

Prokuratura i Prawo

NR 3/marzec 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Władysław CZAPLIŃSKI, Romuald KMIECIK, Małgorzata MANOWSKA, Lech K. PAPRZYCKI, Emil PLYWACZEWSKI, Zygfryd SIWIK, Sławomir STEINBORN, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZĄSKA, Włodzimierz WRÓBEL, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Małgorzata BEDNAREK, Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOIARZ-PELC, Marek WOŹNIAK, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Marek SADOWSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Anna WDOIARZ-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

Prof. zw. dr hab. Piotr Kardas, Kierownik Zakładu Prawa Karnego Porównawczego UJ, Adwokat, Wiceprezes NRA	
Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady <i>ne bis in idem</i>	5
<i>Reaction to hybrid offences in the light of continuing offences, ideal concurrence of punishable acts, and ne bis in idem prohibition</i>	37
Krzysztof Kmańk, student V roku prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego	
Obiektywizująca i subiektywizująca wykładnia art. 13 § 2 k.k. (odpowiedź M. Małeckiemu)	39
<i>Objective and subjective interpretation of Article 13, § 2 of the Penal Code (Response to M. Małecki)</i>	60
dr Rafał Łyżwa, prokurator Prokuratury Okręgowej w Olsztynie, dr Bartłomiej Gadecki, Prokurator Rejonowy Olsztyn-Północ w Olsztynie	
Paliwo jako przedmiot przestępstwa z art. 299 § 1 k.k.	61
<i>Fuel as an object of crime under Article 299, § 1 of the Penal Code</i>	78
Katarzyna Chałupka, doktorantka Uniwersytetu Wrocławskiego	
Broń palna rozdzielnego ładowania wytworzona przed rokiem 1885	80
<i>Pre-1885 percussion firearms</i>	89
dr Damian Wąsik, Michał Dubiel, aplikant Izby Komorniczej w Gdańsku	
Prawnokarna ocena niezłożenia sprawozdania finansowego we właściwym rejestrze sądowym	91
<i>Failure to submit financial statements to the relevant court register: criminal law perspective</i>	102
Materiały szkoleniowe/Training materials	
dr Ilia Solodov, adwokat Woroneskiej Okręgowej Izby Adwokackiej (Federacja Rosyjska), technik informatyki śledczej,	
Mechanizm działania dysku twardego typu HDD i możliwości odzyskiwania danych po jego uszkodzeniu	103
<i>Mechanism of hard disk drive (HDD) operation and data recovery possibilities after its damage</i>	115

Ewelina Pieprzyca, starszy technik, dr n. med. Rafał Skowronek, dr hab. n. med. Czesław Chowaniec, Uniwersytet Medyczny w Katowicach	
Problemy analityczne i interpretacyjne związane z diagnostyką za- trauć „dopalaczami”	116
Analytical and interpretative issues involved with diagnosing de- signer drug intoxication	123

Glosy/Commentaries

do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. III KK 196/16 (dot. znamienia „wielu osób”) – oprac. dr Stanisław Ła- godziński	125
to the Supreme Court decision of 11 January 2017, ref. no. III KK 196/16 (concerns the meaning of the term “many persons”) – by Stanisław Łagodziński, Ph.D.	133
do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 sierpnia 2016 r., sygn. II AKa 91/16 (dot. wykładni art. 306 k.k.) – oprac. Maciej Błot- nicki	134
to the judgement made by the Appellate Court in Białystok on 18 August 2016, ref. no. II AKa 91/16 (concerns interpretation of Arti- cle 306 of the Penal Code) – by Maciej Błotnicki	142

ARTYKUŁY

Piotr Kardas

Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady *ne bis in idem*

Streszczenie

*Opracowanie poświęcone zostało analizie zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* w odniesieniu do przypadków, w których przyjęcie konstrukcji czynu ciągłego przewidzianej w art. 12 k.k. powoduje, że stanowiące elementy czynu ciągłego czyny realizujące samoistnie znamiona wykroczenia stają się podstawą odpowiedzialności za przestępstwo. Konstrukcja ciągłości wyrażona w art. 12 k.k. prowadzi w tego typu przypadkach do konsekwencji zasadniczo zbieżnych z istotą i celem kontrawercjonalizacji. Zarazem rodzi poważne problemy w zakresie związania zasadą *ne bis in idem* wówczas, gdy dochodzi do wcześniejszego ukarania za wykroczenia, stanowiące części składowe czynu ciągłego stanowiącego przestępstwo. W takich wypadkach skazanie za wykroczenia popełnione jednostkowymi czynami powoduje, iż w zależności od sposobu interpretacji negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., inaczej rozstrzygana jest kwestia możliwości następczego przypisania odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w warunkach czynu ciągłego. W opracowaniu przedstawiono zasady funkcjonowania reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym w zakresie związanym ze zjawiskiem kontrawercjonalizacji, a także sposób interpretacji*

znamion tzw. typów przepołowionych. Odwołując się do poczynionych w tym zakresie ustaleń przedstawiono sposób rozumienia zasady *ne bis in idem* w kontekście przyjmowanego w orzecznictwie ETPCz modelu interpretacyjnego. W konsekwencji przedstawiono stanowisko, wedle którego wcześniejsze ukaranie za zachowania stanowiące wykroczenia uniemożliwia z uwagi na zasadę *ne bis in idem* następcze przypisanie sprawcy tych zachowań odpowiedzialności za popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo, składające się z zachowań stanowiących jednostkowe wykroczenia. W tej perspektywie poddano krytycznej ocenie proponowane modyfikacje art. 10 k.w.

1. Uwagi wprowadzające

Prawo wykroczeń zasadniczo nie stanowi przedmiotu pogłębionych wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego. Nieczęsto także staje się podstawą znaczących orzeczeń Sądu Najwyższego. Wynika to zapewne z wielu przyczyn, wśród których istotną rolę odgrywa zarówno zaliczanie wykroczeń do kategorii zachowań o zdecydowanie mniejszej zawartości bezprawia niż przestępstwa, jak i niejasność statusu prawa wykroczeń, w tym w szczególności wątpliwości co do uznania prawa wykroczeń za „pełnoprawną” część prawa karnego¹. Od czasu do czasu jednak, z różnych zresztą względów, problematyka wykroczeniowa staje w centrum zainteresowania karnistów. Tak stało się też na przestrzeni ostatnich kilku tygodni za sprawą propozycji nowelizacji kodeksu wykroczeń w zakresie dotyczącym problematyki tzw. czynów przepołowionych. Nim przejdziemy do analizy tej propozycji oraz jej znaczenia w zakresie odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia, warto klika uwag poświęcić zjawisku kontrawercjonalizacji.

2. Kontrawercjonalizacja

Ta swoista konstrukcja znana jest polskiemu systemowi prawa od lat sześćdziesiątych, kiedy po raz pierwszy zdecydowano o przesunięciu niektórych, mniej znaczących zachowań, z kategorii przestępstw do ka-

¹ Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, M. Sławiński, Przenikanie się odpowiedzialności wykroczeniowej i administracyjnej – problem podwójnego karania, (w:) M. Koldowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?, Warszawa 2016, s. 20–41.

tegorii wykroczeń². Ów zabieg, podyktowany zasadniczo względami pragmatycznymi, spowodował trwający do dzisiaj system dualistycznego określenia podstaw odpowiedzialności za niektóre kategorie zamachów, w którym wybór właściwego normatywnego wzorca oceny uzależniony jest od przedmiotowych komponentów czynu, w tym w szczególności wartości wywołwanego przez zachowanie sprawcy uszczerbku. W konsekwencji przyjęcia tej koncepcji w polskim systemie prawa mamy do czynienia ze swoistym „przepoławieniem” podstaw odpowiedzialności za niektóre kategorie zachowań, określanym właśnie jako zjawisko kontrawercjonalizacji.

Z teoretycznego i kryminalnopolitycznego punktu widzenia kontrawercjonalizacja bywa postrzegana jako użyteczna konstrukcja służąca do łagodzenia reakcji nazbyt represyjnego prawa karnego na czyny o niewielkiej zawartości bezprawia. Takie podejście uzasadnia się z jednej strony potrzebą stworzenia adekwatnych podstaw odpowiedzialności i zagrożenia karą drobnych zachowań, z drugiej zasadnością wyodrębnienia tego typu przypadków do specjalnego trybu postępowania. Kontrawercjonalizacja umożliwiać ma realizację zasady trafnej, szybkiej i nieuniknionej reakcji na zdarzenia o mniejszym znaczeniu, odciażającej sądy od tej kategorii spraw³, w której nie zachodzi niezbędna potrzeba zachowania wszystkich elementów związanych z gwarancyjnymi funkcjami prawa karnego⁴. Wykorzystywana przez polskiego ustawodawcę

² Zjawisko tzw. kontrawercjonalizacji pojawiło się w polskim systemie prawa w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz. U. z 1996 r., Nr 23, poz. 149), która jak wskazuje się w piśmiennictwie zapoczątkowała proces „przesuwania” do prawa wykroczeń tzw. drobnych występów, tym „przepoławienia” czynów kryminalnych (kradzież, przywłaszczenie, paserstwo mienia, niektóre czyny spekulacyjne) na przestępstwa i wykroczenia w zależności od wartości przedmiotu lub wysokości szkody. Zob. w tej kwestii szerzej m.in. rozważania A. M a r k a, *Prawo wykroczeń*, (w:) A. M a r e k (red.), *System Prawa Karnego*. Tom 1. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2010, s. 38 i n.

³ Czy w istocie ze względu na przeniesienie zagadnień związanych z odpowiedzialnością za wykroczenia do właściwości sądów kontrawercjonalizacji prowadzi do odciażenia sądów w tym zakresie, to sprawa wymagająca odrębnej analizy. Nie ma jednak wątpliwości, że znane kodeksowi postępowania w sprawach o wykroczenia uproszczone formy rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności zwiększają efektywność postępowania w tej sferze, zarazem w pewnym co najmniej stopniu zmniejszają zakres zaangażowania sądów w rozstrzygnięcie tych zagadnień.

⁴ Odrębnym zagadnieniem, którego analiza wykracza poza ramy niniejszego opracowania, jest problem standardu gwarancyjnego związanego z postępowaniem w sprawach o wykroczenia. W tym zakresie, z uwagi na różnorodność trybów orzekania w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenia, a także stanowisko prezentowane

koncepcja kontrawercjonalizacji sprawia, iż w zakresie zachowań o mniejszej zawartości bezprawia, mamy do czynienia z odmienną podstawą normatywnej oceny, określoną w kodeksie wykroczeń, a także odrębnym postępowaniem.

Oparcie polskiego systemu prawa represyjnego na koncepcji zróżnicowania zakresu i podstaw odpowiedzialności za niektóre kategorie zachowań, skutkującej możliwością kwalifikowania określonych zdarzeń do kategorii przestępstw lub wykroczeń w zależności od wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub wysokości wyrządzonej szkody, generuje swoiste problemy⁵. Wśród zagadnień spornych szczególnie miejsce zajmuje kwestia związana z konsekwencjami wynikającymi z przekształcenia w oparciu o konstrukcję czynu ciągłego dwóch lub więcej czynów (zachowań) stanowiących samoistnie podstawę odpowiedzialności za wykroczenie, w jedno popełnione w warunkach ciągłości przestępstwo. W tym obszarze ujawnia się szereg zagadnień wywołujących problemy wykładnicze i aplikacyjne związanych ze sposobem rozstrzygnięcia kwestii zbiegu przepisów określających podstawy odpowiedzialności za wykroczenie i przestępstwo, znaczeniem przyjęcia ciągłości czynu w odniesieniu do czynów (zachowań) stanowiących jednostkowo (samoistnie) podstawę odpowiedzialności za wykroczenia oraz będących zarazem częścią czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa, zakresem związania zasadą *ne bis in idem*⁶, wreszcie

w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, ujawnia się szereg zagadnień, których omówienie wymaga szerszego, a w pewnym zakresie wręcz monograficznego opracowania.

⁵ Zjawisko tzw. kontrawercjonalizacji pojawiło się w polskim systemie prawa w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz. U. z 1966 r., Nr 23, poz. 149), która – jak wskazuje się w piśmiennictwie – zapoczątkowała proces „przesuwania” do prawa wykroczeń tzw. drobnych występków, tym „przepełowienia” czynów kryminalnych (kradzież, przywłaszczenie, paserstwo mienia, niektóre czyny spekulacyjne) na przestępstwa i wykroczenia w zależności od wartości przedmiotu lub wysokości szkody. Zob. w tej kwestii szerzej m.in. rozważania A. M a r k a, Prawo wykroczeń, (w:) A. M a r e k (red.), System Prawa Karnego. Tom 1. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2010, s. 38 i n. Co do komplikacji związanych z rozgraniczeniem przestępstw i wykroczeń w kontekście zjawiska kontrawercjonalizacji, a także ujawniających się niespójności w systemie prawa zob. m.in. interesujące rozważania M. B i e l s k i e g o, Wokół „przepełowionego” charakteru przestępstwa rozboju, PiP 2009, nr 2, s. 89 i n.; M. B i e l s k i e g o, Glosa do uchwały SN z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. I KZP 27/08, PiP 2010, nr 3, s. 136 i n.

⁶ Zob. w tej kwestii m.in. S. W a l t o ś, Kolidzja postępowania karnego i karno-administracyjnego, Palestra 1961, nr 12, s. 22 i n.; S. W a l t o ś, Konsekwencje prawne zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia w czynie społecznie niebezpiecznym, PiP

sposobem wymiaru kar orzeczonych za popełnione wieloma czynami wykroczenia, które oceniane w oparciu o konstrukcję czynu ciągłego wypełniałyby znamiona występku⁷. Choć wskazane wyżej problemy mają w zakresie relacji prawa karnego i prawa wykroczeń uniwersalny charakter⁸, to jednak w sferze objętej kontrawercjonalizacją nabierają szczególnego znaczenia.

1970, nr 11, s. 700 i n.; A. Marek, Zbieg przestępstw i wykroczeń, NP. 1970, nr 9, s. 1269 i n.; W. Steppa, Zasada *ne bis in idem* a idealny zbieg przestępstwa i wykroczenia, Prok. i Pr. 2016, nr 5, s. 120 i n.; P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 149 i n.; P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 368 i n.; P. Kardas, Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada *ne bis in idem*. Rozważania o konstytucyjnych granicach władzy ustawodawczej, CzPKiNP 2010, nr 4, s. 5 i n.; K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*, CzPKiNP 2012, nr 2, s. 115 i n.; A. Sakowicz, Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim, Białystok 2011, s. 120 i n.

⁷ To ostatnie zagadnienie ujawnia się w sposób szczególny na gruncie przedstawionych ostatnio propozycji nowelizacji kodeksu wykroczeń polegających na wprowadzeniu do art. 10 k.w. nowego przepisu oznaczonego jako § 1a o treści: „Jeżeli dwa lub więcej czynów popełnionych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wyczerpuje znamiona tego samego wykroczenia, a ze względu na łączną wartość mienia wyczerpuje znamiona przestępstwa, przy stosowaniu § 1, za karę orzeczoną za wykroczenie uznaje się sumę kar wymierzonych za te czyny”. Konstrukcja przytoczonego przepisu daleka jest od klarowności, trudno także analizując językową treść tego rozwiązania doszukać się intencji i celu, jaki zamierza zrealizować ustawodawca. Niezależnie od tych wątpliwości można jednak dostrzec, iż w pewnym co najmniej zakresie przepis ten odnosi się do zagadnienia łączenia kar orzeczonych za wykroczenia o tożsamej podstawie kwalifikacji prawnej, przyjmując – na potrzeby ewentualnego zastosowania regulacji zawartej w art. 10 § 1 k.w., dotyczącej zasadniczo problematyki zbiegu przepisów określających wykroczenie i przestępstwo do tego samego czynu tego samego sprawcy – możliwość zsumowania kar orzeczonych za popełnione różnymi czynami wykroczenia. W jakimś zakresie rozwiązanie powyższe stanowi modyfikację regulacji dotyczącej realnego zbiegu wykroczeń przewidzianej w art. 9 § 2 k.w., w którym przewidziano mechanizm redukcyjny nakazujący wymierzenie za dwa lub więcej wykroczeń kary przewidzianej w granicach określonych w przepisie typizującym, przy przyjęciu, że podstawą wymiaru kary będzie ten spośród przepisów typizujących, który przewiduje najsurowsze zagrożenie.

⁸ W szczególności chodzi tutaj o funkcję, znaczenie i zakres związania zasadą *ne bis in idem*, możliwość wykorzystywania na przedpolu zbiegu przepisów określających podstawy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym, zagadnienie trybu postępowania w sprawach odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia, zwłaszcza zaś możliwości równoległego lub sekwencyjnego prowadzenia tych postępowań, wreszcie właściwości ustawowego sposobu rozwiązywania przypadków zbiegu przepisów określających znamiona przestępstwa i wykroczenia w oparciu o koncepcję tzw. idealnego zbiegu czynów karalnych. Zob. w tej kwestii w szczególności: S. Waltoś, Kolidzja postępowania karnego i karno-administracyjnego,

3. Znaczenie zasady *ne bis in idem* na „styku” prawa karnego i prawa wykroczeń

Jednym z zagadnień, w stosunku do których polskie orzecznictwo oraz piśmiennictwo nie wypracowało jednoznacznego, aprobowanego przez większość stanowiska, jest kwestia możliwości prowadzenia postępowania karnego w stosunku do sprawcy, wobec którego w odniesieniu do czynu mającego stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za przestępstwo, rozstrzygnięto już wcześniej kwestię odpowiedzialności za wykroczenie. Problem sposobu postępowania w tego typu wypadkach związany jest ze sposobem rozumienia oraz zakresem zastosowania zasady *ne bis in idem*⁹. To bowiem w zależności od tego, jak odczyta się regulację zawartą w art. 17 § 1 pkt 7 kodeksu postępowania karnego, dojdzie do stwierdzenia aktualizacji negatywnej przesłanki procesowej i umorzenia postępowania, lub przyjęcia, że postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenie nie stanowi przeszkody wyłączającej ściganie za przestępstwo i w konsekwencji przypisania odpowiedzialności karnej za czyn sprawcy, który wcześniej był podstawą odpowiedzialności za wykroczenie.

Palestra 1961, nr 12, s. 22 i n.; S. Waltoś, Konsekwencje prawne zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia w czynie społecznie niebezpiecznym, PiP 1970, nr 11, s. 700 i n.; A. Marek, Zbieg przestępstw i wykroczeń, NP. 1970, nr 9, s. 1269 i n.; W. Step-pa, Zasada *ne bis in idem* a idealny zbieg przestępstwa i wykroczenia, Prok. i Pr. 2016, nr 5, s. 120 i n.; P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 149 i n.; P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 368 i n.; P. Kardas, Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada *ne bis in idem*. Rozważania o konstytucyjnych granicach władzy ustawodawczej, CzPKiNP 2010, nr 4, s. 5 i n.; K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*, CzPKiNP 2012, nr 2, s. 115 i n.; P. Kardas, Problem „idealnego zbiegu przestępstw” na tle aktualnego stanu doktryny i orzecznictwa, (w:) V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi, Warszawa 2010, s. 143 i n.

⁹ W istocie chodzi tutaj o ten aspekt zasady *ne bis in idem*, który związany jest z procesową negatywną przesłanką w postaci powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Sposób rozumienia tej przesłanki wywołuje kontrowersje oraz różnorakiego rodzaju błędy nie tylko w odniesieniu do problematyki związanej z uprzednim przypisaniem odpowiedzialności za popełnione tym samym czynem tego samego sprawcy wykroczenie, ale także w zakresie związania powagą rzeczy osądzonej w przypadku czynu ciągłego. Przykładem nieporozumień związanych z rozumieniem zasady *rei iudicata* jest stanowisko SN wyrażone w uchwale z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 22/07, OSNKW 2007, nr 9–10, poz. 55. Zob. też w tej kwestii P. Kardas, *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2007, nr 2, rok XI, s. 53–99.

Z perspektywy aktualnego stanu doktryny i orzecznictwa dostrzec można specyficzne rozwarstwienie stanowisk dotyczących problemu możliwości pociągania do odpowiedzialności karnej za przestępstwo sprawcy, wobec którego za ten sam czyn orzeczono już wcześniej o odpowiedzialności za wykroczenie. Część przedstawicieli doktryny przyjmuje, że zasada *ne bis in idem* odnosi się do każdego postępowania represyjnego, obejmuje zatem także postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenia. W konsekwencji w razie uprzedniego przypisania odpowiedzialności za wykroczenie nie jest już możliwe późniejsze wartościowanie tego samego czynu w ramach postępowania mającego na celu ustalenie kwestii odpowiedzialności za przestępstwo¹⁰.

W ujęciu alternatywnym, dominującym jak się wydaje wśród komentatorów kodeksu postępowania karnego oraz w orzecznictwie SN, art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. określa negatywną przesłankę procesową związaną z zakazem ponownego orzekania za ten sam czyn w postępowaniu karnym. W konsekwencji SN przyjmuje, że nie zachodzi przeszkoda w postaci *rei iudicatae* w wypadku uprzedniego ukarania sprawcy za ten sam czyn w postępowaniu dotyczącym odpowiedzialności za wykroczenie. Zasadniczą podstawą tego twierdzenia jest autonomiczna wykładnia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.¹¹, prowadząca do uznania, że wykorzystane w tym przepisie sformułowanie „postępowanie karne” oznacza działalność zmierzającą do realizacji prawa karnego materialnego. W konsekwencji przyjmuje się, że prawomocny wyrok wydany w innym postępowaniu niż karne nie stwarza przeszkód do oceny tego samego czynu z perspektywy odpowiedzialności karnej¹².

¹⁰ Zob. P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna..., s. 378 i n.; K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*..., s. 122 i n.; A. Sakowicz, Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim, Białystok 2011, s. 276 i n.

¹¹ Na płaszczyźnie postępowania w sprawach o wykroczenia odpowiednikami regulacji zawartej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. są przepisy: art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w., zgodnie z którym „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: postępowanie co do tego samego czynu obwinionego zostało prawomocnie zakończone albo wcześniej wszczęte toczy się” oraz art. 61 § 1 pkt 1 k.p.w., wedle którego „Można odmówić wszczęcia postępowania a wszczęte umorzyć, także wtedy, jeżeli: w sprawie o ten sam czyn, jako mający jednocześnie znamiona przestępstwa i wykroczenia, postępowanie karne zostało już prawomocnie zakończone orzeczeniem skazującym lub toczy się postępowanie karne z oskarżenia publicznego”.

¹² Zob. w szczególności P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–296, P. Hofmański (red.), wyd. 4, Warszawa 2011, s. 190 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

Zapewne ten sposób podejścia do interpretacji art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., oparty – jak podkreśla się w orzecznictwie SN – „na literalnej wykładni tego przepisu”, stanowił jedną z podstaw koncepcji wykorzystanej w propozycji modyfikacji art. 10 kodeksu wykroczeń polegającej na uzupełnieniu jego treści o dodatkowy § 1a, zgodnie z którym „jeżeli dwa lub więcej czynów popełnionych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wyczerpuje znamion tego samego wykroczenia, a ze względu na łączną wartość mienia wyczerpują znamiona przestępstwa, przy stosowaniu § 1 za karę orzeczoną za wykroczenie uznaje się sumę kar wymierzonych za te czyny”. Intencje twórców przytoczonego rozwiązania zdają się być ukierunkowane na stworzenie regulacji m.in. wyraźnie akcentującej, że uprzednie ukaranie za czyny stanowiące samoistnie wykroczenia w sytuacji, gdy wykorzystanie konstrukcji czynu ciągłego przewidzianej w art. 12 k.k. prowadziłoby do ich połączenia w jedną całość stanowiącą realizację znamion przestępstwa, nie stanowi negatywnej przesłanki pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności za popełnione w ramach czynu ciągłego przestępstwo¹³. Jeśli powyższa hipoteza okazałaby się zasadna, to należałoby przyjąć, że projektowane rozwiązanie oparte zostało na przytoczonym wyżej sposobie literalnej wykładni art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., wyłączającej możliwość odwołania się do zasady *ne bis in idem* w wypadku, gdy sprawca został wcześniej ukarany za ten sam czyn (te same czyny) w ramach postępowania w sprawach o wykroczenia, które nie jest uznawane w tym ujęciu za postępowanie karne. Powyższa propozycja łączy się niewątpliwie z trudnościami związanymi ze zjawiskiem kontrawercjonalizacji oraz specyfiką uregulowania w polskim systemie prawa problematyki ciągłości¹⁴.

¹³ Rozwiązanie zawarte w propozycji uzupełnienia art. 10 k.w. o przepis oznaczony jako § 1a, obejmuje oczywiście szereg innych kwestii, których omówienie wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

¹⁴ W szczególności zaś, jak można przypuszczać, opiera się na występującym czasami w praktyce stosowania prawa zjawisku „korzystania” sprawcy popełniającego dwa lub więcej czynów w warunkach uzasadniających powiązanie ich klamrą ciągłości rozumieniu art. 12 k.k. ze swoistego „dobrodziejstwa” wynikającego z uprzedniego ukarania na podstawie prawa wykroczeń za każdy z popełnionych czynów, co z uwagi na zasadę *ne bis in idem* powoduje, iż pojawiają się zasadnicze wątpliwości co do możliwości pociągnięcia takiego sprawcy do odpowiedzialności za popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo. Komplikacje w tym zakresie związane są z dwoma sferami: specyfiką regulacji ciągłości popełnienia przestępstwa oraz brakiem w kodeksie wykroczeń odpowiednika art. 12 k.k., zjawiskiem kontrawercjonalizacji oraz konstytucyjną, konwencyjną, statuowaną przez prawo UE oraz przepisy proceduralne zasadą *ne bis in idem*. W pewnym zakresie wynikają także z naturalnej szybkości postępowania

By dokonać oceny zasadności i poprawności projektowanego rozwiązania należy rozpocząć od kwestii materialnoprawnych, tj. istoty i funkcji kontrawercjonalizacji uwzględniającej obowiązujące regulacje dotyczące ciągłości popełnienia przestępstwa.

4. Istota, funkcja i konsekwencje kontrawercjonalizacji w procesie rekonstrukcji znamion wykroczenia i przestępstwa

Z perspektywy koncepcyjnej kontrawercjonalizacja wprowadzona została do polskiego systemu prawnego w celu zmiany prawnego statusu pewnej kategorii zachowań, charakteryzujących się zmniejszoną zawartością bezprawia. Zakładając, że zamachy o określonej charakterystyce dotyczące mniejszej wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub wywołujące mniejszą szkodę, nie uzasadniają zaliczenia ich do kategorii przestępstw, wprowadzono rozwiązanie dzielące określone kategorie zamachów na dwie, dychotomiczne części. Zamachy ukierunkowane na mniej wartościowe przedmioty czynności wykonawczej lub wywołujące mniejszą szkodę potraktowano jako wykroczenia, zamachy skierowane na przedmioty czynności wykonawczej o większej wartości lub wywołujące większą szkodę pozostawiono w kategorii przestępstw. Kryterium rozgraniczające wykroczenia i przestępstwa stanowi w tym ujęciu wartość przedmiotu czynności wykonawczej lub wielkość szkody wyrządzonej przez konkretne zachowanie sprawcy. Koncepcja kontrawercjonalizacji w ujęciu wyjściowym odnosiła się do zróżnicowania podstawy oceny jednego, skondensowanego w czasie i miejscu czynu (zachowania) tego samego sprawcy¹⁵. Prawidłowa wykładnia znamion typów przepoławio-

w sprawach o wykroczenia, które co do zasady zostaje zakończone prawomocnie wcześniej niż postępowanie karne.

¹⁵ Chodzi tutaj o sytuacje, w których z uwagi na charakterystykę wartościowanego zachowania zarówno z perspektywy tzw. ontologicznej koncepcji wyznaczania jedności (tożsamości) czynu, jak i z punktu widzenia normatywnej metody wyznaczania tożsamości oraz metody mieszanej, nie ma większych problemów w stwierdzeniu, iż mamy do czynienia z jednym, skondensowanym w miejscu i czasie czynem. Zasadniczo kontrawercjonalizacja nie była koncepcyjnie powiązana z problematyką ciągłości popełnienia przestępstwa (lub wykroczenia), a tym samym z problemem złożonej, rozciągniętej w czasie faktycznej podstawy odpowiedzialności. Co do sposobów wyznaczania jedności (tożsamości) czynu w prawie karnym zob. szerzej P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 114 i n.; J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, Toruń 2006, s. 40 i n.; J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia wę-

nych statuujących przestępstwa i wykroczenia, różniących się elementami charakteryzującymi wartość przedmiotu czynności wykonawczej lub szkody, pozwala dokonywać właściwej kwalifikacji poszczególnych zachowań¹⁶. Proces rekonstrukcji znamion tzw. typów „przepełowionych” prowadzi bowiem do takiego wyznaczenia zakresu zastosowania znamion wykroczenia i przestępstwa, iż ostatecznie pozostają one w relacji wykluczania¹⁷. W konsekwencji zachowanie – w zależności od wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub wielkości szkody – stanowi realizację znamion wykroczenia (przy wartości nieprzekraczającej określonego przez ustawodawcę progu kontrawercjonalizacji), lub wypełnia zna-

złowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1171 i n.

¹⁶ W tym kontekście można wskazać treść art. 119 § 1 k.w., który typizuje wykroczenie kradzieży i przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej stanowiąc: „Kto kradmie lub przywłaszcza sobie cudzą rzecz ruchomą, jeżeli jej wartość nie przekracza ¼ minimalnego wynagrodzenia, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny”. Podobną konstrukcją, wskazującą na wartość przedmiotu czynności wykonawczej mają przepisy art. 120 § 1 k.w. (wyrąb drzewa w celu przywłaszczenia), art. 122 § 1 k.w. (paserstwo), art. 124 § 1 k.w. (niszczenie, uszkodzanie lub czynienie niezdatny do użytku rzeczy). Wskazać należy także na szczególne rozwiązanie zawarte w art. 130 § 1 k.w., który przesądza o wyłączeniu stosowania przepisów art. 119, art. 120, art. 122 i art. 124 k.w. do przypadków, w których przedmiotem czynności wykonawczej jest broń, amunicja, materiały lub przyrządy wybuchowe, sprawca dopuszcza się kradzieży z włamaniem, lub używa gwałtu na osobie albo grozi jego natychmiastowym użyciem, aby utrzymać się w posiadaniu zabranego mienia, a gdy chodzi o zabranie innej osobie mienia w celu przywłaszczenia, także wtedy, gdy sprawca doprowadza człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Przytoczone regulacje wskazują, że w odniesieniu do przypadków objętych zakresem zastosowania art. 119, art. 120, art. 122 i art. 124 k.w., jeżeli wartość przedmiotu czynności wykonawczej nie przekracza wskazanego w tych przepisach progu kontrawercjonalizacji, sprawca realizuje wyłącznie znamiona wykroczenia i nie realizuje znamion występku. W sytuacjach, gdy nie znajdują z uwagi na treść art. 130 § 1 k.w. zastosowania przepisy art. 119, art. 120, art. 122 i art. 124 k.w., niezależnie od wartości przedmiotu czynności wykonawczej zachowanie sprawcy stanowi realizację znamion odpowiedniego typu występku. Sposób określenia znamion wykroczeń przeciwko mieniu objętych zakresem kontrawercjonalizacji przesądza o tym, iż w procesie wykładni uzyskujemy znamion wykroczeń oraz występku, których zakresy zastosowania pozostają w relacji wykluczania.

¹⁷ W sytuacjach określanych powszechnie jako tzw. zbieg przepisów mamy w istocie do czynienia ze zbiegiem norm, co przesądza, iż zapobieżenie przeniesieniu ujawniającego się *prima facie* zbiegu z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm, rozwiązuje problem zbiegu bez konieczności odwoływania się do przyjmowanych w danym systemie prawa ustawowych reguł kolizyjnych. Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym..., s. 246 i n. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo; J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1133 i n.

miona występku w razie przekroczenia tej bariery. Nie jest możliwa jednoczesna realizacja przez ten sam czyn znamion przestępstwa i wykroczenia. Jest to bowiem logicznie wykluczone.

Rekonstrukcja normatywnej podstawy kwalifikacji prawnej przedstawia się odmiennie w sytuacjach, do których znajduje zastosowanie regulacja zawarta w art. 130 § 1–3 k.w., wówczas bowiem, niezależnie od wartości przedmiotu czynności wykonawczej, zachowanie sprawcy realizuje znamiona właściwego typu przestępstwa określonego w kodeksie karnym i nie realizuje znamion wykroczenia¹⁸. Możliwość kwalifikacji takiego zachowania na podstawie typu wykroczeniowego wyłącza właśnie treść art. 130 § 1–3 k.w.¹⁹

W konsekwencji w zakresie kontrawercjonalizacji zamachów przeciwko mieniu regulacje zawarte w przepisach typizujących zamieszczonych w kodeksie wykroczeń oraz kodeksie karnym, uzupełnione przez szczególną regułę kolizyjną wyrażoną w art. 130 § 1–3 k.w., przesądzają o tym, iż znamiona objętych zakresem kontrawercjonalizacji przestępstw i wykroczeń przeciwko mieniu pozostają w relacji wykluczania, co sprawia, iż w tych wypadkach nie aktualizuje się problem zbiegu przepisów typizujących wykroczenie i przestępstwo do tego samego czynu tego samego sprawcy. W konsekwencji nie znajduje do nich zastosowania szczególna ustawowa dyrektywa służąca do rozstrzygania przypadków uwzględnianego (niepomijalnego) w kwalifikacji zbiegu norm sankcjonujących określających znamiona przestępstwa i wykroczenia²⁰. Z uwagi na relację wykluczania między zakresami zastosowania norm sankcjonujących dekodowanych z przepisów typizujących przestępstwo i wykroczenie lub działanie reguły kolizyjnej w art. 130 § 1–3 k.w., ten sam czyn te-

¹⁸ Co do trudności wykładniczych związanych z niefortunną treścią art. 130 § 3 k.w. w kontekście wykorzystywanych w tym przepisie pojęć „gwałt na osobie” oraz sformułowań wykorzystywanych w art. 280 k.k. (przemocy wobec osoby) zob. w szczególności uchwała SN z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. I KZP 27/08, OSNKW 2009, nr 1, poz. 1 oraz wypowiedzi M. Bielskiego, Wokół „przepoławionego” charakteru przestępstwa rozboju, PiP 2009, nr 2, s. 89 i n.; M. Bielskiego, Głosa do uchwały SN z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. I KZP 27/08, PiP 2010, nr 3, s. 136 i n.

¹⁹ Odmienną kwestią są błędy legislacyjne popełnione w toku uchwalania kodeksu karnego z 1997 r., które spowodowały szereg komplikacji w praktyce stosowania prawa, wywołujących także poważne kontrowersje wśród przedstawicieli dogmatyki prawa karnego. Omówienie tej problematyki przekracza jednak ramy niniejszego opracowania.

²⁰ Co do dyrektywnej charakterystyki regulacji zawartej w art. 10 § 1 k.w. oraz odpowiedników tego rozwiązania zawartych w art. 11 k.k. oraz art. 7 i art. 8 k.k.s. zob. szerzej P. Kardaś, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 246 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

go samego sprawcy nie może jednocześnie realizować znamion określonych w obu normach.

W wypadkach, gdy z uwagi na konstrukcję znamion wykroczenia lub przestępstwa nie jest możliwe przeprowadzenie procesu wykładni w sposób prowadzący do wykluczania się znamion przestępstwa i wykroczenia przepołowionego oraz brak jest szczególnej ustawowej reguły kolizyjnej, rozstrzygnięcie kwestii podstawy odpowiedzialności opiera się o zastosowanie jednej z reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym²¹. Dokonuje się w toku procesu wykładni na podstawie jednej z powszechnie przyjmowanych w prawoznawstwie reguł kolizyjnych. Zachowania realizujące jednocześnie znamiona przestępstwa i wykroczenia kwalifikowane są w oparciu o konstrukcje normatywne określone w kodeksie karnym jako przestępstwa z pominięciem na zasadzie konsumpcji potrzeby wykorzystywania jako podstawy kwalifikacji także normy rekonstruowanej z przepisu typizującego wykroczenie. Takie rozwiązanie nawiązuje do

²¹ Konieczność wykorzystania reguł wyłączania wielości ocen dla rozwiązania problemu podstawy odpowiedzialności występuje we wszystkich tych wypadkach, gdy znamiona wykroczenia oraz przestępstwa ukształtowane zostały w sposób uniemożliwiający stwierdzenie, że rekonstruowane z przepisów typizujących kodeksu wykroczeń oraz kodeksu karnego normy sankcjonujące pozostają w relacji wykluczania. Zob. m.in. art. 87 § 1 k.w. i art. 178 k.k. Pierwszy z przepisów typizuje zachowanie polegające na prowadzeniu pojazdu w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym przez sprawcę znajdującego się w stanie po użyciu alkoholu, drugi przewiduje zaostrzenie karalności z uwagi na zachowanie polegające na popełnieniu przestępstw określonych w art. 173, art. 174 i art. 177 k.k., przez sprawcę znajdującego się w stanie nietrzeźwości. Z uwagi na sposób ujęcia elementów modalnych w obu przepisach, tj. posłużenie się sformułowaniem „w stanie po użyciu alkoholu” w art. 87 § 1 k.w. oraz zwrotem „w stanie nietrzeźwości” w art. 178 k.k., nie sposób przeprowadzić wykładni skutkującej ostatecznie stwierdzeniem, że zakresy zastosowania tych typów (norm sankcjonujących rekonstruowanych ze wskazanych przepisów) pozostają w relacji wykluczania. Stan nietrzeźwości to bowiem także stan po użyciu alkoholu, co sprawia, iż w takich wypadkach sprawca realizuje jednocześnie znamiona przestępstwa i wykroczenia. Dla rozwiązania ujawniającego się problemu zbiegu przepisów konieczne jest odwołanie się do jednej z reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym, w tym przypadku zasady konsumpcji. Co do reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym zob. m.in. W. Wolter, Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym, Warszawa 1961, *passim*; A. Spółtowski, Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1976, *passim*; J. Majewski, P. Kardas, Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów w prawie karnym oraz sposobach jej rozstrzygnięcia, (w:) Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, s. 177 i n.; P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym..., s. 294 i n.; J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1171 i n.

istoty zjawiska kontrawercjonalizacji, w którym chodzi przecież o rozwarstwienie podstaw i zakresu odpowiedzialności w zależności od modalizujących okoliczności wpływających na zawartość bezprawia popełnionego przez sprawcę czynu. Jeśli objęte zakresem kontrawercjonalizacji wykroczenia obejmować mają niejako z założenia zachowania o mniejszej wartości bezprawia (drobniejsze przypadki naruszeń), zaś przestępstwa zachowania cechujące się odpowiednio wyższym stopniem bezprawia, to z tego właśnie względu, w przypadku gdy ze względu na właściwości konstrukcyjne nie ma możliwości uznania, iż zakresy zastosowania norm sankcjonujących dekodowanych z przepisów typizujących wykroczenie i przestępstwo pozostają w relacji wykluczania, nie ma wątpliwości, że kwalifikacja prawa oparta na podstawie przepisu typizującego przestępstwo zawiera w sobie wszystkie elementy służące do oddania w sposób adekwatny całej zawartości bezprawia wartościowanego czynu i nie ma potrzeby odwoływania się do kwalifikacji prawnej opartej na przepisie typizującym wykroczenie, a w konsekwencji rozstrzygnięcia samoistnie kwestii odpowiedzialności za wykroczenie²².

5. Kontrawercjonalizacja a konstrukcja idealnego zbiegu czynów karalnych

Z uwagi na przedstawiony powyżej sposób rozwiązywania analizowanych przypadków związanych z konkurencją przepisów określających podstawy odpowiedzialności za wykroczenie oraz za przestępstwo do tego samego czynu tego samego sprawcy, nie aktualizują się także w tych przypadkach przesłanki zastosowania szczególnej reguły kolizyjnej określonej w art. 10 § 1 k.w.²³ Przy prawidłowej wykładni i właściwym stosowaniu prawa zasadniczo nie ujawnia się tym samym na żadnym etapie postępowania problem ewentualnego zastosowania zasady *ne bis in idem*.

²² Rozwiązanie tego typu przypadków nie wymaga odwoływania się do szczególnych regulacji zwartych w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia umożliwiających fakultatywnie zaniechanie prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenie w razie uprzedniego przypisania sprawcy odpowiedzialności za przestępstwo lub wszczęcia w tym zakresie stosownego postępowania.

²³ Zob. też w tej kwestii P. K a r d a s, Idealny zbieg przestępstw jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* Rok XVIII, 2014, nr 3, s. 4–43.

W obu przypadkach ujawniający się *prima facie* zbieg przepisów nie jest przenoszony z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm²⁴, co przesadza, iż zachowanie wartościowane jest albo jako wykroczenie albo jako przestępstwo. Przy prawidłowej wykładni oraz właściwie przeprowadzonym procesie stosowania prawa nie aktualizuje się w takich wypadkach ani zagadnienie uwzględnianego w podstawie przypisania zbiegu przepisów określających podstawy odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie, ani też potrzeba odwoływania się do zakazu *ne bis in idem*. Rozstrzygnięcie problemu właściwej podstawy odpowiedzialności na płaszczyźnie prawa materialnego zapobiega sytuacjom, w których mogłaby aktualizować się potrzeba odwoływania do zasady konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych wyrażonej w art. 10 § 1 k.w., lub też, w razie sekwencyjnie prowadzonego procesu, wartościowania do zasady *ne bis in idem*. Ewentualna potrzeba analizy możliwości zastosowania zasady *ne bis in idem* pojawić się może w odniesieniu do przypadków przepołowionych przestępstw i wykroczeń, których znamiona nie pozostają w relacji wykluczania jedynie wówczas, gdy dojdzie do wynikającego z błędów w procesie stosowania prawa uprzedniego przypisania odpowiedzialności za wykroczenie, bez uwzględnienia faktu, iż wartościowany czyn stanowił jednocześnie realizację znamion przestępstwa²⁵. Wówczas bowiem nie sposób odwołać się do zasady konsumpcji co powoduje, iż nie jest możliwe zapobieżenie przeniesieniu problemu zbiegu z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm. Ewentualne uniknięcie podwójnego ścigania, oskarżenia i ukarania możliwe jest jedynie poprzez zastosowanie reguły gwarancyjnej w postaci zasady *ne bis in idem*. Takie przypadki stanowią też podstawę analizy w orzecznictwie SN oraz judykatach ETPCz²⁶.

²⁴ Co do funkcji tzw. reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym oraz prawidłowego procesu rekonstrukcji norm sankcjonujących ze zbiegających się *prima facie* przepisów zob. szerzej J. Majewski, P. Kardas, Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów w prawie karnym oraz sposobach jej rozstrzygania, (w:) Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, s. 177 i n.

²⁵ W przypadku typów przepołowionych, niezależnie od tego, czy znamiona przestępstwa i wykroczenia pozostają w relacji wykluczania, czy też kwestię właściwej podstawy kwalifikacji prawnej rozstrzyga reguła kolizyjna z art. 130 § 1–3 k.w., przypisanie odpowiedzialności za wykroczenie wynikać musi z oczywistego, i jak się wydaje rażącego naruszenia prawa. Podobnie traktować należy sytuacje, gdy wyłączenie możliwości zastosowania przepisu typizującego wykroczenie wynika z zastosowania jednej z reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym.

²⁶ Zob. w tej kwestii w szczególności orzecznictwo powołane przez P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art.

6. Ciągłość popełnienia przestępstwa a kontrawercjonalizacja

Zgoła odmiennie przedstawia się zagadnienie typów przepoławionych w wypadkach, gdy dochodzi do wykorzystania instytucji czynu ciągłego i powiązania dwóch lub więcej czynów, stanowiących samoistnie wykroczenia, w jeden czyn ciągły, wypełniający łącznie znamiona przestępstwa, z uwagi na „zsumowanie” wartości przedmiotów czynności wykonawczej lub wartość szkody w wyniku powiązania w jedną całość klamrą ciągłości wszystkich popełnionych przez tego samego sprawcę zachowań²⁷. Przewidziana w art. 12 k.k. konstrukcja ciągłości przestępstwa umożliwia połączenie w jeden czyn ciągły dwóch lub więcej zachowań (czynów) o różnorodnej jednostkowej charakterystyce normatywnej²⁸, w szczególności zaś dopuszcza i zarazem nakazuje, w razie spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie, połączenie w jeden czyn ciągły dwóch lub więcej zachowań (czynów)²⁹, wyczerpujących samoistnie znamiona wykroczenia. W ten sposób regulacja czynu ciągłego przewidziana w kodeksie karnym wpływa na kwalifikację prawną zachowań w dwóch obszarach: tj. w sferze podstaw odpowiedzialności za przestępstwo, co jest oczywiste³⁰, oraz w sferze podstaw

1–296, P. Hofmański (red.), wyd. 4, Warszawa 2011, s. 190 i n. Por. też wyrok ETPCz w sprawie Gradigner przeciwko Austrii z dnia 23 października 1995 r. (nr 15963/90), LEX nr 80401.

²⁷ Zob. w tej kwestii w szczególności stanowisko przedstawione w wyroku SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10.

