



Prokuratura i Prawo

NR 5/maj 2016



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA PROGRAMOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Kinga MAJKOWSKA

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 125 1833
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. Ewa Bieńkowska, prof. Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa
i Administracji w Warszawie

- Ochrona ofiar przestępstw w sytuacjach transgranicznych –
regulacje polskie na tle wymogów prawa unijnego** 5
***Protection of victims in cross-border situations – Polish
regulations versus EU legal requirements*** 25

dr Mikołaj Małecki, asystent Uniwersytetu Jagiellońskiego

- Nieostrożność w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego** 26
Carelessness as an element of unintentional crimes 44

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

- Prawo karne wobec kryzysu tradycyjnych wartości** 45
Criminal law in confrontation with a crisis of traditional values 50

Maria Ligęza-Turlakiewicz, aplikant adwokacki w Krakowie,
Grzegorz Turlakiewicz, aplikant sędziowski w Krakowie

- Granice kreatywnego zachowania menadżerów w kontekście
art. 296 § 1a k.k.** 51
***Limits of managers' creativity in the context of the Penal Code,
Article 296, § 1a*** 75

dr Ariadna H. Ochnio, adiunkt Instytutu Nauk Prawnych PAN

- Konfiskata korzyści z przestępstwa – nowe rozwiązania w prawie
Unii Europejskiej (część II)** 76
***Confiscation of proceeds of crime – new solutions in EU law
(part 2)*** 87

Piotr Mierzwa, doktorant Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie

- Karalność nadużyć na rynku kapitałowym w świetle ustawy
o obrocie instrumentami finansowymi** 88
***Incrimination of market abuse under the Act on Trading in
Financial Instruments*** 98

dr Dariusz Drajewicz, sędzia Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa

- Tymczasowe aresztowanie w znowelizowanym kodeksie
postępowania karnego** 99
Provisional arrest in the amended Code of Criminal Procedure 119

Wojciech Steppa, doktorant UAM w Poznaniu

Zasada <i>ne bis in idem</i> a idealny zbieg przestępstwa i wykroczenia	120
<i>Ne bis in idem principle versus ideal concurrence between a crime and a misdemeanour</i>	139

Materiały Szkoleniowe/Training Materials

dr Gerard Mosiej, Prokuratura Apelacyjna w Białymstoku

Kryminologiczne i prawne aspekty zjawiska szarej strefy	140
<i>Criminological and legal aspects of the shadow economy</i>	167

Recenzje/Reviews

prezentacja monografii **Stanisława Waltosia, Grabież ołtarza Wita**

Stwosza, Warszawa 2015 – oprac. Wojciech Kotowski	168
<i>Presentation of the monograph by Stanisław Waltoś, Plunder of the Veit Stoss Altarpiece, Warsaw 2015 – by Wojciech Kotowski</i>	168

Glosy/Commentaries

do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2014 r., sygn.

I KZP 20/14 (dot. wyroku łącznego) – oprac. Marcin Przestrzelski	171
<i>to the Supreme Court resolution of 30 September 2014, ref. no. I KZP 20/14 (concerns aggregate sentence) – by Marcin Przestrzelski</i>	181

Sprawozdania i informacje/Reports and Information

III Wrocławskie Seminarium Karnoprocesowe „Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym” (Wrocław, 13 kwietnia 2015 r.) – oprac. Dominika Czerniak,

Dorota Czerwińska	182
<i>The 3rd Wrocław Seminar on Law of Criminal Procedure: A New Perspective on Inadmissibility of Evidence in the Criminal Justice Process (Wrocław, 13 April 2015) – by Dominika Czerniak, Dorota Czerwińska</i>	182

ARTYKUŁY

Ewa Bieńkowska

Ochrona ofiar przestępstw w sytuacjach transgranicznych – regulacje polskie na tle wymogów prawa unijnego

Streszczenie

W artykule poddano analizie nowe polskie unormowania k.p.k. oraz k.p.c. dotyczące dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 606/2013 z dnia 12 czerwca 2013 r. w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych. Stwierdzono, że polskie regulacje karne nie spełniają wymogów dyrektywy 2011/99/UE, jak też nie zapewniają ochrony w sytuacjach transgranicznych wszystkim ofiarom, którym w Polsce przyznano przewidziane w niej środki. Wzajemne uznawanie środków ochrony w sprawach cywilnych jest natomiast możliwe jedynie częściowo, ponieważ polskie prawo cywilne nie przewiduje środków objętych zakresem stosowania rozporządzenia nr 606/2013.

Wprowadzenie

Korzystanie z prawa do swobodnego przemieszczania się w obrębie Unii Europejskiej przez jej obywateli, gwarantowane przepisem art. 3 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej¹ oraz art. 21 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej², sprawia, że osoby zamieszkujące jedno państwo członkowskie nierzadko są ofiarami przestępstwa popełnionego w innym państwie

¹ TUE; Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 1.

² TfUE; Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 47.

członkowskim. Mając na względzie takie sytuacje, w art. 82 ust. 2 lit. c TfUE przewidziano, że Parlament Europejski i Rada „W zakresie niezbędnym dla ułatwienia wzajemnego uznawania wyroków i orzeczeń sądowych, jak również współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych o wymiarze transgranicznym”, mogą ustanawiać normy minimalne dotyczące praw ofiar przestępstw. Natomiast, stosownie do art. 81 ust. 2 lit. a TfUE, organy te – w ramach rozwijania współpracy sądowej w sprawach cywilnych mających skutki transgraniczne w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych – przyjmują środki mające na celu zapewnienie wzajemnego uznawania i wykonywania przez państwa członkowskie takich orzeczeń.

Kilka lat temu zwrócono uwagę na istotną lukę w unormowaniach prawa unijnego regulującego sytuację ofiar przestępstw, jaką jest brak rozwiązań zapewniających dalszą ochronę tym spośród nich, które uzyskały ją w jednym państwie członkowskim, w innym państwie unijnym, do którego chcą się one przenieść lub już się przeniosły. Wypełniając tę lukę, Parlament Europejski i Rada przyjęły w dniu 13 grudnia 2011 r. dyrektywę 2011/99/UE w sprawie europejskiego nakazu ochrony³, a następnie w dniu 12 czerwca 2013 r. – rozporządzenie (UE) nr 606/2013 w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych⁴. Są to akty o różnym statusie prawnym. Jak bowiem stanowi art. 288 TfUE, „Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich” (akapit drugi), natomiast „Dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków” (akapit trzeci). Ta ostatnia wymaga więc wdrożenia do krajowych systemów prawnych państw członkowskich, podczas gdy rozporządzenie – nie.

Swego czasu odniosłam się do propozycji transpozycji dyrektywy 2011/99/UE, jaka znalazła się w rządowym projekcie z dnia 13 marca 2013 r. ustawy o ochronie pokrzywdzonego i świadka, stwierdzając, że nie jest ona zgodna z wymogami dyrektywy⁵. W tej sytuacji pojawiło się zasadnicze pytanie o to, czy te wcześniejsze zastrzeżenia straciły na swej aktualności w odniesieniu do regulacji implementacyjnej dokonanej – obowiązującą w tym zakresie od dnia 11 stycznia 2015 r. (art. 28) – ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁶.

