

Prokuratura i Prawo

NR 2/luty 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

dr hab. Jarosław Zagrodnik, prof. Uniwersytetu Śląskiego	
Udział prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego	5
<i>Participation of a prosecutor in court proceedings brought by a subsidiary auxiliary prosecutor</i>	16
dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego	
Zbieg podstaw nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary . . .	18
<i>Concurrence of the grounds for extraordinary mitigation and aggravation of punishment</i>	30
dr Damian Wąsik, Collegium Medicum UMK; prof. zw. dr hab. Bogusław Sygit, Uniwersytet Łódzki	
Odpowiedzialność za narażenie pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia a procedury anestetyczne	32
<i>Liability for exposing a patient to life-, or health-threatening risks versus anaesthesia procedures</i>	55
Grzegorz Jędrzejewski, Prokurator Rejonowy w Sierpcu	
Odpowiedzialność karna świadka za niektóre przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości	57
<i>Criminal liability of witnesses for certain offences against administration of justice</i>	76
dr Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Rejonowej w Krakowie	
Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą	77
<i>Legal classification of offences involving payment card transactions</i>	104
Aleksandra Krawczyk, adwokat we Wrocławiu	
Prawo do nieobciążania się a postępowania restrukturyzacyjne . . .	105
<i>Right of non-self-incrimination versus restructuring proceedings</i>	115
Tomasz Janeczek, Prokurator Regionalny w Katowicach; Adam Roch, Zastępca Prokuratora Regionalnego w Katowicach	
O odpowiedzialności karnej, służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów w świetle prawa o prokuraturze	116
<i>Prosecutors' criminal, functional, and disciplinary liability in the light of Law on the Prosecutor's Office</i>	135

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

dr Józef Gurgul, prokurator w stanie spoczynku

„Paradygmaty kryminalistyki” 137

“*Paradigms in Criminology*” 153

Michał Strzelecki, prokurator Prokuratury Rejonowej w Poznaniu

Niektóre sposoby wyłudzenia współfinansowania ze środków Unii Europejskiej 155

Methods of obtaining the EU co-financing funds under false pretences 173

Glosy/*Commentaries*

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2014 r., sygn. IV KK 82/14 (dot. zatajenia prawdy) – oprac. dr Stanisław Łagodziński 174

to the Supreme Court judgment of 2 October 2014, file no. IV KK 82/14 (concerns concealment of truth) – by Stanisław Łagodziński, Ph.D. 181

do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2015 r. sygn. II Aka 275/15 (dot. zaboru środków odurzających) – oprac. dr Adam Błachnio 182

to the judgment of 4 November 2015 of the Appellate Court in Wrocław, file no. II Aka 275/15 (concerns thefts of narcotic drugs) – by Adam Błachnio, Ph.D. 187

ARTYKUŁY

Jarosław Zagrodnik

Udział prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego

Streszczenie

Artykuł dotyczy redakcji art. 55 § 4 k.p.k. nadanej ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Podstawę rozważań Autora stanowi poprzednia wersja określonego przepisu, na tle którego zarysowały się dwa stanowiska co do statusu prokuratora uczestniczącego w postępowaniu wszczętym na podstawie subsydiarnego aktu oskarżenia, a mianowicie: pierwsze, że prokurator nadal pozostaje oskarżycielem głównym, działając w charakterze oskarżyciela publicznego oraz drugie, że prokurator pełni rolę rzecznika interesu publicznego (interesu społecznego, praworządności).

Kwestia udziału prokuratora w postępowaniu sądowym w nietypowej sytuacji procesowej, w której postępowanie to w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego zostaje zainaugurowane przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego) zamiast oskarżyciela publicznego, po spełnieniu warunków określonych w art. 55 § 1, art. 306 § 1 i 1a oraz art. 330 § 1 i § 2 k.p.k., jest przedmiotem unormowania zamieszczonego w art. 55 § 4 k.p.k. W pierwotnej redakcji przepis ten był sformułowany nad wyraz lakonicznie, jego treść ograniczała się bowiem do unormowania uprawnienia prokuratora do wzięcia udziału w postępowaniu sądowym w opisanym konfiguracji procesowej. Jego zawartość normatywna uległa istotnej zmianie

i zarazem rozszerzeniu w drodze ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹, określanej dalej mianem noweli marcowej. W konsekwencji w aktualnym stanie prawnym przepis art. 55 § 4 k.p.k., obok legitymacji do udziału w postępowaniu sądowym wszczętym na podstawie subsydiarnego aktu oskarżenia, reguluje charakter udziału prokuratora w tym postępowaniu, wpływ jego przyłączenia się do oskarżenia na charakter toczącego się postępowania oraz kwestię rezygnacji z dalszego popierania oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego. Doniosłości wskazanych zmian w obszarze regulacji tytułowego zagadnienia nie trzeba – jak się zdaje – wykazywać. Skłaniają one w sposób naturalny do analizy unormowania zawartego w art. 55 § 4 k.p.k. w aktualnym stanie prawnym.

Wiele przemawia za tym, aby punktem wyjścia uczynić zarysowanie zasadniczych kontrowersji, jakie zrodziły się na tle interpretacji art. 55 § 4 k.p.k. w jego pierwotnym brzmieniu. W obliczu stanowiącego treść tego przepisu, enigmatycznego – jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy² – opisu udziału prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego, najwięcej sporów wywołała w piśmiennictwie kwestia charakteru prawnego – roli procesowej, w jakiej występuje prokurator w takim układzie procesowym. Na tle całej konstelacji odmiennych zapatrywań w tej materii³ można było wyróżnić w zasadzie dwa zasadnicze kierunki interpretacyjne określające rolę prokuratora biorącego udział w postępowaniu na podstawie art. 55 § 4 k.p.k. Jeden z nich przewidywał, że prokurator w rozpatrywanym układzie procesowym pozostaje oskarżycielem głównym, działa w charakterze oskarżyciela publicznego, za czym miały przemawiać unormowania ogólne zawarte w przepisach art. 45 i 46 k.p.k. dotyczące roli tego organu w postępowaniu sądowym⁴. Zgodnie z drugim kierunkiem interpretacji w postępowaniu sądowym zainaugurowanym w sprawie publicznoskargowej przez oskarżyciela posiłkowego prokurator pełni rolę rzecznika interesu pu-

¹ Dz. U. poz. 437.

² Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 24/13, www.sn.pl.

³ Szczegółowe wyróżnienie tych zapatrywań można znaleźć w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 24/13, www.sn.pl, oraz w opracowaniu R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za 2013 r., *Ius Novum* 2014, nr 3.

⁴ Zob. m.in. Z. Gosk, Uprawnienie pokrzywdzonego wniesienia do sądu aktu oskarżenia, *Prok. i Pr.* 1997, nr 4, s. 71; K. Dudka, Skarga subsydiarna oskarżyciela posiłkowego w procesie karnym w: *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana prof. T. Nowakowi*, pod red. S. Stachowiaka, Poznań 2002, s. 53; A. Skowron, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r.; R. A. Stefański, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za 2013 r., *Ius Novum* 2014, nr 3, s. 108.

blicznego (interesu społecznego, praworządności)⁵. Zasadnicze znaczenie dla argumentacji wspierającej ten punkt widzenia miała analiza treści art. 55 § 4 k.p.k. w zestawieniu z treścią art. 57 § 2 k.p.k. (*arg. a contrario*), przewidującego przyłączenie się prokuratora do oskarżenia, gdy odstąpił od niego oskarżyciel posiłkowy samodzielnie popierający oskarżenie. Stanowiła ona podstawę do spostrzeżenia, że w pierwszym z wymienionych przepisów, inaczej niż drugim, ustawodawca nie przesądza aktywności prokuratora po stronie oskarżenia, pozostawiając temu organowi określenie *in concreto* kierunku działalności podejmowanej w procesie sądowym. Względy funkcjonalne, w szczególności względ na warunki decydujące o uzyskaniu przez pokrzywdzonego prawa do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, pozwalały zarazem na podkreślenie, że w rozpatrywanej sytuacji procesowej prokurator może wcale nie być zainteresowany popieraniem oskarżenia, lecz wykazaniem – zgodnie z zasadą trafnej reakcji karnej – racji, które legły u podłoża zaniechania ścigania karnego w postępowaniu przygotowawczym i które przemawiają za tym, że oskarżony nie powinien ponieść odpowiedzialności karnej. Biorąc pod uwagę, że w obliczu zmiany art. 55 § 4 k.p.k. w ramach nowelizacji wrześniowej⁶ zarysowany spór ma w zasadzie znaczenie historyczne, można poprzestać na stwierdzeniu, że w piśmiennictwie najliczniej reprezentowany był drugi z przedstawionych kierunków wykładni powołanego przepisu.

Na tle zapatrywania przewidującego udział prokuratora w postępowaniu sądowym na podstawie art. 55 § 4 k.p.k. w charakterze rzecznika interesu publicznego (interesu społecznego, praworządności) odrębny problem stanowiła kwestia uprawnień przysługujących w analizowanym układzie procesowym prokuratorowi. Zajęcie stanowiska w tej kwestii wymagało sięgnięcia do przepisów ustrojowych, pozwalających określić zakres uprawnień prokuratora w postępowaniu sądowym (art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze⁷). Dopiero na tej podstawie można było stwierdzić, że prokurator występujący w charakterze rzecznika interesu publicznego (inte-

⁵ Zob. m.in. T. Grzegorzczak, Oskarżyciel posiłkowy w nowym kodeksie postępowania karnego w: Nowa Kodyfikacja karna – Kodeks postępowania karnego – Krótkie Komentarze, nr 1, s. 46; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego – Komentarz, Kraków 1998, s. 172; T. Poprawa, Oskarżyciel posiłkowy w nowym Kodeksie postępowania karnego, (w:) L. Bogunia (red.) Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. VIII, Wrocław 2001, s. 229; S. Steinborn, Węzłowe problemy subsydiarnego oskarżenia posiłkowego, Prok. i Pr. 2001, nr 12, s. 92; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego – Komentarz, t. I, Warszawa 2004, s. 309; J. Zagrodnik, Udział prokuratora w postępowaniu sądowym na podstawie art. 55 § 4 kodeksu postępowania karnego, Prok. i Prawo 2005, nr 3, s. 59–66. Tak również uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 24/13, www.sn.pl.

⁶ Tym mianem jest określana w niniejszym opracowaniu ustawa z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 270, poz. 1599 z późn. zm.

resu społecznego, praworządności) w procesie sądowym zainauguowanym przez oskarżyciela posiłkowego może wykonywać czynności oskarżyciela publicznego, co należało rozumieć w ten sposób, że korzysta z uprawnień, które na podstawie Kodeksu postępowania karnego przysługują oskarżycielowi publicznemu⁸. Warto zaznaczyć, że odmienne stanowisko w tej materii, kwestionujące prawa strony w przypadku prokuratora uczestniczącego w postępowaniu sądowym na podstawie art. 55 § 4 k.p.k., prowadziło w wymiarze praktycznym do odmówienia temu organowi – w oparciu o art. 425 § 1 k.p.k. (*ex arg. a contrario*) – legitymacji do wniesienia środka odwoławczego od wyroku zapadłego w sprawie, w której wniesiony został subsydiarny akt oskarżenia. W pewnym sensie kres takiej linii wykładniczej przyniosło dopiero orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym wyrażone zostało zapatrywanie mówiące, że w analizowanej sytuacji procesowej prokuratorowi przysługują prawa oskarżyciela publicznego⁹.

Zamierzając w pełni zdać sprawę z trudności, jakie wyłoniły się w wymiarze praktycznym na gruncie pierwotnego uregulowania udziału prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego, należy zwrócić jeszcze uwagę na konsekwencje w zakresie stosowania przepisu art. 55 § 4 k.p.k., wynikające z Wytycznych Prokuratora Generalnego z dnia 30 listopada 2012 r., dotyczących działań prokuratorów w sprawach, w których pokrzywdzony uzyskał prawo do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Przewidywały one w istocie nakaz udziału prokuratora w postępowaniach sądowych wszczętych przez oskarżyciela posiłkowego. Nade wszystko jednak w sprawach zakończonych prawomocnym skazaniem lub prawomocnym warunkowym umorzeniem postępowania karnego na skutek aktu oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego wskazane Wytyczne narzucały analizę czynności podjętych w takich sprawach przez prokuratora przez pryzmat podstaw do pociągnięcia do odpowiedzialności służbowej lub dyscyplinarnej¹⁰. Oznaczało to w istocie naznaczenie udziału prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego obawą przed odpowiedzialnością służbową lub dyscyplinarną w sytuacji potwierdzenia zarzutów sformułowanych w subsydiarnym akcie oskarżenia, która narzucała podejmowanie wyłącznie działań defensywnych w postępowaniu sądowym, zmierzających do zakwestionowania oskarżenia i uwolnienia się dzięki temu od poniesienia wskazanej odpowiedzialności. Na tle przytoczonego spostrzeżenia nie powinno niczyich zastrzeżeń nasuwać stwierdzenie, że w drodze Wytycznych Prokuratora Generalnego na-

⁸ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 24/13, www.sn.pl; J. Zagrodnik, *Udział prokuratora...*, *op. cit.*, s. 66–68.

⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 24/13, www.sn.pl.

¹⁰ Analogiczną dyrektywę zawierały Wytyczne Prokuratora Generalnego z dnia 22 stycznia 2014 r. (PG VII G 021/2/14).

stąpiło w pewnym sensie wypaczenie zamysłu legislacyjnego przyświecającego unormowaniu zawartemu w art. 55 § 4 k.p.k. w jego pierwotnym brzmieniu, nie sposób bowiem inaczej ocenić zdeterminowania w zilustrowany sposób defensywnego kierunku działalności organu prokuratorskiego w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego, nie dającego się pogodzić z jego rolą procesową, znajdującą – jak już wyżej ustalono – oparcie w treści powołanego przepisu, jako strażnika praworządności (rzecznika interesu publicznego czy interesu społecznego).

Dotychczasowe obserwacje pozwalają przyjąć odpowiednią perspektywę dla przeprowadzenia oceny zmiany normatywnej dokonanej w art. 55 § 4 k.p.k. w ramach nowelizacji marcowej. W świetle ukazanych kontrowersji, jakie nasuwały się na tle pierwotnego unormowania zawartego w powołanym przepisie, których nie zdołano ostatecznie wyeliminować w ciągu kilkunastu lat jego obowiązywania, a można by nawet rzec, że z podanych wyżej powodów ulegały one z czasem w pewnym zakresie pogłębieniu, na aprobatę zasługuje jednoznaczne określenie w drodze wymienionej noweli roli prokuratora działającego w postępowaniu sądowym zainaugurowanym na podstawie subsydiarnego aktu oskarżenia poprzez przyjęcie, że – wstępując do sprawy – staje się oskarżycielem publicznym (art. 55 § 4 zd. pierwsze k.p.k.)¹¹. Rozwiązanie to skutecznie tamuje drogę niebezpieczeństwu ujawniającemu się na gruncie poprzedniego stanu prawnego w związku z Wytocznymi Prokuratora Generalnego, polegającym na sytuowaniu prokuratora biorącego udział w procesie sądowym na podstawie art. 55 § 4 k.p.k. w pewnym sensie w roli pomocnika obrony i sprowadzaniu jego działalności procesowej w takich wypadkach do przeciwstawiania się oskarżeniu. Nie tracąc z pola widzenia tego, że wskazany udział pozostaje na gruncie aktualnego stanu prawnego fakultatywny, można zarazem stwierdzić, że podstawową funkcję unormowania zawartego w powołanym przepisie stanowi obecnie stworzenie prokuratorowi możliwości włączenia się do toczącego się postępowania sądowego po stronie oskarżenia, jeżeli dojdzie do wniosku, że jego decyzja o zaniechaniu ścigania karnego otwierająca drogę do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia była np. zbyt pochopna lub musi być uznana za błędną np. w obliczu ujawnienia w sprawie nowych faktów lub dowodów nieznanych prokuratorowi w momencie jej wydawania lub zatwierdzenia. W kontekście podniesionych w ramach dotychczasowych rozważań zalet związanych z ukształtowaniem roli procesowej prokuratora jako rzecznika praworządności (interesu publicznego, interesu społecznego) w postępowaniu sądowym uruchomionym przez oskarżyciela posiłkowego, niezbędn-

¹¹ Na marginesie można jedynie podnieść, że pod względem redakcyjnym warto byłoby rozważyć *de lege ferenda* zastąpienie dość sztucznego zwrotu „stając się oskarżycielem publicznym” sformułowaniem odwołującym się do działania prokuratora w omawianej sytuacji procesowej w charakterze oskarżyciela publicznego.

ne staje się podkreślenie, że wyrażone powyżej zapatrywanie nie oznacza bynajmniej odcięcia całkowicie drogi do podejmowania przez organ prokuratorski czynności procesowych na korzyść oskarżonego. W tym względzie kluczowe znaczenie ma zwrócenie uwagi, że status procesowy prokuratora określony w art. 55 § 4 k.p.k. oznacza, że korzysta on w analizowanym układzie procesowym ze wszystkich uprawnień przysługujących oskarżycielowi publicznemu, w tym również z tych, w których przejawia się realizacja przez ten organ funkcji strażnika praworządności. Najbardziej bodaj ewidentnym przykładem unormowania przewidującego wykonywanie przez oskarżyciela publicznego wymienionej na końcu funkcji jest art. 425 § 4 k.p.k., z którego jednoznacznie wynika dopuszczalność wniesienia przez niego środka odwoławczego na korzyść oskarżonego. Na tle powołanego przepisu warto podkreślić, że legitymacja do dokonywania czynności na korzyść oskarżonego, a więc do realizacji funkcji strażnika praworządności, wypływa z roli oskarżyciela publicznego, jaką pełni prokurator w procesie sądowym. Podjęcie tak ukierunkowanych czynności nie oznacza, że prokurator „przechodzi” na stronę obrony. Należy w nich upatrywać dążenia organu prokuratorskiego do zapewnienia praworządności w warunkach procesu karnego¹². Mówiąc innymi słowy, można stwierdzić, że czynności te nie są przejawem realizacji przez prokuratora funkcji obrony, lecz funkcji stróża praworządności, której zakres jest szerszy od zakresu zasadniczej funkcji, jaką wykonuje jako oskarżyciel publiczny, czyli funkcji oskarżenia (ścigania karnego).

Novum na gruncie uregulowania udziału prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego stanowi wprowadzone w ramach noweli marcowej unormowanie konsekwencji wstąpienia prokuratora do tego postępowania, zgodnie z którym toczy się ono wówczas z oskarżenia publicznego, a pokrzywdzony, który wniósł akt oskarżenia korzysta z praw oskarżyciela posiłkowego, o którym mowa w art. 54 (art. 55 § 4 zd. drugie k.p.k.). W przeciwieństwie do poddanego wcześniej analizie uregulowania roli procesowej prokuratora w art. 55 § 4 zd. pierwsze k.p.k., przytoczone unormowanie nasuwa zastrzeżenia. Przede wszystkim w zakresie, w jakim w sposób niedwuznaczny sugeruje, że do czasu wstąpienia przez prokuratora do postępowania sądowego zainaugurowanego na podstawie subsydiarnego aktu oskarżenia postępowanie to nie toczy się z oskarżenia publicznego. Sugestii tej nie sposób pogodzić z utrwalonym w polskim systemie prawa karnego dychotomicznym podziałem oskarżenia na publiczne (odnoszące się do przestępstw ściganych z urzędu i ściganych

¹² W odniesieniu do działania prokuratora w charakterze oskarżyciela publicznego w postępowaniu wszczętym przez oskarżyciela prywatnego analogiczne stanowisko zajął ongiś K. M a r s z a ł, (w:) Wnoszenie przez prokuratora środków odwoławczych na korzyść oskarżonego w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe, PiP 1979, nr 3, s. 99.

na wniosek) oraz prywatne (odnoszące się do przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego). Podział ten opiera się zasadniczo na określeniu trybu ścigania przestępstw, uwzględniającym charakter poszczególnych typów czynów zabronionych, ściślej mówiąc to, czy naruszają one bezpośrednio interes zbiorowy, czy też realizacji znamion czynu zabronionego towarzyszy bezpośrednio naruszenie wyłącznie interesu indywidualnego¹³. W omawianym kontekście zasługuje na podkreślenie, że to, kto jest oskarżycielem, nie determinuje tego podziału, lecz stanowi co do zasady jego procesową konsekwencję. Taką konsekwencję stanowi również dwupodział trybów postępowania sądowego na postępowanie z oskarżenia publicznego oraz postępowanie z oskarżenia prywatnego.

Nie ma dostatecznych podstaw, aby twierdzić, że w przypadku wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez oskarżyciela posiłkowego dochodzi do zachwiania wskazanym wyżej podziałem na oskarżenie publiczne i oskarżenie prywatne lub jego założeniami. Nie tracąc z pola widzenia tego, że w myśl obowiązujących przepisów jest możliwa zmiana trybu ścigania i jednocześnie charakteru oskarżenia, należy zaznaczyć, że dotyczy ona wyłącznie przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego. Wymaga przy tym podkreślenia, że u jej podłoża nie leży zmiana podmiotu występującego w roli oskarżyciela zasadniczego w danej sprawie, choć niewątpliwie do niej dochodzi, lecz bezpośrednio dotknięcie interesu zbiorowego przestępstwem należącym do wskazanej kategorii, czyniące bezzasadnym pozostawienie ścigania, w tym oskarżenia, uznaniu pokrzywdzonego¹⁴. Można więc powiedzieć, że w zobrazowanej sytuacji zmiana podmiotowa w systemie wniesienia lub popierania oskarżenia ma charakter wtórny w stosunku do *sui generis* weryfikacji charakteru prawnego przestępstwa podyktowanej specyfiką konkretnej sprawy, związanej z ujawnieniem bezpośredniego zagrożenia lub naruszenia dobra publicznego przestępstwem ściganym co do zasady z oskarżenia prywatnego. Gwoli uniknięcia niejasności warto wyraźnie stwierdzić, że obowiązujące przepisy nie przewidują analogicznej weryfikacji w przypadku przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego. W odniesieniu do tej kategorii przestępstw wchodzi w rachubę wyłącznie zmiana trybu ścigania na ściganie z urzędu w wypadku przestępstw ściganych na wniosek, nie towarzyszy jej natomiast zmiana charakteru oskarżenia (publicznego), ustalonego przez ustawodawcę.

Na tle podniesionych uwag, respektując wynikający z obowiązujących przepisów podział przestępstw na ścigane z oskarżenia publicznego i ścigane z oskarżenia prywatnego, przede wszystkim jednak kierując się elementarną logiką, należy wykluczyć możliwość kwalifikowania oskarżenia wnie-

¹³ Zob. M. Cieślak, Polska procedura karna, Warszawa 1974, s. 391.

¹⁴ *Ibidem*, s. 392.

sionego w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego w innych kategoriach niż oskarżenie publiczne i nie ma w tym względzie znaczenia to, czy pochodzi ono od oskarżyciela publicznego czy na zasadzie wyjątku, po spełnieniu warunków określonych w art. 55 § 1, art. 306 § 1 i § 1a oraz art. 330 § 1 i § 2 k.p.k., zostaje złożone w ręce pokrzywdzonego – oskarżyciela posiłkowego („podmiotu prywatnego”) działającego zamiast oskarżyciela publicznego¹⁵. Odwołując się do tych samych argumentów do oczywistych można zaliczyć stwierdzenie, że wniesienie takiego oskarżenia uruchamia postępowanie sądowe toczące się z oskarżenia publicznego.

W świetle powyższych ustaleń i wniosków staje pod znakiem zapytania normatywny sens sformułowania zamieszczonego w początkowej części art. 55 § 4 zd. drugie k.p.k., sugerującego przekształcenie postępowania sądowego w postępowanie z oskarżenia publicznego z chwilą wstąpienia do niego prokuratora na podstawie art. 55 § 4 zd. pierwsze k.p.k. Przyjmując nieco inną, szerszą perspektywę, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że treść przepisu art. 55 § 4 zd. drugie *in principio* k.p.k. nie odzwierciedla w istocie tego, co chciał w nim wyrazić ustawodawca. Nawiązując do uregulowania sytuacji procesowej, w której do postępowania sądowego wszczętego przez oskarżyciela prywatnego wstępuje oskarżyciel publiczny (art. 60 § 2 k.p.k.), można sądzić, że intencją ustawodawcy było podkreślenie, że wskutek ingerencji prokuratora postępowanie sądowe zainaugurowane przez oskarżyciela posiłkowego toczy się z urzędu (*ex officio*). Akceptując ten zamysł, *de lege ferenda* należy oczekiwać modyfikacji art. 55 § 4 zd. drugie *in principio* k.p.k., która przyniosłaby jego uwzględnienie, a wymagałaby jedynie zastąpienia słów „z oskarżenia publicznego”, zwrotem „z urzędu”.

Na tle uregulowania art. 55 § 4 zd. drugie k.p.k. pewne zastrzeżenia nasuwa odesłanie do art. 54 k.p.k. w zakresie dotyczącym uprawnień przysługujących oskarżycielowi posiłkowemu, który wniósł subsydiarny akt oskarżenia, jeżeli do postępowania sądowego wstąpił prokurator, działając na podstawie art. 55 § 4 zd. pierwsze k.p.k. Można przypuszczać, że miało ono na celu unormowanie relacji pomiędzy oskarżycielem posiłkowym i oskarżycielem publicznym w systemie popierania oskarżenia w drodze podkreślenia, że pierwszy z tych oskarżycieli podejmuje działania obok drugiego. Rzecz jednak w tym, że nie wydaje się, aby w tym celu było konieczne odesłanie do treści art. 54 k.p.k., ponieważ przedstawiona relacja pomiędzy oskarżycielem posiłkowym i oskarżycielem publicznym wynika w sposób logiczny z unormowania przewidzianego w art. 53 k.p.k. Natomiast odesłanie to może sugerować równoważny status procesowy oskarżyciela posiłkowego, który zainaugurował postępowanie sądowe i oskarżyciela posiłkowego,

¹⁵ Zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 1931 r., sygn. II Pr 28/31, OSP 1931, nr 6, poz. 294; J. Zagrodnik, Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym, Warszawa 2005, s. 275 i n.

który przyłączył się do postępowania sądowego wszczętego przez oskarżyciela publicznego, podczas gdy między wymienionymi wariantami udziału oskarżyciela posiłkowego w procesie sądowym zachodzi istotna różnica. W aspekcie prowadzonych rozważań wystarczy w tym względzie zauważyć, że oskarżyciel posiłkowy inauguruje postępowanie sądowe jest nosicielem samoistnej skargi karnej, innymi słowy, popiera własne oskarżenie, stanowiące podstawę postępowania sądowego, do którego przyłączył się prokurator na podstawie art. 55 § 4 zd. pierwsze k.p.k., natomiast oskarżyciel posiłkowy, o którym mowa w art. 54 k.p.k. podejmuje działania wspierające oskarżenie pochodzące od innego podmiotu, mianowicie oskarżyciela publicznego¹⁶. Podkreślenia wymaga, że różnicę tę ustawodawca dostrzega w art. 55 § 4 zd. trzecie k.p.k., na gruncie kontrowersyjnego skądinąd, o czym będzie mowa jeszcze dalej, uregulowania kwestii cofnięcia przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego, obwarowując dopuszczalność tej czynności procesowej zgodą tego ostatniego podmiotu. Nie może być więc mowy o zamiarze ustawodawcy, aby w drodze odesłania do art. 54 k.p.k. zakwestionować prawo oskarżyciela posiłkowego do samoistnej skargi karnej, uzyskane w następstwie spełnienia warunków określonych w art. 55 § 1, art. 306 § 1 i 1 a oraz art. 330 § 1 i § 2 k.p.k. Umacnia to w przekonaniu, że *de lege ferenda* należałoby wyeliminować wskazane odesłanie z treści art. 55 § 4 zd. drugie k.p.k., poprzestając ewentualnie, choć nie jest to z pewnością konieczne, na podkreśleniu możliwości dalszego korzystania z praw oskarżyciela posiłkowego przez pokrzywdzonego, który wniósł subsidiaryarny akt oskarżenia.

Obok poddanego wyżej analizie uregulowania konsekwencji procesowych wstąpienia prokuratora do postępowania sądowego wszczętego przez oskarżyciela posiłkowego, wyrazem rozszerzenia zawartości normatywnej art. 55 § 4 k.p.k. w drodze nowelizacji marcowej jest uregulowanie w zdaniu trzecim tego przepisu kwestii cofnięcia aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego w opisanej sytuacji procesowej. W myśl powołanego przepisu dokonanie tej czynności przez oskarżyciela publicznego jest dopuszczalne jedynie za zgodą pokrzywdzonego, który wniósł akt oskarżenia. Zastrzeżenie zgody pokrzywdzonego na gruncie omawianego uregulowania jest w pełni zrozumiałe, zważywszy, że to on jest – jak już wyżej ustalono – beneficjentem prawa do samoistnej skargi karnej, na podstawie której zostało wszczęte postępowanie sądowe. Ocena ta nie może jednak przysłonić wadliwości konstrukcyjno-teoretycznej unormowania zawartego w art. 55 § 4 zd. trzecie k.p.k., jaką stanowi udzielenie oskarżycielowi publicznemu legitymacji do cofnięcia aktu oskarżenia w postępowaniu sądowym zainau-

¹⁶ Szerzej zob. J. Zagrodnik, Instytucja skargi subsidiaryarnej..., *op. cit.*, s. 353 i n.

gurowanym przez oskarżyciela posiłkowego¹⁷. Ujawnia się ona na tle spostrzeżenia, że w rezultacie uprawnienia przewidzianego w powołanym przepisie oskarżyciel publiczny staje się zasadniczo dysponentem skargi karnej oskarżyciela posiłkowego. Rozwiązanie to razi sztucznością. Przede wszystkim nie znajduje racjonalnego uzasadnienia przyznanie oskarżycielowi publicznemu uprawnienia do pozbawienia znaczenia procesowego czynności dokonanej uprzednio przez oskarżyciela posiłkowego¹⁸, polegającej na wniesieniu subsydiarnego aktu oskarżenia.

Zdając sobie sprawę z tego, że w procesie karnym nie jest wykluczone cofnięcie czynności procesowej przez innego uczestnika procesowego niż ten, który jej dokonał, należy w aspekcie analizowanej regulacji prawnej podkreślić, że uprawnienie w tym względzie przysługuje z reguły podmiotowi, w którego osobistym interesie dokonana została czynność podlegająca cofnięciu, jak ma to miejsce w przypadku cofnięcia przez oskarżonego środka odwoławczego wniesionego na jego korzyść (art. 431 § 2 k.p.k.). Uprawnienie takie może zasadzać się również na relacji łączącej podmiot dokonujący czynności i składający oświadczenie o jej cofnięciu, np. relacji pomiędzy pełnomocnikiem i oskarżycielem posiłkowym. Nie wymaga dowiedzenia teza, że podobnego uzasadnienia nie sposób dopatrzeć się w sytuacji procesowej, w której prokurator przyłącza się w charakterze oskarżyciela publicznego do oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego, zwłaszcza, jeśli weźmie się pod uwagę, że cofnięcie aktu oskarżenia, pociągające za sobą umorzenie postępowania ze względu na brak skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.), godzi w interes procesowy oskarżyciela posiłkowego, który po spełnieniu szeregu warunków w postępowaniu przygotowawczym uzyskał prawo i wniósł własny akt oskarżenia w sprawie publicznoskargowej. Na tym tle przychodzi zauważyć, że obwarowanie uprawnienia oskarżyciela publicznego do dysponowania skargą karną opisanym wyżej zastrzeżeniem zgody pokrzywdzonego, który wniósł akt oskarżenia, z pewnością zabezpiecza interes indywidualny tego podmiotu, ale oznacza jednocześnie, że przepis art. 55 § 4 zd. trzecie k.p.k. stanowi normę pustą, w tym sensie, że cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela

¹⁷ W niniejszym opracowaniu pomijam zastrzeżenia, jakie nasuwa *in genere* instytucja cofnięcia zasadniczej skargi karnej, wprowadzona do polskiego procesu karnego w drodze ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. poz. 1247), ponieważ ich przedstawienie wykraczałoby poza zakres niniejszego opracowania, a ponadto zacieślałyby ocenę regulacji prawnej zawartej w art. 55 § 4 k.p.k. Ponieważ zastrzeżenia te zostały podniesione w ramach innego opracowania, w tym miejscu można jednocześnie do niego odesłać. Zob. J. Zagrodnik, Model interakcji postępowania przygotowawczego oraz postępowania głównego w procesie karnym, Warszawa 2013, s. 366–369.

¹⁸ W kwestii rozumienia pojęcia „cofnięcie czynności procesowej” zob. szerzej I. Nowicki, Odwołalność czynności procesowych stron w polskim procesie karnym, Lublin 2001, s. 101.

publicznego w praktyce nie będzie dochodziło do skutku, trudno bowiem spodziewać się udzielenia na to zgody przez pokrzywdzonego, który zainaugurował postępowanie sądowe.

Podniesione uwagi upoważniają do sformułowania wniosku, że zamysł, który – jak można przypuszczać – przyświecał unormowaniu przewidzianemu w art. 55 § 4 zd. trzecie k.p.k., polegający na uregulowaniu sytuacji procesowej, w której prokurator po wstąpieniu w charakterze oskarżyciela publicznego do postępowania sądowego zainaugurowanego przez oskarżyciela posiłkowego dochodzi do wniosku, że w danej sprawie nie ma jednak podstaw do ścigania karnego i dalszego popierania oskarżenia, nie został w zasadzie zrealizowany na gruncie powołanego przepisu. Nie kwestionując wskazanego zamysłu należy uznać, że jego odzwierciedlenie w płaszczyźnie normatywnej powinno opierać się na uwzględnieniu specyfiki konfiguracji procesowej, w której dochodzi do wstąpienia przez prokuratora do procesu na podstawie art. 55 § 4 zd. pierwsze k.p.k., wyrażającej się przede wszystkim w tym, co już kilkakrotnie podnoszono w dotychczasowych rozważaniach, mianowicie, że to pokrzywdzony–oskarżyciel posiłkowy jest w takim wypadku nosicielem prawa do samoistnej skargi karnej w sprawie publicznoskargowej. Prowadziłoby to w sposób konieczny do wykluczenia możliwości cofnięcia przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia, gdyż nie pochodzi on od niego, a więc nie powinien on być jego dysponentem, nawet warunkowo. W to miejsce należałoby jednocześnie przyjąć rozwiązanie przewidujące, że w postępowaniu wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego oskarżyciel publiczny dysponuje uprawnieniem do odstąpienia od oskarżenia, czyli zrzeczenia się realizacji funkcji oskarżenia. Rozwiązanie to nawiązywałoby wprost do uregulowania analogicznej sytuacji procesowej na gruncie postępowania sądowego wszczętego przez oskarżyciela prywatnego (art. 60 § 3 k.p.k.) i świadczyłoby o jednolitości koncepcji legislacyjnej w zakresie dotyczącym uregulowania podobnych sytuacji procesowych. W nawiązaniu do tych ustaleń można zaproponować *de lege ferenda* zmianę art. 55 § 4 zd. trzecie k.p.k. polegającą na przyjęciu, że „odstąpienie od oskarżenia przez prokuratora, który wstąpił do postępowania sądowego nie pozbawia uprawnień oskarżyciela posiłkowego, który wniósł akt oskarżenia”.

Warto dodatkowo zauważyć, że przedstawiona propozycja wyeliminowałaby rozdźwięk, jaki występuje w aktualnym stanie prawnym pomiędzy uregulowaniem zawartym w art. 55 § 4 zd. trzecie k.p.k. i treścią przepisu art. 54 § 2 zd. pierwsze k.p.k., z którego wynika, że cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego nie pozbawia uprawnień oskarżyciela posiłkowego. Mając w pamięci to, że przepis art. 55 § 4 zd. drugie k.p.k. przewiduje w omawianym układzie procesowym odesłanie do drugiego z wymienionych przepisów, należy stwierdzić, że *de lege lata* nie wydaje się możliwe pogodzenie zgody oskarżyciela posiłkowego na cofnięcie jego aktu oskarżenia

przez oskarżyciela publicznego, świadczące jednoznacznie o tym, że skutkiem cofnięcia miałyby być – opisane wcześniej – zniweczenie skutków wniesienia skargi karnej i w ślad za tym umorzenie postępowania na podstawie przepisu art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. z uregulowaniem przewidującym, że wskutek cofnięcia oskarżyciel posiłkowy nie traci przysługujących mu uprawnień w toczącym się postępowaniu sądowym.

Podsumowując powyższą analizę zmiany normatywnej dokonanej w art. 55 § 4 k.p.k. w ramach nowelizacji marcowej można stwierdzić, że na akceptację zasługuje w zasadzie jedynie rozwiązanie przewidujące jednoznaczne określenie roli procesowej prokuratora wstępującego do postępowania sądowego wszczętego przez oskarżyciela posiłkowego. W związku z taką oceną należy wyrazić od razu oczekiwanie, że udział prokuratora w takim postępowaniu w charakterze oskarżyciela publicznego nie ograniczy się w wymiarze praktycznym do popierania oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego, lecz ujawni się również w wypadkach, w których będzie tego wymagała realizacja funkcji strażnika praworządności. W zakresie uregulowania konsekwencji prawnych wstąpienia prokuratora do postępowania sądowego zainaugurowanego na podstawie subsydiarnego aktu oskarżenia oraz rezygnacji przez oskarżyciela publicznego z dalszego popierania skargi w tym postępowaniu należy oczekiwać niezwłocznej interwencji ustawodawcy, której celem powinno być przede wszystkim odzwierciedlenie w płaszczyźnie normatywnej rzeczywistych intencji towarzyszących przyjęciu unormowań przewidzianych w art. 55 § 4 zd. drugie i zd. trzecie k.p.k.

Participation of a prosecutor in court proceedings brought by a subsidiary auxiliary prosecutor

Abstract

This paper addresses Article 55, § 4 of the Code of Criminal Procedure as it reads in the Act of 11 March 2016 amending the Code of Criminal Procedure and some other acts. The previous version of the said provision is taken as the starting point for the reflection herein. Two perspectives on the status of a prosecutor participating in proceedings initiated by a subsidiary indictment are identified. The first is that a prosecutor continues to remain

a chief prosecutor, acting in their capacity of a public prosecutor, while the second is that a prosecutor plays the role of a commissioner for public interest (social interest, law and order).

Blanka Julita Stefańska

Zbieg podstaw nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są problemy, jakie rodzi treść art. 57 § 2 k.k. przewidującego regułę kolizyjną rozwiązującą zbieg podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia kary, nakazując zastosować jedną z podstaw. Autorka dowodzi, że zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary albo nadzwyczajnego obostrzenia kary – wbrew niektórym poglądom – jest pozostawione uznaniu sądu także wtedy, gdy zbiega się podstawa obligatoryjnego nadzwyczajnego wymiaru kary z fakultatywną podstawą nadzwyczajnego złagodzenia i vice versa.

Ze względu na jasną treść tego przepisu Autorka sprzeciwia się poglądowi o wzajemnym zniesieniu nadzwyczajnego złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia i wymierzeniu kary w granicach ustawowego zagrożenia.

I. Wprowadzenie

Sąd wymierza karę w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za określone przestępstwo, kierując się ogólnymi dyrektywami wymiaru kary (art. 53 k.k.) oraz – jeżeli zachodzą określone warunki – dyrektywami szczególnymi (np. art. 54, art. 57a § 1 k.k.). W szczególnych wypadkach kodeks karny upoważnia sąd do orzeczenia kary przekraczającej granice kary określonej w sankcji, zarówno jej górnej, jak i dolnej granicy. W pierwszym wypadku wchodzi w grę nadzwyczajne obostrzenie kary, np. w razie powrotu do przestępstwa (art. 64 § 1 lub 2 k.k.), a w drugim – nadzwyczajne złagodzenie kary, np. w stosunku do młodocianego (art. 60 § 2 k.k.).

Nadzwyczajne złagodzenie kary może być stosowane (fakultatywnie) w wypadkach: odpowiedzialności nieletniego (art. 10 § 3 k.k.); usiłowania nieudolnego (art. 14 § 3 k.k.); dobrowolnego starania zapobieżenia skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego przy usiłowaniu (art. 15 § 2 k.k.); pomocnictwa (art. 19 § 2 k.k.); współdziałającego, który nie ma określonej właściwości osobistej (art. 21 § 3 k.k.); odpowiedzialności podżegacza i pomocnika (art. 22 § 2 k.k.); współdziałającego, który dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego (art. 23 § 2 k.k.); przekroczenia

granic obrony koniecznej (art. 25 § 2 k.k.); przekroczenia granic stanu wyższej konieczności (art. 26 § 3 k.k.); nieusprawiedliwionego błędu co do okoliczności wyłączającej winę lub bezprawność (art. 29 k.k.); nieusprawiedliwionego błędu co do bezprawności (art. 30 k.k.); ograniczonej poczytalności (art. 31 § 2 k.k.); młodocianego, ujawnienia informacji o przestępstwie i w innych wypadkach (art. 60 § 1, 2 i 4 k.k.); tzw. małego świadka koronnego (art. 60 § 4 k.k.); dobrowolnego powrotu do służby wojskowej (art. 146 k.k.); niezdolności do służby wojskowej (art. 147 k.k.); w wyjątkowych wypadkach zabójstwa eutanatycznego (art. 150 k.k.); dobrowolnego uchylecia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób przy niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu (art. 169 § 2 i 3 k.k.); dobrowolnego uchylecia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób w razie sprowadzenia katastrofy w komunikacji (art. 176 § 2 k.k.); sprowokowania naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza (art. 222 § 2 k.k.); składania nieistotnych fałszywych zeznań (art. 233 § 5 pkt 1 k.k.); dobrowolnego sprostowania fałszywych zeznań, opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia (art. 233 § 5 pkt 2 k.k.); poplecznictwa osoby najbliższej (art. 239 § 3 k.k.); odstąpienia od zamiaru wymuszenia i zwolnienie zakładnika (art. 252 § 5 k.k.); umożliwiania lub ułatwiania nielegalnego pobytu w RP w wyjątkowych wypadkach, gdy sprawca nie osiągnął korzyści majątkowej (art. 264a § 2 k.k.); dobrowolnego naprawienia szkody w całości lub w znacznej części albo zwrócenia pojazdu lub rzeczy mającej szczególne znaczenie dla kultury w stanie nieuszkodzonym w sprawach o przestępstwa z art. 278, 284–289, 291, 292 lub 294 k.k. (art. 295 § 1 i 2 k.k.); dobrowolnego naprawienia szkody w całości lub w znacznej części (art. 307 § 1 i 2 k.k.); wypadku mniejszej wagi fałszerstwa i puszczenia w obieg pieniędzy lub papierów wartościowych (art. 310 § 3 k.k.); przekroczenia granic ostatecznej potrzeby (art. 319 § 2 k.k.); niezdolności do pełnienia służby (art. 320 k.k.); dobrowolnego powrotu z dezercji, gdy trwała nie dłużej niż 14 dni (art. 340 k.k.) oraz wykonania rozkazu niezgodnie z jego treścią w celu zmniejszenia szkodliwości czynu (art. 344 § 2 k.k.).

Nadzwyczajne złagodzenie stosuje się (obligatoryjnie) w wypadkach: tzw. małego świadka koronnego (art. 60 § 3 k.k.); ujawnienia przekupstwa wyborczego (art. 250a § 4 k.k.); dobrowolnego odstąpienia od zamiaru wymuszenia i zwolnienia zakładnika (art. 252 § 5 k.k.) oraz czynienia starania zmierzającego do ujawnienia informacji i okoliczności dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa prania pieniędzy oraz okoliczności jego popełnienia (art. 299 § 8 k.k.).

Nadzwyczajne obostrzenie kary może mieć miejsce (fakultatywnie) w razie popełnienia: przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej jednokrotnej (art. 64 § 1 k.k.) oraz przestępstw pozostających w ciągu (art. 91 § 1 k.k.).

Obligatoryjne nadzwyczajne obostrzenie kary dotyczy popełnienia: występku o charakterze chuligańskim (art. 57a § 1 k.k.); przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej (art. 64 § 2 k.k.); przestępstwa przez sprawcę, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu zawodowego lub działał w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 65 k.k.); przestępstwa określonego w art. 173, 174 lub 177 k.k. przez sprawcę, który znajdował się w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub który zbiegł z miejsca zdarzenia (art. 178 § 1 k.k.).

Może dojść do sytuacji, w której wystąpią okoliczności uzasadniające zarówno nadzwyczajne złagodzenie, jak i nadzwyczajne obostrzenie kary. Może bowiem zdarzyć się, że sprawca współdziałający z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia, co skutkuje nadzwyczajnym złagodzeniem kary (art. 60 § 3 k.k.), a jednocześnie dopuścił się przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej, z powodu której sąd jest obowiązany wymierzyć karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 64 § 2 k.k.). W takiej sytuacji dochodzi do zbiegu nadzwyczajnego obostrzenia i nadzwyczajnego złagodzenia kary. Rodzi to dylemat, jak ma postąpić sąd, którego wiążą obie dyrektywy nadzwyczajnego wymiaru kary, gdyż dyrektywy określające nadzwyczajne złagodzenie kary i jej nadzwyczajne obostrzenie pozostają w stosunku logicznym sprzeczności¹.

II. Zbieg nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary w poprzednich kodeksach karnych

Problem takiego zbiegu nie był uregulowany w kodeksie karnym z 1932 r. ani w kodeksie karnym z 1969 r., lecz w doktrynie dopuszczano nadzwyczajne złagodzenie kary w razie zbiegu z podstawami nadzwyczajnego obostrzenia kary². Próby jego rozwiązania doprowadziły do rozbieżności zarów-

¹ W. Wolter, Nadzwyczajne złagodzenie kary przestępcom powrotnym, PIP 1970, nr 12, s. 987.

² Z. Cwiąkałski, (w:) K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 337.

no w doktrynie, jak i orzecznictwie³. Zarysowały się koncepcje: 1) nadzwyczajnego złagodzenia kary nadzwyczajnie obostrzonej⁴; 2) nadzwyczajnego obostrzenia kary nadzwyczajnie złagodzonej⁵; 3) neutralizacji, polegającej na znoszeniu się podstaw nadzwyczajnego złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia. Sąd Najwyższy uznał, że „Jeżeli ze względu na ustalone w sprawie okoliczności istnieją z jednej strony podstawy do ustawowego obostrzenia kary, a z drugiej strony zachodzą przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, to tego rodzaju konflikt należy rozwiązać przez przyjęcie koncepcji, iż w takiej sytuacji następuje neutralizacja dwóch sprzecznych dyrektyw, co powinno prowadzić do wymiaru kary w granicach ustawowego zagrożenia, przewidzianego za dane przestępstwo”⁶; 4) nadzwyczajnego złagodzenia z pominięciem nadzwyczajnego obostrzenia. Uznawano, że zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary wyłącza orzekanie kary nadzwyczajnie obostrzonej⁷, wskazując, iż decyzja o nadzwyczajnym złagodzeniu kary musi być poprzedzona rezygnacją z fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia kary⁸. Dolną granicę ustawowego zagrożenia stanowi zagrożenie przewidziane za dany czyn w części szczególnej kodeksu karnego lub w innej ustawie karnej⁹. Zdaniem Sądu Najwyższego: „Wprawdzie w warunkach powrotu do przestępstwa określonych w art. 60 § 2 k.k. sąd wymierza karę pozbawienia wolności nie niższą od 2 lat, to jednak stosując art. 57 § 3 k.k. powinien brać pod uwagę dolną granicę zagrożenia ustawowego, określoną w zastosowanym przepisie części szczególnej kodeksu karnego. Art. 203

³ Zob. K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, Warszawa 1976, s. 168–208; tenże, W sprawie „nadzwyczajnego złagodzenia” a „nadzwyczajnego obostrzenia kary”, RPEiS 1976, nr 3, s. 1–16; tenże, Glosa do uchwały SN z dnia 18 maja 1977 r., sygn. VII KZP 7/77, OSP 1978, nr 3, s. 137–139; M. Tarnawski, *Nadzwyczajne złagodzenie kary a nadzwyczajne obostrzenie kary*, RPEiS 1976, nr 2, s. 17–31; tenże, W związku z artykułem Krystyny Daszkiewicz w sprawie nadzwyczajnego złagodzenia a nadzwyczajnego obostrzenia kary, RPEiS 1976, nr 3, s. 265–276; M. Cieślak, *Zbieg szczególnego złagodzenia ze szczególnym obostrzeniem*, Pal. 1977, nr 5, s. 22–31; K. Daszkiewicz, Glosa do uchwały SN z dnia 18 maja 1977 r., s. 137–139.

⁴ I. Andrejew, *Sporne kwestie w kodeksie karnym*, PiP 1970, nr 7, s. 3–17; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 453–354; Z. Kubec, *Nadzwyczajne złagodzenie kary nadzwyczajnie zaostrzonej*, GSiP 1971, nr 10, s. 3 i 4; Zob. polemikę Z. Openczowskiego, *Podwójne łagodzenie i zaostrzenie*, GSiP 1971, nr 14, s. 6.

⁵ T. Leśko, Glosa do wyroku SN z dnia 13 marca 1970 r., sygn. Rw 180/70, OSPiKA 1971, nr 9, s. 374, tenże, *Technika prawna*, GSiP 1971, nr 14, s. 6.

⁶ Wyrok SN z dnia 7 marca 1972 r., sygn. Rw 162/72, OSNPG 1972, nr 7, poz. 104.

⁷ I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1988, s. 69.

⁸ K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, s. 168.

⁹ Uchwała 7 sędziów SN z dnia 18 września 1975 r., sygn. VI KZP 2/75, OSNKW 1975, nr 10–11, poz. 135 z glosami S. Pomostko, NP 1976, nr 7–8, s. 1189–1193; K. Buchała, PiP 1976, nr 8–9, s. 255–258, Z. Cwiąkałskiego, M. Tarnawskiego, OSP 1976, nr 10, s. 438–440; K. Buchała, (w:) K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 338.

§ 1 k.k. przewiduje jako dolną granicę kary 6 miesięcy pozbawienia wolności, a zatem zgodnie z art. 57 § 3 pkt 3 k.k. sąd mógł wymierzyć jedynie karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy¹⁰.

W doktrynie i judykaturze szczególne wątpliwości budził problem nadzwyczajnego złagodzenia kary w wypadkach recydywy specjalnej (art. 60 § 1 i 2 k.k. z 1969 r.).

Proponowano rozwiązać ten problem przez nadzwyczajne złagodzenie kary: a) niezależnie od odstąpienia od obostrzenia ze względu na spełnienie warunków określonych w art. 61 k.k. z 1969 r.¹¹ Sąd Najwyższy przyjął, że „Popełnienie przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 1 lub 2 k.k. nie wyłącza możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary według zasad określonych w art. 57 § 3 k.k., niezależnie od tego, czy istnieją warunki do stosowania art. 61 k.k.”¹² W literaturze podkreślano, że między przepisami art. 57 § 1 i art. 61 k.k. z 1969 r. nie zachodzi stosunek specjalności, gdyż różne są podstawy i zakresy stosowania obu tych przepisów, a także efekty ich zastosowania dla wymiaru kary¹³; b) tylko w razie odstąpienia od stosowania przy wymiarze kary obostrzeń przewidzianych w tych przepisach. Zdaniem Sądu Najwyższego: „W wypadkach wskazanych w ustawie oraz w stosunku do nieletnich odpowiadających w myśl art. 9 § 2 k.k. sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary z mocy art. 57 § 1 i § 3 k.k. do sprawcy występku popełnionego w warunkach określonych w art. 60 § 1 lub § 2 k.k. wówczas, gdy uzna, że zachodzą podstawy do odstąpienia w myśl art. 61 k.k. od stosowania przy wymiarze kary zasad określonych w art. 60 § 1 lub § 2 k.k.”¹⁴. W razie zastosowania art. 61 k.k. z 1969 r. wobec sprawcy przestępstwa powrotnego z art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r. zasady obostrzenia wymiaru kary – tak co do rodzaju, jak i granic wymiaru kary pozba-

¹⁰ Wyrok SN z dnia 4 maja 1971 r., sygn. V KRN 128/71, OSNPG 1971, nr 7, poz. 116; wyrok SN z dnia 28 grudnia 1970 r., sygn. Rw 1439/70, Informacja Prawnicza 1971, nr 2, poz. 2. W wyroku tym chodzi o przepisy kodeksu karnego z 1969 r.

¹¹ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 553; tenże, (w:) K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 338.

¹² Uchwała SN z dnia 8 grudnia 1978 r., sygn. VII KZP 36/78, OSNKW 1979, nr 1–2, poz. 5.

¹³ K. Mioduski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1987, s. 227.

¹⁴ Uchwała SN 7 sędziów z dnia 28 lipca 1971 r., sygn. VI KZP 84/70, OSNKW 1971, nr 11, poz. 162 z glosą Z. Kubeca, OSP 1972, nr 1, s. 26–29 i uwagami G. Rejman, A. Spółtowskiego, J. Kochanowskiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za drugie półrocze 1977 i za rok 1978*, NP 1979, nr 10, s. 101 i nast.; wyrok SN z dnia 7 lipca 1970 r., sygn. V KRN 211/70, OSNPG 1970, nr 9–10, poz. 122 z glosą W. Woltera, PiP 1970, nr 11, s. 833–835; wyrok SN z dnia 18 maja 1977 r., sygn. VII KZP 7/77, OSNKW 1977, nr 7–8, poz. 70 z glosą K. Daszkiewicz, OSPiKA 1978, nr 3, s. 137–139. Zob. W. Wolter, *Nadzwyczajne złagodzenie...*, s. 982–990.

wienia wolności – nie mają zastosowania¹⁵. Sprawca skazany z zastosowaniem tego przepisu jest sprawcą skazanym w warunkach określonych w art. 60 § 2 k.k.¹⁶.

Negowano taką możliwość, wywodząc, że przeciwko jednoczesnemu stosowaniu art. 61 k.k. z 1969 r. i art. 57 k.k. z 1969 r. przemawia tożsamość okoliczności zawartych w art. 61 k.k. z 1969 r., z zastrzeżeniem, że przy jego stosowaniu recydywa ma być uwzględniona bezwzględnie przez sąd jako okoliczność zaostrzająca karę, wykluczając tym samym stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary¹⁷ albo dopuszczano nadzwyczajne złagodzenie kary tylko wtedy, gdy okoliczności odstąpienia od obostrzenia oraz nadzwyczajnego złagodzenia kary są różne¹⁸. Trafnie pogląd ten poddano krytyce wywodząc, że samo odstąpienie od stosowania zaostrzonych zasad karania – na podstawie art. 61 k.k. z 1969 r. – nie jest równoznaczne z nadzwyczajnym złagodzeniem kary, a stanowi powrót do granic ustawowego zagrożenia za przestępstwo¹⁹.

III. Eliminacyjny zbieg nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary

Problem zbiegu nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary (zbieg kolizyjny²⁰) został *expressis verbis* uregulowany w art. 57 § 2 k.k., który stanowi, że w wypadku gdy zbiegają się podstawy nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie albo obostrzenie kary. Oznacza to, że jedna z podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary zostaje wyeliminowana. W razie zbiegu różnokierunkowych podstaw, sąd stosuje jeden sposób nadzwyczajnego wymiaru kary, czyli orzeka karę tylko na jednej podstawie. W konsekwencji stosuje się nadzwyczajny wymiar kary tak jakby nie było żadnego zbiegu. W doktrynie przyjmuje się, że jest to wyrazem humanitaryzmu i ekonomii kary²¹.

¹⁵ Uchwała SN z dnia 30 marca 1971 r., sygn. VI KZP 78/70, OSNKW 1971, nr 6, poz. 83. K. Daszkiewicz, Nadzwyczajne złagodzenie..., s. 191.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 27 czerwca 1972 r., sygn. V KRN 221/72, OSNKW 1972, nr 12, poz. 190.

¹⁷ W. Świda, Kodeks karny. Powrót do przestępstwa, nr 7, Warszawa 1970, s. 17; tenże, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 276.

¹⁸ I. Andrejew, Sporne kwestie..., s. 3–17.

¹⁹ K. Buchała, (w:) K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz..., s. 339; wyrok SN z dnia 11 czerwca 1990 r., sygn. V KRN 124/90, OSNKW 1991, nr 1–3, poz. 5.

²⁰ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 187.

²¹ K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo karne, Warszawa 1997, s. 453–454.

Nie jest możliwe jednoczesne zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary²². Nie można nadzwyczajnie złagodzić kary nadzwyczajnie obostrzonej albo nadzwyczajnie obostrzyć kary nadzwyczajnie złagodzonej.

Wybór, czy zastosować nadzwyczajne złagodzenie, czy obostrzenie kary jest pozostawiony sądowi; od jego oceny zależy rodzaj nadzwyczajnego wymiaru kary.

IV. Kryteria wyboru

W art. 57 § 2 k.k. jest wskazana tylko reguła kolizyjna. Jest nią wyraźny nakaz wymierzenia kary albo nadzwyczajnie złagodzonej, albo nadzwyczajnie obostrzonej. Przepis ten nie zawiera żadnych kryteriów, którymi ma się kierować sąd, orzekając karę w razie zbiegu podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary o przeciwnych kierunkach.

Może dojść do zbiegu podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary i podstaw nadzwyczajnego obostrzenia w wypadkach obligatoryjnego lub fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz obligatoryjnego lub fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia kary. Możliwe więc są następujące konfiguracje zbiegu: 1) fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia i fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia; 2) fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia i obligatoryjnego nadzwyczajnego obostrzenia; 3) obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia i obligatoryjnego nadzwyczajnego obostrzenia; 4) obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia i fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia.

W literaturze nie budzi wątpliwości, w jaki sposób ma postąpić sąd w wypadku, gdy zbiegają się podstawy nadzwyczajnego złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia kary o tożsamym trybie orzekania, tj. fakultatywnym albo obligatoryjnym; sąd przy wyborze którejkolwiek z nich kieruje się dyrektywami sądowego wymiaru kary²³.

Problematyczna jest sytuacja, gdy zbiega się podstawa o charakterze fakultatywnym z podstawą obligatoryjną. *Prima vista* mogłoby się wydawać, że w razie zbiegu podstawy obligatoryjnej nadzwyczajnego złagodzenia z podstawą fakultatywną nadzwyczajnego obostrzenia kary, czy też podstawy fakultatywnej nadzwyczajnego złagodzenia z obligatoryjną podstawą nadzwyczajnego obostrzenia kary, stosuje się podstawę obligatoryjną. W pierwszym

²² J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 125; A. Marek, Kodeks karny..., s. 188.

²³ M. Kulik, (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 186.

wypadku sąd orzekałby karę nadzwyczajnie złagodzoną, a w drugim – nadzwyczajnie obostrzoną.

W doktrynie zdania co do tego są rozbieżne.

Twierdzi się, że w wypadku zbiegu podstawy fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia wymiaru kary z podstawą obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary należy udzielić pierwszeństwa tej drugiej, ze względu na to, że nadzwyczajne złagodzenie kary ma charakter obligatoryjny, nadzwyczajne obostrzenie zaś – fakultatywny. Jest to uzasadniane tym, że sąd nie może zignorować podstawy obligatoryjnej w celu zastosowania podstawy fakultatywnej²⁴. Sąd nie może swobodnie wybierać między nadzwyczajnym złagodzeniem a nadzwyczajnym obostrzeniem kary, musi uwzględnić nakaz ustawy²⁵. Wskazuje się, że w sytuacji konfliktu upoważnienia z nakazem o tym samym zakresie zastosowania, nakaz (obligatoryjność nadzwyczajnego wymiaru kary) stanowi *lex specialis* wobec upoważnienia, ogranicza tym samym zakres zastosowania niezgodnego z nim upoważnienia w zakresie objętym nakazem²⁶. Ponadto argumentuje się, że ustawodawca, tworząc dyrektywę obligatoryjną przesądza ewentualną kolizję z dyrektywą fakultatywną²⁷.

Wyrażany jest też pogląd, że wybór jest pozostawiony do uznania sądu, gdyż ustawodawca nie wprowadza żadnych ograniczeń w wyborze sądu co do zastosowania albo nadzwyczajnego złagodzenia, albo nadzwyczajnego obostrzenia kary²⁸.

²⁴ M. Kulik, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, PS 2000, nr 2, s. 140 i nast.; tenże, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Prawo karne materialne. Część ogólna, (red.) M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 419; tenże, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Kodeks karny..., s. 186; A. Rybak, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, PIP 2000, nr 6, s. 99–106; M. Tarnawski, Nadzwyczajne złagodzenie kary..., s. 27; A. Rybak, Zbieg podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary, czyli rozważania o roli art. 57 § 2 k. k. z 1997 r., Pal. 2000, nr 5–6, s. 45; W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2014, s. 546; M. Kuźma, Prawnokarne aspekty instytucji świadka koronnego *in sua causa* oraz *in altera causa* (art. 60 § 3–4 i art. 61 k.k.). L. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego. t. XVIII, Wrocław 2005, s. 150.

²⁵ S. Żółtek, (w:) M. Błaszczuk, J. Długosz, E. Hryniewicz-Lach, M. Królikowski, J. Lachowski, A. Sakowicz, K. Szczucki, A. Walczak-Żochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Komentarz, (red.) M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 2, Warszawa 2015, s. 217.

²⁶ A. Rybak, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r..., s. 99–106; tenże, A. Rybak, Zbieg podstaw..., s. 39–53.

²⁷ M. Kulik, (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Kodeks karny..., s. 187.

²⁸ A. Marek, Kodeks karny..., s. 188; A. Marek, J. Lachowski, Prawo karne. Zarys problematyki, Warszawa 2011, s. 198; A. Zoll, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, OSP 2000, nr 2, s. 89; J. Majewski, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, OSP 2000, nr 5, poz. 73; R. E. Masznic,

Ten ostatni pogląd jest trafny i znajduje w pełni uzasadnienie w treści art. 57 § 2 k.k., w którym nie rozróżnia się trybu orzekania kary nadzwyczajnie złagodzonej lub obostrzonej. Nie można zaś – zgodnie z regułą wykładni *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* – wprowadzać rozróżnień, jeżeli nie wprowadził ich sam ustawodawca²⁹. Oznacza to, że obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie lub obostrzenie kary ma – z punktu widzenia eliminacji jednej z podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary – takie samo znaczenie jak fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie lub obostrzenie. Art. 57 § 2 k.k. w razie zbiegu złagodzenia z obostrzeniem uchyla ustawową obligatoryjność stosowania instytucji, dając prawo wyboru sądowi³⁰. W związku z tym nie ma przeszkód do zastosowania nadzwyczajnego obostrzenia kary w sytuacji, gdy w grę wchodzi obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary i *vice versa*. Zasadnie Sąd Najwyższy twierdzi, że:

- „W sytuacji, gdy oskarżony popełnił przestępstwa w warunkach ciągu przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k., przy czym jedynie co do niektórych z nich zachodzą przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, sąd, orzekając jedną karę za ten ciąg przestępstw, może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo wymierzyć karę według reguł określonych w art. 91 § 1 *in fine* k.k., tj. nawet z ewentualnym nadzwyczajnym jej obostrzeniem (art. 57 § 2 k.k.)”³¹.

Zbieg podstaw nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary, Pal. 1999, nr 9–10, s. 64; J. K. Paśkiewicz, Świadek koronny *in sua causa* oraz *in altera causa* (art. 60 § 3–5 k.k.), Prok. i Pr. 2001, nr 12, s. 41 i n.; G. Łabuda, (w:) J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 406; Z. Sienkiewicz, (w:) M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, Warszawa 2010, s. 397; Ł. Pohl, Prawo karne. Wykład części ogólnej, Warszawa 2012, s. 494; R. G. Hałas, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), F. Ciepły, M. Gałązka, A. Grześkowiak, R. G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2014, s. 345; V. Konarska-Wrzosek, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 384; W. Wróbel, (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Pilch, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, Sz. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116, (red.) W. Wróbel, A. Zoll, t. II, Warszawa 2016, s. 98; I. Zgoliński, (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 355; wyrok SA w Lublinie z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. II AKa 142/12, KZS 2012, nr 12, poz. 68; wyrok SA w Warszawie z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 228/13, LEX nr 1441569.

²⁹ L. Morawski, Wstęp do prawodawstwa, Toruń 2014, s. 148.

³⁰ J. Warylewski, Prawo karne. Część ogólna, Warszawa 2015, s. 516; R. G. Hałas, (w:) F. Ciepły, M. Gałązka, A. Grześkowiak, R. G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, Kodeks karny..., s. 345.

³¹ Uchwała SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 48 z glosami aprobującymi A. Zolla, OSP 2000, nr 2, s. 90–91, A. Michałskiej-Warias,

- „W wypadku zbiegu nadzwyczajnego obostrzenia i złagodzenia kary tracą one obligatoryjny charakter przewidziany przepisem szczególnym”³².
- „W wypadku zbiegu obligatoryjnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary z fakultatywną podstawą nadzwyczajnego obostrzenia represji karnej dopuszczalny jest zawsze wybór dowolnej dyrektywy (art. 57 § 2 k.k.)”³³.

W doktrynie nietrafnie ogranicza się taką możliwość do szczególnie uzasadnionych i wyjątkowych wypadków³⁴.