²⁸ Przewidziana w kodeksie karnym w art. 12 konstrukcja ciągłości ujęta została bardzo szeroko. Konsekwencją przyjętego przez ustawodawcę sposobu regulacji jest to, że konstrukcją czynu ciągłego mogą być obejmowane jednostkowe zachowania o zróżnicowanej relacji do obowiązującego systemu prawa. Podstawą (częścią, elementem) czynu ciągłego mogą być w jednostkowe zachowania, które samodzielnie nie realizują znamion ani wykroczenia ani przestępstwa, zachowania stanowiące samodzielnie realizację znamion wykroczenia, wreszcie zachowania stanowiące samodzielnie realizację znamion przestępstwa. Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 261 i n.; P. Kardas, *Czyn ciągły i ciąg przestępstw*, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*. Tom 4. *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 1050 i n.

²⁹ Co do relacji pojęć „zachowanie” i „czyn” na gruncie art. 11 i art. 12 k.k. zob. m.in. P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna...*, s. 56 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo; J. Giezek, *Zbieg przepisów a konstrukcja czynu ciągłego*, (w:) J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, Toruń 2006, s. 45 i n.

³⁰ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu*

odpowiedzialności za wykroczenie, co bywa niedostrzegane i czasami wywołuje kontrowersje³¹. W tym drugim wypadku z uwagi na przyjęcie ciągłości czynu prowadzi do przekształcenia odpowiedzialności za wielość wykroczeń pozostających co do zasady w realnym wieloczynowym zbiegu, w odpowiedzialność za jedno przestępstwo popełnione w warunkach czynu ciągłego. Z tego najprawdopodobniej powodu konstrukcji czynu ciągłego nie wprowadzono do kodeksu wykroczeń, zapewne zakładając, że ciągłość uregulowana w art. 12 k.k. jest wystarczającym instrumentem służącym do adekwatnej prawnokarnej oceny³². W razie powiązania dwóch lub więcej czynów stanowiących samoistnie wykroczenia w jeden czyn ciągły realizujący znamiona przestępstwa, w zakresie objętym zjawiskiem kontrawercjonalizacji nie zachodzi potrzeba odwoływania się do konstrukcji ciągłości na płaszczyźnie prawa wykroczeń. Przewidziana w art. 12 k.k. regulacja pozwala bowiem „przekształcić” w wyniku przyjęcia czynu ciągłego jednostkowe wykroczenia popełnione odrębnymi czynami – stanowiącym w związku z przyjęciem ciągłości elementy czynu ciągłego – w przestępstwo³³. Ustawodawca

przestępstw, Kraków 1999, s.; P. Kardas, Czyn ciągły i ciąg przestępstw, (w:) L. K. Paprzycki (red.), System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 1050 i n.

³¹ Nieporozumienia co do znaczenia i funkcji regulacji ciągłości przewidzianej w art. 12 k.k. w sferze prawa wykroczeń odnoszą się do wiele kwestii, w tym m.in. konsekwencji związanych z brakiem regulacji ciągłości popełnienia w prawie wykroczeń. Zob. w tej kwestii m.in. T. Bojarski, (w:) T. Bojarski (red.), T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 64. Zob. też krytyczne uwagi M. Bielskiego, Wokół „przepełnionego” charakteru przestępstwa rozboju, PiP 2009, nr 2, s. 99 i n.

³² Trzeba jednak podkreślić, że zdaniem niektórych teoretyków prawa karnego mimo braku wyraźnej uregulowania na gruncie prawa wykroczeń funkcjonuje konstrukcja wykroczenia ciągłego, czego wyrazem jest m.in. twierdzenie T. Bojarskiego, że w razie przyjęcia ciągłości wykroczenia, nie zmienia się podstawa odpowiedzialności w zależności od wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub wielkości szkody. W razie spełnienia przesłanek ciągłości, także po przekroczeniu progu kontrawercjonalizacji, sprawca ponosi odpowiedzialność za wykroczenia, tyle że ciągłe, nie ponosi natomiast odpowiedzialności za przestępstwo. Można jedynie przypuszczać, że zwolennicy tego podejścia przyjmują możliwość stosowania regulacji ciągłości przewidzianej w art. 12 k.k. do wykroczeń na zasadzie analogii, podobnie jak czyni się to w prawie wykroczeń w odniesieniu do nieprzewidzianej w kodeksie wykroczeń konstrukcji współsprawstwa. Zob. w tej kwestii m.in. T. Bojarski, (w:) T. Bojarski (red.), A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 64. Zob. też krytyczne uwagi M. Bielskiego, Wokół „przepełnionego” charakteru przestępstwa rozboju, PiP 2009, nr 2, s. 99 i n.

³³ Zob. T. Grzegorzczak, (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 2010, s. 33 i n.; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 58 i n.

przyjmuje zarazem, że nie ma w takich układach powodu do odwoływania się do konstrukcji ciągłości na płaszczyźnie prawa wykroczeń. Przyjęcie za podstawę kwalifikacji czynu ciągłego powoduje bowiem, że dochodzi do obostrzenia (a właściwie przekształcenia i zmiany charakteru) odpowiedzialności karnej i sprawca zamiast za wielość pozostających w realnym zbiegu wykroczeń ponosi odpowiedzialność za popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo. Rozwiązanie to wykazuje podobieństwo do koncepcji kontrawercjonalizacji, jest jednak o tyle specyficzne, że zwiększona zawartość bezprawia wynikająca z przekroczenia progu kontrawercjonalizacji stanowi konsekwencję przyjęcia ciągłości. Jej uzasadnienie tkwi w normatywnej „istocie” ciągłości popełnienia przestępstwa, która zasadniczo odnosi się do wypadków przestępstwa popełnianych „na raty”, „w kilku odsłonach”, „sekwencyjnie realizowanymi zachowaniami”³⁴. Zarazem w razie braku podstaw do przekształcenia odpowiedzialności za wykroczenia popełnione wieloma czynami w odpowiedzialność za przestępstwo mimo użycia konstrukcji ciągłości wyrażonej w art. 12 k.k., co wynikać może z nieprzekroczenia przez zsumowaną wartość przedmiotu lub wielkość szkody progu kontrawercjonalizacji, przyjmuje się, że nie ma potrzeby modyfikowania podstaw i zakresu odpowiedzialności za wynikającą z wielości czynów tego samego sprawcy wielość wykroczeń, zaś konsekwencje wynikające z ich przypisania na płaszczyźnie wymiaru kary reguluje mechanizm redukcyjny przewidziany w art. 9 § 2 k.w. Czy rozwiązanie to jest w pełni satysfakcjonujące i spójne, to zagadnienie odrębnej natury³⁵.

³⁴ Trzeba jednak wskazać, że we względu na rozszerzającą wykładnię przesłanek ciągłości czynu z art. 12 k.k. w praktyce stosowania prawa, z tego punktu widzenia konstrukcja ciągłości obejmuje także inne przypadki, nie zawsze odpowiadające istocie przestępstwa „popełnianych na raty”. O komplikacjach związanych z przyjmowaną w praktyce szeroką wykładnią zakresu zastosowania instytucji czynu ciągłego w kontekście powagi rzeczy osądzonej i zasady *ne bis in idem* zob. m.in. P. Kardaś, *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2007, nr 2, rok XI, s. 53–99.

³⁵ Wskazać należy, że przyjęty w tym przepisie mechanizm redukcyjny, znany niektórym ustawodawstwom, jest o tyle specyficzny, że zasadniczo bywa wykorzystywany w systemach prawnych, które nie rozróżniają w sposób przyjęty w polskim systemie prawa przypadków zbiegu jednoczynowego przepisów i wieloczynowego przestępstw, a w konsekwencji wykorzystują jednorodny mechanizm redukcyjny dla obu przypadków zbiegu. Rozróżnienie i oparcie na zasadniczo odmiennych koncepcjach jednoczynowego zbiegu przepisów oraz wieloczynowego zbiegu przestępstw lub wykroczeń powoduje w tym zakresie poważne trudności. Ponadto także w tym kontekście ujawniają się komplikacje związane z brakiem regulacji ciągłości popełnienia wykroczenia. Co

7. Ciągłość popełnienia przestępstwa – jedna (ta sama) czy wiele (różne) podstaw wartościowania

W konsekwencji przyjęcia ciągłości przestępstwa każdy z popełnionych przez sprawcę czynów realizujących samoistnie znamiona wykroczenia, stanowi jednocześnie część czynu ciągłego wypełniającego znamiona występku³⁶. To, czy konkretne zachowania sprawcy traktowane są łącznie jako jeden czyn ciągły stanowiący przestępstwo czy też wielość czynów realizujących samoistnie znamiona wykroczenia zależy od tego, z jakiej perspektywy normatywnej dokonuje się ich oceny. Z punktu widzenia określonych w kodeksie karnym wzorców normatywnych wielość popełnionych przez tego samego sprawcę czynów stanowi elementy jednego czynu ciągłego. Z punktu widzenia prawa wykroczeń, nie przewidującego instytucji czynu ciągłego, każdy z popełnionych przez tego samego sprawcę czynów stanowi odrębną podstawę odpowiedzialności za wykroczenie³⁷. W konsekwencji na płaszczyźnie prawa karnego wielość czynów tego samego sprawcy stanowi jedną, łączną podstawę oceny, wyznaczaną w oparciu o kryteria normatywne³⁸, skutkującą przypisaniem odpowiedzialności za jedno, po-

do mechanizmów redukcyjnych ich istoty i funkcji w kontekście problematyki zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw z uwzględnieniem perspektywy prawnoporównawczej zob. szerzej P. Kardas, *Pozorny i pomijalny zbieg przestępstw oraz ciągłość popełnienia przestępstwa*, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*. Tom 4. *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 973 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

³⁶ Zob. konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie SN stanowisko, zgodnie z którym w przypadku tzw. typów przepołowionych, gdy łączna wartość przedmiotu zachowań stanowiących jednostkowo wykroczenia przekracza wartość rozgraniczającą wykroczenie od przestępstwa, mamy do czynienia z jednym czynem stanowiącym przestępstwo ciągle – tak m.in. uchwała SN z dnia 3 września 1972 r., sygn. VI KZP 44/72, OSNKW 1972, nr 2–3, poz. 20; wyrok SN z dnia 19 października 1976 r., sygn. I KR 185/76, OSNPG 1977, nr 3, poz. 20; postanowienie SN z dnia 18 czerwca 1996 r., sygn. I KZP 5/96, OSNKW 1996, nr 7–8, poz. 36.

³⁷ Nie wiadomo, bowiem nie przedstawiono w tym zakresie żadnego stanowiska, jak przedstawia się kwestia podstaw wartościowania w omawianym przypadku w razie przyjęcia, że dopuszczalne jest posługiwanie się w prawie wykroczeń konstrukcją ciągłości, warto podkreślić, że zwolennicy tego stanowiska, pozbawionego jakiegokolwiek oparcia w ustawie, nie podejmują w tym zakresie żadnych rozważań.

³⁸ Warto dodać, że w odniesieniu do konstrukcji czynu ciągłego twierdzenie, że mamy w tym przypadku do czynienia z jedną podstawą prawnokarnego wartościowania nie wywołuje żadnych kontrowersji, także wśród tych przedstawicieli doktryny prawa karnego, którzy z innej perspektywy deklarują się jako zwolennicy ontologicznej czy też naturalistycznej metody wyznaczania tożsamości (jedności) czynu.

pełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo. Na płaszczyźnie prawa wykroczeń natomiast każdy z czynów oceniany jest samoistnie i w razie przypisania odpowiedzialności prowadzi do realnego wieloczynowego zbiegu wykroczeń, którego konsekwencje, co zaznaczono już powyżej, określa art. 9 § 2 k.w.

8. „Ten sam czyn” jako przesłanka zastosowania instytucji idealnego zbiegu czynów karalnych a ciągłość popełnienia przestępstwa

Odmienność konstrukcji przyjmowanych w prawie karnym oraz prawie wykroczeń, w szczególności zaś – choć nie wyłącznie – brak regulacji czynu ciągłego w kodeksie wykroczeń, powoduje, że w tego typu przypadkach pojawia się problem możliwości i celowości odrębnego wartościowania poszczególnych elementów czynu ciągłego, stanowiących samoistnie wykroczenia, oraz prawnokarnej oceny stanowiącego z uwagi na konstrukcję art. 12 k.k. jedną całość, czynu ciągłego realizującego znamiona występku. Fakt realizacji znamion wykroczenia przez każdy z czynów oraz realizacji znamion występku przez czyn ciągły zdaje się nie budzić wątpliwości. Problematyczne jest zarazem to, czy w takich wypadkach zasadne byłoby dokonywanie podwójnej, opartej z jednej strony na wzorcach określonych w kodeksie wykroczeń, z drugiej na wzorcach przewidzianych w kodeksie karnym, oceny. Chodzi przecież o te same zachowania tego samego sprawcy, tyle tylko że oceniane z punktu widzenia różnych wzorców normatywnych. *Prima facie* można byłoby przypuszczać, że ustawodawca takiej podwójnej oceny (tego samego czynu?³⁹) jednak nie wyklucza, czego dowodem zdaje się być treść art. 10 § 1 k.w. przewidującego instytucję idealnego zbiegu czynów karalnych⁴⁰. Czy w istocie tak jest na gruncie obowiązującego systemu prawa, wymaga nieco głębszej analizy.

³⁹ W najwyższym stopniu sporne jest – w świetle wypowiedzi przedstawicieli doktryny i orzecznictwa – to, czy mamy w tego typu wypadkach do czynienia z „tym samym czynem”, a w konsekwencji spełnieniem podstawowej przesłanki konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych przewidzianej w art. 10 § 1 k.w., czy też z różnymi czynami, wykluczającymi z tego już powodu możliwość zastosowania dyrektywy przewidzianej w art. 10 § 1 k.w. Zob. w tej kwestii charakterystyczne stanowisko SN wyrażone w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10.

⁴⁰ Przepis art. 10 § 1 k.w. wyraża szczególną ustawową regułę kolizyjną określającą sposób postępowania w przypadkach tzw. realnego (rzeczywistego, uwzględnianego w postawie kwalifikacji prawnej) zbiegu przepisów typizujących wykroczenie i przestępstwo. Przesłanką zastosowania dyrektywy wyrażonej w art. §10 § 1 k.w. jest to, by

W tym zakresie ujawniają się bowiem dwa zagadnienia. Pierwsze odnosi się do płaszczyzny materialnej i związane jest z sposobami rozstrzygnięcia wypadków, w których z uwagi na zupełną lub częściową identyczność podstawy wartościowania (tożsamość czynu)⁴¹, aktualizuje się problem zbiegu różnych normatywnych wzorców oceny⁴². W tym zakresie zasadniczą kwestią jest możliwość rozwiązania tego typu przypadków poprzez odwołanie się do jednej z przyjmowanych w prawoznawstwie reguł wyłączenia wielości ocen. Drugie związane jest z płaszczyzną proceduralną (gwarancyjną) ściśle powiązaną z zasadą *ne bis in idem*. Dotyczy sytuacji, w których w razie braku możliwości rozwiązania problemu zbiegu na płaszczyźnie wykładniczej lub w wypadkach błędów w procesie stosowania prawa, pojawia się konieczność ustalenia, czy w razie równoległego lub sekwencyjnego wartościowania tego samego czynu w perspektywie prawa wykroczeń oraz prawa karnego, możliwe i zasad-

znamiona wykroczenia oraz przestępstwa wyczerpywał ten sam czyn tego samego sprawcy. W analizowanym przypadku wątpliwości wywołuje spełnienie tej przesłanki z uwagi na fakt, iż wykroczenia realizują jednostkowe zachowania, zaś znamiona występu czyn ciągły, którego elementami składowymi są właśnie będące wykroczeniami jednostkowe zachowania. W odniesieniu do tej przesłanki w tego typu wypadkach w orzecznictwie wskazuje się, że „nie może odnosić się do nich art. 10 § 1 k.w., gdyż nie chodzi tu już o jeden czyn różnie oceniany, skoro w aspekcie prawa wykroczeń wchodzi w rachubę kilka odrębnych czynów, a na gruncie prawa karnego tylko jeden, tyle że złożony z kilku zachowań” – wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10. Zob. też P. Kardas, Idealny zbieg przestępstw jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2014, rok XVIII, nr 3, s. 4–43.

⁴¹ Pomijam w tym miejscu przedstawianie kontrowersji i nieporozumień dotyczących sposobu wyznaczania tożsamości czynu jako jednej z podstawowych przesłanek zbiegu przepisów, a także szerszego uzasadnienia twierdzenia, że z tożsamością mamy do czynienia także w razie tzw. częściowej identyczności czynu. Kwestia ta stanowi przedmiot obszerniejszych wypowiedzi zawartych m.in. w opracowaniach: P. Kardasa, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym..., s. 108 i n.; J. Majewskiego, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, Toruń 2006, s. 40 i n.; J. Majewskiego, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1171 i n.

⁴² Co do problematyki tożsamości czynu jako podstawy zbiegu przepisów w prawie karnym, w szczególności zaś przyjmowanych kryteriów jej wyznaczenia zob. m.in. P. Kardasa, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym..., s. 108 i n.; J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, Toruń 2006, s. 40 i n.; J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1171 i n.

ne jest dwukrotne rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Ta sfera związana jest z proceduralnymi regulacjami o charakterze gwarancyjnym, mającymi również swoją materialnoprawną perspektywę⁴³.

Z perspektywy materialnoprawnej sytuacja, w której każdy z dwóch lub więcej czynów popełnionych przez sprawcę w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w krótkich odstępach czasu spełnia znamiona wykroczenia, zaś składający się z tych czynów czyn ciągły realizuje znamiona przestępstwa, w orzecznictwie przyjmuje się, że tworzące jeden czyn ciągły zachowania „tracą przymiot wykroczeń”⁴⁴. Jakkolwiek SN konsekwentnie uznaje, że w wypadku spięcia zachowań wyczerpujących samoistnie znamiona wykroczenia klamrą ciągłości prowadzącą do realizacji przez składających się z tych zachowań czyn ciągły znamion przestępstwa, zachowania te tracą przymiot wykroczeń, to jednak w żadnym z judykatów nie wyjaśniono bliżej podstawy tego twierdzenia. Wskazanie na odmienności w zakresie granic czynu ciągłego, stanowiącego podstawę realizacji znamion występku oraz jego części składowych realizujących samoistnie znamiona wykroczenia, prowadzące SN do uznania, iż nie zachodzi w tych wypadkach jedność czynu w rozumieniu art. 10 § 1 k.w., niezależnie od możliwości kwestionowania tego twierdzenia, w żadnym zakresie nie wyjaśnia, z jakich powodów zachowania stanowiące elementy czynu ciągłego miałyby w perspektywie jednostkowej oceny dokonywanej z punktu widzenia regulacji zawartych w kodeksie wykroczeń „tracić przymiot wykroczeń”. Sam fakt spięcia czynów stanowiących wykroczenia klamrą ciągłości i stworzenie w ten sposób jednego czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa nie powoduje bowiem tego, że części składowe czynu ciągłego nie wyczerpują znamion wykroczenia lub że w wyniku ukonstytuow-

⁴³ Chodzi w szczególności o materialnoprawne aspekty uzasadnienia obowiązywania zasady *ne bis in idem*. Zob. w tej kwestii m.in. A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim...*, s. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo,

⁴⁴ Stanowisko takie prezentowane jest w miarę konsekwentnie w orzecznictwie SN, w którym podkreśla się, że „jeżeli kilka zachowań, z których każde wyczerpuje jednostkowo znamiona wykroczenia tworzy łącznie jeden czyn zabroniony będący przestępstwem ciągłym, to zachowania te tracą przymiot wykroczeń, a tym samym nie może odnosić się do nich art. 10 § 1 k.w., gdyż w aspekcie prawa wykroczeń wchodzi w rachubę kilka odrębnych czynów, a na gruncie prawa karnego tylko jeden, tyle że złożony z kilku zachowań” – wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10. Identycznie SN w wyroku z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. I KK 370/15, LEX nr 1959480 a także SN w wyroku z dnia 17 października 2013 r., sygn. IV KK 147/13, OSNKW 2014, nr 2, poz. 16, LEX nr 1403985.

ania ciągłości przestają je realizować. Uznanie, iż w razie gdy stanowią one elementy czynu ciągłego nie istnieje potrzeba i uzasadnienie przypisywania odpowiedzialności za wykroczenia, opierać się musi na jednej z reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym⁴⁵. Nie sposób bowiem w tym układzie procesowym odwołać się do relacji wykluczania między znamionami przepołowionego przestępstwa i wykroczenia, bowiem taka relacja zachodzi jedynie w odniesieniu do przypadków, gdy podstawą oceny jest ten sam czyn, identyczny zarówno z punktu widzenia podstaw odpowiedzialności za wykroczenie, jak i przestępstwa wycinek zachowania się sprawcy. Odnosi się zatem do sytuacji pełnej identyczności podstawy wartościowania i opiera na ustalanych na płaszczyźnie normatywnej w toku wykładni relacjach między normami sankcjonującymi dekodowanymi z przepisów typizujących wykroczenie i przestępstwo. W przypadku wykorzystania konstrukcji ciągłości z art. 12 k.k. do powiązania w jeden czyn ciągły dwóch lub więcej czynów wyczerpujących jednostkowo znamiona wykroczenia, mamy do czynienia z odmiennymi podstawami oceny w przypadku prawa wykroczeń – są nimi bowiem odrębne czyny – oraz z odmiennymi w przypadku prawa karnego – podstawą wartościowania jest jeden czyn ciągły. Problem polega jednak na tym, że z perspektywy prawa wykroczeń poszczególne czyny (stanowiące z punktu widzenia prawa karnego elementy czynu ciągłego), realizują znamiona wykroczenia, i zarazem samoistnie nie realizują – z uwagi na wartość przedmiotu czynności wykonawczej lub wielkość szkody – znamion przestępstwa. Z kolei czyn ciągły, obejmujący jednostkowe zachowania stanowiące wykroczenia, realizuje w całości znamiona przestępstwa, ale nie realizuje jako jedna całość znamion wykroczenia. W konsekwencji ani w odniesieniu do jednostkowych czynów stanowiących wykroczenia ani w odniesieniu do czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa, nie ma możliwości odwołania się do relacji wykluczania między normami sankcjonującymi dekodowanymi z przepisów typizujących wykroczenie i przestępstwo jako podstawy rozwiązania problemu zbiegu. Z uwagi na odmienną podstawę warto-

⁴⁵ Co do reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym, ich charakterystyki oraz zasad działania zob. szerzej m.in. P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym..., s. 176 i n.; P. Kardas, Konstrukcja idealnego zbiegu a zakres zastosowania zasady *rei iudicate*, *Palestra* 2011, nr 11–12, s. 9–28; P. Kardas, Idealny zbieg przestępstw jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych Rok XVIII*, 2014, nr 3, s. 4–43; J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1133 i n.

ściowania z jednej strony w perspektywie prawa wykroczeń z drugiej w perspektywie prawa karnego, w żadnym z wypadków porównania czynu realizującego znamiona wykroczenia (stanowiącego część czynu ciągłego) z czynem ciągłym (obejmujący jednostkowe zachowania będące wykroczeniami) nie zachodzi relacja wykluczania zakresów norm sankcjonujących dekodowanych z przepisów typizujących wykroczenia i przestępstwo. Z uwagi na odmienność podstawy oceny w zależności od obranego normatywnego punktu odniesienia, mamy do czynienia z realizacją znamion wykroczenia (w przypadku jednostkowych czynów) albo z realizacją znamion przestępstwa (w przypadku czynu ciągłego obejmującego jako części składowe jednostkowe czyny stanowiące wykroczenia).

Zapewne z tego powodu w orzecznictwie wskazuje się, że nie jest w tym przypadku spełniony warunek tożsamości czynu, o którym mowa w art. 10 § 1 k.w.⁴⁶ Z perspektywy prawa wykroczeń podstawą wartościowania się bowiem jednostkowe czyny tego samego sprawcy, w perspektywie prawa karnego czyn ciągły, obejmujący jako elementy jednostkowe czyny tego samego sprawcy, stanowiące samoistnie wykroczenia. Podstawy wartościowania nie są zatem w tym przypadku w pełni identyczne. Można twierdzić, że z punktu widzenia prawa wykroczeń podstawą wartościowania jest jedynie w każdym jednostkowym wypadku „część” podstawy wartościowania wyznaczonej z perspektywy prawa karnego, tj. element czynu ciągłego. Jakkolwiek w istocie nie zachodzi w analizowanym przypadku wypadek pełnej identyczności czynu stanowiącego podstawę odpowiedzialności za popełnione w czynie ciągłym przestępstwo oraz wykroczenia, to jednak zdaje się nie budzić wątpliwości, że mamy tutaj do czynienia z częściową identycznością.

Przyjmując za podstawę dalszych rozważań normatywną metodę wyznaczania tożsamości (jedności) czynu wskazać trzeba, że w omawianym przypadku części składowe czynu ciągłego, stanowiące odrębne czyny z punktu widzenia prawa wykroczeń, zawierają się w jednym czynie ciągłym stanowiącym podstawę odpowiedzialności za przestępstwo⁴⁷. Skoro tak, to trudno twierdzić, że „nie może się odnosić do niego

⁴⁶Tak SN w wyrokach: z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10; z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. II KK 370/15, LEX nr 1959480; z dnia 17 października 2013 r., sygn. I V KK 147/13, OSNKW 2014, nr 2, poz. 16, LEX nr 1403985.

⁴⁷Zob. w tej kwestii J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji..., s. 50 i n.; J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1133 i n.; P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym..., s. 125 i n.

art. 10 § 1 k.w., gdyż nie chodzi tu o jeden czyn różnie prawnie oceniany, skoro w aspekcie prawa wykroczeń wchodzi w rachubę kilka czynów, na gruncie prawa karnego tylko jeden, tyle że złożony z kilku zachowań⁴⁸. Prawdziwe jest stwierdzenie, że w aspekcie prawa wykroczeń chodzi o wyznaczone w oparciu o metodę (kryteria) normatywną kilka czynów, w aspekcie prawa karnego o jeden czyn wyznaczony w oparciu o konstrukcję czynu ciągłego⁴⁹. Nie oznacza to jednak, iż do analizowanego przypadku nie odnosi się art. 10 § 1 k.w. Przestanki określone w art. 10 § 1 k.w. spełnione są tyle razy, ile zachowań stanowiących wykroczenia popełnił ten sam sprawca. W każdym z jednostkowych przypadków zachodzi bowiem identyczność częściowa między stanowiącym podstawę odpowiedzialności za wykroczenie czynem i tym samym czynem, stanowiącym element czynu ciągłego stanowiącego podstawę odpowiedzialności za przestępstwo.

Rozstrzygnięcie tak scharakteryzowanych przypadków zbiegu przepisów wymaga odniesienia się do przyjmowanych powszechnie w prawoznawstwie reguł kolizyjnych. Spoglądając na ten układ procesowy łatwo zauważyć, że stanowiące podstawę odpowiedzialności za jednostkowe wykroczenia czyny są zarazem częścią prowadzącego do odpowiedzialności za przestępstwo czynu ciągłego. Z uwagi na konstrukcję znamion przestępstwa i wykroczenia, charakterystyczną dla procesu kontrawercjonalizacji, ustawowa charakterystyka znamion przestępstwa i wykroczenia różni się tylko jednym elementem tj. wartością przedmiotu czynności wykonawczej lub wielkością szkody. Oznacza to, że przypisanie odpowiedzialności za popełnione czynem ciągłym przestępstwo obejmuje wszystkie elementy odzwierciedlane przez znamiona wykroczenia stanowiącego podstawę kwalifikacji jednostkowych czynów składających się na czyn ciągły. To uzasadnia stwierdzenie, że obejmujący jednostkowe zachowania wyczerpujące znamiona wykroczenia czyn ciągły realizujący – z uwagi na zsumowanie jednostkowych wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub szkody – znamiona przestępstwa, w razie przypisania za nie odpowiedzialności karnej konsumuje całą zawartość bezprawia jednostkowych zachowań. Z tych też względów wykorzystywanie przepisów wykroczeniowych jako podstawy przypisania nie jest zasadne. Potrzebę ich pominięcia uza-

⁴⁸ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10.

⁴⁹ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, Czyn ciągły i ciąg przestępstw, (w:) L. K. Pa-przycki (red.), System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłącznie i ograniczenie odpowiedzialności karnej, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 1050 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

sadnia jedna z reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym, tj. zasada konsumpcji. Ostatecznie mimo, iż w omawianym przykładzie zachodzi specyficznie ukształtowany zbieg przepisów określających przestępstwo oraz wykroczenie, w odniesieniu do każdego czynu wyczerpującego znamiona wykroczenia i czynu ciągłego wyczerpującego znamiona przestępstwa⁵⁰, to zbieg ma w każdym przypadku czynu stanowiącego wykroczenie charakter pomijalny. W konsekwencji zbieg nie jest przenoszony z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm. To zaś oznacza, iż nie ma potrzeby odwoływania się do ustawowej dyrektywy służącej do rozstrzygnięcia nierozwiązywalnych za pomocą powszechnie przyjmowanych w prawoznawstwie reguł kolizyjnych przypadków zbiegu przepisów. Poszczególne czyny składające się na czyn ciągły, stanowiące samoistnie wykroczenia, nie tyle zatem „tracą status wykroczeń”, co z uwagi na zastosowanie zasady konsumpcji dezaktualizuje się potrzeba wykorzystania przepisów typizujących wykroczenia jako podstawy kwalifikacji prawnej i ostatecznie przypisania odpowiedzialności. Trafnie wskazuje się w tym kontekście, że w takim wypadku stanowiące wykroczenia zachowania podlegają jednej karnoprawnej ocenie, jako jedno przestępstwo popełnione w warunkach art. 12 k.k. Wykluczone jest zatem kwalifikowanie składających się na czyn ciągły zachowań (czynów) jako wykroczeń⁵¹. Problem właściwej reakcji prawnokarnej załatwia w tym układzie procesowym przypisanie sprawcy odpowiedzialności za przestępstwo popełnione czynem ciągłym, obejmującym wszystkie zachowania realizujące samoistnie znamiona wykro-

⁵⁰ Tożsamość czynu z uwagi na normatywną metodę wyznaczana jest odrębnie na płaszczyźnie odpowiedzialności za wykroczenia oraz odrębnie na płaszczyźnie odpowiedzialności za przestępstwo. Z uwagi na brak regulacji ciągłości w prawie wykroczeń nie istnieje na tej płaszczyźnie możliwość powiązania kilku czynów stanowiących samoistnie wykroczenia w jedną całość (ciągłą). Z kolei istnienie dyrektywy wyrażonej w art. 12 k.k. umożliwia i zarazem zobowiązuje do powiązania w jedną ciągłość całość popełnionych w krótkich odstępach czasu ze z góry powziętym zamiarem czynów, niezależnie od tego, jak przedstawia się kwestia ich tożsamości oraz prawnej oceny w obszarze prawa wykroczeń. W powyższym kontekście o ile podzielić należy twierdzenie, że na płaszczyźnie odpowiedzialności za przestępstwo z uwagi na normatywne kryteria wyznaczania tożsamości czynu „nie można z czynu popełnionego ze z góry powziętym zamiarem wyizolować odrębnego zachowania i poddać go odrębnej ocenie, gdyż takie zabieg prowadzi do zatracenia istoty czynu ciągłego, na który właśnie takie zachowania, (...) się składają”, o tyle nie ma przeszkód, a nawet brak jest innej możliwości, by części składowe czynu ciągłego w sferze prawa wykroczeń traktować jako odrębne czyny. Zob. stanowisko SN zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 października 2013 r., sygn. I V KK 147/13.

⁵¹ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 17 października 2013 r., sygn. I V KK 147/13, OSNKW 2014, nr 2, poz. 16.

czenia. Prawidłowa zatem kwalifikacja prawna takiego wypadku to przyjęcie czynu ciągłego oraz kwalifikacji na podstawie przepisu typizującego przestępstwo, a także pominięcie w kwalifikacji i ostatecznie w podstawie przypisania przepisów typizujących wykroczenia.

W konsekwencji w razie jednoczesnego wartościowania czynów stanowiących wykroczenia i jednocześnie będących elementami czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa, jakkolwiek z uwagi na częściową identyczność „czynu” stanowiącego podstawę odpowiedzialności za wykroczenie oraz obejmującego ten czyn jako część składową czynu ciągłego stanowiącego podstawę odpowiedzialności za przestępstwo, ujawnia się potrzeba rozstrzygnięcia problemu „zbiegu przepisów”, a w konsekwencji rozważenia możliwości zastosowania reguły kolizyjnej wyrażonej w art. 10 § 1 k.w., z uwagi na zastosowanie zasady konsumpcji zbieg z płaszczyzny przepisów nie jest przenoszony na płaszczyznę norm, nie zachodzi zatem przypadek zbiegu uwzględnianego w kwalifikacji prawnej, co przesądza, że taki wypadek kwalifikowany jest jako popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo, zaś stanowiące części składowe czynu ciągłego zachowania nie są odrębnie kwalifikowane jako wykroczenia.

9. Zasada *ne bis in idem* a kontrawercjonalizacja i ciągłość popełnienia przestępstwa

W razie niejednoczesnego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej za wykroczenia popełnione jednostkowymi czynami stanowiącymi części składowe czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa, aktualizuje się obowiązek respektowania zasady *ne bis in idem*. Przy czym z uwagi na możliwe układy procesowe odmiennie przedstawiać się będą konsekwencje uwzględnienia tej zasady⁵².

⁵² Na marginesie warto dodać, że w szczególności w orzecznictwie nie wypracowano racjonalnego i odpowiadającego istocie oraz funkcji sposobu interpretacji zasady *ne bis in idem*. Trudności związane z różnymi nieporozumieniami dotyczącymi tej zasady, w tym błędnego jej rozumienia, dostrzec można na gruncie szeregu wypowiedzi SN. Jedynie tytułem przykładu wskazać należy stanowisko zajęte przez SN w uchwale z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 15/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 55. Zob. też w tej kwestii P. Kardas, *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2007, nr 2, Rok XI, s. 53–99; P. Kardas, *Idealny zbieg przestępstw jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* Rok XVIII, 2014, nr 3, s. 4–43.

W przypadku wcześniejszego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej za popełniony w warunkach czynu ciągłego występpek, obejmujący jako części składowe jednostkowe zachowania stanowiące wykroczenia, uwzględnienie zasady *ne bis in idem* spowoduje wyłączenie możliwości późniejszego prowadzenia postępowania w przedmiocie rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności za wykroczenia. Trafnie w tym kontekście wskazuje się w orzecznictwie, że jeśli „orzekanie w sprawie o wykroczenia nastąpiło już po prawomocnym skazaniu obwinionego za przestępstwo ciągłe, obejmujące zachowania, które potraktowano w tym postępowaniu jako trzy wykroczenia, mimo że prawomocnie uznano je już za przestępstwo ciągłe, (...), a więc przy istnieniu rzeczy osądzonej w tym zakresie”⁵³ aktualizuje się negatywna przesłanka procesowa określona w art. 5 § 1 pkt 8 k.p.o.w. i w konsekwencji postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenia powinno zostać umozone.

Identycznie przedstawia się kwestia aktualizacji negatywnej przesłanki procesowej w razie wcześniejszego rozstrzygnięcia odpowiedzialności za wykroczenia, popełnione czynami, które z uwagi na treść art. 12 k.k. w razie prawidłowej kwalifikacji i właściwego postępowania powinny stanowić elementy czynu ciągłego. W takiej sytuacji, gdy czyn ciągły składałby się wyłącznie z zachowań stanowiących samoistnie wykroczenia, w stosunku do których uprzednio doszło do prawomocnego przypisania odpowiedzialności, przyjąć należy, iż aktualizuje się negatywna przesłanka procesowa przewidziana w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Jakkolwiek w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie prezentowane są w tym zakresie rozmaite stanowiska, przyjąć należy, że regulacja zawarta w 17 § 1 pkt 7 k.p.k. „musi być interpretowana w powiązaniu z art. 4 wiążącego Polskę Protokołu dodatkowego Nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz), statuującego zakaz ponownego sądenia lub karania. Ten z kolei przepis musi uwzględniać wykładnię art. 6 ust. 1 EKPCz w zakresie interpretacji pojęcia „sprawa karna”⁵⁴. Dla uzasadnienia stanowiska, iż w przypadku wcześniejszego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności za czyny stanowiące wykroczenia, które z uwagi na treść art. 12 k.k. stanowiłyby elementy czynu ciągłego kwalifikowanego jako przestępstwo, koniecz-

⁵³ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10.

⁵⁴ Zob. postanowienie SN z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 179/10, OSNwSK 2010, poz. 1796; LEX nr 844520. Zob. też P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna..., s. 378 i n.; K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karnych w Kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*, CzPKiNP 2012, nr 2, s. 122 i n.

ne jest odwołanie się do sposobu rozumienia zasady *ne bis in idem* na gruncie EKPCz oraz w orzecznictwie ETPCz. Stanowisko ETPCz w kwestii zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* statutowanej w art. 4 Protokołu Dodatkowego Nr 7 do EKPCz⁵⁵ ewoluowało na przestrzeni czasu⁵⁶. Ujmując rzecz syntetycznie wskazać trzeba, że ETPCz prezentował sekwencyjnie trzy sposoby podejścia do zasady *ne bis in idem*. Pierwsza z prezentowanych w orzecznictwie ETPCz koncepcji opierała się na wyłączeniu możliwości ukarania za przestępstwo i wykroczenie⁵⁷. Drugie z prezentowanych przez ETPCz podejść zakładało, iż nie dochodzi do naruszenia zasady *ne bis in idem* w sytuacji, gdy dany system prawny dopuszcza możliwość rozstrzygnięcia zbiegu w oparciu o konstrukcję tzw. idealnego zbiegu czynów karalnych, co pozostawia otwartą możliwość prowadzenia dwóch odrębnych postępowań przeciwko temu samemu sprawcy opartych o ten sam czyn. Warunkiem nienaruszenia zasady *ne bis in idem* jest w tym ujęciu istnienie mechanizmu redukcyjnego na poziomie wykonania kary, przesądzającego że z dwóch orzeczonych wobec sprawcy tego samego czynu w dwóch różnych postępowaniach kar wykonaniu podlegać będzie tylko kara surowsza⁵⁸. Wreszcie trzecie z ujęć prezentowanych przez ETPCz, najpóźniejsze i stanowiące swoiste podsumowanie prowadzonych

⁵⁵ Zgodnie z tym przepisem: „1. Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa. 2. Postanowienia poprzedniego ustępu nie stoją na przeszkodzie wznowieniu postępowania zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego danego Państwa, jeśli wyjdą na jaw nowo odkryte fakty lub jeśli w poprzednim postępowaniu popełniono poważną pomyłkę, która mogła mieć wpływ na wynik sprawy. 3. Żadne z postanowień niniejszego artykułu nie może być uchylone na podstawie art. 15 Konwencji”.

⁵⁶ Zob. uwagi do art. 4 Protokołu 7 – P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), P. Hofmański, A. Wróbel, Protokół 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – komentarz, wyd. 1, Legalis; P. Hofmański, A. Wróbel, Komentarz do art. 6 EKPCz, (w:) L. Garlicki (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010, s. 274 i n.

⁵⁷ Zob. wyrok ETPCz w sprawie Gradigner przeciwko Austrii z dnia 23 października 1995 r. (nr 15963/90), LEX nr 80401.

⁵⁸ Zob. wyrok ETPCz w sprawie Oliveira przeciwko Szwajcarii z dnia 30 lipca 1998 r. (nr 25711/94), LEX nr 78166. W piśmiennictwie wskazuje się, że w tym przypadku ETPCz rozumiał „materialnie” zasadę *ne bis in idem* łącząc ją z eliminacją możliwości wykonania wszystkich orzeczonych za pozostające w idealnym zbiegu i wartościowane w odrębnych postępowaniach czyny karalne. Zob. w tej kwestii interesujące uwagi K. Witkowskiej, Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*..., s. 122–123.

w orzecznictwie analiz dotyczących funkcji, istoty i zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* na gruncie art. 4 Protokołu Dodatkowego Nr 7 do EKPCz, opiera się na materialnoprawnym ujęciu zasady *ne bis in idem* zasadzającym się na przyjęciu, że o jej aktualizacji przesądza oparcie odpowiedzialności za ten sam czyn w dwóch różnych postępowania na tych samych elementach zachowania sprawcy, które odgrywają w obu przypadkach konstytutywne znaczenie z punktu widzenia przesłanek odpowiedzialności określonych w normach sankcjonujących zdekodowanych ze zbiegających się do tego samego czynu przepisów typizujących przestępstwo i wykroczenie⁵⁹. W konsekwencji ETPCz przyjął, że przy analizie przesłanek aktualizujących zastosowanie zasady *ne bis in idem* należy uwzględniać zarówno charakter prawny postępowań, w ramach których dokonuje się wartościowania tego samego czynu tego samego sprawcy, jak i to, czy podstawą odpowiedzialności w obu postępowaniach są te same elementy czynu, stanowiące konstytutywne przesłanki odpowiedzialności na gruncie wykorzystywanych w tych postępowaniach jako wzorce normatywne norm sankcjonujących. W sytuacji, gdy w obu postępowaniach ujawnia się „istotowa tożsamość” między elementami tego samego czynu tego samego sprawcy stanowiącego podstawę odpowiedzialności, po uprawomocnieniu się pierwszego z orzeczeń, nie jest już możliwe wartościowanie tego samego czynu w ramach drugiego postępowania, z uwagi przeszkodę w postaci zakazu *ne bis in idem*. Należy dodać, że stanowisko ETPCz co do sposobu rozumienia oraz zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* ma znaczenie z punktu widzenia rekonstrukcji zasady *ne bis in idem* z art. 2, art. 42 ust. 1 i art. 45 Konstytucji RP⁶⁰, co sprawia, iż wy-

⁵⁹ Zob. w szczególności wyrok ETPCz w sprawie Franz Fischer przeciwko Austrii z dnia 29 maja 2001 r. (nr 37950/97), LEX nr 76208; wyrok ETPCz w sprawie Zolotukhin przeciwko Rosji z dnia 10 lutego 2009 r. (nr 14939/03), LEX nr 47905. Co do analizy tych orzeczeń oraz ich znaczenia na gruncie polskiego porządku prawnego w kontekście instytucji idealnego zbiegu czynów karalnych zob. P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna..., s. 378 i n. Syntetycznie o tej problematyce pisze także K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*..., s. 122 i n.

⁶⁰ Zob. w tej kwestii w szczególności wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, OTK-A ZU 2004, nr 10, poz. 103, LEX nr 133746; wyrok TK z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, OTK ZU 1998, nr 3, poz. 30, LEX nr 32905; wyrok TK z dnia 4 września 2007 r., sygn. P 43/06, OTK-A ZU 2007, nr 8, poz. 95, LEX nr 316027; wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. P 26/06, OTK-A ZU 2008, nr 3, poz. 42, LEX nr 364447. Co do konstytucyjnego statusu i treści oraz zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* por. też rozważania P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna..., s. 421 i n.; K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w kodek-

kładnia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w oparciu o model tzw. wykładni w zgodzie z konstytucją (lub wykładni prokonstytucyjnej), prowadzić musi do uznania, iż przepis ten statuuje zasadę *ne bis in idem* w zakresie identycznym jak wynikający z art. 4 Protokołu Dodatkowego Nr 7 do EKPCz⁶¹. Nie bez znaczenia dla interpretacji zasady *ne bis in idem* na gruncie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. jest to, że zasadę *ne bis in idem* statuują także art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych⁶². Zasada ta jest także przedmiotem regulacji art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycz-

sie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*..., s.122 i n.; K. Witkowska, Interpretacja konstytucyjnych praw i wolności w świetle unormowań międzynarodowych na przykładzie zasady *ne bis in idem*, (w:) E. Grzęda, Ł. Zbyszyński (red.), Konstytucja RP a stosunki międzynarodowe, Kraków 2011, s. 109 i n.; A. Sakowicz, Zasada *ne bis in idem* w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim, Białystok 2011, s. 39 i n.; M. Rogalski, *Res iudicata* i zakaz *ne bis in idem* jako gwarancja rzetelnego procesu, (w:) J. Skorpka (red.), Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdy, Warszawa 2009, s. 176 i n.; P. Hofmański, Konwencja europejska a prawo karne, Toruń 1995, s. 123 i n.; M. A. Nowicki, Wokół konwencji europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. 3 wyd., Kraków 2006, s. 319 i n.; M. A. Nowicki, Komentarz do Protokołu nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, (w:) Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wyd. 7, Warszawa 2017, s. 349 i n.

⁶¹ Warto nawiązać do stanowiska TK w odniesieniu do konstytucyjnego statusu zasady *ne bis in idem*. W uzasadnieniu wyroku TK z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn.. K 45/14 (OTK-A 2016, poz. 99; LEX nr 2172427), podkreślono, że „zasada *ne bis in idem* nie jest ujęta *expressis verbis* w Konstytucji, jednakże Trybunał wyprowadza ją przede wszystkim z art. 2 Konstytucji, stwierdzając, że zasada ta należy do fundamentalnych zasad prawa karnego i stanowi jeden z elementów demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Trybunał stwierdzał także, że zasada *ne bis in idem* stanowi jeden z elementów prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, tj. prawa do rzetelnej i sprawiedliwej procedury sądowej. Ponadto zasadę *ne bis in idem* konstytuują umowy międzynarodowe wiążące Polskę, w szczególności art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji oraz art. 14 ust. 7 MPPOiP”. Zob. też M. Gutowski, P. Kardas, Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji, Warszawa 2018, s. 570 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

⁶² Art. 50 Karty Praw Podstawowych UE stanowi, że „Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii”. W odniesieniu do Karty Praw Podstawowych cały czas wątpliwości wywołuje problem zakresu jej obowiązywania na terytorium RP z uwagi na podpisanie Protokołu 30 (tzw. protokół polsko-brytyjski). Zob. w tej kwestii m.in. S. Biernat, Czy Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej obowiązuje w Polsce?, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Warszawa 2012, s. 59 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

nych z 1996 r.⁶³ W konsekwencji mając na uwadze obowiązek dokonywania przez sądy wykładni prokonstytucyjnej oraz znaczenie regulacji międzynarodowych, a także regulacji z zakresu prawa Unii Europejskiej w kontekście zasady pierwszeństwa stosowania przewidzianej w art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP, należy przyjąć, że prawidłowa wykładnia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. prowadzić powinna do wniosku, że postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenie stanowi postępowanie karne, a tym samym jego uprzednie prawomocne zakończenie stwarza stan powagi rzeczy osądzonej i aktualizuje zasadę *ne bis in idem*.