Rozporządzenie nr 606/2013 – jak pisałam – nie wymaga co prawda transpozycji, ale niezbędne było wprowadzenie pewnych nowych unormowań umożliwiających jego stosowanie. Nastąpiło to na mocy ustawy z dnia

³ Dz. Urz. UE L 338 z dnia 21 grudnia 2011 r., s. 2.

⁴ Dz. Urz. UE L 181 z dnia 29 czerwca 2013 r., s. 4.

⁵ Zob. E. Bieñkowska, Uprawnienia pokrzywdzonego w ujęciu projektów nowelizacji prawa karnego, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 11–12, s. 83 i n.

⁶ Dz. U. z 2015 r., poz. 21.

5 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁷, która weszła w życie z dniem 10 stycznia 2015 r. (art. 3). Przepisy te wymagają również pewnego komentarza.

Kluczowe znaczenie ma więc dokonanie oceny, czy regulacje polskie dotyczące unijnych instrumentów wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach karnych i w sprawach cywilnych o wymiarze transgranicznym zapewniają ich skuteczne działanie.

Dyrektywa 2011/99/UE i jej wdrożenie do polskiego systemu prawa karnego

Charakterystyka dyrektywy

Jak wskazano w art. 1 dyrektywy, wprowadza ona „zasady pozwalające organowi sądowemu lub równoważnemu organowi w państwie członkowskim, w którym przyjęto środek ochrony służący ochronie osoby przed czynem zabronionym innej osoby mogącym zagrozić jej życiu, nieetykalności fizycznej lub psychicznej, godności, wolności osobistej lub nieetykalności seksualnej – wydać europejski nakaz ochrony, dzięki któremu właściwy organ w innym państwie członkowskim może nadal chronić daną osobę na terytorium tego innego państwa członkowskiego w przypadku wystąpienia działań wyczerpujących lub przypuszczalnie wyczerpujących – w świetle prawa krajowego państwa wydającego – znamiona przestępstwa”. Podkreślono, że europejski nakaz ochrony (ENO) nie jest ograniczony do ochrony ofiar przemocy uwarunkowanej płcią, lecz dotyczy wszystkich ofiar, z uwzględnieniem specyfiki każdego rodzaju przestępstwa (pkt 9 *in fine* preambuły).

W myśl art. 5 dyrektywy podstawowym warunkiem ubiegania się przez ofiarę o ENO jest orzeczenie w państwie wydania środka ochrony nakładającego na sprawcę przynajmniej jeden z następujących zakazów lub ograniczeń: a) zakaz przebywania w określonych miejscach, miejscowościach lub na określonych obszarach, gdzie mieszka lub które odwiedza osoba podlegająca ochronie; b) zakaz lub ograniczenie wszelkich form kontaktu z nią, w tym kontaktów telefonicznych, elektronicznych, korespondencyjnych, faksowych i innych; bądź też c) zakaz lub ograniczenie możliwości zbliżania się do tej osoby na odległość mniejszą niż wskazana.

Kolejnym niezbędnym warunkiem wskazanym w art. 6 ust. 1 dyrektywy jest to, aby osoba podlegająca ochronie miała zamiar lub już przemieściła się do innego państwa członkowskiego niż państwo wydania środka ochrony. Przy orzekaniu o wydaniu ENO – stosownie do tego przepisu – uwzględnia się róż-

⁷ Dz. U. z 2015 r., poz. 2.

ne dodatkowe okoliczności, jak w szczególności zasadność kontynuowania ochrony danej osoby, czy też długość jej pobytu lub pobytów w tym innym państwie. Europejski nakaz ochrony wydaje się wyłącznie na żądanie osoby podlegającej ochronie (art. 6 ust. 2), a organ przyjmujący środek ochrony odpowiadający wymogom art. 5 dyrektywy ma obowiązek powiadomienia jej o tym uprawnieniu oraz warunkach skorzystania z niego (art. 6 ust. 5).

Zgodnie z art. 7 dyrektywy ENO wydawany jest na formularzu zatytułowanym „Europejski nakaz ochrony, o którym mowa w art. 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony”, zamieszczonym w załączniku nr I do dyrektywy. Zawiera on takie informacje, jak: a) tożsamość i obywatelstwo osoby podlegającej ochronie, jak również tożsamość i obywatelstwo jej opiekuna lub przedstawiciela, jeżeli jest ona małoletnia lub ubezwłasnowolniona; b) data, od której osoba podlegająca ochronie zamierza mieszkać lub przebywać w państwie wykonującym oraz okres lub okresy jej pobytu lub pobytów w tym państwie, jeżeli są znane; c) nazwa, adres, numer telefonu i faksu oraz adres poczty elektronicznej właściwego organu państwa wydającego; d) wskazanie aktu prawnego, na podstawie którego orzeczono środek ochrony stanowiący podstawę wydania ENO; e) streszczenie faktów i okoliczności, które doprowadziły do przyjęcia środka ochrony w państwie wydającym; f) zakazy lub ograniczenia zawarte w środku ochrony stanowiącym podstawę ENO, okres ich obowiązywania i określenie ewentualnych sankcji w razie naruszenia któregoś z nich; g) informacje o urządzeniach technicznych zastosowanych wobec osoby stwarzającej zagrożenie lub osoby podlegającej ochronie w celu wykonania środka ochrony; h) tożsamość i obywatelstwo osoby stwarzającej zagrożenie oraz jej dane kontaktowe; i) informacja o uzyskaniu przez osobę podlegającą ochronie lub osobę stwarzającą zagrożenie bezpłatnej pomocy prawnej w państwie wydającym, jeśli jest znana; j) opis innych okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę stopnia niebezpieczeństwa grożącego osobie podlegającej ochronie. W stosownych przypadkach ENO musi ponadto (lit. k) zawierać wyraźną informację o tym, że państwu nadzoru, które nie jest państwem wykonania ENO, przekazano wyrok w rozumieniu art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/947/WSiSW z dnia 27 listopada 2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków i decyzji w sprawie zawieszenia lub warunkowego zwolnienia w celu nadzorowania przestrzegania warunków zawieszenia i obowiązków wynikających z kar alternatywnych⁸, bądź też decyzja w sprawie środków nadzoru w rozumieniu art. 4 decyzji ramowej Rady 2009/829/WSiSW z dnia 23 października 2009 r. w sprawie stosowania przez państwa członkowskie Unii Europejskiej zasady wzajemnego uznawania do decyzji

⁸ Dz. Urz. UE L 337 z dnia 16 grudnia 2008 r., s. 102.

w sprawie środków nadzoru stanowiących alternatywę dla tymczasowego aresztowania⁹.