Słusznie w doktrynie, negując zasadność pierwszego poglądu, podkreśla się, że w istocie sprowadza się on do poprawiania ustawy, która nie zawiera żadnych ograniczeń oraz jest niedopuszczalną interpretacją na niekorzyść sprawcy³⁵. Ponadto trafnie zauważa się, że funkcją art. 57 § 2 k.k. jest ustanowienie pewnej reguły kolizyjnej o uniwersalnym zastosowaniu, gdy tego typu kolizje się pojawiają, a nie zastosowanie do jakiegoś jednego wypadku, gdy obie działające w przeciwnych kierunkach podstawy wymiaru kary są obligatoryjne albo fakultatywne³⁶.

Nie znajduje uzasadnienia normatywnego interpretacja, że w sytuacji zbiegu podstaw o charakterze fakultatywnym pewnym rozwiązaniem o kompromisowym charakterze jest niekorzystanie przez sąd ani z możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, ani nadzwyczajnego jej obostrzenia, lecz orzeczenie kary w zwyczajnym wymiarze wyznaczonym dyrektywami określonymi w art. 53 k.k.³⁷ Rozwiązanie to uzasadnia się tym, że w art. 57 § 2 k.k.

Prok. i Pr. 2000, nr 4, s. 105–108, M. Kulika, PS 2000, nr 2, s. 140 i nast. oraz krytycznymi J. Majewskiego, OSP 2000, nr 5, poz. 73; A. Rybak, PiP 2000, nr 6, s. 99–106 oraz uwagami aprobującymi S. Zabłockiego, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karna, Pal. 1999, nr 9–10, s. 175–176, R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 1999 r., WPP 2000, nr 1, s. 71–73; postanowienie SN z dnia 9 marca 2003 r., sygn. V KK 188/02, LEX nr 77024; wyrok SA w Lublinie z dnia 5 października 2004 r., sygn. II AKa 252/04, Prok. i Pr. 2005, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 22.

³² Postanowienie SN z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. III KK 363/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 28; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 24 marca 2015 r., sygn. II AKa 55/15, LEX nr 1668725.

³³ Postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2010 r., sygn. II KK 153/09, LEX nr 570134.

³⁴ S. Steinborn, Porozumienia w polskim procesie karnym Zakamycze 2005, s. 342.

³⁵ A. Marek, Kodeks karny..., s. 188.

³⁶ V. Konarska-Wrzošek, (w:) Kodeks karny..., s. 384.

³⁷ S. Steinborn, Porozumienia..., s. 342; A. Marek, Kodeks karny..., s. 188; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2007, s. 122; postanowienie SN z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. III KK 363/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 28 z glosami częściowo krytycznymi A. Michalskiej-Warias, PiP 2010, nr 2, s. 130–135, J. Raglewskiego, LEX/el. 2008; J. Majewski, glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, OSP 2000, nr 5, s. 241 i nast.; J. K. Paśkiewicz, Świadek koronny..., s. 57; Z. Sienkiewicz, (w:) M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Prawo karne materialne..., s. 397–398; J. Warylewski, Prawo karne..., s. 516; V. Konarska-Wrzošek, (w:) Kodeks karny..., s. 385; S. Żółtek, (w:) M. Błaszczuk, J. Długosz, E. Hryniewicz-Lach, M. Królikowski, J. Lachowski, A. Sakowicz, K. Szczucki,

jest użyte słowo „może” oraz względami sprawiedliwej kary, a nadto w wielu wypadkach przesłanki przemawiające za nadzwyczajnym złagodzeniem i za nadzwyczajnym obostrzeniem mogą się nawzajem redukować³⁸. Słowo „może” dotyczy możliwości wyboru nadzwyczajnego złagodzenia albo nadzwyczajnego obostrzenia kary, a nie tego, czy w ogóle skorzystać z któregoś z tych wariantów. Ponadto dowodzi się, że użycie w art. 57 § 2 k.k. spójnika „albo” wskazuje na to, iż sąd może w takiej sytuacji zrezygnować z zastosowania zarówno nadzwyczajnego złagodzenia, jak i nadzwyczajnego obostrzenia kary³⁹.

W doktrynie wskazuje się, że w zakresie wyboru nadzwyczajnego złagodzenia, czy nadzwyczajnego obostrzenia kary sądom została pozostawiona swoboda uznania, ograniczona wyłącznie ustawą i dyrektywami sądowego wymiaru kary⁴⁰. Z mocy art. 57 § 2 k.k. zarówno nadzwyczajne złagodzenie, jak i nadzwyczajne obostrzenie kary są równorzędnymi instytucjami sądowego wymiaru kary i o zastosowaniu którejkolwiek z nich decydują dyrektywy sądowego wymiaru kary⁴¹. Konieczność brania pod uwagę dyrektyw wymiaru kary wyraźnie została zaznaczona w uzasadnieniu projektu kodeksu karnego, w którym stwierdza się, że Projekt „wprowadza też nowy przepis dla sytuacji zbiegu podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia z podstawą do nadzwyczajnego obostrzenia kary, stanowiąc, że sąd może wtedy karę nadzwyczajnie złagodzić albo obostrzyć, kierując się wskazaniem określono-

A. Walczak-Żochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, Kodeks karny..., s. 217; wyrok SN z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. II KK 189/08, OSNwSK 2008 nr 1, poz. 1614; postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2010 r., sygn. II KK 153/09, LEX nr 570134; postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 404/13, LEX nr 1427477; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 24 maja 2016 r., sygn. II AKa 72/16 LEX nr 2067981; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 24 marca 2015 r., sygn. II AKa 55/15, LEX nr 1668725.

³⁸ A. Marek, Kodeks karny..., s. 188; W. Wróbel, (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małeckiecki, A. Pilch, M. Pyrczak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, Sz. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny..., s. 100.

³⁹ L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, (w:) M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B. J. Stefańska, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, (red.) M. Filar, Warszawa 2016, s. 387.

⁴⁰ Z. Sienkiewicz, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 2005, s. 40;

⁴¹ J. Wojciechowska, (w:) G. Rejman (red.), E. Bieñkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 933.

nymi w art. 53, tzn. wymienionymi tam celami kary i potrzebami oraz zasadą winy, limitującą wymiar kary (art. 57 § 1 i 2 k.k.)⁴².

Zasadnie w literaturze zwraca się uwagę, by sąd kierował się przede wszystkim charakterem zbiegających się podstaw nadzwyczajnych modyfikacji kary, uważając, by jej wymiar odpowiadał jak najpełniej dyrektywom wymiaru kary określonym w art. 53, 54, 55 i 58 k.k., a odmienny punkt widzenia mógłby nierzadko prowadzić – przez automatyczne stosowanie określonych reguł – do orzekania kar po prostu niesprawiedliwych⁴³. Sąd, dokonując wyboru sposobu nadzwyczajnego wymiaru kary ma na uwadze, która z podstaw nadzwyczajnego złagodzenia lub nadzwyczajnego obostrzenia ma większą wagę⁴⁴. Stosując jedną z alternatyw nadzwyczajnego wymiaru kary, sąd powinien uwzględnić także tę wyeliminowaną. Nie może zgubić z pola widzenia faktu, że w danym przypadku zaistniały także powody do przeciwnego potraktowania sprawcy.

Sąd, wymierzając karę w razie zbiegu podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary, decydując się na wybór jednej z nich, musi kierować się tym, by dolegliwość wymierzonej kary nie przekraczała stopnia winy oraz uwzględniać stopień społecznej szkodliwości czynu oraz brać pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa (ex art. 53 § 1 k.k.). Musi też uwzględnić w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciążących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego (ex art. 53 § 2 k.k.).

W wypadku gdy chodzi o nieletniego lub młodocianego powinien także kierować się przede wszystkim tym, aby sprawcę wychować (art. 54 § 1 k.k.).

W doktrynie dopuszcza się – na zasadzie analogii – w ograniczonym zakresie stosowanie reguły określonej w art. 57 § 2 k.k. do zbiegu podstawy do odstąpienia od wymiaru kary oraz nadzwyczajnego obostrzenia lub złago-

⁴² Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 156.

⁴³ L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, (w:) M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B. J. Stefańska, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny..., s. 387.

⁴⁴ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2015, s. 204.

dzenia kary, o ile działałaby ona na korzyść sprawcy, tzn. umożliwiła orzeczenie łagodniejszej kary, np. przez odejście od stosowania przepisów o recydywie specjalnej wielokrotnej, a za problematyczny uznaje się przypadek obligatoryjnego odstąpienia od wymiaru kary, gdyż wówczas analogia ta działałaby na niekorzyść sprawcy, a w związku z tym jest niedopuszczalna⁴⁵.

V. Wnioski

Ustawodawca w art. 57 § 2 k.k. rozstrzygnął spór, do jakiego doszło na gruncie przepisów kodeksów karnych z 1932 r. i 1969 r. co do wymiaru przez sąd kary w razie zbiegu podstaw nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia kary, przyjmując, że sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie albo obostrzenie kary. Jednakże regulacja ta wywołała wątpliwości co do sposobu rozstrzygnięcia zbiegu fakultatywnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia lub obostrzenia kary z obligatoryjną podstawą jej złagodzenia lub obostrzenia. Treść art. 57 § 2 k.k., wbrew niektórym poglądom, dowodzi, że zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary albo nadzwyczajnego obostrzenia kary jest pozostawione uznaniu sądu, niezależnie od tego, czy podstawa obligatoryjnego nadzwyczajnego wymiaru kary zbiega się z fakultatywną podstawą.

Nie znajduje normatywnego uzasadnienia wzajemne zniesienie nadzwyczajnego złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia i wymierzenie kary w granicach ustawowego zagrożenia, tak jakby nie wystąpiły okoliczności nadzwyczajnego wymiaru kary.

Concurrence of the grounds for extraordinary mitigation and aggravation of punishment

Abstract

⁴⁵ W. Wróbel, (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Pilch, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, Sz. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny..., s. 100; W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne..., s. 546.

This paper explores problems around Article 57, § 2 of the Penal Code, which sets the rule for solving concurrence of the grounds for extraordinary mitigation and extraordinary aggravation of punishment, requiring that one of the grounds should be applied. Despite some opinions to the contrary, this paper demonstrates that the application of the extraordinary mitigation measure or the extraordinary aggravation measure is left to the decision of the court also in the situations in which the ground for mandatory extraordinary sentencing and the facultative ground for extraordinary mitigation concur.

Given the clarity of the provision in question, the view that extraordinary mitigation and extraordinary aggravation are mutually exclusive and the punishment should be administered within the statutory penalty brackets is rejected.

Damian Wąsik, Bogusław Sygit

Odpowiedzialność za narażenie pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia a procedury anestezyjologiczne

Streszczenie

Anestezjologia jest jedną z najważniejszych dziedzin medycyny, a jednocześnie – z racji specyfiki i charakteru udzielanych świadczeń zdrowotnych – newralgiczną z punktu widzenia leczenia szpitalnego i bezpieczeństwa wykonywania zabiegów operacyjnych o różnym stopniu inwazyjności. Na gruncie spraw karnych o przestępstwa kwalifikowane z art. 160 k.k., związanych z błędami medycznymi z zakresu anestezjologii oceny zachowania lekarza anestezjologa należy dokonywać każdorazowo w odniesieniu do chronologii zdarzeń oraz stanu jego wiedzy, tak ogólnej jak i szczególnej, wynikającej z doświadczenia w zakresie znieczulania i zapobiegania bólowi. W myśl bowiem ukonstytuowanych normatywnie zasad lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością. Celem przybliżenia problemów, jakie mogą wystąpić w praktyce stosowania art. 160 k.k. w przedmiotowej kategorii spraw, szerzej omówione zostały następujące zagadnienia: specyfika uchybienia w wykonywaniu procedury znieczulenia w świetle tzw. błędu diagnostycznego, wystąpienie zbiegu błędów organizacyjnego i błędów w sztuce lekarskiej w praktyce postępowania anestezjologicznego, a także ocena wyboru rodzaju czy środka znieczulenia i granice odpowiedzialności za wystąpienie ewentualnych powikłań z tym związanych.

I. Wprowadzenie

Opieka szpitalna nad pacjentem jest coraz bardziej interdyscyplinarna, a przy zabiegach chirurgicznych uczestniczą wielokrotnie lekarze wielu specjalności. W tym kontekście udział anestezjologa i pielęgniarki anestezjologicznej w procedurach terapeutycznych jest niemalże wymogiem *sine qua non* przeprowadzania wielu z nich. Leczenie pacjenta może być też rozpoczęte np. na oddziale chirurgicznym, jednak w przypadku nieoczekiwanej lub

niepożądanego reakcji organizmu operacja może być natychmiast przerwana, zaś pacjent będzie przeniesiony na inny oddział, najczęściej intensywnej opieki medycznej¹.

Anestezjologia związana jest ściśle z medycyną okołoperacyjną. Zgodnie z Deklaracją Helsińską o Bezpieczeństwie Pacjenta w Anestezjologii (DeHeBePA) z dnia 13 czerwca 2010 r. anestezjologia odpowiada za jakość i bezpieczeństwo znieczulenia, intensywnej terapii, medycyny stanów nagłych i medycyny bólu, włączając okres okołoperacyjny oraz wiele innych sytuacji w szpitalu i poza szpitalem, w których występuje największe zagrożenie dla pacjenta. Współczesna anestezjologia i intensywna terapia skupiają się zatem na takich aspektach, jak przedoperacyjna ocena oraz przygotowanie pacjenta, przeprowadzenie trudnych intubacji, leczenie hipertermii złośliwej, leczenie anafilaksji, leczenie toksyczności znieczulenia miejscowego, leczenie masywnego krwotoku, kontrola infekcji, a także opieka pooperacyjna wraz z uśmierzaniem bólu. Niestety, jak w każdej dziedzinie medycyny, również i w anestezjologii zdarzają się nieprawidłowości i uchybienia kwalifikowane jako błędy medyczne, skutkujące odpowiedzialnością karną lekarzy.

Niniejsza publikacja, poprzez analizę wybranych przypadków postępowań karnych w sprawach o błędy medyczne (art. 160 k.k.) przybliżyć ma wybrane zagadnienia odpowiedzialności karnej lekarzy związane z uchybieniami w udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu anestezjologii oraz wyjaśniać najczęstsze wątpliwości zaistniałe na tym tle, tj. zakresu wymienionej odpowiedzialności i jego podstaw faktycznych.

II. Specyfika świadczeń zdrowotnych z zakresu anestezjologii i ryzyko z nimi związane

Działanie anestezjologiczne w przebiegu rozpoczętego już znieczulenia podporządkowane jest trzem celom:

- utrzymaniu przy życiu chorego pomimo działania substancji, które wywołały efekt zatrucia (anestezji) i to w trakcie choroby, a często także groźnych schorzeń współistniejących;
- umożliwieniu wykonania zabiegu operacyjnego;
- zniwelowaniu po operacji działania wprowadzonych do organizmu środków, częściową przynajmniej ich eliminację oraz uzyskanie stanu wydolności układu nerwowego, krążenia i oddychania, co umożliwi przekazanie chorego pod opiekę personelu macierzystego oddziału².

¹ D. Wąsik, *Mors in tabula* w teorii i praktyce śledczej, Bydgoszcz 2016, s. 31–32.

² W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, P. Jałowiecki, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Racjonalne przesłanki okołoperacyjnego postępowania

Realizacja powyższych celów uzależniona jest natomiast w dużej mierze od spełnienia takich warunków, jak udział przy zabiegach wykwalifikowanej kadry lekarskiej i pielęgniarskiej w prawidłowej liczbie, uprzednie zebranie pod kątem znieczulenia odpowiedniego zasobu informacji o stanie zdrowia chorego, posiadanie niezawodnej aparatury anestezyjologicznej i sprzętu monitorującego odpowiedniej klasy, odpowiedniego zabezpieczenia w leki, płyny infuzyjne, sprzęt drobny i jednorazowego użytku, sprawnego działania przez całą dobę laboratorium i innych pracowni diagnostycznych, odpowiednich warunków lokalowych umożliwiających szybką komunikację, posiadanie sprawnego i adekwatnego do stanu zdrowia pacjenta nadzoru pooperacyjnego, a także możliwości natychmiastowego podjęcia czynności reanimacyjnych w pełnym zakresie³.

Standardy organizacyjne opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii dla podmiotów wykonujących działalność leczniczą udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu anestezji, intensywnej terapii, resuscytacji, leczenia bólu niezależnie od jego przyczyny, a także sedacji określają przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii (Dz. U. z 2016 r., poz. 2218). Pod pojęciem anestezji rozumieć należy wykonywanie znieczulenia ogólnego lub regionalnego do zabiegów operacyjnych oraz do celów diagnostycznych lub leczniczych (§ 2 pkt 1 rozporządzenia). Wśród ważniejszych regulacji związanych z organizacją udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii wymienić należy: 1) obowiązek kwalifikowania pacjentów do oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii w szpitalach zgodnie z aktualnymi Wytocznymi Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii określającymi sposób kwalifikacji oraz kryteria przyjęcia pacjentów do oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii (§ 3 rozporządzenia), 2) tworzenie w szpitalach oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii, a w przypadkach gdy udziela się na rzecz tych pacjentów świadczeń zdrowotnych wyłącznie z zakresu anestezji – oddziałów anestezjologii i zapewnienie na tychże oddziałach co najmniej 2% ogólnej liczby łóżek w szpitalu (§ 4 ust. 1–3 rozporządzenia), 3) usytuowanie oddziału anestezjologii i intensywnej terapii w miejscu zapewniającym komunikację z blokiem operacyjnym, szpitalnym oddziałem ratunkowym lub oddziałem przyjęć i pomocy doraźnej oraz ze wszystkimi oddziałami łóżkowymi (§ 4 ust. 4 rozporządzenia), 4) zapewnienie w oddzia-

anestezjologicznego, Arch. Med. Sąd. Krym. 1994, nr 3, s. 321; H. W. Opderbecke, Das operative Risiko – medico-legale Aspekte aus der Sicht des Sachverständigen, Anästh.Intensivmed. 1990, vol. 31, s. 210–213.

³ W. Michałewski, Z. Sachajdak-Michałewska, P. Jałowiecki, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Racjonalne przesłanki okołoperacyjnego postępowania anestezjologicznego, s. 321–322.

le izolatki dostępnej z traktów komunikacji oddziału, która posiada służę umożliwiającą umycie rąk, przebieranie się i składowanie materiałów izolacyjnych (§ 4 ust. 5 rozporządzenia), 5) w szpitalach, w których są udzielane świadczenia zdrowotne z zakresu anestezji, zapewnienie w obrębie bloku operacyjnego lub w bliskim sąsiedztwie bloku operacyjnego sal nadzoru poznieczuleniowego (§ 4 ust. 9 rozporządzenia), 6) zapewnienie odpowiedniego personelu medycznego na oddziale, tj. powierzanie zadania kierowania oddziałem lekarzowi specjalście anestezjologii i intensywnej terapii, natomiast stanowiska pielęgniarki oddziałowej pielęgniarsce, która ukończyła specjalizację w dziedzinie pielęgniarstwa anestezjologicznego i intensywnej opieki, 7) powierzenie wyłącznie lekarzom specjalistom anestezjologii i intensywnej terapii obowiązku udzielania w podmiocie leczniczym świadczeń zdrowotnych z zakresu anestezji, polegających na wykonywaniu znieczulenia ogólnego oraz znieczulenia regionalnego: zewnątrzoponowego i podpańczynówkowego (§ 8 ust. 1 rozporządzenia).

Według wzorcowego modelu postępowania przy udzielaniu w szpitalu świadczeń zdrowotnych z zakresu anestezji, określonego w § 9 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, do obowiązków podmiotu leczniczego prowadzącego szpital należy określenie procedury przygotowania pacjenta do znieczulenia, w tym wykaz badań diagnostycznych, laboratoryjnych, w celu bezpiecznego przeprowadzenia zabiegu w trybie natychmiastowym, pilnym, przyspieszonym i planowym. Procedura powinna zostać opracowana w porozumieniu z lekarzem kierującym oddziałem, podobnie jak sposób komunikacji alarmowej. Plan zabiegów wykonywanych w szpitalu powinien być ustalany w porozumieniu z lekarzem kierującym oddziałem, a ponadto powinien uwzględniać zasadę nadrzędności mniejszego ryzyka zagrożenia dla zdrowia i życia pacjenta, w szczególności powinien być dostosowany do liczby lekarzy udzielających świadczeń z zakresu anestezji oraz wyposażenia podmiotu leczniczego w wyroby medyczne niezbędne do udzielania tych świadczeń. W przypadku stanowiska znieczulenia jest to co najmniej: 1) aparat do znieczulenia ogólnego z respiratorem anestetycznym, natomiast aparaturę anestezjologiczną stanowiska znieczulenia ogólnego z zastosowaniem sztucznej wentylacji płuc wyposaża się także w: a) alarm nadmiernego ciśnienia w układzie oddechowym, b) alarm rozłączenia w układzie oddechowym, c) urządzenie ciągłego pomiaru częstości oddychania, d) urządzenie ciągłego pomiaru objętości oddechowych, 2) worek samorozprężalny i rurki ustno-gardłowe, 3) źródło tlenu, powietrza i próżni, 4) urządzenie do ssania, 5) zestaw do intubacji dotchawicznej z rurkami intubacyjnymi i dwoma laryngoskopami, 6) defibrylator z możliwością wykonania kardiowersji i elektrostymulacji – co najmniej 1 na zespół połączonych ze sobą stanowisk znieczulenia lub wyod-

rębnioną salę operacyjną; 7) wyciąg gazów anestetycznych, 8) zasilanie elektryczne z systemem awaryjnym, 9) znormalizowany stolik (wózek) anestezyjologiczny, 10) źródło światła, 11) sprzęt do dożylnego podawania leków, 12) fonendoskop lub dla dzieci stetoskop przedsercowy, 13) aparat do pomiaru ciśnienia krwi, 14) termometr, 15) pulsoksymetr; 16) monitor stężenia tlenu w układzie anestetycznym z alarmem wartości granicznych, 17) kardiomonitor; 18) kapnometr; 19) monitor zwiotczenia mięśniowego – jeden na stanowisko znieczulenia, 20) monitor gazów anestetycznych – jeden na stanowisko znieczulenia, 21) sprzęt do inwazyjnego pomiaru ciśnienia krwi, 22) urządzenie do ogrzewania płynów infuzyjnych, 23) urządzenie do ogrzewania pacjenta – co najmniej jeden na trzy stanowiska znieczulenia, 24) sprzęt do szybkich przetoczeń płynów, 25) sprzęt do regulowanych przetoczeń płynów; a także 26) co najmniej trzy pompy infuzyjne. W przypadku, gdy w szpitalu są wykonywane zabiegi na rzecz pacjentów dorosłych oraz na rzecz dzieci, plan zabiegów powinien dodatkowo uwzględniać zasadę rozdziału czasowego lub przestrzennego wykonywania zabiegów dla tych grup pacjentów.

Zgodnie z obowiązującymi standardami lekarz specjalista *anestezjologii* i intensywnej terapii, lekarz anestezjolog lub lekarz w trakcie specjalizacji pod nadzorem lekarza specjalisty *anestezjologii* i intensywnej terapii zapoznaje się z dokumentacją medyczną pacjenta, skompletowaną wraz z niezbędnymi wynikami badań laboratoryjnych przez lekarza prowadzącego, oraz przeprowadza, nie później niż 24 godziny przed zabiegiem w trybie planowym, badanie w celu zakwalifikowania pacjenta do znieczulenia, zgodnie ze stanem zdrowia pacjenta i wskazaniem medycznymi. Co więcej, lekarz specjalista *anestezjologii* i intensywnej terapii, lekarz anestezjolog lub lekarz w trakcie specjalizacji pod nadzorem lekarza specjalisty *anestezjologii* i intensywnej terapii może zlecić dodatkowe badania i konsultacje niezbędne do zakwalifikowania pacjenta do znieczulenia. Zauważyć należy, że jeżeli pacjent jest małoletni, wówczas badanie w celu zakwalifikowania pacjenta do znieczulenia nie może odbywać się w pomieszczeniach przeznaczonych dla pacjentów dorosłych. Lekarz kwalifikujący pacjenta do znieczulenia ma obowiązek wypełnić podczas kwalifikacji kartę konsultacji anestezyjologicznej. Dokument zawierający zgodę pacjenta na znieczulenie dołącza się do historii choroby.

Wzorcowe postępowanie anestezyjologiczne zakłada, że lekarz wykonujący znieczulenie może w tym samym czasie znieczulać tylko jednego pacjenta, a podczas znieczulenia z lekarzem współpracuje pielęgniarka anestezyjologiczna, przy czym dotyczy to również znieczuleń wykonywanych poza salą operacyjną. Przed przystąpieniem do znieczulenia lekarz wykonujący znieczulenie, a w przypadku lekarza w trakcie specjalizacji również lekarz nadzorujący wykonywanie znieczulenia, jest obowiązany: a) sprawdzić wyposa-

żenie stanowiska znieczulenia, b) skontrolować sprawność działania wyrobów medycznych niezbędnych do znieczulenia i monitorowania, c) skontrolować właściwe oznakowanie płynów infuzyjnych, strzykawkę ze środkami anestetycznymi, strzykawkę z lekami stosowanymi podczas znieczulenia, d) przeprowadzić kontrolę zgodności krwi biorcy z każdą jednostką krwi lub jej składnika przeznaczoną do przetoczenia w przypadku konieczności jej toczenia, a także e) dokonać identyfikacji pacjenta poddawanego znieczuleniu. Lekarz wykonujący znieczulenie powinien znajdować się w bezpośredniej bliskości pacjenta przez cały czas trwania znieczulenia. Do jego zadań należy również wypełnianie karty przebiegu znieczulenia, uwzględniającej w szczególności jego przebieg, dawkowanie anestetyków i innych leków, aktualne wartości parametrów podstawowych funkcji życiowych oraz ewentualne powikłania. Podkreślenia wymaga, że jeżeli inny lekarz kontynuuje znieczulenie pacjenta, wówczas ponosi on odpowiedzialność za to znieczulenie od chwili rozpoczęcia kontynuacji znieczulenia i jest bezwzględnie zobowiązany zapoznać się ze wszystkimi informacjami dotyczącymi znieczulanego pacjenta, przebiegu znieczulenia oraz wyrobów medycznych. Przejęcie odpowiedzialności za znieczulenie lekarz kontynuujący znieczulenie potwierdza pisemnie w karcie przebiegu znieczulenia. Lekarz wykonujący znieczulenie może opuścić znieczulanego pacjenta w celu przeprowadzenia resuscytacji innego pacjenta, jeżeli uzna, że opuszczenie znieczulanego pacjenta nie stanowi bezpośredniego zagrożenia dla jego życia. W tej sytuacji przy pacjencie do czasu przybycia lekarza wykonującego znieczulenie pozostaje pielęgniarka anestezjologiczna.

Transport pacjenta bezpośrednio po zakończonym znieczuleniu odbywa się pod nadzorem lekarza specjalisty *anestezjologii* i intensywnej terapii, lekarza anestezjologa lub lekarza w trakcie specjalizacji pod nadzorem lekarza specjalisty anestezjologii i intensywnej terapii, w razie potrzeby z użyciem przenośnego źródła tlenu, respiratora, urządzeń monitorujących podstawowe funkcje życiowe i innego niezbędnego sprzętu. W bezpośrednim okresie pooperacyjnym pacjenta umieszcza się natomiast w sali nadzoru poznieczuleniowego (na stanowisku nadzoru poznieczuleniowego), wyposażonej co najmniej w wózek reanimacyjny i zestaw do konikotomii, defibrylator z możliwością wykonania kardiowersji, respirator z możliwością regulacji stężenia tlenu w zakresie 21–100% – co najmniej 1 na salę nadzoru poznieczuleniowego, stanowiska nadzoru poznieczuleniowego (źródło tlenu, powietrza i próżni, aparat do pomiaru ciśnienia krwi, monitor EKG, pulsoksymetr oraz termometr), a także elektryczne urządzenia do ssania – co najmniej 1 na 3 stanowiska nadzoru poznieczuleniowego. W sali nadzoru poznieczuleniowego (na stanowisku nadzoru poznieczuleniowego) powinna być również zapewniona możliwość obserwacji bezpośredniej lub przy użyciu kamer wyposażonych w funkcje autostartu, w szczególności możliwości

obserwacji twarzy pacjenta. Udzielanie świadczeń zdrowotnych w sali nadzoru poznieczuleniowego wymaga stałej obecności lekarza specjalisty anestezjologii i intensywnej terapii lub lekarza anestezjologa w oddziale (nie może być łączona ze stałą obecnością lekarza specjalisty anestezjologii i intensywnej terapii w oddziale przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych na stanowisku intensywnej terapii). Bezpośredni nadzór nad pacjentem w sali nadzoru poznieczuleniowego prowadzą pielęgniarki anestezjologiczne, którym należy zapewnić środki techniczne umożliwiające stały kontakt z lekarzem specjalistą anestezjologii i intensywnej terapii. Stosunek liczby pielęgniarek anestezjologicznych w sali nadzoru poznieczuleniowego na każdej zmianie do liczby faktycznie obłożonych stanowisk nadzoru poznieczuleniowego nie powinien być natomiast niższy niż 1:4.

Nieprzypadkowo z postępowaniem anestezjologicznym łączone jest zagadnienie „śmierci na stole operacyjnym” (*mors in tabula, exitus in tabula*), czy inaczej zgonu okołoperacyjnego lub śmierci śródoperacyjnej. Wprowadzenie nowoczesnych procedur z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii przesunęło bowiem granicę śmierci pacjentów poprzednio umierających z powodu bezpośrednich następstw np. wstrząsów urazowych, pokrwotocznych, kardiogennych itp. Przyczyny „wtórnej śmierci”, następującej zazwyczaj po dłuższym okresie dysocjacji, stanowią zwykle powikłania o różnym charakterze, wskutek skazy krwotocznej, krwotoków pourazowych, posocznicy, owrzodzeń przewodu pokarmowego, powikłań leczenia steroidami, martwicy trzustki, miokardiopatii, a także w wyniku procesów martwiczych i wytworzenia skrobiawicy. Często późne powikłania są też następstwem niewydolności oddechowej z obrazem tzw. płuca wstrząsowego lub z obrzękiem i nawałem krwotocznym oraz uogólnionym stanem zapalnym, a później powikłaniami ropnymi (ropnie płuc). Niewydolność oddechowa rokuje niepomyślnie i pojawia się od 4 do 10 dnia w przebiegu leczenia wstrząsu⁴.

⁴ Zob. W. Nasitowski, Zgony nagłe z przyczyn chorobowych i pogranicznych, s. 176–177; A. Motuk, Znieczulenie ogólne, (w:) Z. Kruszyński (red.), *Anestezjologia i intensywna terapia*, Bydgoszcz 1992, s. 34–36; R. Dettmeyer, A. Reber, *Exitus letalis*, *Anästhesist* 2003, vol. 52, s. 1179–1190; K. Fichtner, W. Dick, Erhebungen zur kausalen perioperativen Mortalität. Versuch einer deutschen „CEPOD-Studie”, *Anästhesist* 1997, vol. 46, s. 419–427; J. Link, Das Anästhesierisiko. Komplikatione, Herzstillstände und Todesfälle, Weinheim 1985; N. Buck, H. B. Devlin, J. N. Lunn, Confidential enquiry into perioperative deaths, London 1987; J. Preuss, R. Dettmeyer, B. Madea, Spezielle Fallgruppen aus der BMGS-Studie: *Exitus in tabula*, (w:) B. Madea, R. Dettmeyer (red.), *Medizinschadensfälle und Patientensicherheit. Häufigkeit–Beguntachtung–Prophylaxe*, Köln 2007, s. 127; O. Pribilla, *Exitus in tabula*, (w:) A. Mergen (red.), *Die juristische Problematik in der Medizin*, München 1971, s. 148–169. W przedmiocie krwotoków jako przyczyny śmiertelności śródoperacyjnej zob. np. G. Salzer, M. Wenzl, R. H. Jenny, A. Stangl, *Das Bronchuscarcinom*, Vienna 1952, s. 112–114; P. Šebesta, Výdutě břišní aorty a pánevních tepen z hlediska chirurgického, (w:) M. Krajíček, J. H. Peregrin, M. Roček, P. Šebesta

Samo znieczulenie nie ma właściwości terapeutycznych⁵. Dość popularny jest pogląd, że o ile określenie „narkoza” lub „znieczulenie ogólne” – w rozumieniu pacjenta – ma wydźwięk dość łagodny i kojarzy się najczęściej ze stanem snu połączonym z bezbolesnością, zaś w ocenie lekarzy dyscyplin zabiegowych stan anestezji łączy się przede wszystkim ze snem i bezruchem pacjenta, o tyle już z punktu widzenia farmakologii i toksykologii każde znieczulenie ogólne to stan ostrego, najczęściej złożonego, częstokroć ciężkiego zatrucia organizmu. Zatrucie to pojęte jako anestezja znamionuje się zespołem pewnych charakterystycznych cech, który nie obejmuje innych rodzajów zatruc, np. przypadkowych czy zbrodniczych. Znieczulenie to wykonane jest celowo i świadomie przez lekarza, aby umożliwić przeprowadzenie zabiegu operacyjnego lub badania diagnostycznego, jest przy tym sterowane i kontrolowane w czasie, całkowicie odwracalne i poprzedzone uświadomioną zgodą pacjenta lub innej osoby prawnie umocowanej do skutecznego wyrażenia takiej zgody⁶. Przeprowadzenie każdego znieczulenia łączyć się musi z podjęciem pewnego ryzyka, określanego mianem ryzyka znieczulenia i utożsamianego często z pojęciem tzw. ryzyka operacyjnego⁷.

(red.), Chirurgická a intervenční léčba cévních onemocnění, Praha 2007, s. 203. W kwestii nagłego zatrzymania oddechu podczas operacji lub tuż po jej zakończeniu, prowadzącego na ogół do hiperkapnii i kwasicy, ciężkiego niedotlenienia i uszkodzenia mózgu, a w skrajnych przypadkach śmierci pacjenta, zauważyć należy, że sytuacja ta może być spowodowana nieodpowiednią wentylacją płuc lub zbyt niskim stężeniem tlenu, nieprawidłowym położeniem rury wewnątrzoskrzelowej, niedrożnością dróg oddechowych (przeważnie krtani i oskrzeli, ale również anatomicznymi przeszkodami, np. budową nosa), zachłyśnięciem, względnie przypadkową lub wczesną ekstubacją. Zob. F. Kaltenböck, Respirationstrakt, (w:) W. F. List, P. M. Osswald, I. Hornke (red.), Komplikationen und Gefahren in der Anästhesie, Berlin–Heidelberg–New York 2003.

⁵ Zob. J. Drábková, J. Vondráček, (Nejen) kritické stavy a *lege artis*, (w:) R. Ptáček, P. Bartůněk, J. Mach (red.), *Lege artis* v medicíně, Praha 2013, s. 118.

⁶ W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, P. Jałowiecki, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Racjonalne przesłanki okołoperacyjnego postępowania anestezjologicznego, s. 320.

⁷ Zob. W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, P. Jałowiecki, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Racjonalne przesłanki okołoperacyjnego postępowania anestezjologicznego, s. 319–320; W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, A. Dyaczyńska-Herman, K. Ziaja, Ryzyko operacyjne – stale aktualny problem w anestezjologii i dyscyplinach zabiegowych, Pol. Przegl. Chir. 1988, nr 1, s. 99–101; I. Beinlich, Anästhesiebezogene Morbidität und Mortalität, Anaesth. Intensivmed. Notfallmed. Schmerzther 1991, vol. 26, s. 177–185; E.N. Cohen, Toxicity of inhalation anaesthetics agents, Br.J.Anaesth. 1978, vol. 50, s. 665–670; N. M. Green, Evaluation of perioperative risk, Anaesth. Analg. 1981, vol. 60, s. 623–627; J. N. Lunn, W.W. Mushin, Mortality associated with anaesthesia, Anaesthesia 1982, vol. 37, s. 856 i nast.; L. P. Wang, M. Hagerdal, Reported anaesthetic complications during an 11-year period. A retrospective study, Acta Anaesthesiol. Scand. 1992, vol. 36, s. 234–240.

Większość znieczuleń wykonywana jest bez trwałych, szkodliwych dla pacjenta następstw. Niemniej jednak, u około 1% pacjentów poddawanych procedurom anestezyjologicznym występują skutki potencjalnie zagrażające życiu lub kończące się śmiercią. Skala śmiertelności w zakresie zabiegów chirurgicznych i zwiększenie skuteczności procedur anestezyjologicznych wiązana jest przede wszystkim ze stale ulepszanymi technologiami medycznymi, wprowadzeniem standardów opieki anestezyjologicznej i intensywnej terapii, podnoszeniem kwalifikacji zawodowych przez anestezyjologów, wykorzystaniem dostępnych, nowoczesnych technik chirurgicznych, intensyfikacji monitorowania parametrów życiowych pacjenta poddanego zabiegowi zarówno podczas operacji, jak i w trakcie opieki pooperacyjnej, a także permanentnemu rozwojowi patofizjologii i farmakologii⁸. Niekiedy krytykuje się proste wiązanie śmierci pacjenta ze znieczuleniem, jeżeli pozostaje ono w związku czasowym z podaniem środka znieczulającego. W tej sytuacji do zgonu mogą się bowiem częściowo przyczynić współistniejące choroby fizyczne pacjenta (np. choroba zastawek serca), a częściowo działanie środka znieczulającego (np. skurcz krtani, wzrost metabolizmu organizmu spowodowany hipertermią złośliwą)⁹.

Ciężkim powikłaniem w procesie opieki anestezyjologicznej i intensywnej terapii jest zatrzymanie krążenia związane z zabiegiem operacyjnym i znieczuleniem. Do sytuacji takiej może dojść przy zabiegach niemalże z każdej dziedziny, a więc nie tylko chirurgii ogólnej, plastycznej czy urazowej, ale i w ginekologii czy położnictwie (np. cesarskie cięcie), w okulistyce (np. przy operacji zęba), a także stomatologii (np. przy ekstrakcji zęba). Zatrzymanie krążenia może nastąpić zarówno w trakcie wprowadzania do anestezji (zwłaszcza w czasie pierwszych 60 minut znieczulenia) i w czasie jej trwa-

⁸ Niezależnie od tego zwraca się uwagę na ryzykowne oszczędności w sektorze ochrony zdrowia, które prowadzą do tego, że w trakcie dyżurów nocnych i w weekendy, w nagłych przypadkach w szpitalu nie zawsze jest dostępny personel o optymalnych doświadczeniach i umiejętnościach. Zarządzanie ryzykiem w placówkach ochrony zdrowia świadczących pacjentom opiekę w warunkach stacjonarnych jest często nieprawidłowe. Zob. R. Dettmeyer, A. Reber, *Exitus letalis*. Anästhesiologische und medizinrechtliche Aspekte, Weiterbildung für Anästhesisten 2003, s. 171–180; N. Buck, H. B. Devlin, J. N. Lunn, Confidential enquiry into perioperative deaths. Nuffield Provincial Hospitals Trust, London 1987, s. 11; R. Dettmeyer, B. Madea, De latrogene Schäden, Behandlungsfehler und Behandlungsfehlerbegutachtung, (w:) B. Madea, B. Brinkmann (ed.), Handbuch Gerichtliche Medizin, Berlin–Heidelberg–New York–Tokyo 2003, s. 1463; E. Deutsch, Medizinrecht, Berlin–Heidelberg–New York–Tokyo 1999, s. 377; K. Fichtner, W. Dick, Erhebungen zur kausalen perioperativen Mortalität Versuch einer deutschen „CEPOD–Studie“, the causes of perioperative mortality, *Anaesthesist* 1997, vol. 46, s. 419–427; C. Grube, N. Schaper, B. M. Graf, Man at Risk. Aktuelle Strategien zum Risikomanagement in der Anästhesie, *Anaesthesist* 2002, vol. 51, s. 239–247; R. S. Lagasse, Anesthesia safety: model or myth?, *Anesthesiology* 2002, vol. 97, s. 1609–1617.

⁹ I. Wirth, A. Schmelting, *Rechtsmedizin: Grundwissen für die Ermittlungspraxis*, s. 279–280.

nia, w okresie wyprowadzania ze stanu znieczulenia, jak i bezpośrednio po przekazaniu pacjenta na oddział macierzysty. Do niebezpiecznych momentów zaliczane są też zmiany pozycji chorego (zaburzenia w rozmieszczeniu objętości krwi krążącej). Zatrzymanie czynności serca może być związane z zakończonym zabiegiem operacyjnym (nieprawidłowa hemostaza) lub powikłaniem samego znieczulenia (niedrożność górnych dróg oddechowych, resztkowe działanie środków zwiotczających, działanie narkotycznych leków przeciwbólowych, niedotlenienie związane z drżeniem mięśniowym w okresie budzenia itp.)¹⁰. Do najczęstszych przyczyn zatrzymania krążenia zalicza się: 1) niewydolność systemu organizacyjnego (np. niedostateczna wymiana informacji i ustaleń między operatorem a anestezyjologiem, brak ustalenia optymalnego czasu przeprowadzenia operacji, zakresu oraz rodzaju opieki przed i pooperacyjnej, a także rokowania), 2) efekty uboczne działania leków, 3) trudności techniczne (np. związane z intubacją dotchawiczną w następstwie nieprawidłowych warunków anatomicznych), 4) niewydolność ludzką – anestezyjologa (np. braki w wykształceniu, brak umiejętności praktycznego wykorzystania posiadanej wiedzy, brak nadzoru, brak doświadczenia), 5) wypadki techniczne i awarie aparatury, 6) wyjątkowe zdarzenia niemożliwe do przewidzenia (np. wstrząs anafilaktyczny, gorączka złośliwa, wybuch, awaria zasilania)¹¹.

Badania naukowe dotyczące zatrzymania krążenia wskazują, że zdarzeniu temu mogą sprzyjać określone rodzaje zaniedbań personelu medycznego. W tym względzie wymienia się niedostateczną czujność i nieuwagę, nieostrożność, brak skupienia, pośpiech, niedostateczny nadzór szkolącego lub opiekuna tudzież nadmierne uzależnienie od innego personelu oraz zdenerwowanie lekarza znieczulającego. Wśród szczegółowych, częstych nieprawidłowości w prowadzeniu znieczulenia i bezpośredniego nadzoru pooperacyjnego wymienia się natomiast nieadekwatne dawki leków, niewłaściwą technikę i sposób znieczulenia, niewłaściwie prowadzoną płynoterapię, błę-

¹⁰ P. Jałowicki, W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Przyczyny i okoliczności nagłego okołoperacyjnego zatrzymania krążenia, *Arch. Med. Sąd. Krym.* 1994, nr 3, s. 311–316.

¹¹ P. Jałowicki, W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Przyczyny i okoliczności nagłego okołoperacyjnego zatrzymania krążenia, s. 316; S. E. Gisvold, Risk factors present before operation in order to assess operative risk, *Acta Anaesthesiol. Scand.* 1989, vol. 33, s. 11–13; N. J. Lunn, Preventable anesthetic mortality and morbidity, *Anaesthesia* 1985, vol. 40, s. 79; T. Pedersen, K. Eliassen, E. Henriksen, A prospective study of risk factors and cardiopulmonary complications associated with anaesthesia and surgery: risk indicators of cardiopulmonary morbidity, *Acta Anaesthesiol. Scand.* 1990, vol. 34, s. 144–155; J. T. Moller, N. W. Johannessen, H. Berg, K. Espersen, L. E. Larsen, Hypoxaemia during anaesthesia – an observer study, *Br. J. Anaesth.* 1991, vol. 66, s. 437–444; J. Kornobis, B. Świątek, Z. Parkitna-Cegła, J. Knap, A. Morawski, Błędy lekarskie w anestezyjologii, *Wiad. Lek.* 1980, nr 33, s. 1707–1713.

dy w postępowaniu resusytacyjnym, brak odpowiedniego (skutecznego) dostępu do żyły, trudności w zintubowaniu chorego i odstąpienie od tej procedury, nierozpoznanie zachłyśnięcia treścią pokarmową oraz nieprawidłowości organizacyjne. Stwierdzone są również okoliczności, na które zespół operacyjny często nie ma większego wpływu, a więc awarie i poważne usterki aparatu do znieczulenia, tudzież brak aktualnego atestu sprawności technicznej, brak jakiegokolwiek monitorowania przyrządowego pomimo możliwości jego zastosowania, ograniczone pomiary istotnych parametrów funkcji życiowych (np. oznaczanie tylko tętniczego ciśnienia skurczowego)¹². Źródeł powyższych nieprawidłowości poszukuje się również w postępowaniu z chorymi przed znieczuleniem i interwencją chirurgiczną, w szczególności braku prób wyrównania wstrząsu krwotocznego i innych stanów hipowolemii, braku aktualnych wyników podstawowych badań dodatkowych, późnej (pod względem czasu postawienia rozpoznania) kwalifikacji do zabiegu, długim czasie upływającym między kwalifikacją do zabiegu a momentem jego rozpoczęcia, brakiem oceny ryzyka operacyjnego, bagatelizowaniem zmian stanu chorego w czasie zabiegu, a także – zależnym przede wszystkim od personelu administracyjno-technicznego placówki ochrony zdrowia – nieprawidłowym systemie zarządzania aparaturą medyczną¹³.

¹² P. Jałowiecki, W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Przyczyny i okoliczności nagłego okołoperacyjnego zatrzymania krążenia, s. 313–314.

¹³ *Ibidem*, s. 314–316. W kontekście nagłego okołoperacyjnego zatrzymania krążenia wspomnieć wypada, że nie każdy z tych przypadków kończy się zgonem kwalifikowanym jako *mors in tabula*. Wskaźnik śmiertelności jest jednak wysoki i w niektórych przypadkach może wynosić nawet 79%. Zgony związane bezpośrednio z anestezją często określa się w przedziale 1:10000–15000 znieczuleń. Pierwotną przyczyną śmierci z przyczyn anestezyjologicznych w pierwszej kolejności są jednak zaburzenia hemostazy oddychania, a dopiero w dalszej zaburzenia w układzie krążenia. Dodaje się przy tym, że rokowania u chorych zresuscytowanych po zatrzymaniu krążenia związanym z anestezją i interwencją chirurgiczną jest niezwykle poważne i obarczone bardzo wysoką śmiertelnością. Zob. P. Jałowiecki, W. Michalewski, Z. Sachajdak-Michalewska, A. Dyaczyńska-Herman, W. Nasiłowski, Przyczyny i okoliczności nagłego okołoperacyjnego zatrzymania krążenia, s. 316–317; J. N. Lunn, W.W. Mushin, Mortality associated with anaesthesia, s. 856 J. B. Cooper, Anaesthesia mishaps: causes. *Acta Anaesthesiol. Scand.* 1989, vol. 33, s. 10; H. T. Debas, R. Gosselin, C. McCord, A. Thind, *Surgery*, (w:) D. T. Jamison, J. G. Breman, A. R. Measham, G. Alleyne, M. Claeson, D. B. Evans, P. Jha, A. Mills, P. Musgrove (ed.), *Disease Control Priorities in Developing Countries*, Washington 2006, s. 1245–1258.

III. Narażenie pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia w świetle art. 160 k.k.

Zgodnie z art. 160 § 1 k.k. kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Kwalifikowaną formę przestępstwa przewiduje § 2 wymienionego przepisu, zgodnie z którym jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Stosownie natomiast do § 3 regulacji, jeżeli sprawca wskazanych czynów działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Należy podzielić pogląd prezentowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego, że jeżeli lekarz w konkretnym przypadku jest tzw. gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej na swym zdrowiu lub życiu, to ewentualną odpowiedzialność karną należy rozważać na płaszczyźnie art. 160 § 2 k.k. lub art. 160 § 3 k.k.¹⁴ Do prawidłowej kwalifikacji karnej czynu lekarza jako gwaranta, niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, jakie konkretne skutki zdrowotne powstały u pokrzywdzonego pacjenta w związku z takim zaniechaniem. Po tych ustaleniach, ze względu na wymogi zawinienia, niezbędne będzie dodatkowo wyjaśnienie: 1) że lekarz miał świadomość, iż pełni on wobec danego pacjenta funkcję gwaranta, 2) że zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego było wynikiem niezachowania ostrożności wymaganej w postępowaniu lekarskim w danej sytuacji (tj. iż zasady takiej ostrożności nazywały podjęcie stosownych działań w postaci udzielenia określonych świadczeń zdrowotnych), 3) że lekarz przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć, iż w wyniku zaniechania udzielenia przezeń określonego świadczenia zdrowotnego nastąpić mogą określone w danym przepisie skutki zdrowotne¹⁵.

¹⁴ Zob. wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2000 r., sygn. V KKN 318/99, LEX nr 50985.

¹⁵ M. Filar, Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy), PiM 1999, nr 3, s. 33 i nast. W przedmiocie błędu w sztuce lekarskiej zobacz również M. Banasiewicz, R. Kokot, Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej, (w:) L. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. 24, Wrocław 2009, s. 101–119; J. Bukowski, J. Kocur, Odpowiedzialność lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, WPP 1995, nr 2, s. 29–31; I. Dziekońska-Staśkiewicz, Tak zwany błąd w sztuce lekarskiej. (Definicje, zakres pojęcia, propozycje), Stud.Krymin. 1974, t. 1, s. 233–240; M. Filar, Lekarskie prawo karne, Kraków 2000; E. Jęczmionka-Kopińska, Błąd w sztuce i niepowodzenie medyczne w polskim systemie prawnym. Prawnoetyczne uwarunkowania zabiegów medycznych, Poznań 2013; L. Kubicki, Błąd w sztuce w toku interdyscyplinarnego postępowania leczniczego, PiM 2001, nr 9, s. 33–37; A. Warakomska, Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, (w:) I. Zgoliński (red.), Oblicza Temidy. Medycyna przez pryzmat prawa, Bydgoszcz 2012, s. 91–100; R. Augustyn, Zarys metodyki obrony lekarza w postępowaniu karnym w sprawach o błąd medyczny, Poznań 2010; E. Baran, K. Jaegermann, Z. Marek, Błąd medyczny i od-

Według poglądów prezentowanych w piśmiennictwie prawnokarnym i prawnomedycznym powstanie odpowiedzialności za negatywne konsekwencje leczenia wymaga przede wszystkim ustalenia związku pomiędzy czynem sprawcy a powstałym skutkiem. Obiektywne przypisanie skutku, który stanowi niewątpliwie znamię przestępstw nieumyślnych, wymaga wykazania powiązania między naruszeniem reguł postępowania medycznego a wynikiem z tego uszczerbkiem dla życia lub zdrowia pacjenta¹⁶. W kwestii wątpliwości czy skutkiem w postaci narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo rozstroju zdrowia jest również narażenie człowieka znajdującego się już w takim rozstroju na dalsze pogłębienie tego rozstroju, zauważa się natomiast, że z bezpośredniością zagrożenia mamy do czynienia tam, gdzie wedle dającego się przewidzieć przebiegu przyczynowości, istnieją wszelkie realne przesłanki do przyjęcia, że następstwa, o których mowa w przepisie, zrealizują się w ramach następnego ogniwa jej przebiegu. Nie muszą one przy tym być nieuchronne, lecz wysoce prawdopodobne. Lekarz – gwarant będzie odpowiadał za przestępstwo z art. 160 § 2 lub § 3, zarówno w przypadku „prostego” zaniechania, jak i w przypadku zaniechania będącego wynikiem popełnionego wcześniej błędu diagnostycznego¹⁷. In-

powiedzialność prawna, *Przegląd Lekarski* 1984, nr 12, s. 709–713; Z. Marek, *Błąd medyczny*, Kraków 1999; tenże, *Błąd medyczny. Odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007; J. Przybojewski, *Niektóre aspekty odpowiedzialności karnej za błąd medyczny*, *WPP* 1987, nr 3, s. 280–290; T. Ślipko, *Błąd medyczny w świetle etyki*, *Arch. Med. Sąd. Krym.* 1990, nr 1, s. 1–7; B. Świątek, *Błąd medyczny w praktyce medyka sądowego*, (w:) R. Jaworski, M. Szostak, *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kegla*, Wrocław 2005, s. 517–526; M. Boratyńska, *Odpowiedzialność karna lekarza*, (w:) L. Kubicki (red.), *Prawo medyczne*, Wrocław 2003, s. 161–165; Z. Gądzik, *Prawo pacjenta do samostanowienia a odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia*, (w:) R. Tabaszewski (red.), *Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność*, Lublin 2013, s. 137–149; J. Jaroszek, *Odpowiedzialność karna lekarza*, *Służba Zdrowia* 1987, nr 31; R. Kędzióra, *Odpowiedzialność karna lekarza za przestępne nieudzielenie pomocy*, *Stud. lur. Lublin.* 2006, t. 8, s. 83–102; J. Kulesza, *Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechania pomocy*, *PiM* 2008, nr 1, s. 14–25; K. Olbrychtowicz-Śmiełowska, *Odpowiedzialność karna lekarza stomatologa w związku z wykonywaniem zawodu*, *Czasopismo Stomatologiczne* 1970, nr 8, s. 1011–1015; G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991; W. Witczak, *Odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w stanach zagrożenia życia*, (w:) A. Dębiński, A. Grzeskowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 81–85.

¹⁶ M. Syroka-Marczewska, *Odpowiedzialność karna lekarza – wybrane aspekty*, *Studia Iuridica* 2012, nr 55, s. 91 i nast.

¹⁷ M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 33 i nast. M. Bielski zauważa natomiast, że o skutku w postaci narażenia pacjenta na bezpośrednie zagrożenie życia i zdrowia nie będzie mowy w sytuacji, gdy, mimo nieodpowiedniego działania lekarza, w ogóle nie dojdzie do zmiany stanu leczonego przez niego pacjenta, a jednocześnie będzie można stwierdzić, że w danej sytuacji faktycznej nie można było podjąć żadnych innych działań leczniczych, których skutek byłoby w stanie odwrócić. Z drugiej jednak strony, jak podkreśla autor, ze

nymi słowy z art. 160 k.k. nie wynika, aby odnosił się on do wypadków, gdy pokrzywdzonemu nie groziło początkowo żadne niebezpieczeństwo, by musiał on w chwili czynu znajdować się w stanie zagrożenia „zerowego”. Z tego względu zwiększenie stanu zagrożenia i stworzenie choćby nowego stanu zagrożenia może powodować odpowiedzialność z przepisu art. 160 k.k.¹⁸

Orzecznictwo sądowe wydane na kanwie stosowania art. 160 k.k. w warunkach prowadzenia działalności leczniczej jest stosunkowo bogate. Podkreśla się, że związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem lekarza a śmiercią pacjenta zachodzi także wówczas, gdy prawidłowe postąpienie lekarza dawało realne szanse na uratowanie pacjenta¹⁹. Zakres obowiązków ciążących na gwarancie (art. 160 § 2 k.k.) musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania²⁰. Skutkiem należącym do znamion strony przedmiotowej występku z art. 160 § 2 i 3 k.k. jest nie tylko wywołanie takiej sytuacji, w której pacjent znajduje się, nie będąc uprzednio, w położeniu grożącym mu bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia, ale również na utrzymaniu (nie odwróceniu, nie zmniejszeniu) istniejącego już poziomu tego niebezpieczeństwa w czasie, kiedy urzeczywistnił się obowiązek działania lekarza-gwaranta. Co więcej, przestępstwo jest dokonane z chwilą narażenia na niebezpieczeństwo, chociażby osoba narażona nie doznała żadnej krzywdy²¹. Odpowiedzialność lekarza gwaranta na płaszczyźnie art. 160 k.k. nie musi polegać tylko na popełnieniu przez niego błędu diagnostycznego czy medycznego. Mogą to być różne inne podejmowane albo zaniechane przez niego czynności, narażające człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu²².

społecznego punktu widzenia trudno akceptować sytuację, w której lekarz naruszający zupełnie podstawowe zasady postępowania w konkretnej sytuacji zagrożenia dla życia i zdrowia pacjenta, zostałby uwolniony od odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 160 § 3 k.k. tylko dlatego, że okoliczności faktyczne były tak specyficzne, że na skutek innych przyczyn doszłoby do naruszenia dobra, które lekarz miał obowiązek chronić. Zob. M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r.*, sygn. V KK 37/04, PS 2005, nr 54, s. 119 i nast.

¹⁸ S. Rutkowski, *Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza*, Prok. i Pr. 1999, nr 9, s. 71 i nast.

¹⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 12 grudnia 2002 r., sygn. II Ka 546/02, KZS 2003, nr 2, poz. 66.

²⁰ Postanowienie SN z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. IV KK 356/10, LEX nr 730270.

²¹ Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. IV KK 43/13, LEX nr 1318212.

²² Wyrok SN z dnia 3 września 2013 r., sygn. WK 14/13, LEX nr 1375270. Zob. również wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. IV KK 42/12, LEX nr 1220930I; wyrok SN z dnia 14 lipca

IV. Wykonywanie procedur anestezyjologicznych w świetle znamion przestępstwa z art. 160 k.k.

Bezpośrednie niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 160 k.k., zachodzi w sytuacji, gdy grozi ono utratą życia lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu w najbliższej chwili. Warunku tego nie spełnia np. wywołanie niebezpieczeństwa odległego, ewentualnego, zależnego od zaistnienia dalszych przyczyn, które nie są koniecznym, a jedynie możliwym skutkiem czynu sprawcy. Wymóg bezpośredniości nastąpienia skutku należy rozumieć w ten sposób, że musi charakteryzować się wysokim stopniem prawdopodobieństwa spełnienia.

Na gruncie spraw związanych z błędami medycznymi z zakresu anestezyjologii oceny zachowania lekarza anestezyjologa należy dokonywać każdorazowo w odniesieniu do chronologii zdarzeń oraz stanu jego wiedzy, tak ogólnej jak i szczególnej, wynikającej z doświadczenia w zakresie znieczulania i zapobiegania bólowi, co jest odzwierciedlone m.in. w art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r., Nr 226, poz.1943), zgodnie z którym lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością.

Celem przybliżenia problemów, jakie mogą wystąpić w praktyce stosowania art. 160 k.k. w przedmiotowej kategorii spraw, szerzej omówione zostaną następujące zagadnienia: specyfika uchybienia w wykonywaniu procedury znieczulenia w świetle tzw. błędu diagnostycznego, wystąpienie zbiegu błędów organizacyjnego i błędów w sztuce lekarskiej w praktyce postępowania anestezyjologicznego, a także wybór rodzaju znieczulenia i granice odpowiedzialności za wystąpienie ewentualnych powikłań z tym związanych.

W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że błąd diagnostyczny polega na wyciągnięciu z objawów chorobowych wniosków innych niż te, które podyktowane są wiedzą medyczną. Do błędów tego rodzaju zalicza się również nierozpoznanie w ogóle pewnych objawów, a także wadliwe przeprowadzenie samych badań służących postawieniu diagnozy bądź w ogóle pominięcie

2011 r., sygn. III KK 77/11, LEX nr 1027852; wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2008 r., sygn. WA 32/08, LEX nr 531328; wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2008 r., sygn. WA 29/08, LEX nr 531324; wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. IV KK 381/07, LEX nr 404571; wyrok SN z dnia 26 marca 2007 r., sygn. WA 17/07, LEX nr 447987; wyrok SN z dnia 5 listopada 2002 r., sygn. IV KKN 347/99, LEX nr 74394; wyrok SN z dnia 10 sierpnia 2000 r., sygn. WA 23/00, LEX nr 532395; postanowienie SN z dnia 19 maja 2015 r., sygn. II KK 236/14, LEX nr 1729282; postanowienie SN z dnia 14 grudnia 2005 r., sygn. V KK 175/05, LEX nr 200697.

takich badań. Błąd diagnostyczny, będący często wynikiem błędu organizacyjnego, niejednokrotnie pociąga ze sobą błędy terapeutyczne. Często przyczyną błędu diagnostycznego jest przeoczenie przez lekarza objawów choroby i niewykorzystanie stojących do jego dyspozycji środków służących do ustalenia tych objawów, np. wtedy, gdy lekarz niedokładnie zbadał pacjenta, nie zebrał wszystkich danych o pacjencie i nie uwzględnił w diagnozie zebranego już wywiadu²³. Nie można nazwać błędem diagnostycznym każdej wadliwie postawionej przez lekarza diagnozy. Przede wszystkim pomyłka lekarza nie stanowi błędu w sztuce, jeżeli dopełnił on wszystkich ciążących na nim obowiązków i jego postępowanie może zostać ocenione jako zgodne z regułami wyznaczonymi przez aktualny stan wiedzy i faktyczne możliwości działania. Błąd diagnostyczny może być konsekwencją niedostatecznego rozeznania co do rzeczywistych, aktualnych dolegliwości zdrowotnych pacjenta i ich przyczyn (które następnie ujawniają się bądź to bezpośrednio przed zabiegiem, w jego trakcie lub tuż po zakończeniu operacji), na nie stwierdzeniu, pomimo takiej obiektywnej możliwości, chorób współistniejących i poddanie pacjenta operacji, która w danych warunkach stanowi nadmierne obciążenie organizmu i podnosi ryzyko zaostrzenia przebiegu choroby lub śmierci śródoperacyjnej, np. na skutek niewydolności wielonarządowej. Nieuzasadnione ograniczenie badań diagnostycznych i rezygnacja z przeprowadzenia badań lub zabiegów specjalistycznych, co może w następstwie prowadzić do śmierci pacjenta i odpowiedzialności karnej lekarza.

Błąd w postępowaniu anestezyjologicznym jako błąd diagnostyczny może ujawnić się właśnie w ostatnim z powołanych wcześniej przykładów zaniedbań. Należy odwołać się do stanu faktycznego sprawy rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w S. (sygn. VII K 165/14)²⁴ i skazania lekarza – anestezyjologa za popełnienie przestępstwa z art. 160 § 3 w zw. z art. 160 § 2 k.k., polegające na zaniedbaniu w przygotowywaniu pacjenta do zabiegu operacyjnego, nie zachowaniu należytej ostrożności lekarskiej i nieprzeprowadzenia przed rozpoczęciem znieczulenia polegającego na podaniu mu leku nasennego, zabiegu odessania zgłębniakiem (sondą) zawartości żołądka, co w sytuacji, gdy pacjentowi nie założono sondy do żołądka, powinno być bezwzględnie i prawidłowo wykonane. W efekcie podczas zabiegu doszło do zachłyśnięcia się z następowym zachłystowym zapaleniem płuc, w następstwie czego w krótkim czasie nastąpił zgon pacjenta. Oskarżony w trakcie procesu wyjaśniał m.in., że pacjentowi założono cewniki, które miały jedynie

²³ A. Z o l l, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 63–64; D. D e b o a, *Błędy medyczne z zakresu chirurgii w materiale Zakładu Medycyny Sądowej PAM i Okręgowej Izby Lekarskiej w Szczecinie*, Arch. Med. Sąd. Krym. 2007, nr 2, s. 208 i nast.

²⁴ Sprawa analizowana przez Autorów w ramach badań naukowych nad problematyką prawną błędów medycznych.

otwór na końcu dystalnym, co skutkowało tym, że to były cewniki do tzw. wolnego odpływu polegającego na tym, iż po założeniu cewnika podłącza się go do worka rezerwuarnego i pozostawia do samoistnej ewakuacji zawartości żołądka. Wobec naglącej sytuacji, z jaką miał do czynienia, ta forma odessania treści żołądkowej nie wchodziła w rachubę ze względu na pogarszający się stan ogólny pacjenta. Przy prawidłowo założonym cewniku potrzebuje on około 1,5 godziny na ewakuację treści. Można się było posilkować jedynie zastosowaniem podciśnienia albo próżni albo używając dużej strzykawki. Ponieważ był to cewnik z jednym otworem, wszystkie te cewniki miały tendencje do „balotowania” się w świetle żołądka, ku jego ścianie, a skutkowało to tym, że dochodziło do zassania ściany żołądka, co uniemożliwiało ewakuację treści. Jak wyjaśniał oskarżony, obecnie cewniki wykonane są z innego materiału – silikonu i mają otwory na swoich ściankach bocznych i na dole. Boczne otwory powodują, że nie da się zablokować wszystkich otworów na raz i nie przysysa się do ściany żołądka. Rękoczyn Sellicka (czy inaczej manewr Sellicka) zapobiega zaaspirowaniu treści żołądkowej w czasie gwałtownych wymiotów do dróg oddechowych. Nie można było co prawda jednoznacznie stwierdzić, że założenie sondy żołądkowej i skuteczne odessanie treści żołądkowej zapobiegnie w 100% wymiotom, niemniej jednak w czasie znieczulenia chorego do operacji, po odessaniu treści żołądkowej i pozostawieniu sondy żołądkowej na czas operacji nie powoduje nasilenia odruchu wymiotnego u chorego znieczulonego ogólnie. Rękoczyn Sellicka zdaniem biegłych należy wykonać natychmiast po podaniu leku nasennego i wykonywać do czasu wprowadzenia rurki dotchawiczej i napełnieniu jej mankietu uszczelniającego.