Zasada *ne bis in idem* wyklucza zatem możliwość prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo, jeśli wcześniej doszło do prawomocnego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności za stanowiące elementy czynu ciągłego zachowania, wypełniające samoistnie znamiona wykroczenia. W ten sposób w sytuacji uprzedniego zakończenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenia popełnione wieloma czynami, spełniającymi w perspektywie prawa karnego przesłanki do spięcia ich klamrą ciągłości w rozumieniu art. 12 k.k. i wartościowania łącznie jako jednego przestępstwa, nie jest możliwe pociągnięcie sprawcy tych czynów do odpowiedzialności za czyn ciągły. Rozwiązanie powyższe podyktowane jest względami proceduralnymi i zasadniczo stanowi przejaw swoistego przywileju korzyści dla sprawcy dwóch lub więcej czynów, które z uwagi na zjawisko kontrawercjonalizacji stanowią samoistnie wykroczenia, powiązane zaś w jedną całość jako czyn ciągły realizują znamiona przestępstwa. Rozwiązanie wynikające z zastosowania zasady *ne bis in idem* zasadniczo nie odwołuje się do aspektów materialnoprawnych, w tym w szczególności oceny zawartości bezprawia oraz charakterystyki wzorców normatywnych, które uwzględnia się stosując zasadę konsumpcji jako regułę wyłączającą wielość ocen w prawie karnym. Jest zupełnie oczywiste, że z tej perspektywy sprawca czynu ciągłego powinien ponosić odpowiedzialność za przestępstwo, z pominięciem odpowiedzialności za wykroczenia zrealizowane czynami stanowiącymi elementy czynu ciągłego. W razie błędów popełnionych przez organy wymiaru sprawiedliwości i wcześniejszego ukarania za wielość pozostających w realnym wieloczynowym zbiegu wykroczeń, zamiast za popełnione w warunkach czynu

⁶³ Zgodnie z art. 14 § 7 MPPOiP „Nikt nie może być ponownie ścigany lub karany za przestępstwo, za które już raz został prawomocnie skazany lub niewinny zgodnie z ustawą i procedurą danego kraju”.

ciągłego przestępstwo, nie jest możliwe dokonanie korekty na niekorzyść sprawcy, bowiem oznaczałoby to ponowne ściganie, oskarżenie i ukaranie za ten sam czyn, a więc stanowiłoby naruszenie zasady *ne bis in idem*. W tym zakresie niczego nie może zmienić dążenie ustawodawcy do wprowadzenia do kodeksu wykroczeń szczególnego przepisu mającego na celu „przełamanie” zawiązania w takich wypadkach zakazem *ne bis in idem*. Tego typu postanowienia pozostają bowiem w sprzeczności z regułami i zasadami konstytucyjnymi, treścią art. 4 Protokołu Dodatkowego Nr 7 do EKPCz oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych. Tym samym wykorzystanie modelu wykładni w zgodzie z Konstytucją uwzględniające wskazane wyżej regulacje skutkować musi stwierdzeniem, że tego typu rozwiązanie nie może znaleźć zastosowania w odniesieniu do oceny jednostkowych wypadków. W ujęciu bardziej radykalnym w oparciu o model sądowej kontroli konstytucyjności prawa w ramach prowadzonych postępowań sąd może odmówić zastosowania tego przepisu z uwagi na jego ewidentną sprzeczność z art. 2, art. 42 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP⁶⁴.

10. Podsumowanie

Konkludując należy stwierdzić, iż jakkolwiek zagadnienie kontrawersjonalizacji wywołuje trudności i kontrowersje w różnych obszarach, to jednak z uwagi na przyjmowane w prawie karnym materialnym *ius interpretandi*, w tym zwłaszcza funkcje i znaczenie reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym a także współcześnie przyjmowane sposoby rozumienia funkcji i zakresu zastosowania zasady *ne bis in idem* przypadki, w których dochodzi do błędnego wcześniejszego ukarania za samoistne zachowania stanowiące wykroczenia, następnie zaś ujawnia się możliwość ich oceny jako elementów czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa, nie mogą prowadzić do przypisania odpowiedzialności karnej za popełnione w czynie ciągłym przestępstwo. Na przeszkodzie takiego rozwiązania stoi zasada *ne bis in idem* interpretowana w opisany powyżej sposób. Z tych powodów proponowane rozwiązanie polegające na uzupełnieniu przepisu art. 10 k.k.w. o dodatkowy § 1a trudno uznać za przekonujące. Wprowadzenie tej regulacji nie może bowiem doprowadzić do osiągnięcia zamierzonych przez ustawodawcę celów. In-

⁶⁴ Zob. szerzej w tej kwestii M. Gutowski, P. Kardas, Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji, Warszawa 2017, s. 616 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

terpretowane w kontekście współczesnego rozumienia zasady *ne bis in idem* okazuje się rozwiązaniem pustym, nie sposób bowiem bez rażącego naruszenia prawa wskazać przypadki, do których mógłby odnosić się proponowany przepis.

Reaction to hybrid offences in the light of continuing offences, ideal concurrence of punishable acts, and *ne bis in idem* prohibition

Abstract

This study explores the applicability of ne bis in idem prohibition in instances where the adoption of the continuing offence concept under Article 12 of the Penal Code leads to the situation where acts, which are components of a continuing offence and autonomously fulfil criteria of a petty offence, give rise to liability for a criminal offence. In such cases, the concept under Article 12 of the Penal Code leads to consequences that are generally aligned with the essence and goals of partial depenalisation. But, at the same time, the concept raises serious concerns relating to the binding nature of ne bis in idem prohibition whenever punishment is first administered for petty offences, which are components of a continuing offence, which in turns constitutes a criminal offence. In such cases, the fact of convicting for petty offences, which consist of single acts, makes the way, in which the issue of possible subsequent attribution of liability for a criminal offence considered to be a continuing act is decided, dependent upon interpretation of a bar to proceedings defined in Article 17, § 1, item 7 of the Code of Criminal Procedure. This study presents principles for excluding multiple evaluation in criminal law to the extent that it relates partial depenalisation, as well as interprets criteria for a hybrid offence. It then uses relevant findings to interpret ne bis in idem prohibition in the context of the interpretation model adopted in the European Court of Human Rights' case law. Consequently, the view is formulated that, owing to ne bis in idem prohibition, it is not possible to attribute liability for an criminal offence, which constitutes a continuing

act and consists of single acts, each being a single petty offence, after an offender has been punished for behaviours that constituted petty offences. In this perspective, amendments proposed to Article 10 of the Code of Petty Offences are critically evaluated.

Krzysztof Kmak

Obiektywizująca i subiektywizująca wykładnia art. 13 § 2 k.k. (odpowiedź M. Małeckiemu)

Streszczenie

Tematem publikacji jest porównanie koncepcji wykładniczych dotyczących „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, co stanowi jedno ze znamion usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.). W artykule przyjęto tezę, że nie istnieją dostateczne argumenty natury językowej, systemowej i kryminalnopolitycznej przemawiające za koncepcją subiektywną, nakazującą w tym zakresie brać pod uwagę zamiar sprawcy odnoszący się do ściśle określonego przedmiotu. Ponadto, autor kwestionuje zasadność stanowiska, według którego wystąpienie zagrożenia dla dobra prawnego jest uwarunkowane granicami zamiaru sprawcy zmierzającego do dokonania czynu zabronionego.

Wydana w styczniu 2017 r. uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego miała na celu rozwianie wątpliwości dotyczących pojęcia „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” (art. 13 § 2 k.k.), stanowiącego jedną z podstaw karalności usiłowania nieudolnego. Zagadnienie to wywoływało kontrowersje orzecznicze na długo przed jej podjęciem¹.

W tej kwestii wykształciły się dwa zasadnicze kierunki. Według pierwszego, brak przedmiotu to sytuacja, w której mamy do czynienia z brakiem obiektu objętego zamiarem sprawcy. Nie ma wówczas znaczenia, czy w zasięgu działania sprawcy mogą znajdować się inne przedmioty nadające się do popełnienia zamierzonego czynu (inne desygnaty znamienia czynności wykonawczej czynu zabronionego), jeżeli nie były one objęte jego umyślnością (koncepcja subiektywna). Według stanowiska alternatywnego, ustalenie zamiaru sprawcy nie decyduje o tym, czy powyższa przesłanka usiłowania nieudolnego jest spełniona. Istotne jest

¹ Zob. orzecznictwo powołane w uzasadnieniu uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, LEX nr 2188437.

bowiem jedynie to, czy w zasięgu sprawcy znajdują się jakiegokolwiek desygnaty znamienia czynności wykonawczej czynu zabronionego, który sprawca realizuje (koncepcja obiektywna).

Ustosunkowując się do powyższych rozbieżności, Sąd Najwyższy z jednej strony podkreślił, że to znamię usiłowania nieudolnego należy rozumieć jako „brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca”. Z drugiej strony siedmiu sędziów podkreśliło, że „Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być *in concreto* uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie”.

Z perspektywy czasu można zauważyć, że w piśmiennictwie to zagadnienie nadal jest przedmiotem sporów i polemik. Uchwała spotkała się ze zróżnicowanymi ocenami², przeważnie opartymi na poglądzie subiektywizującym. W części publikacji wskazuje się, że obie główne tezy sformułowane przez SN nie są ze sobą spójne³.

Podnosi to także M. Małecki, który uważa, że słuszna jest koncepcja subiektywna⁴. Jednocześnie odniósł się krytycznie do obiektywizującej koncepcji wykładniczej, którą przedstawiłem w głosie do uchwały Sądu Najwyższego. Jakkolwiek oba stanowiska są negatywnie ustosunkowane do poglądu najwyższej instancji sądowej, opierają się na zgoła odmiennych założeniach. Jednocześnie zdają się przyjmować, że próby pogo-

² Od negatywnych (M. Małecki, Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, niepubl.; A. Jezusek, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, Prokuratura i Prawo 2017, nr 4, s. 151–166; S. Tarapata, Ile udolności w usiłowaniu nieudolnym (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2017, nr 3, s. 41–73) przez częściowo negatywne (K. Kmąk, Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, Prokuratura i Prawo 2017, nr 6, s. 155–167) do jednoznacznie pozytywne (D. Krakowiak, Glosa do uchwały SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, LEX/el. 2017). Jednocześnie aprobując do uchwały ustosunkowali się M. Mozgawa, Komentarz aktualizowany do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2017, teza 14 i B. J. Stefańska, Art. 13, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 11.

³ Na wewnętrzną sprzeczność uwagę zwraca uwagę m.in. A. Liszewska, Formy stałobalne popełnienia czynu zabronionego, (w:) R. Dębski (red.), System prawa karnego, t. 3: Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, Warszawa 2017, s. 818–819.

⁴ M. Małecki, O usiłowaniu nieudolnym na marginesie glosy K. Kmąka, Prokuratura i Prawo 2017, nr 10, s. 129–132.

dzenia ze sobą dwóch modeli teoretycznych (co, jak się zdaje, próbował uczynić SN) są z góry skazane na niepowodzenie.

Niniejsza publikacja stanowi polemikę ze stanowiskiem M. Małeckiego oraz rozwinięcie koncepcji, którą przedstawiłem w glosie do uchwały SN ze stycznia 2017 r., na co w samej glosie zabrakło miejsca.

Podstawowe znaczenie dla wykładni przepisu prawnego ma jego językowe brzmienie. Pomocne jest odwołanie się do regulacji usiłowania nieudolnego występujących w poprzednich kodyfikacjach. Art. 23 § 2 k.k. z 1932 r.⁵ stanowił, że „Usiłowanie zachodzi także wtedy, kiedy sprawca nie wiedział, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu, nadającego się do dokonania na nim zamierzonego przestępstwa, lub ze względu na użycie środka, nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”. Art. 23 § 3 k.k. z 1932 r. doprecyzowywał, iż „Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania”. Natomiast art. 11 § 2 k.k. z 1969 r.⁶ stanowił, że „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”.

Analizując uregulowania poprzednio obowiązujących kodyfikacji karnych Sąd Najwyższy doszedł do trafnego wniosku, iż różnice w uregulowaniu usiłowania nieudolnego występujące między nimi a obecnym art. 13 § 2 k.k. (sprowadzające się głównie do wyeliminowania z obecnego art. 13 § 2 k.k. wyrażenia „zamierzonego”) przemawiają na rzecz stanowiska obiektywnego. M. Małecki odmawia jednak temu argumentowi znaczenia: „Pod rządami poprzednio obowiązujących kodeksów karnych nauka o normatywnej zawartości przepisów prawa karnego wraz z nauką o właściwościach wewnętrznej struktury przestępstwa nie była jeszcze z jednej strony na tyle rozwinięta, z drugiej zaś strony na tyle rozpoznała, by w drodze odpowiedniej wykładni przepisów obowiązującego prawa możliwa była kompleksowa rekonstrukcja w pełni adekwatnej treści norm sankcjonowanych, zakodowanych w przepisach typizujących usiłowanie udolne czy nieudolne na gruncie poszczególnych kodeksów karnych. (...) Rozwój nauki prawa karnego spowodował natomiast, że w początkach XXI wieku nie zachodzi konieczność eksponowania na gruncie art. 13 § 2 k.k. znamion wskazujących *in concreto* na niemożliwość dokonania czynu zabronionego zamierzonego przez konkretnego

⁵ Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

⁶ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

sprawcę (...)”⁷. Nie można się z tym zgodzić z dwóch powodów. Po pierwsze, konieczność wystąpienia zamiaru dokonania czynu zabronionego w przypadku formy stadialnej usiłowania była już wyeksponowana odpowiednio w art. 23 § 1 k.k. z 1932 r. i art. 11 § 1 k.k. z 1969 r. Oba kodeksy karne dla karalności usiłowania wymagały bowiem umyślności. Po drugie, można poddać w wątpliwość brak potrzeby eksponowania przez ustawodawcę określonych elementów usiłowania nieudolnego. Przeczą temu pojawiające się (zarówno przed jak i po wejściu w życie obecnie obowiązującego k.k.) rozbieżności orzecznicze.

Jest oczywiste, że pominięcie w art. 13 § 2 k.k. sformułowań „zamierzonego przestępstwa”, czy też „zamierzonego skutku”, nie oznacza, że usiłowanie nieudolne jest pozbawione elementu umyślności. Takie założenie pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z art. 13 § 1 k.k., który razem z § 2 tego artykułu współokreśla normatywny kształt konstrukcji usiłowania nieudolnego i który wymaga podjęcia zachowania cechującego się zamiarem dokonania czynu zabronionego⁸. W moim przekonaniu nie można jednak zupełnie nie przywiązywać wagi do pominięcia tych wyrażeń w obecnym art. 13 § 2 k.k. Należy to traktować jako wskazówkę interpretacyjną. W poprzednio obowiązujących kodyfikacjach karnych ustawodawca zdaje się przykładać większą wagę do elementów subiektywnych czynu zabronionego popełnionego w formie usiłowania nieudolnego. Brak ich uwypuklenia w art. 13 § 2 k.k., sugeruje, że ustawodawca obecnie skłania się ku bardziej zobiektywizowanej wykładni⁹.

Przechodząc do analizy językowej art. 13 § 2 k.k. M. Małecki stwierdza, że „w art. 13 § 2 k.k. mowa jest o nadawaniu się przedmiotu do spełnienia »na nim« czynu zabronionego. Jeżeli nośnik dobra prawnie chronionego może przybrać postać fizyczną, co ma miejsce w przypadku typowej kradzieży, przyimkowo-zaimkowe określenie »na nim« wymaga każdorazowego zindywidualizowania relewantnego w danym wy-

⁷ M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 133–134.

⁸ Por. A. Liszewska, *Formy*, s. 804–808, 813–814, która uważa, że bezpośrednie zmierzanie do dokonania nie charakteryzuje usiłowania nieudolnego.

⁹ Ku koncepcji subiektywnej w poprzednim stanie prawnym skłaniał się m.in. SA w Lublinie w wyroku z dnia 8 kwietnia 1997 r., sygn. II AKA 55/97, Prokuratura i Prawo 1997, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 17 który stwierdził: „usiłowanie rozboju jest nieudolne w wypadku, gdy jego dokonanie jest niemożliwe z powodu nieposiadania przez pokrzywdzonego mienia, które sprawca zamierzał zrabować”. Podobnie wyrok SA w Katowicach z dnia 22 lutego 1996 r., sygn. II AKr 385/95, Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach 1996, nr 1–2, s. 5.

padku przedmiotu czynności wykonawczej”¹⁰. Przede wszystkim, nie ma podstaw do twierdzenia, iż „na nim” oznacza w tym wypadku „na zindywidualizowanym przez sprawcę desygnacie znamienia przedmiotu czynności wykonawczej”. „Na nim” może być równie dobrze tłumaczone jako na „obiekcie mogącym pełnić rolę przedmiotu czynności wykonawczej czynu zabronionego, do którego zmierza sprawca i który zamierza on popełnić”.

Z tego, że sprawca musi mieć zamiar popełnienia czynu zabronionego nie wynika wymóg każdorazowej szczegółowej indywidualizacji właściwości przedmiotu czynu. Prowadziłoby to do pewnych trudności związanych ze stosowaniem w praktyce art. 13 § 2 k.k. na tle stopnia owej wymaganej indywidualizacji. Przykładowo, można sobie wyobrazić sytuację, w której sprawca zamierza dokonać zaboru telefonu marki X należącego do pokrzywdzonego Jana Kowalskiego. Sprawca jednak błędnie sądzi, że zabiera telefon marki Y należący do tej samej osoby, a o swoim błędzie przekonuje się dopiero po popełnieniu czynu. Z jednej strony, dokonał on zaboru cudzej rzeczy ruchomej (w postaci telefonu stanowiącego własność Jana Kowalskiego) i obejmował to swoim zamiarem, bowiem w chwili podejmowania czynu obejmował swoją świadomością, iż nie jest uprawniony do zabrania rzeczy oraz dokonuje jej zaboru, a także chciał to zrobić. Dokonanie zamierzonego czynu było oczywiście obiektywnie możliwe, skoro planowana akcja powiodła się. Z drugiej jednak strony, przedmiot zaboru o właściwościach zindywidualizowanych przez sprawcę nieco odbiegał od przedmiotu faktycznie zabranego, więc z perspektywy subiektywistycznej można byłoby mówić o „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, co w tym wypadku pozostaje jednak w sprzeczności z warunkiem niemożności dokonania.

Podobny przypadek podaje T. Sroka¹¹: „Sprawca, który uderza innego człowieka i zabiera mu portfel celem uzyskania pieniędzy, których w tym portfelu nie ma, dopuszcza się usiłowania nieudolnego rozboju”. Takie rozstrzygnięcie budzi wiele wątpliwości. Nie można w tym wypadku mówić o usiłowaniu, skoro sprawca *de facto* zrealizował wszystkie znamiona rozboju – objął cudzy portfel we władanie (cel przywłaszczenia portfela jest wtedy wpisany w cel przywłaszczenia pieniędzy i ten pierwszy został zrealizowany). Próba uzasadniania twierdzenia, iż sprawca w istocie nie

¹⁰ M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 136.

¹¹ T. Sroka, Art. 13, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2017, s. 36.

miął zamiaru zaboru portfela (niezależnie od jego trafności) prowadziłyby do wniosku, że sprawca zrealizował znamiona tego czynu zabronionego nieumyślnie, a zatem jego zachowanie byłoby niekaralne. Ponadto, odwołując się do praktyki można zauważyć, że sprawcy rozboju na ogół działają po prostu celem uzyskania korzyści majątkowej, która nie polega wyłącznie na uzyskaniu pieniędzy, ale też innych przedmiotów o określonej wartości majątkowej, które posiada przy sobie zdecydowana większość społeczeństwa (np. telefony komórkowe, biżuteria, zegarki).

Wymóg szczególowej indywidualizacji przedmiotu działania sprawcy rodzi też pewne problemy na gruncie powołanego przeze mnie stanu faktycznego¹², w którym sprawca chce zabić osobę A, ale pomylił ją z B i w efekcie rozpoczął usiłowanie zabójstwa tej drugiej osoby. Z jednej strony M. Małecki¹³ uznaje to za przypadek usiłowania udolnego zabójstwa osoby B, natomiast w wypadku usiłowania zaboru portfela, którego ofiara nie posiada, jego zdaniem nie można przyjąć usiłowania nieudolnego, ponieważ innym obiektom nie zagrażało niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, skoro sprawca nie zmierzał do ich zaboru (na temat zależności między tworzeniem realnego zagrożenia dla dobra prawnego a zamiarem sprawcy zob. niżej); z drugiej strony, trudno nie odnieść wrażenia, że w obu tych wypadkach przedmiot wyobrażony przez sprawcę odbiega od przedmiotu rzeczywiście atakowanego, co według podejścia subiektywizującego, powinno prowadzić do wniosku, że mamy tu do czynienia z brakiem przedmiotu w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.

Na gruncie przestępczości przeciwko mieniu nierzadko zdarza się, że sprawca zamierza zabrać „jak najwięcej”. W praktyce jednak okazuje się, że wartość (zabranego lub nie) łupu jest niższa od oczekiwanej. Czy wówczas także należałoby stosować art. 13 § 2 k.k.? Wtedy każde takie usiłowanie trzeba byłoby traktować jako nieudolne. Wydaje się, że przyjęcie perspektywy subiektywistycznej prowadzi do nieuzasadnionego kryminalnopolitycznie rozszerzenia zakresu zastosowania art. 13 § 2 k.k., tym bardziej, że klóci się to z przekonaniem (dominującym w doktrynie), iż usiłowanie nieudolne zakłada, że sprawca swoim zachowaniem nie stwarza obiektywnego zagrożenia dla dobra prawnego, które zamierza zaatakować¹⁴ (w przypadku typów czynów zabronionych o złożonym przedmiocie ochrony wystarczający jest brak zagrożenia dla jednego

¹² K. Kmąk, *Glosa...*, s. 163–164.

¹³ M. Małecki, *O usiłowaniu*, s. 140–141.

¹⁴ Tak również najnowsze orzecznictwo, np. wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. II AKa 73/15, Legalis nr 1336923.

z chronionych dóbr). Tymczasem, w powyższym przypadku, mienie pokrzywdzonego nie tylko zostało bezpośrednio zagrożone, ale także naruszone. Niekiedy mogłoby dochodzić do sytuacji, w której, jak pisze E. Markowska, „o tym czy w danym przypadku mamy do czynienia z usiłowaniem udolnym, czy nieudolnym przestępstwa (...) decyduje sprawca po uprzednim przeszukaniu ofiary i stwierdzeniu, czy to co w wyniku tego znalazł, nadaje się do zaboru”¹⁵.

Stawianie takiego warunku prowadziłyby także do trudności o podłożu procesowym, co dotyczyłoby w szczególności niedokonanych przestępstw przeciwko mieniu. Organy procesowe każdorazowo musiałyby dokonywać żmudnych ustaleń, czy cechy przedmiotów objętych zamiarem sprawcy rzeczywiście odpowiadały cechom przedmiotu wyobrażonego przez sprawcę. Nie ma to nic wspólnego z zasadą sprawiedliwości i powinnością wykazania wszystkich przesłanek odpowiedzialności karnej.

M. Małecki trafnie zauważa, że nie można ustalić czynu zabronionego realizowanego przez sprawcę, „jeśli nie uwzględni się, jaki zamiar przyświecał sprawcy przystępującemu do usiłowania, co jest zgodne z postulatami interpretacji subiektywizującej”¹⁶. Tyle, że koncepcja obiektywna temu nie zaprzecza. Skoro usiłowanie odnosimy zawsze do konkretnego czynu zabronionego, a każdy typ posiada własne znamiona strony podmiotowej oraz art. 13 § 1 k.k. wymaga wystąpienia zamiaru popełnienia czynu zabronionego, to musimy zawsze wykazać zamiar zrealizowania znamion przedmiotowych czynu zabronionego określonego w odpowiednim przepisie typizującym. Jak stwierdził SA w Białymstoku: „pole rozważań do oceny, czy mamy do czynienia z usiłowaniem udolnym czy nieudolnym otwiera się dopiero w chwili, gdy przyjmujemy zamiar popełnienia czynu zabronionego”¹⁷. Konkludując, należy uznać za nietrafny zarzut cytowanego autora: „Stojąc tuż obok ofiary sprawca może ją, obiektywnie rzecz biorąc, znieważać, zgwałcić, okraść albo nawet zabić. Rodzi się pytanie, o jaki przedmiot wykonawczy chodzi i który typ czynu zabronionego ma być w tym przypadku punktem odniesienia?”¹⁸.

Na gruncie obu koncepcji oczywistym jest, że w sytuacji, w której sprawca bezpośrednio zmierza do dokonania konkretnego czynu zabronionego na ściśle określonym przedmiocie (do tego odnosi się także jego

¹⁵E. Markowska, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000, Prokuratura i Prawo 2005, nr 9, s. 127.

¹⁶M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 136.

¹⁷Wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 259/13, Legalis nr 1061964.

¹⁸M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 136.

zamiar) i przedmiot ten istnieje oraz znajduje się w jego zasięgu, mamy do czynienia z usiłowaniem udolnym, jeżeli nie zrealizował wszystkich znamion czynu zabronionego (np. usiłowanie spowodowania śmierci Jana Kowalskiego podczas jego bezpośredniego spotkania ze sprawcą). Podobnie, bezdyskusyjnie oceniany mógłby być przypadek, w którym sprawca bezpośrednio zmierza do dokonania czynu zabronionego, ale w jego zasięgu nie znajduje się jakkolwiek przedmiot mogący stanowić desygnat znamienia czynności wykonawczej czynu zabronionego (np. usiłowanie spowodowania śmierci Jana Kowalskiego w sytuacji, gdy zmarł on 20 minut przed podjęciem działania przez sprawcę). Dyskusyjne są natomiast te wypadki, w których w zasięgu sprawcy znajdują się obiekty mogące stanowić przedmiot czynu zabronionego, ale nie odnosił się do nich (lub mógł się nie odnosić) zamiar sprawcy. Punktem spornym między podejściem subiektywizującym a obiektywizującym jest zatem ocena istotności błędu sprawcy co do istnienia przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego. Innymi słowy, czy dla uznania usiłowania za nieudolne konieczny jest błąd co do istnienia jakichkolwiek przedmiotów mogących stanowić przedmiot czynu zamierzonego przez sprawcę, czy też wystarczy błąd co do wystąpienia tego przedmiotu, który został przez sprawcę wyobrażony? Problem nie dotyczy konieczności istnienia samego zamiaru popełnienia czynu zabronionego, bo dla obu stanowisk jest ona oczywista. Sporne jest natomiast, czy przy ocenie owej istotności błędu należy brać pod uwagę to, że zamiar sprawcy mógł odnosić się do ściśle określonego desygnatu znamienia przedmiotu czynności wykonawczej.

Nie można podzielić zapatrywania M. Małeckiego, iż w przypadku, gdy sprawca nie może zabrać objętego zamiarem portfela (bo pokrzywdzony go nie ma) „Uznanie, że sprawca miał zamiar ukraść ofierze skarpetki bądź bieliznę byłoby tak samo absurdalne jak stwierdzenie, że miał on zamiar ją zgwałcić lub porwać dla okupu”¹⁹. Rozważanie w tym wypadku zgwałcenia lub porwania jest bezprzedmiotowe, skoro sprawca nie miał zamiaru co do popełnienia tych przestępstw. Nie miał zamiaru również atakowania takich dóbr prawnych jak np. wolność seksualna przynależna określönemu pokrzywdzonemu. Miał natomiast zamiar naruszenia cudzego mienia. Istotne jest to, że stosując np. przemoc zamierzał dokonać zaboru cudzej rzeczy ruchomej. Błąd sprawcy co do właściwości tej rzeczy ruchomej, czy jej postaci, należy traktować jako *error in objecto*²⁰.

¹⁹ Tamże, s. 138.

²⁰ Por. A. Jezusek, Glosa..., s. 163–165.

W gruncie rzeczy sprawca atakuje mienie tego samego dysponenta dobra prawnego w postaci mienia. W sytuacji, gdy ofiara nie ma przy sobie portfela, ale ma telefon, trudno dopatrzeć się w tym zbrodni działania, prowadzącego do przyjęcia, iż nośnik dobra prawnego w postaci telefonu jest atakowany nieумыślnie.

Nie mamy w tym przypadku do czynienia z obiektywną niemożnością dokonania czynu zabronionego, która charakteryzuje usiłowanie nieudolne. Obiektywnie można bowiem dokonać zaboru cudzej rzeczy ruchomej po zastosowaniu przemocy na określonym dysponencie dobra prawnego w postaci mienia. Można tu mówić co najwyżej o subiektywnej niemożności dokonania²¹ tego czynu zabronionego (sprawca zdyskwalifikował bowiem pewien krąg desygnatów przedmiotu wykonawczego) – takiej cechy usiłowanie nieudolne określone w art. 13 § 2 k.k. jednak nie posiada.

Stojąc na stanowisku subiektywizującym problematyczna jest także ocena stanów faktycznych, w których sprawca zamierza zabrać rzeczy należące do innej osoby, ale świadomie zawęża ich krąg jedynie do tych obiektów, które uzna za wartościowe, jednocześnie nie wiedząc, co dokładnie pokrzywdzony aktualnie posiada²². Jeżeli zachowanie sprawcy kończy się na usiłowaniu (np. ze względu na skuteczne działania obronne ze strony atakowanego), to z jednej strony sprawca miał zamiar dokonania zaboru cudzej rzeczy ruchomej, z drugiej jednak, podążając drogą subiektywizmu, nie wiemy co dokładnie było objęte zamiarem sprawcy, bowiem nie zdążył on dokonać oceny przedmiotów pod względem ich atrakcyjności.

²¹Dobrym tego przykładem jest sytuacja przedstawiona przez A. Jezuska (tamże, s. 165). Czy można mówić o usiłowaniu nieudolnym, gdy sprawca w celu zaboru samochodu osobowego włamuje się do magazynu, w którym znajdują się wyłącznie dźwigi i maszyny przemysłowe, na zabór których sprawca nie był przygotowany? W przypadku odpowiedzi negatywnej należałoby się zastanowić, czy można uzależniać brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego od np. siły fizycznej jaką cechuje się określony sprawca. Może się bowiem okazać, że np. w przypadku rzeczy ruchomych o masie 100 kg (niezależnie od zamiaru) dla jednego sprawcy okażą się przedmiotem nadającym się do zaboru, natomiast z perspektywy innego prowadzić to będzie do przyjęcia (na podstawie wykładni subiektywizującej) art. 13 § 2 k.k. Taki rezultat byłby jednak sprzeczny z założeniem usiłowania nieudolnego odnoszącego się do obiektywnej niemożności dokonania zamierzonego czynu. Podobnie SN w wyroku z dnia 3 listopada 1983 r., sygn. II KR 227/83, OSNPG 1984, nr 5, poz. 36.

²²Podobnie J. Biederman, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000, *Palestra* 2001, nr 7–8, s. 213–214, który podaje przykład sprawcy włamującego się do muzeum z zamiarem zabrania tylko tych obrazów, które mu się spodobają – w chwili podejmowania czynności nie wie zatem, co dokładnie chce zabrać.

Odnosząc się do postaci usiłowania zaboru pieniędzy (np. 200 zł), gdy pokrzywdzony posiada niedostateczną (z punktu widzenia oczekiwań sprawcy, np. 5 zł) ich ilość²³ M. Małecki przyjmuje, iż w tym wypadku mamy do czynienia z usiłowaniem udolnym, ponieważ „sprawca miał zamiar zabrać także tę 5-złotową monetę”²⁴. Jakkolwiek, pojawia się tutaj wątpliwość, czy według ujęcia subiektywizującego mamy tu do czynienia z tożsamością przedmiotu możliwego do zabrania i przedmiotu objętego zamiarem, to należy zauważyć, że nawet przyjęcie takiego punktu widzenia nie usuwa wszystkich problemów. Co zrobić w sytuacji, gdy sprawca zamierza dopuścić się kradzieży polskich złotych, natomiast ofiara posiada przy sobie jedynie węgierskie forinty? Czy wedle stanowiska subiektywizującego również można przyjąć, że skoro sprawca miał zamiar zaboru złotych, to tym bardziej miał zamiar zaboru forintów (z uwagi na art. 115 § 9 k.k. nie ma wątpliwości co do uznania ich za rzeczy ruchome)? Podobne wątpliwości mogą wystąpić w wypadku, gdy ofiara wprawdzie nie ma gotówki o wartości 200 zł, ale posiada przy sobie kartę płatniczą, za pomocą której możliwe jest skorzystanie z takiej ilości pieniędzy. Jeżeli przyjąć wąskie ujęcie przedmiotu czynu zabronionego, charakterystyczne dla teorii subiektywnej, to należałoby dojść do wniosku, że w istocie przedmiot możliwy do zaboru nie jest tożsamy z przedmiotem wyobrażonym, co w konsekwencji prowadzi do uznania, iż mamy do czynienia z brakiem przedmiotu w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.²⁵

M. Małecki stwierdza, że „Jeśli jednak włamywacz dostał się do lokalu oczekując, że wejdzie w posiadanie konkretnego przedmiotu lub pewnej klasy przedmiotów, np. biżuterii, pieniędzy, roweru, sprzętu elektronicznego itp., a zastał wewnątrz jedynie puste ściany i potłuczone doniczki o wartości 3 zł, trudno w praktyce życia przyjąć, by miał realny zamiar

²³ Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/00, OSP 2001, nr 4, poz. 53.

²⁴ M. Małecki, *O usiłowaniu...*, s. 143.

²⁵ Na marginesie należy zauważyć, że przymiotem rzeczy ruchomych jest posiadanie wartości materialnej, być może za wyjątkiem niektórych przedmiotów wymienionych w art. 115 § 9 k.k. (zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 13 listopada 2003 r., sygn. II AKa 236/03, KZS 2004, nr 6, poz. 56). Wartość materialna na ogół jest wyrażana w pieniądzu. Rodzi się pytanie, dlaczego sytuację związaną z pieniędzmi traktować jako usiłowanie udolne, natomiast stan, w którym sprawca zamierza zabrać 1000 zł, a ofiara nie posiada przy sobie jakiegokolwiek gotówki, a ma przy sobie złoty pierścionek o wartości 800 zł (który można przecież spieniężyć), uznać za przypadek usiłowania nieudolnego? Wydaje się, że ograniczanie zastosowanej przez M. Małeckiego argumentacji opartej na matematycznej teorii zbiorów, jedynie do rzeczy ruchomych w postaci pieniędzy, nie jest konsekwentne.

dokonania kradzieży tego rodzaju »śmieci«, stanowiących minimalną wartość majątkową i zupełnie do niczego niepotrzebnych”²⁶. Można więc postawić pytanie, czy w każdym przypadku drastycznej rozbieżności wartości przedmiotu, który sprawca miał zamiar zabrać, a przedmiotem, który mógł zabrać, należy przyjmować usiłowanie nieudolne. Choćby w przypadku stanu faktycznego będącego przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Lublinie²⁷ mieliśmy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Sprawcy mieli bowiem zamiar dokonania zaboru pieniędzy w kwocie 18 000 zł. Tymczasem w domu pokrzywdzonego znajdowała się jedynie gotówka o wartości 80 zł, czyli mniej niż 1% wartości przedmiotu objętego zamiarem sprawców. Czy z tego powodu można taki przedmiot uznać za „śmieć”? Wydaje się, że o braku przedmiotu nie może decydować zamiar sprawcy, lecz obiektywna rzeczywistość. Wygórowane, niespełnione oczekiwania sprawcy mogą świadczyć co najwyżej o niezrealizowaniu celu rozbójniczego.

Subiektywiści często zwracają uwagę, iż zamiar sprawcy jest nierozdzielnie powiązany nie tylko ze znamieniem „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, ale także z bezpośrednim zmierzaniem do dokonania czynu zabronionego. M. Małecki kategorycznie stwierdza, że „zamiar sprawcy determinuje przede wszystkim ustalenie, czy w ogóle doszło do zagrożenia dobru prawnemu, którego naruszenie było celem działania sprawcy przystępującego w danym miejscu i czasie do usiłowania. Zagrożenie dla dobra prawnego mogło być bowiem niemożliwe, z uwagi na rozbieżność między tym, co sprawca chciał osiągnąć, a tym co *in concreto* mógł osiągnąć, a w rezultacie usiłowanie to, ze względu na cel działania sprawcy, zorientowany na konkretny nośnik dobra chronionego prawnie, mogło okazać się w danych okolicznościach nieudolne”. I dalej: „Bez zamiaru dokonania kradzieży z włamaniem nigdy nie rozpocznie i nie urzeczywistni się czyn polegający na zmierzaniu sprawcy do zabrania cudzej rzeczy ruchomej po przełamaniu chroniącego ją zabezpieczenia, dlatego w teorii prawa karnego mowa jest w tych specyficznych sytuacjach o tzw. subiektywnej determinancie bezprawności czynu, bez której zachowanie sprawcy pozostaje prawnokarnie irrelevantne”²⁸. Przede wszystkim należy zauważyć, że

²⁶M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 144.

²⁷Wyrok SA w Lublinie z dnia 25 września 2013 r., sygn. II AKa 131/13, LEX nr 1381450.

²⁸M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 137, 142. Podobnie, aczkolwiek nie tak kategorycznie A. Jezusek, Glosa..., s. 157: „brak obiektu będącego przedmiotem zamiaru sprawcy może w niektórych przypadkach być równoznaczny z brakiem niebezpieczeństwa dla

z punktu widzenia normy sankcjonowanej co do zasady nie ma znaczenia nastawienie psychiczne sprawcy do czynu naruszającego nakaz lub zakaz wyrażony w tej normie. Innymi słowy, dla uznania zachowania za bezprawne na ogół nie jest konieczne badanie umyślności lub nieumyślności sprawcy. Normę sankcjonowaną zakazującą naruszania cudzej własności lub innych praw majątkowych narusza zarówno próba zaboru cudzej rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia (świadome i celowe pozbawienie dysponenta rzeczy władztwa nad rzeczą – umyślne w rozumieniu art. 9 § 1 k.k.), jak i próba omyłkowego zabrania czyjejs rzeczy (które, z uwagi na brak świadomości choćby co do nieposiadania tytułu prawnego do tego przedmiotu, musi być uznane za nieumyślne w rozumieniu art. 9 § 2 k.k.). W obu tych przypadkach wystąpiło zagrożenie dla dobra prawnego w postaci cudzego mienia, bowiem zaistniało niebezpieczeństwo, iż rzecz ruchoma zostanie wyjęta spod władztwa osoby uprawnionej.

Dla usiłowania kradzieży z włamaniem konieczne jest wystąpienie zamiaru popełnienia takiego czynu zabronionego, z uwagi na konstrukcję usiłowania (art. 13 § 1 k.k.). Czy jednak w przypadku usiłowania dokonania umyślnego czynu zabronionego można zawsze stwierdzić, że sprawca zagraża jedynie tym dobrom, które zamierza naruszyć? Można sobie wyobrazić przykład sprawcy zamierzającego dokonać rozboju (art. 280 § 1 k.k.) za pomocą użycia przemocy wobec osoby. Łączy się to immanentnie z naruszeniem nietykalności człowieka (w przypadku użycia przemocy) oraz z naruszeniem cudzego mienia. Czy jednak nigdy w takim przypadku nie dochodzi do zagrożenia np. zdrowia pokrzywdzonego, jeżeli sprawca nie ma zamiaru naruszenia tego dobra prawnego w odniesieniu do konkretnej osoby? Może być bowiem tak, że sprawca zakłada zastosowanie przemocy w stopniu nieprowadzącym do naruszenia zdrowia nawet w zakresie art. 157 § 2 k.k. (np. przewidyuje odepchnięcie i powalenie ofiary w celu odebrania jej wszelkich wartościowych rzeczy ruchomych), ale jednocześnie skutek zastosowania takiego sposobu oddziaływania na pokrzywdzonego dojdzie do wystąpienia skutku z art. 157 § 1 k.k., czego sprawca nie przewidywał, ale mógł przewidzieć (np. odepchnięcie ofiary faktycznie doprowadziło do złamania jej ręki w wyniku nieszczęśliwego upadku). Szczególnego znaczenia nabiera to w przypadku realizacji alternatywnego znamienia czynnościowego rozboju w postaci „doprowadzenia do stanu nieprzytomności”; nieprzytom-

dobra prawnego”, ponieważ „sprawcę popycha do wyczerpania znamion określona motywacja”.

ność²⁹ jest bowiem stanem, który nietrudno powiązać z pewnym zagrożeniem dla zdrowia człowieka, w szczególności gdy dojdzie do tego z powodu ingerencji innej osoby.

Czym innym jest zatem tworzenie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, a czym innym wystąpienie zamiaru dokonania czynu zabronionego. W przypadku usiłowania nieudolnego zamiar jest oczywiście konieczny; nie jest natomiast tak, że w toku usiłowania sprawca zagraża jedynie tym nośnikom dobra prawnego przysługującego konkretnemu dysponentowi, którym jest zainteresowany. Jeżeli sprawca używa przemocy wobec ofiary, to, obiektywnie rzecz biorąc, zagrożony zaborem jest nie tylko telefon posiadany przez pokrzywdzonego, ale również jego portfel, o którego istnieniu sprawca nie był świadomy w trakcie podejmowania swojego czynu³⁰. Brak zagrożenia dla dobra prawnego wynika bowiem z braku przedmiotów mogących pełnić rolę przedmiotu czynności wykonawczej³¹.

Próbując wykazać immanentne powiązanie zamiaru z realnym zagrożeniem dla dobra prawnego, M. Małecki pisze, że według koncepcji obiektywnej „osoby stojące obok siebie w autobusie obiektywnie i wzajemnie stwarzają realne zagrożenie dla dobra prawnego w postaci własności, a więc zmiernie bezpośrednio do zabrania cudzej rzeczy ruchomej w rozumieniu przepisów o usiłowaniu udolnym, ponieważ w zasięgu ich ręki znajduje się bardzo dużo rzeczy, które można zabrać. Pasażer jest oczywiście w stanie tak zmodyfikować swoje zachowanie, by bierną pozycję stojącą lub siedzącą zamienić na aktywne zabieranie cudzej torebki czy plecaka”³². Przedstawiona argumentacja jest całkowicie nie trafna. Po pierwsze, stanie obok innego pasażera (nawet z powziętym zamiarem popełnienia kradzieży, ale bez podjęcia rozpoznawalnego obiektywnie zachowania) nie jest zachowaniem bezprawnym, ponieważ nie tworzy nieakceptowalnego społecznie zagrożenia

²⁹Rozumiana jako „stan umysłowy człowieka, w którym jest on pozbawiony możliwości percypowania informacji dotyczących otaczającej go rzeczywistości, a więc pozbawiony świadomości, decydującej o możliwości postrzegania, percepcji oraz oceny i decydowania w określonych stanach faktycznych” [M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Komentarz do art. 280 Kodeksu karnego, (w:) A. Zoł (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363, Warszawa 2016, teza 44].

³⁰Zamiar zrelatywizowany do konkretnego nośnika dobra prawnego może zadecydować co najwyżej o naruszeniu tego dobra (w postaci określonego nośnika, np. telefonu).

³¹Wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. II AKa 73/15, Legalis nr 1336923.

³²M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 143.

naruszenia cudzego mienia – pozostawanie w jednym miejscu obok innych osób (nawet z przestępnym zamiarem, albowiem, zgodnie z utrwaloną zasadą, sam zamiar nie podlega karze) jest czynem w pełni legalnym. Po drugie, rozważanie w tym przypadku usiłowania jest bezprzedmiotowe (nawet w sytuacji powzięcia zamiaru), ze względu na niezrealizowanie znamienia „bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego”. Niezależnie bowiem od kwestii stworzenia zagrożenia dla dobra prawnego, zachowanie ewentualnego sprawcy nie osiągnęło ostatniej fazy działalności niezbędnej dla urzeczywistnienia ewentualnego zamiaru dokonania czynu zabronionego³³. W tym wypadku konieczne dla rozważania usiłowania byłoby np. sięgnięcie ręką po cudzą rzecz. Wreszcie, po trzecie, na całkowitym nieporozumieniu opiera się argumentacja, iż teoria obiektywizująca prowadzi do przyjmowania usiłowania w przypadku czynów całkowicie legalnych. Teoria ta obiektywizuje jedynie znamię przedmiotu wykonawczego w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., a rozważanie realizacji tego znamienia jest celowe jedynie w przypadku spełnienia pozostałych znamion usiłowania, z czym nie mamy tu do czynienia.