Po otrzymaniu ENO, przekazanego „dowolną metodą pozwalającą zachować pisemny ślad, tak aby umożliwić właściwemu organowi państwa wykonującego ustalenie autentyczności tego nakazu” (art. 8 ust. 1), organ ten uznaje ENO „bez zbędnej zwłoki i wydaje decyzję o przyjęciu środka, który jest w analogicznych przypadkach dopuszczalny w świetle jego prawa krajowego, w celu zapewnienia ochrony osobie podlegającej ochronie, chyba że zdecyduje się powołać na jedną z podstaw odmowy uznania” (art. 9 ust. 1).

Na katalog – wyszczególnionych w art. 10 ust. 1 dyrektywy – okoliczności umożliwiających państwu wykonującemu odmowę uznania ENO składają się następujące: a) ENO jest niekompletny lub nie został uzupełniony w wyznaczonym terminie; b) nie zostały spełnione kryteria art. 5 dyrektywy; c) środek ochrony dotyczy czynu, który nie stanowi przestępstwa w myśl prawa krajowego tego państwa; d) ochrona wynika z wykonania kar lub środków, które zgodnie z jego prawem krajowym podlegają amnestii i dotyczą czynu lub działania leżącego w kompetencji tego państwa; e) osobie stwarzającej zagrożenie przysługuje immunitet stosownie do prawa krajowego państwa wykonującego, w związku z czym nie jest możliwe orzeczenie środków na podstawie ENO; f) postępowanie karne przeciwko osobie stwarzającej zagrożenie dotyczące czynu lub działania, w następstwie którego przyjęto środek ochrony, uległo przedawnieniu zgodnie z prawem krajowym państwa wykonującego, a czyn lub działanie podlega jego kompetencji; g) uznanie ENO naruszałoby zasadę *ne bis in idem*; h) osoba stwarzająca zagrożenie nie może zgodnie z prawem krajowym tego państwa ze względu na jej wiek zostać pociągnięta do odpowiedzialności za czyn lub działanie, w związku z którym przyjęto środek ochrony; bądź też i) środek ochrony dotyczy przestępstwa, które w myśl prawa krajowego państwa wykonującego jest popełnione w całości albo w większej lub zasadniczej części na jego terytorium.

Jeśli natomiast nie doszło do odmowy uznania ENO, „Państwo wykonujące jest państwem właściwym do przyjmowania i wykonywania na swoim terytorium środków w następstwie uznania europejskiego nakazu ochrony” (art. 11 ust. 1 zdanie pierwsze). Państwo to ma również określone kompetencje w przypadku naruszenia przynajmniej jednego ze środków przyjętych w związku z uznaniem ENO. Mianowicie ma ono prawo do: a) nałożenia sankcji karnych i podjęcia innych środków w następstwie tego naruszenia, jeżeli zgodnie z jego prawem krajowym jest ono przestępstwem; b) wydania innej decyzji niemającej charakteru karnego; c) zastosowania niezwłocznych i tymczasowych środków uniemożliwiających dalsze naruszenia, w odpowiednich przypadkach, do czasu podjęcia decyzji przez państwo wydające (art. 11 ust. 2).

⁹ Dz. Urz. UE L 294 z dnia 11 listopada 2009 r., s. 20.

W każdym przypadku do takiego powiadamiania służy „Formularz, o którym mowa w art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/2011 z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony. Informacja o naruszeniu środka podjętego na podstawie europejskiego nakazu ochrony”, zamieszczony w załączniku nr II do dyrektywy. Znalazły się w nim następujące informacje: a) dane osoby stwarzającej zagrożenie; b) dane osoby podlegającej ochronie; c) informacje o ENO; d) dane ewentualnego organu odpowiedzialnego za wykonanie środka ochrony, który został podjęty w państwie wykonującym zgodnie z ENO; e) opis naruszenia lub naruszeń zakazu(-ów) lub ograniczenia(-eń) nałożonych przez odpowiednie organy państwa wykonującego po uznaniu ENO lub innych ustaleń mogących spowodować podjęcie decyzji następczych; f) dane osoby, z którą można się skontaktować w razie konieczności uzyskania dodatkowych informacji o naruszeniu.

Do wyłącznej kompetencji państwa wydającego ENO należy natomiast przedłużenie, zweryfikowanie, zmiana, uchylenie lub cofnięcie obowiązywania środka ochrony oraz ENO (art. 13 ust. 1 lit. a), jak również nałożenie środka polegającego na pozbawieniu wolności po uchyleniu środka ochrony pod warunkiem, że środek ochrony obowiązywał na podstawie wyroku w rozumieniu art. 2 decyzji ramowej 2008/947/WSiSW lub na podstawie decyzji w sprawie środków nadzoru w rozumieniu art. 4 decyzji ramowej 2009/829/WSiSW (art. 13 ust. 1 lit. b). Odniesiono się do dwóch sytuacji w tym zakresie. Przyjęto, że w pierwszej, w przypadku której wyrok lub decyzja w sprawie środków nadzoru określone w wymienionych decyzjach ramowych już zostały lub zostaną przekazane innemu państwu członkowskiemu po wydaniu ENO, dalsze decyzje podejmowane są na podstawie przepisów tych decyzji ramowych (art. 13 ust. 3). Natomiast w drugim przypadku, a mianowicie wówczas, gdy środek ochrony orzeczono w wyroku wskazanym w decyzji ramowej 2008/947/WSiSW, który już został lub zostanie przekazany innemu państwu członkowskiemu po wydaniu ENO, a właściwy organ państwa nadzoru podjął decyzje zmieniające nakazy lub polecenia zawarte w tym środku ochrony, właściwy organ państwa wydającego „bezzwłocznie odpowiednio przedłuża, weryfikuje, zmienia, uchyla lub wycofuje” ENO (art. 13 ust. 4).

Właściwy organ państwa wydającego niezwłocznie informuje o wszystkich wprowadzonych modyfikacjach właściwy organ państwa wykonującego (art. 13 ust. 5). To ostatnie w przypadku uchylenia lub wycofania ENO przez państwo wydające zaprzestaje wykonywania środków przyjętych w następstwie uznania ENO (art. 13 ust. 6), natomiast w razie jego zmiany bądź zmienia środki przyjęte na podstawie ENO (art. 13 ust. 7 lit. a), bądź też odmawia wykonania zmienionego zakazu lub ograniczenia, jeśli nie są one zgodne z art. 5 dyrektywy albo ENO jest niekompletny lub nie został w terminie uzupełniony (art. 13 ust. 7 lit. b).

Państwo wykonujące ma również prawo do zaprzestania stosowania środków przyjętych na podstawie ENO, a to wówczas, gdy: a) istnieją wyraźne przesłanki wskazujące, że osoba podlegająca ochronie nie mieszka lub nie przebywa albo definitywnie opuściła jego terytorium; b) upłynął maksymalny czas obowiązywania przyjętych środków przewidziany w jego prawie krajowym; c) doszło do odmowy wykonania zmienionego nakazu lub ograniczenia w sytuacji opisanej w art. 13 ust. 7 lit. b); bądź też d) jeżeli wyrok lub decyzja w sprawie środków nadzoru, o których jest mowa w decyzji ramowej 2008/947/WSiSW lub 2009/829/WSiSW, zostają mu przekazane już po uznaniu ENO¹⁰.

