawianego postępowania jest jego skierowanie „przeciwko” aktywom, czyli toczy się ono zawsze *in rem*, nie zaś przeciwko konkretnej osobie (np. oskarżonemu w postępowaniu karnym)⁵⁹. W tym specjalnym postępowaniu obowiązuje cywilny stan-

⁵⁶ Por. A. Eissa, R. Barber, *Confiscation Law Handbook*, Haywards Heath 2011, s. 4, 9.

⁵⁷ Na temat charakteru prawnego tego postępowania, zob. więcej I. Smith, *Civil Asset Recovery. The English Experience*, (w:) *Non-Conviction-Based Confiscation...*, s. 32. Autor używa określenia „state-instigated civil law suit” oraz nawiązuje do trendu zacierania różnic między prawem karnym i cywilnym w prawie statutowym Wielkiej Brytanii.

⁵⁸ Por. J. Forsaith, B. Irving, E. Nanopoulos, M. Fazekas, *Study for an impact assessment...*, s. 176; I. Smith, *Civil Asset Recovery...*, s. 32.

⁵⁹ Por. *Asset recovery powers for prosecutors: guidance and background note 2009*, Attorney General's Office, dostępny pod adresem: <https://www.gov.uk/guidance/asset-recovery-powers-for-prosecutors-guidance-and-background-note-2009> (dostęp w dniu 14 lipca

dard dowodu oparty na bilansie prawdopodobieństw (*balance of probabilities*).

W ramach *civil recovery* możliwe jest odzyskanie mienia uzyskanego „poprzez” (*through*) bezprawne zachowanie (*unlawful conduct*), chodzi przy tym o bezprawność według prawa karnego (zob. sekcję 241 POCA). Celem omawianego postępowania jest odzyskanie mienia uzyskanego poprzez bezprawne zachowanie lub reprezentującego takie mienie (sekcja 240 POCA). Przepisy sekcji 242 POCA wskazują m.in., że osoba uzyskuje mienie poprzez bezprawne zachowanie (swoje lub innej osoby) w wyniku lub w zamian za takie zachowanie. Postępowanie może być wszczęte przeciwko każdej osobie, o której sądzi się, że posiada mienie do odzyskania (*recoverable property*)⁶⁰.

Sąd może zdecydować o tymczasowym zarządzie mieniem (*interim receiving order*) w celu jego zatrzymania, opieki lub zachowania. Powoływany przez sąd zarządca tymczasowy (*interim receiver*) posiada szerokie uprawnienia określone w załączniku nr 6 do POCA, m.in. w zakresie zajęcia mienia, żądania informacji, wejścia do pomieszczeń i przeszukania, wejścia w posiadanie rzeczy. Ponadto w zakresie zarządzania mieniem poprzez m.in. jego sprzedaż lub inne zadysponowanie, jeżeli ulega ono szybkiemu zepsuciu lub powinno być zbyte przed spadkiem wartości. W przypadku, gdy aktywa są częścią działalności handlowej lub gospodarczej, posiada on uprawnienia w zakresie kontynuowania działalności, w tym do ponoszenia nakładów inwestycyjnych. Orzeczenie o tymczasowym zarządzie mieniem skutkuje zakazem jego dysponowania. Możliwe są przy tym wyłączenia w zakresie rozsądnych kosztów utrzymania, kontynuowania działalności gospodarczej, handlowej lub zawodowej (sekcja 252 POCA). Jeżeli działania dotyczące zajęcia zostaną podjęte w stosunku do mienia nieuznanego przez sąd za mienie przeznaczone do odzyskania lub mienie z nim związane, istnieje możliwość dochodzenia odszkodowania (sekcja 283 POCA).

W prawie angielskim przepadek nawiązuje do kontynentalnych rozwiązań ostatecznego pozbawiania mienia i jest odrębną od konfiskaty instytucją, ta ostatnia według POCA powoduje powstanie zobowiązania do zapłaty określonej kwoty pieniężnej. W postępowaniu uproszczonym (*summary civil proceedings*) jest możliwe zabezpieczenie oraz odzyskanie gotówki (*cash seizure, cash forfeiture*)⁶¹. Postępowanie to zostało uregulowane w rozdziale 3 części 5 POCA. Według sekcji 289 (6), (7) POCA termin *cash* obejmuje nie

2016 r.); CPS Asset Recovery Strategy, Crown Prosecution Service, June 2014, s. 11, dostępna pod adresem: https://www.cps.gov.uk/publications/docs/cps_asset_recovery_strategy_2014.pdf (dostęp w dniu 14 lipca 2016 r.).

⁶⁰ Na temat powiązanego mienia (*associated property*), zob. sekcję 245 POCA.

⁶¹ Por. także przepadek (*forfeiture*) za przestępstwo finansowania terroryzmu (sekcje 23–23b Terrorism Act 2000).

tylko banknoty i monety, ale także instrumenty pieniężne oraz różnego rodzaju czek, przekazy pocztowe, przekazy bankowe, obligacje i akcje na okaziciela. Przepadkiem można objąć nie tylko gotówkę będącą mieniem do odzyskania (*revoerable property*), ale również przeznaczoną przez jakąkolwiek osobę do wykorzystania w bezprawnym zachowaniu (sekcja 298 (2) POCA). W przypadku gdy doszło do zajęcia, a następnie nie orzeczono przepadku, można dochodzić odszkodowania (sekcja 302 POCA). W ramach postępowania uproszczonego czynności wykonują funkcjonariusze celni, Policja oraz *magistrates' court* w miejsce *High Court*.

5. W uwagach końcowych poświęconych prawu angielskiemu związane mu z konfiskatą należy wyróżnić jeden z tzw. nakazów śledczych, których wydanie umożliwia POCA (część 8, rozdział 2) w postaci nakazu monitoringu konta (*account monitoring order*)⁶². Nakaz taki jest wydawany przez sędziego po spełnieniu szeregu przesłanek, m.in. w przypadku śledztwa w sprawie konfiskaty, wobec osoby wskazanej we wniosku muszą zachodzić uzasadnione powody podejrzenia uzyskania korzyści z jej bezprawnego zachowania. W przypadku śledztwa w sprawie cywilnego odzyskania aktywów, muszą istnieć uzasadnione powody podejrzenia, że mienie wskazane we wniosku jest mieniem do odzyskania lub mieniem z nim związanym, a osoba wskazana we wniosku posiada całość lub część mienia. Niezależnie od rodzaju prowadzonego śledztwa powinny ponadto występować uzasadnione powody do przyjęcia, że informacja o koncie będzie istotna dla celów śledztwa, a jej uzyskanie leży w interesie publicznym. Wniosek o wydanie nakazu powinien wskazywać, że osoba w nim określona jest objęta śledztwem w sprawie konfiskaty lub prania pieniędzy lub też mienie wskazane we wniosku jest przedmiotem śledztwa w sprawie cywilnego odzyskania, a osoba określona we wniosku wydaje się jego posiadaczem. Wniosek powinien ponadto wyrażać potrzebę uzyskania nakazu do celów śledztwa oraz identyfikować instytucję finansową, wobec której zostanie skierowany nakaz obserwacji określonego konta.

Na mocy nakazu monitoringu konta instytucja finansowa jest zobowiązana przez czas określony wskazany w nakazie do dostarczania informacji w nim wskazanych właściwemu funkcjonariuszowi (w sposób oraz w czasie wskazanym w nakazie). Nakaz ten umożliwia obserwowanie transakcji na koncie danej osoby przez okres maksymalnie 90 dni.

6. W pewnym zakresie działalność państwa na polu związanym z konfiskatą i odzyskiwaniem mienia została scentralizowana. Co prawda regulacje POCA odnoszą się do *Asset Recovery Agency* (ARA), jednakże jej funkcję w 2008 r. przejęła *Serious Organised Crime Agency* (SOCA), następnie

⁶² W rozdziale 2 części 8 POCA przewidziano ponadto inne nakazy śledcze: *production orders*, *search and seizure warrants*, *disclosure orders*, *customer information orders*.

w 2013 r. funkcję SOCA przejęła *National Crime Agency*, w ramach której działa *Economic Crime Command* z umiejscowionym tu *Proceeds of Crime Centre*. Zadaniem Centrum jest akredytacja i monitoring osób prowadzących śledztwa finansowe, jak również przeprowadzanie szkoleń m.in. w zakresie śledztw finansowych oraz odzyskiwania aktywów związanych z przestępczością. Centrum zapewnia wsparcie i dalszą edukację dla akredytowanych śledczych finansowych, zarządza również centralną bazą danych na temat prowadzonych śledztw (*Joint Asset Recovery Database*) oraz centralnym systemem wsparcia dla prowadzących śledztwa finansowe (*Financial Investigation Support System*)⁶³. Ponadto w strukturach *Economic Crime Command* działa *Civil Recovery and Tax Department*. Wydział ten wykorzystuje m.in. uprawnienia przewidziane w POCA (odnoszące się do nieistniejącej już *Asset Recovery Agency*) służące odzyskiwaniu aktywów pochodzących z bezprawnego zachowania bez uprzedniego wyroku skazującego. Przepisy POCA umożliwiają opodatkowanie (*taxation*) dochodu (zysku), co do którego zachodzi uzasadnione podejrzenie powstania lub powiększenia się w wyniku bezprawnego zachowania (bez uzależnienia od wyroku skazującego)⁶⁴. Jest to odrębna, obok konfiskaty, przepadku oraz *civil recovery*, pośrednia forma odzyskiwania mienia związanego z przestępstwem. Regulacje dotyczące opodatkowania są zawarte w części 6 POCA *Revenue Functions* (sekcje 317–326)⁶⁵.

Istotną rolę w skuteczności odzyskiwania nielegalnych aktywów odgrywa specjalny program motywacyjny *Asset Recovery Incentivisation Scheme* (ARIS) prowadzony przez *Home Office* (odpowiednik ministerstwa spraw wewnętrznych). Stanowi on przejaw pragmatycznego podejścia do poprawy skuteczności odzyskiwania aktywów za pomocą stworzenia systemu zachęty dla organów ochrony prawnej do szerokiego stosowania przepisów POCA. Założeniem programu jest przekazywanie 50% odzyskanych środków pieniężnych (za pomocą konfiskaty, przepadku gotówki lub cywilnego odzyskania aktywów) na działalność szeroko pojętych organów ochrony prawnej zaangażowanych w procedurę odzyskiwania mienia. Pozostałą połowę środków zachowuje *Home Office*. Środki pieniężne (w ramach 50% do podziału między różne agencje) są rozlokowane według schematu innego w zależności od sposobu ich odzyskania. Na przykład, jeżeli środki pochodzą z konfiskaty karnej: 18,75% przypada organom śledczym, 18,75% przypada proku-

⁶³ Na temat działalności *Proceeds of Crime Centre*, zob. więcej: <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/about-us/what-we-do/economic-crime/proceeds-of-crime-centre> (dostęp w dniu 19 lipca 2016 r.).

⁶⁴ Zob. więcej A. V. M. Leong, *Assets recovery under the Proceeds of Crime Act 2002: the UK experience*, (w:) *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, pod red. S. N. M. Young, Cheltenham 2009, s. 213–216.

⁶⁵ Por. <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/about-us/what-we-do/economic-crime/civil-recovery-and-tax> (dostęp w dniu 19 lipca 2016 r.).

raturze, 12,5% przypada *HM Courts & Tribunals Service*. Środki pozyskane z przepadku gotówki są przekazywane w 50% organom śledczym⁶⁶. Głosy krytyczne pod adresem programu motywacyjnego są formułowane m.in. z powodu sposobu podziału odzyskanych środków oraz pominięcia w ich rozlokowaniu społeczności, które ucierpiały w wyniku przestępstwa⁶⁷.

Włochy

1. W prawie włoskim konfiskata aktywów związanych z przestępstwem funkcjonuje zarówno w ramach systemu prawa karnego jak i poza nim. Na tle innych systemów prawo włoskie wyróżnia koncepcja konfiskaty powiązana z prewencją przestępczości. Instytucja ta funkcjonuje jako środek bezpieczeństwa o charakterze majątkowym lub środek prewencyjny o charakterze majątkowym. Konfiskata jako środek bezpieczeństwa została uregulowana we włoskim kodeksie karnym (*Codice penale*), zwanym dalej C.P. Konfiskata jako środek prewencyjny orzekana jest w specjalnym postępowaniu administracyjnym uregulowanym w dekreście ustawodawczym nr 159 z 2011 r. (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonche' nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*), zwanym *Codice antimafia* (Kodeksem antymafijnym).

2. Konfiskata w ujęciu włoskiego kodeksu karnego jest środkiem bezpieczeństwa o charakterze majątkowym (*misure di sicurezza patrimoniali*)⁶⁸. Podstawowa forma konfiskaty została uregulowana w art. 240 C.P. W przypadku skazania sąd może orzec konfiskatę rzeczy, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa oraz rzeczy, które stanowią produkt lub korzyść z przestępstwa. Konfiskata jest obowiązkowa w stosunku do rzeczy, których produkcja, użytkowanie, transfer, posiadanie lub sprzedaż stanowi przestępstwo (bez uzależnienia od wyroku skazującego), chyba

⁶⁶ Na temat Asset Recovery Incentivisation Scheme, zob. więcej Proceeds of Crime, Fifth Report of Session 2016–17, House of Commons, Home Affairs Committee, 15 July 2016, s. 16–19. Raport zawiera postulat istotnej zmiany w podziale środków w ramach programu motywacyjnego w taki sposób, aby przynajmniej 10% odzyskanych środków było przekazywanych dla społeczności pokrzywdzonych przestępstwem, na przykład za pośrednictwem organizacji charytatywnych (ewentualnie z 50% przeznaczonych dla *Home Office*). Raport dostępny pod adresem: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmhaff/25/25.pdf> (dostęp w dniu 19 lipca 2016 r.).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Na temat tego typu sankcji, zob. więcej A. M. Maugeri, I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato, (w:) *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, pod red. A. M. Maugeri, Milano 2008, s. 1–126, *Idem*, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, s. 45–62.

że rzecz znajduje się w posiadaniu osoby niezwiązanej z przestępstwem (*persona estranea al reato*), a jej produkcja, użytkowanie, przekazanie lub sprzedaż mogą być objęte administracyjnym pozwoleniem. Ponadto obowiązkowej konfiskacie podlegają rzeczy składające się na „cenę” przestępstwa (*prezzo del reato*), a także dobra oraz narzędzia komputerowe lub elektroniczne, użyte w całości lub w części do popełnienia tzw. cyberprzestępstw określonych w artykułach: 615–*ter* C.P. (nieupoważniony dostęp do systemu komputerowego lub telekomunikacyjnego), 615–*quater* C.P. (nielegalne posiadanie i rozpowszechnianie kodów dostępu do systemów informatycznych lub telematycznych), 615–*quinqüies* C.P. (dystrybucja sprzętu, urządzeń lub programów służących do uszkodzenia lub przerwania systemu informatycznego lub telematycznego), 617–*bis* C.P. (instalacja urządzeń służących do przechwycenia lub uniemożliwienia komunikacji), 617–*ter* C.P., 617–*sexies* C.P. (fałszerstwo, zmiana lub zniszczenie treści komunikacyjnych), 617–*quater* C.P. (przechwycenie lub spowodowanie zakłóceń komunikacyjnych), 617–*quinqüies* C.P. (montaż urządzenia służącego do przechwycenia komunikacji lub zakłóceń komunikacyjnych), 635–*bis* C.P., 635–*ter* C.P. (uszkodzenie informacji, danych i programów informatycznych), 635–*quater* C.P., 635–*quinqüies* C.P. (uszkodzenie systemów informatycznych i telematycznych), 640–*ter* C.P., 640–*quinqüies* C.P. (oszustwa komputerowe)⁶⁹. Konfiskata fakultatywna i obligatoryjna odnosząca się do ceny przestępstwa, dóbr oraz narzędzi komputerowych lub elektronicznych nie znajduje zastosowania wobec osoby niezwiązanej z przestępstwem.

Istnieje ponadto szereg przepisów szczególnych dotyczących konfiskaty, rozproszonych w kodeksie karnym. Należy w szczególności wskazać art. 416–*bis* C.P., w którym określono m.in. przestępstwo przynależności, kierowania i tworzenia organizacji o charakterze mafijnym (*associazione di tipo mafioso*). Artykuł ten (w ustępie 7) przewiduje obowiązkową konfiskatę rzeczy związanych z przestępstwem (służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa, będących ceną, produktem lub zyskiem z przestępstwa, a także stanowiących ich wykorzystanie). Został on wprowadzony ustawą nr 646 z 1982 r., zwaną „ustawą *Rognoni–La Torre*” (od nazwisk dwóch włoskich polityków Virginio Rognoni i Pio La Torre)⁷⁰. Kolejnymi przy-

⁶⁹ Zob. ustawę nr 12 z 2012 r. dostępną na stronie internetowej Gazzetta Ufficiale pod adresem http://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario (dostęp w dniu 22 lipca 2016 r.).

⁷⁰ Na temat historii walki z przestępczością zorganizowaną i rozmaitych aktów prawnych wymierzonych m.in. w tego typu przestępczość (nr 575 z 1965 r., nr 726 z 1982 r., nr 143 z 1991 r., nr 306 z 1992 r., nr 153 z 1997 r., nr 45 i 63 z 2001 r., nr 279 z 2002 r.), zob. A. La Spina, *The Paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy*, (w:) *Organised Crime...*, s. 643–648. Problematyki przestępczości zorganizowanej dotyczyły również akty nr 1423/1956 oraz nr 57/1962, zob. G. Nania,

kładami szczególnych przepisów kodeksowych dotyczących konfiskaty są: art. 322–*ter* C.P.⁷¹ (konfiskata obowiązkowa stosowana w przypadku niektórych przestępstw urzędniczych, przy czym na podstawie art. 640–*quater* C.P., art. 322–*ter* C.P. znajduje zastosowanie również w przypadku niektórych oszustw), art. 446 C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku niektórych poważnych przestępstw z użyciem przemocy), art. 452–*undecies* C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku niektórych przestępstw przeciwko środowisku), art. 474–*bis* C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku niektórych przestępstw, w tym fałszerstw, godzących w prawa własności intelektualnej), art. 544–*sexies* C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku niektórych przestępstw godzących w dobra zwierząt), art. 600–*septies* C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku niektórych przestępstw związanych z pornografią, prostytutką, godzących w wolność seksualną oraz w przypadku utrzymywania osoby w niewolnictwie lub poddaństwie), art. 644 C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku przestępstwa lichwy), art. 648–*quater* C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku niektórych przestępstw przeciwko mieniu, w tym prania pieniędzy), art. 722 C.P. (konfiskata obowiązkowa w przypadku przestępstw hazardowych)⁷².

3. Prawo włoskie do 1994 r. przewidywało odrębne przestępstwo posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia nieproporcjonalnych do dochodów. Przestępstwo to było zagrożone karą od dwóch do czterech lat pozbawienia wolności oraz dodatkowo obowiązkową konfiskatą (art. 12–*quinquies* dekretu z mocą ustawy nr 306 z 1992 r.⁷³ zmodyfikowanego ustawą nr 356 z 1992 r.⁷⁴). Po orzeczeniu nr 48 z 9–17 lutego 1994 r.⁷⁵, w którym włoski Sąd konstytucyjny (*Corte costituzionale*) stwierdził niekonstytucyjność przepisów określających to przestępstwo (*illegittimità costituziona-*

La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente, Milano 2009, s. 16–18, 535.

⁷¹ W art. 322–*ter* C.P. znajduje się również podstawa do konfiskaty mienia o wartości odpowiadającej cenie przestępstwa lub zyskowi z przestępstwa (zob. także art. 640–*quater* C.P.). Artykuł 600–*septies* C.P. przewiduje podstawę do konfiskaty mienia o wartości odpowiadającej cenie, produktowi lub zyskowi z przestępstwa. Zob. także możliwości konfiskaty równowartości na podstawie art. 452–*undecies* C.P., art. 474–*bis* C.P., art. 644 C.P., art. 648–*quater* C.P.

⁷² Przepisy szczególne dotyczące konfiskaty znajdują się również poza włoskim kodeksem karnym. Na temat szczególnych zastosowań konfiskaty, zob. G. Fraschini, Ch. Putauro, *Illicit Assets Recovery in Italy. Enhancing Integrity and Effectiveness of Illegal Asset Confiscation*, Transparency International Italia, December 2013, s. 8–9.

⁷³ Dostępny na stronie internetowej Gazzetta Ufficiale pod adresem: http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/09/15/09_2A3636/sg (dostęp w dniu 21 lipca 2016 r.).

⁷⁴ Dostępna na stronie internetowej Gazzetta Ufficiale pod adresem: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario (dostęp w dniu 21 lipca 2016 r.).

⁷⁵ Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego nr 48 z 1994 r. dostępne na stronie internetowej tego Sądu pod adresem: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (dostęp w dniu 21 lipca 2016 r.).

le)⁷⁶, włoskie prawo karne nie przewiduje już przestępstwa posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia nieproporcjonalnych do dochodów.

4. Dekretem z mocą ustawy nr 399 z 1994 r. zmienionym ustawą nr 501 z 1994 r.⁷⁷ wprowadzono art. 12–*sexies*, który przewiduje specjalny rodzaj konfiskaty rozszerzonej (tzw. *confisca allargata*). Konfiskata rozszerzona, uregulowana w art. 12–*sexies*, należy do systemu prawa karnego⁷⁸. Artykuł ten był wielokrotnie nowelizowany, a jego głównym celem jest zwalczanie przestępczości o charakterze zorganizowanym. Odnosi się on do przestępstw popełnionych w ramach takiej przestępczości lub blisko z nią związanych, choć swoim zakresem obejmuje również inne poważne przestępstwa, np. urzędnicze.

Artykuł 12–*sexies* znajduje zastosowanie w przypadku skazania lub zastosowania kary na wniosek w wyniku porozumienia procesowego⁷⁹ za poważne przestępstwa wymienione w jego przepisach. Należą do nich tzw. przestępstwa urzędnicze: przywłaszczenie (art. 314 C.P., art. 316 C.P.), defraudacja (art. 316–bis C.P.), sprzeniewierzenie (art. 316–ter C.P.), wymuszenie (art. 317 C.P.), korupcja (art. 318 C.P., art. 319 C.P., art. 319–ter C.P., art. 319–quater C.P., art. 320 C.P., art. 322 C.P.)⁸⁰, wykorzystanie wynalazków lub odkryć (art. 325 C.P.). W art. 12–*sexies* wymieniono ponadto przestępstwa związane ze stowarzyszeniem się w celu popełniania przestępstw (*associazione per delinquere*). Po pierwsze wskazano w nim art. 416 ust. 6 C.P., który mówi o stowarzyszeniu w celu popełniania przestępstw dotyczących niewolnictwa lub poddaństwa (art. 600 C.P.), handlu ludźmi (art. 601 C.P., art. 704 C.P.), nielegalnego transportu lub wjazdu cudzoziemców (określonych w art. 12 ust. 3–bis tekstu jednolitego przepisów dotyczących imigracji i statusu uchodźców, dekret ustawodawczy nr 286 z 1998 r.). Po drugie, wskazano w całości art. 416 C.P., który w ogólności odnosi się do stowarzyszenia w celu popełniania przestępstw⁸¹. Konfiskata

⁷⁶ Zob. art. 27 ust. 2 włoskiej konstytucji dotyczący kwestii winy.

⁷⁷ Dostępny na stronie internetowej Gazzetta Ufficiale pod adresem: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?sessionId=VIRQQpBzjSaOKPqx2S1LA.ntc-as2-guri2a?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1994-08-18&atto.codiceRedazionale=094A5199&elenco30giorni=false (dostęp w dniu 22 lipca 2016 r.).

⁷⁸ Por. D. Piva, *Anti-Mafia Forfeiture in the Italian System*, (w:) *Dirty Assets...*, s. 72. Autor określa konfiskatę z art. 12–*sexies* jako dodatkową sankcję za przestępstwo.

⁷⁹ Na podstawie art. 444 włoskiego kodeksu postępowania karnego (*Codice di procedura penale*).

⁸⁰ Wymienione przestępstwa dotyczą także członków Międzynarodowego Trybunału Karnego, organów Unii Europejskiej lub funkcjonariuszy państw obcych (art. 322–bis C.P.).

⁸¹ W kontekście art. 416 C.P. wymieniono rozmaite przestępstwa, np. niektóre przestępstwa godzące w prawa własności intelektualnej (art. 473 C.P., art. 474 C.P., art. 517–ter C.P., art. 517–quater C.P.) oraz wiążące się z uczestnictwem, zarządzaniem lub organizacją stowarzyszenia o charakterze mafijnym lub popełnionym w celu ułatwiania takiej działalności (art. 416–bis C.P.), niewolnictwem lub poddaństwem (art. 600 C.P., art. 602 C.P.), prostytucją

rozszerzona znajduje również zastosowanie w przypadku skazania lub zastosowania kary na wniosek w wyniku porozumienia procesowego za przestępstwo popełnione w celu terrorystycznym lub w celu obalenia porządku konstytucyjnego.