Z racji newralgicznego charakteru znieczulenia i sporego odsetka powikłań ujawnionych w fazie anestezjologicznego przygotowania pacjenta do zabiegu, organy ścigania powinny dołożyć starań do zgromadzenia informacji na temat szczegółów konsultacji anestezjologicznej pacjenta, czasu jej przeprowadzenia i ustaleń poczynionych w trakcie wywiadu i badania, ewentualnej konsultacji operatora z anestezjologiem, wykonania zleceń z tejże konsultacji, wyników badań laboratoryjnych wykonanych tuż przed zabiegiem. Organy ścigania powinny też ustalić w trakcie czynności podejmowanych w podmiocie leczniczym, czy określano stan przedoperacyjny pacjenta np. według klasyfikacji ASA (*American Society of Anesthesiologists* – skala od 1 do E), a jeśli nie – doprecyzować w drodze przesłuchania personelu medycznego, czy w ocenie lekarzy pacjent: 1) wykazywał brak jakichkolwiek zaburzeń anatomicznych, fizjologicznych, biochemicznych lub psychiatrycznych, 2) czy u pacjenta stwierdzono przed zabiegiem choroby, które ograniczały jego aktywność życiową lub ciężką chorobę stanowiącą stałe zagrożenie życia, jak również 3) czy pacjent kwalifikował się do nagłego trybu postępowania, w szczególności był umierający, a rokowania jego przeżycia –

nawet przy niezwłocznym wdrożeniu leczenia operacyjnego – były znikome. Oceniając odpowiedzialność karną lekarza anestezjologa należy przede wszystkim zgromadzić i przeanalizować takie informacje, jak konkretyzacja osoby, która faktycznie wykonywała znieczulenie (anestezjolog, lekarz w trakcie specjalizacji anestezjologicznej, operator, asystent czy pielęgniarka anestezjologiczna), a także czy, dlaczego i kto z personelu pomagał przy znieczuleniu. Należy też jednoznacznie ustalić, czy po znieczuleniu anestezjolog odstąpił od pacjenta i z jakich przyczyn. Ważnym zagadnieniem jest dookreślenie środków zabezpieczających przed aspiracją treści żołądkowej (np. odsysanie treści żołądkowej przez sondę, rękoczyn Sellicka, zmiana ułożenia pacjenta lub preoksygencja bierna bez inflacji płuc etc.), jak utrzymywano drożność dróg oddechowych podczas znieczulenia (np. czy stosowano maskę twarzową, maskę krtaniową, intubację przez usta lub nos czy rurkę tracheostomijną), jaką metodę wentylacji pacjenta stosowano podczas zabiegu (czy był to oddech własny pacjenta, sztuczna wentylacja prowadzona w sposób normalny przez znieczulającego, względnie wentylacja mechaniczna), a także jak podtrzymywano znieczulenie ogólne (jeśli takowe było stosowane). Organy procesowe zobowiązane są zwrócić szczególną uwagę na kwestie wszelkich sygnalizowanych i opisywanych w dokumentacji medycznej problemów z utrzymaniem drożności dróg oddechowych lub z wentylacją pacjenta, przyczyny zmiany sposobu udrożnienia dróg oddechowych, przyczyny wystąpienia skrajnych wartości ciśnienia skurczowego krwi podczas zabiegu, powody obniżania ciśnienia tętniczego krwi podczas zabiegu, zaburzeń rytmu serca lub bodźcotwórczości podczas operacji. Okoliczności te – w przypadku zgonu pacjenta w trakcie operacji lub na etapie opieki pooperacyjnej – mogą bowiem sygnalizować, że stan pacjenta wymagał natychmiastowego przerwania zabiegu, zmiany techniki wykonywania operacji lub wdrożenia szczególnego nadzoru nad pacjentem po zakończeniu operacji, czego nie uczyniono. Wiadomości te powinny być wykorzystane przez Prokuraturę do sformułowania stosownych pytań do biegłego przygotowującego opinię sądowno-lekarską. Należy wreszcie zwrócić uwagę na szczegóły dotyczące znieczulenia miejscowego, jeśli takie było zastosowane, zwłaszcza pod kątem rodzaju wykorzystanej metody (np. zewnątrzoponowe, podjęczynówkowe, mieszane, blokada splotów nerwowych lub nerwów obwodowych, doopłucne, powierzchniowe do bronchoskopii lub nasiękowe) oraz zastosowanego środka z określeniem ilości w miligramach. Pozyskanie informacji na powyższy temat powinno skupić się w szczególności na określeniu rodzaju środków farmakologicznych użytych przez zespół operacyjny (np. benzodwiazepiny, narkotyki lub subanestetyczne dawki dożylnych środków znieczulających) oraz wskazaniu, czy pacjentowi podawano w trakcie zabiegu tlen²⁵.

²⁵ D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 272–274.

Wystąpienie zbiegu błędu organizacyjnego i błędu w sztuce lekarskiej w praktyce postępowania anestezyjologicznego zdecydowanie częściej niż szpitali dotyczy niewielkich klinik, poradni i gabinetów lekarskich lub stomatologicznych. W zagadnienie niewystarczającego wyposażenia szpitali i gabinetów lekarskich wpisuje się również problem nieprawidłowej konserwacji i serwisowania urządzeń medycznych. Wymóg odpowiedniego utrzymywania wyrobów medycznych określa art. 90 ust. 1–2 u.w.m., zgodnie z którym wyrób powinien być właściwie dostarczony, prawidłowo zainstalowany i utrzymywany oraz używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. Zabronione jest bowiem uruchamianie i używanie wyrobu mającego wady mogące stwarzać ryzyko dla pacjentów, użytkowników lub innych osób. W ust. 6 wymienionego przepisu przewidziano dodatkowo, że świadczeniodawca jest obowiązany posiadać dokumentację wykonanych instalacji, napraw, konserwacji, działań serwisowych, aktualizacji oprogramowania, przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń i kontroli bezpieczeństwa wyrobu, który wykorzystuje do udzielania świadczeń zdrowotnych, zawierającą w szczególności daty wykonania tych czynności, nazwisko lub nazwę (firmę) podmiotu, który wykonał te czynności, ich opis, wyniki i uwagi dotyczące wyrobu. Wyłączenie danego urządzenia lub sprzętu medycznego z użytkowania powinno nastąpić w sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, dany wyrób medyczny musi być obciążony wadą, przy czym bez znaczenia jest źródło powzięcia informacji na ten temat. Może to być zatem wada stwierdzona podczas rutynowego przeglądu, jak również wada zauważona przez użytkownika sprzętu (urządzenia). Po drugie, wada ta musi stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa pacjenta, użytkownika lub innych osób. W tej sytuacji wystarcza nawet hipotetyczne (potencjalne) ryzyko, a skala niebezpieczeństwa jest dla oceny sytuacji bez znaczenia²⁶. *Mors in tabula* spowodowany błędem organizacyjnym nieprawidłowego serwisu urządzeń medycznych może przybrać postać śmierci pacjenta na sali wybudzeń w wyniku spóźnionej reakcji personelu w podjęciu czynności ratowniczych, które to opóźnienie wynikało z awarii kardiomonitора i wskazywania zafałszowanych parametrów życiowych zoperowanego pacjenta. Przykładem zaniedbań w leczeniu anestezyjologicznym może być sprawa rozpatrywana kolejno przez Sąd Rejonowy w T. (sygn. II K 667/13) i Sąd Okręgowy w T. (sygn. IX K 329/14)²⁷, w której oskarżony, zobowiązany do świadczenia usług anestezyjologicznych na rzecz jednego z gabinetów stomatologicznych, przeprowadził u pacjentki zabieg znieczulenia ogólnego

²⁶ D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 298–299; D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 198–200.

²⁷ Sprawa analizowana przez Autorów w ramach badań naukowych nad problematyką prawną błędów medycznych.

w celu przeprowadzenia następnie przez innego lekarza zabiegu ekstrakcji dwóch zębów, bez uprzedniego przeprowadzenia, co najmniej na 24 godziny przed planowanym zabiegiem, osobistego badania podmiotowego i przedmiotowego i oparł się w ramach badania lekarskiego przed planowanym znieczuleniem jedynie o treść wypełnionej przez pacjentkę ankiety anestezyjologicznej. Następnie oskarżony przeprowadził wymieniony zabieg w nieprawidłowych warunkach, niespełniających współczesnych kryteriów stawianych warunkom koniecznym dla bezpiecznego prowadzenia znieczuleń, m.in. bez wymaganego przepisami prawa wyposażenia sali w sprzęt medyczny, bez podłączenia pacjentce zapisu EKG, posługując się przy tym starym sprzętem anestezyjologicznym, tj. aparatem do znieczulenia ogólnego wyprodukowanym w 1978 r., poddawany jedynie doraźnym naprawom, nieposiadającym certyfikatu i aktualnych atestów sprawności technicznej, który nie był wyposażony w monitor stężenia gazów anestezyjologicznych, w tym stężenia tlenu w mieszaninie oddechowej. U pacjentki – w trakcie zabiegu – doszło do nagłego zatrzymania krążenia wskutek zespołu ostrego niedotlenienia organizmu. W związku z wymienionymi okolicznościami oskarżony został skazany za przestępstwo z art. 160 § 2 k.k., tj. narażenie pacjentki na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu²⁸.

Jednym z problemów występujących w praktyce postępowań karnych o przestępstwa z art. 160 k.k., dotyczących błędów medycznych z zakresu anestezyjologii, jest ocena wyboru rodzaju zastosowanego w danym przy-

²⁸ Innym przykładem postępowania, w którym kierownictwu szpitala zarzucono popełnienie błędu organizacyjnego jest sprawa rozpatrywana przed Sądem Rejonowym w Ł. (sygn. IV K 1032/14). W sprawie tej ordynatorowi oddziału chirurgii plastycznej, rekonstrukcyjnej i estetycznej postawiono zarzut popełnienia przestępstwa z art. 160 § 2 w zw. z § 1 k.k., polegający na tym, że będąc odpowiedzialnym za stworzenie na oddziale warunków zapewniających możliwości przestrzegania powszechnie uznanych i obowiązujących reguł opieki medycznej nad pacjentami po operacjach naraziła na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia pacjenta X poprzez niedopełnienie ciężącego obowiązku opieki nad tym pacjentem, godząc się, mimo braku sali pooperacyjnej – wybudzeniowej na przeprowadzenie operacji X, przez co pacjent ten po wybudzeniu ze znieczulenia ogólnego nie był poddany prawidłowej opiece pooperacyjnej, wskutek czego powikłania pooperacyjne nie zostały zdiagnozowane na tyle wcześnie, aby zwiększyć szanse na zapobiegnięcie ich skutkom i doprowadziły do zgonu X. Po wszczęciu postępowania przygotowawczego, powołani w sprawie biegli wskazali, iż nieprawidłowością było, bezpośrednio po zabiegu i wybudzeniu pacjenta, przewiezienie go na salę ogólną. Było to działanie sprzeczne z zasadami postępowania anestezyjologicznego, albowiem pacjent powinien być przetransportowany do odpowiednio wyposażonej sali wybudzeń, a jego stan powinien być monitorowany do czasu ustąpienia znieczulenia. Zdaniem biegłych właściwy monitoring pacjenta przez pielęgniarkę anestezyjologiczną umożliwiłby natychmiastowe wykrycie powikłań i dawałoby szanse na zapobieżenie skutkom krwotoku. Ponadto przed operacją przegrody nosa niezbędnym jest przeprowadzenie dodatkowych badań w postaci: ustalenia grupy krwi, morfologii krwi, oceny układu krzepnięcia i poziomu elektrolitów surowicy krwi. Zwłaszcza zaniechanie oznaczenia grupy krwi jest zaniedbaniem, gdyż jest to standard wynikający z zasad dobrej praktyki. Więcej na temat tego przypadku zob. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 198–202.

padku klinicznym znieczulenia. Podkreślenia wymaga, że problem wyboru rodzaju znieczulenia nie musi dotyczyć wyłącznie metody znieczulenia, ale może obejmować np. rodzaj zastosowanego środka. Jednocześnie powinno ono uwzględniać cechy fizjologiczne i anatomiczne pacjenta. Oznacza to, że zastosowane znieczulenie, zarówno rodzaj jak i dawki leków, musi być adekwatne do rodzaju operacji oraz osoby pacjenta. Tak chociażby znieczulenie dziecka, jak i jego premedykacja, czyli wprowadzenie do znieczulenia i operacji, różni się od znieczulenia i premedykacji dorosłego z uwagi na znaczące różnice anatomiczne, fizjologiczne, biochemiczne i psychologiczne. Przykładowo znieczulenie podpajęczynówkowe budzi duże wątpliwości, gdyż znieczulenie to, choć łatwe do wykonania u dzieci z uwagi na budowę kanału kręgowego, w tej grupie pacjentów związane jest trudnym i czasochłonnym przedoperacyjnym przygotowaniem i ułożeniem dziecka do znieczulenia, a co za tym idzie z trudnościami w dokładnym określeniu wysokości uzyskanej analgezji rdzeniowej czyli określenia, do jakiego poziomu został znieczulony rdzeń kręgowy dziecka. Wątpliwości może też budzić zastosowanie u pacjenta procedury medycznej dużo bardziej inwazyjnej, wymagającej znieczulenia o szerokim spektrum działania, niż alternatywna, mniej ryzykowna metoda leczenia, wiążąca się z zastosowaniem innego rodzaju zapobiegania bólowi. W tym kontekście istotne znaczenie dla oceny prawidłowości postępowania lekarza może mieć ocena danej procedury medycznej według kryterium intensywności dolegliwości bólowych, uwzględniająca m.in. rozległość i długotrwałość operacji, stopień jej inwazyjności, poziom trudności technicznej w wykonaniu zabiegu oraz przybliżony wskaźnik śmiertelności okołoperacyjnej. Należy mieć na względzie, że niekiedy dokonany przez lekarza i zaakceptowany przez pacjenta wybór ryzykownej metody znieczulenia może mieścić się w granicach ryzyka terapeutycznego, nawet przy założeniu możliwości przeprowadzenia takiego zabiegu w sposób charakteryzujący się mniejszym zakresem potencjalnych powikłań (np. przy zastosowaniu podaży leków przeciwbólowych metodami tradycyjnymi). Przykładowo zarówno znieczulenie zewnątrzoponowe (przewodowe), jak i znieczulenie ogólne mają swoje zalety i niedoskonałości, przy czym współczesna medycyna dopuszcza możliwość korzystania zarówno z jednego jak i z drugiego sposobu zapobiegania bólowi. Pod względem skuteczności są one uważane za równoważne. W wyjątkowych sytuacjach mogą być one również łączone. W tych sytuacjach jednak warunki, jakie powinny być spełnione i niebezpieczeństwa, które mogą wynikać z kojarzenia znieczuleń przewodowych z ogólnymi należy bardzo dokładnie rozważyć, zanim podejmie się decyzję o kojarzeniu tych znieczuleń u konkretnego pacjenta. Innymi słowy każde znieczulenie musi być dostosowane do konkretnego pacjenta. Takim niebezpieczeństwem – przy korzystaniu ze stosowania znieczulenia przewodowego przy zabiegu usunięcia guza głowy trzustki i guza nadnercza

– może być nadciśnienie tętnicze i stosowanie przez pacjenta środków przeciwrzepliwych w okresie bezpośrednio poprzedzającym hospitalizację. W tym przypadku występuje ryzyko zaistnienia powikłań krwotocznych. Działania przeciwbólowe niewątpliwie potrzebne temu pacjentowi można próbować osiągnąć np. na drodze stosowania leków nie drogą przewodowego znieczulenia, tj. za pomocą cewnika na drodze podaży pozajelitowej – dożylniej czy domięśniowej. W przypadku pacjenta z zaburzeniami krzepliwości krwi należy więc rozważyć w pierwszej kolejności zastosowanie sposobu znieczulenia, który nie brałby pod uwagę założenia cewnika zewnątrzoponowego, przy równoczesnym stosowaniu u chorego środków przeciwrwotocznych. Jeżeli jednak lekarz – anesteziolog decyduje się na prowadzenie zabiegu w znieczuleniu zewnątrzoponowym ciągłym połączonym ze znieczuleniem ogólnym, przy ocenie ewentualnych negatywnych skutków zabiegu należy brać pod uwagę przede wszystkim wpływ tego lekarza (jako jednego z członków wieloosobowego zespołu zabiegowego) na dalsze stosowanie przez operatora np. środków przeciwrzepliwych. Może się zdarzyć, że to nie samo wkłucie stanie się bezpośrednią przyczyną ciężkiego powikłania w postaci krwiaka, ale przyczyni się do tego stosowanie środków przeciwrzepliwych u tego chorego, na co lekarz anesteziolog może nie mieć wpływu. W praktyce postępowań sądowych w sprawach dotyczących błędów medycznych duże wątpliwości budzi kwestia oceny konsekwencji wkłucia przy wykonywaniu znieczulenia, w szczególności gdy chodzi o precyzyjne określenie chwili, kiedy nastąpiło krwawienie (przykładowo, jeżeli pacjent ma założony cewnik, wówczas nie sposób określić, czy mogła to być chwila wkłucia, czy też np. późniejsze przesunięcie się cewnika, na które lekarz anesteziolog może nie mieć wpływu). Z taką sytuacją musiał zmierzyć się Sąd Rejonowy w W. w sprawie o sygn. II K 759/14. W wyroku zapadłym na kanwie tego postępowania, uniewinniającym oskarżonego lekarza – anesteziologa, w oparciu o sporządzone na potrzeby procesu opinie sądowo-lekarskie wskazywano m.in., że nawet nadciśnienie tętnicze pacjenta i skłonności do powstania siniaków nie są bezwzględnym przeciwwskazaniem do wykonywania znieczulenia ciągłego połączonego ze znieczuleniem ogólnym²⁹. W ekspertyzach zauważano, że znieczulenie zewnątrzoponowe i analgezja zewnątrzoponowa są szeroko i z dobrym skutkiem stosowane w celu znieczulania bólu w okresie okołoperacyjnym. Szczególnie często wykorzystuje się ciągłą analgezię zewnątrzoponową do uśmierzania bólu w okresie pooperacyjnym po rozległych zabiegach operacyjnych, między innymi w obrębie narządów jamy brzusznej. Jakość zewnątrzoponowej analgezji pooperacyjnej istotnie poprawia się wówczas, gdy stosuje się tę

²⁹ Sprawa analizowana przez Autorów w ramach badań naukowych nad problematyką prawną błędów medycznych.

technikę przed zadziałaniem bodźca chirurgicznego, szczególnie u chorych znieczulanych ogólnie. Podkreślanymi korzyściami przytoczonej techniki zwalczania bólu w stosunku do systemowego leczenia przeciwbólowego są natomiast poprawa przepływu narządowego i motoryki jelit, często lepsza jakość analgezji, poprawa funkcji układu oddechowego i krążeniowego, wcześniejsza ekstubacja i mobilizacja. Natomiast przeciwwskazaniem są przede wszystkim brak zgody pacjenta na znieczulenie zewnątrzoponowe i ciężkie zaburzenia krzepnięcia. Nie ulega też wątpliwości, że pacjent, po zaaplikowaniu znieczulenia, powinien być poddany uważnej kontroli pod względem jego zachowania się i reakcji bólowych.

V. Podsumowanie

Współczesne działanie anestezyjologiczne odgrywa niebagatelną rolę w kompleksowym leczeniu pacjentów poddawanych zabiegom chirurgicznym, skupiając się przede wszystkim na złagodzeniu lub wyłączeniu bólu, a przy tym umożliwieniu wykonania samego zabiegu operacyjnego, a następnie uzyskaniu stanu wydolności układu nerwowego, krążenia i oddychania. Niestety również w tej dziedzinie zdarzają się drastyczne błędy i pomyłki, które mogą skutkować odpowiedzialnością karną lekarzy. Lekarz – gwarant będzie odpowiadał za przestępstwo z art. 160 § 2 lub § 3 k.k., zarówno w przypadku „prostego” zaniechania, jak i w przypadku zaniechania będącego wynikiem popełnionego wcześniej błędu diagnostycznego. Stosowane przez lekarza anestezjologa znieczulenie – jego rodzaj, dawki leków, czas utrzymywania się działania w organizmie pacjenta musi być każdorazowo adekwatne do rodzaju operacji oraz osoby chorego, tj. uwzględniać cechy fizjologiczne i anatomiczne pacjenta. Jednocześnie lekarz anestezjolog, w sytuacji dokonywania wyboru rodzaju znieczulenia powinien przewidzieć w możliwie najszerszym zakresie spektrum ewentualnych powikłań, jakie niesie ze sobą ta procedura. Przy ocenie zachowania anestezjologa z punktu widzenia wyczerpywania znamion przestępstwa z art. 160 k.k. istotne znaczenie ma przeanalizowanie – z udziałem biegłych sądowych – specyfiki danej procedury medycznej przy jednoczesnym uwzględnieniu intensywności dolegliwości bólowych towarzyszących zabiegowi, jego rozległości i długootrwałości, stopnia inwazyjności, poziomu trudności technicznej oraz przybliżonego wskaźnika śmiertelności okołoperacyjnej, a także odniesienie tych ustaleń do konkretnego przypadku klinicznego. Jednocześnie należy rzetelnie przeanalizować m.in. takie okoliczności, jak szczegóły konsultacji anestezyjologicznej pacjenta, czas jej przeprowadzenia i ustalenia poczynione w trakcie wywiadu i badania, określenie stanu przedoperacyjnego pacjenta np. według klasyfikacji ASA. Zważywszy na cechującą współczesną opiekę medyczną interdyscyplinarność i niejednokrotnie wręcz wymuszony cha-

rakterem zabiegu udział w nim osób posiadających różne zawody i specjalizacje, zasadnym jest, że odpowiedzialność lekarza anestezjologa nie jest nieograniczona i nie może on ponosić odpowiedzialności za każdy błąd medyczny. Jako lekarz uczestniczący w procesie leczenia pacjenta jest on gwarantem bezpieczeństwa chorego, niemniej jednak z uwagi na zakres udzielanych świadczeń zdrowotnych, stopień tej odpowiedzialności będzie się systematycznie zmniejszał wraz z postępowaniem zabiegu i przejmowaniem procesu leczenia przez inne osoby z personelu medycznego (operatora zabiegu, pielęgniarki anestezyjologicznej, lekarzy prowadzących pacjenta na oddziałach właściwych z uwagi na etiologię i rodzaj schorzenia). W tej sytuacji ustalając, czy w danym przypadku doszło do popełnienia przestępstwa z art. 160 k.k. przez lekarza anestezjologa należy każdorazowo precyzyjnie określić zakres jego obowiązków i rzetelność ich wykonania przy danym zabiegu operacyjnym, rodzaj faktycznie podejmowanych czynności leczniczych, wreszcie ich rzeczywisty wpływ na pogorszenie się stanu zdrowia pacjenta skutkujące wystąpieniem niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia.

Liability for exposing a patient to life-, or health-threatening risks versus anaesthesia procedures

Abstract

Anaesthesiology is one of the most essential branches of medicine. At the same time, its specificity and the nature of health services involved make anaesthesiology critical from the perspective of the hospital care and the safety of surgery procedures with various levels of invasiveness. As far as criminal cases involving offences under Article 160 of the Penal Code, associated with medical errors in anaesthesia, are concerned, anaesthetists' behaviours should be evaluated each time for the chronology of events and anaesthetists' knowledge, both general and specific, resulting from their experience with anaesthesia and pain prevention. Pursuant to the rules constituted by norms, it is the obligation of a physician to practice their profession in line with current medical knowledge, methods and measures available to them to prevent, diagnose and treat illnesses in accordance with the principles of professional ethics and due diligence. To make readers more familiar with problems that might arise with the practical application of Article 160 of

the Penal Code to medical errors in anaesthesia, this paper discusses the following issues: specificity of anaesthesia malpractice in the light of a diagnostic error, occurrence of an organizational error and a medical error, and evaluation of a selection of an anaesthetic technique or an anaesthetic type, and limits of liability for potential complications.

Grzegorz Jędrzejewski

Odpowiedzialność karna świadka za niektóre przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest kwestia odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa przesłuchiwanego w postępowaniu karnym w charakterze świadka za przestępstwa związane ze składaniem zeznań, przede wszystkim za przestępstwo fałszywego oskarżenia w stanie prawnym obowiązującym do 15 kwietnia 2016 r. Analizując dotychczasowy dorobek orzeczniczy i poglądy doktryny dotyczące przede wszystkim odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa za składanie fałszywych zeznań i za fałszywe oskarżenie autor krytycznie ocenia linię orzeczniczą statuującą wyłączenie odpowiedzialności karnej świadka za przestępstwo fałszywego oskarżenia w sytuacji dokonania takiego oskarżenia w celu uniknięcia lub zmniejszenia odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwo. W oparciu o przepisy polskiego prawa karnego materialnego i procesowego, unormowania konstytucyjne, akty prawa międzynarodowego oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Konstytucyjnego prezentuje pogląd o niemożności rozszerzania prawa do obrony, w szczególności w zakresie braku odpowiedzialności karnej za fałszywe oskarżenie, także na świadka, nawet składającego zeznanie w sytuacji grożącej mu odpowiedzialności karnej, jeśli do złożenia zeznań dochodzi w sytuacji gdy organy procesowe nie dysponują informacjami uzasadniającymi przypuszczenie, iż świadek popełnił przestępstwo stanowiące przedmiot postępowania karnego a działania organów procesowych nie zmiierzają do pociągnięcia takiej osoby do odpowiedzialności karnej.

I. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych

W okresie obowiązywania kodeksów karnych z 1932 r. i 1969 r. wykładania i stosowanie przepisów dotyczących odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw za przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości związane ze składaniem fałszywych zeznań, w tym za fałszywe oskarżenie, nie budziła poważniejszych wątpliwości i stosunkowo rzadko była przedmiotem

orzeczeń Sądu Najwyższego¹ jak też wypowiedzi doktryny. Pomimo wskazywania przez co najmniej kilku autorów² na wątpliwości dotyczące naruszania zasady „*nemo se ipsum accusare tenetur*” poprzez ograniczenie możliwości obrony wynikające z przyznania uprawnienia jedynie do odmowy odpowiedzi na pytanie mogące narazić przesłuchiwanego świadka na odpowiedzialność karną, co dostarczało organowi wymiaru sprawiedliwości już nie podejrzenia lecz konkretnej informacji o tym, że zostało popełnione jakieś przestępstwo³, nie znajdowano podstaw do ograniczenia karalności fałszywych zeznań i jeszcze w wyroku z dnia 7 czerwca 1989 r.⁴ SN wyłączył odpowiedzialność karną świadka składającego fałszywe zeznania jedynie z powodu braku pouczenia o możliwości odmowy odpowiedzi na pytanie mogące narazić go na odpowiedzialność karną stwierdzając, że „skazanie oskarżonych z art. 247 § 1 k.k. z jednoczesnym przypisaniem przestępstwa z art. 164 § 1 k.k. nastąpiło z obrazą art. 247 § 3 k.k.”, uznając zarazem, że złożenie przez świadków nieprawdziwych zeznań z obawy przed poniesieniem odpowiedzialności karnej w sytuacji pouczenia o możliwości odmowy odpowiedzi na pytanie nie wyłącza karalności fałszywych zeznań. Przełom stanowiła uchwała z dnia 20 czerwca 1991 r.⁵ stwierdzająca, że „nie jest dopuszczalne skazanie sprawcy fałszywych zeznań za przestępstwo z art. 247 § 1 k.k. jeżeli w postępowaniu karnym, w którym występował jako oskarżony, złożył je uprzednio w charakterze świadka na okoliczności związane z zarzucanym mu czynem”. W kolejnych istotnych czy wręcz fundamentalnych w tej kwestii orzeczeniach, to jest w uchwale z dnia 26 kwietnia 2007 r.⁶, sformułowano tezę, że „nie ponosi odpowiedzialności karnej na podstawie art. 233 § 1 k.k. osoba, która przesłuchana została w charakterze świadka wbrew wynikającemu z art. 313 § 1 k.p.k. nakazowi przesłuchania jej w charakterze podejrzanego”, zaś w uchwale z dnia 20 września 2007 r.⁷ wyrażono pogląd, że „nie popełnia przestępstwa fałszywych zeznań kto umyślnie składa nieprawdziwe zeznania dotyczące okoliczności mających znaczenie dla realizacji jego prawa do obrony”. Pobieżna nawet analiza zacytowanych powyżej tez pozwala na stwierdzenie, iż w stanowisku Sądu Najwyższego w przedmiotowej kwestii nastąpiła ewolucja polegająca na rozszerzaniu za-

¹ Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 1967 r., sygn. IV KR 269/66, OSPiKA 1968, nr 4, poz. 66.

² M. Cieślak, Przesłuchanie osoby podejrzanego o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze podejrzanego, Państwo i Prawo 1964, nr 5–6, s. 864 i n.; glosa K. Łojewskiego do wyroku SN z dnia 5 kwietnia 1967 r., OSPiKA 1968, nr 4, s. 146–150; Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego, Warszawa 1982, w szczególności rozdział piąty „Przesłuchanie w charakterze świadka sprawcy przestępstwa”, s. 52–65.

³ K. Łojewski, *op. cit.*, s. 146.

⁴ V KRN 119/89, OSNPG 1990, nr 6, poz. 53.

⁵ I KZP 12/91, OSNKW 1991, nr 10–12, poz. 46.

⁶ I KZP 4/07, OSNKW 2007, nr 6, poz. 45.

⁷ I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71.

kresu bezkarności osoby składającej w określonej sytuacji fałszywe zeznania. W pierwszej pod względem chronologicznym uchwale podmiotem korzystającym z bezkarności był oskarżony, w kolejnej osoba, którą można określić jako „faktycznie podejrzany”, której jednak nie przedstawiono zarzutu, mimo, że były ku temu podstawy, wreszcie w ostatniej uchwale przyjęto, że przywilej bezkarności przysługuje świadkowi, który składa fałszywe zeznanie dotyczące okoliczności mających znaczenie dla realizacji jego prawa do obrony w sytuacji, gdy organ procesowy nie dysponuje wiedzą umożliwiającą uznanie go za podejrzanego. Tezy sformułowane w powołanych judykatach wywołały ożywioną dyskusję w piśmiennictwie, powstanie licznych glos i artykułów, zarówno krytycznych jak i aprobujących⁸, wyznaczając jednolitą linię orzeczniczą.

Zauważyć jednak należy, że w zasadzie poza sferą zainteresowania powołanych wyżej autorów jak i składów orzekających Sądu Najwyższego pozostała kwestia odpowiedzialności karnej świadków składających fałszywe zeznania z obawy przed grożącą im odpowiedzialnością karną, które to zeznania stanowią zarazem fałszywe oskarżenie innej osoby, tworzenie fałszywych dowodów w celu skierowania postępowania przeciwko innej osobie, zatajanie dowodów niewinności. Przedmiotem licznych wypowiedzi orzecznictwa była dotychczas przede wszystkim odpowiedzialność karna oskarżonego za bezprawne działania podejmowane w celu uniknięcia lub złagodzenia odpowiedzialności karnej, w szczególności za fałszywe oskar-

⁸ A. Parzych-Błachnio, Przegląd glos krytycznych do orzeczeń Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego opublikowanych w okresie od kwietnia 2004 do marca 2005, *Palestra* 2005, nr 7–8, s. 267 i nast.; Ł. Pohl, Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretyczno-prawny, *Prokuratura i Prawo*, nr 6, s. 38 i n.; P. Wiliński, Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym artykuł polemiczny, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 2, s. 70 i n.; J. Czabański, M. Warchoł, Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 12, s. 35 i n.; M. Warchoł, Glosa do uchwały SN z 26 kwietnia 2007 r., *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2007, nr 3, s. 109 i n.; R. Kmiecik, Glosa do uchwały z dnia 20 września 2007 r., *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 12, s. 181 i nast., M. Rusinek, O prawie do kłamstwa artykuł polemiczny, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 4, s. 83 i nast.; M. Pawełek, Urojone prawo do obrony a odpowiedzialność za fałszywe zeznania, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 4, s. 152 i nast.; M. Bielski, Wyłączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy czynu zabronionego prawem do obrony, artykuł ze strony e-Czasopisma prawa Karnego i Nauk Penalnych <http://www.czpk.pl>; P. Kardas, Podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania a procesowa konstrukcja zakazów dowodowych. Próba analizy dogmatycznej na tle aktualnego stanu orzecznictwa, (w:) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 225–249; D. Gruszecka, Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, wersja el. dostęp <http://www.czpk.pl>; A. Jaskała, Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* a odpowiedzialność za składanie fałszywych zeznań, *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury* 2012, nr 2, s. 5–18.

żenie, koniecznym jest więc przedstawienie najbardziej istotnych judykatów dotyczących prawa do obrony oskarżonego w zakresie fałszywego oskarżenia innej osoby, mając na względzie utrwalony już w orzecznictwie pogląd, iż prawo do obrony przysługuje także świadkowi w przypadku składania zeznań w warunkach grożącej mu odpowiedzialności karnej. Problemów interpretacyjnych nie budziła odpowiedzialność karna tak oskarżonych jak i świadków za przestępstwo fałszywego oskarżenia w okresie obowiązywania art. 143 k.k. z 1932 r. i 248 k.k. z 1969 r., ale w XXI wieku nastąpiło rozszerzenie granic prawa do obrony oskarżonego. Na przestrzeni wielu lat Sąd Najwyższy uznawał złożenie przez oskarżonego przed organami ścigania świadomie fałszywego oskarżenia innej osoby o popełnienie przestępstwa jemu zarzucanego albo o współudział w tym przestępstwie za przekroczenie granic do obrony i wyczerpanie znamion występku fałszywego oskarżenia⁹ (choć wskazać należy, że zapadały również orzeczenia w których wyłączano karalność znieślawiającego zarzutu jeśli był podnoszony w celu obrony)¹⁰. Pomówienie natomiast stanowiły nieprawdziwe zarzuty stosowania wobec oskarżonego przez funkcjonariusza niedozwolonych metod przesłuchania¹¹, uważano bowiem, że oskarżony może realizować swoje prawo do obrony przez odmowę wyjaśnień, zaprzeczanie popełnieniu zarzucanego mu czynu lub złożenie wyjaśnień nieodpowiadających prawdzie i takie zachowania nie mogą powodować negatywnych dla niego skutków choćby w zakresie wymiaru kary czy stosowania środków zapobiegawczych; odmiennej oceny wymaga natomiast obrona polegająca na wskazywaniu sprawstwa innej osoby, posługiwaniu się fałszywymi dowodami¹², a „niedopuszczalne byłoby uznanie, że prawo do obrony obejmuje także obronę kosztem innej, niewinnej osoby”¹³. Wyrażano również pogląd, że oskarżony może w dowolny sposób bronić się w procesie, ale bez krzywdzenia innych osób, a więc fałszywe pomówienia powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu kary i wpływać na jej wysokość¹⁴. Jak już wspomniałem powyżej zasadnicze zmiany w orzecznictwie nastąpiły w ostatnich kilkunastu latach. W wyroku z dnia 9 lutego 2004 r.¹⁵ Sąd Najwyższy stwierdził, że prawo do obrony o którym stanowi art. 6 k.p.k. zapewniające oskarżonemu (podejrzanemu) swobodę wypowiedzi co do zarzucanego mu czynu zabronionego, chroniące zarazem przed poniesieniem odpowiedzialności karnej z powodu ich treści, nie legalizuje innych zachowań oskarżonego o znamionach czynu zabronionego, choćby

⁹ Uchwała SN z dnia 18 lutego 1961 r., sygn. VI Ko 29/59, OSN 1961, nr 2, poz. 20; wyrok SN z dnia 30 lipca 1971 r., sygn. Rw 747/71, LEX nr 64211.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 15 września 1970 r., sygn. V KRN 311/70, NP. 1971, nr 3, poz. 404.

¹¹ Uchwała SN z dnia 29 czerwca 1972 r., sygn. VI KZP 67/71, OSNKW 1972, nr 10, poz. 150.

¹² Wyrok SN z dnia 29 czerwca 1979 r., sygn. III KR 169/79, LEX nr 70946.

¹³ Postanowienie SN z dnia 25 kwietnia 1995 r., sygn. II KO 6/95, LEX nr 24505.

¹⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 5 czerwca 1996 r., sygn. II AKa 69/96, Prok. i Pr. 1997, nr 3.

¹⁵ V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42.

zmierzały one do uniknięcia lub złagodzenia odpowiedzialności za czyn zarzucony. Sąd uznał prawo oskarżonego czy też szerzej osoby, wobec której prowadzone jest postępowanie, nawet jeśli występuje na pewnym etapie postępowania w charakterze świadka, do składania oświadczeń dowolnej treści, nawet pomawiających inne osoby, podkreślając jednak, że gwarancja niekaralności nie obejmuje zachowania innego niż składanie oświadczeń. W uchwale z 11 stycznia 2006 r.¹⁶ Sąd Najwyższy uznał, że „oskarżony nie ponosi odpowiedzialności karnej także za fałszywe oskarżenie, jeżeli w ramach wyjaśnień wysuwa fałszywe pomówienie wobec innej osoby o popełnienie lub współudział w popełnieniu zarzucanego mu czynu, gdy czyni to w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej za ten czyn albo złagodzenia odpowiedzialności własnej bądź w celu podważenia wiarygodności dowodu obciążającego go lub dla prawnego wyeliminowania dowodu z materiału dowodowego. (...) oskarżony działa bowiem w granicach przyznanego mu prawa do obrony, którego środkiem są wyjaśnienia, objęte niekaralnością w razie ich fałszywości, a niekaralność tę eliminuje jedynie działanie inne niż w celu obrony. W tym zakresie ustawodawca toleruje zachowania niegodziwe ze strony oskarżonego, a więc dopuszcza pewien zakres działań „nefas” w realizowaniu prawa do obrony. Brak owego przyzwolenia wymagałby odpowiedniej ingerencji poprzez wprowadzenie w ustawie stosownych ograniczeń prawnych w tej materii. (...) Fakt, że przestępstwo fałszywego oskarżenia innej osoby jest przestępstwem powszechnym i dopuścić się go może każdy, nie ma tu istotnego znaczenia, ponieważ zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie trafnie przyjmuje się, iż przestępność zachowania eliminują nie tylko ujęte w k.k. kontraty, ale także inne okoliczności o podobnym charakterze, wynikające z przepisów innych ustaw, w tym także działanie w granicach uprawnień nadanych danemu podmiotowi, a takim jest też prawo do obrony”. Odpowiedzialność karną oskarżony ponosi wtedy, gdy składając wyjaśnienia w związku z toczącym się przeciwko niemu postępowaniem karnym, fałszywie pomawia inną osobę o współudział w tym przestępstwie w celu ukrycia tożsamości rzeczywistych współuczestników tego przestępstwa, a nie w celu własnej obrony, jako że wtedy przekracza granice prawa do obrony.

Zdecydowanie jednoznaczne stanowisko co do wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego przesłuchiwanego w charakterze świadka zajął Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r.¹⁷ stwierdzając, że wyłączenie bezprawności dotyczy każdych zeznań złożonych w toku przesłuchania w charakterze świadka dotyczących jego zachowania stanowiącego przestępstwo, a prawo do obrony, przysługujące

¹⁶ I KZP 49/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 12.

¹⁷ II AKa 351/12, LEX 1322095.

sprawcy czynu niezależnie od faktu wszczęcia postępowania i jego stadium, wyłącza nie tylko bezprawność fałszywego zeznania, ale również fałszywego oskarżenia innej osoby. W przedmiotowej sprawie sąd *ad quem* uniewinnił oskarżonego, który działając w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej, jeszcze przed wszczęciem postępowania przygotowawczego, a nawet przed złożeniem zawiadomienia o przestępstwie przez pokrzywdzonego, który wskazałby tegoż oskarżonego jako sprawcę ciężkiego uszkodzenia ciała (co zresztą nastąpiło), złożył zawiadomienie o przestępstwie, wskazując jako sprawcę inkryminowanego czynu inną osobę będącą świadkiem zajścia między nim a pokrzywdzonym. W uzasadnieniu sąd dość szeroko powołał się na prawa oskarżonego określone w art. 175 § 1 k.p.k., czyli prawo do odmowy składania wyjaśnień, odmowy odpowiedzi na pytania i w art. 74 § 1 k.p.k., sprowadzające się do reguły *nemo se ipsum accusare tenetur*. Sąd stanął na stanowisku, że obrona oskarżonego powinna być rozumiana szeroko, obejmując wszelkie jego wypowiedzi skierowane na uniknięcie odpowiedzialności karnej lub jej zmniejszenie. Nie powinno się oczekiwać od oskarżonego, że zrezygnuje on z oskarżenia innych osób o popełnienie zarzucanego mu czynu, w szczególności gdy jest to jego jedyna linia obrony. Powołując się na uchwałę I KZP 49/05 sąd stwierdził, że nie tylko oskarżony lecz każdy sprawca przestępstwa, potencjalny oskarżony, który wysuwa fałszywe pomówienie wobec innej osoby o popełnienie tego przestępstwa w celu uniknięcia odpowiedzialności za ten czyn albo złagodzenia odpowiedzialności własnej bądź w celu podważenia wiarygodności dowodu obciążającego go lub który może go obciążyć, nie ponosi odpowiedzialności karnej za fałszywe oskarżenie.

Wyłączenie odpowiedzialności karnej za fałszywe oskarżenie stanowiło również przedmiot wypowiedzi sądów odwoławczych¹⁸. Na uwagę zasługuje kilka orzeczeń, np. wyrok o sygn. IV Ka 876/14 Sądu Okręgowego w Krakowie wydany w sprawie, w której sprawca wykroczenia złożył zawiadomienie o niepopelnionym przestępstwie, a następnie fałszywe zeznania (czyli podjął działania na etapie poprzedzającym podjęcie pierwszych czynności przeciwko niemu) co do kradzieży roweru działając w celu uniknięcia odpowiedzialności za wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w ruchu drogowym popełnione w trakcie użytkowania tegoż pojazdu. Sąd I instancji przyjął, że sprawca działał w nieusprawiedliwionym błędnym przekonaniu że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność w postaci realizacji prawa do obrony odwołując się przy tym do art. 183 k.p.k. przyznającego świadkowi prawo do odmowy odpowiedzi na pytania z obawy przed odpowiedzialnością za popełnienie przestępstwa lub przestępstwa karnoskarbowego. Sąd *ad quem*

¹⁸ Orzeczenia dostępne na Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych <http://orzeczenia.ms.gov.pl>.

uznał natomiast, że działanie w ramach kontratypu prawa do obrony wyłączającego odpowiedzialność karną za składanie fałszywych zeznań nie jest uzależnione od formalnoprocesowego statusu sprawcy, ale wynika z obiektywnie istniejących okoliczności, tj. samego faktu popełnienia przestępstwa, czy też wykroczenia stanowiącego źródło uprawnień służących realizacji prawa do obrony. Kolejne przykłady to: wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy IV Ka 867/14, w którym, w podobnej do opisanej wyżej sytuacji dotyczącej zawiadomienia o niepopelnionym przestępstwie i złożenia fałszywych zeznań w obawie przed odpowiedzialnością za wykroczenie przez sprawcę kolizji drogowej Sąd Okręgowy w Świdnicy nie miał wątpliwości co do wyczerpania przez oskarżonego znamion popełnienia przestępstw określonych w art. 233 i 238 k.k., wyrok II Ka 598/13 Sądu Okręgowego w Zamościu, w którym sąd wyłączył odpowiedzialność z art. 233 k.k. jednak nie dokonał rozstrzygnięcia co do możliwości przypisania przestępstw z art. 235 i 236, jako że nie stanowiło to przedmiotu zarzutów apelacyjnych, wyrok IV Ka 442/13 Sądu Okręgowego w Legnicy wydany w sprawie, w której oskarżony o przestępstwa z art. 233 i 238 k.k. był przesłuchany jako świadek w postępowaniu karnym, które sam zainicjował fałszywym zawiadomieniem o przestępstwie. Sąd orzekający uznał, że warunki bezkarności byłyby spełnione, gdyby tenże oskarżony występował jako świadek w postępowaniu karnym zainicjowanym przez inną osobę i składając zeznania podał nieprawdę mając świadomość, że w przeciwnym razie narazi swoją osobę na odpowiedzialność karną. Tymczasem oskarżony sam był kreatorem postępowania karnego (złożył fałszywe zawiadomienie o przestępstwie) i w konsekwencji w ramach tego postępowania zeznał nieprawdę, co wynikało z chęci ukrycia zachowania, które narażało na szwank jego reputację jako dyrektora szkoły. Sąd stwierdził, że wykreowanie postępowania karnego poprzez zawiadomienie organów ścigania o niedokonanym przestępstwie i złożenie w ramach tego postępowania fałszywych zeznań wyklucza uwolnienie sprawcy takiego zachowania od odpowiedzialności za czyn z art. 233 k.k. Koniecznym jest również wskazanie, że do złożenia fałszywych zeznań doszło w sytuacji złożenia do organów ścigania zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa określonego w art. 202 § 1 k.k., a więc spełnione zostały warunki realizowania prawa do obrony w szerokim znaczeniu tego pojęcia.

II. Poglądy doktryny

W doktrynie wyrażono pogląd o niekaralności wypowiedzi osoby wobec której podjęto czynności ukierunkowane na jej ściganie (co jest o tyle istotne, że chodzi o osobę przesłuchiwaną z inicjatywy organu procesowego, a nie zgłaszającą się do tego organu z własnej inicjatywy, czyli składającą fałszywe zawiadomienie i fałszywe oskarżenie). Podniesiono zwłaszcza argument,

że jeśli oskarżony nie odpowiada za fałszywe oświadczenie dowodowe, gdyż nie jest podmiotem przestępstwa określonego w art. 233 k.k., to z tych samych racji nie ponosi on odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony wynikający wyłącznie z treści tych oświadczeń. Procesowa gwarancja swobody wypowiedzi w przedmiocie inkryminowanego czynu, a zarazem możliwość ukarania w rezultacie wykorzystania tej gwarancji tworzyłyby konstrukcję wewnątrznie sprzeczną w ramach jednolitego w założeniu porządku prawnego¹⁹. Wskazać jednak należy, że w treści uzasadnienia powoływanego orzeczenia z dnia 11 stycznia 2006 r.²⁰ znajdujemy jednak sformułowania dopuszczające ograniczenia prawa do obron. I tak J. Potulski zwraca uwagę²¹, iż zdaniem SN „obrona oskarżonego nie może być realizowana bez ograniczeń, *per fas et nefas*, lecz musi ona mieścić się w granicach określonych przepisami prawa, (...) za pomocą środków i sposobów prawem przewidzianych”. Podobne stanowisko zajął A. Sakowicz, który stwierdził, że prawo do obrony „obejmuje wszystkie dopuszczalne przez przepisy prawa czynności podejmowane w interesie oskarżonego (...), które zmierzają do odparcia oskarżenia lub odpowiedzialności cywilnoprawnej albo do odpowiedniego zmniejszenia jego odpowiedzialności²². Paweł Wiliński w głosie do omawianej uchwały²³ wyraża pogląd, że prawo do obrony nie jest prawem nieograniczonym, podobnie jak jeden z elementów tego prawa, czyli przywilej bezkarności za składanie fałszywych wyjaśnień, w którego ramach mieści się problem fałszywych pomówień. Granic prawa do obrony należy poszukiwać w obowiązujących przepisach. Granice praw oskarżonego stanowią prawa i wolności innych osób, co wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przyznanie oskarżonemu nieograniczonego prawa między innymi do bezkarnego, fałszywego pomawiania innych osób oznacza równocześnie pozbawienie określonych praw innych osób. SN nie odpowiada na pytania sformułowane przez glosatora, dlaczego uczestnik postępowania karnego czy osoba znajdująca się do czasu jej pomówienia przez oskarżonego poza postępowaniem karnym ma znosić pomówienie czy fałszywe oskarżenie jeśli ich autorem jest oskarżony? Czy może dochodzić roszczeń za naruszenie swoich dóbr tylko wtedy, gdy ich sprawcą jest osoba inna niż oskarżony?

¹⁹ M. Szewczyk, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. A. Zoll'a, t. II, Kraków 1999, s. 804–805; Z. Sobolewski, Samooskarżenie w świetle prawa karnego, Warszawa 1982, s. 68–69, 99–101; M. Szewczyk, Glosa do wyroku z dnia 9 lutego 2004 r., sygn. V KK 194/03, OSP 2004, nr 12, s. 682.

²⁰ OSNKW 2006, nr 2, poz. 12.

²¹ J. Potulski, Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2006 r., sygn. I KZP 49/05, System Informacji Prawnej LEX wersja el.

²² A. Sakowicz, (w:) K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2005, s. 22.

²³ P. Wiliński, Glosa do uchwały z dnia 11 stycznia 2006 r., sygn. I KZP 49/05, System Informacji Prawnej LEX wersja el.

Błędne jest twierdzenie jakoby oskarżony był zmuszony do pomówienia innej osoby w celu własnej obrony bądź też, że czyjaś obrona wymaga i uzasadnia fałszywe oskarżenie innej osoby. Oskarżony ma bowiem wiele możliwych zachowań zgodnych z prawem. Może odmówić składania wyjaśnień, może wyjaśniać zgodnie z prawdą, wreszcie może podawać fałszywe informacje, może kwestionować niekorzystne dla siebie fakty, nie ujawniać wiedzy o takowych faktach, podawać inny przebieg zdarzeń stanowiących przedmiot postępowania, wskazywać na nieprawdziwe okoliczności, podawać nieprawdziwe motywy postępowania.²⁴ Dlaczego więc przyjmować bezkarność fałszywego oskarżania, jeśli oskarżony ma tyle możliwości kształtowania fałszywych bytów? Istnieją przecież systemy prawne w których oskarżony nie ma bynajmniej żadnego przywileju bezkarności za fałszywe wyjaśnienia i nikt nie dopatruje się w tym naruszenia prawa do obrony. Stanowisku przyjętemu przez SN sprzeciwiają się też argumenty wykładni językowej przepisów rozdziału o przestępstwach przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Zakres podmiotowy art. 233 jest jednoznaczny i oczywisty i nie obejmuje oskarżonego, który nie może ponieść odpowiedzialności karnej za sam fakt nieprawdziwych wyjaśnień. Odmiennie należy oceniać zakres przepisu art. 234 k.k., który jest przepisem statuującym przestępstwo powszechne, niezawierającym żadnych ograniczeń pod względem podmiotowym. Zdaniem P. Wilińskiego nie ma racji SN stwierdzając, że ustawodawca w żadnym przepisie nie wyłącza niekaralności oskarżonego w określonych sytuacjach. Przepis art. 234 k.k. jest właśnie wyrazem braku owego przyzwolenia wyrażonym poprzez wprowadzenie w ustawie stosownych ograniczeń prawnych w tej materii. Przyjęcie, że wskazany zakres nie obejmuje oskarżonego musiałoby oznaczać uznanie istnienia w systemie prawnym przepisu który tę odpowiedzialność w odniesieniu do oskarżonego wyłącza. Przepis art. 6 k.p.k. jest zasadą generalną, ale nie zawiera żadnego wyłączenia odpowiedzialności karnej za fałszywe oskarżenie. Daje jedynie oskarżonemu prawo do bronięcia się przed stawianymi mu zarzutami, jednak w granicach swojego prawa wyznaczonych prawami innych osób. Wyłączenie karalności dotyczy jedynie samej czynności składania fałszywych oświadczeń procesowych, zaś kwestie odpowiedzialności za treść wypowiedzi regulują dalsze szczegółowe przepisy. Gdyby ustawodawca miał na celu wyłączenie odpowiedzialności określonej grupy podmiotów za fałszywe oskarżenie czy pomówienie, powinien to uczynić określając wąski zakres podmiotowy tak jak w art. 233 k.k. bądź wskazując wyłączenie oskarżonego z zakresu normowania. Jeśli tego nie uczynił to uznał, że nie ma ku temu powodów. Nawet jednak J. Potulski aprobujący stanowisko o wyłączeniu odpowiedzialności

²⁴ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. IV, s. 323; R. Kmieć, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2002, s. 109.

karnej oskarżonego za fałszywe oskarżenie innej osoby dokonane w ramach prawa do obrony stwierdza, że wyżej powołany pogląd jest odwołaniem do zasad ogólnosystemowych i nie znajduje odzwierciedlenia wprost w przepisach prawa, bowiem w art. 234 k.k. brakuje jednoznacznego wyłączenia odpowiedzialności za fałszywe wyjaśnienie (stanowiące tutaj fałszywe oskarżenie), jakie zostało wyinterpretowane z art. 233 k.k.²⁵ Ustawodawca wyraźnie bowiem wskazał przypadki niekaralności sprawców tylko niektórych przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości i z tego przywileju korzystać mogą sprawcy przestępstw polegających na zatajaniu dowodów niewinności osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, wykroczenia, przewinienia dyscyplinarnego (art. 236 k.k.), zaniechania zawiadomienia o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu określonych przestępstw (art. 240 k.k.), jeśli działają z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą im lub osobom dla nich najbliższym, przewidując również możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia w przypadku sprawców przestępstw fałszywego oskarżenia, tworzenia fałszywych dowodów, zatajania dowodów niewinności, jeśli sprawca dobrowolnie je sprostował zanim nastąpiło, chociażby nieprawomocne, rozstrzygnięcie sprawy (art. 237 k.k.). Także Ł. Pohl stwierdza, że w świetle przyjmowanego przez ustawodawcę systemu wartości, a ogólnie przezeń zakreślonego w art. 2 § 1 k.p.k., norma udzielająca oskarżonemu kompetencji do składania fałszywych wyjaśnień nie znajduje uzasadnienia. Stąd też odtworzenie takiej normy z treści przepisu art. 175 § 1 k.k. sformułowanej w jego zdaniu pierwszym należy uznać za niedopuszczalne – oskarżony nie ma zatem prawa do kłamstwa, co nie oznacza jednak tego, że nie może on składać nieprawdziwych wyjaśnień. Wyjaśnienia takie składać może, tyle tylko, że zachowanie takie nie jest realizacją przyznanej mu przez normę odtworzoną z przepisu art. 175 § 1 k.p.k. (zd. pierwsze) kompetencji. Powyższe ustalenie jest niezmiernie istotne, pozwala bowiem w sposób nie budzący wątpliwości rozstrzygać sytuacje, gdy oskarżony treścią nieprawdziwych wyjaśnień realizuje znamiona typu czynu zabronionego, np. z art. 234 k.k. Brak prawa do kłamstwa oznacza w takich sytuacjach brak podstaw do wyłączenia odpowiedzialności karnej za ten czyn (zauważyć bowiem należy, że gdyby owe prawo obowiązywało, to należałoby je zaliczyć do tzw. kontraty-pów)²⁶. P. Wiliński podnosi też argumenty natury aksjologicznej stwierdzając, że „niekaralność powinna być rozumiana jako niekaralność samego faktu składania fałszywych wyjaśnień, niewyłączająca jednak zupełnie możliwości odpowiedzialności karnej oskarżonego za treść tych wyjaśnień. (...) Przyzwolenie na niczym nieograniczoną swobodę mówienia nieprawdy pro-

²⁵ J. P o t u l s k i, Głosa do uchwały z 11 stycznia 2006 r., *op. cit.*

²⁶ Ł. P o h l, Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretycznoprawny, *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 6, s. 41–42.

wadzić może w prosty sposób do naruszenia słuszných praw i interesów innych uczestników postępowania, a nawet osób z tym postępowaniem niezwiązanych. Słuszny interes innych osób wyznaczać powinien więc granice przywileju oskarżonego. Jego nieprawdziwe wyjaśnienia pozostać powinny przywilejem tylko do momentu, w którym prowadzą do naruszenia tych interesów²⁷. Nie można przy tym zawężyć przywileju bezkarności poprzez ograniczanie go koniecznością realizacji podstawowego celu postępowania karnego, jakim jest pociągnięcie osoby winnej do odpowiedzialności czy szeroko pojętym interesem wymiaru sprawiedliwości, przejawiającym się w dążeniu do wykrycia prawdy lub też ukończenia postępowania w rozsądnym terminie, jak to czynią J. Czabański i M. Warchoń²⁸, jako że ten interes wien ustąpić przed prawem do obrony.

III. Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Analizując powołane powyżej judykaty i wypowiedzi przedstawicieli doktryny oczywistym jawi się stwierdzenie, że *clou* problemu stanowi przedmiotowy i podmiotowy zakres prawa do obrony. Nie mogę się przy tym oprzeć wrażeniu, że powoływanie się na argumenty konstytucyjne oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie ma waloru kompleksowości, jest dość powierzchowne, ogólnikowe czy wręcz oportunistyczne i ogranicza się do powtarzania tezy o przysługującym każdemu obywatelowi prawie do obrony uzasadniającym bezkarność działań podjętych w związku z realizowaniem tego prawa. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych w art. 14 ust. 3 lit. g statuuje zasadę nieprzymuszenia do zeznawania przeciwko sobie lub zmuszania do przyznania się do winy natomiast Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie zawiera takich unormowań, a prawo do nieobciążania się jest uznawane za nieodłączny element prawa do rzetelnego procesu karnego uregulowanego w art. 6 Konwencji. Przepis ten zawiera również gwarancje zapewnienia odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania się do obrony oraz bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego obrońcę. Także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, że zakres prawa do nieobciążania się w procesie karnym obejmuje również bezkarność składania fałszywych zeznań w postępowaniu karnym. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka skupia się na określeniu granic niedopuszczalności przesłuchania określo-

²⁷ P. Wiliński, Zasada prawa do obrony w prawie polskim, Kraków 2006, s. 364.

²⁸ J. Czabański, M. Warchoń, Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa, Prokuratura i Prawo 2007, nr 12, s. 36.

nego uczestnika procesu karnego w charakterze świadka, co może stanowić zmuszanie go do dostarczania dowodów przeciwko sobie, dokonując wykładni konwencyjnego sformułowania „oskarżenie w sprawie karnej” wyznaczającego temporalny zakres korzystania z prawa do obrony. Trybunał uznaje, że oskarżenie w sprawie karnej, poza oczywistymi sytuacjami przejścia postępowania w fazę *in personam*, należy rozumieć także jako przypuszczenie organów procesowych, iż dana osoba może być sprawcą przestępstwa, co może wynikać z dokonania czynności, które wyraźnie świadczą o tym, że dana osoba jest podejrzewana o dokonanie przestępstwa, a zarazem zmierzają do zabezpieczenia materiału dowodowego, który pozwoli na przedstawienie zarzutu, takich jak przeszukanie, zatrzymanie osoby, zatrzymanie rzeczy, kontrola osobista, w określonych sytuacjach (jak np. w sprawie Aleksandr Zaichenko przeciwko Rosji wyrok ETPCz z dnia 18 lutego 2010 r.²⁹) także kontrola drogową. O istnieniu oskarżonego nie decyduje formalne nabycie takiego statusu ale kontekst sytuacji, w której dana osoba jest zmuszana do dostarczania inkryminujących dowodów. Jeżeli wynika z niego, że dana osoba jest podejrzewana albo okoliczności wskazują, że rozsądne jest założenie, iż powinna być traktowana jako podejrzewana o popełnienie przestępstwa, to osoba taka korzysta z gwarancji prawa do nieobciążania. Trybunał uznaje także, że osobą oskarżoną w rozumieniu konwencji może być osoba, która zmuszana jest w postępowaniu innym niż karne do dostarczania inkryminujących dowodów, a materiał ten może zostać potencjalnie wykorzystany w posterowaniu karnym przeciwko niej i w takiej sytuacji również przysługuje jej prawo do nieobciążania³⁰. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie uznaje natomiast możliwości składania nieprawdziwych oświadczeń procesowych za niezbędny element zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* uznając, że z niezłożenia zeznań mogą zostać wyciągnięte wnioski niekorzystne dla oskarżonego, a sprzeczne z Europejską Konwencją Praw Człowieka byłoby dopiero oparcie wyroku wyłącznie na fakcie odmowy złożenia zeznań³¹. W jednym z orzeczeń stwierdzono nawet, że prawo do milczenia i nieoskarżania samego siebie nie może być interpretowane jako ogólne wyłączenie karalności

²⁹ Cyt. za W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich, Prokuratura i Prawo 2015, nr 7–8, s. 16.

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2015 r. w sprawie Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 6563/03; wyrok ETPC z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie Martinnen przeciwko Finlandii, skarga nr 19235/03 cyt. za W. Jasiński, *op. cit.*, s. 17–18.

³¹ Wyrok ETPCz z dnia 8 lutego 1996 w sprawie John Murray przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 1873/91, cyt. za A. Jaskuła, Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* a odpowiedzialność za składanie fałszywych zeznań, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2012, nr 2, s. 6.

każdego działania motywowanego chęcią uniknięcia odpowiedzialności³². Wskazać również należy, że w uchwale z dnia 28 września 2007 r.³³ Sąd Najwyższy powołuje się również na orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Paul Serves przeciwko Francji z dnia 20 października 1997 r.³⁴ W tymże judykacie, którego główne wnioski sformułowano w odniesieniu do osoby oskarżonego, a nie świadka, ETPCz potwierdził prawo każdego człowieka do ochrony przed „niestosownymi naciskami” ze strony organu przesłuchującego, odrzucając te metody, na które składać by się miały zwłaszcza przymus lub nadużycie władzy. Trybunał uznaje za nielegalną próbę przesłuchania w charakterze świadka osoby, której współudział w przestępstwie jest niewątpliwy, a która z dotychczasowych działań organów ścigania może wnioskować, że złożone przez nią zeznania zostaną wykorzystane przeciwko niej samej. Kwestionując w takim wypadku legalność wymuszenia „samoobciążających” zeznań, ETPCz nie widzi przeszkód do stosowania względem takiego świadka innych rygorów procesowych – nawet jeżeli wiążą się one z pewnym przymusem – np. w postaci nałożenia grzywny za bezpodstawną odmowę złożenia przyrzeczenia wymaganego od świadków – jeżeli mają jedynie zapewnić prawidłowość zeznań, nie zaś skłonić przesłuchiwanego do ujawnienia obciążających go okoliczności. W odniesieniu do polskiej procedury karnej można więc przedmiotowy wyrok recypować jedynie w sytuacji dotyczącej zakazu przesłuchiwania w charakterze świadka, pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, osoby, co do której istnieją podstawy do przedstawienia jej zarzutów i przesłuchania w charakterze podejrzanego. ETPCz nie zajmuje jednak żadnego stanowiska, przynajmniej zaś takiego, na jakie powołuje się Sąd Najwyższy, w kwestii przyznania świadkowi, który później okazał się sprawcą przestępstwa, uprawnień przyznanych z mocy ustawy oskarżonemu czy też podejrzanemu. Nie można też zasadnie twierdzić, iż przystąpienie do przesłuchania osoby w charakterze świadka, a następnie skorzystanie przez świadka z prawa do odmowy odpowiedzi na konkretne pytania, stanowi ze strony organu procesowego „niestosowny nacisk”, przymus lub nadużycie władzy, w odpowiedzi na co świadek zamiast korzystać z prawa do milczenia, w pewnym zakresie może bezkarnie składać fałszywe zeznania. Podzielić należy więc pogląd wyrażony przez A. Jaskułę³⁵, że w orzecznictwie ETPCZ prawo do milczenia zostało uznane za wystarczającą gwarancję prawa do rzetelnego procesu. Bezkarności świadka nie ma również

³² Decyzja ETPCz z dnia 2 marca 2006 r., w sprawie Van Vondel przeciwko Holandii, skarga nr 38258/03 ECHR 2006.

³³ I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71.

³⁴ RJD 1997–VI, par. 45–47, (w:) M. A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Orzecznictwo, t. 1 (Prawo do rzetelnego procesu sądowego), Kraków 2001, s. 42.

³⁵ A. Jaskuła, *op. cit.*, s. 6.

w niemieckim systemie prawnym, w którym świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeśli odpowiedź mogłaby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub wykroczenie (§ 55 StPO), a jeśli zeznał nieprawdę z obawy przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, sąd może złagodzić karę lub odstąpić od jej wymierzenia (§ 157StGB), przy czym podkreśla się, że instytucja przewidziana w tym przepisie nie jest okolicznością, która by wyłączała bezprawność lub winę³⁶ i dotyczy również sytuacji, gdy świadek nie skorzysta z prawa odmowy odpowiedzi na pytanie w przekonaniu, że w ten sposób przyzna się do popełnienia przestępstwa³⁷. Niejako na marginesie zauważyć można, że ETPCz w zasadzie nie może zajmować dalej idącego w kierunku bezkarności składania fałszywych zeznań stanowiska, jako że oznaczałoby to pozostawienie poza nawiasem europejskiego systemu praw i wartości systemów prawnych *common law*, które przewidują możliwość pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych wyjaśnień, jak również wyciągania negatywnych wniosków z milczenia oskarżonego np. w sytuacji powoływania się przed sądem przez oskarżonego na fakt, o którym nie wspomniał w czasie policyjnego przesłuchania, odmowy składania zeznań na rozprawie lub po odebraniu przysięgi, bez dobrego powodu, odmowy odpowiedzi na pytanie³⁸.

IV. Uregulowania konstytucyjne i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

W moim przekonaniu brak jest również argumentów natury konstytucyjnej uzasadniającej bezkarności fałszywego oskarżenia dokonanego przez świadka – sprawcę czynu zabronionego fałszywie oskarżającego inną osobę o dokonanie „własnego” przestępstwa, zarówno w chwili składania przez tegoż sprawcę zawiadomienia o przestępstwie, jak i w sytuacji składania zeznań na etapie postępowania, na którym organ procesowy nie dysponuje podstawami do przyjęcia, że świadek może być sprawcą przestępstwa. Stosownie do treści art. 42 ust. 2 prawo do obrony przysługuje każdemu, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne. Obecnie utrwalony jest już pogląd, że korzystanie z konstytucyjnego prawa do obrony nie jest uza-

³⁶ B. Hentschel-Heinegg, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Monachium 2010, s. 1085.

³⁷ T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, Monachium 2009, s. 1100.