I w końcu podkreślić należy, że w dyrektywie wyraźnie zastrzeżono, iż adres i inne dane kontaktowe osoby podlegającej ochronie nie są udostępniane osobie stwarzającej zagrożenie, „chyba że takie szczegółowe informacje są konieczne dla wykonania środka” przyjętego w następstwie uznania ENO (art. 9 ust. 3 zdanie drugie). Istota uwzględnionych w niej środków ochrony jest jednak taka, że z reguły podanie takich danych będzie nieodzowne, bowiem w przeciwnym wypadku środek nie będzie mógł być w ogóle wykonywany¹¹.

Implementacja

W ramach transpozycji dyrektywy 2011/99/UE do k.p.k. dodano dwa rozdziały, a mianowicie rozdział 66j – „Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie europejskiego nakazu ochrony” (art. 611w–611wc) oraz rozdział 66k – „Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie europejskiego nakazu ochrony” (art. 611wd–611wj). Tytuły tych rozdziałów nie uległy zmianie w stosunku do proponowanych we wspomnianym rządowym projekcie z dnia 13 marca 2014 r., a to oznacza, że utrzymano błędne, wstępne założenie transpozycji. W ujęciu polskiego ustawodawcy procedurę ENO inicjuje w każdym przypadku wystąpienie o jego wykonanie. Tymczasem dyrektywa czyni z wykonania końcowy etap tej procedury. Rozpoczyna ją natomiast uznanie ENO. Wykonanie ma bowiem w jej ujęciu miejsce dopiero po przyjęciu – właśnie w następstwie uznania ENO – określonego środka ochrony w innym unijnym państwie członkowskim niż państwo jego wydania.

Stosownie do art. 611w § 1 k.p.k.: „W razie orzeczenia lub wykonywania przez polski sąd lub prokuratora środka zapobiegawczego, środka karnego

¹⁰ Szerzej o rozwiązaniach dyrektywy 2011/99/UE zob.: Z. Barwina, Wzajemne uznawanie w sprawach karnych, Warszawa 2012, s. 123 i n.; E. Bieńkowska, Europejski nakaz ochrony – istota i znaczenie, Zeszyty Prawnicze UKSW 2012, nr 12.4, s. 151 i n.

¹¹ Zob.: E. Bieńkowska, Europejskie standardy ochrony prywatności ofiar przestępstw, Prokuratura i Prawo 2013, nr 9, s. 13 i n.; te same, Ochrona danych osobowych i wizerunku ofiar przestępstw w Unii Europejskiej, (w:) L. Mazowiecka (red.), Ochrona danych osobowych i wizerunku ofiar przestępstw, Warszawa 2014, s. 49 i n.

lub obowiązku związanego z poddaniem sprawcy próbie, polegającego na powstrzymaniu się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach lub kontaktowania się z określonymi osobami lub zbliżania się do określonych osób, oraz gdy jest to niezbędne dla ochrony praw pokrzywdzonego, sąd lub prokurator może, na wniosek pokrzywdzonego, wystąpić o wykonanie tego środka lub obowiązku do właściwego sądu lub innego organu państwa członkowskiego Unii Europejskiej (...), w którym pokrzywdzony przebywa lub oświadczy, że zamierza tam przebywać, wydając europejski nakaz ochrony". Przepis ten obejmuje swoim zakresem dwie odrębne kwestie, a mianowicie kwestię przesłanek umożliwiających wydanie ENO przez właściwy polski organ oraz kwestię przekazania przez ten organ ENO w celu jego wykonania do innego unijnego państwa członkowskiego. Ta ostatnia kwestia została unormowana oczywiście niewłaściwie, ponieważ – jak pisałam – dyrektywa wymaga zainicjowania procedury poprzez wystąpienie o uznanie ENO. Wystąpienie o wykonanie ENO do innego państwa członkowskiego – stosownie do art. 8 ust. 3 dyrektywy – spowoduje zatem, że i tak trafi ono do organów właściwych w tym państwie do uznania ENO.

W odniesieniu do przytoczonego art. 611w § 1 k.p.k. wątpliwości budzi ponadto fakt enumeratywnego wyszczególnienia konkretnych instytucji, których element mogą stanowić bądź stanowią zakazy lub ograniczenia odpowiadające wymienionym w art. 5 dyrektywy. Nie jest to bowiem wyliczenie wyczerpujące, jako że w aktualnym stanie prawnym takie zakazy lub ograniczenia są przewidziane w następujących przypadkach:

- 1) zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym lub z innymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób na wskazaną odległość, zakaz przebywania w określonych miejscach mogą towarzyszyć środkowi zapobiegawczemu w postaci dozoru Policji (art. 275 § 2 k.p.k.);
- 2) zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób na wskazaną odległość (art. 39 pkt 2b k.k. w zw. z art. 41a § 4 k.k.) oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego na wskazaną odległość towarzyszący orzeczeniu nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 41a § 3a w zw. z § 4 oraz art. 39 pkt 2e k.k.); wymienione środki karne mogą być orzekane w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletniego lub inne przestępstwo przeciwko wolności oraz w razie skazania za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy, w tym zwłaszcza przemocy wobec osoby najbliższej (art. 41a § 1 k.k.);
- 3) obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach (art. 72 § 1 pkt 7 k.k.), obowiązek powstrzymania się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób na wskaza-

ną odległość (art. 72 § 1 pkt 7a w zw. z § 1a k.k.), możliwość kontaktowania się z pokrzywdzonym w sposób określony przez sąd w razie nałożenia na skazanego za przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej obowiązku opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 72 § 1 pkt 7b w zw. z § 1b k.k.); wskazane obowiązki probacyjne mogą mieć zastosowanie w przypadku orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (art. 69 § 1 w zw. z art. 72 k.k.), warunkowego umorzenia postępowania (art. 67 § 3 *in fine* k.k.) oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 159 § 1 k.k.w.);

- 4) obowiązki wymienione w art. 72 § 1 punkty 7 i 7a k.k. stanowią jedną z form kary ograniczenia wolności (art. 34 § 1a pkt 4 k.k.)¹²; i w końcu
- 5) nakaz i zakazy określone w art. 39 pkt 2b i 2e k.k. mogą zostać orzeczone tytułem środka zabezpieczającego (art. 93a § 2 k.k.) wobec sprawców w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k. (art. 99 § 1 k.k.).