Zakres konfiskaty jest rozszerzony przedmiotowo, gdyż obejmuje pieniądze, dobra lub inne wartości, których pochodzenia sprawca nie potrafi uzasadnić. Brak udowodnienia legalnego pochodzenia aktywów, jest jednym z warunków orzeczenia konfiskaty rozszerzonej. Koniecznym wymogiem jest również wykazanie, że dana osoba ma tytuł prawny lub może faktycznie dysponować wartościami (nawet za pośrednictwem osoby fizycznej lub prawnej) nieproporcjonalnymi do dochodu deklarowanego w celu podatku dochodowego lub do działalności gospodarczej. Osoba może zatem dysponować dobrami bezpośrednio lub za pomocą pośredników. W celu orzeczenia konfiskaty rozszerzonej nie jest konieczne udowodnienie związku konkretnych aktywów z przestępstwem (odmiennie niż w przypadku konfiskaty podstawowej z art. 240 C.P. Podsumowując, warunkami wystarczającymi do orzeczenia konfiskaty rozszerzonej są:

- skazanie lub wymierzenie kary na wniosek w wyniku porozumienia procesowego (na podstawie art. 444 kodeksu postępowania karnego) za przestępstwo wymienione w art. 12–*sexies*;
- dysproporcja między dobrami, do których osoba posiada tytuł prawny lub faktyczne prawo dysponowania a legalnym dochodem lub wynikającym z działalności gospodarczej;
- nieudowodnienie legalnego pochodzenia dóbr przez osobę, wobec której stosowana jest konfiskata (przerzucenie ciężaru dowodu w tym zakresie).

W konstrukcji konfiskaty rozszerzonej wykorzystano wzruszalne domniemanie prawne pochodzenia z przestępstwa dóbr nieproporcjonalnych do legalnego dochodu lub działalności gospodarczej. Konsekwencją takiego rozwiązania jest przerzucenie ciężaru dowodu w zakresie wykazania legalnego pochodzenia dóbr na osobę, której domniemanie dotyczy (wobec której stosowana jest konfiskata na podstawie art. 12–*sexies*). Na oskarżeniu spoczywa natomiast ciężar udowodnienia istnienia prawa danej osoby do dóbr lub możliwości faktycznego nimi dysponowania (bezpośrednio lub za

małoletnich (art. 600–bis ust. 1 C.P.), pornografią małoletnich (art. 600–*ter* ustęp 1 i 2 C.P., art. 600–*quater* 1 C.P., art. 600–*quinquies* C.P.), handlem ludźmi (art. 601 C.P.), wymuszeniem (art. 629 C.P.), porwaniem (art. 630 C.P.), lichwą (art. 644 C.P.), paserstwem (art. 648 C.P. z wyjątkiem ustępu 2, tj. jeżeli przestępstwo nie jest szczególnie poważne), praniem pieniędzy lub jego ułatwianiem (art. 648–bis C.P., art. 648–*ter* C.P., art. 12–*quinquies* ustęp 1, dekretu z mocą ustawy nr 306 z 1992 r. zmienionego ustawą nr 356 z 1992 r.), niektórymi przestępstwami narkotykowymi określonymi w tekście jednolitym ustawy dotyczącej środków odurzających i substancji psychotropowych, prewencji, leczenia i rehabilitacji uzależnienia (zatwierdzonym dekretem prezydenckim nr 309 z 1990 r.).

pomocą pośredników) oraz dysproporcji między takimi dobrami a legalnym dochodem lub wynikającym z legalnej działalności gospodarczej.

W przypadku niektórych przestępstw (określonych w art. 12–*sexies* ustęp 2)⁸², jeżeli nie jest możliwe orzeczenie konfiskaty nieproporcjonalnej sumy pieniędzy, dóbr i innych wartości, sąd orzeka konfiskatę innych równoważnych sum pieniędzy, dóbr i korzyści, którymi sprawca ma możliwość dysponowania, w tym za pomocą pośredników (art. 12–*sexies* ustęp 2–*ter*).

Podsumowując, konstrukcję konfiskaty rozszerzonej, w ujęciu art. 12–*sexies*, charakteryzuje:

- kryterium wagi przestępstwa (warunkiem jest popełnienie przestępstwa w ramach przestępczości zorganizowanej lub innego poważnego przestępstwa wymienionego w art. 12–*sexies*);
- możliwość sięgnięcia do aktywów bez formalnego ograniczenia czasowego ich nabycia;
- brak wymogu udowodnienia związku konkretnych aktywów z przestępstwem;
- zastosowanie wzruszalnego domniemania prawnego pochodzenia z przestępstwa dóbr nieproporcjonalnych (do których sprawca posiada tytuł prawny lub faktyczną możliwość dysponowania bezpośrednio lub pośrednio) do legalnego dochodu lub rozmiarów działalności gospodarczej;
- przerzucenie ciężaru dowodu w zakresie wykazania legalnego pochodzenia nieproporcjonalnych dóbr na osobę, której dotyczy domniemanie (skazanej lub ukaranej na wniosek w wyniku porozumienia procesowego za przestępstwo wymienione w art. 12–*sexies*);
- ograniczony zakres ciężaru dowodu spoczywający na oskarżeniu, który odnosi się do wykazania: tytułu prawnego do dóbr lub możliwości faktycznego nimi dysponowania (bezpośrednio lub pośrednio), dysproporcji między takimi dobrami a legalnym dochodem lub wynikającym z działalności gospodarczej.

5. W prawie włoskim istnieje ponadto możliwość ostatecznego pozbawienia mienia związanego z przestępstwem, bez uzależnienia od wyroku skazującego, za pomocą instytucji konfiskaty o charakterze środka prewencyjnego. Instytucja ta została uregulowana poza systemem prawa karnego we wspomnianym dekrete ustawodawczym nr 159 z 2011 r. *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonche' nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1e 2 della legge 13*

⁸² Związanych z organizacją typu mafijnego, o której mowa w art. 416–bis C.P. lub ułatwianiem działalności tego typu organizacjom, a także przemytem w typie kwalifikowanym, o którym mowa w art. 295 ust. 2 tekstu jednolitego przepisów celnych zatwierdzonego dekretem prezydenckim nr 43 z 1973 r.

agosto 2010, n. 136⁸³, dalej jako C.A. (od nazwy zwyczajowej tego aktu *Codice antimafia*, tj. Kodeks antymafijny). W literaturze wskazano, że przepisy regulujące konfiskatę w formie środka prewencyjnego przynależą do administracyjnego prawa represyjnego, w którym nie obowiązuje standard dowodu właściwy dla procesu karnego. Kompetencję do orzeczenia konfiskaty posiada sąd, w jej następstwie mienie przechodzi na rzecz państwa⁸⁴. Specjalne administracyjne postępowanie sądowe jest tylko podobne do postępowania regulowanego przez brytyjski POCA, które jest skierowane wobec aktywów (*in rem*). W literaturze wskazano, że charakter włoskiej regulacji jest w istocie mieszany (hybrydowy), gdyż w pewnym zakresie uwzględnia związek aktywów z niebezpieczeństwem jednostki⁸⁵.

Konfiskata w formie środka prewencyjnego o charakterze majątkowym (według art. 16 C.A. w związku z art. 1 i 4 C.A.) może być zastosowana wobec osób podejrzanych o przynależność do stowarzyszenia typu mafijnego, o którym mowa w art. 416-bis C.P., jak również podejrzanych o popełnienie jednego z poważnych przestępstw wiążących się z przestępczością zorganizowaną (wskazanych w art. 51 ust. 3-bis kodeksu postępowania karnego oraz art. 12-*quinqüies* ustęp 1 dekretu nr 306 z 1992 r. zmienionego ustawą nr 356 z 1992 r.). Ponadto ta forma konfiskaty może być zastosowana wobec osób stwarzających niebezpieczeństwo ze względu na stałe zaangażowanie w działalność przestępczą (*abitualmente dediti a traffici delittuosi*) lub których sposób i poziom życia wskazuje na pochodzenie aktywów z działalności przestępczej (choćby częściowo), a także osób, których zachowanie można uznać za zmierzające do popełniania przestępstw zagrażających małoletnim, zdrowiu, bezpieczeństwu lub spokojowi publicznemu. Dodatkowo przepisy wymieniają takie podmioty, jak: osoby podejmujące czynności przygotowawcze do popełnienia przestępstwa zmierzającego do obalenia państwowego systemu prawa; osoby należące do niektórych rozwiązanych organizacji politycznych (z odniesieniem do ustawy nr 645 z 1952 r.), o których można sądzić, że względu na późniejsze zachowanie, że kontynuują podobną działalność; osoby podejmujące czynności przygotowawcze do odtworzenia partii faszystowskiej; osoby skazane za niektóre przestępstwa związane z bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, jeżeli na podstawie ich późniejszego zachowania można sądzić, że są skłonne do popełnienia podobnego typu przestępstwa. Przepisy wymieniają także inicjatorów i sponsorów wyżej wymienionych przestępstw. Odrębnie wskazano osoby

⁸³ Dostępny na stronie internetowej Normattiva pod adresem: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2011-09-28&atto.CodiceRedazionale=011G0201¤tPage=1> (dostęp w dniu 25 lipca 2016 r.).

⁸⁴ M. Panzavolta, R. Flor, A Necessary Evil? The Italian "Non-Criminal System" of Asset Forfeiture, (w:) Non-Conviction-Based..., s. 123–124.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 134–135. Por. D. Piva, Anti-Mafia Forfeiture..., s. 73.

pomagające grupom lub osobom zakłócającym z użyciem przemocy przebieg zawodów sportowych (z odniesieniem do art. 6 ustawy nr 401 z 1989 r.) oraz osoby wskazane przez Komitet ONZ ds. sankcji lub inną organizację międzynarodową kompetentną do zamrożenia funduszy lub zasobów gospodarczych w związku z podejrzeniem o finansowanie terroryzmu. Postępowanie wobec określonych osób jest inicjowane na wniosek właściwego prokuratora⁸⁶. Na prokuratorze ciąży obowiązek wykazania, że dana osoba należy do kręgu podmiotów, wobec których można zastosować konfiskatę prewencyjną, a także udowodnienia tytułu prawnego lub faktycznej możliwości dysponowania aktywami nieadekwatnymi do stylu życia lub nielegalnego pochodzenia⁸⁷.

Konfiskata dotyczy uprzednio zajętych aktywów (art. 24 C.A.). Warunkiem jej orzeczenia w formie środka prewencyjnego, oprócz przynależności osoby do kręgu wskazanych podmiotów, jest niemożność udowodnienia legalnego pochodzenia aktywów oraz dysproporcja między aktywami, co do których istnieje tytuł prawny lub faktyczna możliwość dysponowania (bezpośrednio lub pośrednio), a legalnym dochodem lub wynikającym z działalności gospodarczej. Konfiskata obejmuje również dobra, które okazały się rezultatem nielegalnej działalności lub wynikiem ponownego użycia dochodów z przestępstwa. Artykuł 25 C.A. umożliwia orzeczenie konfiskaty równowartości aktywów (pieniędzy lub dóbr o równoważnej wartości).

Postępowanie dotyczące prewencyjnej konfiskaty może być zainicjowane lub kontynuowane wobec osób nieobecnych lub przebywających za granicą, jeżeli istnieją uzasadnione powody, aby sądzić, że ich dobra stanowią korzyści z nielegalnej działalności lub rezultat ich ponownego wykorzystania (art. 18 ust. 4 C.A.). Ponadto postępowanie może być kontynuowane wobec osoby zmarłej, toczy się wtedy wobec spadkobierców lub następców prawnych (art. 18 ust. 2 C.A.). Może zostać również wszczęte w sytuacji, gdy osoba, wobec której mogłaby zostać orzeczona konfiskata zmarła, wówczas toczy się wobec jej sukcesorów uniwersalnych lub singularnych, przy czym obowiązuje ograniczenie czasowe pięciu lat od śmierci osoby (art. 18 ust. 3 C.A.). Pod pewnymi warunkami (m.in. wynikającymi z uzasadnionych powodów pozwalających przyjąć, że działalność gospodarcza służy ułatwianiu przestępczości zorganizowanej lub innej poważnej przestępczości) przepisy C.A. umożliwiają ustanowienie przez sąd zarządu nad aktywami związanymi z działalnością gospodarczą i orzeczenie ich prewencyjnej konfiskaty, jeżeli istnieją uzasadnione powody, aby sądzić, że stanowią korzyści z nielegalnej działalności lub rezultat ich ponownego wykorzystania (art. 34 C.A.)⁸⁸.

⁸⁶ Zob. także podmioty wskazane w art. 17 C.A.

⁸⁷ Zob. M. Panzavolta, R. Flor, *A Necessary Evil?*..., s. 139.

⁸⁸ Zob. więcej R. Russo, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, *Archivio Penale* 2012, nr. 3, s. 4–11.

6. Kodeks antymafijny przewiduje szerokie możliwości ponownego wykorzystania skonfiskowanego mienia, np. przekazywanie nieruchomości na cele związane z wymiarem sprawiedliwości i porządkiem publicznym, jak również na inne cele państwowe i publiczne. Ponadto przekazywanie nieruchomości, w tym samochodów, instytucjom państwowym i społecznym oraz na potrzeby pomocy publicznej (art. 48 C.A.)⁸⁹. We włoskim systemie prawnym funkcjonuje centralny podmiot posiadający uprawnienia w zakresie zarządzania i alokacji zajętego oraz skonfiskowanego mienia (*L'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*)⁹⁰. Pomimo innowacyjnych rozwiązań przyjętych w przepisach C.A. zgłaszane są uwagi dotyczące niedostatecznej wydolności tej procedury, głównie z powodu jej długotrwałości, która wpływa niekorzystnie na zarządzanie zajętymi aktywami⁹¹.

Wnioski

Konstrukcja karnoprawnej konfiskaty rozszerzonej zastosowana w prawie francuskim, niemieckim⁹², angielskim oraz włoskim zawiera wiele elementów podobnych. Konsekwencją przynależności tej instytucji do systemu prawa karnego jest skierowanie postępowania, w którym jest orzekana, zawsze przeciwko osobie (*in personam*), a nie przeciwko aktywom (*in rem*). Ostatni zabieg znajduje zastosowanie w przypadku konfiskaty orzekanej w systemie pozakarnym, na przykład w ramach *civil recovery* w postępowaniu *in rem* uregulowanym w brytyjskiej POCA. Konfiskata w formie środka prewencyjnego o charakterze majątkowym orzekana w specjalnym postępowaniu administracyjnym uregulowanym we włoskim C.A., nie ma czystego charakteru *in rem*, lecz mieszany, ze względu na uwzględnienie wśród przesłanek jej zastosowania elementu niebezpieczeństwa osoby.

⁸⁹ Na temat dysponowania skonfiskowanym mieniem zob. więcej: N. Mignemi, F. Rizzoli, Social redistribution of confiscated mafia assets in Italy: from mafia informal to civil. An analysis of the reuse for social purposes of confiscated property in Italy, FLARE, Roma, 29 June 2014; Disposal of Confiscated Assets..., s. 78–80.

⁹⁰ Zob. raporty roczne dotyczące działalności Agencji, dostępne na stronie internetowej: <http://www.benisequestraticonfiscati.it/Joomla/index.php?option=comcontent&view=category&id=37&Itemid=13> (dostęp w dniu 25 lipca 2016 r.).

⁹¹ Zob. G. Frascini, Asset recovery in Italy. A lot of experience but a lot to improve, Transparency International Italia, Sofia, 28.04.2015 r.; D. Piva, Anti-Mafia Forfeiture... s. 84. W zakresie poprzednio obowiązujących regulacji, por. B. Vettori, Tough on Criminal Wealth..., s. 82–84.

⁹² Jak wskazano w punkcie 2.1 niniejszego opracowania, prawo niemieckie posługuje się terminem przepadku rozszerzonego (*Erweiterter Verfall*), jednakże w części wnioskowej opracowania, termin konfiskata rozszerzona został użyty również w stosunku do prawa niemieckiego.

Rozpatrując całościowo rozwiązania dotyczące konfiskaty rozszerzonej przyjęte w omawianych porządkach prawnych, za najbardziej nowatorskie należy uznać te przyjęte w prawie angielskim. Instytucja konfiskaty rozszerzonej funkcjonuje w nim obok innych zaawansowanych sposobów pozbawiania mienia związanego z przestępstwem (*civil recovery*, *cash forfeiture*, *taxation*) współtworząc rozbudowany system odzyskiwania aktywów nielegalnego pochodzenia, uregulowany przy tym w jednym akcie prawnym (POCA). Wyróżnikiem prawa angielskiego jest to, że konfiskata, odmiennie niż przepadek (*forfeiture*) zbliżony do kontynentalnych konstrukcji ostatecznego pozbawiania mienia, jest sądowym nakazem zapłaty określonej kwoty pieniężnej odpowiadającej ustalonym przysporzeniom majątkowym uzyskanym w wyniku działalności przestępczej. Rozwiązanie to należy ocenić jako pragmatyczne oraz zmniejszające koszty postępowania zabezpieczającego i wykonawczego. Jednocześnie trudne byłoby wprowadzenie podobnego rozwiązania do kontynentalnych porządków prawnych ze względu na tradycję prawną (*nota bene* podlegającą zmianom m.in. za sprawą instytucji konfiskaty rozszerzonej) związaną z pozbawianiem konkretnie tego, co pochodzi z przestępstwa. Kolejnym wyróżnikiem prawa angielskiego i jednocześnie przejawem pragmatyzmu w zakresie odzyskiwania aktywów związanych z przestępstwem jest prowadzony przez *Home Office* system motywujący organy ochrony prawnej (zaangażowane w procedurę odzyskiwania aktywów) do podejmowania skutecznych działań na tym polu poprzez możliwość partycypowania w późniejszym podziale odzyskanych środków. Pomimo głosów krytycznych zgłaszanych pod adresem *Asset Recovery Incentivisation Scheme*, które słusznie wskazują na konieczność korekt w przyjętym systemie podziału, samą koncepcję programu należy ocenić pozytywnie.

Przechodząc do wyodrębnienia podobieństw i różnic między konstrukcjami konfiskaty rozszerzonej w poszczególnych porządkach prawnych należy wskazać, że przepisy przyjęte w prawie francuskim, niemieckim, angielskim i włoskim, wśród warunków koniecznych do jej orzeczenia nie przewidują udowodnienia pochodzenia konkretnych aktywów z przestępstwa, którego dotyczy postępowanie karne. W ten sposób związek mienia z przestępstwem został rozluźniony. Prawo niemieckie wyróżnia wysokie wymagania dowodowe dotyczące pochodzenia mienia. Wykazane prawdopodobieństwo pochodzenia mienia powinno być wystarczające do przekonania sędziego oraz oczywiste dla bezstronnego obserwatora. Odmienny (cywilny) standard dowodu w zakresie konfiskaty oparty na bilansie prawdopodobieństw (*balance of probabilities*) obowiązuje w prawie angielskim.

Powtarzającym się elementem w omawianych konstrukcjach konfiskaty rozszerzonej jest zastosowanie ułatwiającego dowodzenie wzruszalnego domniemania prawnego pochodzenia aktywów z przestępstwa. W przepisach prawa niemieckiego posłużono się określeniem „przypuszczenia” uza-

sadnionego okolicznościami, natomiast w przepisach prawa angielskiego określeniem „założenie”, które wywołują skutek podobny do wzruszalnego domniemania prawnego. Jednakże prawo niemieckie, jak wskazano, przewiduje wysokie wymogi dowodowe w zakresie wykazania pochodzenia mienia z przestępstwa. W prawie francuskim domniemanie pochodzenia z przestępstwa dotyczy aktywów, których legalnego pochodzenia nie jest w stanie wyjaśnić skazany, a w przypadku aktywów, w zakresie których posiada on faktyczne prawo dysponowania, również ich formalny właściciel. W prawie włoskim domniemanie pochodzenia z przestępstwa dotyczy dóbr nieproporcjonalnych do legalnego dochodu lub rozmiaru działalności gospodarczej, co do których sprawca posiada tytuł prawny lub faktyczną możliwość dysponowania.

Wykorzystanie w konstrukcji konfiskaty rozszerzonej domniemania prawnego pochodzenia aktywów z przestępstwa, wiąże się z przerzuceniem ciężaru dowodu w zakresie wykazania ich legalnego pochodzenia na osoby, których domniemanie dotyczy. Ciężar dowodu zostaje wtedy podzielony między:

- 1) oskarżyciela – w zakresie wykazania istnienia prawa własności aktywów lub możliwości faktycznego nimi dysponowania oraz w zależności od systemu prawnego: dysproporcji między aktywami a legalnym dochodem lub wynikającym z działalności gospodarczej, wartości aktywów, posiadania aktywów, transferu aktywów, wydatków poczynionych z aktywów,
- 2) i osobę, której domniemanie dotyczy (właściciela lub faktycznego dysponenta aktywów) – w zakresie wyjaśnienia legalnych źródeł pochodzenia aktywów.

Prawo niemieckie formalnie nie przerzuca ciężaru udowodnienia legalnego pochodzenia aktywów na osobę, której dotyczy uzasadnione okolicznościami „przypuszczenie” ich nielegalnego pochodzenia. Na oskarżeniu spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania prawdopodobieństwa uzyskania aktywów z przestępstwa lub za jego popełnienie, przy czym na tyle wysoko, aby było oczywiste dla bezstronnego obserwatora i wystarczające do przekonania sędziego. Podmiot, którego aktywów dotyczy takie „przypuszczenie” może mu jednak faktycznie oponować, dowodząc ich legalnego źródła.

W prawie francuskim, niemieckim i włoskim nie wprowadzono formalnego ograniczenia czasowego dla uzyskania aktywów, które mogą zostać objęte konfiskatą rozszerzoną. W prawie angielskim przyjęto natomiast ograniczenie czasowe dla zastosowania założeń (*assumptions*) co do pochodzenia aktywów z przestępstwa (okres sześciu lat kończących się z dniem najwcześniejszego wszczęcia postępowania przeciwko oskarżonemu). Odrębne założenie dotyczy wyceny nabytych aktywów, które uznaje się za wolne od praw (interesów) innych osób.

Elementem podobnym w prawie francuskim, niemieckim, angielskim i włoskim jest przyjęcie w konstrukcji konfiskaty rozszerzonej kryterium wagi przestępstwa. Konfiskata rozszerzona znajduje zastosowanie nie do wszystkich, lecz co do zasady poważnych przestępstw. Do wagi przestępstwa odniesiono się w różny sposób, za pomocą:

- kryterium surowości zagrożenia karą (Francja);
- wskazania w przepisach szczególnych możliwości zastosowania konfiskaty rozszerzonej za konkretne przestępstwo (Niemcy);
- wskazania w przepisach określających przesłanki konfiskaty rozszerzonej konkretnych przestępstw, w związku z którymi może być zastosowana (Włochy, Wielka Brytania).

W prawie angielskim, ze względu na konieczną do orzeczenia konfiskaty rozszerzonej dodatkową przesłankę stwierdzenia przestępczego trybu życia (*criminal lifestyle*), uwzględnia się takie elementy, jak: wartość uzyskanej korzyści majątkowej, czas popełnienia przestępstwa, przynależność zachowania do części działalności przestępczej. Na pozytywną ocenę zasługuje odzwierciedlenie w omawianych porządkach prawnych koncepcji powiązania konfiskaty rozszerzonej z poważną przestępczością, która została przyjęta w aktach prawa międzynarodowego i UE. Ze względu na odmienności proceduralne orzekania tego typu konfiskaty i wykorzystanie domniemania prawnego pochodzenia aktywów z przestępstwa, materialnoprawne przesłanki jej zastosowania słusznie podlegają obostrzeniu poprzez odniesienie do poważnej przestępczości (rozmaicie definiowanej w zależności od systemu prawnego).

Skutek w pewnym stopniu zbliżony do konfiskaty rozszerzonej można uzyskać poprzez kryminalizację zachowania polegającego na posiadaniu aktywów nieuzasadnionego pochodzenia i zastosowaniu sankcji karnej o charakterze majątkowym. Tego rodzaju przestępstwo istnieje w prawie karnym Francji (art. 321–6 C.P.). Należy jednak pamiętać, że w systemie prawa francuskiego jest ono wykorzystywane jako element walki z przestępczością zorganizowaną, a do jego ustawowych znamion należy m.in. pozostawanie danej osoby w stałych relacjach (*relations habituelles*) z jedną lub więcej osobami utrzymującymi się z popełniania zbrodni lub występków zagrożonych karą co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności. Jest to istotny element kryminalizacji posiadania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia, który odróżnia rozwiązanie przyjęte w prawie francuskim od prób pozbawiania aktywów nieuzasadnionego pochodzenia za pomocą wprowadzania specjalnego typu przestępstwa lub kary majątkowej podejmowanych w prawie włoskim i niemieckim. Prawo włoskie do 1994 r. przewidywało zbliżone przestępstwo, jednakże przepisy, w których zostało ono określone (art. 12–*quinqüies* dekretu z mocą ustawy nr 306 z 1992 r. zmodyfikowanego ustawą nr 356 z 1992 r.), zostały uznane przez włoski Sąd konstytucyjny w orzecz-

niu nr 48 z 9–17 lutego 1994 r. za niezgodne z włoską konstytucją (art. 27 ust. 2 konstytucji). W niemieckim prawie karnym funkcjonowała natomiast do 2002 r. specjalna kara majątkowa w postaci nakazu zapłaty kwoty pieniężnej, której wartość była ograniczona tylko wartością aktywów sprawcy. Na podstawie przepisów szczególnych karę taką można było orzec obok kary dożywotniego pozbawienia wolności lub kary pozbawienia wolności powyżej dwóch lat. Przepisy dotyczące tej specjalnej kary majątkowej (§ 43aStGB) zostały uznane przez Federalny Sąd Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 20 marca 2002 r. (2 BvR 794/95) za niezgodne z niemiecką ustawą zasadniczą (art. 103 § 2 ustawy zasadniczej).