³⁸ K. Girdwoyń, *Interpretacja milczenia oskarżonego w świetle teorii i praktyki angielskiego procesu karnego*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego*. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego, pod red. M. Rogackiej-Rzewnickiej, H. Gajewskiej-Kraczkowskiej, Beaty T. Bieńkowskiej, Warszawa 2015, s. 78.

leżnione od uzyskania statusu podejrzanego lub oskarżonego³⁹. Wprawdzie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ugruntowane jest stanowisko, że prawo do obrony przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego⁴⁰ precyzowane twierdzeniem, że takie wszczęcie następuje z chwilą przedstawienia zarzutu, jednak w wyroku z dnia 11 grudnia 2012 r.⁴¹ Trybunał wyraźnie wskazał, że „prawo do obrony, o którym mowa w art. 42 ust. 2 Konstytucji odnosi się także do tej fazy postępowania, która poprzedza formalne postawienie zarzutów danej osobie”, a uczestnik postępowania staje się podmiotem prawa do obrony w chwili podjęcia pierwszej czynności organów procesowych skierowanych na jego ściganie. W wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r.⁴² dotyczącym czynności wyjaśniających w sprawach o wykroczenia Trybunał uznał, że o nabyciu prawa do obrony przesądza stan obciążających dowodów, który determinuje rodzaj czynności, jakie muszą być podjęte wobec tej osoby przez organ prowadzący postępowanie. W przypadku wykroczeń kluczowy jest moment, gdy zgromadzony materiał dowodowy będzie uzasadniał podjęcie wobec danej osoby czynności zmierzających do postawienia jej w stan obwinienia. Podsumowując poglądy Trybunału, za S. Steinbornem i M. Wąsek-Wiaderek⁴³ stwierdzić należy, że dla zaktualizowania się konstytucyjnego prawa do obrony istotne jest ziszczenie się dwóch przesłanek: podjęcie przez organ procesowy czynności skierowanej na ściganie konkretnej osoby oraz zaistnienie odpowiedniego stopnia uprawdopodobnienia, że osoba ta popełniła przestępstwo. Mając na względzie przedmiot niniejszego artykułu zaakcentować należy również pogląd cytowanych autorów stwierdzających, że nie jest konieczne przesuwanie momentu początkowego prawa do obrony na chwilę, gdy jeszcze żadna czynność ze strony organu procesowego nie została podjęta gdyż ten, kto nie jest ścigany, nie ma potrzeby podejmowania działań będących realizacją prawa do obrony. Nie chodzi tu więc o

³⁹ W. Wróbel, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*, (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej*. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Andrzejowi Markowi, pod red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 225; R. A. Stefański, *Prawo do obrony osoby podejrzanego*, (w:) *Z problematyki funkcji procesu karnego*, pod red. T. Grzegorzczak, J. Izdorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013, s. 298–301.

⁴⁰ Np. wyrok z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – A nr 2 z 2004 r., poz. 7; wyrok z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2008, nr 5, poz. 77.

⁴¹ K 37/11, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2012, nr 11, poz. 133.

⁴² K 19/11, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2014, nr 6, poz. 60.

⁴³ S. Steinborn, M. Wąsek-Wiaderek, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego*. Księga jubileuszowa Piotra Kruszyńskiego, pod red. M. Rogackiej-Rzewnickiej, H. Gajewskiej-Kraczkowskiej, B. T. Bieńkowskiej, Warszawa 2015, s. 434–435.

każdą czynność organu procesowego, w szczególności przyjęcie zawiadomienia o przestępstwie czy też przesłuchanie świadka, co do którego nie zachodzi nawet przypuszczenie, że był on sprawcą czynu zabronionego stanowiącego przedmiot postępowania prowadzonego przez organ procesowy, lecz czynność skierowaną na ściganie określonej osoby. Brak jest natomiast podstaw by w Konstytucji i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znaleźć argumenty uzasadniające stanowisko o aktualizowaniu się prawa do obrony z chwilą popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę. W doktrynie procesu karnego pojawiły się trafne postulaty stosowania wobec osoby faktycznie podejrzanej, czyli osoby, co do której organy procesowe mają podstawy faktyczne do przedstawienia zarzutów lub przesłuchania w charakterze podejrzanego, przepisów kształtujących katalog uprawnień podejrzanego, w szczególności w zakresie uprawnień wynikających z art. 175 k.p.k.⁴⁴, a nawet wskazywano, że przepisy te winny mieć zastosowanie w przypadku osób, wobec których istnieją dane faktyczne, wskazujące na ich możliwy udział w przestępstwie, przy czym dane te nie pozwalają na przedstawienie im zarzutu ale umożliwiają podjęcie czynności mogących zmierzać do pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej, jak np. zatrzymanie czy przeszukanie i wtedy sprawca świadek może korzystać z takiego samego prawa do obrony jak oskarżony, zaznaczając przy tym wątpliwości związane z ich rozciąganiem na potencjalnie podejrzanego, czyli osobę wymienioną w art. 192a k.p.k., od której, w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości ujawnionych śladów, można pobrać odciski daktyloskopijne, wymaz ze śluzówki policzków, włosy, ślinę, próby pisma, zapach, wykonać fotografię osoby oraz dokonać utrwalenia głosu⁴⁵. Prawa konstytucyjne nie mogą mieć absolutnego charakteru, jako że tylko przyjęcie takiego modelu praw konstytucyjnych, który dopuszcza ograniczenie jednego prawa ze względu na treść drugiego, zapewnia możliwość ich realizacji⁴⁶. Sposób ograniczania praw i wolności w Konstytucji nie jest jednolity i za cytowanym powyżej autorem przyjąć należy, że prawo do obrony należy do praw i wolności, które zostały sformułowane w ten sposób, że nie zawierają żadnych przesłanek ich ograniczenia, ale „nieuzasadnionym byłoby jednak twierdzenie, że brak owych przesłanek oznacza zakaz ustawodawczej ingerencji

⁴⁴ A. Murzynowski, Faktycznie podejrzany w postępowaniu przygotowawczym, *Palestra* 1974, nr 10, s. 36; J. Chabkowska, Prawo oskarżonego do milczenia, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 3, s. 13; D. Gruszecka, Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, wersja el., dostęp <http://www.czpk.pl>.

⁴⁵ C. Kłak, Osoba podejrzana oraz potencjalnie podejrzana w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, *Ius Novum* 2012, nr 4, s. 56–57.

⁴⁶ L. Galiński, Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, *Państwo i Prawo* 2001, nr 10, s. 5.

w kształt tych praw, a więc nadaje im absolutny charakter⁴⁷. Ograniczenie takie może się okazać nawet koniecznością, być niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, przestrzegania praw i wolności innych osób. Brak w takiej sytuacji jakichkolwiek klauzul ograniczających w tych przepisach musi być interpretowany jako odesłanie do art. 31 ust. 3 Konstytucji⁴⁸, zgodnie z którym ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenie praw i wolności dotyczy także sytuacji, w których realizacja praw i obowiązków jednych prowadzi do naruszenia praw i wolności innych osób, a więc w istocie następuje kolizja między powinnościami i prawami różnych osób. W przypadku takich kolizji niezbędne jest istnienie reguł postępowania polegających m.in. na wytyczaniu granic korzystania z praw i wolności. Niewątpliwie interes wymiaru sprawiedliwości musi ustąpić przed prawem do obrony, ale prawo do obrony nie może mieć pierwszeństwa przed prawami i wolnościami innych osób. W doktrynie wielokrotnie wskazywano, że prawo do obrony nie ma charakteru absolutnego, musi podlegać ograniczeniom i obowiązuje na gruncie danego systemu prawnego tylko w granicach i formach określonych przepisami tego prawa, a nie będzie wykonywaniem prawa do obrony nakłanianie do fałszywych zeznań, ukrywanie sprawcy, zacieranie śladów przestępstwa, używanie przemocy lub groźby bezprawnej w celu wywarcia wpływu na czynności świadka, biegłego, tłumacza⁴⁹. A. Murzynowski akcentując konieczność wytyczenia granic prawa do obrony wskazywał na dwa główne elementy wyznaczające owe granice:

- zakaz naruszania przez oskarżonego jego obowiązków procesowych, przewidzianych wyraźnie przez przepisy kodeksu postępowania karnego,
- niedopuszczalność naruszenia przepisów prawa karnego materialnego, tj. takiego wykonywania prawa do obrony, które sprowadza się do popełniania nowych przestępstw⁵⁰. Powyższe zasady P. Wiliński uzupełnia o kolejną postać zakazu takiego wykonywania prawa do obrony, które prowadzi do naruszenia słusznych interesów innych uczestników postępowania karnego⁵¹.

⁴⁷ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 7.

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 18 sierpnia 1999 r., sygn. II CKN 321/99, OSNiC 2000, nr 3, s. 33–34.

⁴⁹ M. Cieślak, *Polska procedura karna podstawowe problemy teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 302; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. VI, Warszawa 2000, s. 97; A. Kalfal, *Na marginesie książki Piotra Kruszyńskiego pt. „Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym”*, *Palestra* 1984, nr 2, s. 50; *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. Z. Gostyńskiego, t. I, Warszawa 2003, s. 222–223.

⁵⁰ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, wyd. III, Warszawa 1999, s. 277.

⁵¹ P. Wiliński, *Prawo do obrony a dowód z zeznań świadka incognito w polskim procesie karnym*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 2003, nr 4, s. 4.

V. Podsumowanie

W świetle przytoczonych powyżej poglądów brak jest podstaw do bezkrytycznego zaakceptowania rozszerzania w drodze judykatów sądów różnych instancji, w tym Sądu Najwyższego, granic prawa do obrony i jednocześnie pola bezkarności sprawców przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości bez stosownej interwencji ustawodawcy. Słusznym jest przyjęcie, że ograniczenie składania wyjaśnień do możliwości mówienia prawdy lub milczenia stałoby w sprzeczności z zakazem wymuszania na oskarżonym dostarczania dowodów przeciwko sobie i dlatego tolerowanie kłamstwa wynika z potrzeby zapewnienia realności prawa do obrony⁵². Poważniejszych kontrowersji nie budzi bardzo szerokie traktowanie prawa do obrony, obejmujące prawo do milczenia (co jest właśnie realizacją zasady „*nemo se ipsum accusare tenetur*”), ale również złożenie kłamliwych depozycji procesowych, i to zarówno przez oskarżonego (podejznanego) jak i świadka będącego sprawcą czynu, jeśli depozycje te nie wyczerpują znamion innych niż składanie fałszywych zeznań przestępstw i są składane przez osoby wobec których organy procesowe podejmują szeroko rozumiane czynności zmierzające do pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej. Inaczej jest w przypadku przyznania przywileju bezkarności w zakresie fałszywego oskarżenia osobom nie mającym statusu podejrzanego czy oskarżonego, nawet gdy istnieją ku temu podstawy dowodowe, a bezzasadnym wydaje się rozszerzanie prawa do obrony na osoby, co do których organy procesowe nie mają podstaw do przypuszczeń, iż mogą być sprawcami przestępstwa stanowiącego przedmiot postępowania, w którym składają zeznania, a czynności procesowe z udziałem tych osób dokonywane są z inicjatywy sprawców czynów zabronionych działających w celu skierowania postępowania karnego w stosunku do innych osób, co jest środkiem do uniknięcia odpowiedzialności karnej⁵³. Oskarżony czy też podejrzany nie ponosi odpowiedzialności karnej, gdy zamiast wyjaśnień składa zeznania, ale konstrukcji takiej nie można już stosować w przypadku fałszywego oskarżenia, jako że takie przestępstwo może popełnić każda osoba mogąca ponosić odpowiedzialność karną. Wykładnia literalna nie daje podstaw do rozszerzania przywilejów oskarżonych, podejrzanych czy faktycznie podejrzanych na inne osoby, w szczególności osoby składające zawiadomienie o przestępstwie będące zarazem fałszywym oskarżeniem. W powołanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wbrew wszelkim zasadom wykładni, nie tylko literalnej czy systemowej lecz nawet celowościowej, przyznaje uprawnienia podejrzanego

⁵² Uchwała SN z dnia 11 stycznia 2006 r., sygn. I KZP 49/05, OSP 2007, nr 5, poz. 55.

⁵³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, sygn. II AKa 351/12, LEX 1322095; wyrok IV Ka 442/13 SO w Legnicy.

osobie, która jeszcze przed wszczęciem postępowania karnego inicjuje postępowanie karne zmierzając do skierowania go przeciwko innej osobie. Nie ma więc żadnego aksjologicznego uzasadnienia dla bezkarności takiego zachowania, jako że świadek nie składa fałszywych zeznań w sytuacji postawienia go przez organ procesowy przed dylematem, czy udzielić fałszywej odpowiedzi na pytanie czy też odmówić udzielenia odpowiedzi na pytanie powołując się na treść art. 183 k.p.k., gdyż stawia się on do dyspozycji prowadzących postępowanie karne z własnej inicjatywy. Sprawca składający fałszywe zeznania nie może korzystać z przywileju bezkarności w sytuacji, gdy sam inicjuje postępowanie karne fałszywie oskarżając inną osobę o popełnienie przestępstwa. Przed podjęciem działań przez nieprawdźliwie zeznającego postępowanie karne nie jest czasami nawet prowadzone, a jeśli już zostało wszczęte i podjęto czynności odnośnie zdarzenia stanowiącego jego przedmiot, to nie były to czynności związane z kierowaniem postępowania przeciwko osobie składającej fałszywe zeznania, których elementem jest fałszywe oskarżenie innej osoby. Treść takich zeznań nie jest podawaniem fałszywego alibi, zaprzeczeniem popełnienia przestępstwa czy jakiegokolwiek udziału w przestępstwie, nie jest więc tylko działaniem naruszającym interes wymiaru sprawiedliwości, który – co oczywiste – nie może być nadrzędny wobec prawa do obrony, ale w takim samym stopniu jest działaniem naruszającym dobra prawne innej osoby. Jeśli ustawodawca przewiduje dla świadka jedynie prawo do milczenia, to w drodze żadnych działań interpretacyjnych nie można rozszerzać jego uprawnień na prawo do dowolnego kłamstwa, a wręcz prawo do kierowania postępowania karnego przeciwko niewinnej osobie. Takie prawo może przysługiwać tylko osobom wskazanym przez ustawodawcę, gdyż mogą naruszać dobra prawne innych osób. Można oczywiście uznać, że wykładnia literalna daje świadkowi sprawcy jedynie prawo do milczenia – odmowy odpowiedzi na pytanie, jednak nie sposób zanegować argumentacji SN przyznającej prawo do obrony na każdym etapie postępowania, ale tylko postępowania prowadzonego przeciwko niemu, co należy traktować w sposób szeroki, obejmujący wszelkie czynności zmierzające do pociągnięcia określonej osoby do odpowiedzialności karnej, takie jak zatrzymanie, przeszukanie, uchylenie tajemnicy telekomunikacyjnej czy wreszcie przesłuchanie w charakterze świadka w sytuacji dysponowania informacjami dającymi podstawę do sformułowania zarzutu. Prawo do obrony nie jest jednak w żaden sposób nieograniczonym prawem do popełniania przestępstw na szkodę innych osób.

Criminal liability of witnesses for certain offences against administration of justice

Abstract

This contribution explores criminal liability of a perpetrator, who is interviewed in criminal proceedings as a witness, for offences related to testimonies, including specifically an offence of making false allegations, in the light of legislative provisions in force 15 April 2016. The existing case law as well as views of legal academics and commentators focusing on perpetrators' criminal liability for giving false testimonies and making false allegations are analysed. The ruling practice of excluding criminal liability of a witness for making false allegations to avoid or reduce criminal liability for an offence committed by such witness is disapproved. On the grounds of Polish substantive criminal law, international legal acts, and past decisions of the European Court of Human Rights and of the Constitutional Tribunal, it is argued that the right of defence, especially as regards the lack of criminal liability for making any false allegation, cannot be extended to cover a witness, even if such witness gives testimony in the situation where such witness can possibly face criminal liability, if such testimony is given in the situation where authorities conducting proceedings at law have no information to justify the presumption that the witness did commit the offence, which is the subject-matter of criminal proceedings, and the efforts taken by the said authorities are not intended to bring such individual to justice.

Paweł Opitek¹

Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą

Streszczenie

W artykule omówiony został problem kwalifikacji prawnej przestępstw z użyciem kart płatniczych. Jest to zagadnienie bardzo aktualne, praktyka dochodzeniowo-śledcza wskazuje bowiem na duże rozbieżności w opisie czynów, na dowód czego przytoczono przykładowe orzeczenia sądów i poglądy doktryny prawniczej. W ramach wprowadzenia do tematu, scharakteryzowano w skrócie zmiany zachodzące na rynku płatności bezgotówkowych i wynikające stąd zadania stojące przed organami ścigania. Opisano specyfikę płatności kartowych, podmioty w nich uczestniczące, kolejne etapy realizacji transakcji oraz techniczne aspekty funkcjonowania kart płatniczych. Główną część artykułu stanowią rozważania nad charakterem prawnym przestępstw związanych z transakcjami kartowymi, w tym próba udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy w konkretnym przypadku stanowią one kradzież z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.), oszustwo (art. 286 § 1 k.k.) albo oszustwo „komputerowe” (art. 287 § 1 k.k.)? Niezbędna stała się ponadto analiza zbiegu wyżej wymienionych przepisów w wypadku nieautoryzowanych operacji z wykorzystaniem „plastikowego pieniądza”. W podsumowaniu i wnioskach końcowych zawarto ogólne spostrzeżenia autora na kanwie podjętego tematu oraz zasygnalizowano inne problemy związane z ustaleniem okoliczności faktycznych przestępstw teleinformatycznych.

I. Wstęp

W ostatnich latach następują daleko idące, dynamiczne zmiany w zakresie sposobów regulowania zobowiązań finansowych, będące rezultatem przede wszystkim pojawiania się na rynku nowych, powszechnie dostępnych urządzeń technicznych. Chodzi w pierwszej kolejności o nowoczesne instrumenty płatnicze i przystosowaną do ich obsługi infrastrukturę. Coraz

¹ Członek Zespołu Prawo i Regulacje „Strumienia Blockchain i Kryptowaluty” działającego w ramach projektu „Od papierowej do cyfrowej Polski”, prowadzonego przez Ministerstwo Cyfryzacji.

bardziej zaawansowane rozwiązania w zakresie funkcjonowania kart płatniczych, połączenie telefonu komórkowego i instrumentu płatniczego oraz usługi związane z Internetem wykreowały kilkadziesiąt innowacyjnych procedur płatności bezgotówkowych o różnorodnym charakterze. Są one powszechnie dostępne – stosują je miliony osób. Wystarczy wspomnieć, że w ostatnim kwartale 2015 roku ogólna liczba transakcji realizowanych przy użyciu „plastikowego pieniądza” w Polsce wyniosła ponad 893 mln i przekroczyła kwotę 135 mld zł. W samym Internecie wykonano 9 mln zleceń płatności z użyciem danych kartowych na sumę 1,44 mld zł. W tym samym okresie liczba wyemitowanych kart zbliżeniowych przekroczyła 28 mln, co stanowiło 79,8% ogółu kart płatniczych na rynku². Wszystko to sprawia, że pojawiły się też nowe możliwości popełniania czynów zabronionych z wykorzystaniem innowacyjnych technologii, co po stronie organów dochodzeniowo-śledczych rodzi konieczność ich zwalczania. Za określeniem „zwalczanie” we wspomnianym kontekście kryją się olbrzymie wyzwania związane z edukacją użytkowników płatności mobilnych na temat tego, jak nie stać się ofiarą przestępstwa, oraz analizowaniem *modus operandi* sprawców, jak również konieczność skutecznej reakcji karnej na już popełnione przestępstwa. Poza działaniami z zakresu kryminalistyki i kryminologii doktryna prawnicza i orzecznictwo sądowe muszą zmierzyć się z odpowiednią interpretacją i kwalifikacją prawną czynów popełnionych z wykorzystaniem elektronicznych instrumentów płatniczych, określeniem wielkości powstałej szkody oraz precyzyjnym ustaleniem osoby/podmiotu poszkodowanego przestępstwem. Od policjanta/prokuratora/sędziego wymaga to posiadania przynajmniej podstawowej wiedzy z zakresu technicznych i prawnych aspektów funkcjonowania nowoczesnych instrumentów płatniczych, gdyż bez niej ściganie omawianych przestępstw będzie jeszcze trudniejsze, a wręcz niemożliwe. Dokonuje się bowiem radykalna zmiana w zakresie form i metod regulowania zobowiązań pieniężnych, a ekspansja firm i urzędzeń telekomunikacyjnych sprawia, że to, co dzisiaj jest nowoczesną procedurą, jutro może zostać zastąpione przez nowszy produkt lub technologię. Wystarczy chociażby spojrzeć na smartfony, które obecnie już tylko z nazwy przypominają tradycyjne urządzenie do nawiązywania rozmów telefonicznych.

Celem artykułu jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie: jak należy kwalifikować przestępstwa związane z transakcjami dokonywanymi kartami płatniczymi? Bardziej adekwatne byłoby jednak określenie: „z płatnościami dokonywanymi z wykorzystaniem danych kart płatniczych”, ponieważ oferowane na rynku usługi rozliczeń bezgotówkowych często nie wymagają fizycznego użycia „plastiku” do realizacji transakcji z wykorzystaniem danych

² Informacja o kartach płatniczych IV kwartał 2015 r., Narodowy Bank Polski, Departament Systemu Płatniczego, Warszawa 2016.

przypisanych do karty. Kwestia kwalifikacji prawnej wspomnianych przestępstw nie została jednoznacznie opisana i w praktyce budzi sporo kontrowersji, o czym świadczy choćby przywołane w dalszej części artykułu orzecznictwo sądów powszechnych i poglądy doktryny. Ma ona wszakże niebagatelne znaczenie, gdyż tego typu przestępstwa popełniane są na masową skalę, a właściwy opis czynu na bazie konkretnej normy sankcjonującej determinuje metodykę prowadzenia postępowania karnego, decyduje o rodzaju i wysokości grożącej sprawcy kary oraz wskazuje osobę pokrzywdzoną, a więc także uprawnioną do naprawienia szkody wynikłej z przestępstwa. Wszystko to sprawia, że należy szczegółowo pochylić się nad problemem kwalifikacji prawnej przestępstw kartowych.

II. Orzecznictwo sądowe

Orzecznictwo sądów powszechnych pokazuje, że podobne stany faktyczne dotyczące przestępczych transakcji kartowych przybierają nierzadko odmienną kwalifikację prawną, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i wyrokowania. Czyny takie uznaje się za kradzież (art. 278 § 1 k.k.), kradzież z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.), oszustwo (art. 286 § 1 k.k.) lub oszustwo „komputerowe” (art. 287 § 1 k.k.). Czasami za podstawę skazania przyjmuje się dwa z wyżej wymienionych przepisów, na zasadzie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynów (pominięto tu rozważania dotyczące skimmingu, gdy w grę wchodzi dodatkowo art. 310 k.k.). Warto przyjrzeć się kilku przykładom.

Sąd Okręgowy w Słupsku³ stwierdził, że poprzez „użycie w transakcji zbliżeniowej karty bankomatowej” sprawca „pokonał zabezpieczenie elektroniczne, włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie odpowiednio 48,19 złotych, 17,30 złotych, 25,79 złotych, 10,00 złotych i 14,70 złotych, stanowiących płatność za zakupiony towar w postaci alkoholu i tytoniu” i czyn ten zakwalifikował z art. 279 § 1 k.k. W uzasadnieniu wyroku Sąd doszedł do wniosku, że (...) posłużenie się w transakcji kartą zbliżeniową wymagało użycia oryginalnego elektronicznego klucza chroniącego dostęp do rachunku bankowego jego właściciela, analogicznie jak karta elektroniczna służy do otwarcia zamka zabezpieczającego pokój hotelowy. Poza tym karta płatnicza, którą posługiwał się oskarżony, miała za zadanie identyfikację w banku jej prawowitego posiadacza, a nie oskarżonego. Użycie takiej karty przez osobę nieuprawnioną doprowadziło do przełamania przeszkody elektronicznej chroniącej dostęp do rachunku bankowego wskutek czego elektroniczne zabezpieczenia chronią-

³ Wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. VI Ka 136/16, Portal orzeczeń sądów powszechnych.

ce dostęp do pieniędzy – poprzez użycie jej oryginalnego klucza – zostały złamane”. Odmienne było stanowisko obrońcy oskarżonego, który w apelacji domagał się zakwalifikowania wspomnianego czynu z art. 119 § 1 k.w., podnosząc: „(...) skoro użycie karty zbliżeniowej nie wymaga podania numeru, który stanowi zabezpieczenie prawa do dysponowania środkami zgromadzonymi na rachunku bankowym, to nie można w takim wypadku mówić o kradzieży z włamaniem, ale o zwykłej kradzieży”.

Inne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze⁴ w sprawie dotyczącej transakcji kartą płatniczą w technice zbliżeniowej autoryzowanej kodem PIN (ang. *Personal Identification Number*). W wyroku skazującym zachowanie oskarżonego zostało opisane w następujący sposób: „(...) sprawca przy użyciu uprzednio skradzionej karty płatniczej działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, bez upoważnienia wpłynął na automatyczne przetworzenie danych informatycznych na rachunku bankowym pokrzywdzonego, wprowadzając na klawiaturze terminala znany mu kod PIN i przełamując tym samym zabezpieczenie, po czym dokonał zaboru w celu przywłaszczenia pieniędzy w kwocie 21,90 złotych, którymi zapłacił za butelkę wódki, czym wypełnił znamiona art. 279 § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.” Pomimo, że zarówno prokurator, jak i Sąd I instancji widzieli w działaniu sprawcy wypełnienie znamion art. 286 § 1 k.k., Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze doszedł do odmiennego przekonania: (...) zachowanie oskarżonego nie było oszustwem, gdyż nie zawierało znamienia wprowadzenia osoby w błąd (albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania)”. Sąd odwoławczy skorygował w ten sposób wyrok pierwszoinstancyjny, w którym przyjęto, że w wyniku przestępstwa pracownik stacji paliw został wprowadzony w błąd co do właściciela karty płatniczej, którą posługiwał się oskarżony. Sąd Okręgowy odrzucił takie stanowisko, twierdząc, że „(...) świadomość pracownika stacji (czy też sprzedawcy w każdym innym sklepie) co do legalności lub nielegalności posługiwania się kartą płatniczą przez klienta nie ma znaczenia dla przeprowadzanej transakcji w tym sensie, że pracownik nie weryfikuje tej okoliczności (jedynym warunkiem prawidłowości transakcji jest wprowadzenie kodu, a w przypadku tzw. transakcji „zbliżeniowej” także ta weryfikacja odpada), nie sprawdza tożsamości klienta pod kątem, czy jest on właścicielem karty płatniczej, którą się posługuje. Gdyby nawet pracownik stacji wiedział, że sprawca nie jest właścicielem karty płatniczej, którą „płaci” za zakupiony towar, nie miał obowiązku odmówienia przeprowadzenia transakcji. W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, że do strony przedmiotowej doko-

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 5 maja 2015 r., sygn. VI Ka 157/15, Portal orzeczeń sądów powszechnych.

nanego przez oskarżonego przestępstwa należało wprowadzenie w błąd osoby sprzedającej mu butelkę wódki na wyżej wymienionej stacji paliw”.

Stanowisko przeciwne zajął Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze⁵, który czynny polegające na wpływaniu bez upoważnienia na automatyczne przetwarzanie i przekazywanie danych informatycznych w wyniku nieautoryzowanej zapłaty kartą w technice zbliżeniowej zakwalifikował z art. 286 § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k. w zw. z 11 § 2 k.k., chociaż prokurator przyjął w akcie oskarżenia podstawę z art. 287 § 1 k.k. i art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim⁶ z kolei taki sam czyn zakwalifikował „tylko” jako oszustwo (art. 286 § 1 k.k.), argumentując, że sprawca udał się do sklepu z zamiarem zakupu papierosów z wykorzystaniem karty należącej do pokrzywdzonego i przekazując tę kartę sprzedawczyni, manifestując zamiar zakupu papierosów, dążył do wprowadzenia jej w błąd co do faktu, że jest uprawnionym do korzystania z karty. Posiadanie karty legitymizuje bowiem posiadacza jako osobę uprawnioną do zapłaty za towar. Cel działania sprawcy – ustalił Sąd – był nastawiony na osiągnięcie korzyści majątkowej związanej z otrzymaniem towaru za środki pieniężne innej osoby, a zaakceptowanie transakcji z użyciem karty spowodowało rozporządzenie przez kasjerkę środkami pieniężnym pokrzywdzonego bez otrzymania przez niego jakiegokolwiek ekwiwalentu.

III. Realizacja transakcji kartowej

Chcąc odpowiedzieć na pytanie, które z wyżej zaprezentowanych stanowisk jest słuszne, konieczne staje się poznanie ogólnych zasad przebiegu transakcji kartowej. Osobie posiadającej kartę może się wydawać, że realizacja płatności następuje w momencie włożenia lub przyłożenia karty do „czytającego” ją terminalu (POS-u, bankomatu) lub wpisania danych kartowych na odpowiedniej stronie internetowej, co automatycznie powoduje uznanie zlecenia na rachunku bankowym przypisanym do instrumentu płatniczego. W rzeczywistości jednak jest to proces o wiele bardziej skomplikowany, wydłużony w czasie i angażujący kilka podmiotów. Transakcje dwustronne, tj. takie, w których uczestniczy jedynie posiadacz „plastikowego pieniądza” i jego wydawca, mogą być realizowane tylko bezpośrednio przez wydawcę karty, np. biura podróży, sieci sklepów czy linie lotnicze. Najczęściej jednak mamy do czynienia z uniwersalnym systemem czterostronnym, dominującym w Polsce i na świecie. W tym wypadku w transakcji bierze

⁵ Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 16 marca 2015 r., sygn. II K 1662/14, Portal orzeczeń sądów powszechnych.

⁶ Wyrok Sądu Rejonowego w Bielsku Podlaskim z dnia 24 września 2014 r., sygn. VIII K 217/14, Portal orzeczeń sądów powszechnych.

udział także płatnik i centrum rozliczeniowe. Bank współpracuje z klientem w zakresie prowadzenia rachunku i dostarczenia karty, natomiast centrum autoryzacyjne z przedsiębiorstwem handlowym realizuje proces płatności i jej autoryzacji⁷. Podstawową architekturę rynku obrotu bezgotówkowego budują zatem następujące podmioty:

- 1) wydawcy,
- 2) akceptanci,
- 3) instytucje rozliczeniowe,
- 4) posiadacze kart.

Wydawcy przekazują karty posiadaczom, a więc dostarczają „plastikowy pieniąż” na rynek. W pierwszej kolejności są oni zobowiązani do rozliczenia operacji finansowej, a posiadacz karty ma prawo do dokonywania transakcji z jej wykorzystaniem. Wynika to z zawartej pomiędzy tymi podmiotami umowy. Jednak na posiadaczu karty ciąży także ściśle określone obowiązki: z chwilą jej otrzymania powinien podejmować niezbędne środki, by zapobiec naruszeniu indywidualnych zabezpieczeń instrumentu płatniczego, a w szczególności przechowywać kartę i PIN z zachowaniem należytej staranności, nie udostępniać ich osobom nieuprawnionym oraz niezwłocznie zgłaszać w banku utratę lub zniszczenie karty. Posiadacz karty musi ponadto zapewnić środki do spłaty swoich zobowiązań na rachunek wskazany przez wydawcę.

Jednostki organizacyjno-prawne akceptujące karty (akceptanci) to w pierwszej kolejności podmioty, u których dokonuje się elektronicznych płatności. Do ich obowiązków należy m.in. weryfikacja transakcji pod względem legalności, a więc sprawdzenie, czy użytkownik środka płatniczego jest uprawniony do dysponowania nim. Ustawa o usługach płatniczych (dalej: u.u.p.)⁸ daje akceptantowi, w razie uzasadnionych wątpliwości, prawo do żądania okazania przez konsumenta dokumentu stwierdzającego jego tożsamość, a nawet zatrzymania karty w razie podejrzenia fałszerstwa. Nawet transakcja zbliżeniowa nie może się odbyć bez czynnego udziału akceptanta: sprzedawca (kasjer) musi wprowadzić do pamięci terminalu cenę za towar/usługę, wtedy czytnik karty wyświetla kwotę płatności i na POS-ie zapalają się zielone diody; po zbliżeniu karty do czytnika sygnał dźwiękowy i włączenie się wszystkich diod informuje, że transakcja została przyjęta.

Zadanie instytucji rozliczeniowej (agenta rozliczeniowego) polega na realizacji zleceń dokonywanych w punktach akceptujących, a więc odpowiada ona za transmisję, przetwarzanie i rozliczanie danych w tym zakresie. Ponieważ na rynku działa wielu wydawców kart i nie jest możliwe, aby przy

⁷ E. Ślęzak, Nowoczesne instrumenty płatnicze, (w:) J. Kołesnik (red.), Bankowość detaliczna, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2016, s. 205–206.

⁸ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 199, poz. 1175 z późn. zm.).

każdej operacji porozumiewali się między sobą, wymyślono centra (w Polsce funkcjonują m.in. First Data Polska, CKC Centrum Kart Banku Peako SA, eCard, eService), które w imieniu banków pośredniczą w przepływach środków finansowych.

Struktura powiązań między wyżej opisanymi podmiotami jest skomplikowana i regulowana zarówno przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, jak i umowy cywilnoprawne, niemniej typowy proces zapłaty kartą składa się z następujących sekwencji:

Płatnik, chcąc uiścić należność za towar/usługę, wsuwa swoją kartę lub przykładą ją do terminalu zaopatrzonego w czytnik znajdującego się na karcie mikroprocesora. Rozpoczyna się wymiana danych pomiędzy chipem a urządzeniem „czytającym” go: terminal automatycznie rozpoznaje rodzaj karty i sprawdza m.in., czy żądana kwota nie przekracza limitu ustalonego przez agenta rozliczeniowego dla konkretnego akceptanta, a także limitu ustalonego przez bank dla konkretnego klienta.

Informacje odczytane przez terminal przesyłane są do centrum rozliczeniowego (*acquirer*) i za jego pośrednictwem do wystawcy karty (tzw. zapytanie autoryzacyjne), który sprawdza kwotę środków dostępnych na koncie płatnika oraz pozostałe dane (np. datę ważności karty i brak zastrzeżeń do korzystania z niej). W wypadku pozytywnej weryfikacji do terminalu akceptanta wysyłany jest komunikat zwrotny o możliwości przeprowadzenia zadeklarowanej operacji i jednocześnie na rachunku posiadacza karty blokowana jest zadysponowana kwota. Jeśli natomiast wydawca nie udzieli zgody, płatnik otrzymuje raport stwierdzający odmowę (w formie papierowego wydruku z terminalu).

Posiadacz karty zostaje poproszony o autoryzację transakcji kodem PIN, otrzymuje pokwitowanie i może odebrać pieniądze z bankomatu lub zakupiony towar.

Po zakończeniu dnia roboczego terminal akceptanta łączy się z centrum rozliczeniowym i przekazuje agentowi dane o wszystkich wykonanych w ciągu ostatnich 24 godzin operacjach. Za pośrednictwem Krajowego Systemu Rozliczeń dokonywane są rozliczenia transakcji z użyciem kart płatniczych wydanych przez polskie banki: system przez całą dobę przyjmuje drogą telekomunikacyjną zlecenia płatnicze, a każda operacja ma swój indywidualny kod zgodny z międzynarodowymi standardami. W wypadku transakcji dokonanej przez posiadacza polskiej karty za granicą lub zagraniczną kartą płatniczą w Polsce jej rozliczenie następuje w systemie międzynarodowym tej organizacji, w której zrzeszony jest bank będący wydawcą karty⁹.

⁹ Do zagranicznych systemów płatniczych funkcjonujących w Polsce należą Europay Domestic Clearing and Settlement System prowadzony przez MasterCard Europe oraz VISA National Net Settlement System będący własnością VISA International.

W terminie umownym centrum rozliczeniowe uznaje na rachunku odbiorcy zadeklarowaną kwotę.

Acquirer za pośrednictwem systemu rozliczeniowego otrzymuje od wydawcy karty kwotę, na jaką opiewała transakcja (tzw. notę obciążeniową), a bank obciąża nią rachunek płatnika. Uzyskane środki agent rozliczeniowy przekazuje na rzecz akceptanta na wskazany przez niego w umowie rachunek bankowy¹⁰. Wynika z tego, że transakcje są rozliczane dopiero po jakimś czasie i od momentu bezprawnego użycia karty do faktycznego uszczuplenia środków na koncie osoby pokrzywdzonej może minąć nawet kilka lub kilkanaście godzin (czas blokady zależy m.in. od rodzaju karty i może utrzymywać się maksymalnie do 30 dni).

Przestępstwa z wykorzystaniem kart płatniczych zawsze ingerują w prawidłowy przebieg procesu autoryzacji i rozliczenia transakcji bezgotówkowych, a więc naruszają integralność danych polegającą na tym, że powinny one pozostać niedostępne dla osób nieuprawnionych. Chociaż każdy z uczestników transakcji kartowej ma określone prawa i obowiązki związane z realizacją płatności, to dla właściwej kwalifikacji omawianych przestępstw szczególnie ważna jest rola sprzedawcy towaru/usługi, który udostępni czytnik posiadaczowi karty płatniczej. Nie jest prawdą, jak stwierdził w przytoczonym wcześniej wyroku Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze, że w wypadku płatności w technice zbliżeniowej akceptant nie weryfikuje okoliczności, czy kartą posługuje się osoba do tego uprawniona, a nawet nie ma obowiązku odmówienia przeprowadzenia „podejrzanej” operacji. Jest wprost przeciwnie: zgodnie z art. 59e u.u.p. odmowa przyjęcia zapłaty przez akceptanta musi nastąpić m.in. w momencie stwierdzenia posługiwania się instrumentem płatniczym przez osobę nieuprawnioną. Obowiązek ten jest skonkretyzowany w regulaminach świadczenia usług płatniczych, stanowiących integralną część umów o przyjmowanie zapłaty przy użyciu kart, zawieranych pomiędzy akceptantem a wydawcą „plastiku”. Znajdują się w nich zapisy, że osoba obsługująca terminal musi być odpowiednio przeszkolona i zanim przeprowadzi transakcję powinna sprawdzić m.in. datę ważności karty, czy karta nie nosi widocznych śladów podrobienia lub przerobienia i czy jest podpisana przez posiadacza (niedozwolone jest realizowanie płatności kartami niepodpisanymi). W razie jakichkolwiek wątpliwości, osoba przyjmująca płatność jest zobowiązana do niezwłocznego skontaktowania się z tzw. centrum obsługi akceptanta, a nawet zatrzymania karty i odesłania jej do wystawcy. Ponadto przy płatnościach na kwotę powyżej 50 zł lub po przekroczeniu limitu transakcji zbliżeniowych w trybie *offline* autoryzacja wymaga wpisania kodu PIN (w nielicznych sytuacjach złożenia podpisu na wydruku

¹⁰ M. Grabowski, Instrumenty płatnicze w prawie polskim, rozprawa doktorska, Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych, Warszawa 2013, s. 158–159, źródło: <http://depotuw.ceon.pl>, data odczytu: 4 października 2015 r.

z terminalu). Po dokonaniu płatności sprzedawca zawsze wydaje kupującemu rachunek z kasy oraz na życzenie klienta paragon z czytnika potwierdzający jej przeprowadzenie (tzw. *slip*). Wymienione reguły wynikają nie tylko z faktu, że zdecydowana większość terminali POS obsługiwana jest manualnie, ale także ze spoczywającego na banku obowiązku kontrolowania dostępu do bankowości mobilnej za pośrednictwem elektronicznych kanałów rozliczeniowych, a więc sprawdzenia, czy dana próba kontaktu lub transakcji jest uprawniona. Chodzi w szczególności o potwierdzenie tożsamości i uprawnień klienta posługującego się kartą płatniczą, minimalizujące ryzyko udzielenia dostępu osobom nieupoważnionym. Na banku ciąży wynikający z przepisów prawa nakaz zapewnienia bezpieczeństwa danych i środków każdego klienta, m.in. przez ochronę jego rachunku przed nadużyciami i w tym celu systemy informatyczne i urządzenia wykorzystywane do usług płatniczych powinny być odpowiednio zaprojektowane i skonfigurowane¹¹.

IV. Techniczne aspekty transakcji kartowej

Termin „karta płatnicza” definiowany jest zarówno w literaturze prawniczo-ekonomicznej, jak i w obowiązujących przepisach prawa. Zwraca się przy tym uwagę na podwójny charakter karty płatniczej: większość książkowych definicji oscyluje pomiędzy opisem skutków prawnych czynności dokonywanych z jej wykorzystaniem a technicznym charakterem funkcjonowania „plastikowego pieniądza”. W tym ostatnim ujęciu karta płatnicza stanowi kawałek sztucznego tworzywa, który ma znormalizowane wymiary, wytłoczone znaki oraz system elektroniczny umożliwiający jej działanie. Aspekt techniczny karty podkreśla W. Chmielarz, którego zdaniem jest to elektroniczny, indywidualny środek płatności, ułatwiający dostęp do środków finansowych zgromadzonych na koncie¹². Kartę płatniczą uważa się za przedmiot mający określony wygląd i treść umożliwiające jej posiadaczowi bezgotówkowe dokonywanie płatności na zasadach określonych w umowie ramowej. Takie, bardziej cywilistyczne spojrzenie zawiera definicja J. Kudły, opisującego kartę płatniczą jako kartę identyfikującą wydawcę i upoważnionego posiadacza, uprawniającą do wypłaty gotówki i dokonywania zapłaty, a w pewnych sytuacjach do wykorzystania w tym celu kredytu, jeśli instytucją wydającą kartę jest bank lub inny kredytodawca¹³. W definicji J. Kukulskiego z kolei karta jest do-

¹¹ Rekomendacja D dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w banku, Komisja Nadzoru Finansowego, Warszawa 2013, s. 48.

¹² W. Chmielarz, System elektronicznej bankowości, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2005, s. 23.

¹³ J. Kudła, Instrumenty finansowe i ich zastosowanie, Wydawnictwo Key Text, Warszawa 2010, s. 247.

kumentem uprawniającym imiennie konkretną osobę do wykonania operacji określonych w umowie o jej wydanie, zwłaszcza do bezgotówkowej zapłaty oraz wypłaty pieniędzy¹⁴. Charakter kompleksowy ma definicja W. Grzegorzcyka: „Karta płatnicza to zespół środków techniczno-informacyjnych, magnetycznych, elektronicznych i teletransmisyjnych pozwalających na obrót pieniężny bez nośnika papierowego, zakładający trójstronne związki między bankami, nabywcą a sprzedającym”¹⁵.

Legalna definicja karty płatniczej znajduje się w art. 2 pkt 15a u.u.p., który stanowi, że jest to karta uprawniająca do wypłaty gotówki lub umożliwiająca złożenie zlecenia płatniczego za pośrednictwem akceptanta lub agenta rozliczeniowego, zatwierdzanego przez akceptanta w celu otrzymania przez niego należnych mu środków. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Katowicach, ponieważ karta płatnicza służy m.in. do zapłaty za towary i usługi, spełnia funkcję pieniądza gotówkowego¹⁶. W rozumieniu art. 2 pkt 10 u.u.p. jest także instrumentem płatniczym, a więc zindywidualizowanym urządzeniem lub uzgodnionym przez użytkownika i dostawcę zbiorem procedur, wykorzystywanym przez użytkownika do złożenia zlecenia płatniczego. Obecna definicja koncentruje się więc na jej znaczeniu funkcjonalnym i ma charakter uniwersalny w tym sensie, że zawiera w sobie wszystkie karty płatnicze dostępne na rynku (nie ma innego rodzaju kart płatniczych pozostających poza zakresem definicji). Potwierdza to art. 4 ust. 1 pkt 4 Prawa bankowego¹⁷, który w zakresie definicji karty płatniczej odsyła do art. 2 pkt 15a u.u.p.

Proces zapłaty kartą opiera się na zintegrowanych i kompleksowych systemach informatycznych, umożliwiających wymianę informacji i obsługujących każdy etap realizacji transakcji. Chodzi o umożliwienie klientowi dostępu do środków zgromadzonych na jego rachunku bankowym przy wykorzystaniu odpowiednich procedur i środków. Płatność jest możliwa dzięki infrastrukturze teleinformatycznej wykorzystywanej przez uczestników transakcji, rozumianej jako zespół urządzeń i łączy transmisyjnych obejmujący w szczególności platformy sprzętowe (serwery, macierze, stacje robocze itp.), sieć teleinformatyczną (routery, przełączniki, zapory sieciowe oraz inne urządzenia sieciowe), oprogramowanie systemowe (systemy operacyjne i systemy zarządzania bazami danych) oraz inne elementy warunkujące

¹⁴ J. Kukulski, *Aspekty prawne bankowych kart płatniczych w polskim systemie pieniężnym*, C. F. Müller, Warszawa 2002, s. 239.

¹⁵ W. Grzegorzcyk, *Marketing bankowy*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz–Łódź 2003, s. 157.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26.10.2004 r., sygn. II AKa 295/04, *Prokuratura i Prawo* 2005, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10.

¹⁷ Dz. U. z 1997 r., Nr 140 poz. 939 z późn. zm.

bezwaryjną i bezpieczną pracę zasobu danych¹⁸. Płatność kartą przebiega w ten sposób, że gdy posiadacz wprowadza ją do czytnika, pojawia się napięcie elektryczne na styku chipa z czytnikiem i mikroprocesor przesyła do terminalu ciąg bajtów, z których każdy niesie szereg danych zawierających nie tylko informacje o logicznej strukturze informatycznej obsługującej kartę (np. język preferowany przez jej posiadacza), ale także wymogi aplikacyjne niezbędne do wykonania operacji. Następuje proces uwierzytelnienia przez przesłanie z terminalu informacji dotyczących środka płatniczego oraz wpisanego na klawiaturze numeru PIN. Wymóg autoryzacji kodem lub podpisem nie obowiązuje przy transakcjach zbliżeniowych poniżej 50 zł. Wpisany na klawiaturze PIN dostarczany jest na serwer banku przy zastosowaniu tajnego klucza w postaci 15-bitowej liczby zaszyfrowanej algorytmem DES. Z otrzymanego szyfrogramu zostaje wyznaczona wartość PIN-u, którą porównuje się z wartością wprowadzoną przez użytkownika karty na konsoli maszyny – jeżeli są takie same, transakcja zostaje uwierzytelniona¹⁹.

Wynika z tego, że w karcie płatniczej całym procesem zapłaty steruje mikroprocesor i uwierzytelnia ją za pomocą dwóch informacji: znanej posiadaczowi karty (tj. PIN-u) oraz unikatowego klucza bezpieczeństwa zapisanego w chipie. W wypadku kart zbliżeniowych komunikacja instrumentu płatniczego z terminalem odbywa się z użyciem umieszczonego na plastiku nadajnika działającego w ramach specjalnych systemów płatności zbliżeniowych (PayPass dla MasterCard i PayWave dla Visy). Karty bezstykowe z kolei wykorzystują komunikację bliskiego zasięgu (ang. *Near Field Communication* – NFC), a operacje tego rodzaju realizowane są dzięki umieszczonemu w karcie miniaturowemu układowi scalonemu oraz wbudowanej antenie radiowej. Umożliwiają one bezprzewodową transmisję danych między chipem i terminalem za pomocą fal radiowych o częstotliwości 13,56 Mhz z wykorzystaniem standardu komunikacyjnego ISO 14443. Całe połączenie odbywa się bezstykowo (maksymalnie na odległość do kilkunastu centymetrów). System bankowy, w celu wyrażenia zgody na realizację operacji, sprawdza autentyczność karty i potwierdza możliwość dokonania zapłaty z jej użyciem w ramach przyznanego limitu. Wskazane parametry mogą być przesyłane na bieżąco do banku w celu autoryzacji (mówi się wtedy o trybie online), ale w wypadku terminali sklepowych POS transakcja najczęściej realizowana jest w trybie offline. Oznacza to, że po odczytaniu karty system operacyjny maszyny ma wystarczające dane do przeprowadzenia zlecenia bez obo-

¹⁸ Rekomendacja D dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w banku, Komisja Nadzoru Finansowego, Warszawa 2013, s. 6.

¹⁹ D. W a r z y n i a k, Bezpieczeństwo bankowości elektronicznej, (w:) A. G o s p o d a r o w i c z (red.), Bankowość elektroniczna, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2005, s. 100.

wiązku komunikowania się z jej wydawcą w czasie rzeczywistym. Ostatecznie każda ze wcześniej opisanych stron (tj. posiadacz karty, jej wydawca, akceptant i agent rozliczeniowy) realizuje z góry określony zestaw przekształceń danych zawartych w komunikacie zgodnie z przydzieloną jej rolą w systemie płatniczym. Na końcu bank informuje centrum autoryzacyjne o zatwierdzeniu lub odmowie zatwierdzenia operacji i centrum instruuje POS, aby zrealizował transakcję lub ją odrzucił. Podstawowe znaczenie dla procesu przetwarzania danych mają informacje znajdujące się w mikroprocesorze karty, dotyczące m.in. posiadacza karty i jego konta bankowego. Karty z chipem są zaawansowanymi kartami elektronicznymi, w praktyce swego rodzaju komputerem wyposażonym w wyspecjalizowany system operacyjny. Na ich powierzchni znajduje się kwadrat, najczęściej koloru złotego, a w nim niewielkie wgłębienie. W jego środku, za pokrytą cienką warstwą żywicy powłoką ochronną, osadzono kilkudziesięciobitowy mikroprocesor oraz moduł z pamięcią do ponownego zapisu (EEPROM)²⁰. Procesor wyposażony jest w oprogramowanie, które kontroluje odczyt i zapis danych zawartych w pamięci elektronicznej, a więc zajmuje się zarządzaniem pamięcią karty, co zwiększa poziom bezpieczeństwa transakcji.

V. Zastosowanie art. 279 § 1 k.k. w kwalifikacji prawnej przestępstw z wykorzystaniem kart płatniczych

Szukając odpowiedzi na pytanie, czy nieautoryzowane transakcje kartą płatniczą wyczerpują znamiona art. 279 § 1 k.k., należy odnieść się do dwóch powiązanych ze sobą przyczynowo czynności sprawczych, charakterystycznych dla kradzieży z włamaniem:

- zachowania polegającego na przełamaniu zabezpieczenia oraz
- zaboru rzeczy ruchomej.

Warunkiem dokonania włamania jest to, aby dostęp do mienia był zamknięty i aby sprawca w jakikolwiek sposób przez fizyczne działanie na przedmiot stanowiący przeszkodę dostał się do wnętrza²¹. Osoba realizująca omawiany typ przestępstwa najpierw włamuje się, a następnie wykonuje czynność zaboru, co stanowi jeden czyn w rozumieniu art. 11 § 1 k.k.

Znaczenie prawne terminu „włamanie” przez ostatnie lata znacznie ewoluowało. Jeszcze pod rządami kodeksu karnego z 1969 roku rozumiano go wyłącznie jako wdarcie się w celu kradzieży do pomieszczenia przez usu-

²⁰ P. Opitek, Wpływ standardu EMV na nielegalne działania z wykorzystaniem kart płatniczych w kontekście przestępstwa skimming, *Bezpieczny Bank* 2016, nr 1, s. 136–137.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 1976 r., sygn. II KR 322/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 22.

nięcie przeszkody materialnej i przy użyciu siły fizycznej²². W związku z rozwojem techniki i pojawieniem się nowych sposobów ochrony przedmiotów, w tym w szczególności zabezpieczeń elektronicznych, coraz częściej spotyka się „uwspółcześnione” podejście do wykładni znamienia „z włamaniem”, które sprowadza się do stwierdzenia, że „zabezpieczenie”, o którym mowa w art. 279 § 1 k.k., może mieć charakter elektroniczny. Sąd Najwyższy wskazał na przykład, że zabezpieczenie elektroniczne związane z kodem dostępu stanowi *sui generis* zamknięcie dostępu dla każdej osoby, która zamierza władać rzeczą, także dla osoby uprawnionej. Jest więc swoistym ekwiwalentem fizycznego zamknięcia rzeczy w pomieszczeniu²³. W doktrynie można spotkać jeszcze dalej idące stanowisko, że przez „zabezpieczenie” rozumieć należy specjalnie skonstruowane kody (ang. *pass word*) uniemożliwiające dostęp do urządzeń elektronicznych, w których zgromadzone są zakodowane dane, na przykład systemy zabezpieczeń komputerów i systemów komputerowych, informacji przekazywanych za pośrednictwem Internetu, zabezpieczeń elektronicznych bankomatów itp.²⁴. Stąd była już prosta droga do przyjęcia przez Sąd Najwyższy, że nieautoryzowane wypłaty pieniędzy z bankomatów stanowią przestępstwo kradzieży z włamaniem. Dzisiaj takie stanowisko jest dominujące, a przepis art. 279 § 1 k.k. słusznie stosuje się do nieautoryzowanych wypłat bankomatowych z wykorzystaniem skradzionej/przywłaszczonej/sfałszowanej karty płatniczej i przypisanego jej numeru PIN²⁵. Jeśli zatem we wcześniejszym orzecznictwie sądowym ugruntowany był pogląd, że należy traktować jako kradzież z włamaniem zachowanie polegające na otwarciu drzwi oryginalnym kluczem wbrew woli osoby uprawnionej do dysponowania pomieszczeniem z zamiarem dokonania w ten sposób kradzieży, to obecnie sądy zaczęły traktować przez dopuszczalną analogię, że owym „oryginalnym kluczem” jest karta płatnicza, „drzwiami” – terminal czytający kartę, a „pomieszczeniem zamkniętym” – sejf maszyny wypełniony banknotami. „Przełamanie zabezpieczenia” w rozumieniu art. 279 § 1 k.k. stanowi zatem bezprawne wykorzystanie kodu PIN karty płatniczej przez wpisanie go na konsoli maszyny wa-

²² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 1972 r., sygn. I KR 137/72, OSNPG 1972, nr 12, poz. 196.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2004 r., sygn. V KK 144/04, OSN w sprawach karnych z 2004 r., poz. 1533, s. 743. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał, że włamaniem jest nie tylko pokonanie przeszkody materialnej, ale również przełamanie zabezpieczeń elektrycznych, elektronicznych czy komputerowych (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2004 r., sygn. V KK 144/04, LEX nr 137749).

²⁴ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Komentarz do art. 287 k.k., (w:) A. Zołł, Kodeks karny. Część szczególna, t. 3, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 95.

²⁵ Zob. m.in.: R. Zawłocki, M. Gałęski, Przepętne posługiwanie się cudzą kartą płatniczą, (w:) E. W. Pływaczewski, W. Filipowski, Z. Rau (red.), Przepętczność w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy prawno-kryminologiczne, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 814 i 817.

runkujące zabór w celu przywłaszczenia (wypłatę) gotówki z bankomatu przez osobę nieuprawnioną²⁶.

Zaprezentowane stanowisko nie jest wolne od kontrowersji, a niekiedy nawet wprost kwestionowane. B. Michalski twierdzi na przykład, że (...) w takiej sytuacji brak jest charakterystycznego dla kradzieży z włamaniem elementu „użycia siły fizycznej”. Co ważniejsze jednak, nawet w wypadku przyjęcia (co jest mocno wątpliwe), że komputer, bankomat, Internet, system komputerowy itp. są swoistymi „pomieszczeniami zamkniętymi”, nie do obronienia jest pogląd, że występuje w tym wypadku charakterystyczne dla kradzieży z włamaniem „przeniknięcie” sprawcy do wnętrza takiego pomieszczenia. Z całą pewnością czyn taki można uznać w pewnych wypadkach za „kradzież mienia z pokonaniem jego zabezpieczenia”, jednakże nie jest to „kradzież z włamaniem”, bowiem „pokonanie zabezpieczenia mienia” jest tylko jednym z elementów kwalifikujących znamiona z art. 279 § 1 k.k. Cytowany autor nieautoryzowane wypłaty z bankomatów, gdy przedmiotem zamachu są „wartości majątkowe”, chce kwalifikować z art. 287 k.k.²⁷. Pogląd taki nie zasługuje na aprobatę i został poddany krytyce m.in. przez M. Dąbrowską-Kardas i P. Kardasa. Autorzy ci wskazują, że jurystyczna istota kradzieży z włamaniem nie polega na „przeniknięciu sprawcy do zamkniętego pomieszczenia”, lecz na zaborze zabezpieczonych rzeczy ruchomych przy użyciu włamania, a więc zachowania polegającego na usunięciu przeszkody materialnej lub elektronicznej zamykającej dostęp do mienia²⁸. Kwestia pozornego zbiegu art. 279 § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k. w takich sytuacjach będzie szczegółowo omówiona w dalszej części artykułu. W tym miejscu należy dodać, że sam B. Michalski widzi istotny problem do rozwiązania i konieczność „nowego” podejścia do interpretacji znamienia „włamania” z art. 279 § 1 k.k. Autor stwierdza mianowicie, że spór wokół ww. kwalifikacji uzasadnia tezę, że tradycyjne rozumienie „kradzieży z włamaniem” jest pojęciem w pewnym sensie przestarzałym, gdyż nie uwzględnia nowych zjawisk o charakterze kryminalnym, związanych zwłaszcza z rozwojem techniki. W uzupełnieniu tego wywodu należy dodać, że kwalifikacja nielegalnych wypłat bankomatowych na podstawie art. 279 § 1 k.k. wychodzi naprzeciw twierdzeniu o konieczności dostosowania do nowych realiów zmieniającego się świata znamion „kradzieży z włamaniem” i nie powoduje przekroczenia dopuszczalnych granic interpretacji znamion czynu nakreślonych przez ustawodawcę.

²⁶ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Komentarz do art. 287 k.k..., *op. cit.*, s. 95.

²⁷ B. Michalski, Komentarz do art. 279 § 1 k.k., (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do artykułów 222–316, t. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 852.

²⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Komentarz do art. 287 k.k..., *op. cit.*, s. 95.

W wypadku nieautoryzowanych wypłat należy odróżnić od kradzieży z włamaniem sytuację, kiedy gotówkę z maszyny podejmuje prawowity posiadacz karty płatniczej, dysponujący przypisanym do niej numerem PIN, lecz robi to niezgodnie z prawem. Może to dotyczyć tzw. podwójnych wypłat, kiedy przestępca podejmuje gotówkę kilkakrotnie i za każdym razem przekracza górną granicę środków zgromadzonych na rachunku bankowym, zanim informacja o pierwszej wypłacie zostanie zaksięgowana w banku. Takie *modus operandi* przyjęły grupy przestępcze działające na Śląsku: przestępcy w czeskim Cieszynie realizowali polskimi kartami transakcje o wartości znacznie przekraczającej kwotę środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym, zanim informacja o tym dotarła do polskiego banku i karta została zablokowana. Podobna sytuacja dotyczy wypłacenia pieniędzy z maszyny przy użyciu karty kredytowej ponad przyznany limit. Z uwagi na to, że po stronie instytucji finansowej nie uczestniczy we wspomnianych operacjach żadna osoba, a ponadto nie dochodzi do przełamania elektronicznego zabezpieczenia sejfów bankomatów, czyny takie należy analizować pod kątem przestępstwa kradzieży z art. 278 § 1 k.k., albowiem sprawca podejmując gotówkę zabiera cudze, należące do banku, mienie²⁹.

VI. Zastosowanie art. 286 § 1 k.k. w kwalifikacji prawnej przestępstw z wykorzystaniem kart płatniczych

Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z nieautoryzowanym użyciem karty płatniczej w urządzeniu innym niż bankomat będzie zależała od tego, czy w transakcji pośredniczyła inna osoba, czy też zrealizowano ją w terminalu samoobsługowym. W pierwszym wypadku należy wziąć pod uwagę przepis art. 286 k.k. ustanawiający odpowiedzialność karną za czyn polegający na doprowadzeniu innej osoby w celu osiągnięcia korzyści majątkowej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem cudzym przez wprowadzenie jej w błąd lub wyzyskanie błędu. Zamiar sprawcy przy przestępstwie oszustwa musi obejmować więc dwa elementy: sposób postępowania opisany w dyspozycji art. 286 § 1 k.k. i chęć osiągnięcia korzyści majątkowej w następstwie takiego działania. Nieodłącznym warunkiem odpowiedzialności jest ponadto wykazanie związku przyczynowego pomiędzy sposobem działania a dyspozycją majątkową w mieniu pokrzywdzonego.

W płatnościach manualnych przy użyciu sklepowych czytników POS sprawca posługujący się kartą płatniczą oddziałuje na proces decyzyjny osoby obsługującej terminal, aby wykonała konkretne czynności faktyczne warunkujące realizację sprzedaży: uruchomiła czytnik, wbiła na klawiaturze

²⁹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. II AKa 182/14, LEX nr 1665547.

cenę towaru/usługi i zatwierdziła ją (najczęściej zielonym) klawiszem³⁰. Dopiero wtedy terminal sygnalizuje możliwość płatności i w wypadku transakcji zbliżeniowej wystarczy przyłożyć kartę do jego ekranu. Jeśli natomiast konsument nie będzie chciał lub nie będzie mógł skorzystać z technologii zbliżeniowej, akceptant musi włożyć „plastik” do terminalu i przekazać klawiaturę kupującemu, by ten wprowadził kod. Po wpisaniu PIN-u i zatwierdzeniu go zielonym klawiszem następuje realizacja zlecenia, a akceptant ma obowiązek wydrukować rachunek i zwrócić kartę. Ponieważ, jak już powiedziano, na akceptancie ciąży prawny obowiązek czuwania nad bezpiecznym przebiegiem usługi płatniczej, w tym weryfikowania osoby posługującej się kartą, przestępca musi go oszukać na dwa sposoby:

- wprowadza w błąd akceptanta podstępными zabiegami prowadzącymi do stworzenia mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy. Może za pomocą słowa czy gestu dać do zrozumienia sprzedawcy, że jest prawowitym posiadaczem „plastikowego pieniądza”, np. zapytać: „Chciałbym zapłacić moją kartą za towar”, czy nawet wprost przedstawić się nie swoim imieniem i nazwiskiem widniejącym na karcie. Do przypisania oszustwa nie jest bowiem konieczna realizacja szczególnego podstępu, lecz wystarczy każde działanie mogące wprowadzić inną osobę w błąd³¹;
- wyzyskuje błąd powstały u sprzedawcy, który ma fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości (uznaje, że osoba posługująca się kartą ma do tego stosowne umocowanie), a oszust wykorzystuje stan jego psychiki do realizacji zapłaty. Akceptant np. nie weryfikuje zamieszczonych na karcie danych z dowodem osobistym jej posiadacza i pozwala przyłożyć plastik do czytnika, gdyż w sposób konkludentny zakłada, że wszystko odbywa się zgodnie z prawem. Przesztecpa nie musi nawet wypowiadać słów czy wykonywać gestów, które potwierdziłyby jego (rzekome) prawo do dysponowania kartą³². Wystarczające jest ustalenie jakiegokolwiek działania, które może spowodować błędne wyobrażenie o rzeczywistości u osoby rozporządzającej mieniem.

W omawianych sytuacjach sprawca wie, że musi użyć podstępu, aby wprowadzić sprzedawcę w błąd lub wyzyskać jego pozostawanie w błędzie. Trudno bowiem racjonalnie przyjąć, że dorosła osoba płacąca skradzionym lub przywłaszczonym „plastikiem” może pozostawać w subiektywnym prze-

³⁰ Zob. R. Zawłocki, M. Gałęski, *Przesztecpane posługiwanie się cudzą kartą płatniczą...*, *op. cit.*, s. 815.

³¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 1986 r., sygn. II KR 134/86, OSNPG 1987, nr 7, poz. 80.

³² Podobne zachowanie stanowi doprowadzenie do wypłaty z rachunku bankowego z wykorzystaniem niewiedzy pracownika instytucji finansowej, że na koncie brakuje środków na pokrycie wystawionego czeku własnego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 lutego 1995 r., sygn. II AKr 2/95, Prokuratura i Prawo 1995, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9).

świadczeniu, iż taka transakcja nie stanowi czynu zabronionego. Przestępstwo opisane w art. 286 § 1 k.k. nie wymaga natomiast, aby rozporządzenie mieniem nastąpiło przez pokrzywdzonego, a konieczne jest tylko, by istniała tożsamość pomiędzy osobą wprowadzoną w błąd lub której błąd wyzyskano a osobą rozporządzającą mieniem własnym lub cudzym³³. Do przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej z art. 286 § 1 k.k. nie jest nawet konieczne ustalenie tożsamości podmiotowej osoby wprowadzonej w błąd przy obsłudze czytnika³⁴, jeśli określono charakter transakcji płatniczej.

Akceptant co prawda nie dysponuje swoim majątkiem, ale w ramach stosunku cywilnoprawnego jest umocowany do rozporządzania cudzym mieniem w trakcie realizacji usługi płatniczej. Użyty w art. 286 § 1 k.k. termin „rozporządza mieniem” należy interpretować szeroko: chodzi o wszelkie czynności prowadzące do zmiany stanu majątkowego, tj. z jednej strony poprawienia sytuacji finansowej sprawcy, a z drugiej pomniejszenia salda na rachunku bankowym pokrzywdzonego bez otrzymania jakiegokolwiek ekwiwalentu w postaci towaru lub usługi. Do „rozporządzenia” dochodzi w momencie, gdy akceptant podejmuje czynności faktyczne związane z obsługą POS-u i stanowiące warunek konieczny do zrealizowania płatności kartowej. Cywilistyczne znaczenie „rozporządzenia mieniem” nie determinuje wykładni tego pojęcia odnośnie znamion strony przedmiotowej przestępstwa oszustwa, ponieważ na gruncie art. 286 § 1 k.k. ma ono znaczenie swoiste i jest rozumiane jako każda czynność zadysponowania mieniem, przewidziana przez przepisy prawa i kształtująca określony stan prawny³⁵. „Rozporządzenie” mieniem w momencie realizacji przez akceptanta transakcji płatniczej ma umocowanie w przepisach, gdyż czynność (zlecenie) zapłaty regulowana jest zarówno w ustawie o usługach płatniczych, a także w umowach obowiązujących pomiędzy podmiotami realizującymi płatności kartowe. Droga pochodzenia przestępstwa oszustwa kończy się w momencie przyjęcia przez system zlecenia płatniczego.