W ostatnich dwóch przypadkach (pkt 4 i pkt 5) zakazy i ograniczenia nie są ani środkami zapobiegawczymi, ani też obowiązkami związanymi z poddaniem sprawcy próbie bądź środkami karnymi. Ustawodawca nie uwzględnił jednak tych sytuacji w dyspozycji art. 611w § 1 k.p.k. Oznacza to, że odebrał on pokrzywdzonym chronionym w kraju środkami ochrony w postaci kary ograniczenia wolności lub środka zabezpieczającego prawo do ochrony w sytuacjach transgranicznych, mimo że przyznane im środki ochrony pokrywają się z wymienionymi w art. 5 dyrektywy i odpowiadają zarazem tym, które łączą się ze stosowaniem środków zapobiegawczych bądź też należą do kategorii środków karnych lub obowiązków probacyjnych. Unormowanie takie jest oczywiście nie do przyjęcia. Ma ono charakter dyskryminacyjny i godzi w konstytucyjną zasadę równości wobec prawa. Tę istotną wadę rozwiązań implementacyjnych można jednak w prosty sposób wyeliminować, a to poprzez rezygnację z przypisywania środkom ochrony określonego charakteru prawnego. Z punktu widzenia zagwarantowania ofiarom przestępstw ciągłości ochrony w następstwie ich przemieszczenia się do innego unijnego państwa członkowskiego to, do jakiej kategorii prawnej formalnie zaliczony zostaje dany środek ochrony, nie może mieć najmniejszego znaczenia.

Kolejne unormowanie implementacyjne wzbudzające wątpliwości dotyczy treści ENO, a konkretniej – brzmienia art. 611w § 3 k.p.k. oraz delegacji ustawowej w tym zakresie zamieszczonej w art. 611w § 7 k.p.k., na podstawie której Minister Sprawiedliwości wydał w dniu 13 stycznia 2015 r. rozporządzenie w sprawie określenia wzoru europejskiego nakazu ochrony¹³. Pierwszy z wy-

¹² Przewiduje się uchylenie tej regulacji i orzekanie wskazanych obowiązków jako towarzyszących karze ograniczenia wolności – art. 3 pkt 1 lit. a i b projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 207.

¹³ Dz. U. poz. 123.

mienionych przepisów stanowi, że „Nakaz zawiera informacje umożliwiające jego prawidłowe wykonanie dotyczące orzeczenia, pokrzywdzonego, oskarżonego i środka lub obowiązku”. W delegacji wskazano natomiast jedynie ogólnie, że określając wzór ENO, Minister Sprawiedliwości na mieć na względzie „konieczność udostępnienia państwu wykonania nakazu wszelkich niezbędnych informacji umożliwiających podjęcie prawidłowej decyzji w przedmiocie wykonania nakazu”. Żadne z tych unormowań nie odzwierciedla w pełni wymogów art. 7 dyrektywy określającego zakres danych uwzględnianych w ENO, choć treść wzoru ENO określonego przez Ministra Sprawiedliwości w zasadzie pokrywa się z zamieszczoną w formularzu ENO z załącznika nr I do dyrektywy.

W rozdziale 66j k.p.k. zabrakło przepisu regulującego kwestię poinformowania pokrzywdzonego o możliwości i warunkach ubiegania się o ENO, który to obowiązek – stosownie do art. 6 ust. 5 dyrektywy – spoczywa na organie stosującym zakaz lub ograniczenie odpowiadające wymogom art. 5 dyrektywy wówczas, gdy pokrzywdzony już przebywa lub zamierza się udać do innego państwa unijnego. Przewidziano natomiast, że informację dotyczącą ENO pokrzywdzony uzyskuje w pisemnym pouczeniu wręczanym mu przed pierwszym przesłuchaniem, którego wzór określił Minister Sprawiedliwości w rozporządzeniu z dnia 3 czerwca 2015 r.¹⁴. W jego punkcie 18 zamieszczono informację, w myśl której „Jeżeli sprawcy zakazano zbliżania się lub kontaktowania się z pokrzywdzonym, zakaz ten, na wniosek pokrzywdzonego, może być wykonywany także w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu ochrony”. Jest to informacja udzielana przedwcześnie, a przy tym sformułowana zbyt lakonicznie i nieprecyzyjnie, w szczególności zaś niezgodnie z treścią art. 611w § 1 k.p.k., ponieważ nie uwzględnia zakazu przebywania w określonych miejscach lub środowiskach.

Niewłaściwie sformułowano przepis art. 611wd § 1 inicjujący rozdział 66k k.p.k. Stanowi on, że „W razie wystąpienia państwa członkowskiego Unii Europejskiej (...) o wykonanie europejskiego nakazu ochrony, wydanego na podstawie orzeczenia nakładającego na osobę, przeciwko której jest lub było prowadzone postępowanie karne, obowiązek polegający na powstrzymaniu się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach lub kontaktowania się z określonymi osobami lub zbliżania się do określonych osób, nakaz ten podlega wykonaniu przez prokuratora właściwego miejscowo ze względu na miejsce pobytu osoby podlegającej ochronie”. Przede wszystkim należy po raz kolejny podnieść, że inne państwo unijne nie występuje o wykonanie, lecz o uznanie ENO. W Polsce nie wyznaczono zaś w ogóle organu właściwego w tej ostatniej kwestii. Zapomniano, jak się wydaje, o tym, że w rozumieniu art. 2 pkt 6 dyrektywy państwem wykonującym jest to państwo członkowskie, któremu przekazano ENO celem jego uznania, a nie – wykonania.

¹⁴ Dz. U. poz. 848.

Sprzeciw wywołuje unormowanie art. 611we § 2 k.p.k. odnoszące się do sytuacji, w której „rodzaj lub sposób wykonania obowiązków są nieznane ustawie”. Przepis ten stanowi bowiem, że w takim przypadku „prokurator określa obowiązek według prawa polskiego, z uwzględnieniem różnic na korzyść osoby, przeciwko której jest lub było prowadzone postępowanie karne” (podkr. autorki). Jest to regulacja upoważniająca organ polski do modyfikowania w zakresie ich istoty reakcji karnych zastosowanych wobec sprawcy przestępstwa w innym państwie, podczas gdy – jako organ zewnętrzny – nie ma on prawa do ingerowania w wewnętrzną politykę karną tego państwa. To organy wymiaru sprawiedliwości państwa stosującego dany środek ochrony odpowiednio wyważyły i dostosowały do danego przypadku reakcję wobec sprawcy, co jest wiążące dla wszystkich organów innych państw. W myśl art. 9 ust. 2 dyrektywy właściwy organ państwa wykonującego może w takiej sytuacji jedynie przyjąć – w następstwie uznania ENO – takie środki, które, „odpowiadają w najszerszym możliwym zakresie środkowi ochrony przyjętemu w państwie wydającym”. Rozwiązanie art. 611we. § 2 k.p.k. jest też całkowicie sprzeczne w ideą wzajemnego uznawania. Wzajemne uznawanie służy bowiem kontynuowaniu ochrony ofiary w sytuacji transgranicznej w takim samym zakresie i na takim samym poziomie, jakie zapewniał środek przyznany jej w państwie jego wydania. Ochrona ofiar nie podlega więc w państwie wykonującym miarkowaniu ze względu na jakiegokolwiek okoliczności.

Kolejną wyraźną ujemną konsekwencją błędnego założenia wstępnego w odniesieniu do transpozycji dyrektywy 2011/99/UE jest regulacja art. 611wg k.p.k. określająca podstawy odmowy wykonania ENO. Przepis ten za przesłanki odmowy wykonania uznaje bowiem okoliczności wymienione w art. 10 ust. 1 dyrektywy jako umożliwiające odmowę uznania ENO.