Na koniec należy wskazać, że koncepcja konfiskaty rozszerzonej wynikająca z umów międzynarodowych i prawa UE wzbudza wiele pytań o właściwą ochronę praw jednostki na każdym etapie procedury konfiskaty, jak również o materialnoprawne podstawy jej orzekania. Szczególne trudności wiążą się z zachowaniem standardów rzetelnego procesu karnego. Ze względu na niedostateczną skuteczność tradycyjnych rozwiązań prawa karnego w pozbawianiu i odzyskiwaniu aktywów powiązanych z przestępczością oraz ze względu na obrany przez społeczność międzynarodową kierunek zmian w podejściu do konfiskaty, należy dążyć do wypracowania, w szczególności na poziomie prawa międzynarodowego, właściwego poziomu ochrony praw podmiotów podlegających konfiskacie rozszerzonej. Jeżeli nie jest możliwe pełne pogodzenie instytucji konfiskaty rozszerzonej z zasadami rzetelnego procesu karnego (na przykład w zakresie domniemania niewinności), a jednocześnie prawo międzynarodowe i UE rozwija zastosowanie tej instytucji prawnej, należy poszukiwać właściwego uzasadnienia dla obranego kierunku działań. Uzasadnienie to powinno jednocześnie odrywać się od tradycyjnego dyskursu zgodności lub niezgodności z zasadami rzetelnego procesu karnego, gdyż przynosi on negatywną odpowiedź na pytanie o taką zgodność.

W celu zrozumienia zmieniającego się podejścia do skutecznego pozbawiania aktywów związanych z przestępczością warto nawiązać do koncepcji mienia, które może szkodzić (*the legal construction that property can do harm*), która wykorzystuje w pewnym stopniu fikcję prawną. Koncepcja ta została zarysowana przez nieżyjącego już Joachima Vogela z Uniwersytetu Ludwika Maksymiliana w Monachium⁹³ w kontekście instytucji cywilnego przepadku (z akcentem na rozwiązania przyjęte w Stanach Zjednoczonych), który jest orzekany w postępowaniu przeciwko aktywom, które mogą zostać uznane za „winne” ze względu na związek przestępstwem. Koncepcja mienia mogącego wyrządzić szkodę zakłada, że aktywa pochodzące z prze-

⁹³ Zob. J. Vogel, *The Legal Construction that Property Can Do Harm*, (w:) *Non-Conviction-Based...*, s. 225–243.

stępstwa mogą zostać ponownie wykorzystane w celu przestępczym, jak również podlegać wypraniu i wtopieniu w legalne środki majątkowe. W ocenie autora przepadek owoców przestępstwa uzasadnia przekonanie, że przestępstwo nie może popłacać (*crime must not pay*), w tym sensie przepadek zapobiega bezpodstawnemu wzbogaceniu. Joachim Vogel podkreśla, że bezpodstawne wzbogacenie w wielu systemach prawnych powoduje obowiązek restytucji wynikający z prawa cywilnego i ta cywilnoprawna zasada może zostać przeniesiona do prawa karnego (z zastosowaniem do osób, po których stronie wystąpiło bezpodstawne wzbogacenie bez ograniczenia do osób winnych popełnienia przestępstwa, przy jednoczesnym zabezpieczeniu możliwości dochodzenia roszczeń przez ofiary przestępstwa oraz właściwej ochronie praw osób będących w dobrej wierze). Polityka karna i procedura orzekania mogą się różnić w zależności od tego, czy mamy do czynienia z przypadkiem przedmiotów, których posiadanie jest zabronione, narzędzi przestępstwa, czy wreszcie przypadkiem owoców przestępstwa, zaś kontrowersje dotyczą przede wszystkim ostatniego z wymienionych rodzajów przypadku. Związek przypadku owoców przestępstwa z prawem cywilnym uzasadnia inne zabiegi proceduralne, w tym przerzucenie ciężaru dowodu na posiadacza aktywów lub orzeczenie przypadku bez uprzedniego wyroku skazującego. Istotna jest uwaga, że przy rozpatrywaniu przypadku owoców przestępstwa odwołanie następuje przede wszystkim do konstytucyjnych gwarancji ochrony własności (przy rozpatrywaniu środków karnych w sposób naturalny odwołanie następuje do konstytucyjnych gwarancji odpowiedzialności karnej).

Autor wskazuje, że przyjęcie założenia o mieniu mogącym wyrządzić szkodę jest szczególnie trudne dla jurysdykcji kontynentalnych, w których koncepcja winy jest związana z osobą oraz w których nie istnieją postępowania skierowane tylko przeciwko aktywom (*in rem*). Niemniej jednak w ocenie autora, poprzez uznanie, że mienie może wyrządzić lub zostać wykorzystane do spowodowania szkody (*criminal harm*), koncepcja ta może zostać wykorzystana przez systemy prawa kontynentalnego w zakresie cywilnego przypadku lub przypadku bez wyroku skazującego. Oparcie koncepcji na zasadzie szkody (w miejsce indywidualnego zawinienia) legitymizuje przepadek i pozwala na jego orzekanie również wobec osób trzecich nie uznanych za winnych jakiegokolwiek przestępstwa przy jednoczesnym zapewnieniu tym osobom gwarancji rzetelnego procesu. Uwzględniając przedmiot, przesłanki, działanie oraz cele przypadku cywilnego i karnego, do których należy odzyskanie aktywów pochodzących z przestępstwa lub użytych do jego popełnienia, Joachim Vogel przedstawia argument, że cywilny przepadek różni się od przypadku karnego bardziej w zakresie procedury

orzekania niż w zakresie natury obu instytucji⁹⁴. Wskazuje ponadto, że w prawie karnym są wykorzystywane różnego rodzaju środki prewencyjne, w tym detencyjne, nie wymagające wyroku skazującego wobec osoby, przestępstwo jest natomiast często popełniane z chęci zysku, a jego wykonanie pociąga koszty, przepadek wydobywa zysk z przestępstwa oraz podnosi koszty jego popełnienia przeciwdziałając w ten sposób przestępczości oraz oddziałując nie tylko represyjnie, ale również prewencyjnie.

Extended confiscation in national jurisdictions of select European countries

Abstract

This paper discusses juristic solutions for extended confiscation in the French, German, English, and Italian laws to identify similarities and differences among concepts of extended confiscation in particular legal regimes. For the purpose of this paper, extended confiscation is understood to mean the form of final deprivation of property under criminal law, extended to include assets allegedly deriving from activities of a criminal nature. Extended confiscation in particular national jurisdictions is described with reference to various methods of final deprivation of assets connected with any criminal activity, including methods provided by non-criminal branches of law.

⁹⁴ Autor przywołuje poglądy Stefana Cassella wyrażone w książce: *Asset Forfeiture Law in the United States*, Huntington 2012, s. 837 oraz Davida Pimentela wyrażone w artykule: *Forfeitures Revisited: Bringing Principle to Practice in Federal Court*, *Nevada Law Journal* 2012, nr 1, s. 1–59.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Rafał Korycki

Problematyka badania autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych

Streszczenie

Badanie autentyczności nagrań fonicznych należy do istotnych zadań współczesnej kryminalistyki. Detekcja śladów montażu oraz ustalenie pochodzenia badanych zapisów cyfrowych przysparza wielu trudności z uwagi na fakt, że powszechnie dostępne rozwiązania oraz darmowe oprogramowanie służące do edycji dźwięku pozwalają fałszerzom na zmianę znaczenia wypowiedzianych zdań w sposób dowolny i bez wprowadzania słyszalnych zniekształceń. Ponadto istnieje możliwość wykonania operacji konwersji i ponownej kompresji zapisu w celu ukrycia śladów wykonanego montażu lub zmiany metadanych utrwalonych w pliku. W niniejszym artykule omówiono problematykę badania autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych. Zaprezentowano podejście polegające na ocenie struktury pliku, weryfikacji urządzenia, analizie globalnej prowadzonej na materiale dowodowym jako całości oraz analizie lokalnej zajmującej się badaniem parametrów zmieniających się w czasie. Ponadto przedstawiono szereg rekomendacji związanych z badaniem autentyczności opisanych zarówno w publikacjach naukowych, jak i w dokumentach wydanych przez organizacje eksperckie.

Wstęp

Badanie autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych stanowi złożony proces analityczny. Wymaga stosowania wielu metod badawczych oraz interpretacji uzyskanych na ich podstawie wyników w powiązaniu ze zrozumieniem zjawisk zachodzących podczas rejestracji i przetwarzania sygnałów

fonicznych (np. procesów zachodzących w urządzeniach rejestrujących) oraz wiedzy na temat możliwości oferowanych przez dostępne na rynku programy do edycji dźwięku. Ostateczne wnioski formułuje się na podstawie wyników przeprowadzonych analiz cząstkowych.

Podstawowy zakres badań w tym zakresie został określony orzeczeniem Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. III K 49/61 z dnia 10 marca 1961 r., które brzmiało: „dowód z taśmy magnetofonowej stanowiącej dowód rzeczowy wymaga przeprowadzenia z kolei dowodu na identyczność zarówno utrwalonych głosów, jak i samej taśmy, a także braku w niej zmian”¹. Szerze spojrzenie na przytoczoną sentencję pozwala dostrzec odniesienie do procesu badania nagrań cyfrowych. Istotne znaczenie ma tu sformułowanie: „identyczność (...) samej taśmy”, co w tym kontekście można utożsamiać z ustaleniem oryginalności, tj. nienaruszalności nośnika informacji, na którym utwalono dowodowe nagranie. Z kolei badanie samej taśmy na okoliczność „braku w niej zmian” można interpretować jako analizę zapisu pod kątem wykrycia śladów wskazujących na proces edycji.

Kluczowe znaczenie dla ekspertów fonoskopii ma rekomendacja AES–27 1996 opracowana przez międzynarodowe stowarzyszenie inżynierów dźwięku AES (*Audio Engineering Society*), która w następujący sposób definiuje nagranie autentyczne: „nagranie wykonane jednocześnie wraz ze zdarzeniami akustycznymi, które powinny zostać zarejestrowane w sposób w pełni i całkowicie spójny z technikami rejestracji, o których poinformowała strona, która je wytworzyła; nagranie wolne od niewyjaśnionych artefaktów, przeróbek, wstawień, wykasowań lub edycji”². W związku z powyższym należy skoncentrować się nie tylko na próbie identyfikacji śladów ingerencji w ciągłość zapisu, ale również spojrzeć na badany zapis w sposób całościowy. Definicja wskazuje ponadto na potrzebę analizy zgodności zastosowanych technik rejestracji z użytymi podczas wytwarzania nagrania, co wiąże się z koniecznością inspekcji urządzenia, na którym powstał zapis i – nierzadko – wykonania eksperymentów i testów akustycznych. Zwrócono tu również uwagę na integralność zapisu ze zdarzeniami akustycznymi, które powinny zostać zarejestrowane, co w niektórych przypadkach może wiązać się z koniecznością wykonania testowych nagrań w miejscu rejestracji dowodowej rozmowy.

Definicja przytoczona na podstawie rekomendacji AES, jakkolwiek powstała w 1996 roku i dotyczyła głównie nagrań utrwalonych techniką analogową na taśmie magnetycznej, została jednak poddana weryfikacji i ponownie zaakceptowana w tym samym kształcie w 2007 roku, gdy nagrania cyfrowe były już powszechne.

¹ OSNKW 1962, nr 1, poz. 8.

² Audio Engineering Society. AES–27 1996 (r2007), AES Recommended Practice for Forensic Purposes – Managing Recorded Audio Materials Intended for Examination, Audio Engineering Society, Inc. 2007.

Potrzebę wydania rekomendacji dotyczących badania autentyczności nagrań cyfrowych dostrzegło również północnoamerykańskie zrzeszenie laboratoriów kryminalistycznych SWGDE (*Scientific Working Group on Digital Evidence*). W jego przewodniku najlepszych praktyk wydanym 8 września 2014 roku można przeczytać: „Badanie autentyczności ma na celu ustalenie, czy nagranie jest zgodne (spójne – przyp. aut.) ze sposobem (techniką rejestracji – przyp. aut.), w jaki miało rzekomo zostać utrwalone. W rezultacie nie istnieje uniwersalny sposób (środek, metoda – przyp. aut.) umożliwiający uznanie nagrania za autentyczne, bez pełnego zrozumienia, które zapewnienia twórcy o naturze nagrania są prawdziwe i jakie konkretne zarzuty zostały postawione przeciwko badanemu nagraniu. SWGDE zdaje sobie sprawę z faktu, że badanie autentyczności nagrań jest procesem skomplikowanym i wymaga właściwego szkolenia. (Przewodnik – przyp. autora) najlepszych praktyk dla tego zakresu badań zarezerwowano dla przyszłego dokumentu”³.

Tenże dokument⁴ został w ubiegłym roku wydany w wersji roboczej i w chwili tworzenia tej publikacji wciąż podlega aktualizacji. Zawiera opis wielu metod i technik badawczych wraz z rekomendacjami oraz przykładami ich zastosowania. Jest to również pierwszy oficjalny dokument, w którym tak jasno i klarownie sformułowano kluczowy paradygmat analizy oraz procesu interpretacji wyników w badaniu autentyczności nagrań fonicznych: „Żadne naukowe dochodzenie, również w zakresie kryminalistyki, nie prowadzi do absolutnej pewności. Zatem wnioski z badania nagrań fonicznych odnoszące się do badania autentyczności zapisów nie powinny być formułowane kategorycznie. Powinno się unikać języka sugerującego uzyskanie stuprocentowej pewności za wyjątkiem przypadków znanych modyfikacji lub kasowania”⁵.

Metody badania autentyczności zapisów fonicznych są na bieżąco oceniane i weryfikowane przez ekspertów z zakresu badań kryminalistycznych z całego świata oraz pracowników instytutów badawczych i placówek naukowych. Niewątpliwie ważnym forum wymiany doświadczeń jest Europejska Sieć Instytutów Nauk Sądowych (*European Network of Forensic Science Institutes*), w ramach której funkcjonuje grupa robocza ds. analizy mowy oraz dźwięku⁶. Pośród wydanych dotychczas przewodników i rekomendacji znalazł się m.in. dokument dotyczący analizy nagrań z wykorzystaniem tzw. przydzwięku sieciowego⁷, a kolejne są jeszcze opracowywane.

³ SWGDE Best Practices for Forensic Audio – Scientific Working Group on Digital Evidence, wersja 2, 8.09.2014 r., tłum. aut.

⁴ SWGDE Best Practices for Digital Audio Authentication – wersja nr 1 (23.06.2016).

⁵ *Ibidem*, tłum. aut.

⁶ ENFSI, Forensic Speech and Audio Analysis Working Group, www.enfsi.eu.

⁷ C. Grigoras, A. J. Cooper, M. Michałek, Best Practices Guidelines for ENF Analysis in Forensic Authentication of Digital Evidence, European Network of Forensic Science Institutes, Forensic Speech and Audio Analysis Working Group, 2.06.2009.

Niniejsza praca jest próbą podsumowania dorobku ekspertów fonoskopii w zakresie metod i technik analitycznych służących do badania autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych. Celem autora było przybliżenie czytelnikowi procesu badawczego oraz ułatwienie rozumienia opinii sporządzanych przez biegłych zajmujących się niniejszą dyscypliną.

Metodyka prowadzenia badań

Badanie autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych jest złożonym zadaniem wymagającym od ekspertów i biegłych wnikliwej analizy zarówno audytywnej, jak też instrumentalnej. Jak pisze w swojej rozprawie doktorskiej Alan Cooper, ekspert londyńskiej Metropolitan Police: „Udowodnienie faktu, że nagranie jest autentyczne wymaga weryfikacji twierdzeń i zeznań (stron – przyp. aut.) w odniesieniu do zawartości i historii samego nagrania. Badania prowadzi się w celu ustalenia, czy nagranie jest oryginalne oraz w celu wyjaśnienia wszelkich zidentyfikowanych anomalii, np. nieciągłości sygnałów utrwalonych w nagraniu”⁸. W niektórych przypadkach decydujące znaczenie dla badania autentyczności ma bezsporne ustalenie oryginalności nagrania. Taka weryfikacja autentyczności zapisu oznacza „uznanie go za oryginalny, o pochodzeniu udokumentowanym na podstawie ustaleń procesowych i zeznań świadków, jak również na podstawie analizy z wykorzystaniem dedykowanych metod badawczych. Udowodnienie faktu, że nagranie jest oryginalne eliminuje możliwość wystąpienia zamierzonych edycji”⁹.

Podobne podejście wydaje się prezentować Eddy Brixen, według którego badanie autentyczności jest rozumiane jako „każda forma dokumentacji (badań, analiz – przyp. aut.) która może zweryfikować pochodzenie, zawartość (treść – przyp. aut.) nagrania, jak również nośnik, na którym utrwalono nagranie”¹⁰. Weryfikacja nośnika może być związana z analizą wielu czynników, np. zgodności dostarczonego materiału z wykorzystanym do jego utrwalenia urządzeniem rejestrującym, zgodności formatu pliku dostarczonego materiału z formatami plików, jakie można uzyskać na użytych urządzeniach rejestrujących, możliwości transferu danych przez urządzenie rejestrujące, możliwości konwersji między formatem natywnym, a standardowymi formatami plików, zgodności metadanych zapisanych w dowodowym pli-

⁸ A. J. Cooper, Detection of copies of digital audio recordings for forensic purposes, rozprawa doktorska, The Open University, 2006, s. 10, tłum. aut.

⁹ *Ibidem*, s. 14.

¹⁰ E. B. Brixen, Techniques for the Authentication of Digital Audio Recordings, 122th AES Convention, 5–8.05.2007, Wiedeń, Austria.

ku z metadanymi pochodzącymi z plików testowych wytworzonych za pomocą użytego urządzenia rejestrującego lub podobnego modelu, itd.¹¹

W Biurze Badań Kryminalistycznych ABW uznano za obowiązującą definicję nagrania autentycznego zawartą w przytoczonym wyżej dokumencie wydanym przez AES¹². Warto nadmienić, że jego uzupełnienie stanowi rekomendacja określająca sposób badania autentyczności taśm magnetycznych: „Ekspert z zakresu analizy taśm magnetycznych powinien badać wskazane oryginalne nagranie wraz z wykorzystaniem wskazanego oryginalnego urządzenia rejestrującego. Ekspert powinien formułować takie wnioski, które mogłyby w sposób naukowy świadczyć o utrwaleniu wskazanego nagrania za pomocą danego urządzenia rejestrującego oraz o braku rozstrzygających dowodów fałszowania, nieautoryzowanego edytowania lub innych form zamierzonych wykasowań, fizycznych lub innych, w obrębie utrwalonego zapisu”¹³.

Przyjmuje się, że kopia cyfrowa jest traktowana podobnie jak zapis oryginalny. Eksperci zawsze pracują bowiem na uwierzytelnionych kopiach zapisów cyfrowych¹⁴. Należy tu jednak odróżnić kopię cyfrową zapisu od „kopii” nagrania powstałej np. na skutek jego konwersji do innego formatu lub przegrania zapisu do pamięci komputera lub innego urządzenia za pośrednictwem wejścia liniowego i przetwornika analogowo-cyfrowego (np. karty dźwiękowej w komputerze). Takie operacje zmieniają kształt przebiegu sygnału badanego nagrania, wprowadzają dodatkowe zniekształcenia i mogą utrudnić lub uniemożliwić wnioskowanie o ciągłości analizowanego zapisu. Według ekspertów FBI Bruce’a Koeniga i Douglasa Lacey „Konwertowane kopie nagrań oryginalnych nie mogą być poddawane badaniom autentyczności, ponieważ powoduje to trudności z wykryciem niektórych zmian po tym, jak nagranie jest np. kopiowane do komputera, zmienione/konwertowane do innego formatu, poddane kompresji, re-kompresowane, itd.”¹⁵. Podobnego zdania są naukowcy amerykańskiego National Center for Media Forensics Uniwersytetu Colorado w Denver: „Przekazanie do badań jedynie drugiej generacji plików (plików przetwarzanych, np. poddanych kompresji lub re-kompresji – przyp. aut.) bez stosownych wyjaśnień jest podejrzane i czyni wiarygodne badanie autentyczności trudnym lub niemożliwym”¹⁶. Osoba

¹¹ B. Koenig, D. Lacey, Forensic Authentication of Digital Audio Recordings, Journal of the Audio Engineering Society, 57 (9), 2009, s. 662–695.

¹² Audio Engineering Society. AES–27 1996 (2007)...., *op. cit.*

¹³ Audio Engineering Society. AES–43 2000, Standard for Forensic Purposes – Criteria for the Authentication of Analog Audio Tape recordings, 2000.

¹⁴ Uwierzytelnienie kopii nagrania może następować m.in. po weryfikacji sum kontrolnych, podpisów cyfrowych, itp.

¹⁵ B. Koenig, D. Lacey, Forensic Authentication of Digital Audio...., *op. cit.*

¹⁶ C. Grigoras, D. Rappaport, J. Smith, Analytical Framework for Digital Audio Authentication, 46th AES International Conference, Denver, CO, USA, 2012.

tworząca nagranie mogła wprawdzie po prostu otworzyć plik, aby go odsłuchać, a następnie zapisać go ponownie (np. w innym formacie) bez wprowadzania żadnych zmian. Jednakże zadaniem eksperta nie jest analiza zamierów twórcy nagrania, lecz ustalenie stanu faktycznego, tzn. w tym przypadku braku oryginalności analizowanego zapisu.

W literaturze można również znaleźć propozycje metodyki badań autentyczności cyfrowych zapisów fonicznych. Koenig i Lacey prezentują protokół badań autentyczności¹⁷, w którym wymieniają szereg metod możliwych do wykorzystania podczas prowadzenia analiz. Przede wszystkim jednak wskazują na to, co należy ustalić podczas prowadzenia analiz:

- czy nagranie jest: oryginalne, kopią binarną, czy kopią konwertowaną,
- czy występują w nim nieciągłości wynikające z procesu rejestracji, m.in. ślady włączenia, wyłączenia, wstrzymania rejestracji i ślady aktywowania nagrywania głosem,
- czy nagranie było zmienione za pomocą edycji cyfrowej, analogowej, fizycznej, czy manipulacji zapisem danych,
- czy nagranie jest spójne z konkretnym urządzeniem rejestrującym, jeśli również został nadesłany do badań.

Z kolei Grigoras et al. zaprezentowali protokół badania autentyczności wraz z proponowanym zestawem parametrów, jakie powinny zostać wyodrębnione z badanego nagrania, a następnie poddane analizie. Wspomniane parametry zostały ujęte w cztery klasy: badanie pliku, analiza globalna, analiza lokalna oraz weryfikacja urządzenia. Ponadto eksperci zaproponowali, aby wyniki badań uzyskanych z wykorzystaniem różnych technik badawczych były oceniane na podstawie trzypunktowej skali¹⁸:

- odpowiadający autentycznemu nagraniu,
- nieodpowiadający autentycznemu nagraniu,
- bez rozstrzygnięcia.

Jakkolwiek według propozycji SWGDE¹⁹ analiza formatu pliku oraz badanie jego struktury zostały włączone do analizy globalnej, to autor skłania się do pozostawienia podziału przedstawionego powyżej. Argumentem przemawiającym za taką klasyfikacją może być m.in. chęć odróżnienia badań związanych z cyfrowym zapisem pliku od analizy jego zawartości.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że autorzy celowo zrezygnowali z używania słów „autentyczny” oraz „nieautentyczny”. Różnica między tymi określeniami wynika z tego, że prowadzone badania dają jedynie częściowy obraz historii badanego zapisu, stanowiący pewien specyficzny rodzaj poszlaki.

¹⁷ B. Koenig, D. Lacey, *Forensic Authentication of Digital Audio...*, *op. cit.*

¹⁸ C. Grigoras, D. Rappaport, J. Smith, *Analytical Framework...*, *op. cit.*

¹⁹ SWGDE Best Practices for Digital Audio Authentication..., *op. cit.*

Metody badawcze

Metody badania autentyczności nagrań fonicznych cechują się różną skutecznością, a ponadto większość z nich nie daje gwarancji wykrycia montażu. W związku z tym rekomenduje się stosowanie kilku metod i łączną analizę uzyskanych na ich podstawie wyników²⁰.

Pierwszym z czterech podstawowych etapów inspekcji zapisu dowodowego jest badanie pliku, polegające m.in. na analizie formatu pliku, danych zapisanych w nagłówku, metadanych oraz struktury samego pliku.