W omawianych sytuacjach za nieprawidłowe uznać należy kwalifikowanie transakcji kartą płatniczą z wykorzystaniem terminalu POS jako kradzieży z włamaniem. W wypadku przestępstwa oszustwa celem działania sprawcy jest osiągnięcie korzyści majątkowej – tutaj widać wyraźną różnicę między art. 279 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. Chociaż oba przestępstwa są skierowane przeciwko mieniu, to „korzyść majątkowa” przy oszustwie jest pojęciem o wiele szerszym aniżeli „zabór rzeczy” przy kradzieży z włamaniem: jest to

³³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. II KK 10/13, Biuletyn Prawa Karnego, nr 1, 2014.

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 30 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 26/13, LEX nr 1315706.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 sierpnia 2012 r., sygn. V KK 419/11, OSNKW 2012, nr 12, poz. 133.

niezwykle szeroki zakres rozporządzeń o charakterze rzeczowym lub obligacyjnym, do których dochodzi w wyniku oszukańczego zachowania się konkretnej osoby. Przy oszustwie w działaniu sprawcy brak jest „zaboru rzeczy ruchomej”, natomiast dla przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. znamię czasownikowe „kradnie” zawiera w sobie, identycznie jak w art. 278 § 1 k.k., chęć zaboru takiej rzeczy w celu przywłaszczenia i dlatego sprawca zawsze musi ją zabrać i włączyć do swojego majątku. Istotą kradzieży jest więc „zabór”, czyli dokonanie zmiany położenia rzeczy, jej przemieszczenie – mieniem ruchomym w prawie karnym są bowiem przedmioty fizyczne ruchome, które można przenosić z miejsca na miejsce³⁶. Stanowisko takie potwierdził wielokrotnie Sąd Najwyższy, stwierdzając m.in.: „Przestępstwo opisane w art. 279 § 1 k.k. jest przestępstwem materialnym i do jego dokonania nie dochodzi, jeżeli sprawca nie objął jeszcze we władanie przedmiotu kradzieży”³⁷. W wypadku zapłaty kartą płatniczą za towar/usługę przedmiotem zaboru są niejako wartości pieniężne zapisane w systemie informatycznym banku w postaci sekwencji cyfrowych (faktycznie banki dysponują o wiele mniejszym zapasem rezerw gotówkowych aniżeli kwota pieniędzy formalnie zdeponowanych na ich rachunkach bankowych). Uiszczając cenę za pośrednictwem terminalu POS, przestępca nie wchodzi jednak fizycznie w posiadanie przeznaczonych do uregulowania zobowiązania środków pieniężnych (banknotów, monet), a więc nie obejmuje we władanie „rzeczy skradzionej”. Wynika z tego, że przedmiotem czynności wykonawczej w wypadku kradzieży z włamaniem nie może być cyfrowe przekształcenie zapisu rachunku bankowego. W podobnym duchu orzekł Sąd Najwyższy, wskazując, że przedmiotem kradzieży z art. 278 § 1 k.k. (a więc także kradzieży z włamaniem) nie może być udział w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z uwagi na jego charakter i brak bytu fizycznego³⁸. Tworzenie abstrakcyjnej analogii, że płacąc kartą za pośrednictwem terminalu POS sprawca niejako obejmuje we władanie równowartość środków zgromadzonych na koncie i stanowiących cenę towaru, jest błędem.

Z powyższych rozważań wynika *a contrario*, że zachowanie polegające na nieautoryzowanej wypłacie pieniędzy z bankomatu nie może być kwalifikowane jako przestępstwo oszustwa, ponieważ przy tego typu transakcjach nie uczestniczy żadna druga osoba. Irracjonalne byłoby twierdzenie, że przestępca działał podstępnie względem bezrozumnej maszyny, jaką jest bankomat, abstrahując nawet od tego, że „podstępne” działanie wobec

³⁶ B. Michałski, Komentarz do art. 279 § 1 k.k. (w:), A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do artykułów 222–316, t. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 808.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2013 r., sygn. V KK 280/12, Prokuratura i Prawo 2013, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8.

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 1 kwietnia 2015 r., sygn. II AKa 7/15, OSASz 2015, nr 2, poz. 28–64.

przedmiotów nieożywionych nie jest objęte ustawowymi znamionami z art. 286 § 1 k.k.³⁹. Potwierdził to Sąd Apelacyjny w Katowicach, przyjmując, że „(...) wypłacenie pieniędzy w bankomacie przy użyciu karty kredytowej ponad przyznany limit z uwagi na to, że po stronie banku nie uczestniczy w takiej operacji żadna osoba, trudno rozpatrywać jako przestępstwo oszustwa z art. 286 § 1 k.k. (...)”. W dalszej części orzeczenia Sąd słusznie wskazał, że taką transakcję można analizować pod kątem przestępstwa kradzieży z art. 278 § 1 k.k., albowiem sprawca wypłacając pieniądze i nie zwracając ich, zabrał rzeczy cudze, tj. mienie należące do banku⁴⁰.

Poza przypadkami oszustw z użyciem POS-ów obsługiwanych manualnie przez akceptanta do realizacji znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. może dojść w wyniku następujących transakcji:

- usługi *cash back*, polegającej na wypłaceniu u akceptanta gotówki przy okazji dokonywania transakcji kartą płatniczą i jednoczesnym obciążeniu konta posiadacza karty pobraną kwotą. Jest to alternatywna forma, w stosunku do usług bankomatowych, pobrania środków pieniężnych w punktach handlowych;
- zamówienia/zakupu przez telefon, gdy autoryzacja i rozliczenie dokonywane są przez przekazanie odpowiednich danych dotyczących karty płatniczej osobie obsługującej transakcję po stronie operatora telefonicznego.

Przestępcy coraz częściej do wyłudzeń wybierają najnowsze metody oparte na inżynierii społecznej (socjotechnice) typu *vishing* i *smishing*. Pierwsza polega na zastosowaniu automatycznego programu, który telefonuje do klienta i prosi o podanie danych karty płatniczej pod dowolnym pretekstem (np. weryfikacji dokonanych operacji). W przypadku *smishingu* na smartfon potencjalnej ofiary przesyłany jest sms z prośbą o zatelefonowanie na podany numer w celu potwierdzenia danych osobowych lub danych rachunku bankowego. Innym razem krótka wiadomość tekstowa może sugerować konieczność zalogowania się na (fałszywą) stronę internetową. Użyte w taki sposób informacje o kartach płatniczych wykorzystywane są najczęściej do nieautoryzowanych transakcji typu CNP.

³⁹ M. Całkiewicz, Taktyka prowadzenia postępowań karnych w sprawach o przestępstwa popełnione przez posiadaczy rachunków oszczędnościowo-rozliczeniowych za pomocą kart bankomatowych, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 4, s. 19–53.

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. II AKa 182/14, LEX nr 1665547.

VII. Zastosowanie art. 287 § 1 k.k. w kwalifikacji prawnej przestępstw z wykorzystaniem kart płatniczych

Zgodnie z art. 287 § 1 k.k. „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody, bez upoważnienia, wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmienia, usuwa albo wprowadza nowy zapis danych informatycznych, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. W cytowanym przepisie chodzi o bezprawne manipulowanie danymi informatycznymi bez upoważnienia, co oznacza działanie wbrew woli podmiotu zarządzającego danymi po to, by uzyskać korzyść majątkową lub wyrządzić innej osobie szkodę. Dane, o których mowa w cytowanym przepisie, to dowolne przedstawienie faktów, informacji lub pojęć w formie właściwej dla przetwarzania w systemie komputerowym bądź łącznie z odpowiednim programem powodującym wykonanie funkcji przez system rozumiany jako zbiór powiązanych aplikacji komputerowych, którego celem jest przetwarzanie danych⁴¹. Pojęcie automatycznego „przetwarzania”, „gromadzenia” i „przekazywania” zapisów cyfrowych zostało użyte w znaczeniu technicznym, jakie przypisywane jest tym terminom w sferze nowoczesnej technologii związanej z metodami i urządzeniami służącymi do operowania danymi, i odnosi się do danych informatycznych zakodowanych (zapisanych) na jakimkolwiek nośniku informacji, w tym także w pamięci komputera⁴². Czynność sprawczą w kontekście znamion przestępstwa oszustwa „komputerowego” należy więc rozumieć jako:

- „przetwarzanie” danych informatycznych, które oznacza wszelkie formy elektronicznych operacji na danych mające na celu zbieranie, katalogowanie, porządkowanie, obliczanie, archiwizowanie, analizę, przechowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie zapisu cyfrowego;
- „gromadzenie” danych informatycznych, czyli zbieranie ich i składowanie w jednym miejscu, najczęściej na nośniku cyfrowym;
- „przekazywanie” danych informatycznych, a więc proces ich przesyłania za pośrednictwem systemu elektronicznego, w którym uczestniczą co najmniej dwa podmioty: nadawca i odbiorca;
- „zmianę zapisu” danych informatycznych, tj. ingerencję w ich matematyczny zapis zgromadzony na dysku komputera lub innego nośnika informacji, co prowadzi do przeszerogowania pewnych sekwencji związanych z kodowaniem informacji. Konsekwencją takiego działania jest

⁴¹ Art. 1 lit. b Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości sporządzonej w Budapeszcie w dniu 23 listopada 2001 r., ratyfikowanej przez Prezydenta RP ustawą z dnia 12 września 2014 r. (Dz. U. z 2014 r., poz. 1514).

⁴² M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Komentarz do art. 287 k.k..., *op. cit.*, s. 343–344.

zmiana zapisu na nośniku danych, który po ingerencji sprawcy zawiera przynajmniej w części zmodyfikowane w stosunku do stanu wyjściowego informacje⁴³.

W trakcie transakcji kartą płatniczą, niezależnie od zastosowanej formy płatności, dochodzi do nieuprawnionego „przetwarzania”, „gromadzenia” i „przekazywania” danych informatycznych na kilku poziomach. Mówi o tym wprost art. 2 pkt 27 u.u.p., który pod pojęciem systemu płatności określa system transferu środków pieniężnych, oparty na formalnych i znormalizowanych regułach oraz wspólnych zasadach dotyczących przetwarzania, rozliczeń lub rozrachunku transakcji płatniczej⁴⁴. W części niniejszego opracowania dotyczącej charakteru transakcji kartowych i ich technicznych aspektów zostało szczegółowo opisane, jak omawiane transakcje wpływają na przetwarzanie i przekazywanie danych. Jeśli chodzi o zmianę zapisu, dokonuje się ona nie tylko w systemie informatycznym banku prowadzącego rachunek dedykowany instrumentowi płatniczemu, ale także w samej pamięci karty: obsługujący ją mikroprocesor zawiera np. licznik wszystkich transakcji (ang. *Application Transaction Counter* – ATC), który ma przeciwdziałać tzw. atakom powtórzeniowym (kilku operacjom o takich samych danych wyjściowych). Karta wydana klientowi po raz pierwszy ma wartość rejestru „0”, a każda następną transakcja (także oszukańcza) lub jej próba zwiększa stan licznika o „1”.

Przepis art. 287 k.k. będzie miał zastosowanie do nieautoryzowanych transakcji kartowych realizowanych bez udziału „czynnika ludzkiego”. W takim wypadku element wprowadzenia innej osoby w błąd lub wykorzystania jej błędu w ogóle nie występuje, gdyż sprawca posługując się bezprawnie danymi kartowymi, oddziałuje na urządzenia i procesy techniczne związane z automatycznym „obiegami” informacji, nie zaś na psychikę człowieka⁴⁵. Chodzi tu o następujące sytuacje:

- realizacja transakcji zbliżeniowych w terminalach samoobsługowych, a więc przy użyciu czytników przyjmujących płatności automatycznie, zlokalizowanych np. na stacjach benzynowych, w urzędach pocztowych, na autostradach i w innych miejscach użyteczności publicznej;

⁴³ *Ibidem*, s. 343–345.

⁴⁴ Zgodnie natomiast z art. 1 ust. 1 ustawy o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz. U. z 2001 r., Nr 123, poz. 1351), „system płatności” oznacza prawne powiązania pomiędzy co najmniej trzema instytucjami, z których co najmniej jedna jest bankiem centralnym, firmą inwestycyjną lub organem władzy publicznej, w ramach których to powiązań obowiązują wspólne dla uczestników zasady przeprowadzania rozliczeń lub realizacji zleceń rozrachunku.

⁴⁵ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 115 oraz R. Zawłocki, M. Gałęski, *Przestępne posługiwanie się cudzą kartą płatniczą...*, *op. cit.*, s. 816.

- carding, czyli posługiwanie się autentycznymi danymi cudzych kart płatniczych w celu wyłudzenia towaru lub usługi zamawianej automatycznie najczęściej za pośrednictwem telefonu lub Internetu;
- wszelkiego rodzaju płatności dokonywane z wykorzystaniem bankomatu, inne aniżeli wypłata gotówki z maszyny. Obecnie bankomaty posiadają funkcje, za pomocą których można np. zlecić przelew lub zasilić konto telefonu komórkowego.

Chociaż regulacje z art. 287 k.k. i art. 286 k.k. zawarte są w tym samym rozdziale XXXV Kodeksu Karnego pt. „Przestępstwa przeciwko mieniu” i zasadniczym przedmiotem ich ochrony jest mienie, to oprócz wspomnianego podobieństwa występują między nimi różnice. Powiedziano już, że na gruncie art. 286 k.k. do czynności sprawczej dochodzi poprzez działanie osoby wprowadzonej w błąd, a w wypadku oszustwa „komputerowego” będzie to rezultat czynności podjętych przez samego sprawcę w stosunku do „bezrozumnej” maszyny. Art. 287 k.k. stanowi więc podstawę kryminalizacji działań nakierowanych nie na osobę, lecz na urządzenia i systemy automatycznie przetwarzające, gromadzące i przesyłające informacje albo na zapisy umieszczone na nośnikach komputerowych. Tutaj przedmiot ochrony jest bardziej złożony niż w wypadku „klasycznego” oszustwa: na gruncie art. 287 k.k. chodzi o szeroko rozumiane mienie, które nabiera szczególnego znaczenia ze względu na specyficzny charakter zawartych w nim znamion. Mieniem w ujęciu art. 287 § 1 k.k. są zatem wszystkie prawa majątkowe, z których istnieniem związany jest stosowny zapis w systemie automatycznie przetwarzającym, gromadzącym lub przesyłającym dane, albo zapis na komputerowym nośniku informacji. Omawiany przepis chroni ponadto, jako dobro poboczne, integralność i nienaruszalność samych zapisów informacji oraz zasad automatycznego ich modyfikowania. Oznacza to, że przedmiotem ochrony obok mienia są także treści o szczególnym charakterze, tzn. ściśle z mieniem związane⁴⁶. Z uwagi na specyficzną treść terminu „mienie” w ujęciu art. 287 § 1 k.k. przedmiotem czynności wykonawczej będzie również konkretne urządzenie służące do operowania informacjami⁴⁷.

Przytoczone uwagi prowadzą do wniosku, że znamiona oszustwa „komputerowego” zostały określone stosunkowo szeroko, gdyż pod pojęciem „przetwarzania”, „gromadzenia”, „przekazywania” i „zmieniania zapisu” danych teleinformatycznych mieszczą się dziesiątki czynności sprawczych, których ostatecznym celem jest osiągnięcie w wyniku przestępstwa korzyści majątkowej lub wyrządzenie innej osobie szkody. Wydaje się, że w ten sposób ustawodawca chciał zapełnić lukę w prawie powstałą w wyniku wprowa-

⁴⁶ P. Kardas, Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym, *Przeгляд Sądowy* 2000, nr 11–12, s. 57.

⁴⁷ R. Korczyński, R. Koszut, „Oszustwo” komputerowe, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 2, s. 25.

dzania na rynek coraz to nowych technologii teleinformatycznych związanych m.in. z usługami płatniczymi oraz wcześniejszym brakiem sankcji karnej za przestępstwa ingerujące w systemy przetwarzania danych. Dlatego przy zastosowaniu art. 287 § 1 k.k. do konkretnego stanu faktycznego konieczne staje się wykazanie, że sprawca w sposób nieuprawniony wpłynął na automatyczną modyfikację danych poprzez (choćby zwięzłe) zamieszczenie w opisie czynu informacji, na czym konkretnie polegała modyfikacja, o której mowa w art. 287 § 1 k.k. Wynika to m.in. z funkcji gwarancyjnej prawa karnego – podejrzany/oskarżony ma prawo wiedzieć, co dokładnie mu się zarzuca, a sąd wydając wyrok, ma obowiązek wskazać, na czym konkretnie polegało popełnienie przestępstwa w świetle zastosowanej normy prawnej. W celu realizacji przez organ procesowy wspomnianych postulatów niezbędne jest posiadanie przynajmniej ogólnej wiedzy na temat technicznych zasad funkcjonowania transakcji kartowych, gdyż nawet wykorzystanie przez przestępcę tego samego urządzenia może powodować różne konsekwencje prawne. Przykładowo, telefon komórkowy z zainstalowaną aplikacją płatniczą staje się faktycznie nowym typem instrumentu płatniczego, funkcjonującego jak karta płatnicza. Warunkiem korzystania z tego typu płatności jest posiadanie aparatu działającego w technologii NFC, odpowiedniej karty SIM, zainstalowanie w aparacie aplikacji banku oraz dostęp do Internetu. Proces płatności jest w pełni zintegrowany z aplikacją mobilną i może zasadniczo działać w dwojaki sposób:

- w modelu opartym na rachunku bankowym (np. IKO PKO BP, PeoPay) płatność polega na tym, że podczas skanowania zakupionych produktów przez kasjera trzeba zalogować się do aplikacji, każdorazowo wygenerować kod i podać go sprzedawcy, następnie zatwierdzić płatność w telefonie i w ten sposób operacja zostaje zrealizowana;
- w modelu mobilnego portfela kartowego płatność opiera się na analogii do fizycznego portfela przechowującego karty płatnicze, ale w tym wypadku „portfelem” jest telefon komórkowy, który daje dostęp nawet do kilku wirtualnych kart, pozwala wybrać jedną z nich i dokonywać transakcji przy użyciu specjalnego kodu PIN (lub kodu biometrycznego, np. odcisku palca) oraz technologii NFC przede wszystkim w „fizycznych” punktach sprzedaży. Przebieg rozliczenia i rozrachunku najczęściej jest taki sam jak w wypadku transakcji kartowych⁴⁸.

Nieautoryzowana transakcja z zastosowaniem telefonu komórkowego może w konkretnym stanie faktycznym determinować różne kwalifikacje prawne przestępstwa:

⁴⁸ M. Kisiel, Modele systemów płatności mobilnych a źródła pieniądza oraz mechanizmy rozrachunku transakcji, *Copernican Journal of Finance & Accounting* 2013, vol. 2, issue 2, s. 70–71.

- w wypadku zapłaty w terminalu samoobsługowym (np. parkometrze), czyn będzie wypełniał znamiona art. 287 § 1 k.k.;
- przy płatności z wykorzystaniem sklepowego czytnika POS obsługiwanego przez sprzedawcę i autoryzacji specjalnym kodem, przesłanym z banku wiadomością sms i innym dla każdej transakcji, należy zastosować art. 286 § 1 k.k.;
- jeśli aplikacja telefoniczna zostanie użyta do wypłaty pieniędzy z bankomatu przy użyciu „skradzionego” kodu PIN lub specjalnego, jednorazowego kodu autoryzacyjnego wygenerowanego przez osobę nieuprawnioną, właściwy będzie art. 279 § 1 k.k.

Pokazuje to, że wachlarz możliwości wykorzystania nowoczesnych instrumentów płatniczych jest ogromny i często od detali będzie zależała kwalifikacja prawna popełnionego przestępstwa. Szczególnie Internet jawi się na tym polu jako idealne miejsce do popełniania przestępstw. Dzieje się tak z kilku powodów: globalna sieć zapewnia większą anonimowość i oferuje świat bez granic, a sam obrót wirtualnym pieniądzem jest o wiele prostszy, aniżeli gotówką; dodatkowo przestępca działający w sieci nie pozostawia tradycyjnych, łatwiejszych do ujawnienia i zabezpieczenia śladów popełnionego oszustwa. Już kilka lat temu Zarząd Rezerwy Federalnej Stanów Zjednoczonych ostrzegał, że aktywność w bankowości internetowej tworzy ryzyko elektronicznego przejęcia danych, interferencji lub oszustwa, a z drugiej strony żadne oprogramowanie lub system nie jest w stanie zagwarantować absolutnego zabezpieczenia przed takimi rodzajami ryzyka. To wszystko wpływa na złożoność przestępczości z wykorzystaniem kart płatniczych, która charakteryzuje się bardzo różnorodnym sposobem działania sprawców⁴⁹.

VIII. Zastosowanie art. 287 § 1 k.k. w ramach kumulatywnej kwalifikacji przy przestępstwach kartowych

Zostało już opisane, jak w trakcie transakcji kartowych dochodzi do przetwarzania, przekazywania i zmiany zapisu na cyfrowych nośnikach danych. Dlatego powstaje pytanie: czy w kwalifikacji prawnej wszystkich rodzajów przestępstw związanych z nieautoryzowanymi płatnościami należy przywołać kumulatywnie z innym przepisami art. 287 § 1 k.k.? W trakcie wypłaty bankomatowej na przykład zawsze ma miejsce ingerencja bez upoważnienia i na kilku poziomach w dane informatyczne: zmienia się zapis w pamięci karty (w chipie), system płatniczy przesyła informacje o danych transakcji pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w usłudze płatniczej, przetworzeniu

⁴⁹ L. Delamaire, H. Abdou, J. Pointon, Credit card fraud and detection techniques: A review, Banks and Bank Systems 2009, vol. 4 (2), s. 58.

ulegają dane zapisywane i archiwizowane na serwerach banku, centrum rozliczeniowego itp. Chociaż w doktrynie zaprezentowany został pogląd o możliwości przyjęcia kumulatywnego zbiegu przepisów art. 287 § 1 k.k. i art. 279 § 1 k.k. w wypadku kradzieży rzeczy ruchomej chronionej zabezpieczeniem elektronicznym poprzez uzyskanie dostępu do tej rzeczy w wyniku wprowadzenia właściwego kodu⁵⁰, to stanowisko takie należy uznać za bardzo kontrowersyjne. W takiej sytuacji sprawca istotnie wpływa bez upoważnienia na automatyczne przetwarzanie informacji, działa też w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, ale stanowi to tylko środek do realizacji zasadniczego celu – kradzieży mienia chronionego zabezpieczeniem elektronicznym. Uzasadnia to tezę o pozornym zbiegu wspomnianych przepisów. „Zabezpieczenie elektroniczne” (urządzenie, w którym następuje przetwarzanie zapisów cyfrowych) nie chroni tutaj danych informatycznych dotyczących cudzego mienia, lecz konkretną, materialną rzecz ruchomą, którą włamywacz chce zabrać w celu przywłaszczenia. „Zabezpieczenie elektroniczne” pełni więc rolę przeszkody zabezpieczającej mienie przed jej zaborem⁵¹ i dlatego funkcja ochronna kradzieży z włamaniem czyni zadość funkcji ochronnej wyznaczonej dla oszustwa „komputerowego”. W rezultacie art. 287 § 1 k.k. zostaje pochłonięty w ten sposób, że nie istnieje potrzeba powoływania się na niego. Naruszenie bezpieczeństwa wspomnianych danych jest bowiem konieczną i logiczną, a poza tym typową konsekwencją kradzieży pieniędzy z bankomatu poprzez przełamanie zabezpieczenia w postaci kodu PIN. Nie ma znaczenia przy pominięciu art. 287 § 1 k.k., że oprócz przedmiotu ochrony typowego dla oszustwa „zwykłego” i kradzieży z włamaniem (tj. mienia), znamiona oszustwa „komputerowego” chronią jeszcze dodatkową wartość – proces teleinformatycznego przetwarzania informacji⁵². Okoliczność ta wpływa natomiast na społeczną szkodliwość czynu, ma znaczenie przy stosowaniu dyrektyw wymiaru kary i powinna znaleźć odzwierciedlenie w zakresie wyrokowania.

Konstrukcję pozornego zbiegu przepisów należy zastosować także w zdarzeniach, gdy sprawca, posługując się kartą płatniczą, wprowadza w błąd akceptanta lub wykorzystuje jego mylne przeświadczenie, że transakcję realizuje osoba do tego uprawniona. W takich sytuacjach występuje niewłaściwy zbieg przepisów, gdyż ten sam czyn realizuje znamiona dwóch typów przestępstw (art. 286 § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k.), ale ich stosunek me-

⁵⁰ A. Wąsek, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., sygn. V KKN 9/01, OSP 2003, nr 7–8, poz. 103.

⁵¹ B. Michalski, Komentarz do art. 279 § 1 k.k., (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do artykułów 222–316, t. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 1049.

⁵² Zob. G. Rejman, Komentarz do art. 11 k.k., (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny..., *op. cit.*, 525.

rytoryczny względem siebie powoduje, że zakwalifikowanie czynu tylko z jednego przepisu (art. 286 § 1 k.k.) oddaje całą jego zawartość kryminalną (sprawca co prawda wpływa w sposób nieuprawniony na automatyczne przetwarzanie, przesyłanie i gromadzenie danych teleinformatycznych, ale reguła konsumpcji wyłącza zastosowanie art. 287 § 1 k.k.). W omawianych sytuacjach główny nacisk należy położyć nie na to, czy bezprawne działanie spowodowało naruszenie jeszcze innego dobra prawnego wskutek modyfikacji danych i czy naruszyło dobro chronione innej jeszcze osoby/podmiotu niż posiadacz karty, ale na to, czy sprawca realizował dwa niezależne od siebie zamiary, czy też kontynuował tylko realizację jednego zamiaru, a ponadto, czy osiągnął korzyść majątkową jednokrotnie czy dwukrotnie⁵³. W wypadku nieautoryzowanych transakcji kartowych zamiarem sprawcy jest osiągnięcie korzyści majątkowej i dlatego wprowadza w błąd osobę obsługującą czytnik karty. Manipulacja danymi teleinformatycznymi ma dla niego znaczenie drugorzędne. W tym kontekście warto jeszcze zwrócić uwagę na użyty w art. 287 § 1 k.k. zwrot „automatyczne” przetwarzanie/gromadzenie/przekazywanie danych, a więc czynność dokonywaną bez jakiegokolwiek ingerencji człowieka. Jeśli przy transakcjach kartowych w terminalach samoobsługowych realizacja usługi płatniczej odbywa się w sposób całkowicie „automatyczny”, to w wypadku transakcji przy użyciu POS-ów zarządzanych manualnie przez akceptanta ów „automatyzm” połączony jest z koniecznością wykonania konkretnych czynności faktycznych przez osobę obsługującą terminal. To kolejny argument przemawiający przeciwko realnemu zbiegowi art. 286 § 1 k.k. i art. 287 § 1 k.k.

IX. Podsumowanie i wnioski

Przestępstwa z użyciem kart płatniczych naruszają stabilność i bezpieczeństwo systemu teleinformatycznego instytucji finansowych oraz poufność danych podmiotów uczestniczących w transakcjach kartowych, ale przede wszystkim powodują realną szkodę majątkową u posiadaczy i wydawców kart. Nie sposób walczyć z takimi negatywnymi zjawiskami tylko i wyłącznie ulepszając funkcjonowanie systemu usług płatniczych, ale konieczna jest skuteczna polityka kryminalna na omawianym polu. Ważny jej element stanowi właściwa metodyka prowadzenia postępowań karnych związanych z przestępczością kartową, co wiąże się m.in. z poprawnym opisem znamion i kwalifikacją prawną czynów. Okazuje się jednak, że w praktyce dochodzeniowo-śledczej nie jest to zadanie łatwe i żeby mu sprostać, konieczna staje się znajomość technicznych i prawnych aspektów funkcjonowania elektronicznych instrumentów płatniczych. Pozwala ona zastosować odpowiedni

⁵³ *Ibidem*, s. 525.

przepis ustawy karnej do konkretnego stanu faktycznego, jak również rozwiązać inne problemy dotyczące m.in. określenia wielkości powstałej szkody oraz podmiotu lub osoby pokrzywdzonej. Warto wspomnieć, że zgodnie z art. 46 ust. 2 u.u.p. posiadacz karty odpowiada za nieautoryzowane transakcje do wysokości równowartości w walucie polskiej 150 euro, jeżeli przestępstwo jest skutkiem posłużenia się kartą przez niego utraconą, kartą skradzioną lub przywłaszczenie „plastiku” albo jego nieuprawnione użycie nastąpiło w wyniku naruszenia przez posiadacza karty obowiązku należytej ochrony środka płatniczego. Ważny jest art. 46 ust. 4 u.u.p. stanowiący, że po dokonaniu zgłoszenia utraty, kradzieży, przywłaszczenia albo nieuprawnionego użycia „plastikowego pieniądza” jego prawowity posiadacz nie odpowiada za oszukańcze operacje, o ile nie doprowadził do nich umyślnie. W ostatecznym rozrachunku podmiotem pokrzywdzonym może być osoba, której wydano kartę, i zarazem właściciel środków pieniężnych do niej przypisanych, wystawca karty, jej akceptant lub zakład ubezpieczeniowy (w przypadku ubezpieczenia karty od ryzyka zdarzeń losowych). Wymaga to za każdym razem ustalenia źródła pieniądza, którym mogą być nie tylko konta bankowe, ale także rachunki przedpłacone lub konta abonenta u operatora telefonii komórkowej.

W szerszym kontekście, mając na uwadze lawinowy wzrost przestępczości teleinformatycznej związanej m.in. z incydentami kartowymi, skuteczna walka z nadużyciami wymaga z jednej strony wdrażania przez instytucje finansowe innowacyjnych rozwiązań przeciwdziałającym oszustwom, a z drugiej – doskonalenia przez organy dochodzeniowo-śledcze metod i środków reagowania na negatywne zjawiska. Działania wymienionych podmiotów powinny stykać się w ramach współpracy publiczno-prywatnej, gdyż wymiana informacji i doświadczeń między sektorem finansowym a państwowymi organami ochrony prawa jest niezbędna do skutecznego ścigania i zapobiegania przestępstwom. Dobrym i sprawdzonym za granicą rozwiązaniem byłoby utworzenie w Polsce jednostki podobnej do brytyjskiej *Dedicated Cheque and Plastic Card Unit*, w której skład wchodzi funkcjonariusze policji, pracownicy banków, organizacji kartowych oraz firm uczestniczących w rynku płatności elektronicznych. Co prawda od 1998 r. przy Narodowym Banku Polskim działa Rada ds. Systemu Płatniczego składająca się z przedstawicieli organów państwowych i banków komercyjnych, jednak realizowane przez nią działania, chociaż bardzo istotne, nie dotyczą bezpośrednio problematyki ścigania przestępstw. Postulować należy ponadto zorganizowanie z udziałem prokuratorów stałego i prężnego forum współpracy i wymiany myśli w zakresie ścigania przestępczości teleinformatycznej oraz budowanie krajowego konsensusu w ramach strategii cyberbezpieczeństwa. Pierwszym, ważnym i praktycznym krokiem w tym kierunku było utworzenie niedawno w strukturach Prokuratury działów do walki z cyberprzestępczością.

Legal classification of offences involving payment card transactions

Abstract

This paper discusses issues around classification of offences committed using payment cards. These issues are topical as the investigative practice shows large discrepancies in how these offences are described in court decisions, or viewed by legal academics and commentators. Changes in the cashless payment markets as well as the resulting tasks for law enforcement agencies are briefly particularized. Card payment specificity, entities involved in card payments, steps in the card payment process, and technical aspects of card payment operations are described. The legal nature of offences involving card transactions is explored and the question is answered whether, in any specific case, these offences should be seen as burglaries (Penal Code, Article 279, § 1), frauds (Penal Code, Article 286, § 1) or computer related crimes (Penal Code, Article 287, § 1). Furthermore, concurrence of the said provisions for unauthorized operations with plastic money is examined. Finally, general remarks are provided and other problems associated with the determination of factual circumstances of ICT crimes are signalled in the summary and conclusions section.

Aleksandra Krawczyk

Prawo do nieobciążania się a postępowania restrukturyzacyjne¹

Streszczenie

Przepisy ustawy Prawo restrukturyzacyjne nie dają wystarczającej ochrony dłużnikom przed wykorzystaniem informacji przekazanych w postępowaniach restrukturyzacyjnych przez organy ścigania. Ciążący na dłużniku obowiązek udzielania pełnych i zgodnych z prawdą informacji w celu wykorzystania w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest bezwzględny, a dłużnikowi nie przysługuje prawo do odmowy zeznań z obawy przed odpowiedzialnością karną. Niezapewnienie w ustawie Prawo restrukturyzacyjne instrumentów pozwalających chronić informacje, które mogą spowodować pociągnięcie dłużnika do odpowiedzialności karnej, stoi w sprzeczności z jedną z naczelnych gwarancji procesowych, jaką jest prawo każdego do nieobciążania się.

Od 1 stycznia 2016 r. obowiązują nowe przepisy, regulujące zawieranie przez dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością układu z wierzycielami oraz skutki układu, a także przeprowadzanie działań sanacyjnych. Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne² od początku prac ustawodawczych przedstawiana była jako mająca wreszcie przynieść przełom w skutecznym ratowaniu zagrożonych upadkiem przedsiębiorstw i jako wyraz promowania tzw. polityki drugiej szansy. Jednym z głównych założeń nowych przepisów jest silne zaangażowanie w proces

¹ Analizując przedmiot artykułu należy mieć na uwadze, iż odnoszenie wprost do polskiego systemu prawnego orzecznictwa niemieckiego wymaga pogłębionej analizy różnic dotyczących postępowania dowodowego. Mianowicie zagadnienie sposobu pozyskiwania informacji pozwalających na ustalenie źródeł dowodowych nie jest przedmiotem polskich przepisów postępowania karnego oraz ustaw kompetencyjnych, w tym zakresie, w jakim odnoszą się do podejmowania czynności operacyjnych mogących stanowić podstawę do orzeczenia o winie. Z kolei w judykaturze i doktrynie podnosi się je niezwykle rzadko. Zagadnieniem więc podstawowym nie jest sformułowanie zakazu wykorzystywania danych lub informacji, ale możliwość jego uwzględnienia w całym systemie prawnym. Pewną, dopuszczalną egzemplifikacją jest próba odpowiedzi na pytanie: czy dowód przeprowadzony wskutek wykorzystania informacji uzyskanej bez zachowania formy czynności procesowej w zakresie objętym zakazem dowodowym może stanowić podstawę do orzeczenia o winie? (redakcja).

² Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne, Dz. U z 2015 r., poz. 978 ze zm., dalej: pr. rest.

odnowy przedsiębiorstwa dłużnika, który znając firmę może znacząco przyczynić się do sukcesu restrukturyzacji. Ustawodawca nie ograniczył się przy tym do zachęt dla dłużnika, aby ten dobrowolnie współpracował w procesie sanacji firmy, ale i nałożył na niego obowiązki, w szczególności co do informowania organów postępowania o wszystkich okolicznościach istotnych dla prowadzonej restrukturyzacji.

Obowiązek udzielania tego rodzaju informacji nie ma charakteru *novum* na gruncie polskich ustaw insolwencyjnych. Przy okazji kolejnych nowelizacji przepisów upadłościowych i mimo, wydaje się, rewolucyjnej zmiany zapatrywania na ideę restrukturyzacji i znaczenie osoby dłużnika w całej procedurze, ustawodawca w dalszym ciągu jednak zdaje się nie dostrzegać problemu, przed którym w postępowaniu restrukturyzacyjnym stanąć może dłużnik. Problem ten sprowadza się zaś do tego, że dłużnik może mieć do przekazania organowi postępowania restrukturyzacyjnego takie informacje, które mogą skutkować jego odpowiedzialnością represyjną na podstawie innych przepisów. Jednakże ciążyący na dłużniku obowiązek ma charakter bezwzględny, a jemu samemu nie przysługuje prawo do odmowy udzielenia informacji z obawy przed odpowiedzialnością karną. Dodatkowo, przekazane dane nie są w żaden sposób chronione. Dłużnik staje więc przed dylematem, czy prowadzić działania naprawcze na własną rękę, czy w ramach postępowania restrukturyzacyjnego nie udzielać pełni wymaganych informacji. Każda decyzja może narazić dłużnika na odpowiedzialność represyjną.

Obowiązek udzielania informacji przez dłużnika

W myśl art. 36 ust. 2 pr. rest., dłużnik udziela nadzorcy układu pełnych i zgodnych z prawdą informacji w celu wykorzystania w postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz udostępnia dokumenty dotyczące swojego majątku i zobowiązań. Zgodnie z ust. 3, nadzorca układu ma obowiązek pouczenia dłużnika, że udzielenie informacji następuje pod rygorem odpowiedzialności karnej. Przepisy art. 36 ust. 2 i 3 pr. rest. znajdują zastosowanie nie tylko w postępowaniu o zatwierdzenie układu, ale poprzez odwołania zawarte w art. 39 ust. 2 i art. 52 ust. 3 pr. rest. również w przyspieszonym postępowaniu układowym, postępowaniu układowym oraz postępowaniu sanacyjnym. Zgodnie z art. 224 ust. 1 zd. 2 pr. rest., obowiązek dłużnika udzielania informacji nadzorcy obowiązuje również w okresie od dnia wydania postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia układu do dnia jego uprawomocnienia. Nadto, w myśl art. 228 ust. 1 pr. rest., wraz z wnioskiem o otwarcie przyspieszonego postępowania układowego dłużnik jest zobowiązany do złożenia na piśmie oświadczenia, że informacje zawarte we wniosku i załącznikach są prawdziwe i zupełne. Także ten przepis znajduje zastosowanie w innych postępowaniach restrukturyzacyjnych, a to poprzez odwołanie

w art. 266 ust. 3 pr. rest. w postępowaniu układowym, a poprzez art. 284 ust. 3 w postępowaniu sanacyjnym. Dodatkowo, art. 203 ust. 1 pr. rest. stanowi, że jeżeli ustawa przewiduje złożenie przez dłużnika pisemnego oświadczenia, że przedstawione informacje są prawdziwe i zupełne, oświadczenie to zawiera klauzulę następującej treści: „Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia”.

Odpowiedzialność karną, o której mowa w przywołanych powyżej przepisach, statuuje art. 399 pr. rest., w myśl którego, kto, będąc dłużnikiem lub osobą uprawnioną do reprezentowania dłużnika, dostarcza nadzorcy, zarządcy lub sędziemu-komisarzowi nieprawdziwych informacji w celu ich wykorzystania w postępowaniu restrukturyzacyjnym lub zataja przed nimi informacje mające istotne znaczenie dla przeprowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Nadto, zgodnie z art. 400 pr. rest., odrębnym przestępstwem, zagrożonym karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, jest niewydanie zarządcy ksiąg rachunkowych lub innych dokumentów dotyczących majątku dłużnika.

Brak ochrony przed wykorzystaniem informacji

Dłużnik, który decyduje się na wszczęcie jednego z postępowań restrukturyzacyjnych, podlega zatem, pod rygorem odpowiedzialności za przestępstwo, obowiązkowi udzielenia nadzorcy albo zarządcy pełnych i zgodnych z prawdą informacji w celu ich wykorzystania w postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz udostępnienia dokumentów dotyczących swojego majątku i zobowiązań. Jednocześnie, dłużnikowi nie przysługuje prawo do odmowy udzielenia informacji z obawy przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej, a żaden przepis nie gwarantuje mu, że informacje uzyskane w trakcie restrukturyzacji nie zostaną wykorzystane przez organy ścigania do wszczęcia lub dalszego prowadzenia przeciwko niemu postępowania karnego lub karnoskarbowego.

Obowiązek informacyjny dłużnika na gruncie Prawa restrukturyzacyjnego ma zatem charakter bezwzględny. Żaden przepis ustawy nie przewiduje uprawnienia do odmowy udzielenia informacji, odpowiedzi na konkretne pytanie czy przedstawienia określonych dokumentów, jeżeli dłużnik dążyłby w ten sposób do uniknięcia odpowiedzialności karnej czy innej odpowiedzialności o cechach represyjnych (np. karnoskarbowej lub wykroczeniowej) za czyn, którego dopuścił się przed wszczęciem lub nawet w trakcie postępowania restrukturyzacyjnego. Dłużnik, który popełnił czyn mogący odpowiadać np. znamionom przestępstwa udaremniania egzekucji czy pokrzywdzenia wierzycieli, nie może zatem uchylić się od wyjawienia tej okoliczności nadzorcy albo zarządcy, jeżeli ma ona istotne znaczenie dla prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego. Trudno zaś wyobrazić sobie sytuację,

by taka okoliczność nie była dla przeprowadzenia skutecznej restrukturyzacji relewantna, co sprawia, że w praktyce obowiązek informacyjny dłużnika w tym zakresie jest niemal nieograniczony.

Jednocześnie Prawo restrukturyzacyjne nie zapewnia dłużnikowi jakiegokolwiek ochrony przed wykorzystaniem informacji, które przekazał nadzorcy albo zarządcy (a także innym organom postępowania, przede wszystkim sądowi i sędziemu-komisarzowi), przez organy ścigania, tak czynów zabronionych o charakterze kryminalnym, jak i fiskalnym. Postępowania restrukturyzacyjne są jawne, a wgląd w akta mogą uzyskać m.in. wierzyciele, czyli potencjalni pokrzywdzeni wskutek czynów dłużnika. Organy ścigania również dysponują uprawnieniami, pozwalającymi na pozyskiwanie określonych danych celem wykrywania przestępstw, a następnie pociągnięcia ich sprawców do odpowiedzialności. Co więcej, zgodnie z art. 304 Kodeksu postępowania karnego³, na każdym, kto dowiedział się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, ciąży obowiązek zawiadomienia o tym fakcie prokuratury lub Policji. W przypadku nadzorcy i zarządcy (jak również pozostałych uczestników postępowania) można twierdzić, że jest to tylko obowiązek społeczny. Bezspornie jednak na sądzie i pośrednio na sędzim-komisarzu ciąży bezwzględny obowiązek prawny. Oczywiście zupełnie inną kwestią jest to, czy któryś ze wskazanych podmiotów zdecyduje się na ujawnienie informacji organom ścigania. Największe prawdopodobieństwo przekazania obciążających danych wydaje się dotyczyć wierzycieli dłużnika, będących jednocześnie pokrzywdzonymi na skutek czynów, których się dopuścił.

Tym samym szanse dłużnika, który przekazał zarządcy albo nadzorcy obciążające go informacje, na to, by wiedzy na ten temat nie powzięły organy ścigania, zdają się niewielkie. Dłużnik w postępowaniu restrukturyzacyjnym stawiany jest zatem w sytuacji, z której nie ma w istocie „dobrego” wyjścia. Jeżeli bowiem dłużnik udzieli informacji o czynach zabronionych, których się dopuścił, grozi mu za nie pociągnięcie do odpowiedzialności. Jeżeli ich nie udzieli, grozi mu taka sama sankcja. Różnica leżeć może jedynie w jej wymiarze.

Prawo do nieobciążania się

Niezapewnienie w ustawie Prawo restrukturyzacyjne instrumentów pozwalających dłużnikowi na uchylenie się od udzielenia nadzorcy albo zarządcy informacji, które mogą spowodować pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, stoi w sprzeczności z jedną z naczelných gwarancji procesowych, jaką jest prawo każdego do nieobciążania się, tj. do niedostarczenia

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., Nr 89 poz. 556, ze zm.

dowodów na swoją niekorzyść (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Nakaz zapewnienia osobie oskarżonej o popełnienie przestępstwa gwarancji w postaci nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie i przyznania się do winy przewiduje wprost art. 14 ust. 3 lit. g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁴. Obowiązywanie takiej gwarancji potwierdza również Europejski Trybunał Praw Człowieka⁵, wywodząc ją z prawa do rzetelnego procesu uregulowanego z art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶. Co istotne, ETPC stoi na stanowisku, że prawo do nieobciążania się obowiązuje nie tylko w toku tych postępowań, do których bezpośrednio stosuje się art. 6 EKPC (tj. postępowań, w których osoba występuje jako oskarżony), ale i tyczy się sytuacji, w której w tego typu procesie miałby zostać wykorzystany dowód uzyskany pod przymusem w innym postępowaniu, nieobjętym bezpośrednio regulacją art. 6 EKPC⁷.

Taki pogląd został zaprezentowany przez ETPC m.in. w wyroku w sprawie Kansal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu⁸, a dotyczącym bardzo podobnej problematyki jak ta, poddana analizie w niniejszym artykule. Stan faktyczny wyroku przedstawiał się w uproszczeniu następująco. W 1992 r. Yash Pal Kansal został oskarżony o oszustwo i ukrywanie majątku przed wierzycielami. W trakcie postępowania karnego organy ścigania przedstawiły jako dowód obciążający oskarżonego transkrypcję wyjaśnień, które ten złożył w postępowaniu upadłościowym prowadzonym względem spółki, którą zarządzał. Zgodnie z art. 291 (6) ustawy o niewypłacalności z 1986 r.⁹, upadły był zobowiązany do udzielania odpowiedzi na pytania zadane mu przez urzędnika odpowiedzialnego za postępowanie upadłościowe, a jeżeli nie udzielił odpowiedzi bez rozsądnego powodu, mógł zostać skazany na karę grzywny lub pozbawienia wolności. Nadto, w myśl art. 433 tej ustawy, oświadczenie złożone w jakimkolwiek celu w postępowaniu upadłościowym mogło zostać użyte jako dowód przeciwko osobie, która je złożyła lub brała udział w jego złożeniu. Ustawa wyłączała zatem wprost prawo upadłego do nieobciążania się. Wyjaśnienia oskarżonego złożone w postępowaniu upa-

⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., Oświadczenie Rządowe z dnia 23 kwietnia 1977 r. w sprawie ratyfikacji przez Polską Rzeczpospolitą Ludową Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. Dz. U. z 1977 r., Nr 38 poz. 168.

⁵ Dalej: ETPC.

⁶ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., Nr 61 poz. 284 ze zm., dalej: EKPC.

⁷ W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich, *Prokuratura i Prawo* 7–8, 2015, s. 13.

⁸ Wyrok ETPC z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie Kansal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 21413/02.

⁹ Insolvency Act 1986, tekst ogłoszony w organie publikacyjnym 1986 Chapter 45, ze zm.

dłościowym posłużyły za jeden z głównych dowodów w procesie, wskutek którego Yash Pal Kansal został skazany na karę 15 miesięcy pozbawienia wolności.

ETPC uznał przywołane przepisy za niezgodne z art. 6 EKPC. Podkreślił, że wyjaśnienia w postępowaniu upadłościowym zostały złożone pod przymusem, wyrażającym się w zagrożeniu odpowiedzialnością karną w razie ich odmówienia, a prawo brytyjskie nie zawierało żadnego przepisu zapewniającego oskarżonemu skuteczną ochronę przed samooskarżeniem. ETPC podtrzymał stanowisko wyrażone we wcześniejszym wyroku przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 17 grudnia 1996 r., w którym uznał za sprzeczne z art. 6 EKPC przepisy krajowe przewidujące obowiązek złożenia zeznań przed inspektorami Wydziału ds. Handlu i Przemysłu, pod rygorem nałożenia grzywny lub pozbawienia wolności do 2 lat, od którego nie można uchylić się nawet, gdyby odpowiedź miała inkryminujący charakter¹⁰. Znaczenie zapewnienia w prawie krajowym rozwiązań proceduralnych gwarantujących, że przekazane w toku wymuszonych wyjaśnień informacje nie zostaną wykorzystane w postępowaniu karnym, zostało następnie potwierdzone także w wyroku z dnia 4 października 2005 r.¹¹.

Z powyższego dość jednoznacznie wynika, że nowe polskie przepisy o restrukturyzacji pozostają w sprzeczności z utrwaloną linią orzecniczą ETPC i jako takie wymagają zmiany. Warto nadmienić, że odpowiednia zmiana przepisów (wymuszona już wyrokiem z dnia 17 grudnia 1996 r.) została ostatecznie wprowadzona przez ustawodawcę brytyjskiego. Zaraz po pierwszym z serii wyroków ETPC zdecydowano się na tymczasowe rozwiązanie polegające na przekazaniu organom ścigania wytycznych co do tego, by nie wykorzystywały jako dowodów wyjaśnień potencjalnych oskarżonych uzyskanych w jakimkolwiek postępowaniu, w którym do ich uzyskania użyto przymusu. To rozwiązanie przeniesiono następnie do ustawy o postępowaniu względem nieletnich i dowodach w sprawach kryminalnych z 1999 r.¹². Ustawa objęła swym zakresem różnego rodzaju postępowania, w których może dojść do przekazania organom inkryminujących informacji. Nie ograniczono się wyłącznie do przypadku pozyskania wyjaśnień w konkretnym postępowaniu, np. o charakterze restrukturyzacyjnym, upadłościowym czy celnym. W ocenie ETPC, przyjęte rozwiązanie było właściwe i wystarczające¹³.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 19187/91.

¹¹ Wyrok ETPC z 4 października 2005 r. w sprawie Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 6563/03.

¹² Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, tekst ogłoszony w organie publikacyjnym 1999 Chapter 23.

¹³ Rezolucja Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 15 września 2010 r., skargi nr 21413/02.

Konkretna ochrona

Zanim jeszcze doszło do wydania przez ETPC przywołanych powyżej orzeczeń, spór co do tego, czy i w jakim zakresie informacje udzielane przez dłużnika w toku postępowania upadłościowego mogą być później wykorzystywane w postępowaniu karnym, żywy był w judykaturze i doktrynie niemieckiej. Kamieniem milowym dla zapewnienia dłużnikowi odpowiedniej ochrony przed samoobciążaniem było orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 1981 r.¹⁴, w którym jednoznacznie opowiedziano się przeciwko wykorzystywaniu w postępowaniach karnych danych, uzyskanych od dłużnika w postępowaniu upadłościowym pod przymusem. Trybunał za zgodne z Konstytucją uznał zobowiązanie dłużnika do udzielenia informacji istotnych dla postępowania upadłościowego i wykorzystanie w tym celu środków przymusu, włącznie z aresztowaniem. Podkreślił jednak, że aby zapewnić równowagę pomiędzy interesem wierzycieli w uzyskaniu informacji a wolnością dłużnika od samoobciążania, przymusowi temu musi odpowiadać ochrona przez wykorzystaniem danych do pociągnięcia tego ostatniego do odpowiedzialności karnej. Trybunał wezwał jednocześnie ustawodawcę do skodyfikowania opisanej zasady w samej ustawie upadłościowej¹⁵.

Dopiero w 1988 r. został przedłożony pierwszy projekt nowelizacji przepisów upadłościowych, który przewidywał zakaz wykorzystania zeznań upadłego w postępowaniu karnym. Propozycje takiej regulacji znalazły się również w projektach z 1989 r. i 1992 r. Właśnie w tym ostatnim projekcie po raz pierwszy pojawiło się sformułowanie, które ostatecznie stało się determinantą zakresu zakazu, który został ustanowiony w niemieckim prawie. O ile bowiem Trybunał w wyroku z 1981 r., jak również dwa pierwsze projekty zmian posługiwały się słowem „verwerten”, o tyle w projekcie z 1992 r. użyto słowa „verwenden”. Choć słownikowe konotacje obydwu wyrazów są zbieżne, o tyle na gruncie języka prawnego przypisuje się im znaczenia odmienne. Posługując się słowem „verwerten” projektodawcy mieli na myśli jedynie tyle, że zeznania dłużnika z postępowania upadłościowego nie będą mogły zostać użyte jako dowód w postępowaniu karnym. Wprowadzając słowo „verwenden” poszerzyli zaś zakres zakazu również na tzw. dowody pośrednie,

¹⁴ Orzeczenie z dnia 13 stycznia 1981 r., sygn. 1 BvR 116/77, dostępne pod adresem: https://www.jurion.de/Urteile/BVerfG/1981-01-13/1-BvR-116_77, 24 marca 2016 r.

¹⁵ Postępowanie upadłościowe było ówczesnie regulowane w Niemczech Konkursordnung vom 10. Februar 1877, akt ogłoszony w organie publikacyjnym Reichsgesetzblatt pod poz. S. 351 ze zm.

zakazując organom ścigania wykorzystywania zeznań dłużnika także jako podstawy poszukiwania dalszych dowodów jego odpowiedzialności¹⁶.

Ostatecznie właśnie słowo „verwenden” zostało użyte w nowouchwalonej w 1994 r. niemieckiej ordynacji upadłościowej¹⁷, która swym zakresem obejmuje zarówno postępowania likwidacyjne, jak i restrukturyzacyjne. Zgodnie z § 97 ust. 1 zd. 1 niem. ord. upadł., dłużnik w postępowaniu upadłościowym jest zobowiązany do udzielania wyjaśnień dotyczących wszelkich okoliczności związanych z tym postępowaniem sądowi upadłościowemu, syndykowi, radzie wierzycieli, a także, na zarządzenie sądu, zgromadzeniu wierzycieli. W zdaniu 2 przewidziano wyraźnie, że dłużnik ma obowiązek udzielić informacji także co do tych faktów, które mogłyby skutkować pociągnięciem go do odpowiedzialności za przestępstwo lub wykroczenie. W myśl § 98 ust. 1 niem. ord. upadł., dłużnik może zostać zobowiązany do złożenia przyrzeczenia, że udzielane przez niego informacje są zgodne z prawdą, zaś zgodnie z ust. 2 uchylanie się dłużnika od złożenia wyjaśnień lub przyrzeczenia uprawnia sąd do zastosowania względem niego aresztu. Jednakże w § 97 ust. 1 zd. 3 niem. ord. upadł. wyraźnie wskazano, że jakiegokolwiek wyjaśnienia dłużnika udzielone w tym trybie mogą zostać wykorzystane w postępowaniu karnym lub wykroczeniowym przeciwko dłużnikowi (bądź osobom mu najbliższym) wyłącznie za jego zgodą.

Podsumowując, wszelkie informacje, których udziela dłużnik w niemieckim postępowaniu upadłościowym w wykonaniu obowiązków informacyjnych, także pod przymusem, muszą pozostać niejawne tak w postępowaniu karnym przeciwko niemu, jak i jego osobom najbliższym. Informacje te nie mogą stanowić podstawy podejrzenia popełnienia przez dłużnika czynu zabronionego w rozumieniu procesowym, a zatem wyłącznie na ich bazie organy ścigania nie mogą nawet wszcząć przeciwko dłużnikowi postępowania przygotowawczego. Organy nie mogą również wykorzystać tych zeznań do poszukiwania innych dowodów przeciwko dłużnikowi.¹⁸ Jedyna możliwość pociągnięcia dłużnika do odpowiedzialności karnej za czyny, co do których udzielił informacji w postępowaniu upadłościowym, sprowadza się do znalezienia obciążających go dowodów niezależnie od wyników postępowania upadłościowego i zupełnie poza nim.

¹⁶ C. Püschel, Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und seine Folgen für die Verteidigung in Insolvenzstrafverfahren (w:) Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des deutschen Anwaltvereins (red.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, Baden Baden 2009 r., s. 763.

¹⁷ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, akt ogłoszony w organie publikacyjnym Bundesgesetzblatt pod poz. I S. 2866 ze zm., dalej: niem. ord. upadł.

¹⁸ C. Püschel, Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und seine Folgen für die Verteidigung in Insolvenzstrafverfahren, (w:) Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des deutschen Anwaltvereins (red.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, Baden Baden 2009 r., s. 764.

Efektywność postępowań restrukturyzacyjnych

Brak odpowiednich, podobnych przedstawionemu rozwiązaniu niemieckiemu i wyraźnie wyartykułowanych gwarancji procesowych w ustawie Prawo restrukturyzacyjne może negatywnie przyczynić się do skuteczności wprowadzonych przez nią instytucji. Wydaje się nieuniknione, że stojący w obliczu zagrożenia egzystencji przedsiębiorstwa dłużnicy będą kalkulować, czy w istocie opłacalnym jest zwrócenie się w kierunku postępowań restrukturyzacyjnych, skoro skutkiem takiego działania może okazać się poddanie odpowiedzialności karnej, karnoskarbowej, wykroczeniowej itp. Opisywana problematyka ma ogromne znaczenie na tle nowych przepisów z tego względu, że to właśnie w postępowaniach restrukturyzacyjnych szczególnie pożądane jest współdziałanie dłużnika z nadzorcą lub zarządcą. W zdecydowanej większości przypadków to dłużnik inicjuje takie postępowanie, bierze udział w zarządzaniu przedsiębiorstwem wraz z nadzorcą, a nawet zarządcą, i to on będzie prowadził przedsiębiorstwo już po zatwierdzeniu układu. Dłużnikowi zależy zatem na tym, aby postępowanie przebiegało sprawnie, w tym aby doszło do przyjęcia układu przez wierzycieli. Dłużnik ma przy tym o wiele większą motywację do współdziałania z organami postępowania niż w postępowaniu upadłościowym, kończącym się prostą likwidacją jego majątku i przedsiębiorstwa. Dlatego też omawiany problem – mimo podobieństwa regulacji zawartych w Prawie upadłościowym¹⁹ i Prawie restrukturyzacyjnym w przedmiotowym zakresie – ma szczególne znaczenie w przypadku postępowań prowadzonych na podstawie ostatniego z powołanych aktów prawnych.

Jednocześnie nie ulega również wątpliwości, że sam nakaz ujawnienia wszelkich istotnych dla prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego informacji ma niebagatelne znaczenie, a to z punktu widzenia interesów wierzycieli dłużnika. Skoro wierzyciele ci mają ponieść ekonomiczny koszt restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika, to powinni mieć pełną świadomość sytuacji finansowej i majątkowej restrukturyzowanego podmiotu. Jeżeli jednak dłużnik będzie obawiać się, że pełna współpraca w ramach postępowania może okazać się dla niego niekorzystna, może albo zrezygnować z wszczynania postępowania restrukturyzacyjnego w ogóle i prowadzić działania sanacyjne na własną rękę, albo doprowadzić do otwarcia postępowania i w jego ramach nie udzielać pełni wymaganych informacji, poddając w wątpliwość sens postępowania, a jednocześnie narażając się na odpowiedzialność z art. 399 pr. rest. Żadne ze wskazanych rozwiązań nie wydaje się korzystne ani dla dłużnika, ani dla wierzycieli. Co więcej, także w sytua-

¹⁹ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.

cji, gdy dłużnik nie zdecyduje się na otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, a jego przedsiębiorstwo prowadzone w formie spółki handlowej stanie się niewypłacalne i nie zostanie względem niego złożony wniosek o ogłoszenie upadłości, dłużnikowi grozi odpowiedzialność karna, tym razem z art. 586 Kodeksu spółek handlowych²⁰, który pod karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku sankcjonuje niezgłoszenie wniosku o upadłość spółki handlowej pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki.

Podsumowanie

Obecnie obowiązujące przepisy ustawy Prawo restrukturyzacyjne nie dają wystarczającej ochrony dłużnikom przed wykorzystaniem informacji przekazanych przez nich organom postępowań restrukturyzacyjnych w postępowaniach o cechach represyjnych. Na dłużników nałożono bezwzględny obowiązek udzielania informacji, w tym informacji, co do których istnieje poważna obawa, że staną się podstawą pociągnięcia dłużnika do odpowiedzialności karnej, karnoskarbowej itp., bądź zostaną wykorzystane w toczących się przeciwko dłużnikowi postępowaniach, co najmniej jako dowody pośrednie. Ustawodawca nie przewidział żadnych instrumentów zapewniających dłużnikom ochronę przed wykorzystaniem tego typu informacji. Brak odpowiednich gwarancji procesowych może negatywnie wpłynąć na gotowość dłużników do składania wniosków o otwarcie postępowań restrukturyzacyjnych, a także skutkować obniżeniem efektywności tych ostatnich. Sytuacja, w której wiedziony obawą odpowiedzialności represyjnej dłużnik nie składa wniosku o otwarcie postępowania albo doprowadza do jego wszczęcia i prowadzenia w oparciu o niepełne informacje co do stanu majątkowego i finansowego przedsiębiorstwa, nie jest korzystna ani dla dłużnika, ani dla jego wierzycieli. Nie przyczynia się również do realnego promowania polityki drugiej szansy, której wyrazem miało być uchwalenie nowego prawa restrukturyzacyjnego. Postulować należy niezwłoczną ingerencję ustawodawcy. Jej celem nie powinno być oczywiście w żadnym razie umożliwienie dłużnikom legalnego zatajenia w postępowaniu restrukturyzacyjnym niekorzystnych dla nich informacji, ale zapewnienie, że tego typu informacje uzyskane od dłużnika nie zostaną następnie udostępnione organom ścigania. Wzorem nowych rozwiązań może być sprawdzona regulacja obowiązująca w prawie niemieckim.

²⁰ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1578 ze zm.

Right of non-self-incrimination versus restructuring proceedings

Abstract

The provisions of Restructuring Law fail to adequately protect debtors from the use of information provided in restructuring proceedings by law enforcement agencies. The obligation of debtors to provide true and complete information for restructuring proceedings purposes is absolute, and debtors have no right to refuse to testify on the basis of potential exposure to criminal liability. The failure of Restructuring Law to ensure measures capable of protecting information which can expose debtors to criminal liability denies one of the primary procedural safeguards or the right to non-self-incrimination.

Tomasz Janeczek, Adam Roch

O odpowiedzialności karnej, służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów w świetle prawa o prokuraturze

Streszczenie

Artykuł ma na celu wskazanie możliwych problemów związanych ze stosowaniem regulacji zawartych w obowiązującej od dnia 4 marca 2016 r. ustawie Prawo o prokuraturze, a dotyczących regulacji materialnych i procesowych, zawartych w jej Rozdziale 3, dotyczącym odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej i służbowej prokuratorów. Autorzy wskazują na niezbędne ich zdaniem zmiany w nowouchwalonych przepisach, odnosząc się również do pomysłów i projektów przedstawianych publicznie w ubiegłych latach, dotyczących jednej ustawy normującej postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze, prezentując własne pomysły w tej materii.

Uwagi dotyczące ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze

Stan prawny przepisów regulujących postępowanie dotyczące odpowiedzialności służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów, ukształtowany ustawą z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze¹, w wielu zasadniczych, szerokich zakresach zasługuje na akceptację. Zresztą wyszedł on naprzeciw wielu postulatam zgłaszanym od kilku, czy wręcz kilkunastu lat. Znaczna część tej ustawy, poświęcona właśnie tematyce odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów, potwierdza, iż materii tej wreszcie poświęcono należytą uwagę normatywną. Ustawodawca zadbał tak o sprawność postępowania, jak i jednocześnie o zapewnienie gwarancji procesowych obwinionemu, wyposażając go w narzędzia do ochrony przed nieuzasadnionymi zarzutami lub oskarżeniem, z drugiej strony procesowego sporu stawiając niezależnego oskarżyciela, któremu umożliwił sprawną reakcję na przewinienia służbowe. W związku z uniezależnieniem rzecznika dyscyplinarnego, uprawnie-

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

nia do prowadzenia samodzielnej polityki dyscyplinarnej ustawa Prawo o prokuraturze przyznała także Prokuratorowi Generalnemu, działającemu we własnym imieniu, niejako „na własny rachunek”.

Droga do uregulowań ukształtowanych omawianą ustawą, zawartych w jej Rozdziale 3, była z całą pewnością długa i trudna. Z jednej strony treści przepisów dyscyplinarnych ulegały na przestrzeni lat znaczącym zmianom, z drugiej jednak nigdy nie były one wystarczające i praktycznie niezmiennie wskazywano na konieczność dalszych reform. Nie oznacza to więc, iż obowiązująca ustawa stanowi doskonałą materię normatywną, niewymagającą w perspektywie najbliższego czasu ingerencji ustawodawcy.

Na chwilę obecną, ewentualne modyfikacje przyjętej w dniu 28 stycznia 2016 r. ustawy Prawo o prokuraturze, przynajmniej w omawianym zakresie, nie powinny być liczne.

Wyeliminowania wymaga oczywisty, dostrzegalny już na pierwszy rzut oka, błąd legislacyjny, zawarty w art. 160 § 1 zdanie pierwsze pr. o prok. Aktualnie z przepisu tego wynika, odczytując go wprost, iż Sąd Dyscyplinarny sporządza uzasadnienie orzeczenia na piśmie, na wniosek uprawnionej osoby, w terminie 21 dni od dnia otrzymania orzeczenia. Wydaje się, że w cyt. normie *in fine* winien zamiast „od dnia otrzymania orzeczenia” znaleźć się zapis „od dnia otrzymania wniosku”. Zmiana w tym zakresie będzie mieć, naturalnie, jedynie charakter techniczno-porządkujący, a nie merytoryczny.

Za podobny błąd uznać należy zróżnicowanie normatywne dotyczące wymierzonej na podst. art. 142 § 1 pkt 5 pr. o prok. kary wydalenia ze służby prokuratorskiej, gdzie w art. 170 § 2 pkt 3, dotyczącym orzekania kary łącznej, mowa jest o karze złożenia prokuratora z urzędu. Wydaje się, że zróżnicowanie tych pojęć nastąpiło w sposób niezamierzony i powinno ulec wyeliminowaniu.