I wreszcie, należy się odnieść do unormowań dotyczących naruszenia nałożonego w związku z ENO zakazu lub ograniczenia. W myśl art. 611wi § 2 k.p.k. „Prokurator zawiadamia niezwłocznie właściwy sąd lub inny organ państwa wydania nakazu o wszelkich okolicznościach mających wpływ na jego wykonanie, w szczególności o naruszeniu nałożonego obowiązku. Zawiadomienie o naruszeniu tego obowiązku następuje w formie zaświadczenia zawierającego informacje dotyczące osoby, przeciwko której jest lub było prowadzone postępowanie karne, oraz naruszonego obowiązku”. Minister Sprawiedliwości określił wzór takiego zaświadczenia w rozporządzeniu z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie określenia wzoru zawiadomienia o naruszeniu obowiązku przewidzianego w europejskim nakazie ochrony¹⁵. Należy zwrócić uwagę, że między treścią wzoru zaświadczenia i treścią, jaką winno ono zawierać w myśl przytoczonego art. 611wi § 2 zdanie drugie k.p.k., występuje znacząca różnica. Obok danych osoby stwarzającej zagro-

¹⁵ Dz. U. poz. 124.

żenie oraz naruszonego obowiązku, o których jest mowa w tym przepisie, we wzorze uwzględniono bowiem również: dane osoby podlegającej ochronie; informacje o ENO; dane ewentualnego organu odpowiedzialnego za wykonanie środka ochrony, który został podjęty w państwie wykonującym zgodnie z ENO; naruszenie zakazu(-zów) lub ograniczenia(-ń) nałożonych przez odpowiednie organy państwa wykonującego po uznaniu ENO lub inne ustalenia mogące spowodować podjęcie decyzji następnych; jak i dane osoby kontaktowej na wypadek, gdyby konieczne były dodatkowe informacje dotyczące naruszenia. Takiego zakresu informacji nie przewiduje również delegacja dla Ministra Sprawiedliwości, w której powiedziano, iż określa on wzór zaświadczenia, „mając na uwadze konieczność udostępnienia państwu wydania nakazu wszelkich niezbędnych informacji umożliwiających podjęcie prawidłowej decyzji” (art. 611wi § 6 k.p.k.). Wzór formularza przygotowany przez Ministra Sprawiedliwości jest natomiast zgodny w zakresie swej treści z zamieszczonym w załączniku nr II do dyrektywy.

Rozporządzenie nr 606/2013 oraz związane z nim unormowania polskie

Regulacje rozporządzenia

Rozporządzenie nr 606/2013 dotyczy przypadków, w których na osobę stwarzającą zagrożenie nałożono jeden lub kilka spośród obowiązków wymienionych w jego art. 3 pkt 1. Są to: a) zakaz lub ograniczenie dostępu do miejsca, w którym osoba objęta ochroną zamieszkuje, pracuje lub które regularnie odwiedza lub w którym regularnie przebywa; b) zakaz lub uregulowanie wszelkich form kontaktu z osobą objętą ochroną, w tym za pośrednictwem telefonu, poczty elektronicznej lub zwykłej, faksu lub innych środków; jak też c) zakaz lub ograniczenie zbliżania się na określoną odległość do osoby objętej ochroną. Ma więc ono zastosowanie do ściśle określonych środków ochrony wydanych w sprawach cywilnych w celu ochrony osoby fizycznej wówczas, „gdy istnieją poważne powody, aby uznać, że jej życie, integralność fizyczna lub psychiczna, wolność osobista, bezpieczeństwo lub integralność seksualna są zagrożone, na przykład w celu zapobieżenia wszelkim formom przemocy uwarunkowanej płcią lub przemocy w bliskich związkach, takim jak przemoc fizyczna, napastowanie, przemoc seksualna, nękanie, zastraszanie lub innym formom przymusu pośredniego (...), rozporządzenie ma zastosowanie do wszystkich ofiar, niezależnie od tego, czy są one ofiarami przemocy uwarunkowanej płcią, czy też nie” (pkt 6 preambuły).

Stosownie do art. 4 ust. 1 rozporządzenia „Środek ochrony wydany w jednym państwie członkowskim jest uznawany w pozostałych państwach członkowskich bez potrzeby przeprowadzania specjalnej procedury oraz jest

wykonalny bez potrzeby stwierdzania jego wykonalności”. Jak stanowi jego art. 4 ust. 2, osoba objęta ochroną, chcąc powołać się na środek ochrony w innym państwie członkowskim niż państwo wydania tego środka, dostarcza właściwemu organowi tego pierwszego: a) odpis środka ochrony spełniający warunki umożliwiające stwierdzenie jego autentyczności; b) zaświadczenie wydane w państwie wydania środka ochrony; oraz c) w razie takiej konieczności – transliterację lub tłumaczenie zaświadczenia. Zastrzeżono, że zaświadczenie jest skuteczne jedynie w granicach wykonalności środka ochrony (art. 4 ust. 3), a skutki uznania – bez względu na okres obowiązywania przyznanego środka ochrony – są ograniczone do 12 miesięcy, poczynając od daty wydania zaświadczenia (art. 4 ust. 4).

Zaświadczenie jest wydawane na wniosek osoby objętej ochroną na wielojęzycznym standardowym formularzu (art. 5 ust. 1). Na wniosek tej osoby organ wydania dostarcza jej transliterację lub tłumaczenie zaświadczenia na takim formularzu (art. 5 ust. 3). Wydanie zaświadczenia wymaga jednak spełnienia podstawowego warunku wstępnego. Najogólniej mówiąc, jest nim powiadomienie osoby stwarzającej zagrożenie o przyjęciu środka ochrony i umożliwienie jej – w stosownych przypadkach – przygotowania obrony bądź zapewnienia możliwości zaskarżenia decyzji w tym przedmiocie (art. 6).

Stosownie do art. 7 rozporządzenia zaświadczenie musi zawierać następujące informacje: a) nazwę i adres lub dane kontaktowe organu wydającego; b) numer sprawy; c) datę wydania zaświadczenia; d) dane osoby objętej ochroną: imię i nazwisko, data i miejsce jej urodzenia, jeżeli są dostępne, adres do powiadomień z wyraźnym ostrzeżeniem, że może on zostać ujawniony osobie stwarzającej zagrożenie; e) dane osoby stwarzającej zagrożenie: imię i nazwisko, data i miejsce urodzenia, jeżeli są dostępne, adres do powiadomień; f) wszystkie informacje niezbędne do wykonania środka ochrony, w tym zaś – w stosownych przypadkach – rodzaj środka i obowiązek, jaki nakłada on na osobę stwarzającą zagrożenie oraz określenie funkcji miejsca lub strefy, do których osobie tej zabroniono zbliżać się lub wchodzić; g) okres obowiązywania środka ochrony; h) czas trwania skutków uznania w myśl art. 4 ust. 4; i) oświadczenie o spełnieniu wymogów art. 6; j) informacje o prawach do wnioskowania o sprostowanie lub uchylenie zaświadczenia zgodnie z art. 9 oraz o odmowę uznania i wykonania na podstawie art. 13; k) pełny tytuł rozporządzenia.