Próba przeciwstawienia tego kazusu przypadkowi, w którym sprawca po użyciu przemocy przeszukuje kieszenie ofiary w poszukiwaniu portfela, którego ofiara nie ma, zakwalifikowanemu jako usiłowanie udolne, jest nad wyraz chybione. W tym ostatnim przypadku mamy bowiem do czynienia z oczywiście bezprawnym czynem, który osiągnął już fazę bezpośredniego zmierzania do dokonania rozboju.

Należy przy tym opowiedzieć się przeciwko utożsamianiu znamienia bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego ze stworzeniem realnego zagrożenia dla dobra prawnego³⁴. Nie jest to powiązanie występujące w każdych okolicznościach. Dotyczy to nie tylko usiłowania nieudolnego, ale także przypadków usiłowania dokonania czynu zabronionego w formie sprawstwa kierowniczego lub sprawstwa polecającego (art. 18 § 1 zd. 3 i 4 k.k.), czy też usiłowania niesprawczych form współdziałania (podżeganie i pomocnictwo – art. 18 § 2 i 3 k.k.). W doktrynie występuje pogląd, iż usiłowanie sprawstwa kierowniczego może zostać zrealizowane, gdy sprawca kierowniczy podjął czynności zmierzające bezpośrednio do kierowania zachowaniem bezpośredniego wykonawcy, nawet gdy ten ostatni nie podjął żadnego zachowania; analogicz-

³³Wyrok SN z dnia 23 października 1967 r., sygn. III KR 113/67, OSP 1970, nr 3, poz. 65. Podobnie ujmuje to m.in. T. Sroka, Art. 13, s. 17.

³⁴Podobnie B. Stefańska, Art. 13, s. 6.

nie wypada ocena w odniesieniu do sprawstwa polecającego, gdy sprawca polecający wydał polecenie, a adresat polecenia odebrał je, miał świadomość istnienia stosunku zależności, ale nie podjął żadnych czynności zmierzających do wykonania polecenia. Usiłowanie podżegania można przyjąć, gdy nakłaniający podjął czynności zmierzające do nakłaniania innej osoby do dokonania czynu zabronionego, jednak nie osiągnął zamierzonego rezultatu. Analogicznie wypada ocena w odniesieniu do pomocnictwa, gdy pomocnik podjął czynności zmierzające ułatwienia innej osobie popełnienia czynu zabronionego, co się ostatecznie nie powiodło³⁵. We wszystkich tych przypadkach trudno dopatrzeć się zarówno realnego zagrożenia dla dóbr prawnych osoby trzeciej, jak i normatywnych racji uzasadniających wykluczenie odpowiedzialności za usiłowanie. To potwierdza tezę, iż na gruncie regulacji obecnego kodeksu karnego bezpośrednio zmierzanie nie zawsze polega na stworzeniu nieakceptowanego społecznie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego; decydującym kryterium jest bowiem osiągnięcie przez sprawcę ostatniej fazy działalności przed dokonaniem czynu zabronionego.

Na marginesie, nietrafne jest także stawianie mi zarzutu, iż powtórzyłem niespójność występującą w uchwale Sądu Najwyższego³⁶. Dla przypomnienia, SN w znacznej mierze uzasadnia trafność stanowiska obiektywizującego. Jednakże druga teza przyjęta przez najwyższą instancję sądową temu zaprzecza, bowiem w uzasadnieniu stwierdzono: „Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem”³⁷, co należy rozumieć w ten sposób, iż dla odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne konieczne jest wystąpienie zamiaru dokonania czynu zabronionego na tych przedmiotach (desygnatach znamienia przedmiotu czynności wykonawczej), które nie wystąpiły w rzeczywistości w zasięgu działania sprawcy. Jeżeli natomiast wystąpiły desygnaty znamienia przedmiotu wykonawczego, ale zamiar sprawcy

³⁵P. Kardas, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, teza 79, 112, 198–200. Odnośnie wspomnianych form sprawczych por. A. Liszewska, Z problematyki kodeksowej regulacji współdziałania przestępnego, Państwo i Prawo 2013, nr 7, s. 90–91.

³⁶M. Małecki, O usiłowaniu..., s. 137.

³⁷Uchwała I KPZ 16/16, LEX nr 2188437.

odnosił się do innych desygnatów tego znamienia, to, zdaniem SN, nie można przyjąć usiłowania udolnego w odniesieniu do tych obiektów. Moje stanowisko tej niekonsekwencji nie powtarza. Nie ma bowiem podstaw do zawężającej wykładni znamienia „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, tj. sprowadzania go do „braku przedmiotu ściśle określonego przez sprawcę”. Z drugiej strony nie można go wyklądać w kierunku rozszerzającym, tj. „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim jakiegokolwiek czynu zabronionego” z uwagi na uwzględnienie zamiaru popełnienia czynu zabronionego w znamionach usiłowania³⁸. Dlatego zaproponowałem stosowanie trzech kryteriów subiektywnych dotyczących granic usiłowania nieudolnego; w tym celu niezbędne jest ustalenie:

- 1) dobra prawnego, jakie sprawca zamierza zaatakować,
- 2) dysponenta tego dobra prawnego,
- 3) czynu zabronionego, jaki sprawca zamierza zrealizować atakując dobro prawne określonego dysponenta³⁹.

Dla jasności stanowisk można posłużyć się popularnym przykładem sprawcy zamierzającego dokonać rozboju. Jego zamiar jest nakierowany na ściśle określony przedmiot w postaci portfela. Pokrzywdzony portfela nie posiada, ale ma m.in. telefon. Zdaniem SN, skoro sprawca miał zamiar jedynie co do portfela, to wykluczone jest w tym przypadku zastosowanie konstrukcji usiłowania udolnego, więc należy przyjąć usiłowanie nieudolne⁴⁰. Według stanowiska obiektywizującego, przynajmniej w moim ujęciu, zachowanie sprawcy należy uznać za usiłowanie udolne. Zamierzał on zaatakować dobro prawne w postaci mienia ściśle określone-

³⁸ Podobnie A. Jezusek, Glosa..., s. 156–157.

³⁹ K. Kmąk, Glosa..., s. 166 (ostatni warunek określiłem w tym miejscu jako „kwalifikacja prawna zachowania”).

⁴⁰ Należy podzielić pogląd A. Jezuska, Glosa..., s. 154, iż „identyfikowanie się przez SN z obiektywistycznym kierunkiem jest mylące, ponieważ z uchwały wynika, że *summa summarum* ustalenia co do zamiaru sprawcy w zakresie przedmiotu oddziaływania mogą okazać się relewantne prawnie w kontekście instytucji usiłowania nieudolnego”. Stanowisko SN w pełni podziela D. Krakowiak, Glosa..., który stwierdza: „Sprawca stosuje przemoc w celu uzyskania od pokrzywdzonego smartfona, jednak odstępuje od dokonania z tego powodu, że ofiara nie ma przy sobie wyobrażonej przez napastnika rzeczy. W tym układzie rzeczy wystąpiło usiłowanie udolne, albowiem oceniając *ex ante* – w momencie przystępowania przez sprawcę do realizacji zamiaru – istniały rzeczy nadające się do dokonania na nich przestępstwa (odzież, drobne pieniądze). Nie można jednak pomijać, że zamiar napastnika był ukierunkowany na zabór smartfona, co spowodowało, że pochod przestępstwa zatrzymał się na stadium usiłowania”. Cytowany autor nie doprecyzowuje jednak, jakie znaczenie ma fakt, iż zamiar sprawcy był nakierowany na ściśle określony przedmiot.

go dysponenta (irrelewantna pozostaje natomiast postać owego mienia – istotne jest wystąpienie przedmiotu wykonawczego w jakiegokolwiek formie przy zachowaniu powyższych kryteriów subiektywnych). Atak ten był przeprowadzony w ramach realizacji znamion rozboju. Aby przypisać mu usiłowanie nieudolne, konieczne byłoby niewystąpienie jakiegokolwiek desygnatu znamienia cudzej rzeczy ruchomej⁴¹.

Wskazane przeze mnie kryteria subiektywne mają na celu ograniczyć całkowite zmarginalizowanie instytucji usiłowania nieudolnego i wyłączenie spod jego zakresu tych sytuacji, w których dokonanie czynu zabronionego jest faktycznie niemożliwe. Gdyby bowiem ich zupełnie nie uznawać, to strzał z zamiarem zabicia Jana Nowaka wymierzony do manekina nie mógłby zostać uznany za usiłowanie nieudolne, ponieważ w pobliżu manekina mogłyby się znajdować inne przedmioty potencjalnie nadające się do pełnienia roli przedmiotu wykonawczego⁴². Sprawca wprawdzie zamierza zaatakować dobro prawne w postaci życia, ale z uwagi na to, że jego zachowanie, realizujące znamiona usiłowania zabójstwa, było wymierzone w konkretnego dysponenta tego dobra, nie może być uznane za usiłowanie udolne spowodowania śmierci innych osób⁴³. Co innego w wyżej wymienionym przykładzie rozboju. Tam sprawca działa wciąż przeciwko temu samemu dobru prawnemu tego

⁴¹ K. K m ą k, *Glosa...*, s. 162–163.

⁴² Przy tym dość osobliwie wygląda zarzut uczyniony przez M. Ma ł e c k i e g o, *O usiłowaniu...*, s. 142, iż „Stanowisko to jest niespójne z podstawowym założeniem koncepcji obiektywnej, zgodnie z którym nie uwzględnia się zamiaru sprawcy skierowanego na zindywidualizowany nośnik dobra chronionego prawnie”. Nigdzie bowiem nie stwierdziłem, że zamiar nie ma żadnego znaczenia dla przyjęcia realizacji znamion z art. 13 § 2 k.k.

⁴³ Nietrafnie zatem M. Ma ł e c k i (tamże, s. 141), używając przykładu snajpera próbującego pozbawić życia osoby A (której nie było w pojeździe; była tam natomiast osoba B), przypisuje mi pogląd, według którego mamy w tym wypadku do czynienia z usiłowaniem udolnym zabójstwa B. Skoro zamiarem sprawcy było naruszenie dobra prawnego w postaci życia przysługującego konkretnemu dysponentowi tego dobra (osoba A), to w tym zakresie dokonujemy oceny udolności jego usiłowania. To, że w zasięgu sprawcy znajdowały się inne żyjące osoby, nie ma tutaj znaczenia. Na marginesie, zbyt daleko idącą wydaje się teza cytowanego autora, iż w przypadku oddania strzału do samochodu, w którym znajduje się osoba B, „nie oznacza, że zagrożone zostało również życie osoby B”. Strzelanie do pojazdów mechanicznych, w których znajdują się ludzie stanowi naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym jakim jest życie ludzkie i tym samym stwarza dla niego niedozwolone wysokie niebezpieczeństwo, czego nie zmienia fakt, iż nie można rozważać odpowiedzialności karnej sprawcy w kontekście usiłowania zabójstwa osoby B (choćby z uwagi na brak zamiaru pozbawienia życia tej osoby).

samego dysponenta realizując ten sam czyn zabroniony – nie ma zatem podstaw do odrzucenia usiłowania udolnego.

Do pewnych komplikacji praktycznych prowadzi przyjęcie stanowiska, iż w razie usiłowania nieudolnego (według ujęcia subiektywistycznego) zabrania pieniędzy, których pokrzywdzony nie ma przy sobie, a następnie usiłowania zaboru roweru (który ofiara już posiada), mamy do czynienia z dwoma czynami, ze względu na powzięcie nowego zamiaru⁴⁴. Można spróbować zaadaptować ten pogląd do prostego stanu faktycznego, związanego z dokonaniem kradzieży. Sprawca początkowo sięga do damskiej torebki w celu zaboru portfela należącego do właścicielki tej torebki. Jednocześnie nie jest on świadomy, że w tej torebce znajduje się również telefon mający wartość podobną do wartości pieniędzy znajdujących się w portfelu. Sprawca zabiera portfel, a po wyjęciu go, odkrywa, że w torbie leży także telefon. Podejmuje zatem zamiar jego zaboru, a następnie go urzeczywistnia. Trudno przyjąć, że można użyć w tym miejscu konstrukcji czynu ciągłego (art. 12 k.k.), skoro zamiar sprawcy co do zaboru tych dwóch rzeczy, nie był powzięty z góry. Skoro sprawca podjął dwa zamiary, to według poglądu subiektywnego, mamy do czynienia z dwoma czynami, a tym samym dwoma dokonanymi kradzieżami, co powinno prowadzić do przyjęcia realnego zbiegu przestępstw – czyny te charakteryzowały się bowiem podobnym stopniem społecznej szkodliwości, co powinno wykluczać uznanie tego zbiegu za pomijalny.

Nie negując utrwalonego poglądu, iż tożsamość zamiaru jest jednym z kryteriów jedności czynu, należy opowiedzieć się przeciwko wyżej przedstawionemu pogładowi. W istocie, nie mamy tu do czynienia z nowym zamiarem sprawcy – wciąż odnosi się on bowiem do realizacji znamion tego samego typu czynu zabronionego wobec dobra prawnego tego samego dysponenta (przykładowo, wciąż ma zamiar popełnienia kradzieży określonych przedmiotów należących do właścicielki torebki). Do powzięcia nowego zamiaru doszłoby, gdyby sprawca zdecydował o podjęciu zachowania realizującego znamiona innego typu (np. rozboju) lub zdecydował o realizacji znamion tego samego typu, ale wobec innego pokrzywdzonego. Przeciwny pogląd prowadzi do sztucznego dzielenia tego samego zachowania na wiele czynów (co nierzadko prowadziło do nadmiernego pogorszenia sytuacji sprawcy).

Przy okazji rozważania problemów związanych np. z usiłowaniem kradzieży (art. 278 § 1 k.k.), może powstać do rozstrzygnięcia kwestia związana z typami przepołowionymi, tj. np. stosunkiem zależnego prze-

⁴⁴ Tamże, s. 139.

stępstwa do wykroczenia kradzieży (art. 119 § 1 k.w.)⁴⁵. Przede wszystkim należy zauważyć, że wskazane wykroczenie ma inny przedmiot czynności wykonawczej. W jego przypadku jest to cudza rzecz „jeżeli jej wartość nie przekracza ¼ minimalnego wynagrodzenia”. To oznacza, że przedmiotem czynu zabronionego z art. 278 § 1 k.k. może być rzecz ruchoma o wartości przekraczającej ¼ minimalnego wynagrodzenia. Tym samym, teoretycznie niewykluczone są sytuacje jednoczynowego zbiegu usiłowania nieudolnego kradzieży przestępnej z dokonaniem wykroczeniem kradzieży⁴⁶, jeżeli w zasięgu sprawcy atakującego mienie określonego pokrzywdzonego (lub pokrzywdzonych) i zamierzającego dokonać kradzieży przestępnej znajdują się wyłącznie rzeczy ruchome należące do ww. pokrzywdzonego (lub pokrzywdzonych) o wartości nieprzekraczającej progu kontrawencjonalizacji.

To pozwala uniknąć konsekwencji, które opisuje M. Małecki: „umyślne usiłowanie udolne kradzieży będącej przestępstwem zostaje skutecznie doprowadzone do końca i przekształca się wówczas w umyślne dokonanie kradzieży będącej tylko wykroczeniem”⁴⁷. Oczywiście, możliwe są także przypadki jednoczynowego zbiegu usiłowania przestępstwa kradzieży z dokonaniem kradzieży wykroczeniowej (gdy sprawca umyślnie zmierza do zaboru rzeczy określonych w art. 278 § 1 k.k., ale udaje mu się zabrać rzeczy o wartości poniżej granicy kontrawencjonalizacji). Jest także jasne, że zamiar sprawcy odniesiony wyłącznie do kradzieży rzeczy z art. 119 § 1 k.w. wyklucza przekształcenie jego czynu w przestępstwo⁴⁸.

⁴⁵Z mocy postanowień art. 130 § 2 i 3 k.w. wskazany problem nie dotyczy kradzieży z włamaniem i rozboju.

⁴⁶*Prima facie* mogłoby się to wydać wykluczone, ze względu na niemożność przyjęcia usiłowania nieudolnego, skoro doszło do stworzenia realnego zagrożenia dla dobra prawnego w postaci mienia. Takie stanowisko należy jednak odrzucić. Zagrożenie dotyczy jedynie mienia chronionego w ramach art. 119 § 1 k.w., tj. jego nośników w postaci rzeczy ruchomych o wartości nieprzekraczającej ¼ minimalnego wynagrodzenia. Nie jest zagrożone mienie chronione w ramach art. 278 § 1 k.k., skoro w zasięgu sprawcy nie znajdują się rzeczy ruchome o wartości przekraczającej próg kontrawencjonalizacji. Podobnie należy rozstrzygać sytuacje związane z usiłowaniem typów zmodyfikowanych (np. art. 278 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k.). Pozwala to uniknąć obaw związanych z nieuzasadnionym złagodzeniem odpowiedzialności karnej, o których pisze A. Jezusek, *Glosa...*, s. 160.

⁴⁷M. Małecki, *O usiłowaniu...*, s. 145, przypis 34.

⁴⁸Jednakże nieświadomość sprawcy co do wartości zabieranego przedmiotu (np. niedoszacowanie jego wartości) nie wyłącza jego odpowiedzialności za przestępstwo, jeżeli jego zamiarem był zabór tego przedmiotu.

Należy pokrótce odnieść się do drugiej podstawy karalności usiłowania nieudolnego, tj. użycia środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego, co może mieć potencjalne znaczenie dla interpretacji pierwszej podstawy, tj. braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego. Opowiadam się zobiiektywizowanym rozumieniem obu tych podstaw. M. Małecki pisze, iż pogląd ten „opiera się na nieuzasadnionym przedzałożeniu, iż znamię wskazujące na użycie niewłaściwego środka powinno być interpretowane w sposób obiektywny”⁴⁹. Zgodzić się należy z A. Jezuskiem, gdy pisze: „Czy podanie człowiekowi cukru jest środkiem nadającym się do spowodowania jego śmierci? Zależy od okoliczności. Jeżeli cukier podano cukrzykowi cierpiącemu na hiperglikemię, wskutek zażycia cukru może nastąpić śmierć człowieka. Jeżeli cukier podano osobie zdrowej, mamy do czynienia z nieszkodliwą substancją”⁵⁰. Stąd można wywnioskować, że chyba zbyt restrykcyjne jest stanowisko przedstawione przed laty przez Sąd Najwyższy, iż kryterium oceny powinny być nie tylko istniejące warunki usiłowania, ale też te, które byłyby dla sprawcy najkorzystniejsze⁵¹. Gdyby to zaadaptować na grunt stanu faktycznego, w którym sprawca zamierza zabić osobę zdrową za pomocą podania jej cukru, to należałoby (przy uprzednim stwierdzeniu, iż jest to zachowanie bezprawne, co również jest wątpliwe) stwierdzić, iż stanowi to usiłowanie udolne, ponieważ przy zaistnieniu najkorzystniejszych warunków, dokonanie zabójstwa byłoby możliwe (np. zachorowanie niedoszłej ofiary na cukrzycę).

Kluczowa jest ocena, czy środek użyty przez sprawcę (w sposób przez niego ustalony) może prowadzić do dokonania zamierzonego czynu zabronionego. Jeżeli sprawca posiada atrapę pistoletu i uroił sobie, że ma do czynienia z prawdziwym, prawidłowo funkcjonującym pistoletem, to należy ocenić, czy środek ten ze swej istoty nie nadaje się do dokonania tego czynu zabronionego w zamierzony sposób. Innymi słowy, czy np. wskazana atrapa nie nadaje się do zadania śmierci człowiekowi

⁴⁹Tamże, s. 146. Pomija on jednak argumentację przedstawioną przeze mnie za tym stanowiskiem (zob. K. Kmąk, Glosa, s. 157, przypis 4 i s. 159, przypis 8).

⁵⁰A. Jezusek, Glosa..., s. 159; trudno jednak zgodzić się z wnioskiem tego autora, iż takie rozumowanie przemawia na rzecz wykładni subiektywizującej. Przecież właściwości i przydatność środka użytego do popełnienia czynu zabronionego są okolicznościami zewnętrznymi i niezależnymi od sprawcy. Chodzi bowiem o ocenę, czy wyłącznie w rękach określonego sprawcy środek nie nadaje się do dokonania zamierzonego czynu, czy też taka ocena byłaby przyjęta w odniesieniu do każdej innej osoby.

⁵¹Postanowienie SN z dnia 16 stycznia 1963 r., sygn. Rw 1397/62, OSNKW 1964, nr 2, poz. 20.

w określony sposób tylko wtedy, gdy znajduje się w rękach sprawcy, czy także w rękach jakiegokolwiek innej osoby. Wykładnia w tym przypadku jest obiektywizująca w tym sensie, że abstrahuje od umiejętności czy wiedzy sprawcy w zakresie posługiwania się danym środkiem, a koncentruje się jedynie na ocenie przydatności środka w kontekście zamierzonego sposobu dokonania⁵² czynu zabronionego z perspektywy jego cech i właściwości⁵³. Jest bowiem jasne, że atrapa pistoletu nie nadaje się do dokonania zabójstwa, jeżeli sprawca zamierzał zastrzelić ofiarę (co innego, gdy zdecyduje się uderzyć ofiarę kilkakrotnie i w ten sposób doprowadzić do jej śmierci⁵⁴) – brak jest wówczas podstaw do przyjęcia realnego zagrożenia dla dobra prawnego w postaci życia; jeżeli natomiast w jego ręku znajdzie się sprawny pistolet, to uznaniu usiłowania za udolne nie przeczy fakt, iż np. sprawca nie był świadomy w jaki sposób ma naładować ten pistolet nabojami (sprawca stworzył realne zagrożenie dla dobra prawnego zmierzając do spowodowania śmierci człowieka z użyciem takiego narzędzia i podejmując w tym celu czynność stanowiącą ostatnie ogniwo na drodze do dokonania) – nie pozostawał bowiem w błędzie co do przydatności środka w popełnieniu czynu zabronionego. Nie mamy wtedy do czynienia z niezdatnością środka, lecz z niewłaściwym posłużeniem się właściwym środkiem.

Powyższe rozważania świadczą o tym, że wykładnia subiektywizująca (niejednoznacznego pod względem leksykalnym) art. 13 § 2 k.k. prowadzi do sporych komplikacji i trudnych do zaakceptowania konsekwencji praktycznych, przejawiających się m.in. nieuzasadnionym premiowaniem

⁵²Nie mamy tu także do czynienia z pomieszaniem pojęcia środka ze sposobem dokonania, który w art. 13 § 2 k.k. nie występuje. W istocie, chodzi tu bowiem o sposób polegający na użyciu określonego środka. Mieści się to zatem w zakresie regulacji art. 13 § 2 k.k.

⁵³Można się odwołać do klasycznego przypadku związanego z próbą zaboru pieniędzy przy użyciu karty bankomatowej, w sytuacji, gdy sprawca nie zna jej kodu dostępu. Obiektywnie rzecz biorąc (patrzac na właściwości), karta jest w pełni sprawnym środkiem nadającym się do wypłaty pieniędzy, co powinno prowadzić do przyjęcia usiłowania udolnego. Patrząc jednak z perspektywy subiektywnej, należałoby stwierdzić, że skoro sprawca nie posiada informacji niezbędnych do użycia środka, to w jego rękach środek ten nie nadaje się do dokonania czynu zabronionego.

⁵⁴Jednakże podjęcie nowej decyzji co do sposobu użycia środka nie prowadzi do przyjęcia, iż u sprawcy powstał nowy zamiar i w efekcie prowadzi to do przyjęcia dwóch czynów polegających kolejno na usiłowaniu nieudolnym i usiłowaniu udolnym zabójstwa. Należy przyjąć, że zamiarem sprawcy od początku było użycie określonego środka (np. atrapy pistoletu) w każdy sposób mogący prowadzić do śmierci człowieka, zatem jego czyn realizuje znamiona usiłowania udolnego zabójstwa, o ile spełnione są pozostałe przesłanki z art. 13 § 1 k.k.

sprawcy w postaci możliwości korzystania z dobrodziejstw instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od wymierzenia kary, przewidzianych w art. 14 § 2 k.k. Nadmierne dookreślanie treści zamiaru w kontekście przesłanki „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego” stoi wbrew wykładni funkcjonalnej przemawiającej w tym wypadku na rzecz koncepcji obiektywnej. Przeszkodą dla podejścia obiektywizującego nie jest także analiza pozostałych przesłanek art. 13 § 2 k.k., czyli bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego oraz drugiej podstawy karalności, tj. „użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”.

Objective and subjective interpretation of Article 13, § 2 of the Penal Code (Response to M. Małecki)

Abstract

This paper compares concepts related to interpretation of “lack of an item suitable for the commission of a prohibited act thereon”, which is among criteria for a failed criminal attempt (Penal Code, Article 13, § 2). It is claimed that there are no sufficient linguistic, systemic, or criminal-policy arguments to support subjective interpretation, which requires incorporation of a perpetrator’s intent as to a specific item. Moreover, the legitimacy of the view is questioned, that a threat to legally recognized interest depends on boundaries of such intent of a perpetrator intending to commit a prohibited act.

Rafał Łyżwa, Bartłomiej Gadecki

Paliwo jako przedmiot przestępstwa z art. 299 § 1 k.k.

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wybranych zagadnień związanych z problematyką „prania towaru”. Autorzy próbują odpowiedzieć na pytanie, czy mieniem ruchomym „pochodzącym z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” może być mienie ruchome, które zostało wytworzone w wyniku popełnienia przestępstwa. Rozważania dotyczą kwestii, czy procesowi „prania” może podlegać samo paliwo (a nie dopiero pieniądze uzyskane w wyniku jego sprzedaży) wytworzone w wyniku odbarwienia oleju opałowego. Wskazano, że nielegalnie wytworzone paliwo pochodzi bezpośrednio z popełnienia czynu zabronionego polegającego na zmianie przeznaczenia w użyciu przede wszystkim oleju opałowego lub napędowego przeznaczonego do celów grzewczych na olej napędowy. Autorzy stoją na stanowisku, że paliwo wytworzone w wyniku odbarwienia oleju opałowego stanowi mienie ruchome pochodzące z korzyści związanej z popełnieniem czynu zabronionego, zatem może podlegać „procesowi prania”.

1. Wstęp

Przestępstwo z art. 299 § 1 k.k.¹ automatycznie wiązane jest z pieniędzmi, a właściwie z czynnościami sprawców podjętymi wobec środków pieniężnych. Niewątpliwie wpływ na to ma już sama doktrynalna nazwa tego przestępstwa określonego jako „pranie brudnych pieniędzy”²,

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.).

² Zob. np. E. Pływaczewski, Pranie brudnych pieniędzy nowym wyzwaniem dla systemu ekonomiczno-finansowego w Polsce, (w:) E. Pływaczewski (red.), Proceder prania brudnych pieniędzy. Studia i materiały, Toruń 1993, s. 17; *idem*, Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego, Toruń 1993, s. 33 (gdzie autor pisze: „Już z samego sformułowania »pranie (brudnych) pieniędzy« można wnioskować, iż przedmiotem takich zabiegów są »brudne« środki fi-

czy „pranie pieniędzy”³. Jednakże należy zauważyć, że „prane” mogą być nie tylko pieniądze⁴, bowiem już samo brzmienie przepisu („Kto środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości [...]”) wskazuje, że oprócz pieniędzy procesowi prania może podlegać m.in. „mienie ruchome”, które należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem określonym w art. 44 i n. k.c.^{5,6}

Chociaż zarówno w literaturze przedmiotu jak i w orzecznictwie wiele miejsca poświęcono problematyce „prania pieniędzy” jako przedmiotu przestępstwa z art. 299 k.k., to jednak praktyka organów ścigania i sądów wskazuje jednoznacznie, iż wartości majątkowe podlegające „praniu”, zostały zredukowane niemal wyłącznie do pieniędzy i to niezależnie od tego, czy chodziło o przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, karno-skarbowe, czy przeciwko mieniu, zaś do wyjątków należało wskazywanie innych wartości majątkowych⁷.

nansowe, co dotyczy, rzecz jasna, nie ich wyglądu, lecz pochodzenia”); J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1998, s. 524 (autor ten wskazuje, że: „W art. 299 określone są różne postacie przestępstwa tzw. prania brudnych pieniędzy, które polega – w najogólniejszym ujęciu – na wprowadzeniu do legalnego obrotu pieniędzy i innych korzyści pochodzących z działalności przestępczej”). Tak również to przestępstwo jest czasami nazywane w orzecznictwie – zob. np. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 lipca 2009 r., sygn. II AKz 417/09, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2010, nr 11, poz. 55, s. 35. Por. uwagi R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II, Warszawa 2006, s. 1272.

³ Zob. R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *op. cit.*, s. 1272; J. W. Wójcik, *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy*, Kraków 2004, s. 29.

⁴ Por. art. 5 § 1 nieobowiązującej już ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. z 1994 r., Nr 126, poz. 615), który stanowił o wprowadzeniu do legalnego obrotu „środków płatniczych, papierów wartościowych lub wartości dewizowych”. Na gruncie tej ustawy w doktrynie słusznie podnoszono, że przedmiotem tego przestępstwa nie są wszelkie wartości majątkowe (mienie), lecz wyłącznie te trzy kategorie [W. Wróbel, (w:) K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 85; zob. także J. W. Wójcik, *Pranie pieniędzy. Studium prawno-kryminologiczne i kryminalistyczne*, Toruń 1997, s. 296].

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 459).

⁶ Zob. np. A. Michalska-Warias, *Przestępczość zorganizowana i prawnokarne formy jej przeciwdziałania*, Lublin 2006, s. 335; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *op. cit.*, s. 1277. Por. M. Mazur, *Penalizacja prania pieniędzy*, Warszawa 2014, s. 82–83.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 324/12, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2013, nr 5, poz. 68, w którym wskazano samochód jako „inne mienie ruchome”.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wybranych zagadnień związanych z problematyką „prania towaru” (a precyzyjniej – mienia ruchomego), przy czym już na wstępie należy zaznaczyć, że opracowanie nie będzie dotyczyło kwestii dotyczących możliwości przedstawienia zarzutu osobie, która podejmuje czynności wskazane w treści art. 299 § 1 k.k. wobec mienia pochodzącego np. z wymuszenia rozbójniczego, czy przestępstwa oszustwa albo wobec mienia zakupionego za pieniądze uzyskane z przestępczej działalności⁸. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r. (sygn. I KZP 19/13) „przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. są wymienione w tym przepisie »środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości« pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia czynu zabronionego”⁹. Zatem, akceptując pogląd wyrażony w wyżej wymienionej uchwale, mienie ruchome pochodzące bezpośrednio z popełnienia czynu zabronionego (np. samochód uzyskany w wyniku wymuszenia rozbójniczego), czy mienie ruchome pochodzące pośrednio z popełnienia czynu zabronionego (np. samochód kupiony za pieniądze pochodzące z wymuszenia rozbójniczego) może stanowić przedmiot przestępstwa z art. 299 § 1 k.k.

Poniższe rozważania będą dotyczyć kwestii, czy mieniem ruchomym „pochodzącym z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” może być mienie ruchome (określone umownie przez autorów jako „towar”), które zostało wytworzone w wyniku popełnienia przestępstwa. Chcąc odnieść się do konkretnego przykładu związanego z tzw. „przestępczością paliwową” można postawić pytanie, czy procesowi „prania” może podlegać samo paliwo (a nie dopiero pieniądze uzyskane w wyniku jego sprzedaży) wytworzone w wyniku odbarwienia oleju opałowego, co związane jest z uzyskaniem odpowiedzi na

⁸ Zob. także E. M. Guzik-Makaruk, *Przestępstwo z art. 299 k.k. w orzecznictwie sądowym i statystykach policyjnych oraz ministerstwa sprawiedliwości*, (w:) E. W. Pływaczewski (red.), *Proceder prania pieniędzy i jego implikacje*, LEX 2013, która wskazuje, że: „W celu zakwalifikowania danego zachowania jako przestępstwa z art. 299 k.k. musi istnieć związek wartości majątkowych z czynem zabronionym pierwotnym. Związek ten może być bezpośredni, gdy wartości majątkowe zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, np. skierowanego przeciwko obowiązkowi podatkowemu, albo też pośredni, gdy ujęcie więzi korzyści z jej źródłem jest luźniejsze”.

⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 19/13, LEX nr 1403596; aprobuje: R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2013 r.*, *Ius Novum* 2014, nr 1, s. 202–203.

pytanie, czy takie paliwo stanowi mienie ruchome pochodzące z korzyści związanej z popełnieniem czynu zabronionego¹⁰. Nie ma wątpliwości, że paliwo jest mieniem ruchomym, ale kwestią mogącą budzić wątpliwości jest to, czy jest mieniem ruchomym „pochodzącym z korzyści związanej z popełnieniem czynu zabronionego” w rozumieniu art. 299 § 1 k.k.

2. Objaśnienie pojęć „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” oraz „mienie ruchome pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego”

Na wstępie należy zaznaczyć że k.k. nie objaśnia pojęcia „pranie pieniędzy”. Termin ten zdefiniowano w ustawie z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹¹, gdzie w art. 2 pkt 9 wskazano, że ilekroć w ustawie jest mowa o praniu pieniędzy „rozumie się przez to zamierzone postępowanie polegające na:

- a) zamianie lub przekazaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrycia lub zatajenia bezprawnego pochodzenia tych wartości majątkowych albo udzieleniu pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności w celu uniknięcia przez nią prawnych konsekwencji tych działań,
- b) ukryciu lub zatajeniu prawdziwego charakteru wartości majątkowych lub praw związanych z nimi, ich źródła, miejsca przechowywania, rozporządzania, faktu ich przemieszczania, ze świadomością, że wartości te pochodzą z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności,
- c) nabyciu, objęciu w posiadanie albo używaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności,
- d) współdziałaniu, usiłowaniu popełnienia, pomocnictwie lub podżeganiu w przypadkach zachowań określonych w lit. a–c,

¹⁰ Na marginesie należy wskazać, że w doktrynie zastanawiano się nad możliwością uznania narkotyków za przedmiot przestępstwa prania pieniędzy – zob. M. Prengel, Środki zwalczania przestępczości prania pieniędzy w ujęciu prawno-porównawczym, Toruń 2003, s. 318–319.

¹¹ Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 299 z późn. zm.); dalej – ustawa o p.p.p.

– również jeżeli działania, w ramach których uzyskano wartości majątkowe, były prowadzone na terytorium innego państwa niż Rzeczpospolita Polska”.

Definicja ta stworzona jest jednak na potrzeby ustawy o p.p.p. i jednocześnie nie objaśnia, jakie dokładnie wartości majątkowe (czyli także rzeczy ruchome)¹² „pochodzą z działalności o charakterze przestępczym”.

Termin „mienie ruchome pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” użyty w treści art. 299 § 1 k.k. nie został objaśniony przez ustawodawcę. Dla porównania należy wskazać, że w przepisie regulującym przestępstwo paserstwa posłużono się pojęciem „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” (zob. art. 291 § 1 k.k. oraz art. 292 § 1 k.k.). Przy czym nie można tych dwóch terminów uznawać za synonimy¹³. Jednakże dla dalszych rozważań celowe jest objaśnienie najpierw pojęcia użytego do opisu przestępstwa paserstwa. W orzecznictwie wskazywano m.in., że „Przez pojęcie »rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego« rozumieć należy przedmiot materialny, zdobyty – pozyskany, w wyniku posłużenia się czynem o znamionach określonych w ustawie karnej. Nie mieści się w granicach tego pojęcia, rzecz uzyskana w zamian za rzecz z czynu zabronionego. Taki zamiennik jest rzeczą szczególną, która w obrocie pełni funkcję miernika wartości. Obok funkcji tej pieniądze mają też postać materialną, jako znaki pieniężne tj. banknoty, monety. Wyłącznie w takiej postaci mogą być rzeczą ruchomą (art. 115 § 9 k.k.)”¹⁴. Pojęcie „rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego” było też używane przez k.k. z 1969 r.¹⁵ (art. 215 § 1

¹² Przez wartości majątkowe ustawa o p.p.p. rozumie środki płatnicze, instrumenty finansowe w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, a także inne papiery wartościowe lub wartości dewizowe, prawa majątkowe, rzeczy ruchome oraz nieruchomości (art. 2 pkt 3 ustawy o p.p.p.).

¹³ Zob. L. M o r a w s k i, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 117–119.

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2016 r., sygn. II AKa 307/16, LEX nr 2174845. Na gruncie art. 291 k.k. wskazuje się, że przestępstwo paserstwa dotyczy rzeczy uzyskanej bezpośrednio za pomocą czynu zabronionego (zob. np. B. M i c h a ł s k i, (w:) A. W ą s e k (red.), *op. cit.*, s. 1095). Na fakt, że rzecz ruchoma pochodzić musi z przestępstwa bezpośrednio wskazywano już na gruncie art. 160 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571 z późn. zm.). Zob. J. M a k a r e w i c z, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 319; L. P e i p e r, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*, Kraków 1933, s. 450.

¹⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 z późn. zm.).

k.k. z 1969 r. oraz art. 216 k.k. z 1969 r.). W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 1995 r. (sygn. I KZP 27/95) uznano, że „Przez pojęcie »uzyskanie rzeczy za pomocą czynu zabronionego«, wyrażone w art. 215 § 1 k.k. i art. 216 k.k., należy rozumieć wyłącznie wejście w jej posiadanie w wyniku posłużenia się czynem zabronionym przez przepisy prawa karnego. Pojęcie to nie obejmuje natomiast takich sytuacji, w których czyn zabroniony został dokonany w celu upozorowania legalności innych działań niż wejście w posiadanie rzeczy, zmierzających do nadania jej niezgodnego z rzeczywistością stanu prawnego, np. w celu uniknięcia lub zaniżenia obciążeń podatkowych wiążących się z uprawianą działalnością handlową” w uzasadnieniu wskazując, że „(...) uzyskanie rzeczy za pomocą czynu zabronionego musi być zawsze działaniem uprzednim (wcześniejszym) od czynu pasera, który się do danej rzeczy odnosi”¹⁶. W orzecznictwie na gruncie k.k. z 1969 r. wyrażano także następujące poglądy:

- „Przedmiotem paserstwa z art. 215 k.k. są rzeczy uzyskane za pomocą czynu zabronionego, a więc przestępstwa w postaci zbrodni lub występku, przewidzianego w przepisach prawa karnego a zatem także prawa karnego skarbowego”¹⁷;
- „Paserstwo zachodzi wtedy, gdy sprawca »rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego nabywa lub pomaga do jej zbycia albo...«. Wynika z tego, że paser rozpoczyna swoje działanie nieco później niż sprawca zagarnięcia, a mianowicie wtedy, gdy »rzecz« już została uzyskana przez sprawcę”¹⁸;
- „O przestępstwie paserstwa można mówić tylko wtedy, gdy nabywca mienia (paser) wchodzi w jego posiadanie już po uzyskaniu go za pomocą czynu zabronionego. Art. 215 mówi o nabywaniu rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego, czyli mówi o czasie przeszłym i trybie dokonanym. Z takiego sformułowania art. 215 § 1 k.k. wynika, że paserem nie może być ten, kto nabył mienie zanim zostało one uzyskane za pomocą czynu zabronionego”¹⁹.

¹⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 1995 r., sygn. I KZP 27/95, LEX nr 20765.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 marca 1998 r., sygn. II AKa 1/98, LEX nr 34053.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 1985 r., sygn. I KR 307/85, LEX nr 17766.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1982 r., sygn. I KR 3/82, LEX nr 21945.

W doktrynie analizując zwrot „uzyskana za pomocą czynu zabronionego” zauważono, że sformułowanie to nie obejmuje rzeczy wytworzonych lub przetworzonych przez sprawcę przestępstw podstawowego²⁰, wskazując, że w przypadku „rzeczy wytworzonej” przez przestępstwo nie rzecz jako taka została „uzyskana” (za pomocą czynu zabronionego), lecz tylko otrzymała swoistą cechę²¹ i podając przykład, że nie jest uzyskaniem rzeczy podrobienie lub przerobienie dokumentu, gdyż materiał, z którego dokument został podrobiony albo przerobiony sprawca miał już w chwili czynu w swoim władztwie, a przez ich podrobienie/przerobienie nadał im tylko swoistą cechę dokumentu (przy podrobieniu) lub cechę dokumentu o nowej treści (przy przerobieniu)²². Analizując ten przykład O. Chybiński stwierdza, że można powiedzieć, że podrobiony lub przerobiony dokument, a więc dokument jako rzecz o cechach swoistych jest wynikiem takich czynności jak podrobienie/przerobienie, lecz nie uznać, że dokument jako rzecz w ogóle został uzyskany za pomocą tych czynów²³.

Podsumowując powyższe, można postawić tezę, że przez pojęcie „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” użyte w treści art. 291 § 1 k.k. (oraz art. 292 § 1 k.k.) należy rozumieć przedmiot materialny pozyskany w wyniku posłużenia się czynem o znamionach określonych w ustawie karnej, przy czym w pojęciu tym nie mieści się „rzecz wytworzona” przez przestępstwo²⁴.

Pojęcie „rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego” stanowiło również przedmiot analizy orzecznictwa pod kątem ustalenia, czy rzecz oznaczona podrobionym znakiem towarowym jest „rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego”. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2011 r. (sygn. III KK 62/11) wyrażono pogląd, że „użyty w przepisach art. 291–292 k.k. zwrot »rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego« nie może być interpretowany szeroko, w sposób prowadzący do przyjęcia, że »uzyskanie rzeczy za pomocą czynu zabronionego« obejmuje także ich przestępne wytworzenie, w tym bezprawne oznaczenie rzeczy zastrzeżonym znakiem towarowym, mające dać pozór, że produkt jest oryginalnym wytworem renomowanej firmy.

²⁰ E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986, s. 70.

²¹ O. Chybiński, *Paserstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1962, s. 31.

²² *Ibidem*, s. 31. Zob. także E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 70.

²³ O. Chybiński, *Paserstwo...*, s. 31.

²⁴ Odmiennie M. Kulik, który jest zdania, że jest rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego rzecz, której wytwarzanie jest zabronione [M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 774–775].

Jeżeli zatem takie zachowanie nie stanowi »uzyskania rzeczy za pomocą czynu zabronionego«, to nabycie rzeczy nielegalnie oznaczonej znakiem towarowym nie może być uznane za występki paserstwa²⁵. Podobne stanowisko wyrażano w innych orzeczeniach²⁶. Słusznie zatem w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2010 r. (sygn. III KK 29/10) uznano, że nie jest synonimem pojęcia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” fraza „rzecz pochodząca z czynu zabronionego”, a ta ostatnia formuła obejmuje również rzecz przetworzoną, to jest taką, której nadano tylko specyficzne cechy, ale sama ta rzecz nie została uzyskana za pomocą czynu zabronionego²⁷. W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r. (sygn. I KZP 8/08) podkreślono, że samo oznaczenie towaru podrobionym znakiem towarowym nie powoduje, że sam tak oznaczony towar otrzymuje odmienny byt (w sensie ontologicznym) i staje się towarem nowym; wprawdzie nabiera on innych cech i wartości (funkcje jakościowe i reklamowe znaku towarowego), ale pozostaje tym samym towarem, z nadaną w drodze przestępnej swoistą cechą, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że towar ten – „rzecz” – został uzyskany za pomocą czynu zabronionego, gdyż za pomocą takiego czynu nadano mu „jedynie” swoistą cechę²⁸. Konkludując w wyżej wymienionej uchwale uznano, że w przypadku oznaczenia towaru podrobionym znakiem towarowym powstaje nowa „jakość” towaru, a nie nowy towar²⁹. W tym miejscu warto odnotować, że M. Kulik jest zdania, że uzyskaniem rzeczy za pomocą czynu zabronionego jest nie tylko nabycie gotowej rzeczy, lecz również jej przestępne wytworzenie, przy czym jednocześnie według tego autora sprawca, który oznacza towar fałszywym znakiem towarowym, wcale go nie wytwarza, bowiem jeżeli sprawca kupuje np. gotowe spodnie i oznacza je podrobionymi metkami, jego ingerencja nie jest na tyle

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. III KK 62/11, LEX nr 784952.

²⁶ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2013 r., sygn. III KK 91/13, LEX nr 1318209; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. III KK 61/11, LEX nr 784523; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2010 r., sygn. III KK 426/09, LEX nr 560598; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. III KK 29/10, LEX nr 843374.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. III KK 29/10, LEX nr 843374.

²⁸ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r., sygn. I KZP 8/08, LEX nr 393997.

²⁹ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r., sygn. I KZP 8/08, LEX nr 393997.

istotna, by spowodowała zmianę fizycznych właściwości rzeczy; w istocie zmienia tylko nazwę rzeczy, jednak jej nie wytwarza³⁰.

Na różnicę pomiędzy regulacjami art. 291 k.k. oraz art. 299 § 1 k.k. zwrócono uwagę w orzecznictwie zauważając, że: „Przepis art. 299 § 1 k.k. nie wymaga, aby przedmiotem tak zwanego przestępstwa prania brudnych pieniędzy były wartości majątkowe uzyskane za pomocą czynu zabronionego. W tym miejscu art. 299 § 1 k.k. zdecydowanie różni się od tak zwanego przestępstwa paserstwa, bo nie ogranicza swej regulacji tylko do wartości majątkowych uzyskanych za pomocą czynu zabronionego. Zakres przedmiotowy art. 299 § 1 k.k. jest zdecydowanie szerszy i obejmuje wartości majątkowe, które co najmniej w sposób pośredni są związane z czynem zabronionym”³¹. Podkreślano również, że: „Użycie w art. 299 § 1 k.k. innego sformułowania określającego pochodzenie przedmiotu czynności wykonawczej niż w art. 291 § 1 k.k. świadczy oczywiście o innym znaczeniu tego zwrotu. Jednak zestawienie zarówno dyspozycji obu przepisów (także przedmiotu ich ochrony), jak i ich sankcji (surowszej w art. 299 § 1 k.k.) przekonuje do wniosku przeciwnego, a mianowicie że w zakresie czynności przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. mieszczą się nie tylko wartości majątkowe uzyskane pośrednio, ale właśnie również i te, w których obrębie lokują się rzeczy uzyskane za pomocą czynu zabronionego (pochodzące zeń bezpośrednio)”³².