1. Analiza formatu pliku jest wykonywana zazwyczaj za pomocą programów umożliwiających podgląd parametrów zapisanych w pliku²¹, takich jak np. częstotliwość próbkowania, rozdzielczość, liczba kanałów, rodzaj użytego kodera, czy przepływność. W przypadku posiadania przez organ procesowy urządzenia rejestrującego, istnieje możliwość przeprowadzenia badań porównawczych, które mogą uprawdopodobnić hipotezę o pochodzeniu danego zapisu. Ponadto analizie są poddawane informacje systemowe, np. data utworzenia pliku, dostępu oraz ostatniej modyfikacji. Jakkolwiek te zapisy nie zawsze są uznawane jako dowód na potwierdzenie czasu powstania badanego nagrania, ponieważ mogą ulegać modyfikacji, niekiedy stanowią istotną poszlakę, np. w metodzie analizy przydźwięku sieciowego. Ponadto w przypadku wielu plików utwralonych na danym nośniku, analiza następstwa czasów i dat systemowych może również uprawdopodobnić hipotezę o integralności zapisu.

2. Podstawowe informacje o pliku są zapisywane w nagłówku. Standardowy nagłówek może posiadać wiele rozszerzeń, np. za pomocą tzw. tagów ID3²² zawierających standardowo takie informacje jak tytuł utworu i płyty, nazwa wykonawcy, autor słów i muzyki, gatunek muzyczny, czy rok wydania albumu. W tym miejscu mogą być również przechowywane informacje o urządzeniu rejestrującym (producent, typ, model) lub o użytym algorytmie kompresji. Niekiedy zdarza się, że zapisowi mogą ulec czas rozpoczęcia i czas zakończenia rejestracji, co w porównaniu z rzeczywistą długością nagrania umożliwia analizę jego ciągłości. Na rycinie nr 1 przedstawiono wydruk danych znajdujących się na początku pliku poddanego stratnej kompresji. Jak można zauważyć, znalazły się w nim informacje o formacie kompresji (mp3), urządzeniu rejestrującym Olympus model WS-812 (vXOLY (...) 812) oraz dane o czasie rejestracji (12.01.01 g. 20:23:54 – 20:24:05). Pomimo nieustawionej daty można zauważyć, że czas trwania nagrania zgadza się z rzeczywistą długością zapisu.

²⁰ C. Grigoras, D. Rappaport, J. Smith, *Analytical Framework...*, *op. cit.*

²¹ Przykładowe aplikacje to MedialInfo, czy MediaCoder. Podobną funkcjonalność oferują również programy do edycji dźwięku, np. Adobe Audition.

²² M. Nilsson, ID3v2 – The Audience is Informed, 1998, <http://www.id3.org>.

1	00000000	49	44	33	03	00	00	00	00	0B	76	58	4F	4C	59	00	00	ID3	vXOLY
2	00000010	05	EC	00	00	03	6D	70	33	02	00	01	00	02	00	00	00	ě	mp3
3	00000020	38	31	32	5F	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	20	812	
4	00000030	06	00	00	00	FE	FF	FF	FF	FF	FF	31	32	30	31	30	31	t	120101
5	00000040	32	30	32	33	35	34	31	32	30	31	30	31	32	30	32	34	2023541201012024	
6	00000050	30	35	30	30	30	30	31	30	FF	07	FF	FF	FF	FF	FF	FF	05000010	
7	00000060	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	AE	28	00	00	41	FF	@(A	
8	00000070	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF	FF		
9	00000080	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		
10	00000090	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		
11	000000A0	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		
12	000000B0	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		
13	000000C0	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		
14	000000D0	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		
15	000000E0	00	00	FF	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00	00		

Rycina 1. Wydruk danych znajdujących się na początku pliku poddanego stratnej kompresji MP3. Dane zostały przedstawione w kodzie szesnastkowym oraz ASCII

3. Kolejnym etapem badania jest inspekcja struktury pliku, którą wykonuje się najczęściej za pomocą aplikacji umożliwiających podgląd danych w formacie szesnastkowym oraz ASCII²³. Za ich pomocą jest możliwe ustalenie m.in., czy dane nagranie zostało poddane ponownej operacji kodowania i zapisu do pliku.

10511	000290E0	61	AB	FF	FF	FF	F9	3A	4C	91	52	52	4C	41	4D	45	33	a«'':û:L'RR	LAME3
10512	000290F0	2E	39	39	2E	35	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	.99.5	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10513	00029100	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10514	00029110	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10515	00029120	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10516	00029130	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10517	00029140	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10518	00029150	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10519	00029160	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	FF	FB	92	44	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	'd'D
10520	00029170	C8	00	03	BB	57	51	EE	66	00	00	97	6D	0A	06	CD	50	C	»WQ1f -m ÎP
10521	00029180	00	00	00	01	A4	1C	00	00	20	00	00	34	83	80	00	04	π	4€
10522	00029190	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10523	000291A0	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10524	000291B0	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$
10525	000291C0	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	AA	\$\$\$\$\$\$\$\$\$	\$\$\$\$\$\$\$\$\$

Rycina 2. Wydruk danych znajdujących się na końcu pliku poddanego podwójnej stratnej kompresji MP3. Dane zostały przedstawione w kodzie szesnastkowym oraz ASCII

W takim przypadku można spodziewać się wystąpienia dwóch wpisów oznaczających różne narzędzia kodowania lub wpis oznaczający np. koder używany przez program do edycji dźwięku. Ten ostatni przykład zilustrowano na rycinie nr 2, gdzie w pierwszej i drugiej linii wydruku można zauważyć wpis odpowiadający koderowi Lame v.3.99.5, stosowanemu m.in. w aplikacji Audacity.

4. Niektóre programy do edycji nagrań fonicznych umożliwiają zapis dodatkowych informacji, tzw. metadanych. Mogą one zawierać np. nazwę edy-

²³ B. Koenig, D. Lacey, Forensic Authenticity Analyses of the header Data in re-Encoded WMA Files from Small Olympus Audio Recorders, Journal of the Audio Engineering Society, 60 (4), 2012, s. 255–265.

tora dźwięku (np. Adobe Audition CS6), dane związane z rodzajem realizowanej operacji (np. zapis do pliku) oraz czasem jej wykonania (ryc. 3). Jakkolwiek nie zawsze jest możliwe udowodnienie na tej podstawie ingerencji w ciągłość zapisu, to jest to istotna poszlaka wskazująca na wykonanie modyfikacji nagrania. Ponadto zestawienie powyższych informacji z danymi pozyskanymi z nagłówka pliku, czy też z czasem rejestracji wyznaczonym np. za pomocą metody przydzwiku sieciowego, może okazać się pomocne podczas odtwarzania historii operacji wykonanych na badanym zapisie.

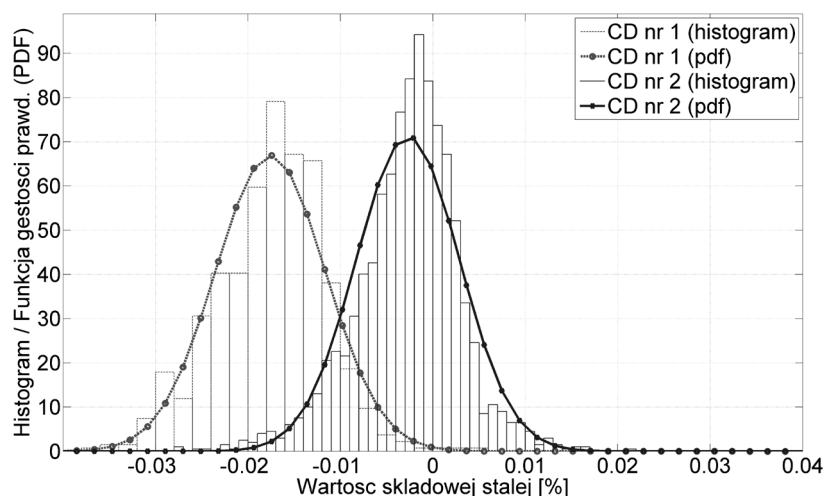
```
<xmp:MM:History>
<rdf:Seq>
<rdf:li
  stEvt:action="saved"
  stEvt:instanceID="xmp.iid:FC052D14BE33E6119025CCCAB6BB8D37"
  stEvt:when="2016-06-16T14:30:15+02:00"
  stEvt:softwareAgent="Adobe Audition CS6 (Windows)"
  stEvt:changed="/metadata"/>
<rdf:li
  stEvt:action="saved"
  stEvt:instanceID="xmp.iid:FD052D14BE33E6119025CCCAB6BB8D37"
  stEvt:when="2016-06-16T14:30:15+02:00"
  stEvt:softwareAgent="Adobe Audition CS6 (Windows)"
  stEvt:changed="/" />
</rdf:Seq>
```

Rycina 3. Wydruk metadanych w formacie „xmp” znajdujących się w pliku poddanym stratnej kompresji MP3, modyfikowanym za pomocą oprogramowania Adobe Audition

Druga grupa metod badawczych umożliwia wyodrębnienie z badanego nagrania parametrów globalnych, tj. względnie stałych w czasie.

1. Jednym z takich parametrów jest składowa stała (DC offset)²⁴, której analiza może okazać się pomocna podczas identyfikacji urządzenia, na którym zarejestrowano dowodowe nagranie. Jej występowanie jest charakterystyczne m.in. dla rejestratorów niskiej klasy, wykorzystujących proste algorytmy kodowania (np. ADPCM, WAVE, itp.), ale może również pojawić w innych okolicznościach, np. na skutek niewłaściwego podłączenia mikrofonu do urządzenia. Zatem wartość składowej stałej może być czynnikiem indywidualizującym urządzenie rejestrujące. Na rycinie nr 4 przedstawiono histogramy oraz rozkłady funkcji gęstości prawdopodobieństwa składowej stałej wyznaczone dla nagrań uzyskanych od operatorów telekomunikacyjnych. Jednocześnie warto nadmienić, że składowa DC jest często usuwana przez niektóre filtry stosowane w programach do edycji dźwięku, wobec tego jej brak może być związany z edycją badanego zapisu.

²⁴ B. Koenig, D. Lacey, C. Grigoras, S. Galić Price, J. Smith, Evaluation of the Average DC Offset Values for Nine Small Digital Audio recorders, Journal of the Audio Engineering Society, 61 (6), 2013, s. 439–448.



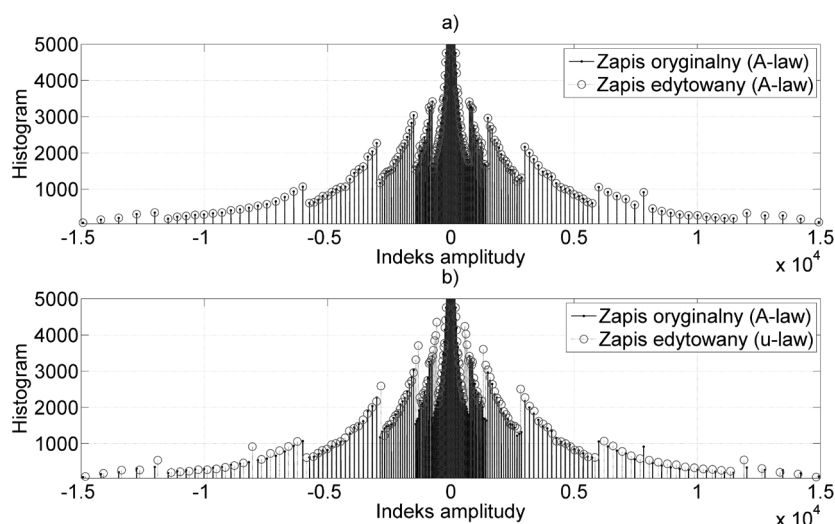
Rycina 4. Histogramy wartości składowej stałej wyrażone w procentach oraz rozkłady funkcji gęstości prawdopodobieństwa wyznaczone dla nagrań pochodzących z dwóch różnych nośników i utrwalone za pomocą różnych technik rejestracji

2. Analiza poziomów kwantyzacji służy do oceny spójności parametrów zapisanych w pliku ze stanem faktycznym, tj. określonym na podstawie samego nagrania. Na tej podstawie można rozpoznać, czy badany zapis został utrwalony w formacie właściwym dla danego pliku, czy też był zakodowany w inny sposób. Niezgodność liczby lub poziomów kwantyzacji z wartościami odczytanymi na podstawie formatu pliku może świadczyć o wykonanej modyfikacji nagrania. Jednakowoż zgodność wskazanych wyżej parametrów nie zawsze świadczy o autentyczności zapisu²⁵. Przykładowo na rycinie nr 5a nie zaobserwowano różnic pomiędzy oryginalnym i edytowanym nagraniem. Z kolei na rycinie nr 5b można zaobserwować niezgodność poziomów kwantyzacji porównywanych zapisów związaną z zastosowaniem innych parametrów kompresji (format WAV μ -law, zamiast A-law).

3. Kolejną stosowaną techniką jest analiza widmowa, która umożliwia m.in. ustalenie, czy charakterystyka częstotliwościowa nagrania była poddana modyfikacji, np. na skutek zmiany częstotliwości próbkowania lub przetwarzania za pomocą programu do edycji dźwięku. Na tej podstawie jest możliwa weryfikacja urządzenia, na którym miało zostać utrwalone dowodowe nagranie. Wówczas należy pozyskać od zleceniodawcy ww. urządzenie

²⁵ G. Doerr, X. Feng, FLD-based detection of re-compressed speech signals, Proceedings of the 12th ACM workshop on Multimedia and security, 9–10.09.2010 r., Rzym, Włochy.

w celu wykonania stosownych testów akustycznych. Jako przykład analizy widmowej na rycinie nr 6 przedstawiono modele charakterystyk częstotliwościowych sygnału szumu wyznaczone dla nagrań pochodzących z dwóch różnych nośników i utwalone za pomocą różnych technik rejestracji.



Rycina 5. Histogramy przedstawiające rozkłady prążków widma dla nagrań poddanych różnym procesom kodowania

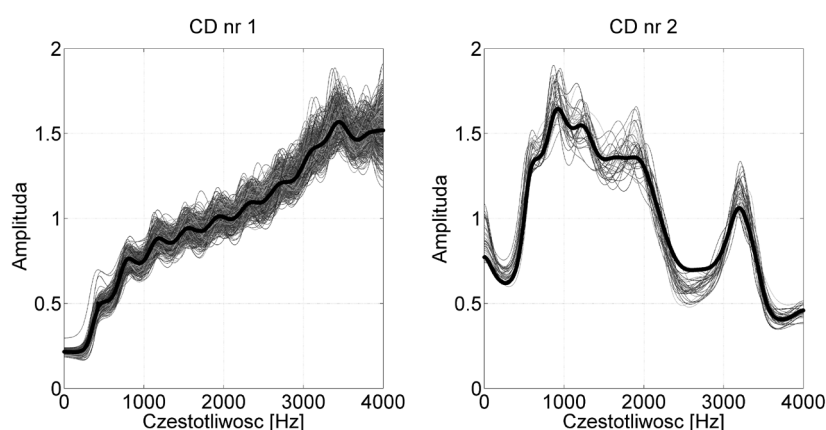
Analiza charakterystyki widmowej może również posłużyć do obserwacji śladów powstałych na skutek użycia algorytmów stratnej kompresji. Kompresja stratna powoduje zmiany w strukturze pliku cyfrowego. Może powodować również problemy z czasową, widmową lub czasowo-częstotliwościową analizą zdarzeń akustycznych w przypadku, gdy np. nagranie zostało skopiowane do komputera lub jego format został zmieniony. Użycie stratnej kompresji wyraźnie zmniejsza dokładność analizy spektrograficznej, w związku z tym zaleca się dużą ostrożność podczas wnioskowania w przypadku analizy plików fonicznych, które po ich utwaleniu i zapisaniu zostały ponownie poddane kompresji.

Analiza lokalna jest związana z badaniem tych parametrów sygnału fonicznego, które ulegają zmianom w czasie.

1. Jedną z metod wspomagających wykrywanie śladów ingerencji w ciągłość zapisu jest tzw. odsłuch krytyczny (*critical listening*), nazywany także analizą audytywną (*aural analysis*)²⁶. Badania są prowadzone za po-

²⁶ W. Bednarczyk, S. Błasikiewicz, Metoda badania autentyczności zapisu magnetofonowego, Problemy Kryminalistyki, 131/1978. Dyskusję dotyczącą wykorzystania analizy audytywnej do badania autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych można również znaleźć

moć oprogramowania umożliwiającego odtwarzanie, zatrzymywanie i cofanie zapisu (a także odtwarzanie go w pętli). Odsłuch krytyczny może być przydatny do wskazania miejsc, w których pojawiają się niezidentyfikowane zmiany tła akustycznego, zaniki sygnału, szybkie zmiany amplitudy nagrania oraz inne anomalie, które następnie ocenia się przy użyciu analizy instrumentalnej²⁷. Podczas dokonywania odsłuchu krytycznego bada się zespoły cech i parametrów, na które osoba mogąca dokonać montażu nie ma wpływu lub może nie zwrócić na nie uwagi. Ponadto jako materiał porównawczy mogą posłużyć np. utwory muzyczne, wolnozmiennne sygnały alarmowe, czy inne sygnały o wzorcach możliwych do odtworzenia.



Rycina 6. Wykresy przedstawiające modele charakterystyk częstotliwościowych sygnału szumu wyznaczone dla nagrań pochodzących z dwóch różnych nośników i utrwalone za pomocą różnych technik rejestracji. Charakterystyka wykreślona pogrubioną czarną linią to model wyznaczony na podstawie wszystkich plików z danego nośnika

2. Edycja cyfrowych nagrań fonicznych polega najczęściej na wykasowaniu lub wstawieniu fragmentu nagrania. Zazwyczaj osoby, których celem jest modyfikacja zapisu, koncentrują się na zmianie treści zarejestrowanego nagrania, w mniejszym stopniu dostrzegając konieczność zachowania spójności tła akustycznego. Tymczasem w wielu przypadkach proces montażu zaburza ciągłość składowych w całym paśmie częstotliwości, co umożliwia jego wykrycie²⁸. Graficzna analiza spektrograficzna może być wykorzystana do wykrywania śladów ingerencji w ciągłość nagrania poprzez obserwację

m.in. w pracy A. J. Cooper, *Detection of copies of digital audio recordings for forensic purposes*, rozprawa doktorska, The Open University, 2006.

²⁷ B. Koenig, D. Lacey, *Forensic Authentication of Digital Audio...*, *op. cit.*

²⁸ B. Koenig, D. Lacey, *Forensic Authentication of Digital Audio...*, *op. cit.*

sygnałów o stałej lub wolnozmienniej częstotliwości. Takie sygnały często pojawiają się jako tło akustyczne nagrania i najczęściej stanowią zakłócenia towarzyszące rejestrowanej rozmowie. Zmodyfikowanie zapisu w postaci wycięcia fragmentu lub wstawienia innego również narusza ciągłość sygnałów zakłócających, co można zaobserwować w postaci charakterystycznego rozmycia widma. Skokowej zmianie amplitudy sygnału w dziedzinie czasu towarzyszy bowiem szeroki zakres widmowy²⁹. Analiza spektrograficzna służy ponadto do wykrywania wielu procesów świadczących o edycji zapisu, np. modyfikacji nagrania za pomocą filtrów cyfrowych, zmiany częstotliwości próbkowania, itp.

3. Podstawowym narzędziem służącym do badania ciągłości cyfrowych nagrań fonicznych jest metoda polegająca na analizie zmian częstotliwości prądu sieci elektroenergetycznej (*Electric Network Frequency* – ENF)³⁰. Jest powszechnie stosowana i rekomendowana m.in. przez członków ENFSI³¹ oraz SWGDE³². Umożliwia zarówno potwierdzenie ciągłości badanego nagrania, jak i wykrycie montażu polegającego na usunięciu lub wstawieniu fragmentu zapisu. Polega na wykonaniu pomiaru wartości częstotliwości tzw. przydźwięku sieciowego, który może utrwalić się w nagraniu dowodowym równoległe z zapisem rozmowy. Następnie tak otrzymany wykres jest porównywany z danymi referencyjnymi uzyskanymi od operatora systemu przesyłowego (w Polsce są to Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.) lub rejestrowanymi we własnym zakresie przez laboratorium kryminalistyczne. Badanie można prowadzić zarówno przy założeniu znanego czasu utworzenia nagrania, jak i dokonując przeszukania bazy pod kątem zdefiniowanego wzorca. Wówczas w wyniku wykonanej analizy można dowiedzieć się, kiedy dany zapis został zarejestrowany.

Metoda może być jednak stosowana wyłącznie w przypadku, gdy sygnał tzw. przydźwięku sieciowego pojawi się w zapisach rozmów i będzie możliwe jego wyodrębnienie oraz pomiar chwilowych wartości częstotliwości. Warto podkreślić, że sygnał sieci elektroenergetycznej jest z punktu widzenia producentów urządzeń rejestrujących sygnałem zakłócającym, w związku z tym są stosowane różne zabiegi techniczne mające na celu utrudnienie jego utrwalania w nagraniach, np. ekranowanie elementów toru analogowego lub stosowanie górnoprzepustowych filtrów cyfrowych. Ponadto zdarza się, że zarejestrowany w nagraniu sygnał związany z przepływem prądu

²⁹ R. Korycki, Time and spectral analysis methods with machine learning for the authentication of digital audio recordings, *Forensic Science International*, 230 (1–3), 2013, s. 117–126.

³⁰ C. Grigoras, Digital audio recording analysis. The Electric Network Frequency criterion, Tracertek Forensic Application Note, 2002; C. Grigoras, Digital audio recording analysis: the Electric Network Frequency (ENF) criterion, *The International Journal of Speech Language and the Law* 2005, 12 (2), 63–76.

³¹ C. Grigoras, A. J. Cooper, M. Michałek, Best Practices Guidelines..., *op. cit.*

³² SWGDE Best Practices for Digital Audio Authentication..., *op. cit.*

w sieci elektroenergetycznej charakteryzuje się małym odstępem od szumu lub innych zakłóceń, co utrudnia lub niekiedy uniemożliwia skuteczne wykorzystanie powyższej metody. Podczas stosowania metody istotne jest również określenie w jakich warunkach utrwalony został analizowany przydźwięk sieciowy, np. analiza nagrania przegrywanego z dyktafonu do komputera za pomocą złącza liniowego (analogowego) może wprowadzać w błąd, gdyż obserwowany sygnał sieci elektroenergetycznej mógł zarówno zostać utrwalony na dyktafonie, jak i w trakcie przegrywania.

Przykłady użycia metody w warunkach rzeczywistych były wielokrotnie omawiane w literaturze³³. Do wyznaczania częstotliwości prądu sieci elektroenergetycznej można stosować wiele rozwiązań. Warto zwrócić uwagę na metodę Chirp–Z, która umożliwia zwiększenie dokładności i szybkości wykonywanych obliczeń oraz nie wymaga użycia techniki filtracji wąskopasmowej³⁴. Możliwe jest również stosowanie innych metod pomiaru (np. FFT, metody podprzestrzeni, itp.), których skuteczność została naukowo potwierdzona, i których wykorzystanie jest w danym przypadku uzasadnione. Podczas badań wstępnych można również stosować techniki automatycznego wykrywania nieciągłości umożliwiające ujawnianie montażu w nagraniach krótkich, zakłóconych oraz zarejestrowanych za pomocą urządzenia, w którym błędnie funkcjonował układ zegarowy³⁵.

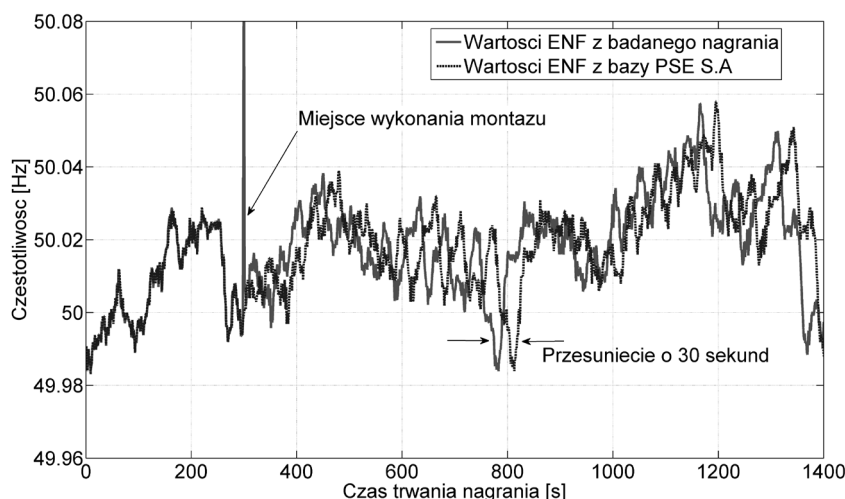
4. W przypadku występowania w nagraniu sygnału o częstotliwości stałej w czasie możliwy jest pomiar fazy tego sygnału i analiza jej zmienności³⁶. Należy jednak zwracać szczególną uwagę na zakłócenia w zakresie małych częstotliwości, które mogą powodować skokową zmianę wartości przebiegu fazy. Powyższa metoda powinna być stosowana do analizy sygnałów, których częstotliwość nie zmienia się w czasie. Warto zatem zachować ostrożność podczas badania sygnału sieci elektroenergetycznej lub jego harmonicznych. W tym przypadku wykrycie nieciągłości fazy takiego sygnału nie musi oznaczać nieciągłości nagrania.