Na wydanie zaświadczenia nie przysługuje środek zaskarżenia (art. 5 ust. 2), ale na wniosek osoby objętej ochroną lub osoby stwarzającej zagrożenie bądź też z inicjatywy organu państwa wydającego zaświadczenie zostaje ono sprostowane wówczas, gdy „ze względu na błąd pisarski istnieje rozbieżność między środkami ochrony i zaświadczeniem (art. 9 ust. 1 lit. a), a uchylone – „jeżeli zostało w sposób oczywisty wydane nieprawidłowo, biorąc pod uwagę wymogi przewidziane w art. 6 i zakres stosowania (...) rozpo-

rządzenia” (art. 9 ust. 1 lit. b). Wspomniany art. 13 rozporządzenia przewiduje, że na wniosek osoby stwarzającej zagrożenie odmawia się uznania i – w stosownych przypadkach – wykonania środka ochrony w zakresie, w jakim takie uznanie jest a) wyraźnie sprzeczne z porządkiem publicznym państwa, do którego kierowany jest wniosek o uznanie, lub b) nie do pogodzenia z wyrokiem wydanym lub uznanym w tym ostatnim państwie (ust. 1). Podkreślono jednak, co jest bardzo ważne, że „Nie można odmówić uznania środka ochrony na podstawie tego, że prawo państwa, do którego kierowany jest wniosek, nie przewiduje takiego środka w takim samym stanie faktycznym” (ust. 3).

Rozporządzenie przewiduje możliwość dostosowania – w razie konieczności i tylko w niezbędnym zakresie – przez właściwy organ państwa, do którego kierowany jest wniosek o uznanie, elementów faktycznych środka ochrony tak, aby nadać mu skuteczność (art. 11 ust. 1). O dostosowaniu powiadamia się osobę stwarzającą zagrożenie (art. 11 ust. 3), a zarówno ona, jak i osoba objęta ochroną mają prawo do wniesienia zaskarżenia przeciwko dostosowaniu środka, co nie ma skutku zawieszającego (art. 11 ust. 5). Podkreślić przy tym trzeba, że całkowicie wyłączona jest kontrola merytoryczna środka ochrony wydanego w państwie wydania (art. 12).

W przypadku zawieszenia lub uchylenia środka ochrony w państwie jego wydania, bądź też zawieszenia lub ograniczenia jego wykonalności, albo wówczas, gdy zostaje uchylone zaświadczenie na podstawie art. 9 ust. 1 lit. b rozporządzenia, organ wydający państwa wydania – na wniosek osoby objętej ochroną lub osoby stwarzającej zagrożenie – wydaje zaświadczenie potwierdzające zawieszenie, ograniczenie lub uchylenie wykorzystując w tym celu wielojęzyczny standardowy formularz (art. 14 ust. 1). Przedstawienie takiego zaświadczenia właściwemu organowi państwa wykonującego skutkuje zawieszeniem lub uchyleniem skutków uznania, a w stosownych przypadkach – zawieszeniem lub uchyleniem wykonania środka ochrony (art. 14 ust. 2)¹⁶.

W art. 8 ust. 3 rozporządzenia – analogicznie jak uczyniono to w dyrektywie 2011/99/UE co do ENO – zastrzeżono, iż „Miejsce pobytu lub inne dane kontaktowe osoby objętej ochroną nie mogą być ujawnione osobie stwarzającej zagrożenie, chyba że ich ujawnienie jest niezbędne do zapewnienia przestrzegania lub wykonania środka ochrony”¹⁷.

Przewidziane w rozporządzeniu wielojęzyczne standardowe formularze – z mocy uprawnienia z art. 19 rozporządzenia – zostały opracowane przez Komisję Europejską i są przedmiotem jej rozporządzenia wykonawczego (UE) nr 939/2014 z dnia 2 września 2014 r. ustanawiającego zaświadczenia, o których mowa w art. 5 i 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego

¹⁶ Szerzej o rozporządzeniu E. Bieńkowska, *Wzajemne uznawanie środków ochrony w sprawach cywilnych*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2014, nr 14.2, s. 7 i n.

¹⁷ Szerzej zob. E. Bieńkowska, *Europejskie standardy...*, s. 14 i n.; tejże, *Ochrona danych...*, s. 50 i n.

i Rady (UE) nr 606/2013 w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych¹⁸, które weszło w życie z dniem 11 stycznia 2015 r.

W załączniku nr I do rozporządzenia wykonawczego zamieszczono „Formularz I. Zaświadczenie wydawane na podstawie art. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 606/2013 w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych”. Na katalog informacji uwzględnionych w formularzu zaświadczenia składają się następujące: 1) data wydania środka ochrony; 2) termin, w którym środek ochrony stał się wykonalny, jeżeli jest inny niż data jego wydania; 3) numer referencyjny środka ochrony (nieobowiązkowo); 4) organ, który wydał środek ochrony, jeżeli jest to inny organ niż organ wydający zaświadczenie; 5) data wydania zaświadczenia; 6) numer referencyjny zaświadczenia; 7) organ wydający zaświadczenie; 8) informacje o osobie objętej ochroną z uwzględnieniem informacji o tym, że jej adres pocztowy może zostać ujawniony osobie stwarzającej zagrożenie; 9) informacje o osobie stwarzającej zagrożenie; 10) specyfikacja środka ochrony poświadczonego zaświadczeniem z wyodrębnieniem specyfikacji w odniesieniu do każdego z wymienionych w art. 3 pkt 1 rozporządzenia nr 606/2013; 11) okres obowiązywania środka ochrony; 12) czas trwania skutków uznania; 13) informacje w sprawie wymogów dotyczących wydania zaświadczenia określonych w art. 6 rozporządzenia nr 606/2013; 14) informacje o prawach przysługujących na podstawie art. 9 i 13 rozporządzenia nr 606/2013; 15) inne.

W załączniku nr II do rozporządzenia wykonawczego znajduje się natomiast „Formularz II. Zaświadczenie wydane na podstawie art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 606/2013 w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych”. Znalazły się w nim takie informacje, jak: 1) data wydania zaświadczenia; 2) numer referencyjny zaświadczenia; 3) wnioskodawca; 4) organ, który zawiesił lub uchylił środek ochrony, zawiesił lub uchylił jego wykonalność lub uchylił zaświadczenie zgodnie z art. 9 ust. 1 lit. b rozporządzenia nr 606/2013, jeśli różni się od organu wydającego przedmiotowe zaświadczenie (nieobowiązkowe); 5) organ, który wydał przedmiotowe zaświadczenie; 6) informacja o decyzji o zawieszeniu, ograniczeniu lub uchyleniu uznania lub wykonania poświadczonego przedmiotowym zaświadczeniem; 7) inne uwagi dotyczące informacji podanych powyżej (nieobowiązkowe).