Warto zaznaczyć, że w orzecznictwie nie było jednolitego stanowiska, co do tego, czy pod pojęciem „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” należy rozumieć korzyści pochodzące bezpośrednio oraz pośrednio z popełnionego czynu zabronionego, czy tylko pośrednio. Pierwszy pogląd był zaprezentowany m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2012 r. (sygn. II AKa 324/12), który wskazał, że: „Pod pojęciem »korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego« należy rozumieć korzyści pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnionego przestępstwa. Zatem związek wartości majątkowych z czynem zabronionym pierwotnym może być, aby można było mówić o przestępstwie z art. 299 § 1 k.k., albo bezpośredni (gdy wartości

³⁰ M. Kulik, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r., sygn. I KZP 8/08, *Ius Novum* 2009, nr 1, s. 157.

³¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 lipca 2009 r., sygn. II AKz 417/09, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2010, nr 11, poz. 55, s. 35.

³² Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 19/13, LEX nr 1403596. Na odmienną znaczeń zwrotu użytego w art. 299 § 1 k.k. oraz w art. 291 § 1 k.k. dla określenia przedmiotu czynności wykonawczej zwrócono uwagę również m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 295/13, LEX nr 1415510.

majątkowe zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, np. skierowanego przeciwko mieniu), albo też pośredni (gdy ujęcie więzi korzyści z jej źródłem jest luźniejsze). Żadne ważne względy nie przemawiają za odstąpieniem od przedstawionego znaczenia omawianego zwrotu. W szczególności za argument wskazujący na potrzebę odstąpienia od znaczenia literalnego cytowanego sformułowania nie mógł być uznany nie wytrzymujący krytyki pogląd, że sprawca bez mała każdego przestępstwa przeciwko mieniu lub osoba, która z takiego przestępstwa osiągnęła korzyść majątkową, jest jednocześnie sprawcą przestępstwa z art. 299 § 1 k.k.³³. Drugi kierunek wykładni art. 299 § 1 k.k. był przedstawiony m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2012 r., (II AKa 338/11) uznającego, że: „Brzmienie art. 299 § 1 k.k. daje podstawę do przyjęcia, że przedmiotem czynności wykonawczych w tym typie czynu zabronionego są przedmioty i prawa (tzw. brudne pieniądze), których związek z popełnionym czynem zabronionym jest pośredni. Przesłanki pochodzenia z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego nie spełniają te przedmioty i prawa, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, a więc pochodzą bezpośrednio z czynu zabronionego”³⁴. Wobec tych wątpliwości Sąd Najwyższy podjął uchwałę w brzmieniu:

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 324/12, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2013, nr 5, poz. 68, s. 42–43. Zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2010 r., sygn. II KK 226/09, LEX nr 590212; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 października 2009 r., sygn. II AKa 184/09, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2009, nr 12, poz. 61, s. 34; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 1 września 2015 r., sygn. II AKa 120/15, LEX nr 1820514. Tak również w doktrynie np.: A. Michalska-Warias, Glosa do wyroku SA we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. II AKa 338/11, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2013, nr 3, s. 112; *eadem*, *Przestępczość zorganizowana...*, s. 335–336; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 619; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *op. cit.*, s. 1277; R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz. Art. 222–316*, Warszawa 2013, s. 779–780; W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Warszawa 2008, s. 661–662. Zob. także J. Duży, *Zorganizowana przestępczość podatkowa w Polsce. Zwalczenie przestępnego nadużycia mechanizmów podatków VAT i akcyzowego*, Warszawa 2013, s. 68–77; *idem*, *Wykładnia znamion przestępstwa prania pieniędzy*, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 4, s. 151–163.

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. II AKa 338/11, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2014, nr 1, poz. 82, s. 50. Zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. II AKa 20/11, LEX nr 846478; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 78/13, LEX nr 1322873. Tak również w doktrynie np. J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy” w prawie karnym*, *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 11, s. 45;

„1. Przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. są wymienione w tym przepisie „środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości” pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia czynu zabronionego.

2. Sprawcą przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. może być również sprawca czynu zabronionego, z którego popełnieniem związana jest korzyść stanowiąca przedmiot czynności wykonawczej”³⁵.

Akceptacja stanowiska wyrażonego w wyżej wymienionej uchwale oznacza, że przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. może być również mienie ruchome pochodzące bezpośrednio z popełnienia czynu zabronionego. Jak zaznaczono na wstępie, oczywistym jest, że paliwo jest mieniem ruchomym. Nielegalnie wytworzone paliwo pochodzi bezpośrednio z popełnienia czynu zabronionego polegającego na zmianie przeznaczenia w użyciu przede wszystkim oleju opałowego lub napędowego przeznaczonego do celów grzewczych na olej napędowy, co stanowi jeden z głównych kierunków działania zorganizowanych grup przestępczych w tzw. „sprawach paliwowych”, poza oczywiście uzyskaniem środków pieniężnych ze sprzedaży tak pozyskanego towaru jako pełnowartościowego oleju napędowego.

W tym przypadku nabiera szczególnego znaczenia kwestia tzw. „czynu bazowego lub pierwotnego”, albowiem skoro paliwo ma pochodzić z korzyści związanych z popełnieniem określonego czynu zabronionego, to w sposób jednoznaczny należy wskazać ten czyn, bezpośrednio lub pośrednio z tą korzyścią związany wraz z podaniem jego właściwej kwalifikacji prawnej.

W sprawach związanych z wprowadzaniem do obrotu zmienionego w użyciu oleju grzewczego lub napędowego przeznaczonego dla celów grzewczych jako oleju napędowego, wchodzi w grę ochrona interesów ekonomicznych państwa, związanych z wpływami do budżetu państwa należnego podatku akcyzowego. Zróżnicowanie stawek akcyzy w odnie-

J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 526; J. Długosz, (w:) R. Zawłocki (red.), System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce. Tom 9, Warszawa 2011, s. 584–587.

³⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 19/13, LEX nr 1403596; aprobuje: R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 202–203. Por. W. Filipkowski, E. Pływaczewski, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 1303 (według tych autorów „Sformułowanie »pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego« wskazuje, iż przedmioty czynności karnych art. 299 § 1 mają charakter wtórny względem korzyści, które zostały uzyskane w sposób bezpośredni lub pośredni w wyniku popełnienia czynu zabronionego”).

sieniu do sprzedaży oleju opałowego lub napędowego przeznaczonego do celów grzewczych oraz oleju napędowego, sprawiło pojawienie się nowego rodzaju przestępczości gospodarczej, związanej ze zmianą przeznaczenia w użyciu paliwa przeznaczonego dla celów grzewczych i jego sprzedaży, jako pełnowartościowego oleju napędowego. W pewnym uproszczeniu tę nową kategorię spraw zaczęto określać mianem tzw. „spraw paliwowych”. Ustawodawca dokonał stosownej penalizacji tego rodzaju zachowań poprzez wprowadzenie w art. 73a k.k.s.³⁶ nowego typu przestępstwa skarbowego, polegającego na zmianie przeznaczenia wyrobu akcyzowego w jego użyciu, w szczególności oleju opałowego jako oleju napędowego i narażenia w ten sposób podatku akcyzowego na uszczuplenie.

Wskazany wyżej typ przestępstwa skarbowego stanowi w tej kategorii spraw tzw. „czyn bazowy”, z którego pochodzi korzyść związana z jego popełnieniem. Dla uznania paliwa, jako mienia ruchomego, za „brudne”, niezbędne i konieczne jest zatem ustalenie, iż pochodzi ono z korzyści związanej z popełnieniem takiego czynu, polegającego na zmianie przeznaczenia w użyciu oleju opałowego na napędowy. Związek przyczynowy ma zatem zachodzić nie pomiędzy „brudnym paliwem” a czynem zabronionym, lecz pomiędzy „brudnym paliwem” a korzyścią związaną z popełnieniem tego czynu. Czy – a jeśli tak, to jakie – są praktyczne następstwa takiej konstrukcji prawnej? Otóż podnieść należy, iż znamię „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” i tak nieuchronnie powoduje, iż dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo konieczne jest dojście do schematu: pierwotny czyn zabroniony, uzyskana choćby tylko pośrednio korzyść z niego i „pranie”³⁷.

W przypadku tzw. „spraw paliwowych” kwestia ta wymaga szerszego omówienia. Podkreślić bowiem trzeba, iż wszelkie zabiegi sprawców, określane mianem „prania”, które związane są z wprowadzaniem do obrotu odbarwionego oleju grzewczego jako napędowego, sprowadzają się, w pierwszej kolejności, do nadania cech legalności transakcjom kupna–sprzedaży oleju napędowego pomiędzy podmiotami, który taki obrót między sobą pozorują, nie zaś z przelewami środków pieniężnych pomiędzy podmiotami, uczestniczącymi w tym procederze. W dokumentacji finansowo-księgowej tych podmiotów znajdują się zatem faktury VAT, dokumenty W–Z i inne, dotyczące zakupu, dostawy, a następnie sprze-

³⁶ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 186 z późn. zm.).

³⁷ J. Duży, Korzyść w przestępstwie prania pieniędzy, Prokuratura i Prawo 2010, nr 12, s. 40 i n.

daży oleju napędowego, podczas gdy w rzeczywistości odbarwione paliwo trafia bezpośrednio do właściwego odbiorcy (z reguły właściciela stacji paliw), który sprzedaje tak pozyskane paliwo swoim klientom. Co prawda następuje potem cała seria przelewów środków pieniężnych na rachunkach bankowych pomiędzy tymi podmiotami, począwszy od rzeczywistego odbiorcy zmienionego w użyciu paliwa, ale czynności te uznać należy za wtórne w całym procesie „prania”, gdyż pozorowanie obrotu olejem napędowym odbywa się, przede wszystkim, na poziomie odpowiedniego dokumentowania transakcji kupna–sprzedaży pomiędzy podmiotami, które odgrywają rolę tzw. „słupów”. W celu bowiem ustalenia, czy doszło do popełnienia przestępstwa z art. 299 § 1 k.k., należy najpierw ustalić, czy transakcje związane z obrotem olejem napędowym były pozorne, czy rzeczywiste. Ustalenia poczynione w tym zakresie będą mieć zatem decydujące znaczenie dla oceny, czy towarzyszące tym transakcjom płatności, realizowane w formie przelewów bankowych, noszą taki sam charakter.

Wszelkie więc czynności, określane niekiedy mianem „maskujących”, które mają udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia wartości majątkowych, odnoszą się, w przypadku tzw. „spraw paliwowych”, do paliwa, jako mienia ruchomego.

W związku z tym, skoro przedmiotem „prania” jest tu paliwo, to czym jest wartość, związana z popełnieniem czynu zabronionego, o którym mowa w przepisie art. 73a § 1 k.k.s.? Z treści przepisu art. 299 § 1 k.k. wynika bowiem, iż będące przedmiotem wykonawczym mienie ruchome, pochodzi nie z samego przestępstwa, ale z korzyści związanych z jego popełnieniem. W praktyce, istota procederu polegającego na czerpaniu znacznych korzyści majątkowych z odbarwiania oleju grzewczego i wprowadzania go do obrotu, jako pełnowartościowego oleju napędowego, sprowadza się zasadniczo do różnicy pomiędzy wysokością stawek podatku akcyzowego od oleju opałowego oraz napędowego. Celem zobrazowania omawianego tu zagadnienia, można przykładowo wskazać, iż w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 9 ustawy o podatku akcyzowym³⁸, stawka akcyzy dla olejów napędowych przeznaczonych do celów opałowych o kodach CN od 2710 19 41 do 2710 19 49, zabarwionych na czerwono i oznaczonych znaczkiem zgodnie z przepisami szczególnymi wynosiła 232 zł/1000 litrów, a w przypadku olejów napędowych o kodzie CN 2710 19 41 oraz wyrobów powstałych ze zmieszania tych olejów z biokomponentami, spełniających wymagania jakościowe określone

³⁸ Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 752 z późn. zm.).

w odrębnych przepisach – 1196 zł/1000 litrów (art. 89 ust. 1 pkt 6 przywołanej ustawy). Jak zatem można zauważyć, w przypadku zmiany przeznaczenia w użyciu oleju opałowego na olej napędowy, różnica ta wynosiła 964 zł na każde 1000 litrów paliwa³⁹.

W omawianym przypadku za korzyść związaną z popełnieniem przestępstwa skarbowego, stypizowanego w przepisie art. 73a § 1 k.k.s., uznać więc należy wytworzenie z oleju opałowego, co do którego nastąpiło uiszczenie stosownego podatku akcyzowego, zawartego w cenie jego zakupu, nowego wyrobu akcyzowego, od którego należny podatek akcyzowy nie został uiszczony.

Pamiętać jednak należy, iż pojęcie korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego stanowi jedynie określenie, pozwalające na wydłużenie łańcucha zdarzeń od czynu zabronionego do finalnego zachowania polegającego na „praniu” określonych wartości majątkowych⁴⁰.

Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził nawet wprost, iż „przez korzyść należy rozumieć wartość majątkową pochodzącą z popełnienia czynu zabronionego, także wartość, której podstawę stanowi stosunek prawny powstały w wyniku zabronionych prawnie zabiegów, a w tym wypadku tę część, która powstała w wyniku owych zabiegów”⁴¹.

Można zatem uznać za w pełni uprawnione stawianie znaku równości pomiędzy korzyścią majątkową, uzyskaną z czynu zabronionego i wartością majątkową, podlegającą „praniu”. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, iż paliwo, jako wartość majątkowa związana z popełnieniem przestępstwa skarbowego, o którym wyżej mowa, w następstwie podejmowanych przez sprawców czynności podlegać będzie, z reguły, dalszemu „przetworzeniu”, tak, aby finalną korzyścią majątko-

³⁹ Wskazane wyżej różnice w stawkach podatku akcyzowego stały się więc powodem, dla którego powstał i rozwijał się proceder wprowadzania na polski rynek paliw płynnych odbarwionego, w następstwie różnych procesów chemicznych, oleju opałowego jako napędowego, dzięki czemu tzw. „szara strefa” generowała olbrzymie zyski. Zgodnie z danymi opublikowanymi przez Polską Organizację Przemysłu i Handlu Naftowego, szacunkowe straty budżetu państwa w 2016 r. w wyniku działań przestępczych związanych z obrotem paliwami, mogły wynieść nawet 10 mld zł. Według szacunków tej organizacji, zrzeszającej największe podmioty działające na polskim rynku paliw, szara strefa na rynku oleju napędowego stanowiła w 2015 r. od 15 do 20% (Naf-ta.wnp.pl/nielegalny-handel-paliwami-to-nawet-10-mld-zl-strat-dlabudzetu,270545_1_0_0.html).

⁴⁰ J. Duży, *Korzyść w przestępstwie...*, s. 40 i n.

⁴¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 28 października 2009 r., sygn. II AKa 184/09, Prokuratura i Prawo 2010, dodatek Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sądów Apelacyjnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego, nr 6, poz. 18.

wą było nie tyle samo paliwo, co środki pieniężne, uzyskane z jego sprzedaży.

W ocenie Sądu Najwyższego, który dokonując wykładni określenia „pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” zaznaczył, iż problem interpretacyjny sprowadza się tu do kwestii, czy wartości te mają pochodzić z czynu zabronionego pośrednio, czy też bezpośrednio i na tak postawione pytanie udzielił odpowiedzi, iż w grę mogą wchodzić oba z tych rozwiązań. Stwierdził bowiem, iż wymienione w art. 299 § 1 k.k. składniki majątkowe mogą pochodzić z czynu zabronionego, a ostatecznie źródłem tych składników jest korzyść, która z popełnienia tego czynu pochodzi bezpośrednio lub pośrednio⁴².

Zasadniczo, w praktyce organów ścigania przyjmuje się, iż we wspomnianej wyżej kategorii spraw, przetworzone paliwo jest zaledwie pośrednim etapem w uzyskaniu środków pieniężnych, które podlegają dopiero „praniu”. Jest to stanowisko tak powszechne, iż przedmiotem rozważania czyni się wyłącznie kwestię, czy „brudne” są wszystkie pieniądze przepływające pomiędzy rachunkami bankowymi osób fizycznych lub prawnych, zaangażowanych w omawiany proceder, czy tylko te, które stanowiły zysk ze sprzedaży przetworzonego paliwa. Zupełnie zaś poza nawiasem takich rozważań pozostaje kwestia uznania, czy przedmiotem „prania” jest przede wszystkim paliwo, zaś uzyskane w wyniku jego sprzedaży środki pieniężne, stanowią jedynie kolejne przetworzenie wartości majątkowej, jaką to paliwo stanowi. Co prawda, dla zastosowania przepisu art. 299 § 1 k.k. nie ma znaczenia charakter i liczba „przetworzeń”, ale chociażby z punktu widzenia dowodowego, kwestia ta wymaga szczególnej uwagi i stosownego omówienia.

Sprowadzenie problemu „prania” wartości majątkowych w tzw. „sprawach paliwowych” wyłącznie do kwestii „prania pieniędzy” uzyskiwanych ze sprzedaży odbarwionego oleju grzewczego jako oleju napędowego, jest sporym uproszczeniem, przez co organy ścigania, a w ślad za nimi sądy, mogą stracić z pola widzenia istotę tego problemu. Skoro bowiem kwestia „prania” ma dotyczyć wyłącznie środków pieniężnych, o których mowa, to jakie czynności „maskujące” podejmują sprawcy, w odniesieniu do przelewów bankowych, aby uniemożliwić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia środków pieniężnych pochodzących ze sprzedaży paliwa? *Prima facie* wydaje się, że chodzi tu o pozorowanie tytułów, pod jakimi te przelewy są wykonywane. Nie budzi

⁴² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. IV KK 295/13, LEX nr 1415510.

wątpliwości fakt, iż wskazywanie w tytułach przelewów środków pieniężnych, iż stanowią one zapłatę określonych faktur VAT tytułem nabycia oleju napędowego, ma niewątpliwie na celu „maskowanie” fikcyjnego w rzeczywistości charakteru tych transakcji. Co jednak w sytuacji, kiedy tytuły przelewów są niedookreślone (np. „za paliwo”) lub nie ma ich wcale? Jak wówczas wykazać, iż sprawcy dokonujący takich przelewów środków pieniężnych pomiędzy podmiotami, uczestniczącymi w omawianym procederze, podejmują czynności mające na celu uniemożliwienie lub znaczne utrudnienie stwierdzenia przestępnego pochodzenia tych środków?

Inny problem może pojawić się w przypadku podmiotów, które prowadzą „mieszany” charakter działalności gospodarczej, gdzie obok rzeczywistych transakcji, związanych z obrotem paliwami płynnymi, pojawiają się również transakcje fikcyjne, w których podmiot ten występuje w roli tzw. „słupa”. W takiej sytuacji, po stronie organów ścigania, może pojawić się trudność z precyzyjnym wskazaniem tych środków pieniężnych, które faktycznie poddane zostały „praniu”. Nie stanowi jednak, jak się wydaje, rozwiązania tego problemu przyjmowanie, iż wszystkie środki pieniężne na rachunkach takiego podmiotu stały się „brudne” przez to, iż podmiot ten był uczestnikiem procederu „prania” pieniędzy pochodzących z nielegalnej sprzedaży paliwa, o którym mowa.

Praktyczne rozwiązanie problemu „prania pieniędzy” w tzw. „sprawach paliwowych” może więc polegać na przyjęciu, iż przedmiotem „prania” jest przede wszystkim paliwo, zaś środki pieniężne pochodzące z jego sprzedaży, stanowią jedynie kolejne „przetworzenie” mienia ruchomego, jako wartości majątkowej. Powstanie korzyści związanej z popełnieniem przestępstwa z art. 73a § 1 k.k.s., ma już miejsce wówczas, kiedy w wyniku odbarwienia oleju grzewczego, zostaje wytworzony olej napędowy, jako nowy wyrób akcyzowy, od którego, w związku ze zmianą przeznaczenia w użyciu, nie został uiszczony należny podatek akcyzowy.

W celu udowodnienia przestępstwa „prania” z art. 299 § 1 k.k., organy ścigania musiałyby ustalić ilość przetworzonego paliwa oraz wykazać, iż wszelkie dokumenty dotyczące obrotu takim paliwem jedynie pozorowały prawdziwość takich transakcji. Nie byłoby zatem nawet konieczności udowadniania, iż za tak dostarczone paliwo w ogóle nastąpiła zapłata, gdyż podejmowane przez sprawców czynności „maskujące” dotyczyły przecież transakcji związanych z samym obrotem odbarwionym olejem grzewczym, nie zaś zapłaty za towar.

Dopiero zaś w przypadku, gdy w ślad za dostawami tak przetworzonego paliwa, poszłyby również przelewy środków pieniężnych, pochodzących z jego sprzedaży, można by dodatkowo zarzucić sprawcom, iż oprócz paliwa dokonywali również „prania” pieniędzy, gdyż wskazywali fikcyjne tytuły przelewów bankowych tych środków.

Kwestia uznania, iż w tzw. „sprawach paliwowych” podlega „praniu” paliwo, jako mienie ruchome, wykracza poza ramy *stricte* teoretycznych rozważań. Podnieść bowiem należy, iż Sąd Okręgowy w Poznaniu, po rozpoznaniu dwóch spraw, należących do wspomnianej wyżej kategorii, podzielił pogląd prokuratora i skazał oskarżonych m.in. za przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. i inne, przyjmując, iż dopuścili się oni zarówno „prania” paliwa, jak i środków pieniężnych pochodzących z jego sprzedaży⁴³.

3. Zakończenie

Rekapitulując powyższe rozważania można dojść do następujących wniosków:

- pojęcie „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” nie jest synonimem pojęcia „mienie ruchome pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego”;
- pojęcie „mienie ruchome pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” ma szerszy zakres znaczeniowy niż pojęcie „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego”;
- rzecz wytworzona w wyniku przestępstwa nie jest „rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego”, zatem nie może stanowić przedmiotu przestępstwa paserstwa;
- „mieniem ruchomym pochodzącym z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” może być mienie ruchome wytworzone w wyniku przestępstwa.

Odnosząc się do podanego na wstępie przykładu dotyczącego tzw. przestępczości paliwowej można wskazać, że paliwo wytworzone w wyniku odbarwienia oleju opałowego stanowi mienie ruchome pochodzące z korzyści związanej z popełnieniem czynu zabronionego, zatem może (paliwo, a nie dopiero pieniądze uzyskane w zamian za sprzedaż tego paliwa) podlegać „procesowi prania”. Oczywiście pro-

⁴³ Wyroki SO w Poznaniu z dnia 31 grudnia 2014 r., sygn. III K 251/14 i 12 lutego 2015 r., sygn. III K 271/14 (niepubl.).

cesowi prania mogą podlegać także pieniądze uzyskane za sprzedaż takiego paliwa.

Uznanie, że „mieniem ruchomym pochodzącym z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” może być mienie ruchome wytworzone w wyniku przestępstwa nie oznacza automatycznie, że w każdym przypadku osoba podejmująca czynności wskazane w treści art. 299 § 1 k.k. („przyjmuje, posiada, używa, przekazuje lub wywozi za granicę, ukrywa, dokonuje ich transferu lub konwersji, pomaga do przenoszenia ich własności lub posiadania albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku”) w stosunku do rzeczy wytworzonej w wyniku popełnienia przestępstwa będzie ponosiła odpowiedzialność za tzw. przestępstwo prania brudnych pieniędzy. Niewątpliwie zakres odpowiedzialności za czyn z art. 299 § 1 k.k. będzie ograniczony m.in. przedmiotem ochrony art. 299 § 1 k.k. oraz – tam gdzie obrót nielegalnie wytworzonym towarem podlega penalizacji jako przestępstwo – regułami wyłączenia wielości ocen.

Fuel as an object of crime under Article 299, § 1 of the Penal Code

Abstract

This paper aims at presenting some select issues of the process of “laundering goods”. It tries to answer the question of whether movable property generated as a result of commission of a prohibited act may be considered movable property “obtained under the proceeds of crime”. The issue of whether fuel itself generated by removing dye from heating oil (and not only money obtained from the sale of such fuel) may be “laundered” is considered. It is pointed out that illegally generated fuel comes directly from commission of a prohibited act, whereby heating oil or diesel fuel intended for use as heating fuel is used as regular diesel

fuel. It is claimed that fuel generated by removing dye from heating oil constitutes movable property obtained under the proceeds of crime” and, as such, may be “laundered”.

Katarzyna Chałupka

Broń palna rozdzielnego ładowania wytworzona przed rokiem 1885

Streszczenie

Celem artykułu jest ocena odstępstwa od obowiązku posiadania pozwolenia na broń palną rozdzielnego ładowania wytworzoną przed 1885 rokiem i repliki tej broni. Rozważania prowadzą do wniosku, że powszechny dostęp do tego rodzaju broni nie może nie budzić uzasadnionej obawy ewentualnego jej użycia w celach sprzecznych z interesem bezpieczeństwa i porządku publicznego. Autorka proponuje uzupełnienie przepisów dotyczących tego rodzaju broni poprzez wprowadzenie co najmniej obowiązku jej rejestracji.

Słowa kluczowe: broń rozdzielnego ładowania, broń palna, broń czarnoprochowa, rejestracja broni, replika broni palnej

1. Wprowadzenie

Kwestie związane z odstępstwami od obowiązku posiadania pozwolenia na broń rzadko stają się przedmiotem opracowań naukowych. Niekiedy można odnieść wrażenie, że wszystko co istotne, a dotyczy tych odstępstw, rozgrywa się na płaszczyźnie postępowania administracyjnego. Nie wolno jednak zapomnieć, że niejako na marginesie toczącego się postępowania administracyjnego, pozostaje cała gama spraw o charakterze cywilizacyjnym, istotnych zarówno dla bytu tych odstępstw, jak i dla osób z nich korzystających. Ocena odstępstw od obowiązku posiadania pozwolenia na broń nabiera coraz większego znaczenia w związku z dającą się zauważyć wzrastającą liczbą samobójstw i przestępstw z użyciem broni palnej rozdzielnego ładowania, wytworzonej przed rokiem 1885 oraz replik tej broni. Takie odstępstwa wpływać mogą nie tylko na poziom i charakter przestępczości, ale także mogą oddziaływać na poczucie bezpieczeństwa obywateli.

2. Charakterystyka broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed rokiem 1885 rokiem i replik tej broni

Artykuł 11 pkt. 10 ustawy o broni i amunicji z dnia 21 maja 1999 roku (tekst jedn. Dz. 2012, poz. 576) zezwala na posiadanie – bez pozwolenia – broni palnej rozdzielnego ładowania, wytworzonej przed rokiem 1885 oraz replik tej broni. Przepis art. 11 u.b.a. w brzmieniu obowiązującym do dnia 9 marca 2011 r., zwalniał z obowiązku uzyskania zezwolenia na posiadanie broni palnej wytworzonej przed rokiem 1850 lub repliki tej broni. Stan prawny w tej materii uległ istotnej zmianie od dnia 10 marca 2011 r. Ustawą z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określono nową granicę czasową wytworzenia broni palnej, decydującą o braku obowiązku dysponowania stosownym zezwoleniem, ustalając ją na rok 1885. Jednocześnie wprowadzono również dodatkowe ograniczenie, zastrzegając, że to ustawowe zwolnienie z wymogu posiadania zezwolenia dotyczy broni palnej rozdzielnego ładowania¹. Cezurę czasową podaną w tym przepisie należy traktować jako umowne kryterium formalno-prawne. Z punktu widzenia historycznego trudno jest ustalić, dlaczego akurat ten rok ustawodawca uznał za graniczny². Zwrot „przed rokiem 1885” należy rozumieć w ten sposób, że pozwolenia nie wymaga broń palna rozdzielnego ładowania wytworzona najpóźniej w roku 1884. Zwrócić należy uwagę, iż ani kodeks postępowania administracyjnego, ani też ustawa o broni i amunicji nie zawierają definicji repliki broni palnej. W tym zakresie należy posłużyć się definicją wskazaną w słowniku języka polskiego, zgodnie z którym replika to wierna kopia czegoś³. W tym wypadku będzie to współcześnie powstała wierna kopia broni palnej sprzed roku 1885. Broń palna rozdzielnego ładowania to broń ładowana odprzodowo, wykorzystująca jako materiał miotający czarny proch, którego skład i właściwości powodują, że nie może on znaleźć zastosowania w broni współczesnej, jako niespełniający wymogów parametrycznych, nawet tych określonych dla broni myśliwskiej. Amunicja wykorzystywana do takiej broni nie ma charakteru scalonego, broń taka odpalana jest za pomocą kapi-

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. III KK 16/13.

² B. Kurz ę p a, Ustawa o broni i amunicji. Komentarz, Warszawa 2010, s. 123.

³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2014 r., sygn. II SA/Wa 161/14.

szona (zastępuje splotkę), ładowana zaś czarnym prochem (czasami wyłącznie nim, w warunkach pokazu rekonstrukcji historycznych) i kulami. Ładunek, który znajduje się w lufie tego rodzaju broni, nie jest zatem scalony w rozumieniu art. 4 ust 3 u.b.a.⁴ Warunkiem jest, aby ładowanie takiej broni palnej było rozdzielne, co oznacza że materiał miotający i pocisk nie są połączone w jeden nabój, ale są oddzielnymi elementami umieszczanymi w broni oddzielnie. Polega ono na osobnym aplikowaniu do broni poszczególnych części amunicji: prochu, pocisku i materiału inicjującego. Broń palna rozdzielnego ładowania, wytworzona przed rokiem 1885 oraz replika tej broni jest bronią w pełni funkcjonalną.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 290) broń, na posiadanie której nie jest wymagane pozwolenie na broń, może być sprzedawana wyłącznie osobom pełnoletnim, po okazaniu dokumentu stwierdzającego tożsamość. Skoro tzw. proch czarny stanowi istotną część amunicji do broni palnej, na której posiadanie, z uwagi na to, że stanowi ona replikę broni, nie jest wymagane zezwolenie, to jego posiadanie także nie wymaga zezwolenia, o którym mowa w art. 9 ust. 1 ustawy o broni i amunicji⁵. Stosownie bowiem do art. 30 ust. 2 pkt. 6 wyżej wymienionej ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. „proch strzelniczy czarny (dymny) sprzedaje się pełnoletnim właścicielom replik broni palnej rozdzielnego ładowania, którzy okażą dowód tożsamości oraz Europejską kartę broni palnej”. Zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 7a ustawy o broni i amunicji, Europejska karta broni palnej jest imiennym dokumentem potwierdzającym uprawnienie do posiadania broni palnej, wydanym przez właściwy organ państwa członkowskiego Unii Europejskiej, umożliwiającym legalne posiadanie i używanie broni palnej w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego z powyższej definicji nie wynika, aby Europejska karta broni palnej mogła być wydana jedynie osobie posiadającej pozwolenie na broń. Karta taka może być również wydana osobom posiadającym broń palną, na którą zgodnie z przepisami ustawy o broni i amunicji nie jest wymagane pozwolenie na broń np. art. 11 pkt 9, 10, 11. Zgodnie z wcześniejszym brzmieniem

⁴ Uchwała SN z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. I KZP 29/09, OSNKW 2010, nr 4, poz. 30.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. III KK 184/11.

art. 10a ust. 1 u.b.a., obowiązującym do dnia 10 marca 2011 r., Europejska karta broni palnej mogła być wydana jedynie osobie posiadającej pozwolenie na broń palną. Przepis art. 10a ust. 1 u.b.a. został zmieniony przez art. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym⁶.

Broń palna rozdzielnego ładowania, wytworzona przed rokiem 1885 oraz repliki tej broni obejmują obszerny zbiór broni palnej powstałej w okresie od późnego średniowiecza przez epokę nowożytną do schyłku XIX wieku. Broń taka posiada najróżniejsze kształty i parametry, poczynając od replik husyckich, tzw. puszek – ładunek miotający jest w nich odpalany za pomocą lontu, poprzez ręczne hakownice, muszkiety, bandolety i pistolety wyposażone w zamki lontowe, skałkowe i kołowe, pistolety pojedynkowe, aż po prymitywne rewolwery i długolufowe strzelby myśliwskie. Aktualnie tego rodzaju broń wykorzystywana jest jako rekwizyty przez grupy rekonstrukcji historycznej⁷. Broń taka w każdym przypadku ładowana jest odprzodowo, z wykorzystaniem czarnego prochu jako materiału miotającego. Obecnie rynek kolekcjonerski oferuje wiele rodzajów broni rozdzielnego ładowania, będących repliką modeli wytworzonych przed 1885 rokiem. Zdarza się, iż wbrew zapewnieniom sprzedawców o tym, że nabywana broń jest repliką broni rozdzielnego ładowania, wytworzonej przed 1885 rokiem, okazuje się, iż broń ta w rzeczywistości wymaga pozwolenia. Niejednokrotnie, ze sporządzonej przez biegłych do spraw badania broni palnej i balistyki opinii wynika, iż posiadana broń palna nie została wytworzona przed 1885 rokiem i nie charakteryzuje się cechą rozdzielnego ładowania. Aktualnie kontrowersje może budzić broń palna będąca konwersją wsteczną rewolweru Long Colt Single Action Army (SAA) z 1873 roku zasilaną nabojem scalonym kal. 45. Broń taka jest sprzedawana bez pozwolenia pod nawą handlową rewolwer czarnoprochowy Cattelman kal. 44, 5,5", rok produkcji 1873. Specjalistyczna ekspertyza kryminalistyczna wykazała jednak, że poddana badaniom broń – rewolwer czarnoprochowy Cattelman kal. 44, 5,5", rok produkcji 1873 nie stanowi broni palnej rozdzielnego ładowania

⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2016 r., sygn. II OSK 2130/14.

⁷ B. Kurzępa, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. III KK 184/11, Prokuratura i Prawo 2012, nr 5, s. 166.

wytworzonej przed 1885 rokiem, gdyż rewolwer z którego wywodzi się ta broń nie występował w wersji kapiszonowej. Pozwolenia na broń wymaga także pistolet dwulufowy Derringer kalibru 45 wyprodukowany przez czeską firmę Great Gun, który nie jest repliką broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed rokiem 1885.

Zważyć ponadto należy, iż każda osoba nosząca się z zamiarem posiadania broni palnej jest wręcz zobowiązana do powzięcia informacji, czy posiadanie określonej broni, a w konsekwencji amunicji do niej, wymaga uzyskania stosownego pozwolenia. Godzi się podkreślić, iż zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w postanowieniu z dnia 20 kwietnia 2016 r. wydanym w sprawie sygn. III KK 135/16 „zakup przedmiotu mającego cechy broni (amunicji), nawet od przedsiębiorcy, który zawodowo zajmuje się sprzedażą tego rodzaju towarów, nie zwalnia kupującego od upewnienia się, czy kupowany przedmiot rzeczywiście spełnia kryteria broni (amunicji), do posiadania której nie jest potrzebne pozwolenie”⁸. Powzięcie stosownej wiedzy w tym zakresie nie nastęrcza trudności i bynajmniej nie wykracza poza możliwości każdego dorosłego człowieka. Niezależnie bowiem od możliwości sięgnięcia do przepisów ustawy o broni i amunicji, stosowne informacje uzyskać można w komórkach organizacyjnych komend wojewódzkich policji, właściwych do wydawania pozwoleń na posiadanie broni. Obowiązek znajomości przepisów regulujących dopuszczalność posiadania broni i amunicji spoczywa w szczególności na osobach zajmujących się kolekcjonowaniem broni⁹. Każdy, kto zamierza skorzystać ze zwolnienia z obowiązku uzyskania zezwolenia na posiadanie broni palnej, jest zobligowany wcześniej upewnić się, że mają do niego zastosowanie ustawowe przesłanki uzasadniające zwolnienie go z tego obowiązku¹⁰.

⁸ Postanowienie Sadu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2016 r., wydane w sprawie sygn. III KK 135/16.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 września 2016 r., sygn. II AKa 306/16.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. III KK 16/13.

3. Oddziaływanie broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed rokiem 1885 i replik tej broni na poziom i charakter przestępczości oraz poczucie bezpieczeństwa obywateli

W świetle powyższych uregulowań, zważyć należy, iż broń palna rozdzielnego ładowania, wytworzona przed rokiem 1885 oraz repliki tej broni jest bronią niezawodną i bronią niespodziewanie celną. Celność tej broni w niczym nie ustępuje celności broni współczesnej. Posiada ona bowiem energię kinetyczną miotanego pocisku zdolną obalić cel. Jest bronią śmiertcionośną. Korzystanie z tej broni, jest mniej bezpieczne niż z broni współczesnej. Wymaga ono większych środków ostrożności, gdyż posiadacz takiej broni ma nieustannie do czynienia z łatwopalnym materiałem, jakim jest proch czarny. Broń taką może mieć każda pełnoletnia osoba, nawet ta z zaburzeniami psychicznymi lub o znacznie ograniczonej sprawności psychofizycznej, wskazującej istotne zaburzenia funkcjonowania psychologicznego, uzależniona od alkoholu lub od substancji psychoaktywnych, stanowiąca zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego: skazana prawomocnym orzeczeniem sądu za przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub mieniu. Osoby te nie są obowiązane do poddania się badaniom lekarskim i psychologicznym oraz do zdania egzaminu ze znajomości przepisów dotyczących posiadania i używania broni oraz z umiejętności posługiwania się tą bronią. Nie jest także w stosunku do takiej osoby przeprowadzany jakikolwiek wywiad środowiskowy. Ustawodawca nie przewidział żadnych ograniczeń w kwestii noszenia broni dla posiadaczy broni palnej rozdzielnego ładowania, wytworzonej przed rokiem 1885 lub replik tej broni. Wobec posiadaczy tej broni mogą mieć ewentualnie zastosowanie przepisy karne, takie jak na przykład art. 51 ust. 2 pkt 4 i 7 u.b.a. Broń ta nie podlega rejestracji. Nie wiadomo zatem, kto, gdzie i w jakiej ilości posiada taką broń. Owszem, proch strzelniczy czarny sprzedaje się pełnoletnim właścicielom replik broni palnej rozdzielnego ładowania, którzy okażą dowód tożsamości oraz Europejską kartę broni palnej, w której umieszcza się między innymi informacje o tożsamości osoby posiadającej broń palną i informacje o danych identyfikacyjnych broni palnej wraz ze wskazaniem kategorii broni palnej, jednakże znaczna część osób, która nie chce się rejestrować obchodzi ten wymóg, np. kupując proch czarny poza granicami kraju. Z uwagi na łatwy dostęp do tego typu broni palnej, która nie wymaga ani pozwolenia na broń palną, ani karty rejestracyjnej broni, stała się ona narzędziem do popełniania przestępstw i samobójstw. Oczywiście,

samounicestwienia można dokonać na wiele innych sposobów, to jednak zauważyć należy, iż broń palna – jako narzędzie śmiercionośne – daje znacznie więcej możliwości potencjalnemu samobójcy. Samobójstwo przy użyciu broni palnej nie wymaga żadnego przygotowania, wystarczy chwila załamania nerwowego. Taki sposób odebrania sobie życia, w porównaniu do innych, charakteryzuje się bardzo wysoką skutecznością. Repliki broni palnej są wykorzystywane również przez sprawców zabójstw lub przestępstw rozbójniczych, tj. rozboju, kradzieży rozbójniczej czy wymuszenia rozbójniczego, grożących ich natychmiastowym użyciem i doprowadzających za pomocą nich inną osobę do stanu bezbronności. Od strzału z repliki broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed rokiem 1885 zginęła w 2014 roku 16-latką ze Zduńskiej Woli. Gimnazjalistka sama pociągnęła za spust. Broń ta należała do jej ojca¹¹. W 2015 r. w Łodzi dwóch mężczyzn: 35-latek i 37-latek usiłovali dopuścić się przestępstwa rozboju poprzez dokonanie napadu rabunkowego na bank. Mężczyźni ci zostali zatrzymani przez funkcjonariuszy antyterrorystycznych podczas zaplanowanej przez nich wcześniej akcji. Przy zatrzymanych znaleziono jednostki replik broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed rokiem 1885¹². W 2016 r. natomiast, 41-letni mężczyzna z miejscowości Tworóg został oskarżony o usiłowanie zabójstwa dwóch osób. Mężczyzna ten zepchnął z drogi jadący przed nim samochód osobowy, którym poruszali się jego znajomi. Zepchnięty pojazd uderzył w drzewo, a wówczas 41-latek oddał pierwszy strzał z repliki broni w kierunku kierowcy. Kula rozbiła szybę i raniła ramię dziewczyny, która siedziała na miejscu pasażera. Następnie napastnik oddał jeszcze jeden strzał w szybę pasażera. Mężczyźni nie udało się w rezultacie dokonać zabójstwa. Przyczyną strzelaniny był konflikt na tle miłosnym¹³.

Godzi się ponadto podkreślić, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 u.b.a. broń i amunicję należy przechowywać i nosić w sposób uniemożliwiający dostęp do nich osób nieuprawnionych. Wszelkie uregulowania zawarte w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 26 sierpnia 2014 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. z 2014 r., poz. 1224) nie dotyczą broni, na którą nie jest wymagane pozwolenie, w tym broni palnej rozdzielnego

¹¹ <http://www.dzienniklodzki.pl/artypk/3412593,tragedia-w-zdunskiej-woli-16latka-zginela-od-strzalu-z-broni,id,t.html>.

¹² <http://wiadomosci.onet.pl/kraj/wpadli-w-zasadzke-tuz-przed-skokiem-na-bank/35jxrl>.

¹³ <http://www.tvn24.pl/katowice,51/tarnowskie-gory-napad-z-bronia-na-drodze,648911.html>.

ładowania wytworzonej przed rokiem 1885 i replik tej broni. Ustawa nie zabrania noszenia broni rozdzielnego ładowania, nawet w stanie załadowanym. Ustawa reguluje jedynie przewożenie takiej broni i amunicji środkami transportu publicznego. Statuuje ona w art. 35 ust. 1 u.b.a, iż przewożenie broni i amunicji środkami transportu publicznego dopuszczalne jest przy zachowaniu niezbędnych środków bezpieczeństwa, pod warunkiem, że broń i amunicja są zabezpieczone w sposób uniemożliwiający powstanie zagrożenia życia, zdrowia lub mienia. Szczegółowe zasady i warunki przewożenia broni i amunicji środkami transportu publicznego, w sposób uniemożliwiający powstanie zagrożenia życia, zdrowia lub mienia określa Rozporządzenie Ministrów Transportu i Gospodarki Morskiej oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 kwietnia 2000 r. w sprawie przewożenia broni i amunicji środkami transportu publicznego (Dz. U. z 2000 r., Nr 31, poz. 390). Rozporządzenie to, w paragrafie 1 pkt. 3 wprost stanowi o objęciu nim broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed rokiem 1885 i replik tej broni. Paragraf 2 i 3 tegoż rozporządzenia statuuje, iż w środkach transportu publicznego, służących do przewozu pasażerów, broń przewozi się w stanie rozładowanym, bez amunicji w komorze naboju i w magazynkach naboju, a amunicję przy zachowaniu niezbędnych wymogów bezpieczeństwa, wykluczających możliwość przypadkowej eksplozji, w ilości uzasadnionej potrzebami osoby przewożącej – w opakowaniach fabrycznych przeznaczonych do sprzedaży detalicznej lub w pudełkach i pojemnikach, w sposób uniemożliwiający uderzenie w spłonkę naboju. Broń i amunicja w czasie przewozu powinny być zabezpieczone w sposób uniemożliwiający dostęp do nich osób nieupoważnionych. Zważyć również należy, iż stosowanie do art. 45 u.b.a., broń palna oraz inna broń zdolna do rażenia celów na odległość może być używana w celach szkoleniowych i sportowych tylko na strzelnicach. Nie ma w tym przypadku znaczenia, czy strzelamy z kulą, czy bez. Strzelanie bez kuli, które można porównać do strzelania przy użyciu amunicji ślepej, mieści się w pojęciu „używania broni”.

Ustawa o broni i amunicji odróżnia posiadanie broni na podstawie pozwolenia oraz na podstawie rejestracji. Do tej drugiej kategorii należą aktualnie broń pneumatyczna i broń palna pozbawiona cech użytkowych, na które zgodnie z art. 11 u.b.a. nie jest wymagane pozwolenie, jednakże broń ta podlega obowiązkowi rejestracji zgodnie z art. 13 ust. 1 u.b.a. Rejestracji broni dokonuje się na podstawie dowodu jej nabycia w terminie 5 dni od tego faktu. Przekroczenie terminu, jak i niedopełnienie obowiązku rejestracji są wykroczeniami i grozi za nie grzywna, najczęściej

wymierzana w postaci mandatu karnego lub orzeczenia sądu¹⁴. Stosownie do art. 13 ust. 5 zarejestrowanie broni pneumatycznej i broni palnej pozbawionej cech użytkowych potwierdza się w karcie rejestracyjnej broni, która jest wydawana posiadaczowi broni. Rejestracji dokonuje się na podstawie dowodu nabycia broni, a w przypadku pozbawionej cech użytkowych – dodatkowo po przedstawieniu potwierdzenia pozbawienia broni palnej cech użytkowych¹⁵. Dowodem nabycia broni jest umowa sprzedaży, darowizny lub zamiany, faktura, akt dziedziczenia, postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, umowa lub postanowienie o dziale spadku. Nie jest dowodem nabycia broni umowa komisji czy użyczenia¹⁶. Zarejestrowanie takiej broni nie może nastąpić na rzecz osoby, która nie ma ukończonych 18 lat.

4. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

Analizując przepisy obowiązującej aktualnie ustawy o broni i amunicji, w świetle powyższych rozważań, stwierdzić należy, iż broń palną rozdzielnego ładowania, wytworzoną przed rokiem 1885 oraz repliki tej broni winno posiadać się – podobnie do broni pneumatycznej i broni palnej pozbawionej cech użytkowej – co najmniej na podstawie karty rejestracyjnej broni rozdzielnego ładowania, wytworzonej przed rokiem 1885 lub repliki tej broni wydanej przez właściwego ze względu na miejsce stałego pobytu zainteresowanej osoby lub siedzibę zainteresowanego podmiotu komendanta wojewódzkiego Policji, a w przypadku żołnierzy zawodowych – właściwego komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej. Rejestracja broni palnej, podobnie jak w przypadku broni pneumatycznej i broni palnej pozbawionej cech użytkowych, byłaby czynnością materialno-techniczną, wolną od jakichkolwiek opłat. Odmowa rejestracji, czyli wykonania czynności materialno-technicznej, nastąpiłaby wtedy, gdy rejestrujący nie będzie dysponował dowodem nabycia. W niektórych przypadkach przy próbach rejestracji funkcjonariusz rejestrujący powinien mieć możliwość jej zatrzymania w trybie określonym w przepisach prawa karnego i przekazania do komórki lub prokuratury właściwej do prowadzenia postępowania karnego. *De lege ferenda* w przypadku ujawnienia okoliczności dostatecznie uzasadniających podejrzenie, iż osoba posia-

¹⁴ Ustawa z dnia 21 maja 1999 roku o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r., poz. 576), art. 51 ust. 2 pkt 1.

¹⁵ *Ibidem*, art. 13 ust. 2.

¹⁶ S. M a j, Ustawa o broni i amunicji. Komentarz, Wydawnictwo LexisNexis 2010.

dająca zarejestrowaną broń palną rozdzielnego ładowania, wytworzoną przed rokiem 1885 lub replikę tej broni, należy do osób z zaburzeniami psychicznymi lub o znacznie ograniczonej sprawności psychofizycznej, wykazującej istotne zaburzenia funkcjonowania psychologicznego bądź uzależnionej od alkoholu lub substancji psychoaktywnych, właściwy organ Policji winien mieć możliwość zobowiązania takiej osoby do niezwłocznego poddania się badaniom lekarskim i psychologicznym i przedstawienia wydanych orzeczeń.

5. Podsumowanie

Konkludując, od posiadaczy broni palnej, w tym posiadaczy broni palnej rozdzielnego ładowania, wytworzonej przed rokiem 1885 i replik tej broni, winno wymagać się szczególnych kwalifikacji moralno-etycznych. Powszechny dostęp do tego rodzaju broni palnej nie może nie budzić uzasadnionej obawy ewentualnego jej użycia w celach sprzecznych z interesem bezpieczeństwa i porządku publicznego. Pozostawienie przepisów dotyczących broni palnej rozdzielnego ładowania wytworzonej przed 1885 rokiem i replik tej broni w dotychczasowej formie nie leży ani w interesie bezpieczeństwa obywateli, ani bezpieczeństwa państwa. W tej mierze zasadne wydaje się zachowanie rozsądnego kompromisu, zarówno gdy chodzi o ustawodawstwo, jak i praktykę uzbrojenia obywateli i uzupełnienie przepisów dotyczących tego rodzaju broni poprzez wprowadzenie co najmniej obowiązku jej rejestracji. Posiadanie broni palnej związane jest bowiem z prawem do życia, z którego wywieść należy prawo do bezpieczeństwa.

Pre-1885 percussion firearms

Abstract

The aim of this paper is to assess derogation from the obligation to hold a gun licence for percussion firearms made before 1885, and their replicas. Considerations lead to the conclusion that wide access to this specific type of firearms should by no means raise any well-founded concerns about its potential use for purposes contrary to public order and

safety. It is suggested that the provisions governing the said type of firearms should be supplemented to include at least a percussion firearms registration obligation.

Damian Wąsik, Michał Dubiel

Prawnokarna ocena niezłożenia sprawozdania finansowego we właściwym rejestrze sądowym

Streszczenie

Niniejsze opracowanie stanowi jedno z nielicznych w polskiej literaturze prawa karnego pozycji piśmienniczych poświęconych prawnokarnym aspektom problematyki niezłożenia sprawozdania finansowego z działalności podmiotu gospodarczego w ustawowym terminie we właściwym rejestrze sądowym. W artykule omówiono aspekty materialnokarne i karnoprocesowe ww. zagadnienia w oparciu o analizę orzecznictwa sądowego w sprawach karnych z art. 79 ust. 4 ustawy o rachunkowości, w tym m.in. przesłanki, którymi należy kierować się w ocenie szkodliwości społecznej czynu, a także okoliczności, na które należy zwracać szczególną uwagę przy ustalaniu osób odpowiedzialnych za zaniechanie obowiązku rejestrowego.

1. Wprowadzenie

Występek niezłożenia w terminie we właściwym rejestrze sądowym sprawozdania finansowego z działalności gospodarczej spółek prawa handlowego (tudzież innych zobowiązanych podmiotów), przewidziany w art. 79 ust. 4 ustawy z dnia 19 lipca 2016 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1047), dalej jako „u.r.”, niewątpliwie jest najczęściej stwierdzanym przestępstwem przeciwko zasadom prowadzenia rachunkowości. Według danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczących prawomocnych skazań za przestępstwa przeciwko zasadom prowadzenia rachunkowości, spośród 2845 skazanych w latach 2013–2016 aż 2092 osoby pociągnięto do odpowiedzialności karnej za popełnienie występkę z art. 79 ust. 4 u.r. Stanowi to 73,5% ogółu prawomocnie skazanych w omawianej grupie. Stwierdzenie to staje się jeszcze bardziej wymowne, gdy wspomnieć, że niezłożenie sprawozdania finansowego we właściwym rejestrze sądowym w ustawowym terminie stanowiło 73,9% ogółu prawomocnych skazań w omawianej grupie w 2013 r. (593 spośród 802 skazanych za przestępstwa określone w ustawie o rachun-

kowości), w 2014 r. – 73,7% (517 spośród 701 skazanych), w 2015 r. – 72,1% (486 spośród 674 skazanych), zaś w 2016 r. już 74,2% (496 spośród 668 skazanych)¹.

O doniosłości dóbr prawnych chronionych przez ustawodawcę m.in. poprzez ustanowienie przepisu art. 79 ust. 4 u.r. przekonuje fakt, iż sprawozdanie finansowe jest jednym z najważniejszych źródeł wiedzy o sytuacji majątkowej jednostki gospodarczej, zaś aktualne sprawozdanie finansowe daje najpełniejszą wiedzę o składnikach majątkowych przedsiębiorstwa². Sprawozdanie finansowe jest syntetycznym źródłem informacji o sytuacji danej jednostki, stanowi dobre narzędzie pozwalające na szybkie uporządkowanie informacji i błyskawiczną ich analizę³. Tym samym poprzez kryminalizację zachowania związanego z niedopełnieniem obowiązku złożenia dokumentu w postaci sprawozdania finansowego, chronione są – pośrednio – takie obszary aktywności gospodarczej jak transparentność źródeł finansowania i przepływu środków finansowych na rachunkach podmiotu, przejrzystość sytuacji finansowej podmiotu oraz możliwość rzetelnej oceny jego zdolności realizacji zobowiązań, a zatem (w szerokim ujęciu) pewność obrotu gospodarczego.

Duża liczba zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 79 ust. 4 u.r. kierowana do organów ścigania sprawia, że postępowania w ww. sprawach mogą być prowadzone schematycznie i rutynowo, co powoduje problemy nie tylko z ustaleniem, czy w sprawie rzeczywiście istniał obowiązek ustawowy złożenia sprawozdania finansowego i czy doszło (względnie w jakim stopniu) do jego zaniedbania, ale również z właściwą oceną szkodliwości społecznej czynu, czy wskazaniem osób odpowiedzialnych za naruszenie prawa.

Z racji braku w polskiej literaturze prawa karnego pozycji piśmienniczej poświęconej zagadnieniu niezłożenia sprawozdania finansowego w ustawowym terminie we właściwym rejestrze sądowym i konsekwencji tego zaniechania, zasadnym jest uzupełnienie tej luki i zaprezentowanie – w oparciu o analizę orzecznictwa w sprawach karnych z art. 79 ust. 4 u.r. – najczęstszych wątpliwości i problemów pojawiających w ww. materii. Przedstawione w niniejszym opracowaniu wnioski mogą przyczynić

¹ Por. Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości – Opracowanie Wieloletnie: Skazania prawomocne – dorośli – według rodzajów przestępstw i wymiaru kary w latach 2008–2016 (czyn główny). Źródło: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp w dniu 15 listopada 2017 r.).

² Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. III SA/Wa 569/16, LEX nr 2375659 i powoływane tam orzecznictwo.

³ Wyrok SR w Olsztynie z dnia 9 sierpnia 2016 r., sygn. VII K 488/16, LEX nr 2133875.

się również do wyeliminowania dostrzeganych błędów w praktyce postępowania organów odpowiedzialnych za ściganie omawianej kategorii występów.

2. Założenia i znaczenie obowiązku sprawozdawczego w świetle przepisów ustawy o rachunkowości

Omówienie najważniejszych problemów praktycznych występujących w związku ze stosowaniem art. 79 ust. 4 u.r. należy poprzedzić syntetyczną prezentacją najważniejszych regulacji związanych z prowadzeniem rachunkowości i upublicznianiem danych związanych z funkcjonowaniem finansowym podmiotów gospodarczych. W myśl bowiem art. 4 ust. 3 pkt 5 u.r. sporządzanie sprawozdań finansowych jest jednym z aspektów rachunkowości tych jednostek.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 u.r. sprawozdanie finansowe sporządza się na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych oraz na inny dzień bilansowy, stosując odpowiednio zasady wyceny aktywów i pasywów oraz ustalania wyniku finansowego. W ust. 2 cytowanego przepisu enumeratywnie wymieniono elementy sprawozdania finansowego, na które składają się bilans, rachunek zysków i strat oraz informacje dodatkowe, obejmujące wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia. Dodatkowo elementy przewidziano w stosunku do grup kapitałowych i podmiotów określonych w art. 64 ust. 1 u.r. (zestawienie zmian w kapitale/funduszu własnym), funduszy inwestycyjnych (zestawienie zmian w aktywach netto oraz rachunek przepływów pieniężnych), funduszy inwestycyjnych otwartych i specjalistycznych funduszy inwestycyjnych otwartych (brak wymogu analizy rachunku przepływów pieniężnych), funduszy inwestycyjnych oraz alternatywnych spółek inwestycyjnych (zestawienie lokat), a także alternatywnych spółek inwestycyjnych (zestawienie informacji dodatkowych o spółce obejmujące informacje o strukturze aktywów i kosztach działalności, wartości aktywów netto i informacje dotyczące wartości aktywów netto na prawo uczestnictwa i sposobu jej ustalania, informacje o wyemitowanych przez alternatywną spółkę inwestycyjną instrumentach finansowych lub przyznanych uprawnieniach wpływających na ustalenie wartości aktywów netto lub na prawa inwestorów oraz informacje dotyczące uprzywilejowania praw uczestnictwa albo ograniczenia uprawnień z nich wynikających).

Stosownie do art. 45 ust. 4–5 u.r. do rocznego sprawozdania finansowego dołącza się sprawozdanie z działalności jednostki, jeżeli obowiązek jego sporządzania wynika z ustawy lub odrębnych przepisów. Sprawoz-

danie finansowe oraz sprawozdanie z działalności jednostki sporządza się w języku polskim i w walucie polskiej, zaś dane liczbowe można wykazywać w zaokrągleniu do tysięcy złotych, jeżeli nie zniekształca to obrazu jednostki zawartego w sprawozdaniu finansowym oraz w sprawozdaniu z działalności.

W myśl zasady szczegółowości sprawozdań finansowych wyrażonej w art. 50 ust. 1 u.r., informacje zawarte w sprawozdaniu finansowym mogą być wykazywane ze szczegółowością większą niż określona w załącznikach do ustawy, jeżeli wynika to z potrzeb lub specyfiki jednostki. W tym kontekście wskazać należy, że zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 u.r. w przypadku spółek kapitałowych, spółek komandytowo-akcyjnych, товариств ubezpieczeń wzajemnych, товариств reasekuracji wzajemnej, spółdzielni, przedsiębiorstw państwowych, a także tych spółek jawnych i komandytowych, których wszystkimi współnikami ponoszącymi nieograniczoną odpowiedzialność są spółki kapitałowe, spółki komandytowo-akcyjne lub spółki z innych państw o podobnej do tych spółek formie prawnej, oraz w przypadku specjalistycznych funduszy inwestycyjnych otwartych, funduszy inwestycyjnych zamkniętych oraz alternatywnych spółek inwestycyjnych, kierownik jednostki sporządza, wraz z rocznym sprawozdaniem finansowym, sprawozdanie z działalności jednostki. Sprawozdanie z działalności ww. jednostek powinno obejmować istotne informacje o stanie majątkowym i sytuacji finansowej, w tym ocenę uzyskiwanych efektów oraz wskazanie czynników ryzyka i opis zagrożeń, a w szczególności informacje o: 1) zdarzeniach istotnie wpływających na działalność jednostki, jakie nastąpiły w roku obrotowym, a także po jego zakończeniu, do dnia zatwierdzenia sprawozdania finansowego; 2) przewidywanym rozwoju jednostki; 3) ważniejszych osiągnięciach w dziedzinie badań i rozwoju; 4) aktualnej i przewidywanej sytuacji finansowej; 5) udziałach własnych, w tym: a) przyczynie nabycia udziałów własnych dokonanego w roku obrotowym, b) liczbie i wartości nominalnej nabytych oraz zbytych w roku obrotowym udziałów, a w przypadku braku wartości nominalnej – ich wartości księgowej, jak też części kapitału podstawowego, którą te udziały reprezentują, c) w przypadku nabycia lub zbycia odpłatnego – równowartości tych udziałów, d) liczbie i wartości nominalnej wszystkich udziałów nabytych i zatrzymanych, a w razie braku wartości nominalnej – wartości księgowej, jak również części kapitału podstawowego, którą te udziały reprezentują; 6) posiadanych przez jednostkę oddziałach (zakładach); 7) instrumentach finansowych w zakresie: a) ryzyka: zmiany cen, kredytowego, istotnych zakłóceń przepływów środków pieniężnych oraz utraty płynności finansowej, na jakie narażona

jest jednostka, b) przyjętych przez jednostkę celach i metodach zarządzania ryzykiem finansowym, łącznie z metodami zabezpieczenia istotnych rodzajów planowanych transakcji, dla których stosowana jest rachunkowość zabezpieczeń.

Zgodnie z art. 69 ust. 1 u.r. kierownik jednostki składa we właściwym rejestrze sądowym roczne sprawozdanie finansowe, sprawozdanie z badania, jeżeli podlegało ono badaniu, odpis uchwały bądź postanowienia organu zatwierdzającego o zatwierdzeniu rocznego sprawozdania finansowego i podziale zysku lub pokryciu straty, a w przypadku jednostek, o których mowa w art. 49 ust. 1 – także sprawozdanie z działalności – w ciągu 15 dni od dnia zatwierdzenia rocznego sprawozdania finansowego.

W świetle powyższych unormowań uzupełniająco wskazać należy na wyrażony w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym powinność składania sprawozdania finansowego nie zawsze wiąże się z koniecznością uprzedniego poddania ich badaniu przez biegłego rewidenta. Dotyczy to bowiem tylko osób kierujących jednostkami wymienionymi w art. 64 u.r. i nie ma wśród nich np. prezesów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Stąd też niepoddanie rocznego sprawozdania finansowego badaniu przez biegłego rewidenta jest okolicznością nieistotną z punktu widzenia przesłanek pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby kierującej spółką z ograniczoną odpowiedzialnością za niezłożenie sprawozdania finansowego w rejestrze sądowym⁴.

W piśmiennictwie zauważa się, że sąd rejestrowy przyjmujący sprawozdanie finansowe winien zbadać, czy złożone zostały wszystkie wymagane dokumenty, jak również ich formalną poprawność tj. np. podpisanie ich przez wszystkie osoby, na których ciąży ten obowiązek. Jako niepoprawne uznaje się złożenie sprawozdania finansowego w kserokopii lub też w dokumencie zawierającym tylko jego treść (częste jest np. wydawanie sprawozdania w wersji opracowanej dla akcjonariuszy i następnie przedkładanie takiego sprawozdania do akt). Składane w aktach sprawozdanie finansowe nie pełni bowiem tylko rolę dokumentu informującego o zawartych w nim danych, ale jest ono również dowodem istniejącym niezależnie od dokumentacji znajdującej się w siedzibie przedsiębiorcy, a wskazującym na to, że taki dokument został podpisany przez członków zarządu spółki i osobę której powierzono prowadzenie ksiąg⁵.

⁴ Wyrok SN z dnia 8 stycznia 2016 r., sygn. V KK 380/15, LEX nr 1970397.

⁵ W. Łukowski, Akta rejestrowe jako źródło informacji o przedsiębiorcy wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego, *Palestra* 2003, nr 9–10, s. 44 i nast. Zob. również: T. Szczurowski, Roczne obowiązki sprawozdawcze w spółkach prawa handlowego,

3. Wybrane problemy praktyczne wynikające ze stosowania art. 79 ust 4 u.r. w świetle orzecznictwa sądów

Zgodnie z art. 79 ust. 4 u.r., kto wbrew przepisom nie składa sprawozdania finansowego, skonsolidowanego sprawozdania finansowego, sprawozdania z działalności, sprawozdania z działalności grupy kapitałowej, sprawozdania z płatności na rzecz administracji publicznej, skonsolidowanego sprawozdania z płatności na rzecz administracji publicznej we właściwym rejestrze sądowym, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

W doktrynie prawa karnego wskazuje się, iż dzięki obowiązkom, których niewykonanie jest sankcjonowane ww. przepisem, sprawozdanie finansowe poddane jest kontroli jego prawidłowości. Wartością chronioną jest tu również przejrzystość obrotu gospodarczego, zaś przedmiotem ochrony wartości, dla których ustanowiono obowiązki polegające na udostępnieniu lub ujawnieniu dokumentów lub informacji. Związane są one na ogół z kontrolą i nadzorem nad prawidłowością procesu dokumentowania zdarzeń gospodarczych. Dzięki temu przepisy te służą również ochronie prawidłowości obrotu gospodarczego i interesów jego uczestników. Prawodawca kryminalizuje przy tym jedynie niewykonanie określonego obowiązku bez względu na konsekwencje tej sytuacji⁶.

W orzecznictwie zauważa się, że art. 79 pkt 4 u.r. *in principio* wskazuje, że zawarta w nim norma sankcjonowana ma charakter blankietowy w zakresie zawartym w sformułowaniu „wbrew przepisom ustawy”, odsyłającym do innych unormowań, w których określa się, w jakich warunkach podmiot przestępstwa jest zobowiązany do złożenia wymienionych sprawozdań. Kwestie te reguluje art. 69 u.r.⁷ Innymi słowy przepis art. 79 pkt 4 u.r. odnosi się do niezrealizowania obowiązku określonego w art.

PUG 2017, nr 7, s. 27–32; F. Grzegorczyk, J. Hejnar, Przesłanki i zakres normatywizacji rachunkowości, *Palestra* 2016, nr 7–8, s. 86–95; K. Radzikowski, Usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych (podatkowych) a odpowiedzialność karnoskarbowa, cz. II, *Dor. Podat.* 2015, nr 8, s. 34–36; B. Sowa, Odpowiedzialność kierownika jednostki za przestrzeganie przepisów w zakresie rachunkowości, *Admin.* 2014, nr 2, s. 20–48; P. Skorupa, Ujawnienie w Krajowym Rejestrze Sądowym rocznego sprawozdania finansowego spółki z o.o., *Pr.Spółek* 202, nr 1, s. 19–37; K. Trzaska, Obowiązek sprawozdawczy spółek prawa handlowego z punktu widzenia sądu rejestrowego, *Pr.Spółek* 2011, nr 7–8, 60–65; M. Pydyn, Usługowe prowadzenie ksiąg podatkowych – odpowiedzialność na gruncie Kodeksu karnego skarbowego, *Dor. Podat.* 2008, nr 6, s. 31–33.

⁶ A. Błachnio-Parzych, (w:) R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze, System Prawa Handlowego*, tom 10, Warszawa 2012, s. 574–583.

⁷ Wyrok SN z dnia 8 stycznia 2016 r., sygn. V KK 380/15, LEX nr 1970397.

69 u.r. Skoro przepis art. 79 u.r. wymaga dla karalności określonego zachowania, by podjęte było wbrew ustawie, to wymogiem sądu powinno być wskazanie, jaki to przepis ustawy nakładał dany obowiązek na oskarżonych (działania lub zaniechania), a kolejnym etapem powinno być określenie w sposób szczegółowy, na czym polegało zachowanie wbrew temu obowiązkowi, odnosząc to do realiów sprawy⁸.

Jednym z ważniejszych zagadnień, jakie występują w obszarze stosowania art. 79 ust. 4 u.r. jest właściwa ocena, kiedy czyn sprawcy cechuje się znikomą szkodliwością społeczną. W tym względzie w orzecznictwie zauważa się, że oceniając stopień społecznej szkodliwości organa powinny kierować się treścią art. 115 § 2 k.k. i brać pod uwagę przede wszystkim fakt, czy sprawca swoim postępowaniem w jakikolwiek sposób zaszkodził interesom Skarbu Państwa lub innym podmiotom. Ma to tym większe znaczenie, gdy w ramach założonej spółki nie dokonano ani jednej czynności, która mogłaby wywołać skutki w sferze finansowej, tudzież dana spółka istniała *de facto* jedynie „na papierze”. Należy ponadto sprawdzić, czy od czasu powstania spółki nie zatrudniano w niej żadnych pracowników, czy osiągała ona przychody lub ponosiła koszty działalności. Przyjmuje się zatem, że waga naruszonych przez sprawcę obowiązków nie jest nadmierna, gdy przy praktycznym nieistnieniu spółki, brak złożonych sprawozdań finansowych nie narusza w sposób znaczny chronionej przepisami wartości jaką jest przejrzystość obrotu gospodarczego. Jest to co prawda w dalszym ciągu niedopełnienie ciążących na sprawcy obowiązków i jest to zachowanie, które nie zasługuje na aprobatę, jednakże ładunek społecznej szkodliwości popełnionego czynu jest znikomy. Sprawia to, że w danej sprawie należy rozważyć zasadność umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 12 k.k.⁹ Niezłożenie sprawozdania finansowego, mimo że narusza zasadę jawności i pewności obrotu gospodarczego, jeżeli nie spowodowało żadnych szczególnie negatywnych następstw wobec kontrahentów spółki, poza naruszeniem wynikającym z ustawy o rachunkowości obowiązku informacyjnego uzasadnia rozważenie możliwości zastosowania art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.¹⁰ Nie można też *a priori* zakładać, aby zaniechanie składania sprawozdań finansowych wynikało z niedbalstwa, braku zaintere-

⁸ Wyrok SN z dnia 4 września 2013 r., sygn. III KK 285/13, LEX nr 1363024.

⁹ Wyrok SO w Sieradzu z dnia 11 października 2017 r., sygn. II Ka 194/17, LEX nr 2378680; wyrok SR w Grudziądzu z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. II K 269/15, LEX nr 2110789.

¹⁰ Wyrok SR dla Warszawy–Mokotowa w Warszawie z dnia 26 października 2016 r., sygn. VIII K 672/15, LEX nr 2184324.

sowania sprawami spółki, jeżeli osoba podejrzewana wskazywała np. że nie mogła uzyskać uchwał zatwierdzających sprawozdania finansowe, nie mogła nawiązać kontaktu z jedynym wspólnikiem, nie dysponowała całością dokumentacji finansowej spółki i nie mogła pomimo dołożenia wszelkich starań uzyskać do niej dostępu, tudzież nie mogła znaleźć firmy księgowej, która podjęłaby się sporządzenia na podstawie szcztkowej dokumentacji sprawozdań. W związku z tym w orzecznictwie przyjmuje się niekiedy, że chociaż sprawca zdaje sobie sprawę z naruszenia obowiązku złożenia sprawozdania, to nie sposób uznać, że czyni to celowo. Przeciwnie, podejmując starania np. dla uzyskania uchwał zatwierdzających sprawozdania, stara wywiązać z tych obowiązków.

Przeciwko przyjęciu znikomej szkodliwości społecznej czynu przemawiać będą natomiast takie okoliczności, jak długie okresy uchylania się od wykonania obowiązków ustawowych, znamionujące uporczywość naruszenia prawa (np. jeżeli sprawca nie złoży sprawozdań za kilka okresów sprawozdawczych), a także uprzednia karalność za tożsame zachowania¹¹. Co więcej, należy stanowczo zaznaczyć, że dla odpowiedzialności kierownika jednostki nie ma żadnego znaczenia fakt, iż nie wiedział on o konieczności corocznego złożenia sprawozdania finansowego we właściwym rejestrze sądowym¹². Od przedsiębiorcy – profesjonalisty działającego w obrocie gospodarczym wymaga się bowiem szczególnej staranności w prowadzonej przez siebie działalności, jak również znajomości przepisów prawa. Należyta staranność uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności, rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej¹³.

¹¹ Wyrok SR Szczecin–Centrum w Szczecinie z dnia 25 listopada 2016 r., sygn. IV K 578/16, LEX nr 2394949.

¹² Wyrok SR dla Warszawy–Mokotowa w Warszawie z dnia 15 lipca 2016 r., sygn. VIII K 276/16, LEX nr 2184323. Z drugiej strony w judykaturze niekiedy wyrażany jest pogląd, że należy przyjąć za usprawiedliwione przekonanie kierownika jednostki, że nie prowadząc żadnej działalności i informując o tym właściwy urząd skarbowy, nie miał świadomości obowiązku składania sprawozdań finansowych z działalności, która przecież nie miała miejsca. Takiego działania, a w istocie zaniechania, nie można uznać za wyczerpujące znamiona przestępstwa z art. 79 pkt 4 u.r. z powodu braku świadomości istnienia takiego obowiązku, tym samym zaś z powodu okoliczności wyłączających winę. Tak w wyroku SO w Bydgoszczy z dnia 24 września 2013 r., sygn. IV Ka 787/13, LEX nr 1663295.

¹³ Wyrok SO w Częstochowie z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. VII Ka 360/16, LEX nr 2070017; wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. I ACa 1018/05, LEX nr 186161.

Kolejnym problemem związanym ze stosowaniem art. 79 ust. 4 u.r. jest ustalenie osoby odpowiedzialnej w podmiocie gospodarczym za złożenie sprawozdania finansowego. W praktyce kwestionowanie tej okoliczności przez świadków, względnie podejrzanych jest bowiem bardzo częste. Jednym z argumentów ma być wówczas kwestia wygaśnięcia mandatu lub upływu kadencji. Tymczasem w orzecznictwie dopuszcza się możliwość pełnienia funkcji np. członka zarządu w sposób dorozumiany. Na gruncie spraw karnych przytaczane jest chociażby stanowisko, zgodnie z którym brak dowodu na to, aby istniały w formie pisemnej uchwały o odnowieniu członkom zarządu mandatu na kolejne kadencje (o powołaniu na kolejne kadencje) nie stoi na przeszkodzie ocenie, że byli oni powoływani w formie uchwał podejmowanych *per facta concludentia*, jeżeli niesporne okoliczności faktyczne jednoznacznie wskazują na dorozumianą wolę współników utrzymywania składu zarządu w jego dotychczasowym składzie i odnawiania mu mandatu. Zwrot „pełnienie obowiązków członka zarządu”, obejmuje również sytuację, w której mimo braku pisemnej uchwały o „odnowieniu” mandatu członka zarządu (np. w warunkach o których mowa w art. 202 § 1 k.s.h.), osoba taka – z akceptacją współników – w dalszym ciągu, w niezmienny sposób prowadzi sprawy spółki i nie są podejmowane żadne działania mające zakończyć faktyczny zarząd spółką oraz wykreślenie dotychczasowego członka zarządu z Krajowego Rejestru Sądowego. Należy zatem ustalić, czy podejrzany pełnił funkcję np. prezesa zarządu spółki w przekonaniu o ważności jego mandatu oraz czy przekonanie to towarzyszyło podejrzanemu podczas czynności podejmowanych w imieniu i na rzecz spółki. Gdyby w tym czasie podejrzany nie wywiązał się z obowiązku złożenia sprawozdania finansowego, bez znaczenia dla oceny jego odpowiedzialności karnej byłyby takie okoliczności, jak sprzedaż udziałów w spółce czy rezygnacja z funkcji prezesa zarządu (jeżeli czynności te nastąpiłyby po terminie ustawowym przewidzianym do wykonania obowiązku sprawozdawczego)¹⁴.

Powyższe nie zwalnia organów z wyjaśnienia wątpliwości związanych z rezygnacją osoby podejrzewanej z funkcji w podmiocie gospodarczym. Należy sprawdzić, czy osoba ta podjęła jakiegokolwiek kroki celem usunięcia wpisu w rejestrze sądowym, w którym widnieje np. jako prezes zarządu spółki. W tym miejscu obowiązuje pogląd, zgodnie z którym wpis do rejestru ma charakter deklaratoryjny i to na władzach spółki spoczywa

¹⁴ Wyrok SR w Kętrzynie z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. II K 302/16, LEX nr 2332052. Zob. również wyrok SO w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2017 r., XVII Ka 1230/16, LEX nr 2251460.

obowiązek zgłoszenia wszelkich zmian do tego rejestru, w tym także wykreślenia z niego dotychczasowego członka zarządu. Termin na złożenie wniosku w tym przedmiocie wynosi 7 dni, liczony jest od dnia wygaśnięcia mandatu i ma on charakter instrukcyjny (art. 168 k.s.h., art. 22 w zw. z art. 20 ust. 4 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym), niemniej jednak były członek zarządu także powinien czuwać nad tym, aby powyższy obowiązek został spełniony w terminie, gdyż jego niewykonanie przez spółkę może rodzić dalece niekorzystne dla niego skutki prawne. Mimo iż osoba taka nie ma statusu uczestnika postępowania rejestrowego, ma prawo poinformować na piśmie sąd o fakcie swojej rezygnacji lub odwołania i wskazać, że spółka nie dopełniła obowiązku zmiany wpisu¹⁵. Wskazywane przez osobę podejrzewaną powody, dla których nie dopełniła ona ciążącego na niej z mocy ustawy obowiązku złożenia sprawozdania finansowego do KRS powinny być skonfrontowane z treścią dokumentów w postaci informacji z KRS, ewentualnymi projektami sprawozdań finansowych, czy treścią uchwał organów spółki zatwierdzających sprawozdania finansowe.

W sprawach karnych o występku niezłożenia sprawozdania finansowego w rejestrze sądowym w wymaganym terminie niejednokrotnie analizowany jest wątek odpowiedzialności karnej osób (pracowników, zleceńbiorców spółek), którzy w ramach powierzonych im czynności mieli opracować dokumentację sprawozdawczą. W tym kontekście warto przywołać wyrażany niekiedy w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność np. biura rachunkowego może sprowadzać się do nie należytego wykonania umowy, nie zaś do odpowiedzialności karnej wynikającej z przepisów ustawy o rachunkowości¹⁶. Podmiot prowadzący usługowo księgi rachunkowe spółki nie jest zobowiązany lub nawet uprawniony do składania sprawozdań finansowych do właściwego rejestru sądowego. Takich kompetencji nie przewiduje także ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 794). Z treści art. 52 ust. 2 u.r. wynika jedynie obowiązek podpisania sprawozdania finansowego przez osobę, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych obok kierownika jednostki, który takie sprawozdanie jest zobowiązany dodatkowo złożyć we właściwym sądzie¹⁷.

¹⁵ Wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r., sygn. V Ka 1007/16, LEX nr 2206503.

¹⁶ Wyrok SR w Wałbrzychu z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. II K 631/15, LEX nr 2250787.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 16 października 2014 r., sygn. II KK 279/14, LEX nr 1541051.

4. Podsumowanie

Rzetelne prowadzenie dokumentacji związanej z działalnością spółek prawa handlowego, względnie innych podmiotów biorących aktywny udział w obrocie gospodarczym niewątpliwie warunkuje pewność i transparentność tego obrotu. Formalne zorganizowanie działalności gospodarczej należy bowiem rozumieć jako prawnie określony zakres obowiązków związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą. Należy tutaj wyszczególnić nie tylko rejestrację działalności gospodarczej, zgłoszenia podatkowe oraz statystyczne, obowiązki związane z ubezpieczeniem społecznym, konieczność prowadzenia działalności gospodarczej w określonej formie organizacyjno-prawnej, konieczność uzyskania określonych aktów administracyjnych (koncesji czy zezwoleń), ale także publikację w przewidzianych prawem formie i zakresie informacji o kondycji finansowej podmiotu gospodarczego. Temu z kolei służy realizacja obowiązku sprawozdawczego wynikającego z ustawy o rachunkowości. Kryminalizacja czynu polegającego na niezłożeniu sprawozdania finansowego we właściwym rejestrze sądowym w ustawowym terminie służy przede wszystkim ochronie prawidłowości dokumentowania różnego rodzaju zdarzeń gospodarczych. Prawidłowa ocena znamion występku z art. 79 ust. 4 u.r. wymaga zatem od organów ścigania znajomości przepisów normujących zasady prowadzenia rachunkowości. Podnieść należy, że schematyzacja postępowania karnego w ww. sprawach może prowadzić do uchybień rzutujących na prawidłową ocenę takich okoliczności, jak szkodliwość społeczna czynu, czy przypisanie odpowiedzialności karnej właściwej osobie. Tym samym o ile można się zgodzić z twierdzeniem, że postępowanie dowodowe w sprawach o przestępstwo z art. 79 ust. 4 u.r. jest zasadniczo zbieżne (główny materiał dowodowy stanowią dokumenty rejestrowe, zeznania świadków i ewentualnie wyjaśnienia podejrzanego), o tyle ocena zebranych dowodów powinna każdorazowo uwzględniać historię prowadzenia określonego podmiotu gospodarczego, jego specyfikę i uwarunkowania, w jakich funkcjonował on na rynku, strukturę oraz przyczyny, dla których uchybiono obowiązkowi złożenia sprawozdania finansowego.

Failure to submit financial statements to the relevant court register: criminal law perspective

Abstract

This study is among the few items of Polish legal literature that address criminal law aspects of the failure to submit financial statements for a business to the relevant court register within the statutorily prescribed time limit. Based on the analysis of judicial decisions made in criminal cases under Article 79, clause 4 of the Accounting Act, relevant substantive and procedural aspects of criminal law are discussed, including prerequisites that should guide evaluation of social harm caused by such failure, and circumstances to which particular attention should be paid when determining persons responsible for an omission to fulfill the submission obligation.

Ilia Solodov

Mechanizm działania dysku twardego typu HDD i możliwości odzyskiwania danych po jego uszkodzeniu

Streszczenie

Współczesny prawnik musi wykazywać się określonym poziomem kompetencji techniczno-informatycznych, obowiązek ten wynika bowiem wprost z wymogów etyki zawodowej. Autor w sposób przystępny opisuje skomplikowaną problematykę odzyskiwania danych cyfrowych z uszkodzonych dysków twardego typu HDD, zwraca szczególną uwagę na mało znane, a jednocześnie niezwykle istotne w kontekście odzyskiwania danych aspekty funkcjonowania tego rodzaju urządzeń, rozpatruje i obala niektóre popularne w środowisku prawniczym mity. W artykule zademonstrowano również najbardziej skuteczne metody trwałego niszczenia dysku twardego typu HDD w sytuacjach akceptowanych przez obowiązujące prawo.

Technologie cyfrowe na stałe weszły do naszego życia. Niestety kształcenie przyszłych prawników w zakresie najnowszych technologii nie jest zadaniem łatwym. Ślady cyfrowe i kwestie, związane z ich wykrywaniem, zabezpieczaniem i analizą to zagadnienia bardzo hermetyczne i wyjątkowo trudne do samodzielnego opanowania. W środowisku prawniczym można również zauważyć występowanie całego szeregu popularnych mitów dotyczących śladów cyfrowych, które w praktyce mogą prowadzić do podjęcia błędnych w swojej istocie decyzji. W związku z powyższym warto przybliżyć problematykę śladów cyfrowych, a konkretnie tak ważną dla praktyków kwestię, jaką jest odzyskiwanie danych cyfrowych z uszkodzonych dysków twardego typu HDD.

I. Mechanizm działania dysku twardego typu HDD.

Mechanizm działania dysku twardego typu HDD można przedstawić przez analogię z kasetami magnetofonowymi i VHS (skrót pochodzi od

angielskiego Video Home System, który oznacza pewien standard w dziedzinie zapisywania oraz odtwarzania wideo). Kasety jako nośnik informacji jeszcze nie tak dawno były bardzo popularnym rozwiązaniem, a zasady ich działania znała większość użytkowników. Element roboczy kasety stanowiła taśma magnetyczna, która mogła mieć różną szerokość i długość w zależności od zastosowanego przez producenta standardu i przeznaczenia nośnika. W trakcie nagrywania czy odtwarzania, taśma za pomocą silnika elektrycznego była przewijana z jednej szpuli na drugą przechodząc w międzyczasie przez głowicę odczytująco-zapisującą. Kasety magnetyczne okazały się rozwiązaniem bardzo uniwersalnym, jeżeli chodzi o oferowane możliwości. Taśmy magnetyczne przeznaczone początkowo do zapisu i przechowywania dźwięku można było wykorzystywać również do nagrywania danych w postaci binarnej. Zapisane w ten sposób informacje za pomocą magnetofonu wprowadzono później do pamięci komputerów 8-bitowych (Commodore 64, ZX Spectrum i in.). Taśmy oferowały wyłącznie sekwencyjny dostęp do zapisanych na nich danych, aby odtworzyć potrzebny fragment, trzeba było najpierw przewinąć taśmę do odpowiedniego punktu¹. To ograniczenie stało się jednym z głównych powodów wycofania kaset z rynku w epoce cyfrowej.

Współczesne dyski twarde typu HDD działają na tych samych zasadach, czyli wykorzystują zjawisko indukcji magnetycznej². Zamiast taśmy magnetycznej na dyskach znajdują się tak zwane „ścieżki” (angielska nazwa – *track*), ułożone na całej powierzchni talerza w sposób podobny do pierścieni. Sam talerz jest pokryty cienką warstwą materiału magnetycznego. W dyskach twardej w formacie 3.5 cala talerz wykonuje się z aluminium, a w nośnikach w formacie 2.5 cala, które możemy znaleźć w laptopach, czy w dyskach przenośnych, do produkcji talerzy używa się specjalnego szkła³.

Ta teoretycznie prosta konstrukcja była stosowana już w pierwszych dyskach twardej firmy IBM RAMAC w 1956 roku i pozwalała na bezproblemowy odczyt danych z dowolnego miejsca na talerzu, który obracał się z prędkością 1200 obrotów na minutę (w języku angielskim do oznaczenia tej charakterystyki wykorzystuje się skrót RPM, od „*revolu-*

¹ Kasety z taśmą magnetyczną używane w tzw. Strimerach, wykorzystują się i dzisiaj w celach długotrwałego przechowywania danych dzięki temu, że nie potrzebują dla tego dość kosztownej obsługi. Np. http://www-03.ibm.com/ibm/history/exhibits/storage/storage_fifty7.html (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

² A. A. Mamun, G. Guo, Chao Bi, *Hard Disk Drive Mechatronics And Control*, CRC Press, Boca Raton, 2006, p. 3.

³ *Op. cit.*, p. 8.

tions per minute”). We współczesnych HDD prędkość obracania się talerzy wynosi od 5000 do 7200 RPM, jeśli mówimy o urządzeniach klasy podstawowej, i od 10000 do nawet 15000 RPM w profesjonalnych, stosowanych w serwerach dyskach. Dane zapisane na ścieżce odczytuje głowica odczytująco-zapisująca, która robi to unosząc się nad powierzchnią talerza za pomocą efektu poduszki powietrznej na wysokość kilku nanometrów dzięki wysokiej prędkości rotacji talerza, a także specjalnym elementom aerodynamicznym⁴. Brak kontaktu fizycznego pomiędzy bezpośrednim nośnikiem danych a głowicą umożliwia przeprowadzenie operacji odczytu-zapisu informacji z większą prędkością, a także zwiększa żywotność tych elementów.

Powierzchnia talerza magnetycznego, aczkolwiek wygląda na pierwszy rzut oka na idealnie gładką, ze względu na wyjątkowo niskie unoszenie głowicy, zawsze ma nierówności. Z tego powodu metalowe ramię, na którym mocuje się głowicę, z powodu swojej sztywności nie nadaje się do jej utrzymywania nad powierzchnią dysku. W związku z tym pomiędzy ramieniem a głowicą odczytująco-nagrywającą został umieszczony niewielki, cienki kawałek metalu o specyficznym kształcie, zwany zawieszeniem (od angielskiego wyrazu *suspension*)⁵. Na jednym ramieniu mocuje się wszystkie głowice odczytująco-zapisujące, więc poruszają się one niemal synchronicznie. Ale ze względu na szczególnie wysoką gęstość zapisu stosowaną we współczesnych dyskach twardech, niezależnie od ilości zainstalowanych głowic nad powierzchnią talerza w każdym konkretnym momencie może pozycjonować się tylko jedna z nich, a więc głowice pozycjonują się z dyskiem pojedynczo⁶.

Na przeciwnym końcu ramienia znajduje się element o nazwie pozycjoner, czyli VCM (od angielskiego *Voice Coil Motor*). Jest to cewka, która pracuje w stałym polu magnetycznym wytwarzanym przez parę magnesów permanentnych, przymocowanych do obudowy dysku. Będąc sztywnie zamontowany na ramieniu, VCM może przesuwając go w określony sposób umieszczając w ten sposób głowicę nad określonym obszarem talerza magnetycznego.

Opisane komponenty znajdują się w metalowej obudowie, której zadaniem jest ochrona delikatnych części nośnika przed negatywnym wpływem czynników zewnętrznych. Obudowa dysku składa się z reguły z dwóch elementów: stosunkowo grubej, wykonanej ze stopu metalowego części dolnej oraz cieńszej, uformowanej w określony sposób meta-

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Op. cit.*, p. 14.

⁶ *Ibidem*.

lowej pokrywy. Części dolna i górna pokrywy chronią elementy konstrukcyjne HDD nie tylko przed negatywnymi czynnikami fizycznymi, takimi jak na przykład przypadkowe dotknięcie talerzy czy głowic przez użytkownika. Nawet najmniejsze cząsteczki kurzu, jeśli trafią do wnętrza obudowy, mogą znaleźć się pod pracującą głowicą, a zwarzywszy na wyjątkowo mały dystans pomiędzy nią a talerzem (grubość poduszki powietrznej pomiędzy głowicą a obracającym się talerzem jest o wiele mniejsza niż rozmiar cząsteczek kurzu), mogą je podrapać. Uszkodzone głowice mogą stracić właściwości aerodynamiczne, zacząć dotykać powierzchni talerza, co spowoduje dalsze uszkodzenia i w konsekwencji doprowadzi do awarii dysku.

Na obudowie dysku typu HDD znajduje się moduł PCB (skrót pochodzący od angielskiego *Printed Circuit Board*, tj. „płytką drukowaną”) zwany także sterownikiem dyskowym⁷. Na powierzchni PCB umieszcza się takie podzespoły elektroniczne jak procesor, kontroler silnika, pamięć podręczna, interfejs komunikacyjny i inne⁸, a więc w jej współczesnym kształcie jest ona prawdziwym komputerem⁹. Warto powiedzieć, że po raz pierwszy PCB wewnątrz obudowy dysku zamocowano w roku 1986, a wcześniej była ona umieszczana w komputerze oddzielnie od dysku twardego jako dodatkowa płyta¹⁰. PCB umożliwia komunikowanie się komputera z fizycznymi elementami dysku twardego. Istotnym jest to, że PCB nie zapisuje przekazywane przez system operacyjny dane bezpośrednio na dysk, lecz poddaje je pewnej obróbce składającej się z kilku etapów. Po pierwsze, aby zmniejszyć liczbę błędów przy zapisywaniu oraz późniejszym odczytywaniu danych, przed rozpoczęciem zapisu wykonuje się ich kodowanie. W procesie kodowania urządzenie stosuje do pięciu różnych algorytmów specjalnie zaprojektowanych do tego celu. Przy odczytywaniu danych, układ PCB stosuje te same algorytmy tylko w odwróconej kolejności¹¹. Po drugie, nawet fabrycznie nowe talerze magnetyczne posiadają określone defekty powierzchni, które producenci ujawniają w trakcie wielogodzinowego testowania dysków. Znalezione defekty zostają opisane w specjalnym, mówiąc z pewnym uproszczeniem, pliku, którym posługuje się oprogramowanie dysku. Z upływem

⁷ P. Karasek, *Odzyskiwanie usuniętych dowodów cyfrowych w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 7–8, s. 100.