Rzeczywiście natomiast głębokiego przemyślenia wymaga konstrukcja modelowa dotycząca postępowania immunitetowego wobec Prokuratora Generalnego, przewidziana w art. 135 pr. o prok.². Poddane ono zostało bowiem tym samym rygorom, które stosuje się do każdego prokuratora. Oznacza to, że z wnioskiem o wyrażenie zgody na pociągnięcie Prokuratora Generalnego do odpowiedzialności karnej może wystąpić także, z zachowaniem określonych wymogów formalnych, pokrzywdzony przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego lub oskarżyciel subsydiarny. W poprzednim stanie prawnym z wnioskiem o uchylenie immunitetu Prokuratorowi Generalnemu mógł wystąpić wyłącznie podmiot kwalifikowany, wymieniony w art. 10c ust. 3 ustawy o prokuraturze³ i wydaje się, że regulacja poprzednia była

² Por. A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze, Prok. i Prawo 2016, nr 7–8, s. 203.

³ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, tekst jedn. Dz. U. Nr 270, poz. 1599 z 2011 r., z późn. zm., dalej w skrócie „ustawa o prokuraturze” lub „u.o.p.”

rozwiązaniem lepszym. Na tym tle można bowiem sobie wyobrazić istotne problemy praktyczne.

De lege ferenda należałoby również rozważyć ewentualny udział lub sposób reprezentacji prokuratora przełożonego na posiedzeniach, o których mowa w art. 139 § 4, art. 140 § 4 oraz art. 149 § 6 pr. o prok.⁴ W chwili obecnej nie ma on bowiem możliwości zaprezentowania przed sądem dyscyplinarnym swojego stanowiska, w szczególności odnoszącego się do wypowiedzi, czy to ustnych, czy pisemnych, prokuratora, któremu udzielił uwagi lub wytknięcia. Sposoby rozstrzygnięcia jawią się dwa – albo umożliwienie prokuratorowi przełożonemu wypowiedzenia się na posiedzeniu, albo wskazanie w ustawie, że uczestniczący w posiedzeniu rzecznik dyscyplinarny, w tym zakresie, działa z polecenia prokuratora przełożonego i na jego rzecz, co byłoby wyłomem w zasadzie niezależności rzecznika. *De lege lata* uczestniczący w posiedzeniu rzecznik wypowiada się we własnym imieniu i prezentuje wyłącznie własne stanowisko.

Rozważając zmiany w zakresie postępowań normowanych powyższymi przepisami, warto byłoby również przeanalizować wprowadzenie norm jasno wskazujących, iż do postępowań tych stosuje się odpowiednio przepisy pr. o prok. o postępowaniu dyscyplinarnym, dodatkowo ze wskazaniem czy I, czy II instancji. W chwili obecnej bowiem jedynie *per analogiam* stosuje się do tych postępowań odpowiednio przepisy Prawa o prokuraturze i Kodeksu postępowania karnego.

Akceptując w zupełności zasadność uregulowania przewidzianego w art. 147 § 1 pr. o prok., dotyczącego sposobu wyznaczania składu orzekającego, można dokonać jego analizy pod kątem wprowadzenia dwóch wyjątków od wyznaczonej tą normą reguły.

Z upływem czasu pozwalającym na dokonanie oceny funkcjonowania nowych rozwiązań, po sprawdzeniu ilości występowania tego rodzaju sytuacji w sądach obu instancji i ich wpływu na czas trwania postępowań, można rozważyć wprowadzenie do art. 147 pr. o prok. przepisu wyłączającego z „kolejki” oczekujących na przydzielenie sprawy sędziów dyscyplinarnych tych pełniących służbę w obszarze tej prokuratury regionalnej, w którym prokuratorem jest obwiniony. Co oczywiste, nie mogłoby to dotyczyć prokuratorów Prokuratury Krajowej, spośród których przynajmniej jeden musi uczestniczyć w rozprawie (posiedzeniu), dotyczącym prokuratora tej prokuratury. Drugi przypadek to rozważenie ograniczenia przydzielania spraw według listy sędziów wyłącznie do spraw mających zakończyć się orzeczeniem merytorycznym – a więc zapadających wskutek rozpoznania sprawy dyscyplinarnej (art. 154 § 8 pr. o prok.), rozstrzygnięcia wniosku o zezwolenie na ściganie lub tymczasowe aresztowanie (art. 135 pr. o prok.) oraz rozpozna-

⁴ A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 201.

nia spraw o których mowa w art. 139 § 3, art. 140 § 3 i 4, art. 149 § 4 i 8, art. 150 § 2 i 3, art. 151 § 1, art. 152 § 1 i 2, art. 154 § 3 i 10, art. 164 i art. 170 § 3 pr. o prok. Część bowiem rozstrzygnięć zapadających w sądach dyscyplinarnych, jak przykładowo orzeczenia w przedmiocie przyznania kosztów, np. biegłym (z racji ich stosunkowo niewielkiej wagi), czy też orzeczenia wydawane wskutek składanych podczas toczących się rozpraw wniosków o wyłączenie sędziów dyscyplinarnych (z uwagi na potrzebę zapewnienia sprawności postępowania i możliwości podjęcia stosownej decyzji procesowej w dniu odbywającej się co do *meriti* rozprawy lub posiedzenia) mogłoby bez szkody dla toczącego się postępowania być rozpoznawane z rozszerzeniem wyjątków wyznaczanych przez art. 147 § 1 zd. 2 pr. o prok.⁵

Przemyślenia wymaga także możliwość zaskarżania uchwał sądu dyscyplinarnego I instancji w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej lub łącznego wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej i tymczasowe aresztowanie prokuratora przez rzecznika dyscyplinarnego niezależnie od kierunku środka zaskarżenia. Należy nadmienić, iż w toku postępowania delibacyjnego rzecznik nie pełni funkcji oskarżycielskich, gdyż te stanowią domenę wnioskodawcy.

Należałoby również rozważyć przyznanie takiego prawa prokuratorowi, którego wniosek dotyczy, w każdej sytuacji, w której jest w stanie wykazać *gravamen*, niezależnie od sentencji rozstrzygnięcia sądu *a quo*. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której Sąd Dyscyplinarny co prawda odmówi uwzględnienia wniosku, ale w uzasadnieniu wskaże, że przyczyną takiego rozstrzygnięcia jest np. przedawnienie ścigania, podczas gdy prokurator stanowczo prezentował będzie stanowisko, iż nie popełnił czynu, który chce mu się zarzucić.

Pomimo zwiększenia zakresu obowiązującego immunitetu, pojawiły się już na gruncie obowiązującej ustawy także postulaty sugerujące zasadność jego dalszego poszerzenia, jeśli chodzi o immunitet materialny, choćby w zakresie przestępstwa znieśławienia⁶.

Nadmienić należy, iż – co zdaje się pokazywać praktyka sądownictwa dyscyplinarnego tak prokuratorów, jak i sędziów⁷ – bodaj jego najsłabszym elementem jest sprawność i szybkość postępowań, co zdaje się mieć swoje przyczyny w dwóch elementach – normatywnym zapewnieniu osobom, któ-

⁵ *Op. cit.*, s. 190.

⁶ Por. R. Signerski, Immunitet prokuratora, LEX; A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 207.

⁷ Choć wyrażano także opinie przeciwne – por. W. Kozieliwicz, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych w praktyce orzecniczej SN, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka, Warszawa 2013, s. 40.

rych dane postępowanie dotyczy (a więc zasadniczo obwinionemu lub osobie względem której złożono wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub/i zatrzymanie oraz tymczasowe aresztowanie) instrumentów realizowania prawa do obrony na poziomie odpowiadającym postępowaniu karnemu, które to osoby uprawnień tych niekiedy nadużywają⁸, przy braku (do dnia 4 marca 2016 r.) jakichkolwiek środków przymusu⁹ oraz z powodów słabości organizacyjnych organów sądownictwa dyscyplinarnego¹⁰.

Z satysfakcją przyjąć jednak należy, iż przyjęte w Polsce rozwiązania ustawodawcze nie powinny być w żadnej mierze kwestionowane w aspekcie zapewnienia prokuratorskim sądom dyscyplinarnym niezależności, a ich sędziom przymiotu niezawisłości, co wynika wprost z pr. o prok. – i niezwykle trudne do wyobrażenia jest podjęcie przez kogokolwiek jakiegokolwiek choćby próby naruszenia tych zasad. Przyjęte rozwiązania normatywne cieszą tym bardziej, jeśli wskazać przykładowo, że we Francji to Minister Sprawiedliwości nakłada sankcje dyscyplinarne wobec prokuratorów dopuszczających się przewinień, w tym karę usunięcia z urzędu¹¹.

Trudno obecnie stwierdzić na ile planowane rozwiązania wpłyną na sprawność i jakość orzecznictwa sądów dyscyplinarnych, nie będzie jednak pozbawione sensu dostrzeżenie, iż po latach, w których członkowie oraz prezydja sądów dyscyplinarnych swoje dodatkowe prokuratorskie obowiązki wykonywali społecznie, poświęcając na to zwykle swój prywatny czas¹², obecnie Krajowa Rada Prokuratorów przy Prokuratorze Generalnym dostrzegła konieczność uwzględnienia celowości wskazania także funkcji członka Sądu Dyscyplinarnego i Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego oraz przewodniczącego i zastępcy przewodniczącego Sądu Dyscyplinarnego i Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego przy ustalaniu rodzajów dodatków funkcyjnych przysługujących prokuratorom w rozporządzeniu Rady Mini-

⁸ A. Herzog, Postępowanie dyscyplinarne wobec prokuratorów w perspektywie zmian, Prok. i Prawo 2012, nr 3, s. 119; A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym..., s. 191.

⁹ Por. art. 157 Pr. o prok.

¹⁰ Por. K. K. Świeczkowski, Postępowania dyscyplinarne sędziów i prokuratorów, zawieszenie w czynnościach służbowych, Prokurator 2005, nr 2–3(22–23), s. 47; A. Herzog, Postępowanie w sprawach o uchylenie immunitetu prokuratorskiego – stan prawny i praktyka (część II), Prok. i Prawo 2008, nr 6, s. 19; A. Herzog, Postępowanie dyscyplinarne..., s. 130; M. Wróblewski, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych z perspektywy RPO, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka, Warszawa 2013, s. 16; A. Bodnar, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych w kontekście orzecznictwa ETPC, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 23.

¹¹ K. Kremens, Odpowiedzialność zawodowa prokuratorów, Warszawa 2010, s. 18.

¹² A. Herzog, Przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów – uwagi *de lege ferenda*, Prok. i Prawo 2008, nr 12, s. 114.

strów w sprawie wynagrodzenia zasadniczego prokuratorów oraz wysokości dodatków funkcyjnych przysługujących prokuratorom¹³. Brak jest na moment redagowania niniejszego tekstu informacji co do dalszych losów powyższej uchwały, wydaje się jednak, że zapewnienie dodatków dla członków sądów nawet na poziomie mnożników rzędu 0,1 oraz 0,2–0,25 dla przewodniczących i zastępców, byłoby formą docenienia osobistego zaangażowania prokuratorów pełniących te funkcje i dodatkową motywacją do kontynuowania służby w tej części działalności prokuratora¹⁴.

Czy potrzebny jest wspólny kodeks odpowiedzialności zawodowej dla przedstawicieli niektórych zawodów prawnych?

Próby różnorodnych zmian w zakresie postępowania dyscyplinarnego dotyczącego prokuratorów podejmowano w latach ubiegłych wielokrotnie i w różnym zakresie.

Wspomnieć należy w tym miejscu choćby projekt opracowany w Ministerstwie Sprawiedliwości w 2004 r. Już wtedy przewidywano wprowadzenie jawności postępowania dyscyplinarnego. Nadto, zakładano przeniesienie sądownictwa dyscyplinarnego I instancji do organów usytuowanych przy ówczesnych prokuraturach apelacyjnych¹⁵.

Projekt zmian opracowano także w Prokuraturze Krajowej, w czerwcu 2009 r. Przewidywał on w szczególności dyscyplinarną karę łączną, kadencyjność rzeczników dyscyplinarnych, czy też wznowienie postępowania¹⁶.

Kolejny projekt w tym przedmiocie powstał w Prokuraturze Generalnej, wkrótce po reformie prokuratury przeprowadzonej w 2010 r. W czerwcu 2011 r., na stronach internetowych tejże, zamieszczono informację o przedstawieniu Ministrowi Sprawiedliwości opracowanych reform w sądownictwie dyscyplinarnym prokuratorów¹⁷. Planowano dość radykalne zmiany, zamierzając prokuratorskie sądownictwo dyscyplinarne przekazać prokuratorom z prokuratur apelacyjnych i Prokuratury Generalnej (w I instancji) oraz sądom apelacyjnym i Sądowi Najwyższemu (orzekającym w II instancji). Projekt wprowadzał także m.in. instytucję kary łącznej, przewidywał jawność postę-

¹³ Uchwała KRP z dnia 30 sierpnia 2016 r., dostępna na witrynie internetowej Prokuratury Krajowej, pod adresem <http://pk.gov.pl/uchwalyKRP/2016.html>

¹⁴ Por. A. Herzog, *Postępowanie dyscyplinarne...*, s. 121–122.

¹⁵ K. K. Świeczkowski, *Postępowania dyscyplinarne sędziów i prokuratorów, zawieszenie w czynnościach służbowych*, *Prokurator* 2005, nr 2–3(22–23), s. 68–69.

¹⁶ W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 403–407.

¹⁷ A. Herzog, *Postępowanie dyscyplinarne...*, s. 113.

powania oraz kadencyjność niezależnych rzeczników dyscyplinarnych, a także odpowiednie stosowanie przepisów części ogólnej Kodeksu karnego¹⁸.

Projekt powyższy nie trafił do prac parlamentarnych, niektóre jednak proponowane w nim rozwiązania stały się podstawą skierowanego do Sejmu w dniu 22 marca 2012 r. (na druku nr 379) projektu poselskiego ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy o prokuraturze oraz ustawy o ustroju sądów powszechnych¹⁹. Także i projekt tej ustawy nie stał się przedmiotem poszerzonych prac sejmowych.

Przekazany z kolei w lipcu 2012 r. do uzgodnień resortowych i konsultacji społecznych projekt zmiany ustawy o prokuraturze i niektórych innych ustaw, przewidywał w szczególności przyznanie Ministrowi Sprawiedliwości, niezależnie od Prokuratora Generalnego, nie tylko uprawnienia do wglądu w akta sprawy na każdym etapie postępowania, ale również do żądania od rzecznika dyscyplinarnego złożenia wniosku o ukaranie do sądu dyscyplinarnego, a także do składania odwołania od orzeczenia sądu dyscyplinarnego I instancji oraz wniesienia kasacji od orzeczenia sądu *ad quem*²⁰.

Propozycji zatem ukształtowania modelu postępowania dyscyplinarnego, jak i uchwalanych aktów prawnych dotyczących jego funkcjonowania, było w ostatnich latach wiele, a każda z nich miała i swoich zwolenników, i swoich przeciwników²¹.

Nie wydaje się przy tym, aby najmniejsze nawet szanse na choćby załączenie dyskusji miał w przypadku kolejnych propozycji jakikolwiek pomysł nie respektujący zaleceń organizacji międzynarodowych, dotyczących zasad, które winny rządzić systemem prokuratorskiego postępowania dyscyplinarnego. Jak wynika z punktu 21 „Wytucznych dotyczących roli prokuratorów”, przyjętych na VIII Kongresie Organizacji Narodów Zjednoczonych o zapobieganiu przestępczości i traktowaniu przestępców, odbywającym się w Hawanie, w dniach 27 sierpnia – 7 września 1990 r., „wykroczenia prokuratorów powinny być zawarte w przepisach prawa. Skargi na prokuratorów zawierające oskarżenia, iż działali w sposób oczywisty wbrew zawodowym standardom powinny być rozstrzygane szybko i rzetelnie zgodnie z odpowiednimi procedurami. Prokuratorzy powinni mieć prawo do rzetelnego wysłuchania. Decyzja wydana na tej podstawie powinna podlegać zaskarżeniu. Postępowanie dyscyplinarne przeciwko prokuratorom powinno gwarantować obiektywną ocenę i decyzję”. W podobnym duchu wypowiedziała się Rada Europy, wskazując iż „postępowanie dyscyplinarne prowadzone przeciwko prokuratorom powinno znaleźć swoją podstawę w przepisach prawa i gwa-

¹⁸ W. Kozielowicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 407–410; A. Herzog, Postępowanie dyscyplinarne..., s. 114–118.

¹⁹ W. Kozielowicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 410–412.

²⁰ *Op. cit.*, s. 412–413.

²¹ A. Herzog, Postępowanie dyscyplinarne..., s. 126–129.

rantować rzetelną i obiektywną ocenę oraz decyzję podlegającą rozpoznaniu w drugiej instancji przez niezależny i niezawisły organ”, która to zasada przyjęta została w Rekomendacji Rec/2000/19 przyjętej przez Komitet Ministrów 6 października 2000 r. – Rola prokuratury w systemie prawa karnego²².

Z pewnością część wątpliwości podnoszonych obecnie, czasami zasadnie, a czasami na przekór samym zmianom, zostanie rozwianych wraz z upływem czasu przez praktykę ukształtowaną działaniem i rzeczników dyscyplinarnych, i samych sądów dyscyplinarnych, a także orzekającego w prokuratorskich sprawach dyscyplinarnych Sądu Najwyższego.

Niezależnie zaś od powyższego – w określonej dłuższej perspektywie czasowej – można pokusić się o opracowanie zupełnie nowego systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej osób wykonujących zawody prawnicze i następnie uchwalenie go w ramach jednego aktu prawnego, z wieloma wspólnymi rozwiązaniami ustrojowymi²³. Być może nawet – co wynika z rozmaitych, mniej lub bardziej nieoficjalnych „przecieków” prezentowanych opinii publicznej – z partycypacją w wymierzaniu sprawiedliwości dyscyplinarnej m.in. sędziom oraz prokuratorom, czynnika społecznego²⁴. Gwoli równowagi wskazać należy, iż pomysł ten, wyrażony przez jednego z sędziów, natychmiast został skrytykowany przez innego²⁵.

W doktrynie już od dłuższego czasu pojawiały się głosy wskazujące na konieczność zmian w zakresie postępowania dyscyplinarnego i immunitetowego prokuratorów i sędziów, w tym także i sędziów Trybunału Konstytucyjnego²⁶ (niezależnie od bieżącej sytuacji związanej z funkcjonowaniem tego organu). Podkreślanym publicznie elementem wymagającym zmian było w szczególności zagadnienie pozbawienia sędziów Trybunału prawa do sądu.²⁷ Wskazać przy tym jednak należy i to, że – zdaniem innych – jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie nie były i nie są konieczne, a wystarczające mogą okazać się zabiegi czynione w drodze wykładni obowiązujących przepisów.²⁸ Przywoływane jednak przez tych autorów argumenty na poparcie poglądu, iż Trybunał Konstytucyjny sprawujący wymiar sprawiedliwości w zakresie orzekania o karach dyscyplinarnych swoich sędziów, spełnia kry-

²² K. Kremens, *Odpowiedzialność zawodowa...*, s. 17.

²³ *Op. cit.*, s. 18–19.

²⁴ R. Puchalski, Komentarz do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2016 r., sygn. SNO 7/16, *Dziennik Gazeta Prawna*, 4 października 2016 r., nr 192, s. D2.

²⁵ P. Mgłosiek, *Gdzie się podział sędzia Dredd*, *Dziennik Gazeta Prawna*, 11 października 2016, nr 197, s. D2.

²⁶ A. Bojańczyk, *O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, *Przegląd Sejmowy* 2007, nr 3(80), s. 63–64.

²⁷ Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 65.

²⁸ M. Zubik, M. Wiącek, *O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego – polemika*, *Przegląd Sejmowy* 2007, nr 3(80), s. 78–79, 83.

teria uznania go za „sąd” w rozumieniu konstytucyjnego prawa do sądu, w równym stopniu można zastosować do sądów dyscyplinarnych dla prokuratorów funkcjonujących przez Prokuraturze Generalnym, tak na gruncie obowiązującej ustawy, jak i poprzedniej²⁹. Są to bowiem organy określone prawem, odrębne i niezależne od innych władz (art. 145 § 1 pr. o prok.), jego członkowie są niezawisli i bezstronni (art. 145 § 4 pr. o prok.), a także nieusuwalni w okresie urzędowania (art. 145 § 3 pr. o prok. *a contrario*)³⁰.

„W Polsce tzw. prawo do sądu jest regulowane w pierwszej kolejności przez art. 45 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z treścią którego: „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Tymczasem art. 175 Konstytucji pojęciu „sądu” nadaje o wiele węższe znaczenie niż to ustalone w orzecznictwie europejskim, wiążąc je jedynie z tymi organami, które funkcjonują w ramach wymiaru sprawiedliwości. Dlatego też w świetle prawa polskiego żadne inne organy, nawet częściowo składające się z sędziów sądów państwowych, nie mogą być uznane za organy sądowe, a już tym bardziej nie mogą sprawować wymiaru sprawiedliwości, którego monopol został wyraźnie zastrzeżony w Konstytucji wyłącznie na rzecz sądów, o których mowa w art. 175 Konstytucji RP”³¹. A tymi są: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe³².

Nie prowokując wszak wzmożonej dyskusji w tym względzie, poprzestać wystarczy, jak się wydaje, na przytoczeniu argumentów samego Trybunału, który uznał, że „nie wdając się (...) w wyznaczanie zakresu tak rozumianych »spraw sądowych«, a zwłaszcza w określanie, jakie sprawy i spory Konstytucja bezwzględnie nakazuje zaliczyć do tej kategorii, należy tylko stwierdzić, że sprawy z zakresu postępowania dyscyplinarnego do takich nie należą. Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że – jak do każdej sytuacji, gdy chodzi o orzekanie o sytuacji prawnej jednostki – odnoszą się do tych spraw zarówno gwarancje prawa do sądu określone w art. 45 Konstytucji, jak i prawo do zaskarżania orzeczeń zawarte w art. 78 Konstytucji. W sprawach dyscyplinarnych nie ma natomiast konstytucyjnego obowiązku respektowania tych zasad, które bezpośrednio wynikają z art. 176 ust. 1 Konstytucji, bo nie są to

²⁹ Por. P. Skuczyński, wystąpienie na Konferencji „Modele postępowania dyscyplinarnego w świetle zasad rzetelnego procesu”, zorganizowanej przez Katedrę Postępowanie Karnego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku w dniu 17 marca 2014 r., *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, s. 15–16.

³⁰ M. Zubik, M. Wiącek, *O spornych zagadnieniach...*, s. 79.

³¹ P. Józwiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w adwokaturze – de lege lata i de lege ferenda*, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 80.

³² Art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z dnia 16 lipca 1997 r.

sprawy od początku do końca rozpatrywane przez sądy, a tylko poddane końcowej kontroli ze strony sądu³³.

Odnosząc się do szerszego spektrum, istniejący zdaniem części doktryny chaos normatywny, obejmujący funkcjonującą materię normatywną w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej części zawodów, w szczególności prawniczych, może, a wydaje się, że i powinien – znaleźć swoje rozwiązanie w postaci jednolitego unormowania o charakterze systemowym, choćby i w zakresie li tylko procesowym³⁴, obejmując swoim zakresem przynajmniej część osób wykonujących zawody zaufania publicznego – jak sędziów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy i prokuratorów³⁵.

Nie jest to wszak pomysł nowy, projektów takich, mniej lub bardziej zaawansowanych legislacyjnie, a także mniej lub bardziej udanych – było w minionych latach kilka. Naturalnie różniły się one między sobą, w szczególności zakresem podmiotowym, a także regulacjami dotyczącymi organów dyscyplinarnych i ich ustrojowym usytuowaniem, przewidywały wszakże objęcie jednym aktem normatywnym postępowań dyscyplinarnych kilku zawodów prawniczych, regulowanych dotąd znacząco odmiennie.

Jednym z takich projektów był zaproponowany w listopadzie 2005 r., w programie działania rządu premiera Kazimierza Marcinkiewicza, zamysł objęcia jedną ustawą normującą postępowanie dyscyplinarne sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy, komorników, referendarzy i asystentów sędziów. Sądownictwo dyscyplinarne miało zostać przekazane sądom powszechnym i Sądowi Najwyższemu³⁶.

Bardziej konkretną formę przybrały projekty rządowe – z dnia 7 marca 2006 r. i z dnia 5 kwietnia 2006 r. W oparciu o ten pierwszy, w dniu 22 sierpnia 2006 r. Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze, który wniesiony został do Sejmu drukiem sejmowym nr 970 z dnia 7 września 2006 r. Miało ono objąć swoją regulacją sędziów sądów powszechnych, jak również prokuratorów i asesorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury – w tym w stanie spoczynku, adwokatów i radców prawnych oraz aplikantów tych zawodów, komorników, asesorów i aplikantów komorniczych, notariuszy, asesorów i aplikantów notarialnych. Poza projektowanym zakre-

³³ Przytoczone za: P. Skuczyński, Aktualne problemy odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 55.

³⁴ Por. P. Czarniecki, *Koncepcja kodeksu odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych – założenia modelowe*, P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 390, propozycja numer 4.

³⁵ *Op. cit.*, s. 381–382.

³⁶ W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 386–394, P. Czarniecki, *Koncepcja kodeksu...*, s. 386, K. K. Świeczkowski, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących zawody prawnicze*, *Prokurator* 2006, nr 3(27), s. 24.

sem ustawy pozostawali w szczególności sędziowie Sądu Najwyższego, sądów wojskowych i administracyjnych, Trybunału Stanu i Trybunału Konstytucyjnego. Projekt pozostawił dyscyplinarne prawo materialne regulacjom związanym ze specyfiką konkretnego zawodu prawniczego, normując jedynie zagadnienia związane z postępowaniem dyscyplinarnym. Z kolei projekt Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 5 kwietnia 2006 r., dotyczący zmian w ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych, w ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz w ustawie o prokuraturze – zawierał stopniowo, w miarę dokonywanych w nim zmian, coraz mniej przepisów dyscyplinarnych, a podobnie jak wcześniej omówiony – z racji zakończenia kadencji Sejmu – nie doczekał się merytorycznej dyskusji na forum parlamentu³⁷.

Pomysł wspólnej ustawy regulującej postępowanie dyscyplinarne niektórych zawodów prawniczych nie został jednak poniechany. Już w dniu 28 czerwca 2007 r. Rzecznik Praw Obywatelskich przekazał Przewodniczącemu Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP Cezaremu Grabarczykowi opracowany przez zespół ekspertów tegoż Urzędu projekt ustawy Prawo o postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej osób wykonujących zawody prawnicze. Projekt ten obejmował swoim zakresem osoby wykonujące zawody sędziego, prokuratora, adwokata, radcy prawnego, komornika, doradcy podatkowego i rzecznika patentowego. Sądem I instancji miał być Krajowy Sąd Dyscyplinarny, a sądem odwoławczym Sąd Najwyższy³⁸.

Powodem krytycznych uwag pod adresem projektowanych aktów prawnych, których wspólnym elementem było jednolite postępowanie dyscyplinarne wobec przedstawicieli niektórych zawodów prawniczych, była między innymi wskazywana sprzeczność proponowanych regulacji z art. 17 Konstytucji, poprzez pozbawienie samorządów pieczy nad należytym wykonywaniem „wolnych” zawodów. Pogląd taki nie był jednak powszechny, ponieważ część doktryny prezentowała zdanie przeciwne³⁹. Argument ten stał się jednak podstawą negocjowania zasadności i potrzeby tego rodzaju rozwiązania.

Jeszcze podczas konferencji pod nazwą „Standardy rzetelnego procesu w postępowaniach dyscyplinarnych”, zorganizowanej w dniu 5 marca 2012 r., a zainicjowanej przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, a zrealizowanej dzięki wsparciu Instytutu Spraw Publicznych, współfinansowanej przez Pol-

³⁷ P. Czarniecki, *Koncepcja kodeksu...*, s. 386–387; K. K. Świeczkowski, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób...*, s. 24.

³⁸ P. Czarniecki, *Koncepcja kodeksu...*, s. 388; W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 395–403.

³⁹ Por. P. Czarniecki, *Koncepcja kodeksu...*, s. 392–394; K. Kremens, *Odpowiedzialność zawodowa...*, s. 18–19; W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 49, K. K. Świeczkowski, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób...*, s. 27; por. A. Herzog, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 31, M. Wróblewski, *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 15–16.

sko-Amerykańską Fundację Wolności⁴⁰, reprezentujący Ministerstwo Sprawiedliwości Podsekretarz Stanu Michał Królikowski wskazywał, że istnieje potrzeba skutecznej odpowiedzialności dyscyplinarnej i leży ona w interesie tak obywateli, jak i korporacji prawniczych oraz samorządów zawodowych, a niezależnie od dbałości i zakresu kontroli samorządów zawodowych, istnieje praktyka nieleżąca w interesie osób, na rzecz których przedstawiciele tych zawodów winni działać. Jako rozwiązanie wskazał na zwiększenie efektywności i dostępności doń odbiorców usług prawniczych oraz reformę sądownictwa dyscyplinarnego polegającą w szczególności na współuczestnictwie w nim organów korporacyjnych i sądowych. Dodał także, że wymagane zmiany powinny doprowadzić do sytuacji, w której orzecznictwo dyscyplinarne stanie się źródłem i nośnikiem standardów etycznych tak w przypadku wolnych zawodów prawniczych, jak też sędziów i prokuratorów. Ze wstępnych rozmów przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości z przedstawicielami Krajowej Rady Radców Prawnych i Naczelnej Rady Adwokackiej wynikało, iż obu stronom zależy na istotnej jakościowo zmianie sądownictwa⁴¹.

Względem sądownictwa dyscyplinarnego wolnych zawodów prawniczych podnoszono zarzuty niskiej skuteczności organów dyscyplinarnych w wykrywaniu przewinień, nieadekwatności wymierzanych kar dyscyplinarnych, nieprzejrzystości procedur oraz wszechobecnego ducha źle pojmowanej solidarności zawodowej. Dlatego też refleksja nad odpowiedzialnością dyscyplinarną z reguły dotyczy różnych pomysłów i koncepcji jej usprawnienia i zreformowania⁴².

Jak to wszak zwykle jednak bywa, zwłaszcza wśród prawników, nie zabrakło i głosów przeciwnych, wskazujących iż odpowiedzialność dyscyplinarna nie powinna się przekształcać w szkołę dobrych manier, choć należy zaznaczyć, że były one w przestrzeni publicznej sporadyczne⁴³. Podnoszono także, choć w oderwaniu od praktyki, że ustawodawstwo w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów stanowiło wzór dla innych rozwiązań prawodawczych i w istocie to ono wyznacza nowoczesne i demokratyczne standardy i rozwiązania prawne⁴⁴.

⁴⁰ A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 7.

⁴¹ M. Królikowski, *Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – projektowane zmiany ustawodawcy*, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 12–13.

⁴² P. Skuczyński, *Aktualne problemy...*, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 54.

⁴³ W. Marchwicki, *Adwokackie postępowanie dyscyplinarne – postrzeganie w opinii publicznej oraz propozycje zmian*, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 48.

⁴⁴ P. Jóźwiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w adwokaturze – de lege lata i de lege ferenda*, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 70, 72.

Jednym jednak z zakładanych rozwiązań było odejście od modelu samorządowego, ponieważ tradycyjne ukształtowanie tego sądownictwa, polegające na powierzeniu orzekania w sprawach dyscyplinarnych przedstawicielowi tego samego zawodu co obwiniony, powoduje, że źle pojmowana solidarność zawodowa utrudnia lub uniemożliwia jawne i sprawne ich rozpoznawanie, a w skrajnych przypadkach prowadzi do naruszeń niezawisłości i bezstronności. Według tego poglądu zasadniczą wadą modelu jest tkwiący w nim konflikt interesów członków organów dyscyplinarnych, który można usunąć jedynie poprzez przekazanie postępowań dyscyplinarnych do właściwości innych organów. Zakładano, że sądownictwo dyscyplinarne można przekazać organom o mieszanym składzie, w których reprezentowani byłiby przedstawiciele wszystkich zawodów prawniczych, a nie tylko jednego. Niewątpliwie jednak, według omawianego stanowiska, konieczne było uszczuplenie kompetencji samorządów zawodowych w tym zakresie. Natomiast na zarzut, że ograniczyłoby to pieczę samorządów nad należytym wykonywaniem zawodu, która jest koniecznym elementem funkcjonowania samorządu, odpowiada się, że *de facto* piecza ta nie jest obecnie sprawowana w interesie publicznym i dla jego ochrony, a więc nie podlega gwarancjom wynikającym z art. 17 Konstytucji RP. Postulowano również wzmocnienie pozycji i profesjonalizację rzeczników dyscyplinarnych, także dzięki integracji instytucjonalnej⁴⁵.

Były p.o. Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej Andrzej Michałowski, podczas wspomnianej wyżej konferencji w marcu 2012 r. stwierdził, że zarzuty stawiane postępowaniom dyscyplinarnym przez opinię społeczną powinny doprowadzić do wniosku, że każdy pomysł zmierzający do poprawy wymaga rozważenia. „Do sukcesu będzie prowadziło twórcze poszukiwanie, a nie zadowolenie z tego, co jest”⁴⁶.

W tym miejscu autorzy chcieliby zatem przedstawić ramową propozycję, czy wręcz wstęp jedynie do propozycji, w zakresie nowej ustawy o odpowiedzialności dyscyplinarnej niektórych zawodów prawniczych. Pozostaje kwestią dyskusji i decyzji organu prawodawczego czy w ustawie miałyby się znaleźć wyłącznie kwestie procesowe, związane z procedurą odpowiedzialności dyscyplinarnej, czy również wzmiankowany akt prawny winien objąć przepisy o charakterze materialnym. Biorąc pod uwagę zakres podmiotowy obowiązywania ustawy, autorzy skłaniają się ku tezie o ograniczeniu przepisów ustawy do proceduralnych, związanych z działalnością sądownictwa dyscyplinarnego i jego stron, przy pozostawieniu przesłanek odpowiedzialności normom umieszczonym w przepisach prawa korporacyjnego.

⁴⁵ P. Skuczyński, Aktualne problemy..., (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 59–60.

⁴⁶ A. Michałowski, Dyskusja, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 34.

Nowa ustawa winna zatem objąć swoim działaniem, oprócz prokuratorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury i Instytutu Pamięci Narodowej, także sędziów wszystkich sądów – a zatem sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, sądów administracyjnych (Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych) i sądów wojskowych, trybunałów (Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu) – zarówno w służbie czynnej, jak i będących w stanie spoczynku. W tym zakresie podmiotowym, oprócz przepisów dotyczących postępowania dyscyplinarnego *sensu stricto*, winny znaleźć się także przepisy odnoszące się do postępowania delibacyjnego, jak również kwestii związanych z zawieszeniem w wykonywaniu zawodu (obowiązków służbowych) czy też czasowym ograniczeniem zarobków. W części dotyczącej wąsko rozumianej odpowiedzialności dyscyplinarnej, ustawa winna mieć zastosowanie także do adwokatów, radców prawnych, radców Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, notariuszy oraz referendarzy sądowych. Kwestią dyskusyjną jest, czy winna objąć ona swoim działaniem także komorników. O ile nie budzi wątpliwości, że rygory ustawy winny objąć również asesorów wojewódzkich sądów administracyjnych, prokuratorskich, notarialnych i komorniczych (w przypadku objęcia ich ustawą), o tyle wątpliwości budzi objęcie nią aplikantów adwokackich i radcowskich. Wydaje się wszakże, iż wobec przydania im przez przepisy korporacyjne uprawnień nierzadko tożsamyh z tymi przewidzianymi dla osób wykonujących już zawód, przynajmniej właśnie w zakresie wykonywania takich czynności, przewidzianych ustawą zasadniczo dla adwokata lub radcy prawnego, powinni oni ponosić adekwatną odpowiedzialność, tak na gruncie przepisów materialnych, określonych w ustawach korporacyjnych, jak i procesowych, objętych dyskutowaną ustawą.

Naturalnie uchwalenie ustawy o odpowiedzialności dyscyplinarnej osób wykonujących niektóre zawody prawnicze wiązałoby się ze znaczącymi zmianami ustaw normujących dotąd te zagadnienia. Szczegółowej analizie należałoby poddać normy materialne zawarte w poszczególnych aktach prawnych, pod kątem możliwości dokonania choćby częściowego ich ujednolicenia, bądź jednak nawet wprowadzenia ich do nowej kompleksowej ustawy, z wyodrębnieniem w postaci rozdziałów, dotyczących różnych zawodów, nieco tylko zróżnicowanych zasad odpowiedzialności⁴⁷. Trudne do wytłumaczenia jest bowiem określenie znamion przewinienia dyscyplinarnego dla sędziów sądów powszechnych jako oczywistego i rażącego naruszenia przepisów prawa, dla sędziów Trybunału Konstytucyjnego jedynie zwykłego, niekwalifikowanego powyższymi znamionami naruszenia przepisów prawa, czy też braku jakichkolwiek norm dotyczących odpowiedzialności

⁴⁷ Por. A. Michałowski, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych z punktu widzenia adwokata, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 19–20.

dyscyplinarnej w ustawie o Trybunale Stanu. Dla przykładu, konieczność zapewnienia odrębności przesłanek odpowiedzialności dyscyplinarnej, choćby nawet tylko pośród sędziów, powinna dotyczyć sędziów wojskowych, których delikt jest aktualnie określany nie tylko wyłącznie jako czyn będący oczywistą i rażąco obrazą przepisów prawa lub uchybienie powadze stanowiska sędziowskiego (także tutaj widoczna różnica związana ze zdefiniowaniem uchybienia godności urzędu, przewidzianego jako znamię przewinienia dla sędziów sądów powszechnych czy sędziów Sądu Najwyższego), ale także naruszenie dyscypliny wojskowej oraz zasad honoru i godności żołnierskiej⁴⁸.

Oczywiście także nieco inaczej niż względem sędziów czy prokuratorów, sformułowane winny być znamiona przewinień notariuszy, adwokatów, czy radców prawnych. Dla przykładu, adwokaci i aplikanci adwokaccy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu, bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych, a adwokaci również za niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, o którym mowa w art. 8a ust. 1, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 8b (ustawy Prawo o adwokaturze – przyp. aut.⁴⁹). Z kolei przewinienie dyscyplinarne notariuszy zdefiniowane zostało zasadniczo zbieżnie z sędziowskim, z dodatkowym zastrzeżeniem szczególnych dla tego zawodu zachowań, analogicznych jak dla adwokatów: „Notariusz odpowiada dyscyplinarnie za przewinienia zawodowe, w tym za oczywistą i rażąco obrazę przepisów prawnych, uchybienia powadze lub godności zawodu, jak również za niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, o którym mowa w art. 19a, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 19b oraz za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 71 § 8, i niewykonanie zobowiązania, o którym mowa w art. 71a § 5” (ustawy Prawo o notariacie – przyp. aut.⁵⁰). Radcowie prawni i aplikanci radcowscy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych, a także za niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, o którym mowa w art. 22⁷ ust. 1, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 22⁸ (ustawy o radcach prawnych – przyp. aut.⁵¹). Przepis stanowi przy tym, iż od odpowiedzialności dyscypli-

⁴⁸ Art. 37 § 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych, Dz. U. z 2016 r., poz. 358 tekst jedn. z dnia 17 marca 2016 r.

⁴⁹ Art. 80 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, Dz. U. z 2015 r., poz. 615 tekst jedn. z dnia 6 maja 2015 r.

⁵⁰ Art. 50 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, Dz. U. z 2014 r., poz. 164 tekst jedn. z dnia 4 lutego 2014 r.

⁵¹ Art. 64 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz. U. z 2016 r., poz. 233 tekst jedn. z dnia 25 lutego 2016 r.

narnej wyłączone są czyny naruszające przepisy dotyczące porządku i dyscypliny pracy, określone w Kodeksie pracy.

Tak więc li tylko przytoczenie treści definicji legalnych przewinień dyscyplinarnych, określonych w niektórych tylko ustawach korporacyjnych, zdaje się potwierdzać tezę o zasadności pozostawienia niektórych odrębności materialnego uregulowania zagadnień dyscyplinarnych. Czy nastąpi to wszakże w ramach ustaw normujących funkcjonowanie danego zawodu, w tym jego samorządu, czy to w ramach jednej, proponowanej ustawy – jest kwestią do dyskusji. Także w tych ramach winno pozostawić się środki oddziaływania służbowego, nie stanowiące przedmiotu postępowania dyscyplinarnego (jak wytknięcia czy kary porządkowe przewidziane w Prawie o prokuraturze lub w ustawie o ustroju sądów powszechnych wobec referendarzy).

Wydaje się przy tym niekwestionowany pogląd, że „różnorodność sformułowań w przepisach będących materialnymi podstawami odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest stanem właściwym, ponieważ nie znajduje uzasadnienia merytorycznego. Odzwierciedla ona raczej fakt, że przepisy te powstawały w różnym czasie i projektowane były przez różnych autorów, niż zamiar odmiennego ukształtowania podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej. Także w praktyce wykładnia tych przepisów jest podobna i nie uwzględnia zawartej w nich różnorodności terminologii”⁵².

Przechodząc do najistotniejszego elementu związanego z procesem dyscyplinarnym, a więc samego postępowania i jego organów, wskazać należy co następuje. W naszej ocenie, postępowanie wyjaśniające winno być każdorazowo domeną rzeczników dyscyplinarnych funkcjonujących wewnątrz danej korporacji. Zasadnym wydaje się przy tym postulat, aby byli to rzecznicy wybierani na określoną prawem kadencję o jednolitej długości, np. 4 lat, ze ściśle ograniczonymi możliwościami jej zakończenia, bądź odwołania rzecznika przed upływem kadencji. W ramach zawodów wolnych, rzecznicy byłiby wybierani przez samorządy zawodowe, w wypadku przynajmniej sędziów i prokuratorów, a także radców Prokuraturii Generalnej – wybór ten winien należeć do organu posiadającego kompetencje władcze w danej instytucji (Prokuratora Generalnego lub Krajowego, I Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa sądu apelacyjnego itd.).

W przypadku wydania decyzji o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego (następującego bezpośrednio po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, a zatem zbadaniu okoliczności sprawy, na wniosek lub z urzędu, w sposób określony w art. 307 Kodeksu postępowania karnego⁵³) osobie składającej zawiadomienie winno przysługiwać zażalenie na tę

⁵² P. Skuczyński, Aktualne problemy..., (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 62.

⁵³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 tekst jedn. z dnia 24 października 2016 r.

decyzję, które winien rozpoznać sąd dyscyplinarny I instancji. W sytuacji natomiast stwierdzenia przez korporacyjnego rzecznika dyscyplinarnego potrzeby wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, wydawałby on decyzję o wszczęciu i przekazywał sprawę rzecznikowi dyscyplinarnemu działającemu przy sądzie dyscyplinarnym. Rzecznik taki kontynuowałby postępowanie i kończył je umorzeniem (z prawem zażalenia do sądu dyscyplinarnego) lub wnioskiem o rozpoznanie sprawy (substytutem aktu oskarżenia), kierowanym do wydziału dyscyplinarnego przy właściwym miejscowo sądzie apelacyjnym.

W ramach przyjętych w niniejszym opracowaniu założeń, sądami dyscyplinarnymi I instancji winny być bowiem powoływane specjalnie w tym celu organy działające przy sądach apelacyjnych, które to zapewniałyby im obsługę administracyjno-finansową. Mogłyby to być podmioty określone jako wydziały dyscyplinarne przy danym sądzie apelacyjnym, w skład których wchodziłoby wybrani przez ciała samorządowe przedstawiciele poszczególnych zawodów – co do zasady w sposób zbieżny z obecnie funkcjonującymi zasadami wyboru sędziów (w tych zawodach, w których wybory takie są przewidziane). Wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby członkami wydziału dyscyplinarnego przy Sądzie Apelacyjnym w Warszawie byli także sędziowie Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. Sądem II instancji byłby dla wszystkich osób wydział dyscyplinarny funkcjonujący przy Izbie Karnej Sądu Najwyższego. Innym możliwym rozwiązaniem usytuowania sędziów najwyższego szczebla (Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu) mogłoby być utworzenie odrębnego wydziału dyscyplinarnego I instancji przy Sądzie Najwyższym lub orzekanie także w I instancji przez jeden funkcjonujący przy Sądzie Najwyższym wydział dyscyplinarny, o charakterze zasadniczo odwoławczym. Wydaje się wszak, iż nie ma podstaw do specjalnego traktowania tej kategorii sędziów, bowiem przykładowo również przed wydziałami dyscyplinarnymi przy sądach apelacyjnych odpowiedzialiby prokuratorzy Prokuratury Krajowej czy też Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz Biura Lustracyjnego.

Przechodząc do składu i funkcjonowania wydziałów dyscyplinarnych, jak już wspomniano, w ich skład wchodziłoby przedstawiciele wszystkich zawodów objętych ustawą. Ich proporcje i łączną liczbę osób stających się sędziami dyscyplinarnymi należałoby określić po zbadaniu potrzeb, w oparciu o niezbędne dane statystyczne, związane z liczbą prowadzonych – obecnie odrębnie – postępowań. Każdy wydział kierowany byłby przez przewodniczącego, wspieranego przez wiceprzewodniczących. Przydział spraw odbywałby się w sposób zbliżony do obecnie funkcjonującego w art. 147 § 1 pr. o prok. Skład orzekający składałby się z trzech sędziów, przy czym spra-

wodzawcą byłby obowiązkowo sędzia dyscyplinarny należący do korporacji, której członkiem jest obwiniony. Przewodniczący składu orzekającego mógłby być wyznaczany przez przewodniczącego wydziału w każdej sprawie, bądź też mógłby nim być sędzia dyscyplinarny o najdłuższym dyscyplinarnym stażu orzeczniczym. Zasady te obowiązywałyby w wydziałach obu instancji.

Jak wspomniano już wcześniej, stanowiska rzeczników dyscyplinarnych przy wydziałach dyscyplinarnych byłyby inne od funkcji rzeczników działających w ramach korporacji. Biorąc pod uwagę zadania stawiane postępowaniu dyscyplinarnemu wydaje się dopuszczalne przekazanie uprawnień oskarżycielskich przed wydziałami dyscyplinarnymi rzecznikom wyznaczanym przez Ministra Sprawiedliwości z grona osób wykonujących dany zawód prawniczy, będących w służbie czynnej, jak i w stanie spoczynku lub na emeryturze. Rzecznicy ci powoływani byłiby na kadencje (np. 5–6-letnie), z zapewnioną niezależnością działania i ograniczonymi możliwościami odwołania przed zakończeniem kadencji lub jej zakończenia przed terminem. Kwestią do dyskusji jest, czy zasadnym byłby zapis o konieczności występowania w sprawie rzecznika wywodzącego się z tej samej korporacji co obwiniony.

Obwinionym winna przysługiwać kasacja, oparta o przesłanki zbliżone do tych określonych w art. 163 § 1 pr. o prok. Ostateczne zbadanie sprawy przez organ sądowy zostałoby zapewnione w taki właśnie sposób, funkcjonujący także aktualnie w odniesieniu do większości zawodów prawniczych. Jednocześnie pozwoliłoby również uniknąć zbędnych dyskusji związanych z kwestionowaniem możliwości przydania przymiotu „sądu” wydziałom dyscyplinarnym⁵⁴.

Przy tak zatem zakreślonych organach orzeczniczych, naturalnie wyposażonych w normatywne gwarancje niezależności, niezawisłości, a także gwarancjach nieodwołalności z pełnionej funkcji sędziego dyscyplinarnego przed upływem określonej kadencji, brak byłoby podstaw do kwestionowania z jednej strony uczciwości i przejrzystości jawnych postępowań dyscyplinarnych, a z drugiej nie można byłoby także wskazywać na ograniczenie samorządności zawodów prawniczych w sposób wykraczający poza granice interesu publicznego i poza granice ich ochrony, o czym stanowi art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej. Zaproponowane ukształtowanie wydziałów dyscyplinarnych nie naruszałoby uprawnień samorządów wywodzonych z przywoływanej normy konstytucyjnej, tym bardziej, że podobne pomysły były formułowane także i przez samych ich przedstawicieli⁵⁵. Nie jest również nowym pomysłem, aby obowiązkowo w składzie orzekającym znajdował się przedsta-

⁵⁴ Por. P. Józwiak, *Dyskusja*, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 84.

⁵⁵ A. Michałowski, *Postępowania dyscyplinarne...*, s. 21.

wiciel tego zawodu, z którego pochodzi obwiniony⁵⁶. Taka organizacja sądownictwa dyscyplinarnego spowoduje, że wywodzący się z każdego środowiska zawodowego obwiniony za przewinienia dyscyplinarne związane *stricte* ze sferą jego działalności zawodowej, będzie odpowiadał przed niezależnym i niezawisłym organem, w którym zasiadał będzie także sędzia dyscyplinarny doskonale obeznany z meandrami funkcjonowania jego profesji⁵⁷.

Duże znaczenie dla poprawy postrzegania funkcjonowania szeroko pojmowanego sądownictwa dyscyplinarnego, miałyby poszerzenie kontroli działań rzeczników dyscyplinarnych przez na nowo sformowany sąd dyscyplinarny⁵⁸ – dokonywanej przez wydziały dyscyplinarne przy sądach apelacyjnych, poprzez rozpoznawanie środków odwoławczych od decyzji o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego lub jego umorzeniu. Możliwość taką również akceptowano w prowadzonej debacie na temat zmian w postępowaniach dyscyplinarnych, postulując też wydłużenie okresów przedawnienia i zwiększenie uprawnień przyznanych pokrzywdzonym⁵⁹.

Funkcjonowanie wydziałów dyscyplinarnych przy sądach apelacyjnych i Sądzie Najwyższym ułatwiłoby też z pewnością praktyczną realizację zasady jawności postępowania, choćby poprzez możliwość publikowania części orzeczeń w stałych zbiorach orzeczniczych wydawanych przez te sądy⁶⁰.

Wreszcie, określone powyżej funkcjonowanie jednolitego dla większości zawodów prawniczych sądownictwa dyscyplinarnego, pozwoliłoby niewątpliwie na poprawę jego spójności, tak w zakresie pojmowania i istoty przewinienia dyscyplinarnego, szczególnie związanego z zachowaniami nieliczącymi z powagą wykonywanego zawodu (pełnionej służby), jak i wymierzalnymi za nie karami. „Przy ustalaniu wymiaru kary dyscyplinarnej za konkretny czyn powinno brać się pod uwagę przede wszystkim trzy kryteria. Po pierwsze, na ile podważa on zaufanie do całej grupy w oczach opinii społecznej i jaki jest niezbędny stopień dolegliwości, aby ewentualne straty w tym zakresie odrobić. Zauważyć przy tym należy, iż aby jeden czyn nadszarpnął zaufanie do całej grupy zawodowej, musi być on bardzo poważny i najczęściej dotyczy takich przewinień dyscyplinarnych, które mają jedno-

⁵⁶ A. Bodnar, Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych w kontekście orzecznictwa ETPC, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 24, R. Arasimowicz, Dyskusja, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 28.

⁵⁷ Por. M. Pietrzak, Dyskusja, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 31.

⁵⁸ A. Bodnar, Podsumowanie konferencji, (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 85.

⁵⁹ W. Marchwicki, Adwokackie postępowanie dyscyplinarne..., (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 50.

⁶⁰ Por. P. Skuczyński, Aktualne problemy..., (w:) A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), Postępowania dyscyplinarne..., s. 57.

czeńście charakter kryminalny. Po drugie, istotne jest wewnątrzgrupowe stanowisko wobec danego standardu, który został naruszony. Jeśli bowiem dana reguła postępowania jest naruszana często i traktowana z pobłażaniem, może doprowadzić to do trwałego rozminięcia się oczekiwań społecznych wobec grupy i jej własnego wizerunku. Organy dyscyplinarne powinny więc swym orzecznictwem wyraźnie dawać do zrozumienia, jakie reguły w danej grupie obowiązują, nawet prowadząc czasem kampanię przeciwko najbardziej nagminnym naruszeniom wartości, do których ochrony są powołane. Po trzecie wreszcie, należy szeroko uwzględniać integralność moralną samego obwinionego i jego stosunek do owych wartości. Istotne z tego punktu widzenia będą więc motywy i pobudki jego działania, ewentualna wielokrotność i uporczywość w naruszaniu reguł oraz rękojmia należytego postępowania w przyszłości⁶¹.

Naturalnie przedstawione powyżej propozycje mają charakter wstępny i ogólny, należy je traktować jedynie jako pewien pomysł na przyjęcie jednolitego modelu postępowania dyscyplinarnego. W ocenie autorów mogłaby jednak stać się przyczynkiem do dyskusji na ten temat, szczególnie w sytuacji niejednokrotnie zapowiadanych przez przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości (choć bez przedstawienia konkretnych projektów rozwiązań) zmian w postępowaniach dyscyplinarnych zawodów prawniczych. Być może więc pomysły te – w razie faktycznie rozważanych lub prowadzonych prac w tym przedmiocie – skłonią właściwe osoby do ich analizy, a przedstawicieli wszystkich zawodów prawniczych – do podjęcia próby ich oceny i/lub zaproponowania własnych.

Prosecutors' criminal, functional, and disciplinary liability in the light of Law on the Prosecutor's Office

Abstract

This paper aims at identifying possible setbacks stemming from the application of substantive and procedural regulations included in Law on the Prosecutor's Office, Chapter 3 on prosecutors' criminal, functional, and disciplinary liability, in force as of 4 March 2016. The paper points to amend-

⁶¹ *Op. cit.*, s. 67–68.

ments which should be made to the newly adopted provisions; provides references to ideas and drafts presented for public review in previous years for a single legislative act to govern a disciplinary procedure against individuals practising certain law professions; as well as presents signature ideas.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Józef Gurgul

„Paradygmaty kryminalistyki”¹

Streszczenie

Opracowanie w zamyśle Autora miało być recenzją książki Państwa V. i J. Wójcikiewiczów. W istocie jednak – wobec przekroczenia ram prezentacji jej wartości intelektualnej – stało się refleksją, komentarzem do książki, a w pewnym sensie nawet artykułem na temat paradygmatów kryminalistyki. Ta nowa jakość recenzji zdecydowała o jej publikacji w materiałach szkoleniowych jako tekst o kryminalistyce.

Książka wielorako atrakcyjna, z rozmachem pomyślana i zrealizowana. Nie wątpię, że liczne jej walory wywołają zainteresowanie nią przeróżnych odcieni teoretyków i praktyków, którzy prawo powinni stosować z uwzględnieniem wskazań nauk pomostowych. Rękojmię wysokiej wartości dzieła dają redaktorzy naukowci i zarazem współautorzy: prof. Józef Wójcikiewicz, Kierownik Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego i prof. Violetta Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kierownik Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.

Znaczący jest już sam tytuł książki. Zapowiada wszak, że nie ma i nie może być jednego wszechogarniającego i powszechnie uznawanego paradygmatu (nie tylko) kryminalistyki. W każdej duszy twórcy i użytkownika tej

¹ Autor opracowania snuje rozważania na kanwie książki zatytułowanej „Paradygmaty kryminalistyki”, pod red. J. Wójcikiewicza i V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Wydawnictwa Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2016, s. 323. *Prima facie* opracowanie stanowi klasyczną recenzję, jednakże publikujemy je w rubryce „Materiały szkoleniowe” z uwagi na fakt, że jego treść zawiera ogromny ładunek *stricte* szkoleniowy (Redakcja).

dyscypliny rzeczywistość odciska się inaczej. Każdy żyje w niepowtarzalnym środowisku społecznym i kulturalnym. Choćby z tej przyczyny, z rozmaitych perspektyw widzimy i analizujemy (także) świat przestępstw oraz przestępców². Piętno na co dzień doświadczanej prawdy odzwierciedlają prezentowane właśnie „Paradygmaty...”. Byłyby do niczego, gdyby nie wyciągały zasadniczych wniosków z dorobku przedstawicieli humanistów, pisarzy, socjologów, artystów, etnografów itd. itd.

Nie licząc wprowadzenia „Od redaktorów” i pokaźnej Bibliografii, składają się one z 21. szkiców autorstwa znawców praktyki i teorii kryminalistyki oraz nauk pokrewnych. Optymistycznie opisujących przeszłość i teraźniejszość „swojej” zwłaszcza dyscypliny. Jak wyżej napomknięto, tytuł recenzowanej książki preferuje wielość możliwych podejść do jej przedmiotu, czemu grono autorów daje dobitny wyraz. Dzięki tej zalecie z pewnością wzrośnie zastęp czytelników publikacji. Nieodpartą zachętę zawiera już wstęp „Od redaktorów” (s. 9–10) pobudzający zaciekawienie zręcznie ujętymi sporami wokół statusu kryminalistyki.

Z wyżej markowanych powodów kluczowe znaczenie ma rozdział „Paradygmaty kryminalistyki” pióra J. i V. Wójcikiewiczów, poświęcony krytycznemu przeglądowi podstawowych pojęć i zagadnień z obrębu kryminalistyki i nauk pokrewnych. Autorzy zdają się aprobować definicję T.S. Kuhna, że paradygmat oznacza „powszechnie uznawane osiągnięcia naukowe, które przez jakiś czas dostarczają modelowych problemów i rozwiązań wspólnocie badaczy”. W tym przypadku, sędziom, prokuratorom, adwokatom, policjantom, biegłym. O naukowości (s. 11), ale również o zmienności i historyczności danego wzorca świadczy roztrząsanie go w kontekście ewoluującej kryminalistyki i czynnika czasu. Redaktorzy zasadnie podkreślają umowność zadomowionego poglądu, że zapoczątkowało ją wydanie w roku 1893 Hansa Grossa Handbuch fuer Untersuchungsrichter, Polizeibeamte, Gendarmen u.s.w.

Antycypując dalsze ustalenia i rozwijając myśl obojga Wójcikiewiczów, za J. Widackim godzi się nadmienić, że „lata siedemdziesiąte i osiemdziesiąte XIX wieku stanowiły niewątpliwie złoty wiek krakowskiej kryminalistyki” (podkr. autora). Kryminaliści, medycy sądowi, chemicy spod Wawelu wtedy już czerpali satysfakcję z docierania do przekonań prawników. W pewnym sensie spektakularnym *signum temporis* może być opinia wydana na polecenie Sądu w Gorlicach w 1882 r., że na zakwestionowanym u podejrzanego młotku znajduje się hemina, czyli składnik krwi, odkryty w roku 1853³ przez prof. UJ Ludwika Teichmanna.

² J. Bobrzyński, Etnograf bada psychikę, (w:) Konteksty psychiatrii, pod red. B. de Barbaro, Kraków 2014, s. 193–205.

³ J. Widacki, Stulecie krakowskich kryminalistyków, Warszawa 1987, s. 37, 108–109; tegoż, Kryminalistyczna działalność profesora Karola Olszewskiego, Problemy Kryminalistyki

Prof. prof. Wójcikiewiczowie przekonująco rozprawiają się z poglądami podważającymi naukowość kryminalistyki. Własne stanowisko argumentują wynikami badań oraz zapatrywaniami J. Bossowskiego, G. Groegera, K. Inmana, P. Kirka, H. KołECKIEGO, N. Rudina, A. Szwarca i in. Wydaje się, że wygaszanie nierzadko jałowych sporów mogłoby się zacząć od odstąpienia niektórych od „laboratoriumcentrycznego” punktu widzenia na rzecz rozwiązywania problemów przez pryzmat naukowej interpretacji miejsca zdarzenia i wspomaganie procesu poznawania prawdy aż do jego zakończenia na sali rozpraw (s. 17). Zasklepienie aktywności biegłego tylko w ścianach laboratorium niechybnie obniża efektywność współpracy ze zleceniodawcą opiniowania. Wobec multiaspektowości śladów Autorzy słusznie nawiązują do szwajcarsko-australijskiego duetu, który w wyprowadzeniu kryminalistyki z ciasnych opłotków laboratorium i przemianie jej z „ekspertocentrycznej” na „problemocentryczną” upatrują szanse realizacji tezy o holistycznym charakterze procesu wykrywania przestępstw (s. 19). Można powiedzieć: nic dodać, nic ująć!

Stąd i z uwagi na ciągoty do mnożenia (niekiedy przez udziwnianie) definicji kryminalistyki, trudno powstrzymać się przed stwierdzeniem, że potrzeby praktyka w pełni zaspokajają rozsądne sformułowanie niegdysiejszego sędziego śledczego, Jana Sehna. Jego zdaniem wszak, kryminalistyka jest wiedzą o zasadach celowego postępowania przy wykrywaniu wszelkich środków dowodowych oraz o zasadach rozumnego posługiwania się tymi środkami dla ujawniania i ustalania prawdy materialnej w walce z przestępczością (s. 21). Określenie prof. Sehna jest dla człowieka z wyobraźnią na tyle pojemne, że – poza kryminalistyką *sensu stricto* – pomieści niezbędne segmenty także nauk pokrewnych, kryminologii, socjologii, języka i kulturoznawstwa itd. (s. 22, 23, 25). Unaocznia to sens systematycznego uaktualniania w teorii i doskonalenia w praktyce kolejnych ujęć paradygmatów.

V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz i J. Wójcikiewicz wreszcie, jako uniwersyteccy nauczyciele słusznie upominają się o uobecnienie kryminalistyki w kształceniu narybku zawodów prawniczych. Uzmysławiają to trafiającym w przysłowiową dziesiątkę mottem z Charlesa Dickensa: „*If thieving be an Art, thief-tanking is a Science*” (s. 11). Zgoda, gdyby kradzież była sztuką (a faktycznie przecież bywa sztuką), pojmanie złodzieja jest (nie lada) nauką.

Jarosław Moszczyński omawia „Przejsięcie od badań jakościowych do ilościowych – nowy paradygmat kryminalistyki czy tylko akademicka dyskusja?” (s. 26–43), to jest od subiektywnych do obiektywnych. Pierwsze doty-

1984, nr 165, s. 461–465; zob. nadto J. G u r g u l, Z kart historii kryminalistyki. Doc. dr Henryk Kowalski, Problemy Kryminalistyki 1989, nr 183–184, s. 140–148.

czą zjawisk niemierzalnych. Biegły zamieszcza subiektywną ocenę we wnioskach, określających stopień prawdopodobieństwa wyniku, niekiedy nawet – jak czynią medycy sądowi – „graniczącego z pewnością, a praktycznie pewnością” tożsamości, np. narzędzia czynu. J. Moszczyński ciekawie rozważa procesy przechodzenia w daktyloskopii, fonoskopii, pismoznawstwie od badań ilościowych do jakościowych, jakby na przekór światowym tendencjom (s. 26, 27). Nasilanie się dezawuowania *en gros* metod subiektywnych i holistycznego podejścia z jednej strony, a z drugiej – entuzjastyczne optowanie za opiniowaniem metodami numerycznymi, wymaga od (nie tylko) prokuratorów zajęcia rozważnego stanowiska wobec owocu tychże prądów. Laboratoryjne trendy to jedno, a rzeczywistość czynności śledczych i ustalenia zeń wynikające, to dwie strony medalu. Na pograniczu nauk sądowych i procesu karnego rodzą się realia z polem, na którym mieszają się kompetencje zawodowe. Podłożem niektórych są indywidualne, niepowtarzalne doświadczenia danego podmiotu. Metaforycznie mówiąc, na styku relacji zleceniodawcy ze zleceniobiorcą pojawiają się sytuacje, kiedy milkną reguły, a do głosu dochodzą muzy. Szkoda, że tutaj nie widać choć śladu „muz”.

W komentowanym szkicu natomiast uwypukla się niezwykle znaczenie naukowości w amerykańskim systemie prawnym z położeniem nacisku na przełomowość przyjęcia standardu Dauberta (s. 27, 28 i nast.). Jednoznacznie pozytywny przekaz jednakowoż warto – ze względu na dydaktyczne aspekty „Paradygmatów...” – zderzyć z ustaleniami, na przykład, T. Tomaszewskiego⁴ i J. Wójcikiewicza⁵. Wytknięte przez nich sromotne uchybienia w amerykańskim wymiarze sprawiedliwości uzmysławiają, że podejmowaniu w procesie karnym trafnych decyzji merytorycznych bardziej niż naukowość, na przykład, idealizowanych standardów Dauberta, sprzyja myślenie oraz ciągłe stawianie sobie i innym pytań, a czasem także krzta zdrowego rozsądku.

Ustosunkowując się do rozważań na temat indywidualnej identyfikacji, trzeba by je uzupełnić sygnałną uwagą o ważności opinii prawdopodobnych. Zarówno pozytywnie, jak też negatywnie weryfikujące przypuszczalność istnienia (nieistnienia) danej cechy identyfikującej, mogą zawierać cenne ziarnka prawdy za oskarżeniem bądź obroną i tym samym pomagać w wychodzeniu z zakłętą kręgu (rzekomo?) nierozstrzygalnych wątpliwości. Tak poucza doświadczenie.

Dlatego wypada opowiedzieć się za wizją Jerzego Koniecznego w „Opowieści o przestępstwie” (s. 44–53), według której w obiektywizmie matema-

⁴ T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Toruń 1996, s. 95, 129, 186 i *passim*.