³³ M. Kajstura, A. Trawińska, J. Hebenstreit, Application of the Electrical Network Frequency (ENF) criterion: A case of a digital recording, *Forensic Science International*, 2005, 155, 165–171; I. Biernacka, R. Korycki, J. Rzeszotarski, Analiza wahań częstotliwości prądu sieciowego w badaniach autentyczności nagrań cyfrowych, *Problemy Kryminalistyki*, 258, 2007, s. 36–40, M. Michałek, Automatyzacja badania autentyczności cyfrowych nagrań dźwiękowych z wykorzystaniem kryterium ENF, *Problemy kryminalistyki*, vol. 267, 2010.

³⁴ R. Korycki, Methods of time-frequency analysis in authentication of digital audio recordings, *International Journal of Electronics and Telecommunications* 2010, vol. 56 (3), s. 267–262.

³⁵ R. Korycki, Zastosowanie metod czasowo-częstotliwościowej analizy sygnałów w wykrywaniu śladów ingerencji w ciągłość cyfrowych zapisów fonicznych, rozprawa doktorska, Instytut Radioelektroniki, Politechnika Warszawska, 2012.

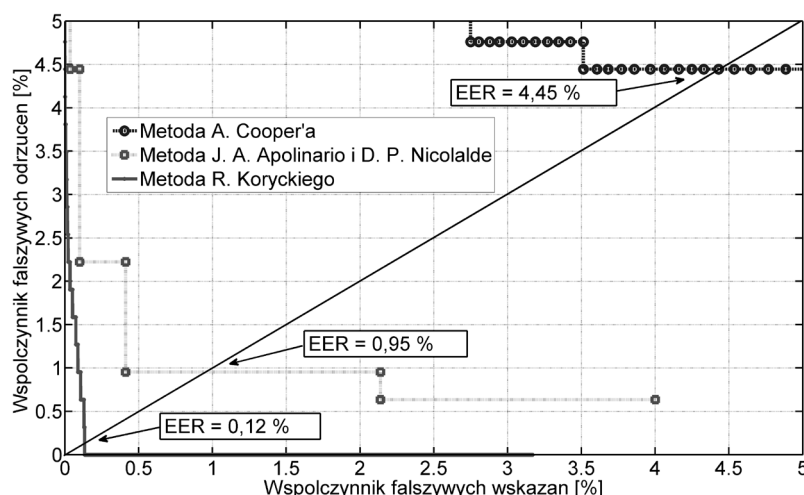
³⁶ J. A. Apolinario, D. P. Nicolalde-Rodríguez, Evaluating digital audio authenticity with spectral distances and ENF phase change, in *Proc. IEEE International Conference on Acoustics, Speech and Signal Processing*, Taipei, 19–24.04.2009, s. 1417–1420.



Rycina 7. Analiza porównawcza sygnału sieci elektroenergetycznej o częstotliwości ok. 50 Hz wyznaczonego na podstawie badanego nagrania oraz przebiegu zmian wartości częstotliwości prądu sieci elektroenergetycznej z dnia 24.04.2007 r. (godz. 15:37–16:00). Z nagrania w piątej minucie usunięto 30 sekund zapisu

5. Wykorzystując funkcję wizualizacji fazy spektrogramu znajdującą się w programach do analizy i edycji dźwięku (np. w programie *Adobe Audition*) można m.in. analizować zmiany spowodowane przez modyfikację akustyki pomieszczenia. Przyczyną takich anomalii może być np. dogranie fragmentu nagrania zarejestrowanego w innym pomieszczeniu. Również nałożenie fragmentu zapisu na inne nagranie, jakkolwiek trudne do zauważenia podczas analizy audytywnej, może zostać wykryte za pomocą tej analizy.

6. Programy służące do edycji cyfrowych nagrań fonicznych umożliwiają wykonywanie montażu w postaci usunięcia lub wstawienia fragmentu nagrania. Skutkiem takich operacji jest łączenie ze sobą zapisów o różnych amplitudach sąsiednich próbek, co objawia się w postaci dźwięku podobnego do „trzasku”. Do detekcji takich anomalii służą rozwiązania polegające na wykrywaniu nagłych i ponadnormatywnych zmian wartości sąsiednich próbek sygnału fonicznego, które mogą świadczyć o wykonanym montażu, czyli tzw. detekcja sklejania (*butt-splice detection*).



Rycina 8. Wykres przedstawiający zależność współczynnika fałszywych odrzuceń w funkcji współczynnika fałszywych wskazań dla trzech wybranych metod: a) korelacji wzajemnej modelu sygnału bipolarnego i różnicy 2-go rzędu badanego sygnału, b) metoda analizy zmian współczynników filtru adaptacyjnego, c) metoda analizy spektrogramu sygnału resztkowego LPC z wykorzystaniem metod uczenia maszynowego

Należą do nich m.in. metoda pomiaru odległości widmowych z użyciem analizy zmian wartości współczynników filtru adaptacyjnego (metoda J. A. Apolinario i D. P. Nicolalde)³⁷ oraz techniki wykorzystujące funkcję korelacji różnicy badanego sygnału z impulsem bipolarnym stanowiącym wzorzec nieciągłości (metoda A. Cooper'a)³⁸. Skutecznym rozwiązaniem służącym do automatycznego wykrywania nieciągłości w cyfrowych nagraniach fonicznych może być również opracowana przez autora analiza sygnału resztkowego liniowej predykcji wsparta metodami uczenia maszynowego z nadzorem³⁹. Na rycinie nr 8 porównano graficznie skuteczność wykrywania edycji za pomocą powyższych metod na podstawie analizy 315 montażu wykonanych w 15 nagraniach.

7. W przypadku badania cyfrowych nagrań fonicznych, które zostały podane stratnej kompresji można zastosować dwie grupy technik:

³⁷ J. A. Apolinario, D. P. Nicolalde-Rodriguez, Evaluating digital audio..., *op. cit.*

³⁸ A. J. Cooper, Detecting butt-spliced edits in forensic digital audio recordings, AES 39th International Conference, Hillerød, Dania, 17–19.06.2010 r.

³⁹ R. Korycki, Time and spectral analysis methods..., *op. cit.*

- analiza liczby aktywnych prążków widma, która umożliwia ustalenie zastosowanej techniki stratnej kompresji oraz badanie ciągłości nagrania w przypadku, gdy badane nagranie po wykonaniu kompresji zostało zdekodowane do formatu bezstratnego (np. PCM)⁴⁰,
- analiza przesunięcia ramek powodująca zmianę rozkładu prążków widma o małych wartościach (rodzina metod opracowanych przez autora), która umożliwia detekcję montażu w nagraniach MP3 poddanych podwójnej lub nawet potrójnej kompresji⁴¹.

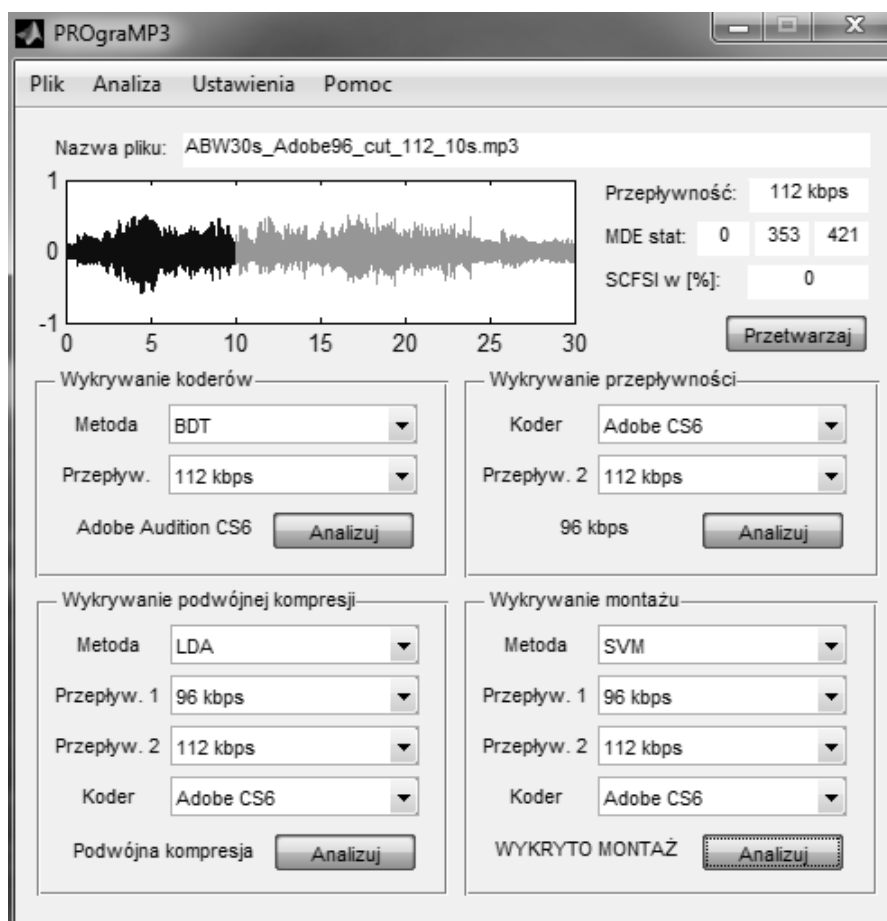
Powyższe metody wykorzystują zjawisko redukcji danych podczas procesu kompresji stratnej oraz możliwość badania tych zmian jedynie w przypadku właściwego dopasowania parametrów podczas obserwacji. Jest to możliwe, gdy okno analizy jest umieszczone w takiej samej pozycji względem początku nagrania jaką ustalono w procesie kodowania. Powoduje to zmianę obserwowanych parametrów od miejsca, w którym nastąpił montaż, dzięki czemu umożliwia lokalizację miejsca edycji.

Badania nad wspomnianymi metodami były prowadzone w Biurze Badań Kryminalistycznych Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w ramach projektu pt.: „Projektowanie badań empirycznych i analizy materiałów dotyczących specyfiki metod kryminalistyki w pracy służb specjalnych służb porządku publicznego”, finansowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w formie grantu nr 0023/R/ID3/2012/02. Autor opracował m.in. aplikację służącą do badania plików MP3 wraz z interfejsem graficznym, wyposażoną w cztery moduły (ryc. 9):

- moduł wykrywania rodzaju oraz wersji koderu użytego do utrwalenia nagrania;
- moduł służący do rozróżniania nagrań poddanych pojedynczej i podwójnej kompresji;
- moduł służący do wykrywania wartości przepływności zastosowanej w pierwszym koderze w przypadku analizy nagrań poddanych podwójnej kompresji;
- moduł służący do wykrywania montażu w nagraniach poddanych podwójnej kompresji.

⁴⁰ R. Korycki, Detection of Montage in Lossy Compressed Digital Audio Recordings, Archives of Acoustics, 39 (1), 2014, s. 65–72.

⁴¹ Metody zostały szczegółowo opisane w R. Korycki, Authenticity examination of compressed audio recordings using detection of multiple compression and encoders' identification, Forensic Science International, vol. 238 (1–3), 2014, 33–46; R. Korycki, Badanie autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych utwalonych w plikach MP3, Problemy Kryminalistyki, 283(1), 2014; R. Korycki, Authenticity examination of lossy compressed digital audio recordings, Proceedings of the EAA Conference – Forum Acusticum, Kraków, Poland, September 7–12, 2014; R. Korycki, Identyfikacja koderów MP3 oraz urządzeń rejestrujących na podstawie badania plików fonicznych poddanych stratnej kompresji, Problemy Kryminalistyki, 287 (1), 2015.



Rycina 9. Interfejs graficzny opracowanej przez autora aplikacji służącej do badania autentyczności nagrań poddanych kompresji MP3

Ostatnim składnikiem procesu badawczego jest weryfikacja parametrów urządzenia rejestrującego. Do badania autentyczności nagrań ekspert potrzebuje zarówno dowodowego nagrania, jak również urządzenia, które wykorzystano do stworzenia badanego zapisu. W niektórych przypadkach, w szczególności w celu wykluczenia możliwości rejestracji zapisu na deklarowanym urządzeniu, można dokonać porównań z wykorzystaniem referencyjnej bazy urządzeń rejestrujących. Takie działanie może umożliwić porównanie pewnych wybranych parametrów wyekstrahowanych z nagrania dowodowego z analogicznymi wielkościami uzyskanymi na podstawie nagrań testowych. Do podstawowych parametrów plików fonicznych, które mogą być porównywane należą m.in.:

- struktura plików, w tym analiza wpisów znajdujących się w nagłówku pliku, tagów (np. ID3), metadanych oraz innych dodatkowych informacji zawartych pliku poza danymi fonicznymi,
- format pliku, kontener, parametry kodowania i kompresji, w szczególności sprawdzenie, czy urządzenie rejestrujące umożliwia stworzenie pliku o parametrach identycznych z wyodrębnionymi z zapisu dowodowego,
- przebieg czasowy, w szczególności obecność składowej stałej na początku rejestracji oraz w miejscu włączenia, wyłączenia lub wstrzymania rejestracji,
- lokalne nieciągłości powstałe na skutek błędnego działania urządzenia rejestrującego, w szczególności określenie natury ich powstawania oraz ich powtarzalności,
- czas reakcji oraz kształt sygnału w chwili występowania zniekształceń wynikających np. z niedopasowania czułości mikrofonu do pozostałych elementów toru fonicznego lub przetwornika analogowo-cyfrowego,
- uśredniona charakterystyka widmowa, w szczególności jej kształt w zakresie dużych częstotliwości,
- charakterystyka przenoszenia toru fonicznego wraz z mikrofonem,
- rzeczywista rozdzielczość (liczba poziomów kwantyzacji),
- wartość składowej stałej wraz ze sprawdzeniem jej zmian w funkcji czasu, zależności od zawartości nagrania, jego długości oraz konfiguracji urządzenia,
- rejestracja sygnału sieci elektroenergetycznej, w szczególności jego struktura widmowa w zakresie małych częstotliwości oraz występowanie sygnałów harmoniczných.

Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu przybliżono problematykę badania autentyczności nagrań fonicznych, która polega nie tylko na identyfikacji śladów ingerencji w ciągłość zapisu, ale również wymaga szerszego spojrzenia na materiał będący przedmiotem analiz. Ze względu na coraz większe zainteresowanie współczesnej kryminalistyki badaniami autentyczności konieczny jest ciągły rozwój nowych metod badawczych. Dostępne rozwiązania, jak np. analiza zmian częstotliwości prądu sieci elektroenergetycznej, badanie zmian tła akustycznego za pomocą metod czasowo-częstotliwościowych czy wyznaczanie parametrów nagrań poddanych kompresji stratnej powinny być w miarę możliwości wykorzystywane łącznie. Należy bowiem mieć na uwadze, że brak wykrycia miejsc montażu nie wyklucza faktu nieuprawnionej modyfikacji nagrania. Może natomiast świadczyć o zastosowaniu niezbad-

nej jeszcze techniki edycji zapisu lub braku wystarczającej skuteczności dostępnych metod analitycznych.

Dotychczas środowiska ekspertów zajmujących się badaniem autentyczności cyfrowych nagrań fonicznych nie ustaliły żadnej skali werbalnej prezentowanych wniosków. Ponadto żadna ze stosowanych metod i technik analitycznych nie pozwala na wyznaczenie ilorazu wiarygodności lub innej skali prawdopodobieństwa. W związku z powyższym na podstawie przywołanych w niniejszym opracowaniu publikacji proponuje się, aby wnioski końcowe były formułowane w sposób opisowy, możliwie jak najdokładniej oddający charakter wykonanych badań.

Mając powyższe na uwadze zasadna wydaje się ostrożność ekspertów badających autentyczność cyfrowych nagrań fonicznych w formułowaniu wniosków z przeprowadzonych analiz. Pomimo wielu dostępnych obecnie metod instrumentalnej analizy cyfrowych zapisów fonicznych, z których część została przywołana w niniejszej publikacji, nadal w wielu przypadkach nie jest możliwe jednoznaczne wykazanie ich autentyczności. Bardziej zasadne wydaje się zatem formułowanie wniosków płynących bezpośrednio z procesu badawczego, tj. określenie, czy wykryto lub też nie udało się wykryć śladów wskazujących na montaż lub nieautentyczność badanego zapisu.

Issues around authenticity examination of digital audio recordings

Abstract

Authentication of digital recordings places itself among major modern forensic tasks. Detection of traces of montage in, and determination of provenance of any examined digital recordings involve many difficulties as currently available technologies, such as free sound editing software, allow a forger to change the meaning of any uttered sentence arbitrarily without producing any audible artefact. Moreover, the recording can be double compressed to cover up traces of any montage or change in metadata stored in the file. This paper discusses issues around authentication of digital audio recordings. The approach is described which consists in file structure assessment, device verification, global analysis upon the file as a whole, and local analysis of time varying parameters. Furthermore, numerous recommendations on best practices for digital audio authentication are presented which have been published in both scientific literature and documents released by expert organizations.

GLOSY

Jaromir Rybczak

Glosa do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. II GPS 1/15

Streszczenie

Autor krytykuje stanowisko wyrażone w uchwale składu 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym do wykonania przez urząd skarbowy postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym niezbędne jest wydanie zarządzenia zabezpieczenia na podstawie art. 155a § 1 u.p.e.a. W glosie przedstawiono argumenty przemawiające za stanowiskiem przeciwnym.

Do zlecenia urzędowi skarbowemu wykonania w trybie art. 195a k.k.w. postanowienia o zabezpieczeniu na majątku, wydanego na podstawie art. 293 § 1 k.p.k., konieczne jest wydanie przez prokuratora zarządzenia zabezpieczenia o jakim stanowi art. 155a § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Głosowana uchwała dotyczy spornego zagadnienia prawnego, jakie powstaje na styku postępowania karnego i postępowania egzekucyjnego w administracji w związku ze zleceniem urzędowi skarbowemu wykonania postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym. Wątpliwości odnośnie wzajemnych relacji przepisów prawa karnego procesowego z jednej strony oraz ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji z drugiej, doprowadziły do powstania dwóch przeciwstawnych linii orzeczniczych, przy

czym – jak zauważył NSA – o ile początkowo dominowało stanowisko opowiadające się za brakiem obowiązku wydawania zarządzenia zabezpieczenia, o tyle po roku 2010 zaczęło przeważać stanowisko przeciwne i do niego właśnie przychylił się poszerzony skład NSA podejmując komentowaną uchwałę.

Reasumując jej uzasadnienie NSA podkreślił, że za poprawnością przedstawionego stanowiska przemawia zgodność wyników uzyskanych za pomocą wykładni systemowej i funkcjonalnej oraz jej niesprzeczność z literalnym brzmieniem analizowanych regulacji prawnych. Konstatacja ta budzi poważne wątpliwości, szczegółowa analiza argumentacji przedstawionej przez NSA prowadzi bowiem do wniosku, że w kluczowych kwestiach narusza ona niektóre z podstawowych dyrektyw wykładni językowej i systemowej, a także założenie racjonalności ustawodawcy, do którego się odwołuje, zaś jej konsekwentna aplikacja prowadzi do rezultatów trudnych do zaakceptowania w kontekście funkcjonalnym, a w pewnym zakresie zastosowania wręcz niekonstytucyjnych. W swoich wywodach NSA częściowo odwołał się też do nieaktualnego, na dzień orzekania, stanu prawnego, przy czym kierunek zmiany normatywnej dezaktualizuje niektóre argumenty.

Uzasadniając uchwałę NSA wskazał, że zakres stosowania działu IV ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji wyznacza jej przepis art. 2 § 2 zastrzegając, że te należności, których zabezpieczenie uregulowano przepisami odrębnych ustaw, ulegają zabezpieczeniu na zasadach tego działu – jednakże tylko wówczas, gdy danej kwestii nie normuje przepis szczególny. Zastosowanie wykładni językowej nie daje odpowiedzi na pytanie, czy przepis art. 195a k.k.w. reguluje podleganie zabezpieczeniu należności, o których mowa w art. 2 § 1 pkt 5 u.p.e.a. w sposób odrębny od zasad określonych w jej dziale IV, a w szczególności od trybu przewidzianego w art. 155a § 1 u.p.e.a., zgodnie z którym organ egzekucyjny dokonuje zabezpieczenia na wniosek wierzyciela i na podstawie wydanego przez niego zarządzenia zabezpieczenia. Skoro jednak w art. 27 k.k.w. ustawodawca nie zastrzegł, że przepisy ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji znajdują zastosowanie „odpowiednie”, to oznacza to, że – o ile kodeks karny wykonawczy nie stanowi inaczej – przepisy te stosować należy wprost. Tymczasem kodeks ten przewiduje tylko jedno odstępstwo od stosowania ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji odmiennie określając w art. 187 k.k.w. właściwość miejscową urzędu skarbowego.

Prima facie można by uznać, że przytoczona argumentacja silnie przemawia za stanowiskiem wyrażonym w komentowanej uchwale, rzecz jednak w tym, że u jej podstaw leży błąd polegający na naruszeniu jednej z podstawowych dyrektyw wykładni językowej, która, odwołując się do założenia językowej racjonalności prawodawcy, zakłada, że w sformułowaniach tekstów prawnych w zasadzie nie ma synonimów, w konsekwencji czego użycie od-

miennego słowa czy zwrotu świadczy o tym, że ustawodawca miał na myśli odrębne pojęcia¹. Zgodnie z przepisami art. 154 i art. 155a § 1 u.p.e.a. organ egzekucyjny na wniosek wierzyciela i na podstawie wydanego przez niego zarządzenia dokonuje zabezpieczenia, tymczasem w art. 195a § 1 k.k.w. mówi się nie o złożeniu wniosku do organu egzekucyjnego o dokonanie zabezpieczenia, ale o zleceniu temu organowi wykonania postanowienia wydanego przez prokuratora lub sąd².

Nie przekonuje również argumentacja NSA odwołująca się do braku w art. 27 k.k.w. zastrzeżenia o jedynie „odpowiednim” stosowaniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Nieco przekornie można zauważyć, że przepis ten „wprost” nie dotyczy postępowania zabezpieczającego, natomiast rozciągnięcie jego zakresu zastosowania na ten etap samo w sobie wymagało zabiegów interpretacyjnych opartych na wykładni funkcjonalnej i systemowej, w tym założeniu niesprzeczności systemu prawa³. W tym kontekście przypomnieć wypada, że jedną z podstawowych reguł kolizyjnych służących do usuwania sprzeczności norm w drodze uznania jednej z nich za nieobowiązującą jest zasada *lex specialis derogat legi generali*, sam brak w art. 27 k.k.w. określenia „odpowiednio”, nie uprawnia więc stanowiska, że w postępowaniu zabezpieczającym zleconym urzędowi skarbowemu należy stosować wszystkie przepisy rozdziału IV ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, także w sytuacji sprzeczności zdekodowanych z nich norm z normami prawa karnego procesowego. W orzecznictwie sądów administracyjnych nie budzi zresztą wątpliwości istnienie grup przepisów wyłączających, zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*, stosowanie niektórych przepisów działu IV ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, pomimo, że akt normatywny, w którym je umieszczono zawiera odesłanie do jej stosowania „wprost”, a nie „odpowiednio”⁴.

¹ K. Opałek, J. Wróblewski, Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969, s. 247; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Zarys teorii prawa, Warszawa 1994, s. 205; A. Kotowski, Z problematyki metody interpretacji językowo-logicznej – uwagi na gruncie dekodowania znaczenia prawno-karnego, Prok. i Pr. 2015, nr 6, s. 116.

² Wskazaną różnicę NSA dostrzegł o tyle, że cytując wskazane przepisy z reguły prezentował ich dosłowne brzmienie, całkowicie przeszedł jednak nad nią do porządku, a niektóre użyte sformułowania wprost świadczą o uznaniu zwrotów „dokonać zabezpieczenia” i „zlecić wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu” za synonimy. Można tutaj np. przytoczyć swoistą „kompilację” obu sformułowań w jednym z końcowych akapitów uzasadnienia uchwały, w którym mowa o „prokuratorze, który zdecydował się zlecić na podstawie art. 195a k.k.w. urzędowi skarbowemu dokonanie zabezpieczenia w trybie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”.

³ Por. np. uzasadnienie uchwały NSA z dnia 7 grudnia 2009 r., sygn. II FPS 6/09, ONSA i WSA 2010, nr 2, poz. 19.

⁴ W. Stachurski, (w:) J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Prajsnarowicz, W. Stachurski, Ordynacja podatkowa. Komen-

Nie można wreszcie pominąć, że aktualny – także na dzień powzięcia uchwały – stan prawny przedstawia się odmiennie aniżeli ten, na którym NSA oparł swój wywód. W dniu 1 lipca 2015 r. wszedł bowiem w życie przepis art. 27a § 2 k.k.w.⁵, zgodnie z którym do wykonania postanowień o zabezpieczeniu przypadku mają zastosowanie przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, jeżeli kodeks nie stanowi inaczej. Treść tego przepisu dodatkowo uzasadnia stanowisko przyjęte w niniejszej glosie, świadczy bowiem o konsekwentnym posługiwaniu się przez ustawodawcę sformułowaniem o węższym zakresie („wykonanie postanowień o zabezpieczeniu”) aniżeli ten, którego używa w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji („dokonanie zabezpieczenia”). Sprowadzanie odmiennego określenia, którym ustawodawca posługuje się konsekwentnie w kolejnych nowelizacjach kodeksu do figury stylistycznej naruszałoby, o czym już wspomniano, jedną z podstawowych dyrektyw wykładni językowej.