⁸ A. A. Mamun, *op. cit.*, p. 11.

⁹ G. F. Hughes, *Wise drives*, <https://spectrum.ieee.org/computing/hardware/wise-drives> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹⁰ D. Anderson, *SATA Storage Technology*, MindShare, Colorado Springs, 2007, p. 10.

¹¹ V. Kanekal, *Data Reconstruction from a Hard Disk Drive using Magnetic Force Microscopy*, University of California, San Diego, 2013, p. 5.

czasu obszary talerzy z defektami mogą się poszerzać, mogą również powstawać nowe obszary, na których występuje degradacja powierzchni. Na takie obszary nie tylko nie można zapisywać nowych danych, ale również nie zawsze można odczytać te dane, które były zapisane wcześniej. Takie miejsca na talerzu noszą potoczną nazwę „bad sektorów” (od angielskiego wyrazu *bad sector*). Współczesne dyski twarde są zbudowane w taki sposób, aby przez cały czas zapewniały bezproblemową pracę. W związku z tym dyski posiadają swego rodzaju strefy zapasowe zlokalizowane w odrębnych obszarach talerzy. Gdy tylko oprogramowanie dysku odnajduje *bad sektor*, zamiast niego jest wyznaczony normalnie działający sektor w strefie zapasowej. Ten mechanizm może powodować pewne problemy w trakcie odzyskiwania danych z dysków twardej mających uszkodzone oprogramowanie oryginalne oraz ewentualnie przy skanowaniu talerzy za pomocą mikroskopu sił magnetycznych, metodzie, o której będzie mowa dalej. To powoduje, że badacz nie wie, na przykład, jaki jest adres fizyczny określonego pliku lub jego części. W rzeczywistości pliki mogą znajdować się w różnych miejscach na powierzchni talerza magnetycznego. W związku z tym należy uznać za błędny zaprezentowany w literaturze pogląd, że miejsce przypisywane danym przez system operacyjny faktycznie odpowiada fizycznej ich lokalizacji na powierzchni dysku twardego. Prawdą natomiast jest to, że system operacyjny posługuje się przy zapisywaniu danych adresacją logiczną, w skrócie LBA (od angielskiego wyrazu „*Logical Block Addressing*”), ale fizyczny adres zapisywanym danym nadaje nie on, a układ sterowania dysku, czyli PCB.

Ważną częścią dysku twardego jest jego oprogramowanie. We współczesnych dyskach twardej znajdziemy go w dwóch miejscach – w PCB w układzie scalonym ROM (od angielskiego *read-only memory* oznaczającego pamięć komputerową przeznaczoną tylko do odczytu), a także w specjalnych strefach na talerzach zwanych Strefą Serwisową, w skrócie SA (od angielskiego *Service Area*). W praktyce producenci dysków twardej wykorzystują różne nazwy do oznaczenia tej strefy, nazywając ją Strefą Systemową, Ścieżkami Negatywnymi czy w inny sposób. Temat Stref Serwisowych na dyskach twardej pojawił się ostatnio w wiadomościach w związku z ujawnieniem grupy cyberkryminalistów o nazwie „*Equation group*”. Jej członkowie zajmowali się tworzeniem złośliwego oprogramowania, a ich cel końcowy polegał na zakłóceniu pracy kluczowych obiektów globalnej infrastruktury takich, jak elektrownie czy wodociągi. W „arsenale” „*Equation group*” znajdowało się narzędzie programowe – moduł programu o nazwie „*nls_933w.dll*”, którego zadaniem było

wprowadzenie zmian do SA dysków twardych kilkudziesięciu znanych producentów¹². Prawdopodobnie był on używany przez hakerów dla przechowywania złośliwego oprogramowania w Strefach Serwisowych dysków zarażonych komputerów¹³. Ukryte w taki sposób wirusy komputerowe mogły być usunięte z dysku twardego tylko i wyłącznie za pomocą specjalistycznych kompleksów sprzętowo-programowych przeznaczonych do odzyskiwania informacji. Podobne kompleksy są używane przez specjalistów do niskopoziomowego komunikowania się z dyskiem twardym celem jego naprawy oraz uzyskania niedostępnych z poziomu środków standardowych danych. Jako przykład można tu wymienić MRT¹⁴, PC3000¹⁵, Atola¹⁶ oraz DeepSpar Disk Imager¹⁷.

II. Uszkodzenia dysku

Uszkodzenia dysku uniemożliwiające odczyt zapisanych na nim danych lub zakłócające jego normalne działanie dzielą się na dwie grupy: mogą to być uszkodzenia fizyczne bądź logiczne¹⁸. Do fizycznych należą te, które uniemożliwiają dostęp do danych poprzez standardowy interfejs dysku twardego (SATA, PATA lub USB). Do drugiej grupy można zaliczyć przypadki kasowania danych lub uszkodzenia struktury systemu plików.

Do najtrudniejszych, jeśli chodzi o możliwość odzyskania (odczytania) zapisanych na badanym nośniku danych, należą przypadki celowego, fizycznego uszkodzenia dysku twardego. Osoba, która chce uniemożliwić odczyt znajdujących się na dysku informacji, może banalnie wykorzystać do tego celu młotek. Aluminiowe talerze instalowane w dyskach 3,5 cala

¹² Equation: The Death Star of Malware Galaxy, <https://securelist.com/equation-the-death-star-of-malware-galaxy/68750/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹³ T. G. Shipley, B. Door, Hiding Data from Forensic Imagers – Using the Service Area of a Hard Disk Drive, <https://articles.forensicfocus.com/2016/07/22/hiding-data-from-forensic-imagers-using-the-service-area-of-a-hard-disk-drive/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹⁴ MRT Lab, HDD Repair and Data Recovery Tools, <http://en.mrtlab.com/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹⁵ ACE Laboratory – Professional HDD Repair & Data Recovery Hardware-Software tools, <http://www.ancelaboratory.com/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹⁶ Atola Technology, <http://www.atola.com/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹⁷ DeepSpar Data Recovery Systems, <http://www.deepspar.com/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

¹⁸ Г. Е. Сенкевич, Искусство восстановления данных, БХВ-Петербург, Санкт-Петербург, 2011, с. 103.

na skutek uderzenia zostaną wgniecione. To spowoduje, że nie będzie można odczytać danych za pomocą środków standardowych, bowiem głowice odczytująco-zapisujące, aby normalnie działać muszą unosić się nad powierzchnią talerzy. W przypadku dysków 2,5 cala, gdzie talerze robi się ze szkła, precyzyjne uderzenie młotkiem będzie miało taki efekt, że talerze dysku pękną i rozsypią się na małe kawałki. Jeśli weźmiemy pod uwagę coraz większą gęstość zapisu, nawet najmniejsze fragmenty uszkodzonych talerzy mogą zawierać spore ilości cennych danych. Jeśli pierwsze dyski twarde w 1956 roku miały gęstość zapisu na poziomie 2,000 bit/in² (bitów na cal kwadratowy), to obecnie ta liczba wynosi nawet 1 Tbit/in² (bilionów bitów na cal kwadratowy)¹⁹. To oznacza, że teoretycznie mając do dyspozycji drobne fragmenty szklanego talerza musimy, postępując zgodnie z uniwersalną rekomendacją kryminalistyczną, dokładnie zabezpieczyć wszystkie kawałki, a potem powinniśmy chronić je przed silnym oddziaływaniem magnetycznym, które może pogłębić destrukcję znajdujących się na nich danych cyfrowych. Niestety możliwość odczytania danych w podobnych sytuacjach należy raczej do kategorii popularnych mitów²⁰. Zaczniemy od tego, że rozbity talerz będzie przedstawiał sobą układankę obrazkową o niebywałym poziomie trudności. Biorąc pod uwagę koszty oraz czas, które byłyby potrzebne do takiego rodzaju rekonstrukcji, należy uznać, że próba odzyskiwania danych w podobnym przypadku będzie co najmniej mało rentowna²¹.

W przypadku wygiętych na skutek uderzeń młotka talerzy aluminiowych, głowice nie mogą swobodnie unosić się nad ich powierzchnią, a więc do odczytania znajdujących się na dysku twardym danych będzie potrzebny specjalistyczny sprzęt, którego na dzień dzisiejszy nie znajdziemy na rynku, oraz metody, które nie zostały opisane w ogólnodostępnej literaturze²². Podobne możliwości istnieją wyłącznie w postaci rozważań czysto teoretycznych. Jednym ze sposobów odczytania da-

¹⁹ 2014: HDD areal density reaches 1 terabit/sq. in., <http://www.computerhistory.org/storageengine/hdd-areal-density-reaches-1-terabit-sq-in/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

²⁰ C. H. Sobe y, Recovering unrecoverable data – the need for drive-independent data recovery, <http://www.forensicfocus.com/recovering-unrecoverable-data> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

²¹ C. Wright, Spin Stand Microscopy of Hard Disk Data, s. 3, http://mirrors.pdp-11.ru/_vax/www.bandwidthco.com/whitepapers/datarecovery/hdd/electronics/Spin%20Stand%20Microscopy%20of%20Hard%20Disk%20Data.pdf (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

²² C. H. Sobe y, Recovering unrecoverable data – the need for drive-independent data recovery, <http://www.forensicfocus.com/recovering-unrecoverable-data> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

nych z uszkodzonego talerza jest skanowanie fragmentów powierzchni za pomocą mikroskopu sił magnetycznych²³. Jednak czasochłonność tego procesu, jak i problem późniejszego dekodowania uzyskanych w ten sposób obrazów w przypadku znacznej ilości danych, czynią tę metodę mało użyteczną²⁴. Zgodnie z wyliczeniami C. Tse i I. D. Mayergoyz²⁵, aby przeskanować tą techniką dysk twardy o pojemności 160 gigabajtów, badacz będzie potrzebował ponad 10 lat. Skanowanie i późniejsze odcodowanie danych znajdujących się na współczesnym terabajtowym dysku twardym zajmie w przybliżeniu około 89 lat²⁶.

Informacje o tym, że laboratoria eksperckie organów ścigania są w stanie odczytać dane nawet z uszkodzonych opisany wyżej sposób dysków twardych, często pojawiają się w mediach²⁷. W sprawie, dotyczącej masowego zabójstwa w szkole Sandy Hook w stanie Connecticut (2012 rok), media informowały o tym, że sprawca – niejaki Adam Lanza, przed popełnieniem przestępstwa zniszczył dysk twardy w swoim komputerze. Uczynił to w ten sposób, że otworzył obudowę dysku, po czym powygiął i porysował talerze używając do tego metalowej hantli. Wbrew zapewnieniom mediów, że odzyskiwanie danych z uszkodzonego dysku twardego nie będzie stanowiło większego problemu dla biegłych FBI²⁸, z finałowego raportu wynika, że odzyskanie jakiegokolwiek informacji z dysku zabójcy zostało uznane za mało prawdopodobne²⁹.

Obecnie najbardziej skuteczną i rentowną metodą odzyskiwania danych z uszkodzonego HDD jest wymiana poszczególnych uszkodzonych jego elementów. Ta operacja wymaga jednak zachowania szczególnej

²³ I. D. Mayergoyz, C. Tse, *Spin-Stand Microscopy of Hard Disk Data*, Elsevier, Oxford, 2007, p. 8.

²⁴ V. Kanekal, *Data Reconstruction from a Hard Disk Drive using Magnetic Force Microscopy*, s. 62, <http://escholarship.org/uc/item/26g4p84b> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

²⁵ C. Wright, *op. cit.*, s. 2.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ E. Weise, *Destroying information on a hard drive isn't easy*, <http://www.usatoday.com/story/tech/2015/12/04/destroying-information-hard-drive-isnt-easy/76785790/> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

²⁸ R. O'Harrow, *Cybersleuths try to mine Newtown killer's hard drive*, https://www.washingtonpost.com/investigations/cybersleuths-try-to-mine-killers-hard-drive/2012/12/19/412cc81c-4a02-11e2-b6f0-e851e741d196_story.html (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

²⁹ Report of the State's Attorney for the Judicial District of Danbury on the Shootings at Sandy Hook Elementary School and 36 Yogananda Street, Newtown, Connecticut on December 14, 2012, s. 25, http://www.ct.gov/csao/lib/csao/Sandy_Hook_Final_Report.pdf (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

ostrożności i może się odbywać wyłącznie w specjalnie przeznaczonym do tego celu pomieszczeniu wyposażonym w systemy oczyszczające powietrze od większych zanieczyszczeń, których obecność, jak już zostało opisane wyżej, może negatywnie wpłynąć na pracę podzespołów³⁰. Najważniejszym ze wszystkich elementów jest zachowany w całości talerz magnetyczny. Pamiętajmy o tym, że uderzenie młotka niekoniecznie powoduje destrukcję talerza. Główna siła uderzenia może przypaść na oś silnika, magnesy metalowe czy głowice, co z kolei spowoduje pewną jej redukcję. Niektóre modele dysków posiadają dodatkowe zabezpieczenia talerzy w postaci umieszczanych wewnątrz obudowy plastikowych lub metalowych ramek chroniących ten element dysku przed czynnikami zewnętrznymi oddziaływującymi na cienką pokrywę górną. Dolną część obudowy dysku również projektuje się z myślą o bezpieczeństwie talerzy. To powoduje, że uszkodzenie talerzy nie jest zadaniem szczególnie łatwym. Osoba zamierzająca w ten sposób uniemożliwić odczyt zapisanych na dysku danych potrzebuje nie tylko więcej czasu, niż początkowo może zakładać, ale też wiedzy o tym, jak powinien wyglądać wynik końcowy.

Na skutek uderzenia czy upadku z wysokości uszkodzeniu mogą ulec również inne, oprócz talerzy, elementy dysku twardego, takie jak płyta elektroniczna (PCB), obudowa, zespół głowic odczytująco-zapisujących lub silnik. Te elementy mogą być zastąpione przez sprawne. Istnieje jednak jeden ważny niuans, o którym biegły zamierzający dokonać takiej wymiany oraz sam odbiorca ekspertyzy powinni wiedzieć. Szczególnie ważnym komponentem dysku twardego jest jego oprogramowanie znajdujące się w modułu ROM na sterowniku dyskowym (PCB) oraz w Strefie Serwisowej. Coraz większa gęstość zapisu danych powoduje, że zmniejszają się zarówno poszczególne ścieżki na talerzu, jak i same głowice odczytujące-zapisujące. Efektem ubocznym miniaturyzacji jest to, że na pozycję głowicy, którą ta zajmuje w chwili odczytu ścieżki, ma bezpośredni wpływ cały szereg czynników, takich jak wibracje obudowy, stan elementów ruchomych dysku (na przykład łożysk osi silnika, czy pozycjonera VCM), temperatura wewnątrz dysku (wpływa na rozszerzanie czy zmniejszanie głowicy i właściwości jej zawieszenia), ciśnienie atmosferyczne czy wilgotność powietrza powodujące zmiany w wysokości „lotu” głowicy. Znaczenie mogą mieć również mikroskopijne wady oraz różnice w budowie poszczególnych komponentów mechanicznych, których nie

³⁰ D. Page, *Between a Rock and a Hard Drive*, <https://www.krollontrack.com/publications/betweenarock.pdf> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

da się w pełni wyeliminować przy masowej produkcji³¹. Aby poszczególne komponenty nowo wyprodukowanego dysku mogły wspólnie i efektywnie pracować w granicach deklarowanego przez producenta okresu trwałości (z reguły obejmuje on czas od 3 do 6 lat³²), końcowy produkt poddaje się wielogodzinowemu testowaniu. W procesie testowania są ustalane takie parametry, jak unikatowe mikroskopijne różnice w wymiarach konkretnego kompletu głowic, charakterystyki wibracyjne zainstalowanego ramienia, defekty powierzchni magnetycznej talerza i wielu innych. Na podstawie tych danych producent wylicza tzw. „parametry adopcyjne”, dzięki którym sterownik dysku nie tylko będzie poprawnie kierował unikatowym kompletem komponentów fizycznych danego dysku, ale też będzie przewidywał i kompensował wszelkie fluktuacje w ich pracy zapewniając stałe funkcjonowanie całego systemu. Ten element programowy dysku twardego z powodu coraz większej miniaturyzacji parametrów fizycznych ścieżek zapisu staje się coraz bardziej istotny nie tylko z perspektywy normalnej pracy całego urządzenia, ale też dla zwykłego, standardowego odczytu zapisanych danych. Sama zaś procedura w jej obecnym stanie nazywana jest przez badaczy „hiper regulacją” (od angielskiego *hyper-tuning*)³³. W związku z tym, że część opisanych wyżej unikatowych (dla każdego konkretnego dysku) parametrów znajduje się w module ROM, uszkodzenie tego elementu dysku może skutkować brakiem możliwości dostępu do danych, jeśli chodzi o środki standardowe, czyli wymianę poszczególnych niedziałających komponentów. W zależności od modelu dysku zawartość ROM można odtworzyć lub podmienić, ale pozostałą część tych parametrów zapisaną w odrąbie Strefy Serwisowej można stracić na zawsze razem z jakąkolwiek szansą na odtworzenie znajdujących się na dysku danych.

Jeśli PCB i głowice można przełożyć z innego dysku tego samego modelu, to w przypadku konieczności wymiany silnika, który jest na stałe montowany w obudowie dysku, potrzebna jest nowa obudowa. W tym celu talerze magnetyczne wyjmuje się za pomocą specjalnych narzędzi, a zatem wkłada się do tzw. „dawcy”. Talerze są mocowane do osi silnika w sposób bardzo podobny do tego, jak montuje się koła do samochodu,

³¹ A. A. Mamun, *op. cit.*, p. 99.

³² S. Anthony, How long do hard drives actually live for, <https://www.extremetech.com/computing/170748-how-long-do-hard-drives-actually-live-for> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

³³ C. H. Sobey, Drive-Independent Data Recovery: The Current State-of-the-Art, <http://simson.net/ref/2005/Drive%20Independent%20Data%20Recovery%20TMRC2005%20Preprint.pdf> (dostęp w dniu 10 października 2017 r.).

tj. za pomocą kilku śrubek. Jednak ze względu na to, że trzeba dokładnie zachować wzajemne położenie talerzy oraz pamiętać o ich centrowaniu, cała ta operacja należy do jednej z najtrudniejszych w procesie odzyskiwania danych³⁴.

W obowiązującym prawie można znaleźć przepisy nakazujące celowe uszkodzenie dysków twardech w sytuacjach, kiedy tego wymagają szczególnie chronione interesy państwa czy jednostki. Na przykład obowiązujące rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych³⁵ przewiduje, że dyski, zawierające dane osobowe, przeznaczone do likwidacji, pozbawia się wcześniej zapisu tych danych, a w przypadku gdy nie jest to możliwe, uszkadza się w sposób uniemożliwiający ich odczytanie (załącznik A, pkt. VI, ppkt. 3). Z myślą o podobnych sytuacjach w laboratorium odzyskiwania danych UratujemyTwojeDane.pl została opracowana alternatywna metoda nieodwracalnego niszczenia talerzy magnetycznych w dyskach 2.5 cala. Osoba, do której obowiązku prawnego należy nieodwracalne zniszczenie talerzy, musi zamiast standardowej śrubki wykorzystanej przez producenta dysku do zamocowania PCB, wkręcić śrubkę większej długości. Eksperymenty pokazały, że za każdym razem szklany talerz pęka, co wyklucza możliwość odzyskania znajdujących się na nim danych. Ta metoda sprawdza się w przypadku większości modeli dysków Western Digital i Samsung w wymiarze 2.5 cala, zainstalowanych w popularnych na rynku laptopach i zewnętrznych dyskach twardech wykorzystywanych do rezerwowego kopiowania i przenoszenia dużych ilości informacji. Badania szczegółowe uszkodzonych tą metodą dysków pokazały, że producenci w dążeniu do zmniejszenia grubości dysku zastosowali specyficzne rozwiązanie techniczne. Wnętrze obudowy hermetyzuje się od dołu czyli od strony PCB za pomocą wkręcanych śrub. Aby zabezpieczyć dysk przed przedostaniem się do wnętrza kurzu czy innych zabrudzeń w momencie, kiedy śrubki z jakiegoś powodu (na przykład w procesie naprawy urządzenia lub ewentualnie wymiany PCB) zostaną usunięte, otwór od strony zewnętrznej dysku czyli od strony talerzy został zabezpieczony przy użyciu okrągłego kawałka przezroczystego plastiku. Najprawdopodobniej chcąc przypomnieć technikowi wykonującemu pracy naprawcze o niebezpieczeństwie pozostawienia otworów po śrubach bez należytych zabezpie-

³⁴ Г. Е. Сенкевич, *Op. cit.*, s. 175.

³⁵ Dz. U. z 2004 r., Nr 100, poz. 1024 z dnia 1 maja 2004 r.

czeń, producenci robią ten kawałek plastiku w kolorze czerwonym. To powoduje, że odnalezienie tzw. „czerwonej kropki” jest zadaniem stosunkowo prostym. O powodzeniu operacji niszczenia talerzy świadczy charakterystyczny dźwięk pękającego szkła, po czym można z powrotem wkręcić oryginalną śrubkę. Na zastosowanie metody „czerwonej kropki” wskazuje specyficzny odgłos przemieszczających się wewnątrz obudowy kawałków szkła, a po otwarciu obudowy wewnątrz dysku można znaleźć oderwaną okrągłą nalepkę w kolorze czerwonym. W związku z powyższym dysk należy poddawać szczegółowym oględzinom nawet w sytuacji, kiedy wygląd zewnętrzny urządzenia nie świadczy o podjęciu przez sprawcę jakichkolwiek działań mających na celu uniemożliwienie odczytu zapisanych na nim danych. Wszelkie odgłosy postronne z wnętrza dysku nie powinny być ignorowane przez osobę, której zadaniem jest właściwe zabezpieczenie nośnika na przykład na miejscu zdarzenia czy w trakcie przeszukania. Podłączenie takiego dysku do zasilania w celu odczytu danych uniemożliwi bowiem późniejsze ich odczytanie i odzyskanie.

Podsumowując, chciałbym podkreślić, że z uwagi na szybki postęp technologiczny w dziedzinie zapisu i przechowywania informacji cyfrowych, można spodziewać się dalszej ewolucji dysków twardych. W związku z tym, biegły powinien stałe aktualizować wiedzę w przedmiotowym zakresie. Z kolei prawnik musi śledzić pojawiające się na rynku nowości, interesować się zastosowanymi w nich nowymi rozwiązaniami i, zgodnie z rolą aktywnego uczestnika procesu dowodzenia, wymagać od biegłego aplikowania adekwatnych do nowych rozwiązań techniko-informatycznych metod badawczych.

Mechanism of hard disk drive (HDD) operation and data recovery possibilities after its damage

Abstract

Professional ethics of contemporary lawyers requires that they demonstrate a certain level of technical and IT competences. In an ac-

cessible manner, this paper describes complex issues around recovery of digital data from damaged HDDs, drawing particular attention to the operational aspects of HDDs, which aspects are lesser-known, though extremely important. It examines and deconstructs some myths popular in legal circles. Moreover, it presents the most effective methods to permanently destroy HDDs in situations permitted by law.

Ewelina Pieprzyca, Rafał Skowronek, Czesław Chowaniec

Problemy analityczne i interpretacyjne związane z diagnostyką zatruć „dopalaczami”

Streszczenie

Nowe substancje psychoaktywne, określane powszechnie jako „dopalacze”, pozostają ogromnym wyzwaniem dla organów ścigania, zdrowia publicznego oraz toksykologów klinicznych i sądowych. Z praktyki zakładów medycyny sądowej wynika, że nadużywanie tych związków w celach rekreacyjnych jest w Polsce nadal popularne, mimo wprowadzonych zmian legislacyjnych. Podstawowe problemy analityczne związane z nowymi substancjami psychoaktywnymi wchodzącymi w skład tzw. dopalaczy związane są głównie z dużą liczbą tego rodzaju substancji i dynamicznymi zmianami jakościowymi i ilościowymi na rynku narkotykowym. Z perspektywy organów ścigania kluczowe dla dalszych ustaleń procesowych, w tym kwalifikacji prawno-karnej zdarzenia, jest zabezpieczenie odpowiedniego materiału biologicznego do badań toksykologicznych. W przypadku osób hospitalizowanych optymalnie jest to zabezpieczenie próbek krwi i moczu pobranych od pacjenta na najwcześniejszym etapie leczenia i ich niezwłoczne przekazanie do laboratorium toksykologiczno-sądowego.

1. Wprowadzenie

„Dopalacze”, w literaturze zachodnioeuropejskiej znane jako *legal highs* czy *designer drugs*, to potoczne określenie nowych substancji psychoaktywnych, które mają m.in. silnie aktywować („dopalać”) ośrodkowy układ nerwowy (OUN). W Polsce początek handlu „dopalaczami” na ogólnokrajową skalę szacuje się na rok 2008, kiedy to swoją działalność rozpoczęła strona internetowa „dopalacze.com”, która proponowała profesjonalną obsługę marketingową klienta^{1,2}. Pod popularną nazwą „dopa-

¹ W. Piekoszewski, E. Florek, Dopalacze, *Przegląd Lekarski* 2009, nr 66(10), s. 861–865.

lacze” mieści się szeroka, bardzo zróżnicowana i stale rozrastająca się grupa związków, które można podzielić m.in. na: związki o charakterze amfetamino- i ekstazopochodnym (pochodne katynonu, piperazyny), syntetyczne związki halucynogenne (metoksetamina, związki z grupy 2C, NBOMe), związki o działaniu podobnym do marihuany (spice, K2), związki naśladujące działanie opioidów (AH-7921, MT-45), oraz pochodne benzodiazepiny, które nie znalazły zastosowania w medycynie (flubromazepam, etizolam, diklazepam). Opierając się na efektach klinicznych dopalacze możemy z kolei podzielić na stymulanty (substancje pobudzające funkcje OUN), depresanty (substancje działające hamująco na OUN) oraz psychodeliki (substancje halucynogenne). Dopalicze są rozprowadzane m.in. w postaci: proszków, kryształów, tabletek, suszu roślinnego, cieczy, kartoników. Sprzedawane są jako sole do kąpieli, kandydki, nawozy do roślin, produkty kolekcjonerskie, substancje do badań naukowych (*Research Chemicals*), środki czyszczące, sole zapachowe, amulety. Na etykietach przeważnie widnieje informacja „nie do spożycia przez ludzi”, „nie badano w kierunku bezpieczeństwa stosowania i toksyczności”. „Dopalicze” są przyjmowane donosowo, doustnie (tabletki, kapsułki, roztwory), poprzez palenie, dożylnie, domięśniowo, a czasem także doodbytniczo³.

Z chemicznego punktu widzenia „dopalicze” to substancje, które najczęściej powstają poprzez modyfikację podstawowej struktury kontrolowanego narkotyku, w celu uzyskania analogu nieobjętego kontrolną prawną. Często taka nowo zsyntezowana pochodna wykazuje dużo większą toksyczność od macierzystej substancji. Według danych przedstawionych przez EMCCDA w 2014 r. w ramach System Wczesnego Ostrzegania, działającego w ramach Unii Europejskiej zgłoszono 101 substancji, które po raz pierwszy wykryto w zabezpieczonych produktach; w 2015 r. – 98, a w 2016 r. – 66, co stanowiło średnio więcej niż jedna substancja na tydzień. Choć powyższe dane wskazują na spowolnienie tempa wprowadzania na rynek nowych substancji psychoaktywnych, ogólna liczba dostępnych obecnie substancji utrzymuje się na wysokim poziomie⁴. Spowolnienie procesu wykrywania nowych substancji o działaniu psychoaktywnym w Europie można przypisać m.in. wprowadzeniu nowych przepisów prawnych w niektórych pań-

² A. Stańczyk, Dopalicze – problem zdrowia jednostki i zdrowia publicznego. Prezentacja badań profilaktycznych, *Problemy Higieny i Epidemiologii* 2015, nr 96(1), s. 8–16.

³ J. B. Zawilska, „Legal Highs” – an emerging epidemic of novel psychoactive substances, *International Review of Neurobiology* 2015, nr 120, s. 273–300.

⁴ [Http://www.emccda.europa.eu/system/files/publications/4541/TDAT17001PLN.pdf_en](http://www.emccda.europa.eu/system/files/publications/4541/TDAT17001PLN.pdf_en).

stwach członkowskich oraz operacji organów ścigania i kontroli, których celem są laboratoria w Chinach, będące głównym producentem „dopalaczy” na świecie.

Do najpopularniejszych grup „dopalaczy” na polskim oraz światowym rynku narkotykowym należą pochodne katynonu oraz syntetyczne kanabinoidy⁵. Popularność konkretnych substancji jest ściśle związana z ich legalnością, tj. ze zmianami w Ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii oraz z listami nowych substancji psychoaktywnych publikowanych przez Ministra Zdrowia. Nie bez znaczenia jest także status danej substancji w innych krajach, przez które jest transportowana do Polski, a także jej legalność w kraju producenta. Według danych przedstawionych przez Główny Inspektorat Sanitarny, w 2016 r. w Polsce odnotowano 11,19 przypadków podejrzeń zatruc tzw. dopalaczami na 100 tysięcy mieszkańców. Celowo użyto tutaj słowa podejrzeń, ponieważ większość tych przypadków niestety nie jest potwierdzana analitycznie. Około 80% podejrzeń zatruc dotyczy mężczyzn, a najwięcej przypadków zatruc przypada na osoby w wieku 13–40 lat⁶. Jako motywy zażywania „dopalaczy” użytkownicy tych substancji wskazują m.in. status prawny (legalność), dostępność (zakupy głównie przez Internet), akceptowaną cenę, brak szybkich testów przesiewowych do potwierdzenia ich przyjęcia, czy preferencje użytkowników dotyczące konkretnych właściwości farmakologicznych⁷.

2. Problemy analityczne

W chwili obecnej jedynie złożone (zaawansowane) metody instrumentalne chromatograficzne umożliwiają identyfikację substancji wchodzących w skład tzw. dopalaczy w materiale biologicznym oraz w dowodach rzeczowych (proszki, kapsułki, tabletki, ciecze, susze roślinne). Testy immunoenzymatyczne (ELISA) są dostępne dla nielicznych substancji z grupy tzw. dopalaczy, ale przeważnie pojawiają się w sprzedaży w momencie, gdy dana substancja już nie jest dostępna na rynku narkotykowym lub zdecydowanie straciła na swojej popularności. Poza tym, aby wynik testu immunoenzymatycznego czy testera narkotykowego, miał wartość dowo-

⁵ https://gis.gov.pl/images/%C5%9Brodki_zast%C4%99pcze/%C5%9Bz/gis_raport_2013-2014.pdf.

⁶ <https://gis.gov.pl/zdrowie/dopalacze/dane-statystyczne>.

⁷ K. Kranz, T. J. Marcinkowski, Badania nad konsumpcją dopalaczy przez młodzież – pod kątem optymalizacji działań profilaktycznych, *Problemy Higieny i Epidemiologii* 2012, nr 93(3), s. 510–513.

dową musi zostać dodatkowo potwierdzony metodą instrumentalną. Obecnie substancje z grupy tzw. dopalaczy oznaczane są najczęściej w laboratoriach toksykologiczno-sądowych za pomocą chromatografii cieczowej sprzężonej ze spektrometrią mas (LC-MS) oraz chromatografii gazowej sprzężonej ze spektrometrią mas (GC-MS)^{8,9}. Problemy analityczne związane z diagnostyką zatruc i identyfikacją substancji psychoaktywnych wchodzących w skład tzw. dopalaczy związane są głównie z bardzo dużą liczbą tych substancji na rynku. Wciąż pojawiające się kolejne, nowe substancje o działaniu psychoaktywnym powodują, że metodyka diagnostyki musi być na bieżąco aktualizowana. Zmiany podstawowych struktur klasycznych narkotyków polegają na różnych modyfikacjach struktury podstawowej związku, przykładowo: wydłużanie łańcuchów bocznych, wymiana podstawników, wprowadzenie atomu fluorowca do struktury. Najprostszą modyfikacją znanej już substancji, o potwierdzonym działaniu psychoaktywnym, są jej izomery. Jako przykład można tutaj przedstawić popularny w Polsce mefedron (4-metylometkatynon, 4-MMC) oraz jego izomery 2-MMC i 3-MMC. Związki te różnią się jedynie położeniem grupy metylowej w obrębie pierścienia benzenu w swojej strukturze, co generuje podobne właściwości chemiczne, podobne działanie psychoaktywne, ale także zbliżone właściwości analityczne (chromatograficzne), na podstawie których ostatecznie identyfikujemy daną substancję¹⁰. Rozróżnienie izomerów danej substancji ma szczególne znaczenie, gdy jedna z tych substancji jest objęta kontrolą prawną, a inne nie – przykładowo taka sytuacja miała miejsce kilka lat temu i dotyczyła mefedronu, gdy został zaklasyfikowany jako substancja psychotropowa z grupy I-P, a jego izomery nadal były legalnymi substancjami. Kolejnym problemem w analizach toksykologicznych są substancje wzorcowe. Zdarzają się sytuacje, gdy w dostarczonym materiale dowodowym podejrzewamy obecność substancji, dla której substancja wzorcowa nie jest jeszcze dostępna w sprzedaży. Czas oczekiwania na dostarczenie substancji wzorcowej może wynosić nawet kilka miesięcy, co znacznie wydłuża okres oczekiwania na wynik badania. Nie bez znaczenia są też wysokie koszty wzor-

⁸ P. Adamowicz, B. Tokarczyk, Simple and rapid screening procedure for 143 new psychoactive substances by liquid chromatography-tandem mass spectrometry, *Drug Testing and Analysis* 2016, nr 8(7), s. 652-667.

⁹ M. Grapp, C. Sauer, C. Vadal, D. Muller, GC-MS analysis of the designer drug α -pyrrolidinovalerophenone and its metabolites in urine and blood in an acute poisoning case, *Forensic Science International* 2016, nr 259, s. 95-100.

¹⁰ D. Zuba, P. Adamowicz, Distinction of constitutional isomers of mephedrone by chromatographic and spectrometric methods, *Australian Journal of Forensic Sciences* 2017, nr 49(6), s. 637-649.

ców, zwłaszcza uwzględniając dużą liczbę stale pojawiających się nowych substancji psychoaktywnych.

W przypadkach zatruc śmiertelnych, analiza materiału biologicznego dotyczy najczęściej próbek krwi, moczu, płynu z gałki ocznej, wycinków wątroby, nerki, płuc i mózgu. Często różnica czasowa pomiędzy przyjęciem związku psychoaktywnego a zgonem wynosi kilka–kilkanaście godzin, a nawet kilka dni. W przypadku hospitalizacji, w tym czasie pacjent jest poddawany m.in. zabiegom intensywnej płynoterapii, wyrównywaniu zaburzeń kwasowo-zasadowych i wodno-elektrolitowych. Upływ czasu oraz intensywne zabiegi medyczne (płynoterapia, farmakoterapia) sprzyjają eliminacji związku psychoaktywnego oraz jego metabolitów z organizmu. Dlatego w takich sytuacjach (hospitalizacji pacjenta z podejrzeniem zatrucia „dopalaczami”) kluczowe dla dalszych ustaleń procesowych, w tym kwalifikacji prawno-karnej zdarzenia, jest odpowiednio wczesne pobranie i zabezpieczenie adekwatnego materiału biologicznego (optymalnie krwi i moczu) już przy przyjęciu chorego do szpitala lub w trakcie jego hospitalizacji (jak najwcześniej), np. do badań biochemicznych¹¹.

Substancje psychoaktywne z grupy tzw. dopalaczy przyjmowane są najczęściej w niższych dawkach w porównaniu z klasycznymi narkotykami, co generuje niższe stężenia substancji w organizmie. Dodatkowo substancje te często szybko metabolizują, co powoduje, że mogą być wykrywane w formie niezmienionej jedynie przez krótki czas od ich zażycia. Bezcennym materiałem porównawczym jest więc materiał dowodowy (np. proszki, tabletki, susz roślinny, lufka, woreczek zamykany strunowo) znaleziony na miejscu zdarzenia czy w trakcie przeszukania danej osoby. Oprócz odzieży i przedmiotów, które posiadała osoba zatruta, należy pamiętać o możliwości ukrycia narkotyku w naturalnych otworach ciała.

3. Problemy interpretacyjne

Rodzaje potencjalnych spraw, które mogą być związane z tzw. dopalaczami to m.in. zatrucia z przeżyciem, zatrucia ze skutkiem śmiertelnym, podanie „dopalaczy” w celach przestępczych (np. zgwałcenia), samobójstwa osób będących pod działaniem „dopalaczy”, zabójstwa popełnione

¹¹ Z praktyki własnej autorów wynika, iż w sytuacji niedostępności materiału biologicznego pobranego od pacjenta na wczesnym etapie leczenia, nie należy rezygnować z analizy materiału pobranego podczas sekcji zwłok. W niektórych przypadkach możliwe jest wykrycie metabolitu substancji psychoaktywnej z grupy tzw. dopalaczy nawet po dwóch tygodniach hospitalizacji.

przez osoby znajdujące się pod działaniem „dopalaczy”, wypadki drogowe i prowadzenie pojazdów przez osoby znajdujące się pod wpływem tych substancji, ich posiadanie i wprowadzanie do obrotu. Najwięcej problemów interpretacyjnych uzyskanych wyników wiąże się z przypadkami zatruc oraz sprawami związanymi z ruchem drogowym. W 2015 r. w Polsce odnotowano 7284 interwencje medycznych związanych z zażyciem tzw. dopalaczy¹². W przypadkach zatruc nowymi narkotykami największym problemem praktycznym wydaje się być brak koniecznych analiz toksykologicznych materiału biologicznego w tym kierunku. Klasyfikacja zatruc jedynie na podstawie oświadczenia pacjenta bądź wystąpienia niespecyficznym symptomów może bowiem prowadzić do nieuprawnionych, a nawet błędnych wniosków i dokonania nieprawidłowej błędnej kwalifikacji zdarzenia, co ma znaczenie w aspekcie ewentualnej odpowiedzialności karnej sprawcy. Pamiętać należy, że w celu nasilenia działań pożądanych i zmniejszenia działań ubocznych wywoływanych przez substancje z grupy „dopalaczy” często są one przyjmowane równoległe z klasycznymi narkotykami (marihuana, kokaina, amfetamina), alkoholem etylowym, bądź lekami (np. ketamina, pochodne benzodiazepiny, zolpidem). Mechanizmy interakcji substancji z grupy „dopalaczy” równoległe zażytych z innymi substancjami o działaniu psychoaktywnym są w chwili obecnej praktycznie nieznanymi. Spektrum działań niepożądanych wywoływanych przykładowo przez związki z grupy syntetycznych katynonów jest szeroki i niespecyficzny. Obejmuje m.in. objawy sercowo-naczyniowe, hematologiczne, ze strony układu pokarmowego, zaburzenia poznawcze, psychiczne i neurologiczne. Ponadto skład produktów zawierających „dopalacze” może się znacznie różnić w obrębie tej samej marki czy serii¹³. Użytkownicy „dopalaczy” przyznają, że ponowne zażycie stosowanego już wcześniej dopalacza wywoływało inne niż za pierwszym razem efekty, co oznacza, że zawartość substancji czynnych w oferowanych na nielegalnym rynku środkach narkotycznych jest nieznana i zmienna, a to oczywiście znacznie zwiększa niebezpieczeństwo zdrowotne ich zażywania. Dodać należy, że zagrożenie, jakie wiąże się z zażywaniem tych środków, wynikać może nie tylko z właściwości toksycznych samej substancji psychoaktywnej, ale również obecności różnego rodzaju dodatkowych zanieczyszczeń (obecnych w substancji wyjściowej lub powsta-

¹² [Http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4509/TD0116917ENN.pdf_en](http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4509/TD0116917ENN.pdf_en).

¹³ Jako przykład może tutaj posłużyć produkt o nazwie „Mocarz”, który latem 2015 roku spowodował liczne zatrucia w Polsce. W preparacie tym zidentyfikowano co najmniej 5 różnych przedstawicieli substancji z grupy syntetycznych kannabinoidów w różnej konfiguracji i stężeniach.

jących jako produkty uboczne podczas syntezy chemicznej czy rozkładu pierwotnych zanieczyszczeń w materiale wyjściowym).

W praktyce Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej i Toksykologii Sądowo-Lekarskiej w Katowicach odnotowuje się przypadki zatruc śmiertelnych. W opiniowanych sprawach przyczyną zgonu była ostra niewydolność krążeniowo-oddechowa i wielonarządowa w przebiegu złożonego toksycznego działania środków z grupy tzw. dopalaczy lub zamachów samobójczych pod wpływem ww. substancji. W literaturze fachowej najczęściej brakuje szczegółowych danych na temat efektów działania poszczególnych substancji z grupy „dopalaczy” u ludzi, ich dawek efektywnych i toksyczności, przemian w ustroju (danych farmakokinetycznych i farmakodynamicznych), powstawania ewentualnie aktywnych i/lub toksycznych metabolitów, a także wartości stężeń toksycznych i letalnych, co stwarza trudności w interpretacji uzyskanych wyników badań i ograniczenia w zakresie kategoryczności stanowiska zawartego w opinii toksykologiczno-sądowej i medyczno-sądowej. Zakres reakcji organizmu na daną substancję jest bardzo zróżnicowany, zależny przede wszystkim od wielkości przyjętej dawki, ale także drogi przyjęcia¹⁴, częstości przyjmowania, diety, ewentualnych interakcji z substancjami zażyтыми równoległe, właściwości osobniczych (wiek, płeć, waga ciała, cechy genetyczne), stanu zdrowia (zmiany chorobowe, wyniszczenie organizmu) oraz stopnia uzależnienia (inna będzie reakcja u osoby stale zażywającej środek odurzający a odmienna u sporadycznego konsumenta).

Trudności związane z interpretacją wyników w przypadkach prowadzenia pojazdów po zażyciu substancji z grupy dopalaczy dotyczą głównie znikomej ilości, bądź zupełnego braku danych na temat wpływu poszczególnych substancji na sprawność psychomotoryczną oraz braku poziomów stężeń progowych dla stanów „pod wpływem” i „po użyciu”.

4. Podsumowanie

Podsumowując, stwierdzić należy, że nowe substancje psychoaktywne, określane powszechnie jako „dopalacze”, pozostają ogromnym wyzwaniem dla organów ścigania, zdrowia publicznego, inspektoratu nadzoru sanitarnego oraz specjalistów toksykologów klinicznych i sądowych.

¹⁴ Szybciej wchłaniają się substancje podane drogą pozajelitową (np. dożylną, doodbytniczo, podjęzykowo, wziewnie) – ma na to wpływ m.in. tzw. efekt pierwszego przejścia przez wątrobę, procesy wchłaniania z przewodu pokarmowego, wiązania z białkami, biotransformacja i wydalanie.

Podstawowe problemy analityczne związane z substancjami psychoaktywnymi wchodzącymi w skład tzw. dopalaczy związane są głównie z powszechną ich dostępnością, dużą liczbą tego rodzaju substancji i dynamicznymi zmianami jakościowymi i ilościowymi na rynku narkotykowym. Z praktyki toksykologiczno-sądowej wynika, że nadużywanie tych związków w celach rekreacyjnych jest w Polsce nadal popularne, mimo wprowadzonych zmian i obostrzeń legislacyjnych. Dane z literatury oraz praktyka własna naszej Katedry wskazuje, że stosowanie „dopalaczy” powinno być uznane jako poważne zagrożenie dla zdrowia i życia. Z perspektywy organów ścigania kluczowe dla dalszych ustaleń, w tym możliwości kwalifikacji prawno-karnej zdarzenia, jest wydanie dyspozycji dotyczących zabezpieczenia odpowiedniego (adekwatnego) materiału biologicznego do badań toksykologicznych. W przypadku osób hospitalizowanych jest to zabezpieczenie próbek krwi i moczu pobranych od pacjenta na jak najwcześniejszym etapie leczenia (najlepiej bezpośrednio po przyjęciu do szpitala) i jej niezwłoczne przekazanie do laboratorium toksykologiczno-sądowego.

Analytical and interpretative issues involved with diagnosing designer drug intoxication

Abstract

Commonly referred to as designer drugs, new psychoactive substances continue to be a huge challenge for law enforcement authorities, public health authorities, and clinical and forensic toxicologists. Experience of institutes of forensic medicine shows that, despite legislative changes, the overuse of such substances for recreational purposes continues to be popular in Poland. Fundamental analytical issues involved with the new psychoactive substances included in designer drugs are primarily due to the large number of such substances and dynamic qualitative and quantitative changes in the illicit drug market. From the perspective of law enforcement authorities, securing biological evidence for toxicological testing is essential for making further findings in proceedings, including criminal and legal classification given to a drug-related event. For hospitalised patients, it would be ideal to

have them subjected to blood and urine sampling during initial stages of their treatment, with samples promptly forwarded to a forensic toxicology laboratory.

Stanisław Łagodziński

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. III KK 196/16¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest rozumienie pojęcia „wielu osób” jako znamienia przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i krytyka jego ustawowego sformułowania.

1. Nie ma racjonalnego powodu dla którego określenie „wiele osób”, którym posługuje się art. 163 § 1 k.k., należy postrzegać „sztywno”, jako większą ilość niż „kilka”. Wynika z tego zatem, że „wiele” – w odniesieniu do osób – nie musi oznaczać co najmniej ich 10.

2. Znamię „wiele osób”, którym posługuje się art. 163 § 1 k.k., jest pojęciem ocennym i powinno być postrzegane w kontekście okoliczności konkretnego zdarzenia stanowiącego przedmiot zarzutu.