⁵ J. Wójcikiewicz, *Temida pod mikroskopem*, Toruń 2009, s. 231, 251–264; zob. też R. A. Grzybowski, *Ślady zbrodni. Niezwykła historia Polaka, który został ekspertem broni palnej Policji w San Francisco i Biura Śledczego AFT*, Kraków 2014, s. 26, 58–61, 270 i *passim*.

tyki, logiki oraz informatyki tkwi (domyślnie – świetlana) przyszłość kryminalistyki (s. 44). „Wypada” nie znaczy bezkrytycznie. Otóż prawnik praktyk dokonałby samobójstwa zawodowego, gdyby wziął rozbrat z wyobraźnią, intuicją, czuciem sprawy, słuchem (na to, co inny twierdzi), sensem brania na siebie odpowiedzialności za wynik procesu... Mędrca – biegłego oko i szkiełko bowiem same przez się nie gwarantują poznania prawdy.

Prof. Koniecznego „Opowieść” może pasjonować, skoro ludzie lubią i „potrzebują opowieści”. W generalnie wartym poparcia dążeniu do nowatorstwa Autor niepokojąco jednak ruguje lub deprecjonuje od dawien dawna zakorzenione nazwy: wersja, hipoteza, stan faktyczny, pole niewiedzy (wiedzy), plan śledztwa, siedem złotych pytań. Ich miejsce zajmują pojęcia fabuły, scenariusza i narracji, jako kategorie opowieści, której rolą jest nadawanie sensu kompletowi materiału dowodowego. Pomocnicze znaczenie przypada takim nazwom, jak: abdukcja (i pochodne słowa) oraz gramatyka historii wyrażająca zbudowaną i ustrukturyzowaną opowieść itd. (s. 44–49 i in.). Streszczana koncepcja wyróżnia się uczonością, dostępną erudycie.

Może się mylę, niemniej widzę w niej jakiś sęk. Otóż Z. Łempicki twierdzi, że obiektywizm wcale nie znaczy, iżby realizujący własne czynności prawnik mógł się obejść bez pewnych, powszechnie dostępnych ocen i wartościowania⁶. Kanadyjski pisarz, Michael Ondaatje z kolei uważa, że we wszystkim, co robimy, jesteśmy po trosze mieszańcami⁷. Dzięki temu stajemy się bardziej sposobni do przyjmowania i sprawdzania różnorodnych punktów widzenia. Przy czym, z doświadczenia wynika, że w praktyce śledczej ta skłonność stanowi wartość nie do przecenienia.

To po pierwsze. A po drugie, w „Opowieści” przez mur matematyki, logiki i informatyki nie przebija się i przestaje być wyczuwalny pogląd na niezbywalną potrzebę porozumienia między prawnikami i biegłymi, o innych uczestnikach procesu nawet nie wspominając. Warunkiem *sine qua non* komunikowania się jest znajomość języka na poziomie także aluzji, przenośni, kulturowych odniesień, puszczania oka itp. Płynące od nadawcy do odbiorcy słowa informacji przez obu muszą być tak samo zrozumiane. W tym względzie język bywa bezradny, gdy nie pamiętamy zaleceniu znawcy, że należy „mówić po prostu”⁸.

Dlatego coś „zgrzyta” w tezie, że „Dobrze zbudowana i ustrukturyzowana opowieść składa się z pewnych elementów tworzących tak zwaną gramatykę historii”, będącą zbiorem pięciu postulatów. Pierwszy zaś brzmi następująco: „w opowieści należy wyodrębnić poszczególne epizody zdarzenia, ze

⁶ Z. Łempicki, *Studia z teorii literatury*, Warszawa 1966, s. 273.

⁷ M. Ondaatje, w *Gazecie Wyborczej* 2016, nr 189 (13–15 sierpnia 2016 r.).

⁸ J. Ławski, *Miłosz: kroniki istnienia Sylwy*, Białystok 2014, s. 147; zob. także J. Życiński, *Język i metoda*, Kraków 1983, s. 35, 41 i 77; A. Grobler, *Metodologia nauk*, Kraków 2006, s. 222; J. Bobrzyński, *Etnograf bada psychikę...*, *idem*, s. 193–199.

wskazaniem ich roli w całości” (s. 49) itd. Przypomnę, że rozumna rozmowa (dialog) jest do pomyślenia po spełnieniu warunku jednakowego pojmowania komunikatów.

Rozpatrzmy rzecz na przykładach. Nauczyciel szkół pijarskich i autor trzytomowej Gramatyki języka polskiego, Onufry Kopczyński (1735–1817) dosadnie wyjaśnił, że gramatyka jest „nauką mowy”⁹. Jan Łoś (prof. UJK, UJ) definiuje gramatykę, odpowiednio do natury języka, jako naukę o formach językowych (morfologii) i o głosowni, czyli fonetyce¹⁰. Wreszcie, współczesna nauczycielka w podręczniku dla nauczycieli tłumaczy to jedno z osiowych pojęć recenzowanego szkicu, że gramatykę określają takie słowa, jak: zdanie, wyraz, sylaba, głoska, samogłoska, spółgłoska¹¹. Ubocznie wspomnę, że Sąd Apelacyjny w Krakowie w motywach niedawnego wyroku postuluje redagowanie protokołów, oświadczeń i wniosków w sposób zapewniający ich zrozumienie¹², domyślnie – przez wszystkich zainteresowanych.

Podnoszone wątpliwości nie umniejszają zasadniczych wartości naukowych i praktycznych zapatrywań J. Koniecznego. Wszak interesujące i pożyteczne są zwłaszcza te, które wywołują ważne skojarzenia i odruchy niezgody. Prawdę przecież odkrywa się w toku dyskusji i prowadzenia rzeczowego sporu, a nie wtedy, kiedy prokurator (biegły) zasypia.

Wojciech Dadak rozważa „Siedem kryminalistycznych złotych pytań z perspektywy kryminologicznej, czyli o związkach między kryminalistyką a kryminologią” (s. 54–69). I nie bez racji pisze o bliskości zainteresowań obu kierunków naukowych, między innymi, w zakresie poszukiwań odpowiedzi na złote pytania oraz w sferze wspólnie rozpoznawanych zagrożeń dla porządku prawnego (s. 61). Inaczej nawet być nie może, gdyż obie nauki się zazębiają i wspomagają w osiąganiu celów także się krzyżujących. Wywody W. Dadaka świadczą o trafiającym w sedno rzeczy tytule „Paradygmaty kryminalistyki”. Chodzi o przestrzeganie zasady elastyczności aplikowania teoretycznych algorytmów (wzorców) przez prowadzącego (nadzorującego) śledztwo. Do tego zobowiązuje gdzie indziej już wzmiankowana wielość zmiennych, określających przestępstwo i jego sprawcę oraz zjawisko pojawiania się nowości nauki, sztuki, doświadczeń. W związku z tą płynnością

⁹ O. Kopczyński, Wstęp do układu gramatyki, (w:) W. Taszycki, Obrońcy języka polskiego, Wrocław 1953, s. 345–347.

¹⁰ J. Łoś, Krótka gramatyka historyczna języka polskiego, Lwów 1927, s. 1 i in.; *nota bene*, znany językoznawca, prof. Tadeusz Lehr-Splawiński (UJK, UJ) uczestniczył w nadaniu ostatecznego kształtu niniejszej pozycji.

¹¹ J. Malendowicz, Nauczanie języka polskiego w klasach od I–IV, Warszawa 1969, s. 133–134.

¹² Wyrok z dnia 24 września 2015 r., sygn. II AKA 97/15, Prokuratura i Prawo 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 36.

względny stają się pojęcia ważności i nieważności dowodu, informacji, poszlaki¹³.

Ostatnie spostrzeżenie nawiązuje do „koncentrowania – twierdzi W. Dadak – uwagi organów ścigania na poważnych przestępstwach” (s. 60, 61), co prowadzi do niefrasobliwego marginalizowania pozostałej populacji zdarzeń kryminalnych. Cały szkopuł tkwi w tym, że powaga konkretnego czynu – konkretnej czynności procesowej pozostaje zagadką nierzadko aż do uprawomocnienia merytorycznego rozstrzygnięcia. Kierunek operacyjnej oceny zależy od wielu zmiennych, od przywiązania prokuratora do zasady prawdy, od wyobraźni, intuicji czy tzw. nosa. Miał go mój Kolega. Nie uległ pokusie zatwierdzenia milicyjnego aktu oskarżenia o kradzież rolki papy. Do wielokierunkowego myślenia (które W. Dadak pochwała) dawała mu nachalność przyznania się złodziejaszka do winy. Przezorny prokurator w toku śledztwa udowodnił, że ów młody człowiek był czymś w rodzaju pionka w okradaniu na wielką skalę przedsiębiorstwa przemysłu drzewnego z udziałem naczelnego dyrektora fabryki.

„Początkami poroskopii” (s. 70–76) Adam Taracha rozpoczyna czteroodcinkowy przegląd historii nauk pomostowych. Edmonda Locarda uważa się za ojca metody identyfikacji człowieka na podstawie śladów ujść kanalików potowych (s. 70, 72). Wartym pogłębionej refleksji czytelnika jest przypadek skazania przez sąd francuski dwóch włamywaczy na podstawie jedyne dowodu w postaci opinii daktyloskopijnej (s. 73).

Recenzent odczuwa awersję do uznawania winy w oparciu o jeden dowód. Zrodziło ją atypowe doświadczenie. Jan Z. konsekwentnie przyznawał się do dokonania rabunkowego zabójstwa Katarzyny B. Ponad wszelką wątpliwość jednak sprawcą okazał się Zygmunt I. Inspiracji do udowodnienia Z. niewinności było spostrzeżenie, że dane obrażenia głowy denatki nie mogły być zadane młotkiem samorzutnie przezeń wskazanym i zabezpieczonym podczas przeszukania domu rzekomego zabójcy. Nigdy zatem dość ostrożności w ocenie jedyne dowodu.

Tezę o ciągłości nauki potwierdza doskonale skomponowana i udokumentowana praca Violetty Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz „Profesor Józef Jan Aleksander Bossowski – „ojciec” uniwersyteckiej kryminalistyki w Polsce” (s. 77–92). Przyjemnie czyta się, że równoległe i trochę w innych latach obok Taylora, Hoffmanna, Grossa, Locarda czy Lacassgne’a nauki pomostowe krzewili i ulepszali: Teichmann, Blumenstock, Olszewski, Wachholz, Horoszkiewicz, Bossowski, Piotrowski etc. W zgodzie z historyczną prawdą, Autorka nie bez kozery zwraca uwagę na umowność roku 1893 jako cezury początku kryminalistyki.

¹³ Por. K. Jaegermann, Badanie sekcyjne w przypadkach zabójstw spowodowanych urazem mechanicznym, AMSiK 1974, nr 2, s. 321; tegoż, Opiniowanie sądowo-lekarskie. Eseje o teorii, Warszawa 1991, s. 49, 76, 122 oraz 139–145.

Urodzony w 1892 r., wychowanek Uniwersytetu Jagiellońskiego, sędzia, a potem profesor Uniwersytetu Adama Mickiewicza, J. Bossowski zasłużył się kryminalistyce wartościowymi publikacjami z lat 1913–1947 (s. 86–87), a niejednemu – formatem człowieczeństwa. Bezinteresowną życzliwością obdarzał Innych, w tym ówczesną perłę dyscypliny, dra W. Sobolewskiego (s. 83, 84). W Grodzie nad Wartą chyba od zawsze istniał dobry klimat dla rozwijania nauk sądowych *sensu largo*. Tak wnoszę z dalekowzrocznego zainteresowania Urke Nachalnikiem (właściwe nazwisko Icek Boruch Farbarowicz) w czasie jego pobytu w więzieniu w Rawiczu w roku 1930 przez prof. prof. psychologii, pedagogiki i socjologii Stefana Błachowskiego, Stanisława Kowalskiego oraz Floriana Znanięckiego. Dzięki Ich wsparciu doszło do wydania przez oficynę „Rój” książek Urke Nachalnika: „Życiorys własny przestępcy” i „Żywe grobowce”¹⁴.

A skoro jesteśmy w Poznaniu, niepodobna byłoby nie zaznaczyć, że żyje tam Nestor polskich kryminalistów, prof. Andrzej Szwarz, który położył mocne podwaliny pod fonoskopię¹⁵. Niepodważalnym, często niezauważanym osiągnięciem (jednym z wielu) zajmuje trwale miejsce wśród umysłów poszukujących nowego.

Cieszy również nawiązujący do historii paradygmatów kryminalistyki tekst Anny Damulewicz pt. „Doktor Edward Piotrowski – zapomniany prekursor badań nad dynamiką śladów krwawych” (s. 93–111). Czy rzeczywiście zapomniany? Raczej nie, skoro po krótkiej kwerendzie w domowej biblioteczce udało się ustalić, że w monografii śladów krwi prof. J. Radzicki oznajmia, iż „Szczegółowe badania nad powstawaniem, kształtem, i kierunkiem tego rodzaju śladów przeprowadził jeszcze z końcem ubiegłego wieku E. Piotrowski, asystent krakowskiego zakładu medycyny sądowej”. W przypisach na s. 63 oraz w Wykazie piśmiennictwa Radzicki cytuje jego „Ueber Entstehung, Form, Richtung und Ausbreitung der Blutspuren nach Hieb- und Stichwunden des Kopfes”¹⁶.

Co więcej, prof. J. Kobiela i prof. B. Turowska powołują tę publikację w podręczniku „Medycyny sądowej”¹⁷. Także prof. J. Widacki nieźle mówi o wydanej w roku 1895 książce pt. „Kryminologia kobiety” przez „asystenta Katedry Medycyny Sądowej”, która „stanowi przegląd badań wielu autorów obcych”¹⁸. Tyle tytułem uściślenia kwestii rzekomego zapomnienia dzieła E. Piotrowskiego.

¹⁴ Szerzej zob. S. Milewski, Złodziej i literat. Życie i sprawy Urke Nachalnika, Warszawa 1988, s. 42–49 i *passim*.

¹⁵ A. Szwarz, Kryminalistyczna ekspertyza zapisu magnetofonowego, Warszawa 1964.

¹⁶ J. Radzicki, Ślady krwi w praktyce śledczej, Warszawa 1960, s. 63 i 76.

¹⁷ J. S. Kobiela, B. Turowska, Badania dowodów rzeczowych, (w:) Medycyna sądowa pod red. B. Popielskiego, J. Kobieli, Warszawa 1972, s. 751.

¹⁸ J. Widacki, Stulecie krakowskich detektywów, Warszawa 1987, s. 152 oraz 208.

Rezultaty udanych eksperymentów na śladach krwi wynaczynionej z uszkodzeń głowy królików mają trwałe znaczenie dla praktyki śledczo-sądowej. Uwidocznia się to w poświęconych oględzinom i śladom biologicznym rozdziałach podręczników kryminalistyki¹⁹. To również świadectwo, że ścisły podział nauk należy do zamierzonej przeszłości.

Znamienny jest fakt edycji ogółu prac dra Piotrowskiego w jednym roku 1985. Można rzec, Autor jednego roku. Warto też choć na chwilę skierować oczy na zbieżność pewnych okoliczności. Otóż E. Piotrowski, G. Groeger (o którym nieco dalej) studiowali na Uniwersytecie Jagiellońskim w okresie „panowania” prof. Wachholza. Wcześniej, pod egidą prof. Blumenstoka-Halbana wykształcił się stały biegły c.k. Sądu Obwodowego w Tarnowie, doc. dr Henryk Kowalski, którego w recenzji nie da się pominąć. Chociażby ze względu na wiele mówiące wydarzenie, że właśnie we współpracy z nim prof. Wachholz przygotował (wspólny!) referat na VII Zjazd Lekarzy i Przyrodników Polskich w 1894 r. we Lwowie. Po drugie, nie kwestionując historii, w której za twórców paradygmatu eksperymentalnego medycyny sądowej uznano prof. prof. Wachholza i E. Hofmanna (Wiedeń), trzeba by, choć gestem ręki, dać świadectwo, że także Henryk Kowalski prowadził metodyczne doświadczenia na królikach w celu stwierdzenia mechanizmu powstawania i sprawdzania podbiegnięć krwawych pod opłucną i osierdziem powieszonych zwierząt. Wyniki badań opublikował już w roku (uwaga!) 1881. O rozległości horyzontu intelektualnego dra Kowalskiego, przekonuje tematycznie zróżnicowane piśmiennictwo, w którym są cytowani: Heinroth, Virchow, Hechell, Hofmann, Maschka, Blumenstok, Limann, Nussbaum... Biegły z Tarnowa wzbudzał wyraźne uznanie Wachholza dzięki znajomości także ustawodawstwa i prawniczej literatury²⁰.

Jak pamiętamy, L. Wachholz natomiast nie zachwycał się umysłowością E. Piotrowskiego, czego powody A. Damulewicz wypunktowała (s. 97). Różnice w relacjach Profesora z Kowalskim i Piotrowskim wynikały – jak się wydaje – z wyznawanych wartości. Kreator Krakowskiej Szkoły Medycyny Sądowej był wszechstronnym erudytą. Tłumaczył nie tylko Goethego czy Schillera (por. przypis 18 na s. 96). Był też znawcą Mickiewicza, Słowackiego, Szekspira, tragiczków greckich, malarstwa itd. itp. Chyba już wiemy, o co tam chodziło.

¹⁹ E. Gruz a, M. G o c, J. M o s z c z y ń s k i, Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych, Warszawa 2008, s. 525–528; J. W i d a c k i (red.), Kryminalistyka, Warszawa 2008, s. 36–40.

²⁰ H. K o w a l s k i, O podbiegnięciach krwi. Ze stanowiska sądowo-lekarskiego, Tarnów 1881, s. 12 i 13 in.; Przegląd Lekarski 1894, nr 26, s. 381, gdzie znajduje się notatka z lwowskiego Zjazdu, odbytego 23–24 lipca 1894 r.; T. C i e n c i a ł a, Dr Henryk Kowalski (Działalność zawodowa, społeczna i twórczość naukowa), Wiadomości Lekarskie 1962, nr 19, s. 1449–1552; K. J a e g e r m a n n, J. W i d a c k i, Zmiany paradygmatu..., *idem*, s. 87; J. G u r g u l, Profesor Leon Wachholz w oczach prokuratora, AMSiK 1987, nr 4.

Esej Józefa Wójcikiewicza „Doktora Gustawa Groegera kryminalistyki rozumienie” (s. 112–118) nie zawiedzie niczyjzego smaku na poznawanie nietuzinkowych osobowości świata prawniczego. W barwnym, a niekiedy dramatycznym życiorysie bohatera narracji można się doszukiwać ludzkiej twarzy prawie idealnego „paradygmatu” prawnika zawodowca, piastującego godność sędziego (s. 113). Pozostawił po sobie jedyny w swoim rodzaju zarys „Dwudziestolecia kryminalistyki. Szkic historyczny”, wydany we Lwowie w 1913 roku oraz szereg prac poświęconych (m.in.) prawu autorskiemu oraz sztuce (s. 115–116). A *propos*, warto zwrócić uwagę na lapidarne stwierdzenie Doktora, że „gdzie nie ma sztuki i piękna, nie ma prawa autorskiego”, wystarczy jednak inna ochrona prawna. I wiedział, o czym mówi. Lwowiak z urodzenia – zauważa J. Wójcikiewicz – Krakus z wykształcenia, G. Groeger był słuchaczem wykładów L. Wachholza z medycyny sądowej i E. Krzymuskiego z nauki o więziennictwie, ale także Jerzego Mycielskiego o malarstwie polskim i holenderskim. Szczególnie interesowało go malarstwo Jana Matejki oraz rzeźbiarstwo Pawła z Lewoczy.

Prof. Wójcikiewicz zdaje się podsumowywać, że wielostronność zainteresowań i wiedzy stanowi klucz do odpowiedzialnego uczestniczenia w wymiarze sprawiedliwości.

Ewa Gruza i Daniel Mańkowski, zapewne do rzeczywiście profesjonalistów adresują wypowiedź nt. „Ewolucji dowodu poszlakowego w polskim procesie karnym” (s. 119–129). Zademonstrowali bezsprzecznie wyśmienitą zdolność „wgrzyzania się” w – można rzec – puls i poetykę śledztwa, które uważam za *creme de la creme* wszystkich stadiów postępowania karnego. Oczywiście, przyłączam się do poglądu, że siła dowodu wynika z trzech równoważnych elementów: a) wzajemnego zharmonizowania poszlak, b) istnienia związku przyczynowego pomiędzy poszlakami oraz c) pomiędzy poszlakami i faktem głównym (s. 124 i 126). Tym samym, pośrednio, dorozumianie zostały wytyczone kierunki finezyjnych czynności, które prokurator powinien przedsięwziąć, aby móc oskarżać bez narażania się na wytyk lekomyślności i (lub) brak profesjonalizmu.

Z „Ewolucji dowodu poszlakowego...” płynie logiczny wniosek, że przeprowadzenie *lege artis* z natury wysoce skomplikowanego śledztwa w sprawie poszlakowej potwierdza klasę prokuratora (policjanta). Jednym z przejawów profesjonalizmu jest bez wątpienia zachowanie daleko idącej ostrożności w ocenie rzeczzonego dowodu (s. 126). Autorzy dystansują się od opinii *en gros* nieufnie odnoszących się do tegoż dowodu i – w konsekwencji – uznających wyższość informacji pozyskiwanych z bezpośrednich źródeł. Sporu można by unikać lub łagodzić go, gdyby zwolennicy drugiej rozpoczęli dyskurs od przyjęcia poglądu E. Gruzy i D. Mańkowskiego, że przeprowadzenie i ocena dowodu poszlakowego wymagają od prokuratora i sędziego większego wysiłku umysłowego, szerszych umiejętności i zdolności do

ponoszenia odpowiedzialności (*passim*). Tę zdolność jednakowoż posiadają tylko tacy prawnicy, którzy rozumieją sens tego, co i dlaczego robią lub czegoś robić nie powinni, bo nie uchodzi²¹.

Bogusław Sygit, Elżbieta Bloch i Damian Wasiak dokonują prawniczo-lekarskiej operacji pt. „Ograniczenia wartości dowodowej badań identyfikacyjnych materiału DNA pobranego po transfuzji krwi lub przeszczepie szpiku kostnego” (s. 130–147). Pierwszym spostrzeżeniem z lektury „Ograniczeń...” jest wrażenie jasności tekstu o złożonym problemie. Widać odpowiedzialność za słowa i bogactwo przypisów. Tajemnicą poliszynela jest przesadne zafascynowanie wielu (rzekomą?) niezawodnością tej metody identyfikacji (s. 130). Niezależnie od jej faktycznie ogromnego potencjału poznawczego dojrzały prawnik baczny na empiryczną wiedzę, że nie ma ani biegłych wcale nie mylących się, ani absolutnie niezawodnych metod (s. 146). Każda ma jakiś margines błędnych wyników²². W przypadku ekspertyzy powikłanej wymienionymi zabiegami medycznymi musiało paść hasło „interpretacja” (s. 132). Warto by i trzeba by poświęcić mu nieco więcej uwagi, ponieważ dobry wynik laboratoryjny można zaciemnić lub wypaczyć fatalnym tłumaczeniem jego sensu w eksperckich wnioskach. W tej mierze *clou* zagadnienia tkwi w poziomie doświadczenia biegłego. Jednocześnie prawnik musi znać różnicę między informacją (wiadomością) i interpretacją. Pierwsza podlega dowodowi prawdziwości, druga – nie²³.

Ponadto, w wykazie słusznie wnioskowanego szkolenia zawodowego prokuratorów, policjantów, medyków i laborantów (s. 147) zabrakło mi sędziów. Sprawę można popsuć także w sądzie. Między innymi wskutek niedostatku wiedzy empirycznej i (lub) chęci dokopywania się do każdego okruszka dowodu. W czym zwłaszcza prokuratorowi mogą pomóc – powtarzam – wyobraźnia, intuicja, słuch muzyka i pewność niepewności stanu rzeczy²⁴.

Pozytywna ocena należy się pomysłowi Magdaleny Hrehorowicz, aby omówić „Ślady przestępstw gospodarczych i ich funkcje” (148–161). Kwestia czy nie przeholowała cytując tak dużo definicji śladu? (s. 148–153).

²¹ B. Skarga, Człowiek to nie jest piękne zwierzę, Kraków 2007, s. 86–89, 233; tejże, O odpowiedzialności, Gazeta Wyborcza 2009, nr 15; P. Girdwoyń, Wersje kryminalistyczne. O wykrywaniu przestępstw, Warszawa 2001, s. 116, 117; J. Gurgul, Prawniczy etos – jego przejawy i rola w praktyce procesowej, Prokuratura i Prawo 2012, nr 1, s. 67 i in.

²² T. Widła, Metodyka ekspertyzy, (w:) Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane pod red. J. Wójcickiej, Warszawa 2007, s. 25–38.

²³ Szerzej L. Kołakowski, Wśród znajomych, Kraków 2004, s. 28–32.

²⁴ K. Jaegermann, Intelktualna biegłość lekarza, Przegląd Lekarski 1984, nr 10, s. 596; J. Gurgul, Intuicja i wyobraźnia w śledztwie, Problemy Kryminalistyki 1994, nr 204, s. 16 i in.; P. Sztońska, Socjologia, Kraków 2002, s. 38–40; E. Gruba, Ocena wiarygodności zeznań świadków w procesie karnym. Problematyka kryminalistyczna, Kraków 2003, s. 230 i 399.

Ciut, ciut niezręcznie wybrzmiewa formuła, że śladem kryminalistycznym jest skutek zdarzenia kryminalistycznego (s. 153). Sztuka śledztwa tymczasem przewiduje budowanie dowodu z przeróżnych klocków, często niewyobrażalnie odległych od badanego czynu, które dzięki wizjonerstwu prowadzącego przekłada się na język kryminalistyki. Gdyby sięgnąć pamięcią do konkretnego zdarzenia, to kluczowym niby „śladem”, bo inicjującym przyszłe (trafne) oskarżenie o wielkie kradzieże na szkodę Skarbu Państwa była zasłyszana informacja, że biedny jak przysłowiowa mysz kościelna, Aleksander W. zapamiętał gra w pokera, a jednocześnie utrzymuje bliskie stosunki z ustosunkowanym, należącym do „wyższej sfery” Adamem C. Myślę, że sprawiedliwość miałaby się gorzej, gdybyśmy byli niezdolni do uczciwej eksploatacji – nie w orzekaniu! – *sui generis* śladu wirtualnego.

Poza tym, zestaw składników pojęcia przestępstwa (s. 154) trzeba by wzbogacić wzmianką o jego aspektach kulturowych czy artystycznych. Należy znać i serio traktować wszystko, co podnosi klasę profesjonalizmu prawnika praktyka, a zwłaszcza prokuratora, który powinien się stawać partnerem w relacjach z Innymi²⁵. Na sali rozpraw i poza nią.

Michała Strzeleckiego doniesienie „Paradygmat współczesnej kryminalistyki a ślady przestępstwa gospodarczego” (s. 162–168) twórczo kontynuuje myśl M. Hrehorowicz. Sam skromnie zaznacza, że jego tekst „jest głównie rejestrem przypuszczeń i zagadnień oczekujących na rozwiązanie” (s. 167). Żeby Autor otrzymał to, co mu się należy, przypomnę cenne dla prokuratora i eksperta myśli prof. L. Hirszfelda. Ze współpracy z prof. Emilem von Dungenem wyniósł mianowicie takie doświadczenie, że wyszukanie nowych metod, dróg oraz pomysłów wymaga „natchnienia i szczęścia” i stanowi pierwszy krok do poznania²⁶.

Oczywiście, M. Strzelecki właściwie rozumuje, że: a) rozwiązanie danego problemu można znaleźć po przeprowadzeniu eksperymentu, obserwacji uczestniczącej, wywiadów ankietowych i obserwacji *post factum*, b) najgroźniejszym przestępstwem jest to nigdy nie ujawnione (s. 167–168).

²⁵ Zob. wnioski np. z – L. Wachholz, Szekspir a medycyna sądowa, Przegląd Lekarski 1911, nr 28; E. Fromm, O sztuce miłości, Warszawa 1971, s. 18–19; S. Grodziski, Między sztuką a wiedzą prawniczą. Uwagi o ważnej konferencji, Czasopismo Prawno-Historyczne 2003, nr 2; K. Grodziska, G. Nieć (red.), Studia Lodomeriana. Historia–Kultura–Prawo, Kraków 2007, *passim*.

²⁶ L. Hirszfeld, Historia jednego życia, Warszawa 1957, s. 18, 119, 131 oraz 143; por. także L. Wachholz, Medycyna a poezja (W 175-letnią rocznicę urodzin Fryderyka Schillera) Polska Gazeta Lekarska 1934, nr 51; t e g o Ź, Geneza przestępstwa a prawo karne, Polska Gazeta Lekarska 1937, nr 31–32; H. Selye, Od marzenia do odkrycia naukowego, Warszawa 1967, s. 284; R. Herren, Kriminalist als Menschenkenner, Archiv fuer Kriminologie 1976, nr 5–6; J. M. Coetzee, Elizabeth Costello, Kraków 2006, s. 49.

Kolosalne doświadczenie oraz dorobek Ewy Wach i Teresy Jaśkiewicz-Obydzińskiej przesądzą o udatności pracy nt. „Profilowania nieznanymi sprawców przestępstw – domena kryminalistyki czy psychologii?” (s. 169–191). W celu znalezienia odpowiedzi na tenże znak zapytania Autorki szperają nawet po średniowieczu (s. 171), jak również po relatywnie nieodległej przeszłości i wydarzeniach całkiem świeżych. Na przykład, w medialnej sprawie seryjnego gwałciela ze Świnoujścia (189–191). Perfekcyjny esej czyta się jednym tchem i z pożytkiem dla każdego, kto chce wiedzieć więcej.

Pod wpływem znanej tezy S. Waltosia sprzed lat, że ścisły podział dyscyplin przeszedł na zawsze do lamusa historii, zdecydowanie jednakowoż przeredagowałbym pytanie „domena kryminalistyki czy psychologii?”, na zdanie oznajmujące. Na przykład: „domena kryminalistyki i psychologii, ale również psychiatrii, medycyny sądowej, socjologii, językoznawstwa, zdroworozsądkowego myślenia”. To mniemanie można wyinterpretować z ciekawej książki W. Chłopickiego i J. S. Olbrychta²⁷, z zaprzatającego pamięć szczegółu śledztwa o prymitywne zabójstwo na tzw. Ziemiach Odzyskanych²⁸, z zuchwałego uprowadzenia lekarki z ulicy Tumskiej w Płocku²⁹.

Prawda rodzi się ze sporu, zatem kusi o protestowanie nieścisłości w naświetlaniu sprawy Dusiciela z Bostonu – Włocha z pochodzenia, Alberto de Salvo przez B. Turvey’a (s. 174, 175). Podstawą opozycji są zapiski ze spotkania w Polsce z drem James’em Brussel’em, jako konsultantem w śledztwie przeciwko „Wampirowi z Zagłębia” oraz lektura książki tegoż Brussel’a „Casebook of a crime psychiatrist”. Niestety, nie ma miejsca na dyskusję.

Sąsiadujące ze sobą szkice Julianny Makiliły-Polak „*Modus operandi* sprawców wandalizmu wobec kolekcji dzieł sztuki” (s. 192–210) i Tadeusza Widły „Treść sygnatury” (s. 211–210) jako komplementarne nadają się do łącznej analizy. Są to przykłady piśmiennictwa kryminalistycznego, którego zawartość w praktyce powinno się rozumnie wyzyskiwać. Chociażby w celu

²⁷ W. Chłopicki, J. S. Olbrycht, Wypowiedzi na piśmie jako objawy zaburzeń psychicznych, Warszawa 1959, *passim*; *nota bene* Wachholz w Polskiej Gazecie Lekarskiej 1934, nr 51, nieprzypadkowo zwrócił uwagę, że wielu artystów – pisarzy, jak: Boy-Żeleński, Rabelais, Kerner i in. było lekarzami; ze względu na kalendarz nie wymienił (m.in.) prof. Andrzeja Szczeklika.

²⁸ *In concreto* ktoś „z boku” na miejscu znalezienia zwłok mężczyzny zauważył, że wielce znamienne obrażenia mogły być zadane „dornikiem”; od niem. der Dorn – trzcina, kolec, jakiego niegdyś używali szewcy do ozdabiania cholewek butów; narzędzie zbrodni zabezpieczono u szewca nieopodal zamieszkałego.

²⁹ Wykrycie kidnapera nastąpiło po opracowaniu przez akademickiego polonistę z Poznania znakomitego (!) opisu cech, jak się rychło okazało, Iwana Slezki vel Zygmunta Bielaja; więcej zob. J. Gurgul, Zabójstwo czy naturalny zgon, Szczytno 1992, s. 85, 86, 176 oraz 177.

udrażniania komunikacji z biegłym, jak również z wandalą lub złodziejem, nierzadko świetnie znającym obiekty sztuki. Przesłuchujący obserwuje prokuratora i wyciąga wnioski z oceny jego rzeczowych kompetencji do prowadzenia danej sprawy. Utrata prestiżu źle wróży sprawie.

Ponadto z eseju Autorki wynikają przestrogi związane z paradygmatem kryminalistycznym. Otóż notowana przewlekłość, a tym bardziej nieefektywność sączenia niepokoi społeczeństwo i rozzuchwala sprawcę (s. 201)³⁰. *Secundo*, kluczowe dla postępu śledztwa poznanie motywu może być zagrożone wskutek zapomnienia, że czasem przybiera absurdalną postać (s. 209); prowadzący je musi to wkalkulować w plan czynności. *Tertio, modus operandi* zwie się w literaturze „podpisem” lub „wizytówką” sprawcy i rzekomo nie ulega zmianom³¹. Wandale jednak zmieniają go niekiedy nawet zasadniczo (s. 209). Radykalne zmiany notuje się w sposobie postępowania także seryjnych zabójców. Na przykład Peter Kuerten, znany jako „Potwór z Duessldorfu” uśmiercał pokrzywdzone: małymi i dużymi nożycami, sztyltem, pętlą, młotkiem. Co więcej, zadawał im rozmaite cierpienia nadzwyczajne³². *Quarto*, niewłaściwa, bo zbyt optymistyczna prognoza resocjalizacji skazanego owocowała zaniżeniem wymiaru kary i ponownym wejściem w konflikt z prawem (s. 201–202). Asertywni oskarżyciel i obrońca walnie powinni pomóc sądowi w wyważeniu skali represji.

Innowacyjnością wieje od „Pomiarowych narzędzi wspomagających analizę pisma ręcznego i podpisów – komunikatu z realizacji projektu rozwojowego nr »DOBR–BI04/038/1329/2013«” (s. 201–228) pióra czwórki znawców: Mieczysława Goca, Andrzeja Łuszczuka, Krystyna Łuszczuka i Tadeusza Tomaszewskiego. Nowe metody komputerowej analizy mogą się przyczynić do standaryzacji i obiektywizacji opiniowania pisma ręcznego (s. 227). Zrozumiałe, że wymiar sprawiedliwości z pracy innowatorów ekspertyzy może odnieść same korzyści. Jeśli zechce.

Podobnie zresztą, jak ze sprzyjających sprawności procesu karnego rozważań chemika i prawnika w jednej osobie, Dariusza Wilka nad „Analizą składu pierwiastkowego współczesnych farb malarskich metodą fluorescencji rentgenowskiej (XRF) dla celów dowodowych” (s. 227–247). Istotną wartość tegoż przedstawienia stanowi – zdaniem recenzenta – określenie płaszczyzny dogadywania się aktorów postępowania dzięki wspólnocie słownictwa (języka) o charakterze pomostowym. Problem wszak tkwi z reguły w trudnościach z nazywaniem rzeczy i rozumieniem głosu Drugiego.

Z tej perspektywy patrząc, można przyjąć, że Autor uprzytomnia: a) dokładnie o co i jak pytać rozmówcę (biegłego, przesłuchiwanego), b) kryteria merytorycznej oceny opinii eksperta i c) kwestie pewności (niepewności)

³⁰ C. Beccaria, O przestępstwach i karach, Warszawa 1959, s. 133.

³¹ M. Całkiewicz, *Modus operandi* sprawców zabójstw, Warszawa 2010, s. 289.

³² W. Gay (policjant), O. Steiner (prokurator), Der Fali Kuerten, Hamburg 1957, *passim*.

w przedmiocie identyfikacji (diagnozy), d) problematykę czułości (specyficzności) konkretnej metody badawczej oraz e) kwestie interpretacji efektu prac znawcy. Ona właśnie staje się Achillesową piętą opiniodawstwa (s. 235–238, 246–247 i *passim*). Fatalną interpretacją można zaciemnić prawidłowy rezultat badań. Przeto imać się jej powinni tylko biegli z poważnym doświadczeniem³³.

„Wykorzystanie śladów cyfrowych w postępowaniach karnych w świetle badań aktowych” (s. 248–261) stanowi przedmiot zainteresowań Wojciecha Kasprzaka. Dobrze się stało, że w „Paradygmatach kryminalistyki” zamieszczono przynajmniej jeden materiał oparty na analizie akt (niestety, tylko 64.) spraw, dotyczących przestępstw komputerowych. Zostały rozpoznane w latach 2010–2013 w sądach okręgów: warszawskiego, łódzkiego, olsztyńskiego i gdańskiego (s. 249, 250). Słowny komentarz uplastycznia 17 tabel. Godzi się poinformować, że Autor widzi potrzebę uzupełnienia tego wysiłku badawczego (s. 257).

W udostępnionych ustaleniach zwraca uwagę niedostatek chyba planowania śledczych czynności i (lub) swoistej pazerności na zabezpieczenie jednorazowo, od ręki, komputerów i nośników śladów cyfrowych (s. 232, 233, 258). Zastanawiają również przyczyny, dla których certyfikowanym laboratoriom policyjnym zlecono zaledwie 27,4% badań? Prawie trzy czwarte powierzono biegłym i laboratoriom prywatnym. W artykule nie ma informacji o fachowości i wyposażeniu tych pracowni (s. 253, tabela 7). W. Kasprzak zwieńcza rzecz enigmatyczną oceną, że „ślady cyfrowe w praktyce zarówno organów ścigania, jak i sądów są prawidłowo wykorzystywane w znacznym zakresie...” (s. 261). Kwestia, co znaczy zwrot „w znacznym zakresie”? Prawidłowsze byłoby powiedzenie, że istnieje potrzeba pilnego doskonalenia praktyki.

Przykłady uczą. Dlatego zachęcam do przestudiowania Jerzego Kasprzaka i Bronisława Młodziejowskiego „Wybranych problemów rekonstrukcji przebiegu zdarzenia na podstawie śladów użycia broni palnej” (s. 262–267). Problemy, o których mowa, zostały wyłuszczone w zasadzie na kanwie jednego, acz soczystego kazusu rozpoznanego przez Sąd Okręgowy w Koszalinie. Chodziło o zastrzelenie Mariusza S. w dniu 26 lipca 1997 r. przez Władysława B. Cztery fotografie i trzy rysunki ułatwiają podążanie za argumentacją autorskiej dwójki.

³³ Zob. też K. Jaegermann, Zasady opiniowania o stopniu uszkodzenia ciała (próba uporządkowania), AMSiK 1978, nr 4, s. 269; J. Konieczny, Metodologiczna charakterystyka kryminalistyki, Katowice 1984, s. 62–73; T. Tomaszewski, Dowód z opinii w procesie karnym, Kraków 2000, s. 119–121; S. Raszeja, Badania histologiczne w opiniowaniu sądowo-lekarskim, AMSiK 2007, nr 2, s. 180–183; W. Parson (w rozmowie z U. Rogallą), Wyzwania genetyki sądowej, Genetyka + Prawo 2016, nr 28–29, s. 8–18.

Piszący twierdzą, że „właściwym momentem zarządzenia (...) tego rodzaju badań jest już zaawansowany przebieg postępowania” (s. 262). Otóż, według nabytego doświadczenia oraz historii zagadnienia wydaje się, że o terminie zlecenia ekspertyzy rozstrzygają z reguły niepowtarzalne fakty. „Właściwy moment” może zaistnieć, na przykład, już w czasie oględzin w celu optymalizowania śledztwa i niemarnowania czasu dzięki na razie tymczasowej opinii.

Po wtóre, Autorzy z satysfakcją oznajmniają, że „od kilkunastu już lat z dużym powodzeniem stosują tę metodę” (s. 262). Mając na oku, że „Paradygmaty kryminalistyki” będą czytać również studenci, może warto by doprecyzować, że w Polsce rodzimi znawcy nauk pomostowych rekonstruowali i rekonstruują przebiegi zabójstw (samobójstw, nieszczęśliwych wypadków) z użyciem broni palnej od ponad stu lat. Poprzestając na przykładowym zestawie tylko niektórych speców z „najwyższej półki”, trzeba by wspomnieć o sukcesach: Manczarskiego, Wachholza, Kobieli, Lisowskiego (kryminalistyka współpracującego z Kobielą i jego następcami), Michałowskiego (ZK KGMO), Kulickiego, itd., itd.³⁴

Współautor „toruńskiego” podręcznika kryminalistyki, Leszek Stępka w przedostatnim rozdziale „Paradygmatów...” dzieli się wiedzą nt. „Znaczenia kompleksowej ekspertyzy (kryminalistycznej i medycznosądowej) dla ustalenia przyczyny śmierci będącej skutkiem postrzału w głowę” (s. 268–279). Dobry, rzeczowy wykład, w czasie lektury którego odruchowo czyni się notatki w typie: „fachowe”, ujęcie plastyczne”, „praktyczny instruktaż” itp. Prawnik otrzymuje swoisty poradnik w dziedzinie organizowania procesu zespołowego opiniowania z uwzględnieniem stanowiących jedno ról zleceniodawcy i zleceniobiorcy. Jedno, nie może prowadzić do zacierania ustawowych odmierności statusów.

Dr Stępka uświadamia następstwa niedocenia interdiscyplinarności opiniowania oraz metaforyki zdania, że każda czynność badawcza ma swoją godzinę.

Do pochylenia nad dyskursem „Charakterystyka nielegalnych laboratoriów narkotyków syntetycznych a «trudne» dowody procesowe” (s. 280–293) przeprowadzonym przez Małgorzatę Zubańską, Anetę Łyżwę i Bogdana Guzińskiego usposabia wymowne motto: „Poza narkotykami istnieje parę innych przywar, ale żadna z nich nie jest tak uporczywa”. Istotnie, Autorzy dają tego dowody w opisie, jak bardzo trudna jest walka z narkotykową hydrą

³⁴ Zobacz, np.: S. Manczarski, Uszkodzenia postrzałowe, Warszawa 1938, *passim*; J. Władacki, Stulecie..., *idem*, s. 160–173; akta śledztwa II Ds 80/65 Prokuratury Wojewódzkiej w Rzeszowie; Z. Brożek-Mucha, Balistyka chemiczna, Kraków 2008, *passim*; M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej, Toruń 2009, s. 557 i *passim*.

i syzyfowe zmagania z dynamicznym powstawaniem nowych w miejsce przez Policję zlikwidowanych wytwórni.

Można zakładać, że niepomysłny stan rzeczy pozostaje w związku (m.in.) z faktem, że od wykrycia do skazania właścicieli laboratoriów upływa zwykle aż 3–4 lat (s. 286 i 288), a przewlekłość postępowania przeróżnie szkodzi. W celu poprawiania praktyki zleceniodawca powinien zajrzeć do listy typowych pytań dla biegłego (s. 287). Naturalnie, nie uważając jej za zamkniętą. Dodatkłą stroną rozprawy stanowią też krytyka obowiązujących przepisów oraz ciekawe wnioski *de lege ferenda* (s. 289 i 290).

W wąsko skrojonym podsumowaniu recenzji nie sposób nie zaakcentować nieprzemijającej aktualności poglądu, że na styku prawnik-biegły realizuje się wiele warstw poznania. Trzeba to powtarzać dopóty, dopóki ze świadomości praktyków i pism teoretyków nie zniknie ostatni ślad filozofii prof. Jana Chrystiana Fryderyka Augusta Heinrotha, że „medycyna sądowa nie do prawników należy”. Decydent procesowy niekwapiący się do bycia, w pełnym tego słowa znaczeniu, partnerem biegłego, z myśli Heinrotha i jego naśladowców czerpie bowiem usprawiedliwienie lichoci swojego zawodstwa.

W tym kontekście na uznanie zasługują wszyscy Twórcy „Paradygmatów kryminalistyki”, chwilami nawet łopatologicznie potwierdzający ponadczasowe znaczenie myśli Ericha Fromma, że „wiedzieć, a jednak (myśleć), że nie wiemy, jest najwyższym (osiągnięciem); nie wiedzieć (a jednak myśleć), że wiemy, jest chorobą”! Rozumowanie Fromma udobitnia cytowana przezeń sentencja Sokratesa, że „szczytem, który może myśl osiągnąć, jest wiedza o własnej niewiedzy”³⁵.

Kto zatem chce się piąć ku szczytowi, powinien przystąpić do studiowania książki, w zwierciadle której zobaczy, czego nie wie, a przecież wypada wiedzieć.

“Paradigms in Criminology”

Abstract

Originally, this study was meant to be a review of the book by Wójcikiewicz V. & Wójcikiewicz J. However, going far beyond mere presentation of the intellectual value of the book, it has actually become a reflection or a com-

³⁵ E. Fromm, *O sztuce miłości*, Warszawa 1971, s. 13 i 88.

mentary thereto, or, to some extent, even a paper on paradigms in criminology. This whole new difference brought to the review determined its publication in the training materials section, as an article on criminology.

Michał Strzelecki

Niektóre sposoby wyłudzenia współfinansowania ze środków Unii Europejskiej

Streszczenie

W artykule zostały opisane i poddane analizie sposoby działania sprawców wyłudających środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej za pomocą zawyżania refundowanych wydatków – tak zwanych wydatków kwalifikowalnych.

Wprowadzenie

Stosowanie interwencjonizmu gospodarczego z reguły tworzy okazję do przestępczego pasożytnictwa¹. Zasada ta obowiązuje także w odniesieniu do polityki gospodarczej prowadzonej przez Unię Europejską². Oszustwa popełniane przy pozyskiwaniu unijnych subsydiów³ powodują wymierne straty dla Unii Europejskiej, a przez to pośrednio również państw członkowskich. Na gruncie polskiego prawa kwalifikowane są jako występki z art. 286 § 1 k.k., najczęściej w zbiegu z art. 297 § 1 k.k.

Wyłudanie pomocy finansowej odbywa się na różne sposoby. Niekoniecznie chodzi o to, że grant trafia do beneficjenta, który w ogóle nie powinien go otrzymać. Często oszustwo polega na tym, że podmiot spełniający warunki do otrzymania dofinansowania pobiera je w kwocie wyższej niż należąca. Służy do tego oszukańcze zawyżanie wydatków podlegających refundacji.

Wydatki ponoszone przez beneficjentów programów unijnych, które podlegają refundacji, to tak zwane wydatki kwalifikowalne lub koszty kwalifikowalne⁴. Niniejszy artykuł prezentuje sposoby działania osób celowo zawyżających te koszty. Istota popełnianego przez nie oszustwa polega na wykazaniu wydatków wyższych niż faktycznie poniesione, w celu otrzymania wyż-

¹ Por. O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 112–113.

² W skład tej polityki wchodzi w szczególności Polityka strukturalna i Wspólna Polityka Rolna.

³ Popularnie, ale nie całkiem poprawnie, zwanych dotacjami.

⁴ Lub kwalifikowane. W polskich tekstach aktów prawnych te dwa warianty występują naprzemiennie, jako odpowiednik angielskiego *eligible expenditure* i francuskiego *dépense éligible*.

szej kwoty z tytułu ich zwrotu. Przykładowo, jeżeli wsparcie z funduszy unijnych polega na zwrocie 50% kosztów kwalifikowalnych, wystarczy w przedkładanych dokumentach podwoić ich wysokość, a rzeczywista wysokość pomocy wyniesie 100% poniesionych wydatków.

Znajomość *modi operandi* sprawców ułatwia ujawnianie i udowadnianie popełnianych przez nich przestępstw. Niekiedy bez znajomości przestępczych metod skuteczne ściganie nie jest w ogóle możliwe. Tym niemniej, zawsze pojawia się dylemat, ile szczegółów na ten temat należy publikować. Uprzedzając zatem ewentualne wątpliwości, czy niniejszy artykuł nie stanowi instrukcji dla sprawców przestępstw, należy zauważyć, że rzeczywistym sprawcom opisane poniżej metody i tak są już znane. Wydaje się że pożytek płynący z zaprezentowania ich czytelnikom jest większy, niż ryzyko, że zainspirują kogoś do dokonania oszustwa.

Prezentowany materiał opiera się na wynikach badań aktowych przeprowadzonych przez autora, uzupełnionych o informacje z raportów i publikacji opracowanych przez Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych (zwany dalej OLAF).

Zarys procedury przyznawania i rozliczania dofinansowania z środków UE

Pomoc udzielana z funduszy Unii Europejskiej przyjmuje różne formy. Omawiany temat dotyczy jednej z nich, polegającej na pokryciu części kosztów realizacji określonego przedsięwzięcia, zwanego w terminologii unijnych aktów prawnych projektem. Projekt może mieć charakter gospodarczy, naukowy, edukacyjny, kulturalny bądź społeczny. Dla dofinansowania projektów z różnych dziedzin przewidziane są odpowiednie programy operacyjne. Udział funduszy unijnych w pokryciu wydatków związanych z projektem może wynosić od 20% do nawet 100%.

Procedura przyznawania i rozliczania pomocy jest różna dla każdego programu operacyjnego, a nawet w ramach jednego programu często stosowanych jest kilka odmiennych procedur. Jednakże istnieje pewien ogólny model udzielania subsydiów, którego najważniejsze elementy są wspólne.

Cały proces rozpoczyna się od ogłoszenia konkursu i przeprowadzenia naboru wniosków, składanych przez podmioty ubiegające się o dofinansowanie. We wniosku kandydat na beneficjenta musi opisać, na czym polega jego projekt i wykazać, że spełnia on wymagania danego programu i jest zgodny z jego celami.

Następnie przeprowadzana jest ocena złożonych wniosków według kryteriów określonych dla danego konkursu, po czym następuje zawarcie z wybranymi beneficjentami umowy o dofinansowanie⁵.

Po zawarciu umowy, beneficjent przystępuje do realizacji projektu. Z reguły beneficjent musi najpierw pokryć wszystkie koszty z środków własnych, a po zakończeniu przedsięwzięcia otrzymuje zwrot umówionej części. W niektórych przypadkach może jednak otrzymać zaliczkę. Niekiedy też dopuszczalny jest podział przedsięwzięcia na etapy, dofinansowanie wypłacane jest wówczas w częściach, po zakończeniu kolejnych etapów.

Po zrealizowaniu projektu, beneficjent musi się z niego rozliczyć, składając wniosek o płatność i sprawozdanie końcowe. Jeżeli wniosek pomyślnie przejdzie weryfikację, beneficjentowi wypłacany jest zwrot umówionej części poniesionych wydatków.

Uzasadnianie wysokości wydatków i wyboru dostawców

Opracowując projekt, beneficjent sam decyduje, jakie towary lub usługi zamierza zakupić. Jednakże nie ma w tym zakresie pełnej swobody. Ponieważ wydaje cudze pieniądze, oczywistym jest, że powinien działać gospodarnie. Wydatki powinny być ponoszone na uzasadnione cele, a płacone ceny nie powinny przekraczać cen rynkowych.

W związku z powyższym beneficjent powinien uzasadnić, dlaczego nabył określone towary czy usługi od danego dostawcy. Ponieważ beneficjenci nie należący do sektora publicznego z reguły nie podlegają przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁶, nie muszą przeprowadzać przetargów. Obowiązuje ich jedynie udokumentowanie wyboru dostawców, najczęściej poprzez przedłożenie co najmniej trzech różnych ofert na wykonanie danego zamówienia⁷. W zależności od reguł obowiązujących w danym programie, oferty te muszą być załączone już do wniosku o przyznanie dofinansowania, bądź dopiero do wniosku o płatność. Niekiedy beneficjent w ogóle nie musi przedkładać ofert, a jedynie przechowywać je na wypadek kontroli. Funkcjonowały też w Polsce takie programy operacyjne, w których procedura wyboru dostawców nie została w żaden sposób uregulowana, sprowadzała się tylko do ogólnikowego zapisu o konieczności przestrzegania zasady „przejrzystości i uczciwej konkurencji”.

⁵ W programach skierowanych do jednostek sektora publicznego nie zawiera się umowy, tylko wydaje decyzję o dofinansowaniu.

⁶ Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177 z późn. zm.

⁷ Zabezpieczenie przez nadużyciami w postaci obowiązku zebrania trzech ofert jest w praktyce nieskuteczne, o czym będzie mowa dalej.

Ciekawy problem stanowi kwestia kwalifikowalności wydatków poniesionych na rzecz dostawców powiązanych z beneficjentem osobowo lub kapitałowo. Niektóre z aktów prawnych regulujących tryb rozliczania wydatków poniesionych w ramach dofinansowanych projektów jednoznacznie wykluczają taką możliwość. W innych takiego zakazu nie ma. W rezultacie zagadnienie budzi wiele kontrowersji.

Jeżeli ani żaden akt prawny, ani umowa zawarta z beneficjentem, nie zawiera klauzuli wykluczającej kwalifikowalność wydatków poniesionych na rzecz podmiotów powiązanych, nie ma formalnych przeszkód aby dostawcą był taki podmiot. Zdarzały się zatem przypadki, w których beneficjenci działający w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zawierali w ramach projektów umowy z członkami własnego zarządu, albo z innymi spółkami, których zarządy składały się z tych samych osób, co zarząd beneficjenta.

Wprawdzie instytucje zajmujące się rozliczaniem dofinansowania często odmawiały uznania wydatków dokonanych w wyniku transakcji z podmiotami powiązanymi za kwalifikowalne, uznając je za naruszające zasadę konkurencyjności, jednakże było to źródłem licznych sporów sądowych, a orzecznictwo w tym zakresie jest niejednolite. W niektórych wyrokach dotyczących kwalifikowalności wydatków poniesionych na rzecz podmiotów powiązanych Naczelny Sąd Administracyjny przyznał rację beneficjentom, uznając że „aby uznać wydatki za niekwalifikowane nie wystarczy naruszyć ogólną i dość abstrakcyjną „zasadę konkurencyjności”, lecz zasada ta powinna być określona w umowie o dofinansowanie projektu. W konsekwencji dopiero w przypadku naruszenia stosownych postanowień umownych można mówić o naruszeniu zasady konkurencyjności”⁸.

W innych NSA zaprezentował stanowisko przeciwne, stwierdzając że „nie można tracić z pola widzenia tego wymiaru funkcjonowania omawianej zasady, który odnosi się do kontekstu istnienia rzeczywistych, czy też nawet potencjalnych powiązań (osobowych, kapitałowych) między zamawiającym i potencjalnym wykonawcą zamówienia, które mogłoby zakłócić albo nawet tylko tworzyć ryzyko zakłócenia wolnego i równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych (...) Kierowanie przez beneficjenta projektu finansowanego ze środków publicznych, jako zamawiającego, pisemnej oferty na wykonanie konkretnego zadania w ramach tego projektu do podmiotu, z którym jest on powiązany osobowo i kapitałowo, nie może być ocenione inaczej, jak tylko naruszenie zasady konkurencyjności we wskazanym powyżej jej rozumieniu”⁹.

⁸ Wyrok NSA z dnia 4 czerwca 2014 r. sygn. II GSK 617/13; wyrok NSA z dnia 14 lutego 2014 r., sygn. II GSK 1857/12, oba opubl. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

⁹ Wyrok NSA z dnia 21 listopada 2014 r., sygn. II GSK 1100/13, podobnie wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2013 r., sygn. II GSK 1436/12, oba opubl. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

Wątpliwości nie było jedynie w przypadkach, w których zachodziła nie tylko faktyczna, ale i prawna tożsamość pomiędzy beneficjentem i dostawcą. Na kanwie stanu faktycznego, w którym beneficjent, będący osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, wysłał jedno z trzech zapytań ofertowych do spółki cywilnej, w której współnikami byli on sam i jego córka, a następnie wybrał ofertę tejże spółki jako najkorzystniejszą, NSA orzekł iż „Kierowanie przez beneficjenta projektu finansowanego ze środków publicznych, jako zamawiającego, pisemnej oferty na wykonanie zadania w ramach tego projektu do podmiotu, w którym – wraz z osobą dla siebie najbliższą, również pełniącą konkretne funkcje w tym projekcie – jest współnikiem nie może być ocenione inaczej, jak tylko naruszenie zasady konkurencyjności we wskazanym powyżej jej rozumieniu”¹⁰.

Dopiero w wyniku nowelizacji ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości¹¹, która weszła w życie w dniu 5 stycznia 2011 r., wprowadzono jednoznacznie zasadę niekwalifikowalności wydatków poniesionych na rzecz podmiotu powiązanego oraz zdefiniowano pojęcie powiązań. Powiązaniem między beneficjentem a wykonawcą w rozumieniu art. 6c ust 2 tejże ustawy, jest:

- uczestnictwo w spółce jako współnik spółki cywilnej lub spółki osobowej;
- posiadanie udziałów lub co najmniej 5% akcji;
- pełnienie funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika;
- pozostawanie w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności w wyborze wykonawcy, w szczególności pozostawanie w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

Przepis ten stosuje się jednak tylko do umów zawieranych przez PARP, toteż w odniesieniu do projektów realizowanych na podstawie umów zawartych z innymi instytucjami, dokonywanie w ramach projektu transakcji z podmiotami powiązanymi może nadal być dopuszczalne.

Podstawowa typologia sposobów przestępczego zawyżania wydatków

Można wyróżnić trzy podstawowe metody zawyżania kosztów kwalifikowalnych, stosowane przez sprawców:

¹⁰ Wyrok NSA z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. II GSK 1258/12, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

¹¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 42, poz. 275 z późn. zm.

- nabycie rzeczy będących tańszymi zamiennikami przedmiotów przewidzianych w projekcie i fałszywe przedstawienie ich we wniosku o płatność jako zgodnych z umową,
 - pozorne podniesienie ceny kupowanych rzeczy lub usług,
 - pozorowanie wypłacania wyższych wynagrodzeń pracownikom.
- Dalej przedstawiono, na czym sposoby te polegają

Nabycie tańszych zamienników

Wykorzystanie tańszych zamienników polega na tym, że zamiast przedmiotów przewidzianych w zestawieniu rzeczowo-finansowym projektu, beneficjent kupuje ich tańsze zamienniki, płacąc za nie cenę przewidzianą w budżecie projektu. Sprawca odzyskuje następnie nadpłaconą kwotę od sprzedającego. Tańszymi substytutami mogą być na przykład urządzenia używane, kupione zamiast nowych przewidzianych w umowie o dofinansowanie. Taki *modus operandi* znany jest między innymi z przypadków ujawnionych w Bułgarii i Rumunii¹², a także w Hiszpanii¹³. Realizacja oszustwa wymaga każdorazowo zmywy z dostawcą, który wystawia fakturę jak za droższy towar i przyjmuje zawyżoną zapłatę, której część następnie zwraca beneficjentowi. Oczywiście zwrot pomniejszony jest o kwotę podatków, które dostawca musi uiścić od kwoty nominalnej, figurującej w dokumentach księgowych.

Przykład 1: Przedsiębiorca „A” zawarł z Łódzką Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości S. A. umowę, o dofinansowanie wdrożenia innowacyjnej technologii segregacji odpadów szklanych. Refundacją objęte było 70% kosztów inwestycji, co łącznie dawało kwotę 1.749.051 zł. Projekt polegał na zakupie i uruchomieniu linii do segregowania szkła, która miała składać się w całości z nowych, nowoczesnych urządzeń. „A” wszedł w porozumienie z osobami kierującymi firmami „D1”, „D2” i „D3”, od których nabył maszyny wchodzące w skład linii produkcyjnej. Nie były to maszyny nowe, ale używane albo poskładane z używanych części, o wartości około dwukrotnie niższej od nowych urządzeń. Kontrahenci „D1”, „D2” i „D3” wystawili faktury jak za nowe maszyny, „A” przelał im odpowiednie kwoty, a następnie „D1”, „D2” i „D3” oddali mu nadwyżkę w gotówce, potrącając wysokość podatków które musieli zapłacić¹⁴.

¹² Sprawozdanie roczne przyjęte w 2009 r. Europejskiego Urzędu ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych. Streszczenie, s. 16.

¹³ Annual Report 2010. European Anti-Fraud Office Tenth Activity Report 1 January to 31 December 2009, s. 40.

¹⁴ Sprawa SO w Piotrkowie Trybunalskim, sygn. III K 57/10.

Jest to metoda nie wymagająca zawyżenia budżetu projektu już na etapie ubiegania się o dofinansowanie – uwzględnione w projekcie ceny są rynkowe, tyle że dotyczą innych towarów niż ostatecznie kupione. Natomiast sposoby opisane w kolejnych punktach wymagają przedłożenia przeszacowanego kosztorysu już na etapie ubiegania się o dofinansowanie.

Metody uwiarygodnienia przeszacowanego budżetu projektu

Wnioskodawca ubiegający o przyznanie dofinansowania musi przedstawić zestawienie planowanych wydatków (tzw. zestawienie rzeczowo-finansowe) i uzasadnić ich wysokość. O ile wpisanie wyższych kwot w samym wniosku jest banalnie proste, o tyle jego uwiarygodnienie stanowi pierwszą barierę, którą sprawca musi pokonać. Jak wspomniano dalej, uwiarygodnienie najczęściej polega na przedłożeniu ofert od potencjalnych dostawców, mającym wykazać, że wybrano najkorzystniejszą z nich. W tym celu sprawca oszustwa musi zdobyć odpowiednie oferty.

Podrabianie ofert

Najprostsza, ale najbardziej ryzykowna dla sprawcy metoda, polega na sfalszowaniu ofert. Może ona zostać zrealizowana w dwóch wariantach – przez sporządzenie ofert fikcyjnych, zawierających dane nieistniejących firm, albo przez podrobienie ofert rzeczywiście działających przedsiębiorców. Może też zostać zastosowany wariant mieszany – część sfalszowanych ofert rzekomo pochodzi od firm rzeczywiście istniejących, w pozostałych figurują zmyślane przedsiębiorstwa.

Przykład 2: Osiem firm o różnej formie prawnej, powiązanych osobowo i realizujących zbliżone projekty, składając wnioski o płatność, załączyło po trzy oferty sprzedaży, dotyczące maszyn kupowanych w ramach projektu. Podmioty składające oferty powtarzały się w każdym z tych wniosków, łącznie było to pięć firm. Wszystkie oferty, z wyjątkiem tych, które wybrano do realizacji jako najkorzystniejsze, były podrobione. Dwie z wykorzystanych firm faktycznie istniały, ale nigdy nie składały takich ofert, a trzy były fikcyjne – aczkolwiek ich dane wykreowano w oparciu o faktycznie istniejące przedsiębiorstwa, których nazwy zostały przekreślone¹⁵.

¹⁵ Sprawa SO w Gdańsku, sygn. XIV K 21/08.

Oferty od znajomych sprawcy

Znacznie trudniejszy do wykrycia, a tym samym bezpieczniejszy dla sprawcy sposób, polega na przedłożeniu ofert sporządzonych przez przedsiębiorców z nim zaprzyjaźnionych. Wykorzystanie takich ofert nie musi nawet wiązać się z udzieleniem ich autorom jakichkolwiek korzyści. Zdarza się, że sporządzenie oferty o treści zamówionej przez sprawcę, albo wręcz podpisanie oferty przez niego podsunętej, znajomi traktują jako grzecznościową przysługę – por. przykład 5. Należy dodać, że przepisy regulujące przyznawanie dofinansowania nie zabraniają kupowania od pośredników, ani zlecania usług podmiotom posługującym się podwykonawcami. Instytucje oceniające wnioski o dofinansowanie i płatność nie mają ani obowiązku, ani możliwości sprawdzenia, czy firmy składające oferty są zdolne wywiązać się z nich.

Oferty od firm powiązanych ze sprawcą

Zamiast poszukiwać zewnętrznych podmiotów gospodarczych które sporządzą pozorną ofertę, sprawca może posłużyć się firmami powiązanymi z nim osobowo bądź kapitałowo. Mogą to być firmy prowadzone przez jego małżonka, krewnych czy powinowatych, albo spółki w których sprawca lub jego bliscy są wspólnikami – por. przykład 6. W skrajnym przypadku mogą zostać przedłożone trzy oferty od podmiotów mających tego samego właściciela, np. od trzech jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zakup przedmiotów o rzekomo szczególnych cechach

Spotykany jest również sposób pozwalający ominąć konieczność przedstawiania konkurencyjnych ofert. Polega on na zamieszczeniu w budżecie projektu wydatków na zakup rzeczy charakteryzujących się rzekomo szczególnymi cechami, uzasadniającymi ich wysoką cenę. Większość procedur przyznawania dofinansowania przewiduje wyjątek od obowiązku przedstawienia konkurencyjnych ofert, jeżeli przedmiot zamówienia z powodu swojej innowacyjności bądź innych unikalnych właściwości nie ma konkurencji na rynku. Zamiast tego wymagane jest przedłożenie zaświadczenia lub opinii eksperta, potwierdzającej istnienie tych wyjątkowych cech.

Nieuczciwi wnioskodawcy uzyskują stosowne dokumenty w drodze fałszerstwa lub korumpowania eksperta. Następnie zaś, w porozumieniu z dostawcami, kupują po zawyżonej cenie rzeczy nie mające żadnych nadzwyczajnych właściwości i przedstawiają je do refundacji.