Wbrew deklaracjom zawartym w uzasadnieniu komentowanej uchwały, przedstawiona w nim argumentacja narusza również dyrektywy wykładni systemowej, a w szczególności postulat takiego ustalenia znaczenia interpretowanej normy, by było ono najbardziej harmonijne w stosunku do innych norm części systemu, do którego norma ta należy⁶. Można pokusić się o spostrzeżenie, że posługując się kontekstem systemowym, NSA w swej wykładni skoncentrował się na zapewnieniu jej spójności (wyprzedzając wywód trzeba tutaj dodać, że niekiedy dość powierzchownie) głównie z regulacją zawartą w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, nie dostrzegł natomiast, że taki sposób jej prowadzenia prowadzi do głębokich sprzeczności z regulacjami prawa karnego procesowego.

Zabezpieczenie majątkowe jest środkiem przymusu stosowanym w toku postępowania karnego (w stadium postępowania przygotowawczego lub jurysdykcyjnego) w razie zaistnienia przesłanek określonych w art. 291 § 1–3 k.p.k. Dokonywane jest z urzędu postanowieniem sądu lub prokuratora, który określa w nim zakres i sposób zabezpieczenia (art. 293 § 1 i 2 k.p.k.). Zabezpieczenie majątkowe należy niezwłocznie uchylić w całości lub części, jeżeli ustaną przyczyny, wskutek których zostało ono zastosowane w określonym rozmiarze, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie choćby w części (art. 291 § 4 k.p.k.). Na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia przysługuje zażalenie (art. 293 § 3 k.p.k.), przy czym zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd rzeczowo właściwy do rozpoznania tej sprawy w pierwszej instancji, w którego okręgu prowadzone jest

tarz do art. 33, LEX nr 145079; wyrok NSA w Warszawie z dnia 13 stycznia 1998 r., sygn. III SA 1112/96, M. Pod. 1999, nr 3, s. 37.

⁵ Dodany przez ustawę z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396).

⁶ K. Opałek, J. Wróblewski, Zagadnienia..., s. 252.

postępowanie (art. 293 § 4 k.p.k.). Kodeks postępowania karnego reguluje więc kompleksowo postępowanie incydentalne, którego przedmiotem jest wydanie rozstrzygnięcia określającego jakie kary lub inne środki i w jaki sposób mają być zabezpieczone, zaś jedynym zakresem nieunormowanym w prawie karnym procesowym są czynności zmierzające do faktycznego wykonania tej decyzji. Tymczasem regulacja zawarta w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji normuje oba zakresy, o czym świadczy chociażby treść art. 1 u.p.e.a., zgodnie z którym ustawa ta określa sposób postępowania wierzycieli w przypadkach uchylania się zobowiązanych od wykonania ciążących na nich obowiązków (pkt 1) oraz prowadzone przez organy egzekucyjne postępowanie i stosowane przez nie środki przymusu służące doprowadzeniu do wykonania lub zabezpieczenia wykonania obowiązków (pkt 2)⁷. Uwzględniając przy tym, że kodeks karny wykonawczy w art. 27a § 2 i 195a konsekwentnie przewiduje stosowanie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji jedynie co do „wykonania postanowienia o zabezpieczeniu”, nie zaś w pełnym zakresie „dokonania zabezpieczenia”, uznać trzeba, że całość karnoprocesowej regulacji zabezpieczenia majątkowego stanowi przepisy odrębne, o których mowa w art. 2 § 2 u.p.e.a., całkowicie wyłączające konkurencyjny dla nich kompleks norm określony w art. 1 pkt 1 u.p.e.a., w tym także te, które regulują wydanie zarządzenia zabezpieczenia.

Wyrażony w uzasadnieniu uchwały NSA pogląd przeciwny, zakładający niejako „automatycznie” stosowanie całości regulacji zawartej w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji – poza ściśle interpretowanymi wyjątkami, polegającymi na konkurencyjnym regulowaniu dokładnie tej samej kwestii – prowadziłby w pierwszej kolejności do sytuacji, w której zabezpieczenie majątkowe dokonywane byłoby niejako dwukrotnie – najpierw poprzez postanowienie prokuratora lub sądu jako organu postępowania karnego, a następnie ponownie na podstawie wniosku jednego z tych organów jako wierzyciela oraz jego zarządzenia zabezpieczenia opatrzonego klauzulą organu egzekucyjnego o przyjęciu zarządzenia do wykonania (art. 156 § 1 u.p.e.a.), przy czym organ egzekucyjny dysponowałby dużą swobodą w zakresie modyfikowania rozstrzygnięć karnoprocesowych. W szczególności brak byłoby podstaw do odstąpienia od stosowania przepisu art. 157a u.p.e.a., zgodnie z którym organ egzekucyjny może w każdym czasie uchylić lub zmienić sposób lub zakres zabezpieczenia, także w wyniku zgłoszonego przez zobowiązanego zarzutu zastosowania zbyt uciążliwego środka egze-

⁷ Por. także D. Kijowski, (w:) D. Kijowski (red.), E. Cisowska-Sakrajda, M. Faryna, W. Grześkiewicz, C. Kulesza, W. Łuczaj, P. Pietrasz, J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Starzyński, R. Suwaj, Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz, Lex 2015, s. 28 i nast.

kucyjnego (art. 33 § 1 pkt 8 u.p.e.a.)⁸. Przyjęty przez NSA sposób rozumienia wzajemnych relacji pomiędzy przepisami prawa karnego procesowego i postępowania egzekucyjnego w administracji prowadzi tym samym do rezultatów niemożliwych do zaakceptowania w kontekście systemowym i funkcjonalnym, co pogłębia fakt, iż urząd skarbowy zmieniając sposób zabezpieczenia, zmuszony byłby stosować przepisy kodeksu postępowania karnego, a nie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, przepis art. 292 § 2 k.p.k. stanowi bowiem niewątpliwie regulację odrębną w rozumieniu art. 2 § 2 u.p.e.a. w odniesieniu do np. art. 164 § 1 albo art. 167 § 1 u.p.e.a.⁹

Kierując się zaproponowanymi przez NSA założeniami interpretacyjnymi należałoby również przyjąć, że skoro ani w kodeksie postępowania karnego ani w kodeksie karnym wykonawczym nie ma przepisu, który „wprost” stanowiłby uregulowanie szczególne w odniesieniu do art. 159 § 1 u.p.e.a. to tym samym na żądanie zobowiązanego organ egzekucyjny winien uchylić zabezpieczenie obowiązku o charakterze niepieniężnym (np. przepadku przedmiotu określonego w art. 44 § 1 lub 2 k.k.), jeżeli wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego nie został zgłoszony w terminie 3 miesięcy od dnia dokonania tego zabezpieczenia. Zgodnie z art. 159 § 3 u.p.e.a. termin ten mógłby zostać przedłużony przez organ egzekucyjny na wniosek prokuratora lub sądu o okres do 3 miesięcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn postępowanie egzekucyjne nie mogło być wszczęte. W efekcie urząd skarbowy byłby uprawniony do badania przebiegu postępowania karnego i dokonywania oceny jego sprawności.

Zaprezentowany przez poszerzony skład NSA sposób rozumienia relacji przepisów prawa karnego procesowego i ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji wyraźnie nie bierze pod uwagę faktu, że organem wydającym postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym może być nie tylko prokurator, ale również sąd. Nie ulega wątpliwości, że przepisy art. 157 § 2, art. 157a i art. 159 § 1 i 3 u.p.e.a., należałoby uznać za sprzeczne z art. 173 oraz 177 ust. 1 Konstytucji¹⁰, w takim zakresie w jakim normowałyby pozycję

⁸ Instytucja uchylenia zabezpieczenia ma charakter fakultatywny i zależy od uznania administracyjnego. Ocena stanu faktycznego z punktu widzenia wystąpienia tego rodzaju okoliczności należy do organu egzekucyjnego, który w związku ze złożeniem wniosku o uchylenie zajęcia zabezpieczającego winien ocenić występowanie w konkretnym przypadku przesłanek uzasadniających to uchylenie (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. I SA/Rz 674/10, LEX nr 750218).

⁹ Z przedstawionych powodów nie może budzić wątpliwości wyrażone w postanowieniu z dnia 4 września 1981 r., sygn. II KZ 179/81, LEX nr 21917, stanowisko Sądu Najwyższego, że kodeks postępowania karnego pełnię praw w zakresie orzekania o zabezpieczeniu na mieniu oskarżonego (w tym co do sposobu i zakresu zabezpieczenia) przyznaje dwóm organom – sądowi i prokuratorowi. Problem w tym, że wykładnia prowadzona według założeń zaprezentowanych w uzasadnieniu komentowanej uchwały NSA prowadzi do przeciwnego rezultatu.

¹⁰ Należy tutaj przywołać także Rekomendację Nr R (94) 12 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącą niezawisłości, sprawności i roli sędziów z dnia 13 października 1994 r., w której

i obowiązki sądu w postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Zaprezentowane w niniejszej glosie stanowisko może zatem zostać uznane za wykładnię ustawy w zgodzie z konstytucją¹¹, zaś jej wynik należy rozciągnąć na wykonanie postanowień o zabezpieczeniu majątkowym wydanych przez prokuratora, nie ma bowiem żadnych racjonalnych powodów, które uzasadniałyby odmienną wykładnię tych samych przepisów w zależności jedynie od tego, który organ postępowania karnego zastosował zabezpieczenie majątkowe.

W zestawieniu z przedstawionymi powyżej konsekwencjami wykładni zaprezentowanej przez NSA, decydującego znaczenia nie można przyznać argumentom odwołującym się do konieczności zapewnienia spójności unormowań zawartych w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, zwłaszcza że szczegółowa analiza jej przepisów świadczy o niedostrzeżeniu przez NSA całej złożoności omawianej regulacji.

Interesujący przykład może stanowić fragment uzasadnienia, w którym NSA polemizuje z prezentowanym w orzecznictwie sądów administracyjnych poglądem, że zlecenie urzędowi skarbowemu przez prokuratora wykonania postanowienia o zabezpieczeniu ma walor kompletnego wniosku o dokonanie zabezpieczenia w rozumieniu art. 155a § 1 u.p.e.a. NSA zauważa, że stanowisko to opiera się na założeniu treściowej tożsamości postanowienia o zabezpieczeniu i zarządzenia zabezpieczenia, tymczasem jest ono nieuzasadnione, co wykazuje zestawienie ze sobą przesłanek zabezpieczenia majątkowego określonych w art. 291 § 1 k.p.k.¹² oraz przesłanek zabezpieczenia przewidzianych w art. 154 § 1 u.p.e.a.

Z kontekstu przytoczonego wywodu zdaje się wynikać sugestia, że wskazana, oczywista skądinąd, rozbieżność przemawia za stanowiskiem o konieczności wydania zarządzenia o zabezpieczeniu¹³, skoro – jak zauważa

wskazano, że należy poczynić kroki, aby decyzje sędziowskie nie mogły być zmieniane w innym trybie aniżeli przewidziany przez prawo dla postępowania odwoławczego, żaden organ pozasądowy nie mógł podejmować decyzji w przedmiocie przewidzianej prawem właściwości sądu, a rząd lub administracja nie mogły podejmować żadnych decyzji uchylających uprzednio wydane orzeczenie sądowe, poza stosowaniem amnestii, ulaskawienia lub podobnych środków.

¹¹ Por. P. Tułęja, Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy), Zakamycze 2003, s. 329 i nast.

¹² Także i w tym przypadku w uzasadnieniu uchwały pominięto zmianę z dnia 1 lipca 2015 r. treści przepisu art. 291 § 1 k.p.k., polegającą m.in. na wprowadzeniu dodatkowych przesłanek w postaci uzasadnionej obawy, że bez zabezpieczenia wykonanie orzeczenia w zakresie wskazanej kary, świadczenia pieniężnego, przepadku lub środka kompensacyjnego będzie niemożliwe albo utrudnione. W orzecznictwie (por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 9 października 2013 r., sygn. II AKz 588/13, Prok. i Pr. 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 34) już na gruncie poprzednio obowiązującego brzmienia powołanego przepisu przyjmowano ograniczenie dopuszczalności zabezpieczenia majątkowego za pomocą zbliżonych przesłanek wyprowadzanych z istoty zabezpieczenia jako środka przymusu procesowego.

¹³ Jednoznacznie wyartykułował taki wniosek NSA w składzie występującym o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego.

NSA – przewidziane w art. 154 § 1 u.p.e.a. okoliczności, zgodnie z art. 156 § 1 pkt 5 u.p.e.a., muszą być w nim wskazane, a ich brak skutkuje odmową dokonania zabezpieczenia, zaś na postanowienie w tym zakresie, zgodnie z art. 157 § 1 u.p.e.a., przysługuje zażalenie. Nieoczekiwanie jednak poszerzony skład NSA podsumowuje ten fragment konstatacją, że przesłanki postanowienia o zabezpieczeniu uregulowane zostały odrębnym przepisem i w konsekwencji w zakresie tych przesłanek tryb i zasady określone w art. 154, art. 156 § 1 pkt 5 u.p.e.a. nie znajdują zastosowania. Należy się z tym oczywiście w pełni zgodzić, symptomatyczne jest jednak, że rozwinięcie tezy o „niekompletności” postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym jako wniosku o dokonanie zabezpieczenia w rozumieniu art. 155a § 1 u.p.e.a. prowadzi NSA do konkluzji, że to jednak przepisy regulujące sposób inicjowania czynności organu egzekucyjnego doznają ograniczenia w wyniku zastosowania regulacji karnoprocesowej, zaś organ postępowania karnego stosujący zabezpieczenie majątkowe nie jest zobowiązany do sporządzenia „pełnego” zarządzenia zabezpieczenia, ponieważ przynajmniej jeden z jego elementów pozostaje w sprzeczności z przepisami szczególnymi zawartymi w kodeksie postępowania karnego.

Nie można się przy tym zgodzić z poglądem, że stanowisko wyłączające obowiązek wydawania przez organ postępowania karnego zarządzenia zabezpieczenia oznacza różnicowanie pozycji prokuratora i innych wierzycieli. W pierwszej kolejności wyrazić trzeba wątpliwość, czy organ postępowania karnego w ogóle można uznać za wierzyciela w rozumieniu art. 1a pkt 13 u.p.e.a. Wskazówkę daje tutaj przepis art. 170 § 2 u.p.e.a., który określając podmioty uprawnione do wniesienia zażalenia na postanowienie naczelnika urzędu skarbowego o wyłączeniu, wyraźnie odróżnia organ, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu od wierzyciela¹⁴. Akceptacja stanowiska uznającego, że organ postępowania karnego nie jest wierzycielem, z natury rzeczy prowadzi do wyłączenia stosowania w odniesieniu do niego wszelkich przepisów regulujących prawa i obowiązki wierzyciela. Nawet jednak przy założeniu, że prokurator jest wierzycielem, przytoczone twierdzenie NSA pozostaje w sprzeczności z faktem, że ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji *expressis verbis* zwalnia niektóre kategorie wierzycieli z obowiązku wydawania zarządzenia zabezpieczenia. Na przykład, zgodnie z art. 155a § 1 pkt 3 i 4 u.p.e.a. zabezpieczenie może być dokonane przez organ egzekucyjny na wniosek państwa członkowskiego lub państwa trzeciego na podstawie innych dokumentów aniżeli zarządzenie zabezpieczenia, a co więcej, w myśl art. 5 § 3 u.p.e.a., w postępowaniu egzekucyj-

¹⁴ Przytoczony przepis ma co prawda charakter intertemporalny, nie wydaje się jednak by istniały powody, dla których odróżnienie organu, który wydał postanowienie o zabezpieczeniu i wierzyciela miałyby dotyczyć jedynie postanowień wydanych przed wejściem w życie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

nym wszczętym na wniosek państwa członkowskiego lub państwa trzeciego w ogóle nie stosuje się przepisów regulujących prawa i obowiązki wierzyciela, chyba że ratyfikowana umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub przepisy ustawy stanowią inaczej.

W efekcie na znaczeniu traci argument wewnątrzsystemowy, do którego odwołał się NSA, a pogląd o braku obowiązku wydawania zarządzenia zabezpieczenia przez organ postępowania karnego nie prowadzi do żadnego wyłomu w regulacji podstaw podjęcia przez organ egzekucyjny czynności zabezpieczających, która tak czy inaczej okazuje się w tym zakresie niejednolita.

Identycznie ocenić można stanowisko, że wykładnia art. 195a § 1 k.k.w., wyłączająca obowiązek wydania przez organ postępowania karnego zarządzenia zabezpieczenia, prowadziłyby do wykluczenia podstawy prawnej pouczenia zobowiązanego o przysługującym mu środku zaskarżenia (zarzutach). W pierwszej kolejności należy zauważyć, że eksponując brak w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji wyraźnie wyartykułowanej podstawy takiego obowiązku, poszerzony skład NSA nie dostrzegł, jak się wydaje, obowiązków, jakie na organ egzekucyjny nakłada art. 9 k.p.a. w zw. z art. 18 u.p.e.a. Po drugie, wydaje się, że art. 33 u.p.e.a. w postępowaniu zabezpieczającym zleconym na podstawie art. 195a k.k.w. stanowiłyby rodzaj przepisu-wydmuszki w zasadzie pozbawionego funkcjonalnej treści normatywnej. Z uwagi na specyficzny cel postępowania zabezpieczającego oraz odrębną regulację działu IV, niedopuszczalne jest zgłoszenie w tym postępowaniu zarzutu nieistnienia obowiązku¹⁵, braku wymagalności zabezpieczonego obowiązku oraz braku uprzedniego doręczenia upomnienia¹⁶. Jeżeli chodzi o inne podstawy wymienione w art. 33 § 1 punkty 1–5 i 7 u.p.e.a., to zgodnie z art. 34 § 1 u.p.e.a. stanowisko wierzyciela w zakresie zgłoszonych zarzutów jest dla organu egzekucyjnego wiążące. Jak się podkreśla w literaturze i orzecznictwie organ egzekucyjny nie rozpoznaje sprawy od strony merytorycznej, wówczas bowiem stałby się trzecią instancją, jednakże postępowanie wierzyciela polegające na rozpatrzeniu zarzutów i zajęciu stanowiska co do ich zasadności ma prowadzić do merytorycznego załatwienia zarzutów w sprawie prowadzenia egzekucji administracyjnej¹⁷. Rzecz jednak

¹⁵ Tak np. NSA w wyroku z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. II FSK 264/05, LEX nr 187467; Odmiennie NSA w wyroku z dnia 31 marca 2015 r., sygn. II FSK 408/13, LEX nr 1774416.

¹⁶ Wyrok NSA we Wrocławiu z dnia 18 kwietnia 1995 r., sygn. SA/Wr 968/94, LEX nr 26815; M. Faryna, (w:) D. Kijowski (red.), E. Cisowska-Sakrajda, M. Faryna, W. Grześkiewicz, C. Kulesza, W. Łuczaj, P. Pietrasz, J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Starzyński, R. Suwaj, Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym..., s. 1277–1278.

¹⁷ C. Kulesza, (w:) D. Kijowski (red.), E. Cisowska-Sakrajda, M. Faryna, W. Grześkiewicz, C. Kulesza, W. Łuczaj, P. Pietrasz, J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Starzyński, R. Suwaj, Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym...,

w tym, że realizację tego samego celu zapewnia tryb zażaleniowy przewidziany w art. 293 k.p.k. Z uwagi na treść przepisów art. 460 k.p.k. oraz § 205 ust. 1 *in fine* rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury¹⁸, terminy do wniesienia zażalenia na podstawie art. 293 § 3 k.p.k. oraz zgłoszenia zarzutów na podstawie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji pokrywają się, zaś w orzecznictwie sądów powszechnych zawarte w art. 293 § 3 (poprzednio § 2) k.p.k. określenie „w przedmiocie zabezpieczenia” rozumiane jest bardzo szeroko¹⁹. Tryb określony w art. 33–34 u.p.e.a. dublowałby więc postępowanie odwoławcze uregulowane w przepisach postępowania karnego, nie ulega zaś wątpliwości, że ochrona w nich przewidziana ma daleko silniejszy charakter, realizowana jest bowiem przez niezawisły sąd.

Jeżeli chodzi o pozostałe podstawy określone w art. 33 § 1 u.p.e.a. to z przyczyn już wcześniej wskazanych niewątpliwie wykluczyć należy dopuszczalność zarzutu zastosowania zbyt uciążliwego środka egzekucyjnego, jak również zarzutu niedopuszczalności zastosowanego środka egzekucyjnego (art. 33 § 1 pkt 6 *in fine* u.p.e.a.). W wyniku sukcesywnej eliminacji kolejnych podstaw zarzutów pozostają zatem jedynie dwie – niedopuszczalności egzekucji administracyjnej (art. 33 § 1 pkt 6 u.p.e.a.) oraz prowadzenia egzekucji przez niewłaściwy organ egzekucyjny (art. 33 § 1 pkt 9 u.p.e.a.), które mają drugorzędne znaczenie z uwagi na obowiązek badania przez organ egzekucyjny obu kwestii z urzędu (art. 157 § 1 u.p.e.a. oraz art. 19 k.p.a. w zw. z art. 18 u.p.e.a.).

Analiza przepisów działu I ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji ujawnia też mankamenty wykładni funkcjonalnej przedstawionej przez NSA. Nie sposób bowiem zgodzić się z tezą, że cel, na który wskazywano w uzasadnieniu rządowego projektu z dnia 10 września 2002 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁰ tj. umożliwienie skuteczniejszego, bardziej efektywnego zapewnienia realizacji przepadku oraz zabezpieczenia jej wykonania, zostanie spełniony przez umożli-

s. 442; Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 9 maja 2013 r., sygn. I SA/OI 152/13, LEX nr 1323412.

¹⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 508.

¹⁹ Określenie „w przedmiocie zabezpieczenia” użyte w art. 293 § 2 k.p.k. winno być rozumiane szeroko, tj. iż na podstawie tego przepisu są zaskarżalne nie tylko decyzje o zastosowaniu zabezpieczenia, jego uchyleniu lub zmianie, lecz także wszelkie decyzje dotyczące zabezpieczenia majątkowego (por. postanowienie SA w Lublinie z dnia 15 lipca 2009 r., sygn. II AKz 390/09, LEX nr 523989;). Zażalenie skierowane może być także przeciwko postanowieniu o nieuwzględnieniu wniosku podejrzanego o zmianę postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym w części dotyczącej zakresu lub sposobu zabezpieczenia (uchwała SN z dnia 24 maja 1995 r., sygn. I KZP 11/95, OSNKW 1995, nr 7–8, poz. 44).

²⁰ Druk nr 869 Sejmu RP IV kadencji dostępny na stronie internetowej Sejmu <http://www.sejm.gov.pl>.

wienie prokuratorowi, jako wierzycielowi występowania z wnioskiem, o którym mowa w art. 155a § 1 ustawy, skoro konsekwencją tego stanowiska NSA byłoby stosowanie również przepisu art. 35 § 1 u.p.e.a., zgodnie z którym zgłoszenie przez zobowiązanego zarzutu na podstawie art. 33 § 1 punkty 1–7, 9 i 10 zawiesza postępowanie egzekucyjne (zabezpieczające) do czasu wydania ostatecznego postanowienia w przedmiocie zgłoszonego zarzutu. Przepis ten może zniweczyć cel, dla którego art. 462 k.p.k. przewiduje natychmiastową wykonalność postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym, a § 205 ust. 1 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury szczególny tryb doręczania postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym²¹.

Konkludując, należy krytycznie odnieść się do poglądu wyrażonego w uchwale składu 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym do wykonania przez urząd skarbowy wydanego przez prokuratora w postępowaniu karnym postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym niezbędne jest wydanie zarządzenia zabezpieczenia określonego w art. 155a § 1 u.p.e.a. Za stanowiskiem przeciwnym przemawia nie tylko wykładnia językowa, ale również szeroki kontekst systemowy i funkcjonalny.

Commentary to the resolution passed by the High Administrative Court on 17 December 2015, file ref. no. II GPS 1/15

Abstract

This commentary animadverts upon the view expressed in the resolution of the High Administrative Court panel of 7 judges who claim that a preservation order under Article 155a, § 1 of the Act on Enforcement Proceedings in Administration is required for a tax office to execute a prosecutor's decision on property preservation.

²¹ Analogiczne argumenty o charakterze funkcjonalnym przedstawia M. Faryna, (w:) D. Kijowski (red.), E. Cisowska-Sakrajda, M. Faryna, W. Grześkiewicz, C. Kulesza, W. Łuczaj, P. Pietrasz, J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Starzyński, R. Suwaj, Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym..., s. 1280–1281.