Jest wiele powodów, dla których należy zwrócić uwagę na glosowane rozstrzygnięcie i jego doniosłość dla wymiaru sprawiedliwości oraz praktyki ścigania karnego. Jest to pierwsze rozstrzygnięcie – od chwili wprowadzenia w życie k.k. z 1997 r. – zamieszczone w urzędowym zbiorze orzeczeń Sądu Najwyższego (tzw. czerwone orzecznictwo) – dotyczące wykładni znamienia wielości osób na tle przestępstwa pożaru przewidzianego art. 163 § 1 pkt 1 k.k. Ponadto rozstrzygnięcie to nie afirmuje rozpowszechnionych poglądów doktrynalnych, utożsamiających znamię wielości osób z występującymi w języku potocznym pojęciami więcej niż kilku, a więc kilkanaście. Podkreśla też konieczność oceny postrzeganych zjawisk stosownie do okoliczności konkretnego zdarzenia będącego przedmiotem osądu, a więc respektowania społecznego rozsądku w ocenie pojęcia pożaru.

Po kodeksie karnym z 1932 r. wyrazistość i klarowność ustawowych znamion przestępstwa pożaru ulegała w kolejnych kodyfikacjach karnych

¹ OSNKW 2017, nr 5, poz. 25.

bądź ich stosowaniu zmianom niesprzyjającym ochronie prawnokarnej osób pokrzywdzonych. Najbardziej zaś istotne zmiany nastąpiły w kodeksie aktualnie obowiązującym, który przez nieokreślone i niedające się określić na użytek praktyki znamię „wielości osób”, uczynił ochronę ofiar pożaru wysoce iluzoryczną. Pojęcie to jest wyraźnie na wyrost dla oddania istoty zagrożenia pożaru trawiącego dorobek człowieka i członków jego rodziny oraz grożącego ich życiu lub zdrowiu, a może jedynie odzwierciedlać rzeczywisty kataklizm żywiołu ognia i innych klęsk żywiołowych.

Uświadomienie sobie postępującego psucia normatywnej istoty tego typu czynu zabronionego, wymaga retrospektywnego prześledzenia dotychczasowych regulacji ustawowych znamion przestępstwa pożaru, co może pozwolić na wypracowanie ich rozumienia uwzględniającego uzasadnione potrzeby racjonalnego karania.

Kodeks karny z 1932 r. przestępstwo pożaru zamieścił w rozdziale XXXIII zatytułowanym: „Sprowadzenie niebezpieczeństwa powszechnego” i w przepisie art. 215 § 1 k.k. penalizującym łącznie obok pożaru inne wypadki sprowadzenia niebezpieczeństwa zdarzeń takich jak: zalew, zawalenie się budowli oraz katastrof komunikacyjnych. Z uwagi na powyższą tytułację, ustawa pomija w treści art. 215 § 1 k.k. określenie niebezpieczeństwa jako niebezpieczeństwa powszechnego, a również nie definiuje pojęcia pożaru uznając, iż należy je opierać na potocznym jego rozumieniu, gdyż „wyraz ten podkreśla dostatecznie rozmiary katastrofy, będącej wypadkową szerzącego się ognia”. Doktryna i judykatura powszechność niebezpieczeństwa upatrywały w niebezpieczeństwie grożącym nieoznaczonym osobom oraz nieoznaczonej ilości dóbr, a więc każdemu człowiekowi lub każdemu mieniu, jeżeli znajdują się w zasięgu działania niebezpieczeństwa i nie wprowadzono tu żadnych wartości progowych liczebności zagrożonych osób². Pamiętać bowiem należy, iż kodeks ten wypadki zniszczenia przy użyciu ognia cudzego mienia mniejszej wartości – nie będącego mieniem w znacznych rozmiarach – penalizował w art. 263 § 3 k.k., zaś zagrożenie bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia skonkretyzowanej jednostki ludzkiej wyczerpywało dyspozycję art. 242 k.k. i przepisy te dopełniały *a contrario* pojęcie powszechności niebezpieczeństwa.

² Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie części szczególnej, t. V, nr 4, s. 146–148, Warszawa 1930; J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, wyd. 5, Lwów 1938, s. 500; W. Makowski, Kodeks karny Komentarz, wyd. 3, Warszawa 1937, s. 614–615.

Kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r. nie wprowadził istotnych zmian w prawnokarnej regulacji przestępstwa sprowadzenia pożaru. Projekt kodeksu umiejscawiał go w rozdziale przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz bezpieczeństwu w ruchu lądowym, wodnym i powietrznym oraz łącznie z innymi przestępstwami przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu – art. 144 § 1 projektu k.k. W toku prac ustawodawczych, przestępstwo sprowadzenia pożaru wyłączono do przepisu odrębnego – art. 138 k.k. – o treści: „kto sprowadza pożar, który zagraża życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach”. Dyspozycja ta, powielająca początkową treść znamion zagrożenia powszechnego z przepisu wspólnego, nie zmieniła dotychczasowego rozumienia powszechności niebezpieczeństwa. W uzasadnieniu zaś projektu stwierdzono wprost, że „niebezpieczeństwo jest powszechne, gdy rzeczywiście zagraża większej liczbie ludzi lub przedmiotów majątkowych albo gdy zagraża bliżej nie oznaczonej liczbie osób lub mienia, które mogą się znaleźć w zasięgu niebezpieczeństwa”³. Utrzymano też dotychczasowe zasady ścigania przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała określonej jednostki ludzkiej oraz zniszczenia mienia przez jego podpalenie – art. 160 i 212 § 2 k.k. W literaturze pojawiły się jednak głosy konkretyzujące powszechność niebezpieczeństwa przestępstw komunikacyjnych zagrożeniem dla życia co najmniej sześciu osób. W późniejszym zaś czasie autor tego poglądu odnosząc swoje uwagi do wszystkich przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, a przeto nie wykluczając pożaru podnosi, że „pojęcie powszechne niebezpieczeństwo jest ocenne i nie nadaje się do cyfrowego określenia. Należy zatem posługiwać się w tym zakresie ocenami jakościowymi, w rodzaju: wiele ludzi zagrożonych lub dotkniętych, znaczna, poważna, wielka liczba osób zagrożonych. Z uwagi na wartościujący charakter znamienia powszechności niebezpieczeństwa należy dopuścić także możliwość ustalania różnej liczby zagrożonych osób, w zależności od tego, czy groziło wyłącznie niebezpieczeństwo dla zdrowia, czy także śmierci”⁴. Stanowisko to było wyraźnym odstępstwem od dotychczasowego pojmowania powszechności niebezpie-

³ Projekt kodeksu karnego, część szczególna, Warszawa 1968, s. 133; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z Komentarzem, Warszawa 1973, s. 413–414; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, t. II, Warszawa 1987, s. 36.

⁴ K. Buchała, Przepisy przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej, Warszawa 1973, s. 66; K. Buchała, (w:) System prawa karnego, t. IV, część 1, Warszawa–Wrocław 1985, s. 197–198.

czeństwa, a zwłaszcza tej oceny o zagrożeniu nieoznaczonym bliżej osobom i nieoznaczonej ilości dóbr, a więc każdemu człowiekowi i każdemu mieniu, jeżeli znajdują się w zasięgu działania niebezpieczeństwa – ognia. Nie mogę oprzeć się wrażeniu, iż formułowanie tego rodzaju postulatów wobec praktyki ścigania, będzie wymagało łączenia znajomości prawa z wiedzą astrologiczną i zaowocuje różnego rodzaju imponderabiliami, jak chociażby dowodzenia możliwości lub powinności przewidywania zakresu i rozmiarów oraz rozdzielczego stopniowania następstw na życiu lub zdrowiu pokrzywdzonych. Możliwość formułowania takich ocen wydaje się być odległą futurologią, zaś na dziś, na teraz, mieści się wyłącznie w konwencji groteski.

Kodeks karny z 1997 r. przywrócił jednolitość regulacji pożaru pośród innych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i przyjął powyższe poglądy autora – pełniącego funkcję przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej – za podstawę oceny powszechnego niebezpieczeństwa, a zagrożenie dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach stało się jego zasadniczym znamieniem ustawowym. Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego uznało też, iż „znamię zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób, lepiej charakteryzuje pojęcie powszechnego niebezpieczeństwa” niż czynił to kodeks poprzednio obowiązujący⁵. Stanowisko takie nie wymaga komentarza, bowiem każdy jest w stanie ocenić jego niezgodność z rzeczywistością, jeżeli ma świadomość, że znamię „wiele osób” jest liczebnikiem nieokreślonym, którego dolną granicą progową jest liczba mnoga, zaś górną, w jej apogeum – nieskończoność. Wielość jako liczebnik nieokreślony jest na tyle pojemny, że obejmuje swoją treścią wszelkie inne liczebniki nieokreślone funkcjonujące w języku potocznym i na użytek praktyki ścigania karnego niczego nie wyjaśnia i niczego nie konkretyzuje. Kodeks zrezygnował też z utrzymania kwalifikowanego typu zniszczenia cudzej rzeczy, przez jej podpalenie jakkolwiek w odczuciu społecznym zamierzone przez sprawcę posługiwanie się ogniem świadczy zawsze o jego większej determinacji przestępczej i większym rozmiarze zagrożenia dla porządku prawnego. Jeżeli uwzględnimy przy tym wysoce na wyrost skonstruowanie znamion konstytuujących przestępność pożaru w postaci zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach, to widocznym staje się tu brak symetrii w ochronie ofiar przestępstwa.

⁵ Kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 188.

Wprowadzenie znamienia zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób, mającego charakteryzować powszechność niebezpieczeństwa pożaru, wywołało rozbieżne jego rozumienie w doktrynie i judykaturze. I tak J. Wojciechowski podnosi, iż kodeks karny w poszczególnych typach przestępstw rozróżnia pojęcia wielu oraz kilku „z czego należy wysnuć wnioski, iż wielu to więcej niż kilku – czyli co najmniej dziesięciu, zważywszy że w języku polskim kilka to liczba od 3 do 9”⁶. W polemice z tym stanowiskiem, jeżeli również, zważywszy że w języku polskim funkcjonują także inne niż kilka liczebniki nieokreślone jak: kilkanaście, kilkadziesiąt, kilkaset itd., z których każde jest pojemnościowo mniejsze niż wielu, to powstaje pytanie, dlaczego w tej gradacji pojęcie wielu plasujemy tuż po kilku, a nie po kilkunastu, kilkudziesięciu bądź kilkuset. Jest to wyłącznie próba „ratowania twarzy” Komisji Kodyfikacyjnej, która działała nie wiedząc, co czyni i wbrew odwiecznej regule: *quidquid agis, prudenter agas et respice finem*. Logiczna siła argumentacji umiejscowienia pojęcia „wielu” powyżej któregośkolwiek z wymienionych liczebników nieokreślonych będzie taka sama, a swoje oparcie znajdzie wyłącznie w pierwszej zasadzie „mniemanologii stosowanej” – według mojego widzimisię. Inni komentatorzy tego pojęcia oceniają odmiennie jego rozumienie: według K. Buchały „znamię wiele osób ma charakter ocenny. Utało się natomiast traktować śmierć 6 osób za spełniające znamiona powszechności niebezpieczeństwa”⁷. Natomiast Z. Cwiąkałski pisze „kiedy mowa jest w ustawie o „wielu osobach”, należy określenie to interpretować w sensie „kilka”, a więc co najmniej trzy”⁸. Rozbieżne oceny pojmowania pojęcia „wielu osób” występują także w orzecznictwie sądowym, co eksponuje w treści uzasadnienia glosowane rozstrzygnięcie.

Wydaje się, że najbardziej realistyczne stanowisko zaprezentował tu A. Marek pisząc: „Jest to określenie ocenne, które w żadnym z przepisów kodeksowych nie zostało zdefiniowane, stwarzając tym problem dla praktyki [...] ustawodawca nie powinien takiej kwestii pozostawiać otwartej, a wszystkie z przedstawionych propozycji mają charakter umowny. Nie mogą tu jednak decydować argumenty natury semantycznej lub słownikowej, lecz uzasadnione potrzeby racjonalnego karania”⁹. Nasuwają się tu również inne wątpliwości. Jeżeli afirmujemy przedstawione wyżej poglądy o zróżnicowanym rozumieniu pojęcia wielu osób, to jak ocenimy

⁶ J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1997, s. 238.

⁷ K. Buchała, (w:) Kodeks karny Część szczególna, pod red. A. Zoll'a, t. II, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 1999, s. 331.

⁸ Z. Cwiąkałski, (w:) Kodeks..., Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków, s. 172.

⁹ A. Marek, Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna, Warszawa 2000, s. 41–42.

postępowanie sprawcy podpalenia domku rekreacyjnego, którego gabaryty przestrzenne nie przekroczyły wielkich rozmiarów, zaś liczebność przebywających w nim ofiar nie przekroczyła „dozwolonego limitu” mniej niż dziesięciu zagrożonych dla zdrowia, bądź mniej niż sześciu – ewentualnie mniej niż trzech, którzy ponieśli śmierć bądź było zagrożonych utratą życia.

Czy sprawca ten dopuścił się tylko zniszczenia cudzego mienia – bez dopełniającego zwrotu „przy użyciu ognia” – zaś możliwość przypisania mu następstwa czynu w postaci nieumyślnego skutku na zdrowiu lub życiu uzasadnić niezachowaniem reguły ostrożności obciążającej każdego podpalacza uprzednim obowiązkiem sprawdzenia pomieszczeń podpalanego obiektu? Są to niewątpliwie aberracje umysłowe, ale one stały się już rzeczywistością w polskim prawie karnym.

Czy jest i jakie jest wyjście z tego impasu oraz jakie znamię powszechności niebezpieczeństwa może zapewnić uzasadnione potrzeby racjonalnego karania tudzież jednolitość orzecznictwa sądowego? Oczywiście że jest, jednakże tylko w drodze stosownej nowelizacji kodeksu karnego, nowelizacji rugującej z jego treści zwrot normatywny „wielu”, owe *façon de parler*, który poza *parler* niczego nie wyjaśnia i niczego nie rozstrzyga, a jedynie pełni rolę werbalnego balastu oraz powrót do przeszłości, gdyż to stare dobrze wypełniało przypisaną mu funkcję normatywną. Społeczny rozsądek i życiowe doświadczenie podpowiadają nam, iż w działalności ustawodawczej tworzenia prawa lepiej postąpić *more antiquo quam facere modo stupiditatis*.

Uważam, że najbardziej rozsądny byłby tu powrót do regulacji prawnokarnej k.k. z 1969 r., który w art. 144 projektu, ujmując zbiorczo wymienione w nim typy przestępstw, znamię niebezpieczeństwa powszechnego wyrażał zwrotem normatywnym „zagroza życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach”, z równoczesnym rozumieniem zagrożenia powszechnego jako zagrożenia dla nieoznaczonej liczby osób, które mogą się znaleźć w zasięgu niebezpieczeństwa. Zagrożenie dla ludzi ujęte jest tu w liczbie mnogiej, której najniższą wartość progową wyraża cyfra trzy – z jej *omne trinum perfectum*, mającą wymiar filozoficzny, prawny, społeczny, a nawet i religijny. Mając przy tym świadomość, że to, co zagraza jednemu, grozi każdemu znajdującemu się w tożsamej sytuacji zagrożenia. Unikniemy w ten sposób przypisywania umyślności za to, co *ex ante et in concreto* było nieoznaczonością w przebiegu pożaru, zaś w czynach kwalifikowanych następstwem zaistniałego skutku, unikniemy także silenia się na dowodzenie możliwości bądź powinności przewidywania owej przypadkowości.

W naszej powojennej rzeczywistości działalność ustawodawcza przebiegała z reguły z uwzględnieniem kierunku z którego wieje „bratni nam wiatr”. Skoro aktualnie preferujemy wiatry zachodnie, warto sięgnąć do normatywnych rozstrzygnięć *Strafgesetzbuch*, korzystając z jego dostępności w tłumaczeniu na język polski¹⁰. Kodeks ten pochodzący z 1871 r. ma za sobą niemal ponadczasową tradycję oraz życiowe doświadczenie wielu pokoleń użytkowane w prowadzonych nowelizacjach. Przesłanki przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu zgrupowano w §§ od 306 do 323 rozdziału XXVIII kodeksu, z których §§ od 306 do 306f dotyczą pożaru. Podstawową formą sprawczego zachowania – spowodowania pożaru, jest podpalenie: „kto podpala lub niszczy całkowicie lub częściowo przez podłożenie ognia”, który to zwrot normatywny wyraża sformułowane precyzyjnie zamierzone zachowanie sprawcy spowodowania pożaru – odpowiadające naszemu zamiarowi bezpośredniemu. Kodeks przewiduje też karalność niektórych typów przestępstw popełnionych nieumyślnie, a także wypadki mniejszej wagi. Ciekawe sformułowanie sprawczego zachowania, mogące budzić kontrowersje co do jego umyślności, zawiera § 306f – „kto cudze urządzenia [...] lasy, łąki lub bagna [...] zasiane pola [...] przez palenie papierosów, przez otwarty ogień lub światło, przez wyrzucanie palących lub żarzących się przedmiotów lub w inny sposób naraża na niebezpieczeństwo pożaru [...] powoduje niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia innego człowieka [...]”.

Godnym uwagi jest tu sposób określenia przedmiotu przestępstwa, rezygnujący z ich syntetycznego sformułowania na rzecz kazuistycznego wyliczenia, a również gradacja jego społecznej wartości, będąca podstawą tworzenia typów kwalifikowanych.

Podstawowy typ przestępstwa sformułowany w § 306 można określić następująco: „kto podpala lub niszczy całkowicie lub częściowo przez podłożenie ognia cudze:

- budynki lub zabudowania,
 - zakład lub urządzenie techniczne, w szczególności maszyny,
 - magazyny towarów lub zapasy towarów,
 - mechaniczne pojazdy szynowe, powietrzne lub wodne,
 - lasy, łąki lub bagniska, albo
 - urządzenia lub produkty rolne, żywnościowe lub leśne,
- podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

¹⁰ E. Tuora-Schwierskott, Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski, Regensburg 2016.

Kazuistyczne wyliczenie przedmiotów przestępstwa eliminuje potrzebę określenia ich rozmiarów bądź materialnej wartości.

Zawarty w § 306a typ kwalifikowany przestępstwa podpalenia – podłożenia ognia, określonych w jego treści budynków i pomieszczeń, konstytuuje następująca ich właściwość – „służące do zamieszkania ludzi, do pobytu osób w czasie, gdy tam przebywają oraz służące do celów kultu religijnego”. Cechą konstytuującą typ kwalifikowany jest również zachowanie sprawcze opisane w typie podstawowym, jeżeli spowodowało niebezpieczeństwo uszkodzenia ciała. Nie formułuje się jednak jakiegokolwiek wymaganej liczebności zagrożonych osób, wychodząc ze słusznego założenia, że to, co zagraża jednostce, grozi wszystkim znajdującym się w strefie działania ognia. Opisany typ kwalifikowany zagrożony jest karą więzienia nie niższą niż rok do lat 15.

Kolejne kwalifikowane typy przestępstwa podpalenia, o narastającym zagrożeniu karnym, zawierają § 306b i § 306c, którymi są następujące zachowania sprawcze:

- § 306b ust. 1 – powoduje ciężkie uszkodzenie ciała człowieka lub uszkodzenia ciała znacznej liczby ludzi, zagrożone karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 2 lata,
- § 306b ust. 2 – jeżeli sprawca spowoduje przez swój czyn zagrożenie śmierci człowieka, działa w zamiarze umożliwienia popełnienia innego czynu lub jego zatajenia, albo utrudnia lub przeszkadza w ugaszeniu ognia, zagrożone karą pozbawienia wolności nie niższą niż 5 lat,
- § 306c – jeżeli sprawca spowoduje przez podpalenie w myśl § § od 306 do 306b przynajmniej nieumyślnie śmierć człowieka, zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności lub karą pozbawienia wolności nie niższą niż 2 lata.

Ten szczegółowy opis przestępstwa podpalenia oraz kwalifikowanych jego typów ma na celu wykazanie, iż *Deutsches Strafgesetzbuch* ma bardziej „ludzką twarz” niż obowiązujący polski kodeks karny w postrzeganiu i społecznej ocenie pokrzywdzenia ofiar przestępstwa, a również sygnalizację, w jakim kierunku mogą i powinny zmierzać jego zmiany nowelizacyjne. Trąpi mnie tu również wątpliwość, czy członkowie Komisji Kodyfikacyjnej znający uregulowania prawne *Strafgesetzbuch* oraz wyznający „*ius germanicum uber alles*” jedynie przeoczyli to jego ludzkie oblicze.

Commentary to the Supreme Court decision of 11 January 2017, ref. no. III KK 196/16

Abstract

This commentary addresses the meaning of the term “many persons” as a criterion for an offence against public safety. It also criticizes the statutory wording of the term.

Maciej Błotnicki

**Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego
w Białymstoku z dnia 18 sierpnia 2016 r.,
sygn. II AKa 91/16¹**

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest charakter typu czynu zabronionego określonego w art. 306 k.k. w kontekście podziału przestępstw na powszechne oraz indywidualne. Autor częściowo aprobuje stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku, zgadzając się z postawioną tezą. Uznaje jednak, że prawidłowość konkluzji nie jest poparta dostateczną argumentacją.

Czyn z art. 306 k.k. stanowi przestępstwo powszechne, którego sprawcą może być każda osoba.

Kolejna próba odpowiedzi na pytanie, czy czyn zabroniony uregulowany w art. 306 k.k. ma charakter ogólnosprawczy czy indywidualny jest interesująca przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, problematyka ta stanowi obiekt sporu sięgającego swą metryką niemalże czasu wejścia w życie kodyfikacji karnych z 1997 r., a niejednorodność poglądów doktryny prawa karnego stopniowo przekłada się na rozbieżne rozstrzygnięcia na gruncie judykatury. Po drugie dlatego, że zagadnienie ochrony konsumentów w prawie karnym nie należy do często podnoszonych i analizowanych w polskiej literaturze².

Dla oczyszczenia przedpola rozważań przypomnieć trzeba, że stypiowanie przestępstwa z art. 306 k.k. w rozdziale XXXVI stanowi reakcję ustawodawcy na udoskonalane bądź nowo powstałe techniki i formy popełniania przestępstw gospodarczych³, ze szczególnym uwzględnieniem fałszowania znaków identyfikacyjnych, daty produkcji lub przydatności

¹ LEX nr 2136979.

² W. J a r o c h, Prawnokarna ochrona konsumentów, PUG 2004, nr 2, s. 2 i n.

³ E. Hryniewicz, (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, t. 9, Warszawa 2011, s. 741.

towarów. Wprowadzenie do ustawy karnej analizowanego typu należy rozpatrywać również jako realizację przez organy władzy publicznej, w myśl art. 76 Konstytucji RP, nakazu dokonkretyzowania zakresu ochrony praw konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na wszelkich możliwych polach nadużyć⁴. Nie ulega też wątpliwości, że występki stypizowane w art. 306 k.k. ma istotny walor w zakresie koherencji systemu prawa karnego *sensu largo*, gdyż uzupełnia prawnokarne regulacje z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵, art. 136 k.w. oraz w pewnym zakresie art. 286 k.k.⁶

Problem, przed którym stanął Sąd Apelacyjny w Białymstoku, to konieczność wypowiedzenia się, na potrzeby wydania rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym, w zakresie charakterystyki podmiotu występkę z art. 306 k.k. Jednakże argumentacja sądu *ad quem* w zasadzie ogranicza się do powtórzenia funkcjonujących w nauce i piśmiennictwie stanowisk. Nie wprowadza natomiast żadnego *novum* do istotnego zagadnienia, jakim wydaje się być rola rodzajowego przedmiotu ochrony, jego wpływ na interpretację znamienia podmiotu typu czynu zabronionego i w konsekwencji na zakres kryminalizacji w obrębie art. 306 k.k.⁷

Za rodzajowy przedmiot ochrony poddanego analizie przestępstwa przyjmuje się zasady rzetelnego i uczciwego obrotu gospodarczego⁸,

⁴ I. Zduński, Problematyka penalizacji fałszowania wskazań licznika pojazdu mechanicznego – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*, KSAG 2014, nr 3, s. 25; R. Zakrzewski, Ochrona obrotu gospodarczego w nowym kodeksie karnym, PUG 1997, nr 11, s. 9.

⁵ Dz. U. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.

⁶ Nie powinno ulegać żadnej wątpliwości, że fałszowanie oznaczeń identyfikacyjnych, daty produkcji lub przydatności towaru lub usługi implikuje, nieuwzględniony w opisie typu czynu zabronionego, rezultat w postaci działania przez potencjalnego nabywcę w błędzie. Akcentując formalny charakter przestępstwa opisanego w art. 306 k.k., nadmienić należy, że błąd ten w sposób istotny wpływa na zakres uprawnień nabywcy wynikających również z natury cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych, m.in. rękojmi czy gwarancji. Wydaje się, że właśnie z tego powodu w doktrynie prawa karnego podnoszone są głosy o istotnych związkach art. 306 k.k. z przestępstwem oszustwa stypizowanym w art. 286 § 1 k.k. *De facto* zachowania stanowiące karalną czynność sprawczą opisaną w art. 306 k.k. mogą poprzedzać i często poprzedzają popełnienie przestępstwa oszustwa, stanowiąc współukarane przestępstwo uprzednie. Zob. E. Hryniewicz, (w:) *op. cit.*, s. 721.

⁷ Por. O. Górniok, Glosa do uchwały SN z dnia 26 września 2002 r., sygn. I KZP 25/02, OSP 2003, nr 7–8, s. 102.

⁸ Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na odosobniony pogląd R. Zawłockiego dotyczący wadliwości lokalizacji typu z art. 306 w rozdziale XXXVI Kodeksu karne-

w szczególności w zakresie handlu i usług⁹. Coraz częściej w orzecznictwie pojawia się również stanowisko, że rodzajowym przedmiotem ochrony tego typu czynu zabronionego jest nie tylko obrót gospodarczy, lecz także pewność obrotu towarami i urządzeniami między podmiotami nieprofesjonalnymi oraz bezpieczeństwo korzystania z takich przedmiotów¹⁰. Z kolei w odniesieniu do indywidualnego przedmiotu ochrony wyróżnia się trzy stanowiska, w tym jedno o charakterze dominującym. Przede wszystkim wskazuje się na interesy konsumentów¹¹, przejawiające się w uprawnieniu do otrzymania zgodnej z prawdą, rzetelnej wiedzy o nabywanym towarze¹². Nie ulega wątpliwości, że uzyskanie powyższych informacji w sposób prawidłowy przedstawia istotny charakter gwarancyjny¹³. Dzięki temu konsument uzyskuje nieskrępowaną żadną wadą w procesie decyzyjnym możliwość powzięcia i wyrażenia woli co do wyboru oraz nabycia bądź odmowy nabycia towaru czy usługi¹⁴. Zgodnie z drugim stanowiskiem, indywidualnym przedmiotem ochrony jest konieczność ochrony wiarygodności oznaczeń produktu w zakresie rozpoznawalności towarów¹⁵. Nie wymaga szerszego uzasadnienia stwierdzenie, że kreowanie nieprawdziwych informacji dotyczących znaku identyfikacyjnego, daty produkcji czy przydatności niesie ze sobą wystarczające kwantum społecznej szkodliwości i dostateczne ryzyko

go. Zdaniem tego autora – opis analizowanego przestępstwa swą konstrukcją bardziej zbliżony jest do opisu przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów, niż przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu; Zob. R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Warszawa 2010, s. 1575.

- ⁹ L. Wilk, (w:) S. Kalus (red.), Ochrona obrotu gospodarczego, Warszawa 2011, s. 56.
- ¹⁰ Uchwała SN z dnia 26 września 2002 r., sygn. I KZP 25/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 94; wyrok SN z dnia 5 stycznia 2004 r., sygn. III KK 181/03, Prok. i Pr. 2004, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 6.
- ¹¹ Wyrok SN z dnia 3 stycznia 2002 r., sygn. III KKN 519/99, Prok. i Pr. 2002, nr 10, poz. 3.
- ¹² R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II. Komentarz, Warszawa 2013, Legalis, komentarz do art. 306, teza nr 16.
- ¹³ Na uwagę zasługuje podnoszony w literaturze postulat ochrony normą sankcjonowaną art. 306 k.k. zarówno indywidualnych interesów konsumentów, jak i majątkowych praw producentów towarów i urządzeń; zob. I. Sepioło, (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Handlowego. Prawo Karne Gospodarcze, t. 10, Warszawa 2012, s. 523.
- ¹⁴ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, (w:) Nowe kodeksy karne z uzasadnieniem, Warszawa 1997, s. 211.
- ¹⁵ M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1360.

dla prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego¹⁶, by uznać tego typu zamachy za godne należytej uwagi. W ostatnim ujęciu akcentuje się zaufanie pomiędzy kontrahentami¹⁷ oraz zasady uczciwej konkurencji¹⁸.

Argumentacji zaprezentowanej przez sąd odwoławczy, odnoszącej się do uznania art. 306 k.k. za *delictum communium*, nie można uznać za wystarczającą. Na nieporozumieniu zasadza się myśl wygłoszona pierwotnie przez Sąd Najwyższy¹⁹, w brzmieniu: „Wywodzenie szczególnych cech podmiotu przestępstwa z jego umiejscowienia w kodeksie karnym (określonym jego rozdziale), oznacza niczym nieuzasadnione przyznanie pierwszeństwa pozajęzykowym metodom wykładni, zaś przyjęcie powszechnego charakteru tego przestępstwa nie przekreśla uznania obrotu gospodarczego za przedmiot jego ochrony”. W kontekście cytowanego fragmentu uzasadnienia odpowiedzieć należy na dwa pytania. Po pierwsze, czy wyjście poza granice wyznaczone wynikami wykładni językowej, na skutek zastosowania dyrektyw o innym charakterze, jest dopuszczalne? Po drugie, czy ulokowanie typu czynu zabronionego w określonym rozdziale ma wyłącznie znaczenie porządkowe²⁰ i nie może wpływać na zakres kryminalizacji, czy też może jest zgoła odmiennie?

Proces interpretacji tekstu prawnego winien przebiegać przez wszystkie swe etapy i przy zastosowaniu ogółu dyrektyw. Swoiście rozumiana reguła pierwszeństwa dyrektyw semantycznej i syntaktycznej wykładni, której Sąd Apelacyjny w Białymstoku zdaje się być zwolennikiem, bynajmniej nie pozwala na eliminację pozostałych. Zdarza się bowiem tak, że sens wypowiedzi normokształtnej, który wydaje się językowo klarowny, po przejściu przez pełen proces interpretacyjny może okazać się wątpliwy²¹.

Biorąc pod uwagę, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego coraz większym zainteresowaniem cieszy się model wykładni w myśl zasady *interpretatio cessat in claris*, oraz odrzucając formułę interpretacyjną *clara non sunt interpretanda*, stwierdzić należy, że wykładnia językowa stanowi

¹⁶ E. Hryniewicz, (w:) *op. cit.*, s. 743–744.

¹⁷ D. Wilk, *Falszerstwa dzieł sztuki. Aspekty prawne i kryminalistyczne*, Warszawa 2015, s. 55–56.

¹⁸ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *op. cit.*, s. 1575.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 26 września 2002 r., sygn. I KZP 25/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 94.

²⁰ O. Górniok, *op. cit.*, s. 103.

²¹ P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 193.

jedynie „fazę wstępną”, a jej pierwszeństwo rozumiane jest inaczej niż przez Sąd Apelacyjny²². Mianowicie nie przez prymat znaczenia, lecz jedynie jako kolejność zastosowania, co prowadzi do wniosku, że dyrektywy językowe mają pierwszeństwo jedynie z punktu widzenia chronologii zastosowania. Niezależnie od tego, czy aplikacja dyrektywy językowej wykładni dostarczyła jednoznacznych wyników, jej rezultat musi zostać pogłębiony o rozważania nad systematyką aktu normatywnego, w którym znajduje się interpretowana norma, oraz celów i funkcji interpretowanego sformułowania. Poruszając się w granicach językowego znaczenia danego sformułowania, użycie pozostałych dyrektyw wykładni może pozwolić na odstępstwo od jej językowych rezultatów²³ bądź też utwierdzić interpretatora w jego wnioskach²⁴.

Mając powyższe w pamięci, co zdaje się nie znalazło wydzwiku w rozumowaniu sądu *ad quem*, uprawniona wydaje się konkluzja, że skorzystanie z pozostałych dyrektyw wykładniczych winno mieć miejsce wtedy, gdy jej rezultat językowy jest zdaniem decydenta jasny, ale właściwe jest jego potwierdzenie przy zastosowaniu wykładni systemowej i celowościowo-funkcjonalnej. To w konsekwencji może prowadzić do przełamania bądź istotnego uzupełnienia gramatycznego sensu normy sankcjonowanej²⁵. Tak moim zdaniem winien przebiegać proces interpretacji na gruncie art. 306 k.k. W miejsce tego Sąd Apelacyjny w Białymstoku co prawda osiągnął prawidłowy rezultat, lecz nie wyszedł poza kontekst językowy przepisu, a do tego w wystarczającym stopniu nie uzasadnił swojego punktu widzenia. Nie ustosunkował się także do istniejącej w doktrynie prawa karnego polaryzacji stanowisk, z których jedno nadaje typowi określonego w art. 306 k.k.²⁶ charakter powszech-

²² M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2002, s. 317.

²³ W. Wróbel, Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość?, (w:) L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 394; postanowienie SN z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. I KZP 9/11, OSNKW 2011, nr 8, poz. 68.

²⁴ M. Kulik, Aksjologia systemu jako dyrektywa wykładni prawa karnego materialnego i procesowego, (w:) L. Leszczyński, A. Szot (red.), Wykładnia operatywna prawa – perspektywa teoretyczna i dogmatyczna, Toruń 2017 (monografia w druku).

²⁵ R. Zawłocki, Utrudnianie dochodzenia roszczeń, MoP 2004, nr 14, s. 6; postanowienie SN z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. V KK 369/09, OSNKW 2010, nr 9, poz. 80.

²⁶ S. Hoc, Glosa do postanowienia SN z dnia 4 lutego 2003 r., sygn. III KKN 506/00, OSP 2004, nr 2, s. 24 i n.; A. Herzog, Charakter prawny tablic rejestracyjnych w rozumieniu prawa karnego, Prok. i Pr. 2006, nr 4, s. 36; Ł. Kazareń, Kilka uwag na temat przestępstwa stypizowanego w art. 306 k.k., SIL 2006, nr 8, s. 78–79; J. Potul-

ny, drugie zaś postrzega to zagadnienie zgoła odmiennie²⁷, o czym przesądza pominięta przez sąd *ad quem* argumentacja.

Warto zwrócić uwagę na pogląd W. Wróbla, który stoi na stanowisku, że odniesienie się w procesie interpretacji przepisu prawa karnego do dobra prawnego ma miejsce wtedy, gdy zastosowanie dyrektywy językowej wykładni z jakichkolwiek względów okazało się niewystarczające²⁸. Co prawda rodzajowy przedmiot ochrony, którym dla omawianego przestępstwa jest prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego, jednoznacznie nie determinuje, kto może popełnić dane przestępstwo²⁹, to szersze spojrzenie na zasadniczy przedmiot ochrony wskazywany w doktrynie umożliwia kwestię tę ująć nieco inaczej.

Z jednej strony, jeśli konsekwentnie uznaje się, że indywidualnym przedmiotem ochrony art. 306 k.k. są majątkowe interesy konsumentów – a co za tym idzie, pokrzywdzonym tym przestępstwem może być jedynie podmiot posiadający cechy opisane w art. 22¹ k.c.³⁰ – to konse-

ski, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, Legalis, komentarz do art. 306 teza nr 20; J. Skorupka, Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu, Warszawa 2007, s. 192 i n.; B. Gadecki, Kodeks karny. Część szczególna. Art. 252–316. Komentarz, Warszawa 2017, Legalis, komentarz do art. 306, teza nr 1.

²⁷ M. Siwek, Glosa do postanowienia SN z dnia 7 września 2000 r., sygn. I KZP 25/00, Pal. 2001, nr 5–6, s. 231 i n.; J. Majewski, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/00, OSP 2001, nr 5, s. 249 i n.; M. Gałązka, (w:) *op. cit.*, komentarz do art. 306, teza nr 3; W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks Karny, Część Szczególna, t. III, Warszawa 2016, s. 813, z tym, że ten ostatni autor, najprawdopodobniej na skutek błędów wydawniczych, operuje sformułowaniem typu powszechnego, mimo argumentacji przemawiającej za odmienną konkluzją. Por. też twierdzenie G. Łabudy w odniesieniu do charakterystyki podmiotu przestępstwa z art. 306 k.k. w zakresie znamienia „usuwa”. Autor ten pogląd swój uzasadnia wynikającym z przepisów prawa zakazem usuwania znaków identyfikacyjnych, daty produkcji oraz daty przydatności towaru lub urządzenia. Wydaje się, że teza ta opiera się na błędnym utożsamieniu znamienia „usuwa” ze znamieniem „nie oznacza” obowiązującym na gruncie art. 25 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; zob. G. Łabuda, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks Karny, Część Szczególna Komentarz, Warszawa 2014, s. 1271.

²⁸ W. Wróbel, Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego, (w:) Ł. Pohl (red.), Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu Profesora Andrzeja Szwarca, Poznań 2009, s. 623.

²⁹ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, Odpowiedzialność karna za przestępstwo usuwania, podrabiania lub przerabiania znaków identyfikacyjnych (art. 306 k.k.), (w:) I. Nowicki (red.), Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi, Lublin 2007, s. 73–74.

³⁰ W myśl art. 22¹ k.c. za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

kwentnie wypadałoby przyjąć, że sprawcą też powinien być wyłącznie profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego. Wynika to z ustawowej definicji konsumenta. Powyższe wnioski potwierdza również aplikacja dyrektywy celowościowej w ujęciu historycznym³¹ tj. uwzględnienie deklarowanej woli ustawodawcy w odniesieniu do zabezpieczenia praw konsumentów poprzez środki prawnokarnej reakcji³², a także fakt, że interesy konsumentów mogą być narażone *de facto* jedynie w ramach lub w związku z obrotem gospodarczym.

Z drugiej strony nie istnieją racjonalne powody, by w jakikolwiek sposób ograniczać zakres zastosowania normy art. 306 k.k. Jeśli spojrzymy bowiem na indywidualny przedmiot ochrony tego przepisu jeszcze szerzej, tj. nie tylko przez pryzmat interesów konsumentów, lecz wszelkich potencjalnych nabywców towarów lub usług³³, to implikacje podmiotu czynu zabronionego ulegają diametralnej zmianie. Taka optyka wydaje się uzasadniona jako zapewniająca bardziej adekwatny zakres prawnokarnej ochrony. Po pierwsze dlatego, że z punktu widzenia zamachu na dobro prawne nie ma żadnego znaczenia, czy podmiot ingerujący w sferę praw pokrzywdzonego, posiada zespół cech lub właściwości pozwalający na indywidualizację, tj. czy występuje w obrocie gospodarczym jako jego profesjonalny uczestnik, czy też tego atrybutu jest pozbawiony. Wypada nadto zauważyć, że realizacja znamion typu z art. 306 k.k. zarówno przez profesjonalistę, jak i inny podmiot, stanowi tożsamy zamach, znamienny identycznym kwantem bezprawia. To, przez kogo zostaje popełniony czyn, nie wpływa na zwiększenie stopnia jego społecznej szkodliwości. Po drugie, *ratio legis* art. 306 k.k. nie upoważnia do założenia, iż miał on na celu jedynie ochronę konsumentów, pozbawiając jednocześnie tożsamej ochrony podmiotu będącego przedsiębiorcą. Wydaje się, że dopuszczenie do takiego stanu rzeczy stanowiłoby, parafrazując myśl W. Woltera, strzał poza cel³⁴ i rozminięcie się praktyki stosowania prawa z funkcją ochronną typu z art. 306 k.k. Bez znaczenia pozostaje również okoliczność, czy objęte zachowaniem sprawcy towary bądź usługi sta-

³¹ L. Leszczyński, Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa, Warszawa 2004, s. 135.

³² W treści uzasadnienia do projektu ustawy Kodeks karny ustawodawca stwierdził, że: „Celem tego przepisu jest także (podkreślenie autora) ochrona interesów konsumenta...”. Oznacza to, że wspomniane dobro prawne stanowi element prawnokarnej ochrony art. 306 k.k., choć nie jedyny dopuszczalny, zob. uzasadnienie, *op. cit.*, s. 211.

³³ M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 712.

³⁴ W. Wolter, Prawo karne, Kraków 1947, s. 130.

nowiły lub mogły stanowić przedmiot prawnie skutecznej umowy, wpływać na jej ważność i implikować powstanie, zmianę lub ustanie stosunku prawnego. Zawężenie wyników wykładni przez przyjęcie, że nośnikiem przedmiotu czynności wykonawczej są wyłącznie przedmioty bądź towary mogące być przedmiotem wiążącej umowy cywilnoprawnej, stanowiłoby niczym nieuprawnione ograniczenie zakresu prawnokarnej ochrony.

Zastrzeżenie zastosowania art. 306 k.k. tylko do czynów zabronionych popełnionych w ramach bądź w związku z obrotem gospodarczym nie wpływa, co starano się wykazać, na istnienie cech indywidualizujących podmiot przestępstwa, lecz stanowi istotną wskazówkę interpretacyjną kształtującą stronę przedmiotową typu³⁵. Nie można przy tym podzielić stanowiska Sądu Najwyższego zajętego w postanowieniu z dnia 7 września 2000 r., sygn. I KZP 25/00³⁶, że czynność wprowadzenia do obrotu towarów objętych podrobionymi lub przerobionymi znakami identyfikacyjnymi stanowi domniemane znamię analizowanego typu czynu zabronionego. Wykładnia tekstu prawnego, uwzględniająca wszystkie dyrektywy interpretacyjne, pozwala w sposób wyraźny zawęzić zakres penalizacji typu, bez konieczności przyjmowania założenia o istnieniu znamion niewyrażonych w tekście ustawy.

Ponadto dla zachowania spójności wyводу warto podkreślić, że podmiotem przestępstwa z art. 306 k.k. nie może być osoba, która co prawda zrealizowała znamię czynności sprawczej, lecz towar lub urządzenie objęte swym zachowaniem wykorzystuje na własne potrzeby. Odmienna argumentacja odrywałaby się od zasadniczej funkcji tego przepisu i w konsekwencji prowadziła do wręcz niedorzecznych wniosków³⁷. Wykluczone bowiem w takich przypadkach jest chociażby abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego.

Nie można uznać za wystarczający, podnoszony przez zwolenników poglądu, że analizowane przestępstwo zalicza się do indywidualnych,

³⁵ E. Hryniewicz, (w:) *op. cit.*, s. 747; R. Zawłocki, Utrudnianie, *op. cit.*, s. 6–7; zob. również interesujące uwagi W. Wróbla, który w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wskazuje, że art. 306 k.k. odnosi się do towarów lub urządzeń, stanowiących przedmiot bezpośredniego działania sprawcy, które winny być jakkolwiek wprowadzone do obrotu gospodarczego. Autor ten akcentuje jednakże, że nie należy do zespołu ustawowych znamion analizowanego typu ani skutek w postaci wprowadzenia w błąd nabywcy towaru, ani cel działania sprawcy; zob. W. Wróbel, (w:) A. Zołł (red.), *op. cit.*, s. 814.

³⁶ OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 91.

³⁷ M. Pacura, Charakter przestępstwa fałszowania znaków identyfikacyjnych, *Lex/el* 2014; R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. II. Komentarz*, Warszawa 2013, Legalis, komentarz do art. 306, teza nr 24.

argumentu odwołującego się do zasady *ultima ratio*. Jest oczywiste, że przepisy karne stanowiące realizację *ius puniendi* winny mieć zastosowanie z umiarem i w ostateczności³⁸. Nie ulega też wątpliwości, że w procesie dekodowania norm prawa karnego powyższa zasada musi znaleźć swój wydzźwięk. Stanowczo należy jednak zaznaczyć, że nie ma ona charakteru samodzielnego. Za niedopuszczalną uznać należy ingerencję wyłącznie za jej pośrednictwem w konstrukcję znamion typu czynu zabronionego. Zasada ta służy bowiem do rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych co do konkretnych elementów opisu czynu zabronionego.

Podsumowując, przychodzi skonstatować, że komentowana wypowiedź judykatury na temat podmiotu typu czynu zabronionego opisanego w art. 306 k.k. oraz pośrednio – przedmiotu tego przestępstwa zasługuje na akceptację, choć niepodobna uznać jej za przełomową. Deficyt argumentacji w części motywacyjnej rozstrzygnięcia umniejsza wartość tezy wiodącej, w sytuacji gdy dla potwierdzenia preferowanego poglądu należało – zdaniem autora – posłużyć się wszystkimi dostępnymi metodami wykładni prawa.

Commentary to the judgement made by the Appellate Court in Białystok on 18 August 2016, ref. no. II AKa 91/16

Abstract

This commentary explores the type of the act prohibited under Article 306 of the Penal Code, in the context of offences being divided into offences committable by any offender capable and delicta propria. Approving the reasoning, the commentator partially shares the view of the Appellate Court in Białystok, but finds that more evidence is needed to sufficiently support the conclusion.

³⁸ R. Zawłocki, Utrudnianie, *op. cit.*, s. 7.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:

<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 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 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 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.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.