Przykład 3: Spółka jawna „S” zawarła z PARP umowę na dofinansowanie uruchomienia produkcji nanobetonu. Realizując projekt, „S” kupiła od firmy z siedzibą w Niemczech dwie pompy do betonu. Miały to być pompy o szczególnych cechach konstrukcyjnych, przeznaczone do podawania nanomieszanki nowej generacji. W rzeczywistości żadnych wyjątkowych cech nie miały. W porozumieniu ze sprzedającym, cena jednej z pomp została zawyżona o 206.000 zł, a drugiej o 111.996 zł. Nadwyżka stanowiła zapłatę za trzecią pompę, która nie była objęta dofinansowaniem¹⁶.

Pozorne podnoszenie cen – sposoby zawyżania faktur i przelewów

Składając wniosek o płatność, beneficjent załącza do niego dowody poniesionych wydatków. Dowodami tymi są faktury i bankowe potwierdzenia przelewu, a także inna stosowna dokumentacja, jak np. protokoły odbioru robót. Sprawca zamierzający zawyżyć koszty musi zatem zdobyć odpowiednie dokumenty. Oczywiście może je po prostu podrobić, ale ponieważ typowe fałszerstwo może zostać względnie łatwo ujawnione, sprawcy sięgają raczej po sposoby wiążące się z mniejszym ryzykiem.

Podrabianie lub przerabianie faktur

Falszowanie faktur spotykane jest rzadko. Jednakże nawet ta najprymitywniejsza metoda działania bywa czasem wykorzystywana przez sprawców w sposób całkiem pomysłowy.

Przykład 4: Sprawca przerabiał faktury otrzymane od dostawców, dopisując zero na końcu kwoty do zapłaty, przez co jej wysokość wzrastała dziesięciokrotnie (np. ze 100 € do 1000 €). Następnie przelewał dziesięciokrotnie zawyżoną kwotę na konto dostawcy, a potwierdzenie przelewu, wraz z przerobioną fakturą przedkładał do refundacji. Gdy tylko dofinansowanie wpłynęło, zwracał się do dostawcy o zwrot nadpłaconej kwoty, tłumacząc ją błędem w księgowości¹⁷.

Zmowa z dostawcami i wykonawcami

Najbardziej oczywisty sposób zawyżenia kosztów kwalifikowalnych to wejście w porozumienie z dostawcami towarów lub wykonawcami usług ob-

¹⁶ Sprawa SO we Wrocławiu, sygn. III K 352/13.

¹⁷ Compendium of Anonymised Cases. Structural Actions, European Commission 2011, s. 40–41.

jętych refundacją. Paradoksalnie, jest to jednocześnie metoda najtrudniejsza dla sprawcy, gdyż wymaga współdziałania z innymi, niezależnymi od niego osobami. Schemat działania jest prosty, polega na tym, że kontrahent beneficjenta wystawia fakturę sprzedaży na kwotę znacznie wyższą od ceny rynkowej, otrzymuje zapłatę przelewem, a następnie nadwyżkę nad ceną rynkową zwraca beneficjentowi – w gotówce lub z wykorzystaniem któregoś ze sposobów dalej opisanych. Beneficjent przedkłada do refundacji zawyżoną fakturę i potwierdzenie wykonania przelewu.

Pośrednictwo podstawionego podmiotu powiązanego ze sprawcą

Przy zastosowaniu schematu oszustwa opisanego w poprzednim punkcie, głównym problemem dla sprawcy jest nakłonienie dostawców do współdziałania, co podnosi ryzyko ujawnienia całej operacji, a jednocześnie może powodować konieczność dzielenia się z nimi zyskiem osiągniętym z wyłudzenia. Na ominięcie tych przeszkód pozwala zastosowanie odmiennej metody, polegającej na wprowadzenie pomiędzy dostawcę a beneficjenta pośrednika, którym jest specjalnie w tym celu podstawiony podmiot. Sposób ten wymaga od sprawcy większego wysiłku organizacyjnego, ale eliminuje konieczność współdziałania z rzeczywistymi dostawcami.

Podmiotem podstawionym będzie w dalszej części tekstu nazywany pośrednik, na rzecz którego beneficjent ponosi wydatki zaliczające się do kosztów objętych dofinansowaniem (koszty kwalifikowalne), nabywając rzeczy lub usługi po cenach rażąco wyższych od rynkowych. Podmiot taki zawsze działa w ścisłym porozumieniu ze sprawcą wyłudzenia. Należy wyraźnie zaznaczyć, że stosowane tutaj pojęcie podmiotu podstawionego jest szersze od podmiotu powiązanego, o którym mowa w Ustawie z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Spotykane są różne stopnie powiązania i podporządkowania pomiędzy sprawcą wyłudzenia a podmiotem podstawionym. W roli podmiotu podstawionego może wystąpić „zewnątrzny” przedsiębiorca, prowadzący działalność niezależnie od sprawcy, incydentalnie namówiony do współdziałania w oszustwie – por. przykład 5. Może też zachodzić powiązanie między sprawcą a podmiotem podstawionym, kapitałowe lub osobowe. Jeżeli podmiotem podstawionym jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub podobna spółka zagraniczna, powiązanie może polegać na tym, że właściciel beneficjenta jest jednocześnie właścicielem podmiotu powiązanego. W przypadku ostrożniejszych sprawców powiązanie jest lepiej zamaskowane – jako właściciele podmiotu podstawionego występują członkowie rodziny, albo figuranci, tak zwane „słupy”. Podstawianie zbyt dużej liczby „słu-

pów” niweczy jednak jedną z większych z punktu widzenia sprawcy zalet tej metody, jaką jest ograniczenie liczby osób wtajemniczonych, toteż najczęściej ogranicza się do zarejestrowania figuranta w charakterze prezesa zarządu spółki (lub odpowiadającego mu organu w spółce zagranicznej). W prostszej wersji, działający pod kierunkiem sprawcy „słup” zakłada jednoosobową działalność gospodarczą, której faktycznie nie prowadzi. Jedynym celem zarejestrowania działalności jest wykorzystywanie „słupa” w charakterze podmiotu podstawionego – por. przykład 8.

Podstawiony podmiot kupuje rzeczy potrzebne do realizacji projektu, a następnie odsprzedaje je beneficjentowi po cenie kilkakrotnie wyższej. Oczywiście warunkiem powodzenia całej operacji jest uzasadnienie wyboru oferty podmiotu podstawionego jako najkorzystniejszej, co z reguły wymaga spreparowania dwóch ofert droższych, o czym była mowa wcześniej. Beneficjent przedstawia poniesione wydatki do refundacji, otrzymując odpowiednio wyższe dofinansowanie, a zysk jaki osiągnął podstawiony podmiot trafia do sprawcy, lub jest dzielony pomiędzy sprawcę a pośrednika.

Praktyczne aspekty realizacji opisanego mechanizmu oszustwa ilustrują przykłady 5–7.

Przykład 5: Przedsiębiorca „A” zawarł z Małopolskim Centrum Przedsiębiorczości umowę na realizację inwestycji polegającej na zakupie maszyn pralniczych. Refundacją objęte zostało 40% kosztów inwestycji, co łącznie dawało kwotę 200.000 złotych. Przed złożeniem wniosku o przyznanie dofinansowania, „A” zwrócił się do znanego sobie przedsiębiorcy „B”, zajmującego się dystrybucją i serwisem maszyn pralniczych, o załatwienie zawyżonych faktur sprzedaży od producenta, czeskiej firmy „P”. Firma „P” odmówiła wystawienia zawyżonych faktur. Wówczas „A” zaproponował, żeby „B” kupił te maszyny i odsprzedał mu, wystawiając faktury na dwukrotnie wyższą cenę, oraz załatwił dwie zawyżone oferty od innych firm. „B” zwrócił się do dwóch znanych sobie firm, które sporządziły na jego prośbę oferty o żądanej treści, traktując to jako drobną przysługę. Następnie „B” kupił od „P” sześć maszyn pralniczych za 306.656,84 zł i sprzedał je „A” za 623.474,90 zł. Taką też kwotę „A” podał przy rozliczeniu dofinansowania (we wniosku o płatność). Nadwyżkę, pomniejszoną o VAT, „B” oddał „A” częściowo w gotówce, a częściowo przelewami na rachunek bankowy zięcia „A”. Aby „B” nie miał dochodu, od którego musiałby zapłacić podatek, w umowie sprzedaży maszyn pralniczych zapisano, że w cenę wliczone są również roboty budowlane i instalacyjne w pralni należącej do „A”, które „B” zobowiązał się wykonać. W rzeczywistości roboty te „B” zlecił podwykonawcom, którym płacił bezpośrednio „A” – były to osobne kwoty, nie wliczone w cenę. Nadto, „B” korzystał z faktur kosztowych wystawianych przez przedsiębiorcę „C”, który

w rzeczywistości nie świadczył żadnych usług, odprowadzał jedynie podatki, a resztę zwracał w gotówce „B” oraz dwóm zięciom „A”¹⁸.

Przykład 6: Przedsiębiorca „A” zawarł z Małopolskim Centrum Przedsiębiorczości umowę o dofinansowanie zakupu maszyn do obróbki metalu – dwóch tokarek i pionowego centrum obróbczego. Refundacją objęte zostało 45% kosztów inwestycji, co łącznie dawało kwotę 607.500 złotych. Dwie z tych maszyn „A” kupił od „B”, swojego teścia. Teść był emerytowanym dyrektorem szkoły, który rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej, ograniczającej się do przeprowadzenia transakcji z zięciem. „B” zakupił tokarkę za kwotę 274.838 zł i pionowe centrum obróbcze za 166.707 zł i odsprzedał je „A” za odpowiednio 400.000 zł i 700.000 zł, wystawiając stosowne faktury, które „A” przedłożył do refundacji. Drugą tokarkę „A” kupił za 250.000 zł od firmy „C”, która tego samego dnia kupiła ją od firmy „D” za 50.000 zł. Oferty na sprzedaż maszyn załączone wcześniej do wniosku o dofinansowanie pochodziły od „B”, „C” i „D”. Ostatecznie „A” nie otrzymał płatności, gdyż w toku kontroli na miejscu ujawniono, że pionowe centrum obróbcze nie miało wszystkich parametrów przewidzianych w umowie o dofinansowanie¹⁹.

Pośrednictwo podmiotu podstawionego może zostać wykorzystane również przy zamawianiu usług czy robót budowlanych. Podmiot podstawiony występuje wówczas jako wykonawca danego zadania, faktycznie zlecając jego wykonanie podwykonawcom, oczywiście po kilkakrotnie niższej cenie. Podobnie można postąpić w przypadku najmu lokali czy pomieszczeń – podmiot podstawiony wynajmuje je z prawem podnajmu, a następnie podnajmuje beneficjentowi, pobierając odpowiednio wyższy czynsz. Może się też zdarzyć, że pośrednik nie jest wprowadzany, aby zawyżyć cenę, a jedynie po to, by ukryć, że właściwym wykonawcą jest firma powiązana osobowo lub kapitałowo z beneficjentem.

Istnieje też wariant opisanego mechanizmu polegający na uzyskaniu dofinansowania na zakup rzeczy, którą beneficjent już ma, gdyż zakupił ją wcześniej, przed rozpoczęciem projektu. Beneficjent sprzedaje tę rzecz podmiotowi podstawionemu, a następnie kupuje od niego jako nową. Z reguły cała operacja odbywa się wyłącznie przez obieg dokumentów, a objekty które są jej przedmiotem nie opuszczają zakładu beneficjenta.

Przykład 7: Spółka z o.o. „S” zawarła z PARP umowę na realizację projektu polegającego na modernizacji linii technologicznej do produkcji elementów betonowych. Refundacją objęte zostało 50% kosztów inwestycji, co łącznie dawało kwotę 1.243.500 zł. „S” kupiła 2 suwnice motorowe za łączną kwotę 238.000 zł oraz linię do produkcji płyt stropowych za 83.082 euro, to

¹⁸ Sprawa SR dla Krakowa Śródmieścia, sygn. XIV K 756/11.

¹⁹ Sprawa SO w Krakowie, sygn. III K 269/11.

jest 337.363 zł. Suwnice zostały sprzedane firmie „F” za 238.000 zł, to jest po kosztach zakupu, a następnie po miesiącu odkupione przez „S” od „F” za 500.000 zł. Podobnie linia do produkcji płyt została sprzedana firmie „F” za 331.607, 31 zł (nieco poniżej kosztów zakupu), a po dwóch tygodniach odkupiona od niej, już za 508.500 zł. Przez cały ten czas wszystkie urządzenia pozostawały zamontowane w zakładzie „S”. Do rozliczenia dofinansowania „S” przedłożyła faktury wystawione przez „F”. Transfer części nadwyżki zapłaconej „F” z powrotem do „S” odbył się przez wystawienie faktury na kwotę 206.000 zł za roboty budowlane, które rzekomo „S” wykonała na zlecenie „F”²⁰.

Inna odmiana tego wariantu polega na tym, że beneficjent sam jest w stanie wyprodukować potrzebne do realizacji zamierzonej inwestycji przedmioty (np. urządzenia), toteż produkuje je i sprzedaje samemu sobie przez podstawionego pośrednika.

Wydatki na fikcyjne dostawy od podmiotu podstawionego

Wprawdzie każda dostawa od podmiotu podstawionego obliczona na zawyżenie ceny jest w pewnym sensie dostawą fikcyjną, ale sposobem na zawyżenie kosztów jest też poniesienie na rzecz podmiotu podstawionego „pustych” wydatków, czyli uiszczenie zapłaty za towar który nigdy nie został dostarczony, bądź usługi które nigdy nie zostały wykonane.

Przykład 8: Przedsiębiorca „A” zawarł z Urzędem Marszałkowskim Województwa Podlaskiego umowę o dofinansowanie uruchomienia produkcji sztukaterii. Refundacją objęte zostało 50% kosztów inwestycji, co łącznie dawało kwotę 319.350 zł. Działając na prośbę „A”, jego znajomy „B” zarejestrował działalność gospodarczą i wystawił faktury sprzedaży na rzecz „A” regałów wspornikowych, stołu wibracyjnego, wentylatora dachowego i 250 form silikonowych, na łączną kwotę 506.750 zł netto. „A” załączył te faktury do wniosku o płatność, wraz dowodami przelewów na rzecz „B”. Zapłata została dokonana w ratach po kilkadziesiąt tysięcy złotych – w ciągu jednego dnia te same pieniądze były kilkakrotnie przelewane na rachunek „B”, wypłacane w gotówce, wpłacane na konto „A” i ponownie przelewane. W rzeczywistości żaden z wymienionych przedmiotów nie został nabyty od „B”, który faktycznie nie prowadził żadnej działalności. Zapłatę za rzekomo dostarczone rzeczy „B” zwracał „A” w gotówce, lub przelewem na konto jego żony²¹.

²⁰ Sprawa SO we Włocławku, sygn. II K 49/13.

²¹ Sprawa SO w Białymstoku, sygn. III K 5/13.

Zawyżanie wynagrodzeń

W projektach, w których refundacji podlegają koszty wynagrodzeń dla pracowników beneficjenta, oszustwo może polegać na deklarowaniu ich w maksymalnej kwocie przewidzianej w umowie o dofinansowanie, a wypłatanie w rzeczywistości w niższej kwocie.

Wymaga to współdziałania osób zatrudnionych u beneficjenta, które zgadzają się kwitować odbiór wynagrodzenia wyższego niż faktycznie otrzymywane, lub podpisywać nierzetelne dokumenty dotyczące godzin pracy, delegacji służbowych, diet i tym podobnych wydatków służących do sztucznego rozděcia kosztów kwalifikowalnych – por. przykłady nr 9 i 11.

Przykład 9: Spółka z o.o. „S” zawarła z PARP umowę na prowadzenie szkoleń z informatyki. Łączna kwota dofinansowania wynosiła 3.324.679 zł, z tego maksymalnie 2.131.800 zł mogło zostać wydane na wynagrodzenia dla trenerów prowadzących szkolenia. Maksymalna stawka wynagrodzenia dla trenera wynosiła 200 zł brutto za godzinę i taką też według dokumentów otrzymywali. W rzeczywistości dostawali 50 – 70 zł za godzinę. Trenerzy którzy otrzymywali wynagrodzenia przelewem, zwracali je następnie w gotówce panu „A”, który był większościovym wspólnikiem i prokurentem spółki (wspólnikiem mniejszościovym była jego żona) i faktycznie nią kierował (nominalni członkowie zarządu byli tylko figurantami), zaś ci którzy odbierali wypłatę w gotówce, po prostu kwitowali odbiór wyższej sumy²².

Należy dodać, że pozycja pracodawcy, bądź jedynege zleceniodawcy, ułatwia nakłonienie pracowników lub osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych do pomocnictwa w oszustwie, przez składanie podpisów na nierzetelnych dokumentach. Jeżeli osoby te zachowają w sekrecie rzeczywistą wysokość wynagrodzenia i okoliczności wykonywania pracy, nierzetelność sporządzonych dokumentów jest bardzo trudna do ujawnienia i udowodnienia. Mimo to, mechanizm oszustwa polegający na wykazywaniu fikcyjnych kosztów pracy jest jednym z najlepiej poznanych sposobów wyłudzenia unijnych pieniędzy, dokładnie opisanym w roboczym dokumencie Komisji Europejskiej²³. Kilka przypadków tego typu zostało opisanych w kompendiach OLAF .

Przykład 10: Lider projektu badawczego sfalszował listy obecności, dodając dodatkowego badacza którego wkład był marginalny. Dodatkowym badaczem była jego małżonka, która nie miała potrzebnych kwalifikacji, a pobierała wynagrodzenie trzykrotnie wyższe niż pozostali członkowie zespołu²⁴.

²² Sprawa SO w Krakowie, sygn. VI K 15/14.

²³ Por. Information Note on Fraud Indicators for ERDF, ESF and CF, Annex 2: Labour Charges and Consultancy Services Fraud.

²⁴ Compendium of Anonymised Cases. Research, European Commission, b. d. wyd., s. 35.

Istnieje też możliwość zawyżenia wydatków bez współdziałania, a nawet wiedzy pracowników. Polega ona na wliczeniu do budżetu projektu wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przez beneficjenta, ale wykonujących zadania z projektem niezwiązane.

Sposoby mieszane

Wszystkie opisane sposoby sztucznego zwiększenia wydatków mogą być stosowane łącznie, tworząc bardziej wyrafinowane metody oszustwa. Ilość konfiguracji jest ograniczona tylko pomysłowością sprawców i gotowością ich kontrahentów do współdziałania w wytwarzaniu nierzetelnych dokumentów. W tym samym projekcie sprawca może zawyżyć część kosztów kwalifikowalnych w porozumieniu z dostawcami lub wykonawcami, część za pośrednictwem powiązanego pośrednika, a część przedkładając dokumenty dotyczące wydatków całkowicie fikcyjnych.

Przykład 11: Fundacja której fundatorem, prezesem zarządu i jednoosobową radą fundacji był pan „A”, podpisała z Wojewódzkim Urzędem Pracy w Krakowie umowę na organizację szkoleń zawodowych. Wartość projektu wynosiła 631.344 zł, w tym 523.482 zł dofinansowania, reszta z opłat od kursantów. Fundacja otrzymała zaliczkowo pierwszą transzę w wysokości 104.696 zł, pozostałe miały być wypłacane sukcesywnie w trakcie realizacji projektu. Szkolenia zostały zrealizowane, ale ich rzeczywisty koszt wynosił 74.829 zł. „A” zawyżał wydatki przy pomocy podległych sobie pracowników, załączając listy płac i umowy o pracę oraz umowy zlecenia zawarte z osobami, które były zatrudnione w fundacji, ale faktycznie nie pracowały przy realizacji projektu objętego umową, a także fikcyjne polecenia wyjazdów służbowych i rozliczenia przejazdów samochodem, oraz faktury za rzekomy wynajem sal i różne usługi, częściowo wystawione przez znajomych przedsiębiorców, a częściowo przez spółki z o.o. założone przez samego „A” przy pomocy „słupów”²⁵.

Zastosowanie mechanizmu mieszanego komplikuje ustalenie stanu faktycznego sprawy, ale jednocześnie zwiększa szansę na ujawnienie przestępstwa, gdyż z reguły wymaga współdziałania głównego sprawcy z większą liczbą osób. Nadto, im więcej fałszywych informacji sprawca poda i im więcej nierzetelnych dokumentów przedłoży, tym większa jest szansa, że ktoś to zauważy.

²⁵ Sprawa SO w Krakowie, sygn. III K 317/08.

Sposoby zwrotu pieniędzy przez podmiot podstawiony

Przy popełnianiu oszustw polegających na zawyżaniu kosztów, problemem dla sprawcy jest odzyskanie nadpłaty przelanej na rachunek bankowy działającego w zмовie dostawcy, bądź podmiotu podstawionego. Jeżeli podstawiony podmiot jest własnością sprawcy, może to nie mieć większego znaczenia, ale w każdym innym przypadku stanowi element decydujący o powodzeniu całego przestępstwa.

Najprostszym sposobem jest zwrot pieniędzy w gotówce. Jeżeli sprawca ma bezpośredni dostęp do konta podmiotu podstawionego, może je po prostu wypłacić. Jeżeli nie, wypłaca je inna osoba i przekazuje je sprawcy albo wskazanej przez niego osobie. Jest to sposób względnie bezpieczny dla sprawcy, gdyż nie pozostawia śladów na rachunkach bankowych, bezpośrednio wskazujących na przepływ pieniędzy. Jest jednak niewygodny w przypadku dużych kwot i kłopotliwy, kiedy gotówkę trzeba ponownie wprowadzić do obiegu bankowego. W przypadku kontroli podatkowej, wykazanie źródła pochodzenia dużych wpłat własnych może nastęrczyć sprawcy trudności, a ponadto znaczne wpłaty gotówkowe w krótkich odstępach czasu mogą przyciągnąć uwagę banku i zostać zgłoszone do Generalnego Inspektora Informacji Finansowej jako transakcje podejrzane.

Alternatywną metodą jest przelewanie pieniędzy na rachunki osób bliskich sprawcy (małżonka, krewnych lub powinowatych – por. przykłady 5 i 8). Jeżeli osoby te noszą inne niż sprawca nazwisko, skojarzenie ich w przypadku kontroli jest mało prawdopodobne. Problemem pozostaje nadal stworzenie odpowiednio wiarygodnego pozoru, uzasadniającego przepływ pieniędzy.

W przypadku porozumienia z dostawcą, pieniądze nie muszą zostać koniecznie zwrócone. Nadpłaconą kwotę dostawca może zaliczyć na poczet zapłaty za inne rzeczy, kupowane poza dofinansowanym projektem – por. przykład 3. Rozwiązanie to pozostawia wprawdzie ślady w dokumentacji księgowej, ale nie są one widoczne na pierwszy rzut oka i ich ujawnienie wymaga szczegółowego przesłędzenia wszystkich transakcji przeprowadzonych pomiędzy beneficjentem a dostawcą.

Sposób najbardziej zaawansowany i zapewniający sprawcy pełne bezpieczeństwo w warstwie księgowej, to zawarcie z podmiotem podstawionym fikcyjnych umów, w których beneficjent, albo sprawca osobiście, względnie inny podmiot do którego ostatecznie mają trafić wyłudzone pieniądze, występuje jako sprzedawca lub usługodawca. W rzeczywistości umowy te nie są wykonywane, służą tylko jako uzasadnienie do wystawienia faktur, pozwalających beneficjentowi zaksięgować wpływy od podmiotu podstawionego – por. przykład 7. Jest to najbezpieczniejsza dla sprawcy metoda,

gdyż udowodnienie, że były to jedynie transakcje pozorne, może być bardzo trudne.

Przykład 12: Spółka „S-1” (pierwotnie spółka jawna, przekształcona w trakcie realizacji projektu w spółkę z o.o.) zawarła z PARP umowę o realizację projektu polegającego na stworzeniu programu do zautomatyzowanej archiwizacji danych na zewnętrznym serwerze (za pośrednictwem Internetu). Maksymalny poziom dofinansowania wynosił 85% kosztów kwalifikowalnych, co dawało 630.955 zł. Projektem kierował jeden ze wspólników, będący jednocześnie członkiem zarządu „S-1”, pan „A”. „A” był jednocześnie wspólnikiem w kilku innych spółkach, w tym w spółce z o.o. „S-2”, a ponadto prowadził jednoosobową działalność gospodarczą w branży informatycznej pod firmą „A-1”. Przedkładając wniosek o płatność za pierwszy etap projektu, „A” złożył oświadczenie o wykonaniu szeregu zadań i załączył dokumenty mające świadczyć o nabyciu licznych usług informatycznych od innych podmiotów. Znalazło się wśród nich między innymi:

- opracowanie kampanii SEO i SEM, które rzekomo wykonał jego szwagier, na co dzień prowadzący działalność gospodarczą w zakresie handlu częściami samochodowymi,
- administrowanie projektem, które miała wykonać pani „B”, prowadząca jednoosobową firmę zajmującą się sprzedażą i serwisowaniem kas fiskalnych, a siedzibę mająca pod tym samym adresem co „S-1”,
- sporządzenie graficznego projektu serwisu sprzedażowego, za które fakturę wystawił „C”, od kilku lat nie prowadzący działalności gospodarczej.

W rzeczywistości te i inne usługi albo w ogóle nie zostały wykonane, albo zostały wykonane już po złożeniu wniosku o płatność. Sąd uznał, że zawarte we wniosku o płatność oświadczenia „A” o zakończeniu realizacji zadań były nierzetelne. „A” został prawomocnie skazany za przestępstwo z art. 297 § 1 k.k. w zb. z art. 286 § 1 k.k.

Oprócz powyższych faktów w toku śledztwa ustalono, że wymienieni wcześniej kontrahenci, a także szereg innych dostawców od których nabywano usługi wliczone do wydatków kwalifikowalnych, natychmiast po otrzymaniu płatności od „S-1” przelewali taką samą lub nieznacznie niższą kwotę na rzecz „A-1” lub „S-2”. Tytułem przelewu było każdorazowo wykonanie bądź optymalizacja i wypozycjonowanie strony internetowej, albo sprzedaż istniejącego już serwisu internetowego. W ten sposób, dostawcy otrzymali od „S-1” łącznie 574 498 zł, wydanych przez S-1 w ramach dofinansowanego projektu, a sami zapłacili „A-1” łącznie 463 433 zł zaś „S-2” kwotę 40 992 zł²⁶.

Przykład 12 ilustruje trudności dowodowe, jakie stwarza wykazanie wszystkich okoliczności przestępstwa. Można przypuszczać, że w opisanej

²⁶ Sprawa SO w Gorzowie Wielkopolskim, sygn. II K 106/13.

sprawie dokonano fikcyjnych wydatków na rzecz licznych podmiotów podstawionych. Zadania które im zlecono, albo były zupełnie zbędne, albo beneficjent w rzeczywistości wykonał je własnymi siłami. Prawdopodobnie dostawcy zostali podstawieni po to, aby umożliwić transfer do sprawcy pieniędzy wydanych pod pozorem realizacji projektu. Metoda legalizacji tego transferu okazała się na tyle skuteczna, że te działania nie zostały objęte oskarżeniem. Można domniemywać, że było to skutkiem niemożności udowodnienia, iż transakcje między sprawcą a dostawcami były fikcyjne.

Wnioski

Wprawdzie pomysłowość przestępców jest niewyczerpana, ale wydaje się, że istnieje ograniczona ilość podstawowych schematów oszustwa, możliwych do wykorzystania przy wyłudzeniu unijnych subsydiów. Celowe jest zatem katalogowanie i analiza sposobów działania sprawców, ułatwiające zarówno zapobieganie oszustwom, jak ujawnianie i ściganie przestępstw już dokonanych.

Analiza *modi operandi* opisanych w niniejszym artykule pozwala sformułować kilka wskazówek dotyczących ścigania oszustw bazujących na zawyżeniu kosztów kwalifikowalnych:

- 1) w przypadku podejrzenia zawyżenia wydatków, konieczne jest szczegółowe zbadanie struktury własnościowej dostawców i składu osobowego ich kierownictwa, pod kątem powiązań z beneficjentem,
- 2) zweryfikowania wymaga rzetelność ofert konkurencyjnych, a więc również wystawców tych ofert trzeba sprawdzić pod kątem powiązań z beneficjentem,
- 3) prześledzić trzeba łańcuch sprzedaży rzeczy kupowanych w ramach projektu, o ile to możliwe zaczynając od ich producenta,
- 4) prześledzić trzeba także przepływ pieniędzy między beneficjentem a dostawcami, zwracając szczególną uwagę na to, czy co najmniej część wydanych kwot nie wraca do beneficjenta,
- 5) jeżeli do wydatków kwalifikowalnych w danym projekcie zaliczają się wynagrodzenia pracowników, należy ustalić, czy pracownicy rzeczywiście otrzymują je w deklarowanej wysokości.

Oczywiście realizacja powyższych dyrektyw wymaga dostępu do pełnej dokumentacji księgowej beneficjenta i jego dostawców, jak również do historii przeprowadzanych przez nich operacji bankowych, co wymaga przedsięwzięcia odpowiednich czynności procesowych.

Methods of obtaining the EU co-financing funds under false pretences

Abstract

This paper describes and examines the methods perpetrators use to obtain funds from the EU budget by overstating eligible costs in expenditure declarations.

GLOSY

Stanisław Łagodziński

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2014 r., sygn. IV k.k. 82/14¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest problem dowodowej oceny fałszywości zeznań świadka składanych w fazie spontanicznej i potrzeba szczególnej ostrożności w ocenie znamienia zataja prawdę przy pasywności organu procesowego. Nie pozwala to na tożsame sformułowanie i ocenę świadomości fałszu zeznania nieprawdy i zatajenia prawdy, zaś pasywność ta jest czynnikiem uniemożliwiającym skuteczne ściganie przestępstwa fałszywych zeznań.

Czynność sprawcza przestępstwa określonego w art. 233 § 1 k.k. w postaci „zatajenia prawdy” polega na świadomym utrzymaniu w tajemnicy okoliczności mogącej mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, zarówno w fazie swobodnej relacji, jak i w fazie odpowiedzi na pytania (art. 171 § 1 k.p.k.), przy czym bez znaczenia pozostaje, że o tę okoliczność świadek nie został zapytany w toku przesłuchania.

Sformułowana w powołanej tezie kategoryczność podjętego rozstrzygnięcia budzi wątpliwości i wymaga bardziej dogłębnego wejrzenia w istotę przestępstwa, a zwłaszcza jego znamię zatajenia prawdy. Już na wstępie tych rozważań nasuwa się myśl, że rozstrzygnięcie to jest na tyle zasadne, na ile nie odnosi się wprost i w całej pełni, do zeznań składanych w fazie swobodnej relacji o jakiej mowa w art. 171 § 1 k.p.k. *in principio*. Wątpliwości te po-

¹ OSNKW 2015, nr 2, poz. 17.

tęguje zwłaszcza dopełniający zwrot werbalny zapadłego orzeczenia, że dla odpowiedzialności karnej świadka składającego zeznania w fazie swobodnej relacji pozostaje bez znaczenia, że o daną okoliczność świadek nie został zapytany. Nie usuwa jej również zastrzeżenie o „świadomym utrzymaniu przez świadka danej okoliczności w tajemnicy”, bowiem ta świadomość utrzymania w tajemnicy będzie podlegać innym regułom weryfikowania oraz dowodzenia w fazie swobodnej relacji i w następczej fazie odpowiedzi na zadawane pytania.

Rozwinięcie tej oceny i jej dowodowe przeprowadzenie, wymaga nieco bliższego odniesienia się do przewidzianych treścią art. 171 § 1 k.p.k. dwu faz przesłuchania świadka tj. fazy swobodnej relacji i następczej fazy udzielania odpowiedzi na zadawane pytania, reguł powinności dochodzenia prawdy materialnej obciążającej w obu tych fazach przesłuchiwaną osobę oraz organ procesowy, a również przybliżenia okoliczności faktycznych popełnionego przestępstwa, tudzież zaakcentowanie wprowadzenia w ramach przyjętej linii obrony oskarżonego sofizmu w postaci „pominięcia w zeznaniach pewnych okoliczności” – sofizmu mającego zastąpić/wyłączyć znamię zatajenia prawdy.

W uzasadnieniu orzeczenia znalazł się również niemożliwy do zaakceptowania zwrot, iż „artykuł 233 § 1 k.k. określa przestępstwo fałszywych zeznań, które ma charakter umyślny i może być popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim”. Można przypuszczać, że jest to swoisty lapsus, który wkraść się do treści uzasadnienia w związku z rozstrzyganym zagadnieniem podżegania do fałszywych zeznań, którą to formę sprawstwa warunkującą zamiar bezpośredni – treścią art. 18 § 2 k.k. – „kto chcąc” przeniesiono na czynność sprawczą przestępstwa określonego art. 233 § 1 k.k.

Przewidziane art. 233 § 1 k.k. przestępstwo fałszywych zeznań, określone tożsamo jak w obu poprzednich kodeksach znamionami sposobu działania „zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę”, polega najogólniej rzecz biorąc na złożeniu zeznania wbrew swej lepszej wiedzy (*contra meliorem scientiam*). Co jest prawdą, a co nieprawdą, to kwestie rozstrzygane z punktu widzenia przedmiotowego. Podmiotowo zaś wymagana jest świadomość niezgodności treści zeznań z prawdą przedmiotową. Uwzględniając treść art. 9 § 1 k.k., przestępstwo fałszywych zeznań ma miejsce wówczas, gdy sprawca ma pełną świadomość niezgodności składanych zeznań z prawdą przedmiotową, albo też przewiduje i godzi się, że jego zeznania są sprzeczne z prawdą przedmiotową, z ową lepszą wiedzą, co oznacza obie postacie umyślności i stanowisko takie było i jest powszechnie aprobowane pod rządami obowiązującego i obu poprzednich kodeksów karnych².

² J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, wyd. V, Lwów 1938, s. 381; W. Makowski, Kodeks karny Komentarz, wyd. III, Warszawa 1937, s. 454; L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, wyd. II, Kraków 1936, s. 292; I. Andrejew, W. Wolter, W. Świda, Kodeks karny

Z ustaleń faktycznych postępowania wynika, iż w sprawie tej sąd I instancji przypisał oskarżonemu Krzysztofowi K. popełnienie przestępstwa oszustwa na szkodę Jacka P., a również, że nakłaniał on tegoż pokrzywdzonego, aby w toku przesłuchania w charakterze świadka w postępowaniu przygotowawczym zataił okoliczności swoich rozliczeń finansowych z oskarżonym, związanych z przestępstwem oszustwa. Sąd Okręgowy w C. rozpoznając jako sąd II instancji złożone środki odwoławcze uniewinnił oskarżonego od popełnienia przestępstwa podżegania do złożenia fałszywych zeznań, przyjmując zgodnie z linią jego obrony, iż „prośba oskarżonego skierowana do świadka aby nie poruszał (z własnej inicjatywy) wątku dotyczącego ich wzajemnych rozliczeń finansowych, nie może być uznana za wyczerpującą znamiona podżegania do fałszywych zeznań” i dalej, że „przepis art. 233 § 1 k.k. penalizuje zeznanie nieprawdy, lub też zatajenie prawdy, nie penalizuje natomiast pominięcia pewnych okoliczności, nawet z kategorii okoliczności istotnych i mających znaczenie dla rozstrzygnięcia danej sprawy. Zdaniem Sądu Okręgowego nawet świadome pominięcie pewnych okoliczności, co do których brak było pytania ze strony organu przesłuchującego nie wyczerpuje znamion zatajenia prawdy”.

Przedstawiona wyżej w linii obrony oskarżonego, a również „kupiona” przez sąd wykładnia znamienia „zataja prawdę”, jest typowym przykładem posługiwania się sofistyką, rozumianą powszechnie jako wykrętne argumentowanie polegające na wykorzystaniu wieloznaczności słów, jako dowodzenie oparte na fałszywych przesłankach pozornie wyglądających na prawdziwe, jako posługiwanie się nieuczciwą argumentacją celem udowodnienia fałszywej tezy. Taki sposób dowodzenia swoich racji przez pełnomocników procesowych w postępowaniu sądowym, nie bez kozery uzyskał w języku polskim nazwę sofisterei adwokackich³, i jak się wydaje nie znikną one z sal sądowych. Nie można też pominąć milczeniem, że w przytoczonej argumentacji sądu odwoławczego, jego biegłość w sztuce sofistyki okazała się wyższa niż znajomość prawa. O ile może to uchodzić pełnomocnikowi procesowemu – gdyż za to mu płacą, to nie przystoi organowi procesowemu jako reprezentantowi Państwa w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości.

We wszystkich powoływanych tu polskich kodeksach karnych znamiona sprawcze przestępstwa fałszywego zeznania, to niezmiennie zachowania mające przedmiotową postać zeznania nieprawdy lub zatajenia prawdy, zeznania lub zatajenia pozostających w świadomej sprzeczności z posiadaną

z komentarzem, Warszawa 1973, s. 778; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny Komentarz, wyd. III, Warszawa 1987, t. 2, s. 414; Kodeks karny część szczególna pod red. A. Zolla, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, s. 798; Kodeks karny część szczególna pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, wyd. IV, Warszawa 2010, t. 2, s. 211–212; System Prawa Karnego, t. 8, pod red. L. Gardockiego, Warszawa 2013, s. 632; Z. Młynarczyk, Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym, Warszawa 1971, s. 97–99.

³ Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, Warszawa 1966, t. 8, s. 462.

wiedzą składającego zeznania. Złożone zeznanie świadka – stosownie do sposobu jego zachowania – może mieć postać zeznania nieprawdy lub zatajenia prawdy, a również zawierać w pewnych fragmentach zeznanie nieprawdy zaś w innych jej zatajenie.

Zachowanie sprawcze w zeznaniu nieprawdy jest wybitnie czynnościowe. W przykładowym schemacie zaprzeczenia: czarne-białe, o danym fakcie lub okoliczności zdarzenia będącego przedmiotem zeznania, składający zeznanie stwierdza: białe, mając świadomość, że było to czarne. Z uwagi na występujące tu zachowanie czynnościowe, uważa się, że przestępstwo fałszywych zeznań w postaci zatajenia prawdy jest przestępstwem z działania, zaś zatajenia prawdy przestępstwem z zaniechania⁴.

W zatajeniu prawdy zachowanie sprawcze może być wysoce zróżnicowane, a jego akcent ocenny zdaje się tkwić bardziej w zamierzonym bądź zaistniałym skutku złożonych przez świadka zeznań, że skutkiem jego świadomych zachowań przedmiotowa prawda o danym fakcie lub okolicznościach zdarzenia nie ujrzała światła dziennego bądź została ustalona niezgodnie z rzeczywistością. W słownikach języka polskiego jako równoważne zatajeniu wymienia się zwroty werbalne: przemilczeć, pominąć, nie powiedzieć, nie poruszyć czegoś, opuścić w tekście, utrzymać w tajemnicy, nie wyjawić, ukryć, skryć itp.⁵.

Zachowania te zbiorczo i każde z osobna mieszczą się semantycznie w zwrocie normatywnym zatajenia prawdy, są jej zróżnicowaną postacią lub odmianą. Na gruncie normatywnym art. 233 § 1 k.k., zatajenie prawdy będzie wyrażać się w przemilczeniu pewnych okoliczności mimo zadanego pytania, zasłonięcie się niepamięcią, brakiem spostrzeżenia itp., zaś w fazie zeznań spontanicznych na świadomym nieprzytoczeniu takich okoliczności, które w ocenie zeznającego są istotne w danej sprawie⁶. Zatajenie, jako zbiorcza postać przytoczonych zachowań, jest pojęciem syntetycznym, a zarazem adekwatnym dla oddania istoty ich fałszywości.

Szczególny obowiązek świadka złożenia zeznań zgodnie z prawdą statuje art. 233 § 1 k.k., z którego treści wynika, iż czynem zabronionym fałszywych zeznań jest zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy, a warunkiem odpowiedzialności uprzedzenie zeznającego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub odebranie od niego przyrzeczenia. Konkretyzacja treści uprzedzenia, mając na względzie jednolite we wszystkich kodeksach

⁴ O. Górniok, (w:) Kodeks karny Komentarz, Gdańsk 1999, t. 3, s. 259.

⁵ Słownik języka polskiego pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1981, t. 3, s. 966; Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, Warszawa 1966, t. 10, s. 822–823.

⁶ Z. Młynarczyk, Fałszywe zeznania..., s. 109; wyrok SN z dnia 22 grudnia 1936 r., sygn. K 1822/36, OSNK 1937, nr 6, poz. 162; J. Nisenson, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Warszawa 1934, s. 63; S. Kalinowski, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1966, s. 163; L. Peiper, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, wyd. 3, Kraków 1933, s. 194.

karnych znamiona omawianego przestępstwa jako zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy, była zróżnicowana. Art. 107 k.p.k. z 1928 r. (art. 97 k.p.k. po reformie procedury karnej) mówi o obowiązku uprzedzenia o odpowiedzialności karnej za nieprawdziwe zeznania, zaś art. 172 k.p.k. z 1969 r. nakazuje uprzedzić zeznającego o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań. Znacznie dalej w tym zakresie idzie art. 190 § 1 k.p.k. z 1997 r., który w treści pouczenia konkretyzuje istotę fałszywych zeznań, nakazując uprzedzić świadka o odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy. Ma to istotne znaczenie dla odpowiedzialności karnej składającego zeznanie, zwłaszcza w fazie swobodnej wypowiedzi, bowiem został on poinformowany, w czym tkwi istota fałszywych zeznań, a pouczenie to jest bliższe treści przyrzeczenia: „będę mówił szczerą prawdę, niczego nie ukrywając z tego, co mi jest wiadome”, która najbardziej dokładnie precyzuje fałszywość zeznań świadka.

Mając na uwadze sposób prowadzenia czynności przesłuchania, wspomniane procedury karne zawierają także pewne odmienności. Art. 115 k.p.k. z 1928 r. (art. 103 po reformie procedury) odnosił się wprost w swej regulacji do postępowania sądowego i określał, iż przesłuchanie „zaczyna się od wezwania świadka, aby opowiedział wszystko, co mu jest wiadome w sprawie”. Kolejne kodeksy tj. k.p.k. z 1969 r. w art. 157 § 1 i art. 171 § 1 k.p.k. z 1997 r. – odnosząc się zarówno do postępowania przygotowawczego jak i sądowego – określają w sposób tożsamy, że „osobie przesłuchiwanej należy umożliwić swobodne wypowiedzenie się w granicach określonych celem danej czynności, a dopiero następnie można zadawać pytania (...)”. Interpretując te regulacje ustawowe, komentatorzy procedury karnej z 1928 r. podkreślali – powołując się na motywy ustawodawcze – że przepis art. 115 ma charakter instrukcyjny i odstępianie od niego pozostawione jest zawsze do uznania przewodniczącego (sądu), zaś L. Peiper uzasadniał większą wartość dowodową zeznań spontanicznych tym, że zawierają one mniej błędów mimowolnych, aniżeli w odpowiedziach na pytania⁷.

W komentarzach do kolejnych kodeksów postępowania karnego podkreśla się co do czynności przesłuchania, iż regułą jest dążenie do wypowiedzi spontanicznych, zaś prawnie dopuszczalna ingerencja organu procesowego w swobodę wypowiedzi przesłuchiwanej osoby może być podjęta tylko celem utrzymania kierunku wypowiedzi w granicach określonych celem danej czynności oraz celami postępowania karnego⁸. Wadą zaś zeznań spontanicznych jest ich mniejsza kompletność⁹, czemu powinna zapobiegać ak-

⁸ J. Bafia, J. Bednarzak i inni, Kodeks postępowania karnego Komentarz, Warszawa 1971, s. 207; A. Kryże, P. Niedzielak i inni, Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2001, s. 304; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1998, s. 344.

⁹ B. Hołyst, Kryminalistyka, wyd. VIII, Warszawa 1996, s. 738.

tywność organu procesowego w następczej fazie przesłuchania w ramach zadawanych pytań zmierzających do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli zeznań.

Diametralnie odmienne stanowisko w tym przedmiocie reprezentuje M. Kulicki stwierdzając, iż „wszelkie teoretyzowanie na temat rzekomo dopuszczalnych taktyk przesłuchania polegających na alternatywnym wyborze: albo na wysłuchaniu relacji spontanicznej, albo zadawaniu pytań, albo wreszcie preferowania tzw. metody mieszanej (...) są bezprzedmiotowe na gruncie stanowczego brzmienia art. 157 § 1 k.p.k. (obecnie 171 § 1 k.p.k.)¹⁰. Stanowisko to budzi wątpliwości i niemożliwość jego zaakceptowania w praktyce ścigania karnego. Sformułowana w art. 171 § 1 k.p.k. reguła dot. przesłuchania jest wzorcem względnie obowiązującym, z uwagi na zamieszczony w dalszej jej części zwrot normatywny „w granicach określonych celem danej czynności”.

Cenną właściwością człowieka – i zalecaną każdemu – przy interpretacji przepisu prawa, jest posługiwanie się rozsądkiem w rozumieniu i stosowaniu normy prawa oraz wyobrażenie sobie różnych możliwych sytuacji faktycznych w jej działaniu. *A priori* jest oczywistym, że przystępując do przesłuchania świadka, nie wiem co jest mu wiadome w tej sprawie. Dlatego też pierwszym pytaniem otwierającym fazę przesłuchań spontanicznych (po uprzednim wypyтaniu o personalia, udzieleniu informacji o celu wezwania oraz uprzedzeniu o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania) będzie pytanie: co jest pani/panu wiadome w tej sprawie, a po zaprotokołowaniu wysłuchanej relacji, przystąpienie do następczej fazy pytań uzupełniających. Takiej metody przesłuchania nie da się zastosować do wielogodzinnego przesłuchania, bowiem protokół z tej czynności będzie mało użyteczny. Wymagał by jednoczesnego śledzenia treści zapisów obu faz: spontanicznej i pytań uzupełniających. A co zrobić, jeżeli przesłuchiwany cierpi na „gonitwę myśli” bądź rozpoczyna swoją relację spontaniczną tak jakby słyszał nieodmiennie „opowiedzcie swój życiorys” (najczęściej stosowane pytanie śledcze przełomu lat 40 i 50)? Oczywistym jest, że w takich sytuacjach będę preferować metodę mieszaną. Jej konieczność zastosowania będzie wyznaczać sytuacja faktyczna trwającego przesłuchania, jeżeli przesłuchanie to ma być użyteczne w danej sprawie.

Najdłużej trwające w mojej praktyce zawodowej przesłuchanie jednej osoby prowadziłem w normalnych godzinach urzędowania przez czas jednego tygodnia, a protokół z tej czynności liczył grubo ponad 100 stron rękopisu. Czy tu, po relacji spontanicznej, pytania zmierzające do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli wypowiedzi, miałbym zadawać dopiero w tygodniu

¹⁰ M. Kulicki, Kryminalistyka, Toruń 1994, s. 128.

następnym? Przecież byłby to absurd wysoce precyzyjny, aby nie użyć słowa idiotyzm.

Jak podkreślano uprzednio zeznania spontaniczne cechuje większa dowodowa ich wartość przy jednocześnie mniejszej kompletności, co przedmiotowo otwiera w nich większe pole dla mimowolnych przemilczeń, a również możliwości zatajenia prawdy. Bogactwo elementów składających się na przebieg zdarzenia jest tak wielkie, że człowiek nie jest w stanie ich wszystkich postrzec, zapamiętać i odwzorować w swych zeznaniach, skutkiem czego zeznania te nigdy nie będą wierną kalką postrzeganej rzeczywistości. Przesłuchiwany nie ma świadomości dokonanych już ustaleń faktycznych w sprawie i nie jest uprawniony do oceny, jakie okoliczności przebiegu zdarzenia oraz składanych przezeń zeznań, mają istotne znaczenie dla odpowiedzialności karnej sprawcy. Jednakże przy pasywności organu procesowego w realizacji celów prowadzonego postępowania, obowiązku tego nie można przerzucać na przesłuchiwanego i obciążać go powinnością świadomości, co w jego zeznaniach jest, lub może mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Przesłuchiwany pozostawiony sam sobie w swych zeznaniach spontanicznych jest uprawniony określać według własnej oceny jakie okoliczności mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcie i co ma ujawniać w opisie zdarzenia, a ta jego ocena nie musi pokrywać się z oceną pasywnego organu procesowego. Przy braku pytań uzupełniających ze strony przesłuchującego czyni to praktycznie niemożliwym zarzucenie świadkowi świadomego ich zatajenia/przemilczenia. Każda jego obrona, w przyszłym własnym procesie karnym typu: nie spostrzegłem, zapomniałem, według mojej oceny itp. jest praktycznie niemożliwa do jej podważenia oraz dowodowego wykazania świadomości zatajenia. Świadomości innego człowieka nie można podważyć wyłącznie własną odmienną świadomością bez dowodowego jej wsparcia. Jest fizycznie niemożliwym wgląd w treść procesów myślowych człowieka, a prawnie zabronionym stosowanie środków wpływających na ich przebieg bądź kontrolę. Wreszcie – jak daleko ma sięgać przedmiotowa kompletność opisu zdarzenia, aby nie wyczerpała znamienia zatajenia prawdy? Czy w stanie faktycznym dwukrotnego uderzenia ofiary niebezpiecznym przedmiotem, relacje świadków z których jeden zeznaje o jednokrotnym uderzeniu niebezpiecznym przedmiotem, zaś drugi o uderzeniu bez dopełniającej informacji o niebezpiecznym przedmiocie, uznamy każde z nich czy tylko jedno za prawdziwe, oraz które i dlaczego?

Przedstawione tu wątpliwości wskazują jednoznacznie, że ocena fałszywości zeznań w postaci zeznania nieprawdy oraz zatajenia prawdy jest wysoce zróżnicowana, co nie pozwalało na tożsame ich określenie jak w tezie podjętego rozstrzygnięcia. Natomiast bierność organu przesłuchującego w następczej fazie przesłuchania praktycznie uniemożliwia skuteczne zarzucenie

świadkowi popełnienie przestępstwa fałszywych zeznań przez zatajenie prawdy, i tych właśnie elementów zabrakło w głosowanym rozstrzygnięciu.

Commentary to the Supreme Court judgment of 2 October 2014, file no. IV KK 82/14

Abstract

This commentary addresses evidentiary assessment of falsehoods in testimonies given spontaneously by a witness, as well as the need for particular caution when evaluating the truth concealment criterion, with an authority conducting proceedings at law remaining inactive. These specific circumstances prevent any equal definition and evaluation of awareness of the falsehood in testifying untruth or concealing truth, while inaction impedes effective prosecution of offences of false testimony.

Adam Błachnio

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. II Aka 275/15¹

Streszczenie

Opracowanie stanowi aprobujące odniesienie autora do poglądu wyrażonego przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w wyroku z dnia 4 listopada 2015 r. o sygn. II Aka 275/15, zgodnie z którym dokonanie kradzieży (w typie podstawowym lub kwalifikowanym) środków odurzających (substancji psychotropowych), posiadanych wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie realizuje znamion przestępstwa skierowanego przeciwko mieniu. Zdaniem autora sąd orzekający słusznie wskazał, iż przedmiotem ochrony czynów z rozdziału XXXV jest tylko taka rzecz ruchoma, której posiadanie nie jest zabronione.

Sprawca, który dokonuje zaboru w celu przywłaszczenia środków odurzających lub substancji psychotropowych niebędących w legalnym obrocie, nie popełnia przestępstwa kradzieży (w tym żadnej z form kradzieży kwalifikowanej, np. rozboju), jak również nie popełnia przestępstwa z art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, ponieważ przedmiotem tego przestępstwa są narkotyki dopuszczone do legalnego obrotu. Jeżeli sprawca, używając przemocy, kradnie środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadane legalnie, można takie zachowanie zakwalifikować z art. 280 § 1 k.k. Przepis art. 64 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, jako przepis szczególny, odnosi się do kradzieży i kradzieży z włamaniem; nie wyłącza natomiast art. 280 k.k. Niedopuszczone do legalnego obrotu środki odurzające i psychotropowe nie mogą być przedmiotem przestępstwa z art. 291 k.k., skierowanego na ochronę mienia oraz pewność i legalność obrotu gospodarczego.

¹ Orzeczenie opublikowane w całości na portalu orzeczeń Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – [http://orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl/content/\\$N/15500000001006_II_AKa_000275_2015_Uz_2015-11-04002](http://orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl/content/$N/15500000001006_II_AKa_000275_2015_Uz_2015-11-04002) oraz w dodatku „Orzecznictwo” do czasopisma Prokuratura i Prawo 6/2016, s. 14.

Analizowane orzeczenie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu dotyczy istotnej, ale rzadko poruszanej w piśmiennictwie problematyki związanej z możliwością przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy za czyn zabroniony polegający na kradzieży lub innym rodzaju zaboru mienia, które to mienie co do zasady nie może stanowić samodzielnego przedmiotu obrotu prawnego czy gospodarczego. Upraszczając problematykę, z jaką zetknął się skład orzekający, można ją sprowadzić do zadania pytania „czy przedmioty, których posiadanie wbrew przepisom ustawy jest zabronione, mogą stanowić przedmiot czynności wykonawczej przestępstw przeciwko mieniu, czy też ich zabór nigdy nie będzie realizował znamion czynów zabronionych określonych w rozdziale XXXV ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny²?”. W zależności od sposobu udzielania odpowiedzi na powyższe pytanie konieczne będzie bądź to uznanie, iż posiadanie takich przedmiotów podlega ochronie prawnokarnej na zasadach analogicznych do własności czy innego rodzaju praw rzeczowych, a tym samym zakwalifikowanie zachowań je naruszających jako przestępstw przeciwko mieniu bądź też przyjęcie, że nie realizują one znamion takich czynów i w zależności od konkretnego przypadku należy dokonać subsumpcji jako naruszenia dóbr innego rodzaju niż mienie. W uzasadnieniu do przedmiotowego wyroku wskazano, że „zdaniem Sądu Apelacyjnego rzeczą ruchomą na gruncie prawa karnego nie są ani środki odurzające, ani psychotropowe, które nie zostały dopuszczone do legalnego obrotu (...) Sprawca »kradzieży« narkotyków posiadanych wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie pozostaje bezkarny. Ponosi on odpowiedzialność za przestępstwa stypizowane w Ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Sprawca taki wbrew przepisom wskazanej ustawy posiada narkotyki albo uczestniczy w ich obrocie. Godzi się zauważyć, że głównym przedmiotem ochrony przepisów penalizujących takie zachowanie pozostaje życie i zdrowie publiczne, nie zaś mienie.” Aby odpowiedzieć na powyższe pytanie i odnieść się do przytoczonego poglądu należy zacząć od odniesienia się do pojęcia „rzeczy ruchomej” na gruncie kodeksu karnego. Materia ta była, i jak należy przyjąć wciąż jest przedmiotem kontrowersji w nauce prawa karnego z uwagi na rozbieżności, jakie wynikają w odniesieniu się do przepisów prawa cywilnego i ich implementacji na grunt nauk karnistycznych. W szczególności, jak twierdzi J. Majewski, terminu „rzecz ruchoma” użyto w kodeksie (nie licząc oczywiście definicyjnego art. 115 § 9) w trzech tylko przepisach, mianowicie w art. 278 § 1, 284 § 1 oraz 284 § 2, w każdym z nich w opisie znamienia przedmiotu czynności wykonawczej³. Autor ten w dalszej części wywodu odwołuje się do

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks Karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

³ J. Majewski, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Ko-

dyrektyw językowych wykładni, w szczególności do znaczenia potocznego (ogólnego) pojęcia „rzecz ruchoma”, w myśl którego będzie nią każdy obiekt materialny, którego możemy dotknąć, czy który możemy przesunąć z miejsca na miejsce (a tym samym będzie to sformułowanie szersze od znaczenia przyjętego w prawie cywilnym). Zdaniem komentatora pojęciu „rzeczy ruchomej” na gruncie przepisów prawa karnego nie do końca odpowiada jej cywilistyczne znaczenie, z uwagi na rodzące się problemy interpretacyjne związane z taką wykładnią (np. w zakresie kradzieży części składowej), co wywołuje konieczność przyjęcia wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy⁴. Z drugiej strony „przeciwnicy” takiego ujęcia twierdzą, że do pojęcia „rzeczy ruchomej” mają zastosowanie przepisy prawa cywilnego, co sprzyja przede wszystkim spójności systemu. Odwołując się do problemów wskazanych przez J. Majewskiego nic nie stoi na przeszkodzie aby przyjąć, iż po odłączeniu część składowa stanowi odrębną rzecz będącą samoistnym przedmiotem własności⁵. Niezależnie od przyjętego poglądu nie rozwiązuje on kwestii postawionego pytania, a wskazuje jedynie, co oczywiste, że rzecz ruchoma to przedmiot materialny, który nie stanowi nieruchomości. Wskazany spór ma jednak również pewne znaczenie praktyczne. Otóż odwołując się do doktryny prawa cywilnego możemy przedstawić podział rzeczy na rzeczy znajdujące się w obrocie (*res in commercio*) oraz ograniczone w obrocie i wyjęte z obrotu (*res extra commercium*)⁶. Środki odurzające czy substancje psychotropowe niewątpliwie, zgodnie z art. 34 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁷ stanowią rzeczy, którymi obrót jest reglamentowany, ograniczony do ściśle określonych przypadków wskazanych w ustawie (głównie natury zdrowotnej). Podobnego zdania jest A. Marek i T. Oczkowski, którzy wskazują, że „przedmiotem przestępstwa kradzieży może być tylko rzecz, która posiada wartość materialną i która może być przedmiotem legalnego obrotu. Stąd też rzeczą ruchomą w rozumieniu pra-

mentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k., Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, s. 1427.

⁴ Zob. J. Majewski, *op. cit.*, s. 1428–1430.

⁵ Tak P. Daniluk, (w:) P. Daniluk, T. Gardocka, R. Giętkowski, A. Herzog, S. Hoc, R. Janiszowski-Downarowicz, R. Kokot, V. Konarska-Wrzosek, J. Kosonoga, W. Kozielowicz, B. Kunicka-Michalska, W. Kutzman, M. Leciak, T. Oczkowski, Ł. Pohl, J. Potulski, T. Przesławski, J. Skorupka, J. Skupiński, J. Sobczak, B. J. Stefańska, R. A. Stefański (red.), Z. Świda, A. Walczak-Żochowska, J. Warylewski, A. Wilkowska-Płóciennik, W. Zalewski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 680–681.

⁶ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2000, s. 236; J. Kresmis, (w:) A. Cisek, E. Gniewek (red.), K. Górską, J. Jezioro, J. Kremis, A. Łusznak-Zajac, J. Strzebinczyk, K. Zagrobelny, Podstawy prawa cywilnego, Warszawa 2011, s. 98–99; A. Kawałko, H. Witczak, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2010, s. 43.

⁷ Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.

wa karnego, nie są zwłoki ludzkie i ich części, bo choć w rozumieniu prawa cywilnego są rzeczą, to rzeczą która nie może być przedmiotem swobodnego obrotu⁸. O ile wyrażony pogląd należy uznać za słuszny, o tyle jego uzasadnienie w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wydaje się wymagać pewnego pogłębienia. W pełni należy podzielić wyrażoną opinię, iż przestępstwo kradzieży oraz jej typy kwalifikowane zmierzają do ochrony prawa własności oraz innych praw rzeczowych (w tym posiadania). Jednocześnie podzielać stanowisko wyrażone przez J. Majewskiego (w zakresie wykładni językowej) należy się zgodzić, że wykładnia literalna wskazuje na konieczność uznania środków odurzających za rzecz. Uważam jednak, że problem należy przesunąć nieco w inną stronę. Twierdzą bowiem, że środki odurzające stanowią ów wyodrębniony obiekt materialny, który możemy przenieść z jednego miejsca na drugi, o tyle nie może podlegać on karnoprawnej ochronie z rozdziału XXXV kodeksu karnego. Każdy przepis prawa karnego kryminalizujący określone zachowanie stanowi ochronę określonego dobra lub dóbr. W omawianym przypadku art. 278–295 k.k. chronią przede wszystkim mienie jako określoną wartość majątkową. Należy podkreślić, że ochronie tej podlega mienie, którego po pierwsze wartość można określić i po drugie, które nie stanowi przedmiotu innego czynu zabronionego. W tym pierwszym przypadku, w zakresie środków odurzających (substancji psychotropowych) określenie ich wartości nie jest możliwe. Trudno sobie wyobrazić sytuację, w której biegły z zakresu wyceny ruchomości wyda opinię na powyższą okoliczność z uwagi na brak racjonalnych kryteriów, jakimi miałby się posłużyć (wartość „czarnorynkowa”, cena wytworzenia w sposób zgodny z przepisami prawa). M.in. dlatego też ustawodawca w art. 64 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wprowadził *lex specialis* względem art. 278 k.k., w którym to przepisie uregulowano karalność kradzieży środków odurzających będących w legalnym obrocie⁹. W myśl wskazanej normy prawnokarnej do karalności tego czynu nie jest konieczne ustalenie wartości przedmiotu zaboru. Odwołując się do drugiego z kryteriów, a mianowicie przedmiotu ochrony, należy wskazać, że przepisy rozdziału XXXV kodeksu karnego chronią przede wszystkim własność i inne prawa rzeczowe. Ochrona ta dotyczy oczywiście takiego rodzaju przypadków, w których „posiadacz rzeczy” uzyskał ją w sposób zgodny z prawem lub pozostający pod taką ochroną prawa cywilnego. W zakresie środków odurzają-

⁸ A. Marek, T. Oczkowski, (w:) J. Bojarski, J. Długosz, E. Guzik-Makaruk, E. Hryniewicz, P. Kardas, M. Kulik, A. Marek, B. Michalski, T. Oczkowski, J. Piskorski, E. Pływaczewski, J. Skorupka, W. Zalewski, R. Zawłocki (red.), System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze. Tom 9, Warszawa 2011, s. 61.

⁹ Zob. T. Srogosz, Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz, Warszawa 2008, s. 437–438.

cych (substancji psychotropowych), co do zasady, ich posiadacz nie może korzystać z karnoprawnej ochrony albowiem ich posiadanie jest zabronione pod rygorem odpowiedzialności karnej. Tym samym ochrona prawna nie może przysługiwać czynom bezprawnym (oczywiście w zakresie szeroko pojmowanego posiadania środków odurzających)¹⁰. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby do daleko posuniętych konsekwencji, chociażby w zakresie obowiązku naprawienia szkody, czy też możliwości zastosowania tzw. samopomocy legalnej celem odebrania bezprawnie zatrzymanej rzeczy (środków odurzających). Taka rzecz ruchoma, pomimo iż w moim przekonaniu mieści się w pojęciu „rzeczy” (również w prawnokarnym znaczeniu) nie podlega ochronie prawnej w zakresie przestępstw przeciwko mieniu albowiem przysługuje ona wyłącznie przedmiotom które zostały uzyskane w sposób legalny, zgodny z prawem. Oczywiście, jeżeli sprawca dokonał kradzieży środków odurzających przy użyciu przemocy, odpowie on za czyn skierowany przeciwko życiu i zdrowiu oraz za posiadanie wbrew przepisom ustawy środków odurzających (czy np. udział w obrocie, jeżeli taki był jego cel). W omawianym przypadku to nie mienie podlega ochronie, ale życie i zdrowie człowieka (w rozumieniu rozdziału XIX k.k. oraz ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii). Pewnego rodzaju problem może wynikać z zakresu regulacji tzw. przestępstw rozbójniczych, w których zamiast sformułowania „cudza rzecz ruchoma” użyto słów „kradnie, kradzieży”. W tej jednak sytuacji, z wykładni systemowej wynika, że słowo kradnie oznacza tyle co „zabiera w celu przywłaszczenia” (art. 278 § 1 k.k.). W omawianym kontekście należy podnieść jeszcze jedną uwagę – otóż przestępstwa przeciwko mieniu charakteryzują się tym, że w opisie znamion przedmiotowych tychże ustawodawca odwołuje się bezpośrednio lub pośrednio do „cudzej” rzeczy ruchomej. Czy zatem osoba, która posiada wbrew przepisom ustawy środki odurzające w rozumieniu prawa cywilnego może być ich właścicielem. Uważam że nie, albowiem z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wynika wprost, że posiadanie takowych jest dopuszczalne jedynie w sytuacjach określonych przepisami prawa i nie stanowi realizacji prawa własności. Tym samym taka osoba może być ona tylko i wyłącznie ich posiadaczem i to również bezprawnym z uwagi na uregulowania ww. aktu prawnego. Z powyższych względów uważam wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu za zasadny.

¹⁰ Przedmiotowe rozważania nie dotyczą sytuacji, w których dana rzecz generalnie może być przedmiotem obrotu (np. pojazd mechaniczny), jednakże w wyniku kradzieży dochodzi do dalszego przenoszenia jej posiadania. W tym bowiem przypadku sprawca, który dokona kradzieży takiej rzeczy od nabywcy (nawet jeżeli w myśl art. 169 k.c. nie nabędzie on skutecznie własności) będzie odpowiadał z art. 278 § 1 k.k.

Commentary to the judgment of 4 November 2015 of the Appellate Court in Wrocław, file no. II Aka 275/15

Abstract

This commentary approves the view presented by the Appellate Court in Wrocław in their judgment of 4 November 2015, file no. II Aka 275/15. The Court finds that a theft (lesser included or aggravated form) of narcotic drugs (psychotropic substances), which are in one's possession in violation of the Act of 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction, does not fulfil the criteria of the offence against property. The commentator agrees with the adjudicating Court that protection under chapter XXXV covers only immovable objects whose possession is not prohibited.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniiliśmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

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

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:

<http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub

wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pk.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie będą publikowane na naszych łamach recenzje książek.