Marcin Janusz Szewczyk

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r., sygn. II KK 15/15¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest instytucja zakazu reformationis in peius. Autor aprobuje rozstrzygnięcie merytoryczne, poddając jednocześnie krytyce pogląd prawny wyrażony w tezie komentowanego orzeczenia, jak również argumentację, która ma przemawiać za trafnością przyjętego zapatrywania. Zdaniem autora, Sąd Najwyższy dokonując oceny, czy modyfikacja kwalifikacji prawnej w postępowaniu odwoławczym narusza zakaz wyrażony w treści art. 434 § 1 k.p.k., powinien uwzględnić wymiar kary, którą ustawa materialna przewiduje dla sprawcy w sytuacji przyjęcia określonej konstrukcji prawnej. Według komentatora zastosowane przez Sąd Najwyższy kryterium oceny dokonanych w postępowaniu odwoławczym zmian, w postaci stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz poziomu zawinienia sprawcy były nieprawidłowe. Autor zwraca również uwagę, że analiza rozstrzygnięcia pod kątem naruszenia zakazu reformationis in peius powinna odbywać się w poszczególnych sektorach orzeczenia. Niepogarszanie globalnej sytuacji procesowej oskarżonego, lub nawet jej polepszenie, pozostaje bez wpływu na ocenę naruszenia zakazu reformationis in peius, jeżeli choćby w jednym z sektorów rozstrzygnięcia dokonano modyfikacji, która obiektywnie jest niekorzystna z punktu widzenia jego interesu procesowego.

Nie można uznać, że przyjęcie działania w ramach czynu ciągłego jest zawsze korzystniejsze dla sprawcy niż uznanie wielości jego zachowań jako czynów popełnionych w zbiegu realnym. Zanim wyciągnie się taki wniosek, konieczne jest bowiem zbadanie i ocena niepowtarzalnych okoliczności każdej indywidualnej sprawy.

Na wstępie należy pokrótce przypomnieć stan faktyczny, na tle którego doszło do sformułowania wyrażonego w sentencji wyrok poglądu prawnego.

Wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2011 r., Sąd Okręgowy w W. uznał oskarżonego J. S. za winnego popełnienia dwóch czynów zabronionych, polegających na udzieleniu pomocy innym osobom w przywozie z Bułgarii znacznej

¹ OSNKW 2015, nr 10, poz. 83.

ilości heroiny. Ponieważ J. S. uczynił sobie z ich popełnienia stałe źródło dochodu Sąd zakwalifikował jego zachowanie jako przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 k.k., uznając iż pierwsze z nich stanowi czyn ciągły w rozumieniu art. 12 k.k. Następnie Sąd Okręgowy wymierzył oskarżonemu odpowiednio kary 4 oraz 3 lat pozbawienia wolności, natomiast tytułem kary łącznej – 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Po rozpoznaniu apelacji obrońcy J. S., Sąd Apelacyjny orzeczeniem z dnia 1 kwietnia 2014 r., zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji w ten sposób, że uznał, iż przypisane mu w zaskarżonym wyroku czyny stanowią jedno przestępstwo, którego przedmiotem było łącznie 61,5 kg heroiny, przy czym z opisu czynu wyeliminował działanie z inną ustaloną osobą oraz sformułowanie „a nadto z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu” i na podstawie art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. skazał oskarżonego i wymierzył mu karę 5 lat pozbawienia wolności, grzywnę – wskazując, że stosuje ustawę względniejszą w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. – oraz nawiązkę.

Kasację od powyższego orzeczenia Sądu Apelacyjnego wniósł obrońca skazanego, zarzucając między innymi obrazę przepisu art. 434 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k., poprzez wymierzenie J. S. kary surowszej od tej orzeczonej w wyroku Sądu Okręgowego, pomimo braku wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego, a zatem wbrew zakazowi *reformationis in peius*. Skarżący zarzucił także naruszenie art. 6 k.p.k., art. 6 ust. 3 EKPC, art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 399 k.p.k. i w zw. z art. 458 k.p.k., poprzez zmianę zaskarżonym wyrokiem kwalifikacji prawnej czynu zarzuconego J. S., podczas, gdy wbrew wymogom wynikającym z art. 399 k.p.k., Sąd nie uprzedził obecnych na rozprawie stron o możliwości przyjęcia innej, od zawartej w akcie oskarżenia, kwalifikacji prawnej, co uniemożliwiło J. S. oraz jego obrońcy wykonywanie przysługującego oskarżonemu prawa do obrony.

W pisemnej odpowiedzi na kasację, Prokurator Apelacyjny wniósł o częściowe jej uwzględnienie i uchylenie wyroku Sądu odwoławczego z dnia 1 kwietnia 2014 r., ale tylko w zakresie dotyczącym orzeczenia o karze pozbawienia wolności, wymierzonej za czyn przypisany mu we wskazanej wyżej części wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, zaś w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie tej kasacji. Na rozprawie przed Sądem Najwyższym stanowisko to zostało podtrzymane przez prokuratora Prokuratury Generalnej.

Sąd Najwyższy stwierdził, że kasacja jest oczywiście zasadna w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Sąd odwoławczy zakazu *reformatio-nis in peius*, wskazując że wymierzenie przez wymieniony organ kary 5 lat

pozbawienia wolności, w sytuacji skazania przez Sąd pierwszej instancji na łagodniejszą sankcję 4 lat i 6 miesięcy, stanowiło oczywistą obrazę przepisu art. 434 § 1 k.p.k. w sytuacji, gdy wyrok zaskarżono wyłącznie na korzyść oskarżonego.

Sąd Kasacyjny uznał również, że zarzut odnoszący się do naruszenia przez Sąd drugiej instancji przepisu art. 399 k.p.k. jest uzasadniony. Argumentując wyrażone zapatrywanie podniósł, że choć *prima facie* dokonane przez Sąd odwoławczy zaniechanie, polegające na braku pouczenia o możliwości zakwalifikowania dwóch czynów jako jednego czynu ciągłego, mogło być uznane za takie, które nie ma wpływu na prawa i interesy oskarżonego, gdyż pozostałe rozstrzygnięcia Sądu *ad quem*, w postaci wyeliminowania z opisu czynu znamienia „stałego źródła dochodu”, czy zastosowania w podstawie wymiaru kary grzywny ustawy względniejszej w rozumieniu art. 4 § 1 k.k., były niewątpliwie dla oskarżonego korzystne, to jednak wbrew stanowisku prokuratora, naruszenie to mogło mieć zarówno wpływ na treść orzeczenia, które w zakresie rozstrzygnięć penalnych okazało się przecież surowsze, jak i na prawo oskarżonego do obrony. Sąd Kasacyjny wywiódł, że nie można zgodzić się z twierdzeniem, że kwalifikacja poszczególnych zachowań przestępnych w ramach jednego czynu ciągłego jest dla oskarżonego w każdej sytuacji korzystniejsza, niż zakwalifikowanie jego zachowań jako pozostających w zbiegu realnym. Przeciwno uniwersalności tak stawianej tezy, zdaniem wymienionego organu, stoją na przeszkodzie chociażby realia rozpoznawanej sprawy, gdzie za te same zachowania, uznane jako działanie w warunkach określonych w art. 12 k.k., skazanego spotkały surowsze konsekwencje niż w poprzednim wyroku. Sąd Najwyższy podniósł, że czyn ciągły zawiera dodatkowy element należący do strony podmiotowej, którym jest z góry powzięty zamiar popełnienia określonego rodzaju przestępstw. Dlatego zbyt dużym uproszczeniem jest twierdzenie, że działania ponawiane wprawdzie w krótkich odstępach czasu, ale bez tego zamiaru, a przez to wskazujące na istnienie zbiegu przestępstw, to zagadnienie irrelewantne dla kwestii winy, społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji – surowości represji karnej.

Sąd Kasacyjny, nawiązując do realiów rozpoznawanej sprawy wskazał, że nie wydaje się, aby z góry zaplanowana i konsekwentnie realizowana w warunkach art. 12 k.k. działalność dilerska była w aspekcie strony podmiotowej czymś mniej nagannym, niż podjęta okazjonalnie, kilkukrotna sprzedaż narkotyku. Dlatego też, zdaniem wymienionego organu, nie można twierdzić, że przyjęcie działania w ramach czynu ciągłego jest zawsze dla sprawcy korzystniejsze, niż uznanie wielości jego zachowań jako czynów popełnionych w zbiegu realnym.

Merytoryczna treść rozstrzygnięcia jest prawidłowa i nie budzi zastrzeżeń. Jednak wyrażony w tezie komentowanego orzeczenia pogląd prawny, jak i przedstawiona argumentacja są nieprzekonujące.

Na wstępie wskazać trzeba, że dla oceny zarzutów wyartykułowanych w środku odwoławczym koniecznym było ustalenie, czy rozstrzygnięcia dokonane w toku postępowania odwoławczego naruszały zakaz *reformationis in peius*.

Przypomnieć należy, że wymieniona instytucja ma charakter gwarancyjny, który polega na zabezpieczeniu swobody zaskarżania orzeczeń przez oskarżonego poprzez zapewnienie mu warunków do powzięcia nieskrępowanej decyzji woli co do poddania orzeczenia kontroli instancyjnej².

W obowiązującym Kodeksie postępowania karnego zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego został ujęty szeroko. Zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie przedmiotu, przyjmuje się, że sąd odwoławczy, w przypadku wniesienia środka odwoławczego wyłącznie na korzyść oskarżonego, nie może w jakimkolwiek punkcie pogorszyć jego sytuacji procesowej w stosunku do rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym orzeczeniu³.

W doktrynie występują dwie koncepcje oceny modyfikacji orzeczenia w sytuacji obowiązywania zakazu *reformationis in peius*. Pierwsza z nich ma charakter „globalno-sektorowy”⁴. Polega ona na tym, że w pierwszej kolejności, uwzględniając interes procesowy oskarżonego, porównaniu podlegają zmiany dokonane w poszczególnych, różnorodnych elementach orzeczenia. Następnie organ procesowy ocenia rozstrzygnięcie globalnie ustalając, czy stanowi ono większą dolegliwość dla oskarżonego niż orzeczenie, które wydał organ pierwszej instancji.

Druga koncepcja zakłada że zakaz *reformationis in peius* działa na kilku niezależnych od siebie płaszczyznach, to jest w zakresie kary, środków karnych, kompensacyjnych, kosztów procesu, kwalifikacji prawnej, znamion przestępstwa i opisu czynu oraz motywów orzeczenia⁵.

Ocena, czy doszło do przekroczenia zakazu musi odbywać się odrębnie na każdej z wymienionych płaszczyzn w oparciu o inne, indywidualne kryte-

² Por. K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 426; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2007, t. II, s. 636; T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 860.

³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 1996 r., sygn. V KKN 4/96, LEX nr 25598; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., sygn. V KKN 137/99, LEX nr 39864; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2004 r., sygn. IV KK 336/03, LEX nr 162580 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2005 r., sygn. IV KK 9/05, LEX nr 147114.

⁴ Por. P. Łuczyński, Kryteria oceny surowości orzeczenia wydawanego w postępowaniu ponownym w porównaniu z orzeczeniem uchylonym w kontekście zakazu pośredniego *reformationis in peius*, *Przegląd Sądowy* 2013, nr 10, s. 79.

⁵ Por. M. J. Szewczyk, *Zakaz reformationis in peius w polskim procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 239–244.

ria. Porównanie skutków modyfikacji orzeczenia w pierwszej kolejności musi nastąpić przez pryzmat przepisów prawa karnego materialnego. Nie jest to jednak jedyne kryterium oceny, które należy wziąć pod uwagę. Przykładowo, przy modyfikacji opisu czynu kryterium oceny będzie obszar bezprawnego zachowania, którego granice zostały określone tymże opisem, w przypadku zaś zmian motywów orzeczenia istotne jest to, do której części wyroku mają odniesienie. Jeżeli uzasadnienie dotyczy kary, należy uwzględnić znaczenie i wydźwięk poszczególnych sformułowań⁶. Nieco inaczej jest w przypadku tej części uzasadnienia, w której ustalono stan faktyczny. Kryterium oceny sprowadza się wówczas do ustalenia, czy modyfikacja powoduje pogorszenie sytuacji prawnej oskarżonego w sferze kwalifikacji prawnej albo poszerza obszar bezprawnego zachowania sprawcy.

Odzwierciedlenie wymienionych poglądów można odnaleźć w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Przykładem koncepcji „globalno-sektorowej”, jest judykat z dnia 9 lutego 2011 roku⁷, w którym wymieniony organ przyjął, że obostrzenie kwalifikacji prawnej czynu nie narusza zakazu *reformationis in peius*, gdy wymierzono mu łagodniejszą niż uprzednio karę, skoro globalna sytuacja oskarżonego nie uległa pogorszeniu.

Dominująca linia orzecznicza Sądu Najwyższego oparta jest jednak na założeniu, że ocena modyfikacji wyroku przez pryzmat zakazu, o którym mowa w art. 434 § 1 k.p.k., następuje w poszczególnych sektorach rozstrzygnięcia. Oznacza to, że niepogarszanie globalnej sytuacji procesowej oskarżonego pozostaje bez wpływu na ocenę naruszenia zakazu *reformationis in peius*, jeżeli choćby w jednym z sektorów rozstrzygnięcia dokonano modyfikacji, która obiektywnie rzecz ujmując jest niekorzystna z punktu widzenia jego interesu procesowego⁸.

Wyrazem takiego sposobu oceny zmian dokonanych w orzeczeniu jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 31 maja 2007 r.⁹, zgodnie z którym z punktu widzenia oceny, czy naruszono zakaz *reformationis in peius*, nie jest rozstrzygające to, czy *in concreto* doszło lub nie doszło do pogorszenia jego sytuacji procesowej. „Naruszenie omawianego zakazu następuje także wówczas, gdy niekorzystnych dla oskarżonego zmian dokonano jedynie w zakresie ustaleń faktycznych w uzasadnieniu orzeczenia, choćby nie miało to wpływu na rozstrzygnięcie w zakresie kary”¹⁰.

⁶ Za naruszające zakaz *reformationis in peius* uznać należy zastąpienie sformułowania użytego w treści uzasadnienia sentencją, która ma bardziej pejoratywny wydźwięk i mogłaby rzutować na ocenę zachowania, czy to w sferze kary, czy kwalifikacji prawnej.

⁷ Sygn. II KK 231/10, LEX nr 785872.

⁸ Szerzej zob. M. J. S z e w c z y k, Zakaz..., s. 148–149.

⁹ Sygn. IV KK 85/07, LEX nr 282827.

¹⁰ Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyrażał już wcześniej, w wyrokach z dnia 2 kwietnia 1996 r., 4 lutego 2000 r.¹⁰ oraz 9 listopada 2000 r.¹⁰ stwierdzając, że zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego oznacza, że „w wypadku braku środka odwoławczego wniesionego na nieko-

Koncepcja „globalno-sektorowej” oceny modyfikacji rozstrzygnięcia posiadała zakotwiczenie normatywne na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.¹¹. Przypomnieć należy, że art. 408 d.k.p.k., w którym uregulowano instytucję pośredniego¹² zakazu *reformationis in peius*, zabraniał dokonywania niekorzystnej korekty wyroku wyłącznie na płaszczyźnie kary. Zatem w sytuacji wniesienia apelacji na korzyść, sąd odwoławczy chcąc dokonać modyfikacji orzeczenia w przeciwnym kierunku uchylał zaskarżony wyrok. Organ rozpoznający sprawę w pierwszej instancji mógł wówczas dowolnie korygować uchylone orzeczenie, byleby tylko wymierzona sankcja nie przekraczała orzeczonej poprzednio¹³. Aktualnie obowiązujące przepisy takiego ograniczenia nie zawierają, a dokonywanie zawężającej wykładni art. 434 § 1 k.p.k. i art. 443 k.p.k., która umniejsza gwarancje procesowe oskarżonego, jest prawnie niedopuszczalne.

Zauważyć należy, że w przeważającej liczbie przypadków najistotniejszym elementem orzeczenia z punktu widzenia interesu procesowego oskarżonego jest wymierzona mu kara. Uznanie, że decydujące znaczenie ma globalna ocena rozstrzygnięcia prowadziłoby w istocie do tego, że sąd związany zakazem *reformationis in peius de facto* byłby uprawniony do

rzyść oskarżonego sytuacja jego w postępowaniu odwoławczym nie może ulec pogorszeniu w jakimkolwiek zakresie – w tym również w sferze ustaleń faktycznych – powodujących, lub tylko mogących powodować, negatywne skutki dla oskarżonego”. Tożsame stanowisko wyrażano również w literaturze przedmiotu; zob. K. Marszał, *Proces...*, s. 428 oraz T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie...*, s. 861; por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., sygn. V KKN 352/00, LEX nr 54387.

¹¹ Dz. U. Nr 13, poz. 96.

¹² W doktrynie procesu karnego wypracowano podział zakazu *reformationis in peius* na zakaz „bezpośredni” i „pośredni”. Adresatem pierwszego z nich jest sąd odwoławczy, a drugi wiąże sąd, który rozpoznaje sprawę po raz kolejny. Bezpośredni zakaz pogarszania sytuacji oskarżonego polega na tym, że sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, i tylko w granicach zaskarżenia. Zakaz pośredni oznacza, że sąd, który rozpoznaje sprawę po jej uchyleniu, na skutek środka odwoławczego wniesionego na korzyść oskarżonego, nie może wydać orzeczenia surowszego względem tego, które zapadło uprzednio. Zakaz pośredni od zakazu bezpośredniego różni także i to, że zakaz bezpośredni należy odnosić do bezpośredniej, niepoprzedzonej jakimkolwiek orzeczeniem analizującym zasadność kwestionowanego rozstrzygnięcia kontroli orzeczenia przez organ odwoławczy. Z kolei „pośredniość” wiązać należy z faktem, że punktem odniesienia dla rozstrzygnięć wydawanych w ramach orzeczenia kończącego dany etap postępowania ponownego jest orzeczenie poddane już kontroli instancyjnej, zob. P. Ł u c z y ń - s k i, *Zakaz reformationis in peius w postępowaniu ponownym – wybrane zagadnienia na tle funkcji procesowej w postaci funkcji obrony karnej (w:) Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013, s. 419.

¹³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 1983 r., sygn. Rw 226/83 wraz z glosami: S. Cora, *Nowe Prawo* 1985, nr 5, s. 113; A. Kaftal, *Palestra* 1984, nr 5–6, s. 96; K. Marszał, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1985, nr 7–8, poz. 138; zob. również F. Prusak, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego*, *Nowe Prawo* 1984, nr 5, s. 81 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 kwietnia 1996 r., sygn. II AKa 43/96, LEX 26308; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 stycznia 2002 r., sygn. IV KKN 608/97, LEX nr 53001.

wszelkich niekorzystnych modyfikacji w poszczególnych elementach orzeczenia, pod warunkiem obniżenia wymiaru orzeczonej względem oskarżonego sankcji. Taka wykładnia zakazu *reformationis in peius* nie znajduje oparcia w aktualnym brzmieniu przepisów regulujących tę instytucję.

Za nietrafny uznać należy również pogląd wyrażony w komentowanym orzeczeniu przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym zmiana kwalifikacji prawnej polegająca na przypisaniu oskarżonego jednego czynu ciągłego narusza jego interes procesowy w przypadku, gdy sąd orzekający w pierwszej instancji przyjął, że zachowania sprawcy stanowiły dwa przestępstwa pozostające w zbiegu realnym.

Przypomnieć należy, że za czyn zakwalifikowany jako ciągły sąd wymierza jedną karę do górnej granicy zagrożenia ustawowego za dany typ przestępstwa. W literaturze przedmiotu słusznie podkreśla się, że przyjęcie w konkretnym wypadku konstrukcji czynu ciągłego prowadzi w zasadzie do takich samych konsekwencji prawnych, jakie wynikają z przypisania sprawcy jednego przestępstwa popełnionego jednym czynem, skoro art. 12 k.k. przesądza, że dwa lub więcej zachowań „uważa się za jeden czyn zabroniony”¹⁴. Zauważa się również, że w zdecydowanej większości przypadków konstrukcja czynu ciągłego jest dla sprawcy korzystna¹⁵. Mimo wielości zachowań nie powoduje ona bowiem modyfikacji granic ustawowego zagrożenia. W szczególności nie stwarza żadnych podstaw do szczególnego (w tym nadzwyczajnego) wymiaru kary za czyn ciągły¹⁶.

Zaznaczyć przy tym należy, że przyjęcie konstrukcji przestępstwa ciągłego, jako instytucji prawa materialnego, w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 12 k.k. jest obligatoryjne i nie zależy od uznania organu procesowego¹⁷.

¹⁴ Zob. P. Kardaś, Zasady odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w warunkach ciągłości w świetle regulacji nowego polskiego kodeksu karnego z 1997 r., CzPKiNP 1999, nr 1, s. 71 i n.

¹⁵ W pewnych przypadkach zmiana kwalifikacji w kierunku art. 12 k.k. może jednak stanowić realne obostrzenie dolegliwości. Przykładowo, w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji zakwalifikował poszczególne zachowania oskarżonego lub obwinionego jako wykroczenia, sąd odwoławczy przy braku apelacji na niekorzyść, mimo spełnienia przesłanek z art. 12, nie będzie mógł dokonać zmiany kwalifikacji prawnej w kierunku czynu ciągłego, o którym mowa w art. 12 k.k. Taka modyfikacja niewątpliwie byłaby bardziej dolegliwa dla sprawcy, który w przypadku korekty ponosiłby odpowiedzialność za przestępstwo (zamiast za wykroczenia) na zasadach przewidzianych w Kodeksie karnym. Przypomnieć należy, że zgodnie z brzmieniem art. 9 § 2 k.w., jeżeli jednocześnie orzeka się o ukaraniu za dwa lub więcej wykroczeń, wymierza się łącznie karę w granicach zagrożenia określonych w przepisie przewidującym najsurowszą karę.

¹⁶ Zob. J. W. Giezek, Komentarz do art. 12 Kodeksu karnego (w:) J. W. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, LEX 2012/el.

¹⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 sierpnia 2009 r., sygn. II AKa 123/09, OSNPG 2010, nr 5, poz. 21.

Wskazać trzeba, że w przypadku zbiegu przestępstw, o którym mowa w art. 85 k.k., sąd orzeka karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy. Wymierzona w ten sposób kara pozbawienia wolności nie może przekroczyć 20 lat¹⁸. Jeżeli suma orzeczonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat albo więcej, a chociażby jedna z podlegających łączeniu kar wynosi nie mniej niż 10 lat, sąd może orzec karę łączną 25 lat pozbawienia wolności¹⁹.

Nadmienić należy, że przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii zagrożone jest karą od 3 do 15 lat pozbawienia wolności²⁰. Oznacza to, że w przypadku zakwalifikowania czynów jako ciągu przestępstw, górna granica kary wynosi 15 lat pozbawienia wolności, podczas gdy przyjęcie realnego zbiegu przestępstw, przy wariancie najmniej korzystnym dla oskarżonego, uprawnia sąd do wymierzenia kary 25 lat pozbawienia wolności.

Powyższe zestawienie jednoznacznie dowodzi, że przyjęcie konstrukcji realnego zbiegu przestępstw jest znacznie mniej korzystne z punktu widzenia interesu procesowego osoby oskarżonej niż zakwalifikowanie poszczególnych jej zachowań jako czyn ciągły²¹.

Sąd Najwyższy podniósł również, iż organ orzekający w drugiej instancji, mimo że zmienił kwalifikację prawną przyjmując, że zachowania oskarżonego stanowiły jeden czyn ciągły, wymierzył mu surowszą karę. Argument ten zdaniem wymienionego organu dowodzić ma, że w niektórych sytuacjach procesowych taka modyfikacja może być niekorzystna z punktu widzenia interesu procesowego oskarżonego, bowiem działanie w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem, może mieć istotne znaczenie dla kwestii winy, społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji – surowości represji karnej.

Trudno nie zgodzić się z powyższym wywoдем, rzecz jednak w tym, że kwestia stopnia zawinienia i społecznej szkodliwości konkretnego czynu nie jest kryterium, które może być zastosowane do oceny modyfikacji kwalifikacji prawnej czynu przez pryzmat naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 434 § 1 k.p.k. Idąc tokiem rozumowania Sądu Najwyższego można by przykładowo uznać, że zmiana kwalifikacji prawnej czynu z przestępstwa na wykroczenie, jest niekorzystna z punktu widzenia interesu procesowego oskarżonego, w sytuacji gdy za wykroczenie wymierzonyby karę surowszą niż za przestępstwo.

¹⁸ Do 1 lipca 2015 r. górna granica kary łącznej wynosiła 15 lat pozbawienia wolności; por. art. 86 § 1 k.k. zmieniony na mocy art. 1 pkt 48a ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396).

¹⁹ Zob. art. 86 § 1a k.k.

²⁰ Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 19 § 1 k.k. karę za pomocnictwo wymierza się w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo.

²¹ Por. J. W. Giezek, Komentarz do art. 12 Kodeksu karnego..., LEX 2012/el.

Zauważyć należy, że w literaturze przedmiotu nie ma zgodności poglądów odnośnie kryteriów, które winny zostać uwzględnione przy ocenie surowości skazania. Rozbieżności dotyczą przede wszystkim tego, w jakim stopniu sąd powinien opierać się na kryterium obiektywnym²², mającym podstawy w przepisach prawa karnego materialnego, a w jakim uwzględnić subiektywne odczucie oskarżonego²³.

Nie ulega jednak żadnym wątpliwości, że ocena zmian zaskarżonego orzeczenia w pierwszym rzędzie powinna opierać się na przeliczniku mającym podstawy w przepisach prawa karnego materialnego²⁴. W przypadku zmiany kwalifikacji prawnej, kryterium oceny powinno stanowić ustawowe zagrożenie karą, która grozi oskarżonemu za przypisane przestępstwo (przestępstwa). Gdy zaś chodzi o ocenę społecznej szkodliwości, wskazać należy, że nie ma na nią wpływu przyjęta kwalifikacja prawna. Czyn sprawcy oceniany przez pryzmat przesłanek z art. 115 § 2 k.k. ma taki sam ładunek społecznej szkodliwości, niezależnie od tego jak został on zakwalifikowany²⁵. Dlatego też stopień jego niebezpieczeństwa nie może stanowić probieżra określającego, czy dana modyfikacja kwalifikacji prawnej z punktu widzenia interesu procesowego oskarżonego jest dla niego korzystna, czy też nie. Podobnie jest, gdy chodzi o stopień zawinienia sprawcy. Nawet jeżeli *in concreto* sąd ustali, że oskarżony działał z góry powziętym zamiarem, co zwiększa poziom jego winy, to takie ustalenie może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia dyrektyw sądowego wymiaru kary²⁶, lecz nie powinno stanowić kryterium oceny dokonanej zmiany kwalifikacji prawnej czynu, w kontekście naruszenia zakazu określonego w art. 434 § 1 k.p.k. Zazna-

²² Por. A. Kaftal, W sprawie obowiązywania zakazu *reformationis in peius*, Palestra 1980, nr 6, s. 43; tenże, O niektórych zagadnieniach zakazu *reformationis in peius* w praktyce Sądu Najwyższego oraz wojewódzkich sądów rewizyjnych, Nowe Prawo 1962, nr 9, s. 1142–1144; K. Marszał, Zakaz *reformationis in peius* w nowym ustawodawstwie karnym procesowym, Warszawa 1970, s. 176–177, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1979 r., sygn. Rw 118/79, LEX nr 19549 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 1978 r., LexPolonica nr 306973.

²³ M. Cieślak, glosa do postanowienia składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 1976 r., sygn. U 4/76, Państwo i Prawo 1977, nr 7, s. 171; Z. Doda, Zakaz *reformationis in peius* według obowiązującego kodeksu postępowania karnego (w:) Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze, Kraków 1967, nr 31, s. 198–199; R. A. Stefański, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 1994 r., sygn. III KRN 203/92, LexPolonica nr 298565.

²⁴ Szerzej zob. M. J. Szewczyk, Kryteria oceny surowości rozstrzygnięcia, (w:) Zakaz *reformationis in peius* w polskim procesie karnym, LEX 2015/el.

²⁵ Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd nie bierze pod uwagę kwalifikacji prawnej, lecz rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.

²⁶ Por. art. 53 k.k.

czyć przy tym należy, że w przypadku funkcjonowania zakazu *reformationis in peius*, przyjęcie wyższego stopnia społecznej szkodliwości czynu lub zawinienia sprawcy, niż w wyroku, którego nie zaskarżono na niekorzyść oskarżonego, będzie wykluczone, bowiem byłoby to rozstrzygnięcie niekorzystne z punktu widzenia jego interesu procesowego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt komentowanej sprawy wskazać należy, że Sąd odwoławczy mógł zmienić kwalifikację prawną czynu uznając, że zachowania oskarżonego stanowią jedno przestępstwo ciągłe, gdyż taka modyfikacja nie czyni orzeczenia bardziej dolegliwym. Nie był jednak uprawniony do przyjęcia wyższego poziomu stopnia społecznej szkodliwości czynu, czy stopnia zawinienia sprawcy, niż uczynił to Sąd pierwszej instancji, gdyż poczynione ustalenia naruszały interes procesowy wymienionego podmiotu. Uwzględniając powyższe oczywistym jest, że przy takich uwarunkowaniach organ drugiej instancji nie był również władny do podwyższenia kary wymierzonej przez Sąd *a quo*.

Przeprowadzone w postępowaniu odwoławczym modyfikacje nieco inaczej należałoby ocenić w kontekście dyspozycji art. 399 § 1 k.p.k., a co za tym idzie naruszenia prawa do obrony oskarżonego. Zasadą wymienioną w powołanym przepisie jest, iż sąd uprzedza o każdej zmianie kwalifikacji prawnej czynu²⁷. Zatem brak reakcji organu procesowego, nawet w sytuacji, gdy dokonana modyfikacja może być oceniana jako korzystna dla oskarżonego, stanowi obrazę wymienionego przepisu. Niemniej wpływ tego uchybienia każdorazowo podlega ocenie przez pryzmat naruszenia prawa do obrony oskarżonego i wpływu na treść orzeczenia²⁸. Ciężar wykazania, że uchybienie spowodowało wymienione skutki ciąży na oskarżonym i jego obrońcy. Jeżeli zatem skarżący dowiedzie, że zmiana kwalifikacji prawnej realnie ograniczyła możliwości prowadzenia skutecznej obrony²⁹ lub miała wpływ na treść orzeczenia to nawet, jeżeli była ona korzystna z punktu widzenia interesu procesowego oskarżonego, sąd odwoławczy będzie zobligowany do uchylenia rozstrzygnięcia wydanego w pierwszej instancji. Przypomnieć należy, że postanowienia art. 6 ust. 3 lit. a) Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³⁰ wskazują na potrzebę skierowania szczególnej uwagi na poinformowanie podsądnego o treści zarzutów, stanowiących przedmiot oskarżenia.

²⁷ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2014 r., sygn. V KK 336/14, LEX nr 1565795.

²⁸ Por. art. 438 pkt 2 k.p.k. oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. II AKa 14/14, LEX nr 1506114.

²⁹ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 października 2013 r. w sprawie Mulosmani v. Albania, 29864/03, LEX nr 1372616.

³⁰ Zob. Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

Podsumowując stwierdzić należy, że merytoryczna treść orzeczenia wydanego przez Sąd Najwyższy, stanowiąca przedmiot niniejszego opracowania, jest prawidłowa, niemniej wyrażone w tezie wyroku zapatrywanie prawne, jak również argumenty przytoczone na jego poparcie, nie zasługują na afirmację.

Commentary to the judgement issued by the Supreme Court on 14 May 2015, file ref. no. II KK 15/15

Abstract

This commentary addresses the prohibition of reformatio in peius. While the substantive decision of the Supreme Court is approved, the legal view in the reasoning as well as supporting arguments are criticized. It is believed that, in evaluating whether the Appellate Court's modification of the legal qualification of the offence in appeal proceedings violates the prohibition under Article 434, § 1 of the Code of Criminal Procedure, the Supreme Court should have taken into account the sentencing provisions of the substantive law applicable with a particular legal construct adopted. The criteria used by the Supreme Court to evaluate modifications made in appeal proceedings, i.e. modifications as to the degree of social harmfulness of the act or the level of the perpetrator's guilt, are found inappropriate. The attention is also paid to the fact that the analysis of possibly violating aspects of the decision should be provided in particular sections of the judgment. Non-worsening or even improving the defendant's overall procedural position does not affect the evaluation of whether the prohibition of reformatio in peius has been violated or not, as long as at least one of the sections in the decision is modified in a way which is objectively considered unfavourable from the perspective of the procedural position of the defendant.

Jerzy A. Kulesza

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. II AKa 65/13¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest analiza przesłanek orzekania środków karnych zakazu zajmowania określonego stanowiska i zakazu wykonywania określonego zawodu. Autor akceptuje głosowaną tezę, która znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Równocześnie wskazuje na rozbieżność poglądów sądów apelacyjnych.

1. W sytuacji, gdy oskarżony dopuszczając się przypisanego mu czynu nie zajmował danego stanowiska lub nie wykonywał danego zawodu, brak jest podstaw do orzeczenia na podstawie art. 41 § 1 k.k. zakazu zajmowania określonych stanowisk lub wykonywania określonego zawodu.

2–3. (...)

Przytoczona teza jest trafna. Znajduje ona oparcie w jednolitej zasadniczo, ugruntowanej od dawna, linii orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz poglądach doktryny. Pobudzające do analizy, odmienne zapatrywania, stwierdzające, iż możliwe jest orzeczenie zakazu zajmowania stanowiska lub wykonywania zawodu, nienależących do istoty popełnionego przestępstwa, niewykorzystanych w ramach realizacji jego znamion, spotykamy natomiast w orzecznictwie sądów apelacyjnych.

1. Sąd Okręgowy w Ł., na podstawie art. 41 § 1 k.k. trzykrotnie skazał oskarżonego A. P. m.in. na środek karny zakazu zajmowania stanowisk w organach samorządu terytorialnego, Narodowego i Wojewódzkich Funduszy Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz jednostek organizacyjnych, dysponujących środkami finansowymi tych podmiotów. Za czyny z art. 296 § 1, 2 i 3 k.k. w zw. z art. 18 § 1 k.k. i w zw. art. 21 § 2 k.k., pozostające w zbiegu realnym i stanowiące ciąg przestępstw określony w art. 91 § 1 k.k. – na okres 6 lat; za czyny z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 3 k.k. w zw.

¹ Krakowskie Zeszyty Sądowe 2014, nr 11, poz. 46 (z notką). Teza wraz z uzasadnieniem, (w:) Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi 2014, nr 2, poz. 15 oraz LEX nr 1402878, teza – Prokuratura i Prawo 2015, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 30.

z art. 12 k.k. i w zw. z art. 21 § 2 k.k. – na okres 4 lat; za czyny z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 286 § 1 i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i 12 k.k. – na okres lat 4. Wymierzył łączny środek karny tegoż zakazu na okres lat 10. Oskarżony popełniając czyny przestępne nie zajmował stanowisk, które obejmowały orzeczone zakazy. Wyrok, w części dotyczącej orzeczenia środka karnego zakazu zajmowania stanowisk uprawomocnił się.

W postępowaniu kasacyjnym, Sąd Najwyższy uchylając zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w Ł., odnośnie do orzeczenia środka karnego zakazu zajmowania stanowisk stwierdził dwojakie uchybienia. Po pierwsze, orzeczony środek karny, wbrew ustalonej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego, nie określał precyzyjnie stanowiska (stanowisk), których dotyczył. Ponadto treść orzeczonego zakazu, obejmowała wszelkie stanowiska w organach samorządu terytorialnego, Narodowego i Wojewódzkich Funduszy Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz w jednostkach organizacyjnych, dysponujących środkami finansowymi wymienionych podmiotów, w tym także o charakterze pomocniczym, a zatem sprowadzał się do zakazu podjęcia przez oskarżonego zatrudnienia w tych podmiotach na jakimkolwiek stanowisku. Brak precyzyjności i konkretyzacji orzeczonego zakazu zajmowania stanowisk, na tle będącej przedmiotem analizy sprawy, jest oczywisty i nie wymaga komentarza.

Po drugie, Sąd Najwyższy wskazał, że musi istnieć związek pomiędzy zajmowanym stanowiskiem lub pełnioną funkcją przez oskarżonego, a popełnionym przestępstwem i orzeczonym zakazem. Brak jest podstaw do orzeczenia zakazu zajmowania określonych stanowisk lub wykonywania określonego zawodu, w odniesieniu do stanowiska lub zawodu, w sytuacji, gdy oskarżony dopuszczając się przypisanych mu czynów nie zajmował danego stanowiska lub nie wykonywał danego zawodu. Przywołując dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego skonstatował, iż środek karny może być orzeczony *in concreto*, na podstawie art. 41 § 1 k.k. przez sąd w takiej sytuacji, gdy sprawca przy popełnieniu przestępstwa nadużył stanowiska służbowego, które *in tempore criminis* zajmował.

2. Zgodnie z treścią art. 41 § 1 k.k. sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu, na podstawie dwóch przesłanek: 1) jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo, 2) okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem.

Z treści art. 41 § 1 *expressis verbis* wynika, w razie spełnienia przesłanki pierwszej, iż nadużycie zajmowanego stanowiska lub wykonywanego zawodu następuje przy popełnieniu przestępstwa. W wyroku z dnia 1 lutego 1989 r., sygn. V KRN 300/88, Sąd Najwyższy trafnie przyjął, iż nadużycie zawodu (odpowiednio stanowiska) w rozumieniu art. 42 § 1 k.k. wyraża się w popeł-

nieniu przestępstwa umyślnego świadczącego, że sprawca wykorzystał wykonywany zawód dla popełnienia owego przestępstwa². Przytoczony pogląd, stanowiący kontynuację dotychczasowej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego³, powtórzony został następnie w wyroku z dnia 9 maja 1996 r., sygn. III KKN 15/96⁴, w następującej tezie: „Nadużycie zawodu przy popełnieniu przestępstwa zachodzi wtedy, gdy sprawca popełniając określony czyn przestępny działa formalnie w ramach uprawnień sprzężonych z wykonywaniem danego zawodu, ale umyślnie czyni niewłaściwy (sprzeczny z zasadami wykonywania tego zawodu lub obowiązującym prawem) użytek z owych uprawnień, gdy zatem wykorzystuje uprawnienia zawodowe przy popełnieniu przestępstwa”. Argumenty jednolitej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego pozwalają przyjąć, iż użyte w treści art. 42 § 1 k.k. sformułowanie „przy popełnieniu przestępstwa” przesądza o tym, że sprawca zachowaniem polegającym na nadużyciu stanowiska lub zawodu, realizuje znamiona czynu przestępnego. Zapatrywanie to znajduje aprobatę w doktrynie⁵.

3. Formułując drugą przesłankę orzekania zakazów zajmowania określonego stanowiska oraz wykonywania określonego zawodu (jeżeli sprawca okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem) ustawodawca *expressis verbis* nie określił, iż w przepisie tym chodzi o okazanie przy popełnieniu przestępstwa, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Problem ten dostrzegł W. Wróbel, który zwrócił uwagę na potrzebę precyzyjnego ustawowego unormowania związku pomiędzy oceną niebezpieczeństwa dalszego wykonywania przez sprawcę zawodu lub zajmowania stanowiska z popełnieniem przestępstwa, którego dotyczy orzeczenie⁶.

² Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 1989 r., sygn. V KRN 300/88, OSP 1990, nr 7, poz. 277 z aprobowanymi głosami: R. A. Stefańskiego, tamże, oraz J. A. Kuleszy, OSP 1991, nr 9, poz. 203.

³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1958 r., sygn. IV K 703/57, NP 1959, nr 5, s. 636 i n. z głosem J. Mikosai Z. Sobolewskiego; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 1981 r., sygn. V KRN 24/81, Problemy Praworządności 1981, nr 6 z omówieniem S. Kołodzieja; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 1982 r., sygn. Rw 422/82, OSNKW 1982, nr 10–11, poz. 73 z głosem L. K. Paprzyckiego, NP 1984, nr 1, s. 149–152; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1983 r., sygn. Rw 53/83 z głosem L. K. Paprzyckiego, NP 1985, nr 2, s. 145–149.

⁴ OSNKW 1996, nr 9–10, poz. 55 z uwagami S. Zabłockiego, (w:) Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karna, Palestra 1969, nr 11–12, s. 186.

⁵ R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 332; W. Zalewski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz. Art. 32–116, Warszawa 2015, s. 68. Zob. głosy autorów wymienionych w przypisie 3.

⁶ W. Wróbel, Środki karne w projekcie kodeksu karnego (część 1), Przegląd Sądowy 1994, nr 7–8, s. 106.

Powstaje pytanie, czy zachowanie okazujące, iż dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywania zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, także powinno stanowić element realizacji znamion czynu przestępnego, czy też wystarczające jest tylko, by przy okazji popełnienia przestępstwa ujawnił się brak kwalifikacji sprawcy do zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu.

Pogląd, że przestępstwo powinno być następstwem przyczyn warunkujących istnienie zagrożenia dóbr chronionych prawem w przypadku wykonywania zawodu znajdował uzasadnienie już na gruncie art. 48 k.k. z 1932 r. W wyroku z dnia 25 lutego 1958 r., sygn. IV K 703/57, Sąd Najwyższy na tle stanu faktycznego, w którym u sprawcy sprowadzenia niebezpieczeństwa katastrofy w komunikacji drogowej, ujawniono brak stopy u jednej nogi, ale nie ustalono, by kalectwo to miało związek przyczynowy z przestępstwem, stwierdził, iż „ułomność fizyczna, występująca u osoby w stopniu mogącym mieć wpływ na prowadzenie pojazdu mechanicznego na drogach publicznych, może być przeszkodą do udzielenia jej zezwolenia na wykonywanie zawodu kierowcy, a występująca w takim samym stopniu u kierowcy samochodowego posiadającego już prawo jazdy może stanowić podstawę do pozbawienia go dalszego wykonywania zawodu w postępowaniu administracyjnym, lecz nie w postępowaniu sądowym”⁷. Taki sam pogląd wypowiedział SN w wyroku z dnia 20 grudnia 1959 r. (sygn. IV K 502/58)⁸.

Odmienne zapatrywanie wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 maja 1960 r., sygn. IV K 236/64, w którym stwierdził, że niezdolność do wykonywania zawodu, określona w art. 48 § 1 lit. „b” k.k. z 1932 r. nie należy do istoty czynu przestępnego⁹. Pogląd ten, uznający, iż wystarczające jest, by „z okazji” przestępstwa ujawniono, że sprawca zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, i można byłoby orzec zakazy zajmowania stanowiska lub wykonywania zawodu, nawet pomimo braku związku przyczynowego pomiędzy ujawnionymi cechami stanowiącymi o zagrożeniu, a popełnionym przestępstwem, jest nie do zaakceptowania, gdyż wówczas sprawca zostałby skazany na te zakazy z uwagi na istnienie samej tylko przyczyny uniemożliwiającej zajmowanie stanowiska lub wykonywania zawodu, a nie z powodu popełnienia przestępstwa. Takie rozwiązanie naruszałoby treść art. 1 § 1 k.k., gdyż skazany poniósłby odpowiedzialność karną za zachowania lub stany niestanowiące przestępstwa.

⁷ NP 1959, nr 5, s. 636–638 z aprobowaną w tej części glosą J. Mikosa i Z. Sobolewskiego, s. 638–640.

⁸ OSNGP 1960, nr 3, poz. 42. Por. także – J. Kułesza, Kary dodatkowe: zakazu zajmowania określonych stanowisk, wykonywania określonego zawodu i prowadzenia określonej działalności w świetle k.k. z 1969 r., *Palestra* 1978, nr 5–6, s. 48–49.

⁹ RPEiS 1961, nr 1, s. 376.

Podobnie jak w przypadku nadużycia zawodu, zachowanie okazujące, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywania zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem powinno wypełniać ustawowe znamiona popełnionego przestępstwa¹⁰.

Z powyższej analizy wynika, że trafny jest dominujący w literaturze pogląd, iż pomiędzy cechami charakteryzującymi sprawcę, uzasadniającymi zaistnienie zagrożenia istotnych dóbr chronionych prawem, a popełnionym przestępstwem powinien istnieć związek przyczynowy¹¹. Przestępstwo powinno być następstwem przyczyn warunkujących istnienie zagrożenia dóbr chronionych prawem w przypadku zajmowania stanowiska lub wykonywania zawodu.

4. Wątpliwości nasuwa teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 listopada 2008 r., sygn. II AKa 359/08, o następującej treści: „Z uwagi na to, że oskarżony jako katecheta nauczał młodzież szkolną religii, a okoliczności sprawy, a w szczególności pornograficzne treści i materiały zabezpieczone w wyniku analizy jego komputera, a zgrane między innymi na dyskietkę znajdującą się w aktach sprawy, wskazywały jednoznacznie na to, że w centrum jego zainteresowania były głównie bardzo młode kobiety, uznano za celowe, prewencyjnie na mocy art. 41 § 1 k.k., orzec wobec niego środek karny w postaci zakazu wykonywania przez okres 5 lat zawodu katechety. W ocenie sądu odwoławczego oskarżony swoją dotychczasową postawą okazał, że dalsze wykonywanie przez niego zawodu katechety zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Już przez sam fakt popełnienia przez oskarżonego przestępstwa przeciwko obrotowi pieniężnemu w postaci podrabiania polskich banknotów i puszczenia ich w obieg poprzez «płacenie» nimi młodym kobietom za świadczone przez nie usługi seksualne, a więc i działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wymownie dowiódł, że nie ma on należytych kwalifikacji zawodowych i moralnych do wykonywania zawodu nauczyciela, a zwłaszcza wychowawcy młodzieży”¹². Przestępstwo skazanego polegało na fałszowaniu przy użyciu urządzeń komputerowych pieniędzy polskich, banknotów (art. 310 § 1 i 2 w zw. z art. 12 k.k.). Podrobionymi pieniędzmi skazany płacił za usługi seksualne po-

¹⁰ Por. L. K. Paprzycki, Glosa do wyroku SN z dnia 25 lutego 1983 r., sygn. Rw 53/83, NP 1985, nr 2, s. 148–149.

¹¹ Por. R. A. Stefański, (w:) Kodeks karny, jw., s. 332; Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2015, s. 179; Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s. 107; Z. Sienkiewicz, (w:) O. Górniok (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 129; Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2007, s. 87; D. Szeleszczuk, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 358; J. A. Kulesza, (w:) A. Marek, L. K. Paprzycki (red.), M. Melezini (red. tomu), System prawa karnego, T. 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej Warszawa 2016, s. 600 i n.

¹² Prokuratura i Prawo 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 32. Zob. także tezę, Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach 2009, nr 1, poz. 4.

znanym przez Internet kobietom. Przystępne zachowanie skazanego nie pozostawało w związku z wykonywaniem przez niego zajęcia katechety ani z nauczaniem przez niego osobami.

Z treści przytoczonej tezy oraz uzasadnienia wymienionego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach wynika, że oskarżony nie nadużył zawodu katechety przy popełnieniu przestępstwa, a wymierzenie zakazu wykonywania tego zawodu nastąpiło, gdyż „oskarżony swoją dotychczasową postawą okazał, że dalsze wykonywanie przez niego zawodu katechety zagraża istotnym dobrom chronionym prawem”.

Skazanie na zakaz wykonywania zawodu katechety na podstawie art. 41 § 1 k.k. nie pozostawało w związku przyczynowym z przestępstwem i nie było słuszne. Wyrok ten może stanowić inspirację do nadmiernie szerokiej interpretacji warunku orzekania środków karnych zakazu zajmowania określonego stanowiska lub zakazu wykonywania określonego zawodu, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywania zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem i w konsekwencji do nazbyt częstego i nadmiernie represyjnego ich stosowania.

Zgadzać się z zapatrywaniem Sądu Apelacyjnego, że oskarżonemu należało zakazać wykonywania zawodu katechety, to jednak, ze wskazanych wyżej względów brak było podstaw do orzeczenia zakazu wykonywania zawodu katechety w oparciu o art. 41 § 1 k.k. w postępowaniu karnym. Była natomiast podstawa do uniemożliwienia oskarżonemu wykonywania tego zawodu w trybie administracyjnym, w świetle treści § 5 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach¹³.

5. W notce Krakowskich Zeszytów Sądowych do glosowanej tezy wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi, czytamy: „Nie podzielamy tego poglądu z przyczyn identycznych, jak co do zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych przez osobę, która nie ma (jeszcze) prawa jazdy. Nie chodzi przecież o odebranie dokumentu, ale o powinność powstrzymywania się od wykonywania określonego uprawnienia, zawodu, działalności, objęcia stanowiska czy prowadzenia pojazdu”¹⁴.

Środki karne zakazu zawierają niewątpliwie cechy wspólne, m.in. charakteryzują się tym, iż zawieszeniu podlegają określone uprawnienia skazanego na czas orzeczony w wyroku¹⁵ oraz są one rozciągnięte w czasie. Inna jest jednak istota i treść oraz zasady orzekania zakazów¹⁶, z jednej strony zajmo-

¹³ Dz. U. Nr 36, poz. 155 ze zm.

¹⁴ Krakowskie Zeszyty Sądowe 2014, nr 11, poz. 46.

¹⁵ K. Łucarz, Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych jako środek polityki kryminalnej, Wrocław 2005, s. 64–65.

¹⁶ K. Łucarz, jw., s. 65–71.

wania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu i prowadzenia pojazdów, z drugiej. Warunki orzekania środków karnych przewidzianych w art. 41 § 1 k.k. oraz w art. 42 § 1 k.k. zostały ukształtowane indywidualnie i są one autonomiczne. Automatyczne przenoszenie regulacji prawnych, dotyczących środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów na wykładnię istoty, treści oraz warunków orzekania zakazu zajmowania stanowiska i zakazu wykonywania zawodu, mogłoby stanowić niedopuszczalne stosowanie analogii na niekorzyść oskarżonego.

Commentary to the judgment issued by the Appellate Court in Łódź on 27 November 2013, file ref. no. II AKa 65/13

Abstract

This commentary explores the prerequisites for adjudication of punitive measures such as a ban on certain occupations or a ban on certain professions. The reasoning in the judgment is approved as reflecting case law of the Supreme Court. At the same time, discrepancies in views taken by appellate courts are indicated.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 35.56 pkt.

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pk.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie będą publikowane na naszych łamach recenzje książek.