Dodać należy, że rozporządzenie nr 606/2013 – jak wyraźnie wskazano w jego art. 2 ust. 3 – wyłącza z zakresu swojego stosowania pewne ściśle określone kategorie środków ochrony o charakterze cywilnym, a mianowicie te, które są przedmiotem innego aktu prawa unijnego, a mianowicie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listo-

¹⁸ Dz. Urz. UE L 263 z dnia 3 września 2014 r., s. 10.

pada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000¹⁹. Stosownie do jego art. 1 ust. 1 obejmuje ono sprawy cywilne o rozwód, separację lub unieważnienie małżeństwa, jak również sprawy o przyznanie, wykonywanie, przekazywanie pełnego lub częściowego pozbawienia odpowiedzialności rodzicielskiej, a wśród tych ostatnich w szczególności sprawy z zakresu pieczy nad dzieckiem i prawa do osobistej styczności z dzieckiem (art. 1 ust. 2).

Regulacje polskie

W związku z rozporządzeniem nr 606/2013, które stosuje się od dnia 11 stycznia 2015 r., ustawodawca polski znowelizował przepisy k.p.c. z mocą obowiązującą od dnia 10 stycznia 2015 r. Do tytułu I „Przepisy ogólne” części III „Postępowanie egzekucyjne” księgi drugiej „Postępowanie nieprocesowe” k.p.c. dodał dział II pt. „Zaświadczenia dotyczące orzeczeń obejmujących środki ochrony w sprawach cywilnych” (art. 795¹⁴–795¹⁷). Dodał też księgę czwartą – „Uznanie i wykonanie niektórych orzeczeń sądów państw członkowskich Unii Europejskiej oraz pochodzących z tych państw ugód i dokumentów urzędowych” obejmującą tytuł I – „Przepisy ogólne” (art. 1153¹³–1153¹⁵), tytuł II – „Wykonanie” (art. 1153¹⁶–1153²²) i tytuł III – „Odmowa uznania lub wykonania” (art. 1153²³–1153²⁵).

W myśl art. 795¹⁴ k.p.c. organem właściwym do wydania zaświadczenia na wniosek osoby objętej ochroną jest sąd, który wydał orzeczenie obejmujące środek ochrony przewidziany w art. 3 pkt 1 rozporządzenia. Sąd ten jest również właściwy do wydawania zaświadczeń potwierdzających zawieszenie, ograniczenie lub uchylenie środka ochrony (art. 795¹⁷ § 1 k.p.c.). W obu przypadkach wnioskodawcy przysługuje zażalenie na postanowienie sądu odmawiające wydania zaświadczenia (art. 795¹⁵ i art. 795¹⁷ § 2 k.p.c.).

Przypomnę, że rozporządzenie nr 606/2013 wymaga, aby w obu wskazanych przypadkach zaświadczenia zostały wydane na wielojęzycznych standardowych formularzach określonych w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej nr 939/2014. O ile jednak ustawodawca w powołanych przepisach k.p.c. podał dokładne dane o pierwszym z tych aktów prawnych, o tyle całkowicie pominął informacje dotyczące drugiego. Tymczasem, jak już była o tym mowa, rozporządzenie „wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane” we wszystkich państwach unijnych, co oznacza, że korzystanie z formularzy opracowanych przez Komisję jest obowiązkowe. O dane dotyczące rozporządzenia wykonawczego powołane przepisy k.p.c. powinny więc zostać jak najszybciej uzupełnione.

¹⁹ Obowiązujące brzmienie: Dz. Urz. UE L 70 z dnia 14 marca 2009 r., s. 19.

Sąd, który wydał zaświadczenie, jest również właściwy do jego uchylenia na wniosek strony lub z urzędu w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 9 ust. 1 lit. b rozporządzenia (art. 795¹⁶ § 1 k.p.c.), czyli – najogólniej – wówczas, gdy zaświadczenie zostało wydane w sposób oczywiście nieprawidłowy. Przed wydaniem takiego zaświadczenia – jeśli nie ona jest wnioskodawcą – musi zostać wysłuchana osoba objęta ochroną (art. 795¹⁶ § 4 k.p.c.). Na postanowienie o uchyleniu zaświadczenia przysługuje zażalenie (art. 795¹⁶ § 5 k.p.c.). Wniosek powinien zostać złożony w terminie miesiąca od dnia doręczenia postanowienia o wydaniu zaświadczenia i musi spełniać wymogi pisma procesowego ze wskazaniem okoliczności przemawiających za uchyleniem zaświadczenia (§ 2 i 3 art. 795¹⁶ k.p.c.). Jak zaś stanowi art. 126 § 1 k.p.c., pismo procesowe powinno zawierać: oznaczenie sądu, do którego jest skierowane, imię i nazwisko stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników; oznaczenie rodzaju pisma; osnovę wniosku oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności; podpisy oraz wymienienie załączników. Aby sąd podjął w związku z pismem procesowym jakiegokolwiek czynności, musi zostać uiszczona „należna opłata” (*a contrario* art. 126² § 1 k.p.c.). Tę ostatnią kwestię reguluje ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁰, a w szczególności jej art. 23 pkt 1 przewidujący w omawianym przypadku opłatę stałą w wysokości 40 złotych. Powstaje jednak zasadnicze pytanie: dlaczego osoba wnosząca o uchylenie zaświadczenia w związku z jego „oczywiście” wadliwym wydaniem, jest obciążana finansowo za błąd organu wydającego takie zaświadczenie?

Co się z kolei tyczy przepisów księgi czwartej k.p.c., w myśl jej art. 1153¹⁴ pkt 6 tytułami wykonawczymi w Rzeczypospolitej Polskiej są orzeczenia wydane w unijnych państwach członkowskich obejmujące środki ochrony wchodzące w zakres zastosowania rozporządzenia nr 606/2013. Stosownie natomiast do art. 1153¹⁵ k.p.c., jeśli podlegają one wykonaniu w inny sposób niż w drodze egzekucji, stanowią podstawę wszczęcia postępowania wykonawczego. Środki ochrony przewidziane w art. 3 pkt 1 rozporządzenia ze względu na swoją istotę nie nadają się oczywiście do wykonania poprzez egzekucję. Na mocy art. 1153²² k.p.c. do orzeczeń obejmujących te środki odpowiednie zastosowanie mają przepisy dotyczące egzekucji, a mianowicie art. 1153¹⁶, art. 1153¹⁹ oraz art. 1153²¹ pkt 2 k.p.c.

W myśl pierwszego z nich, wówczas, gdy wspomniane tytuły wykonawcze wymagają dostosowania, organ egzekucyjny, czyli w odniesieniu do orzeczeń dotyczących środków ochrony – organ je wykonujący wydaje w tym przedmiocie postanowienie, które podlega zaskarżeniu. Jak z kolei stanowi art. 1153¹⁹ k.p.c., sąd – na wniosek strony – zawiesza lub umarza postępowanie wykonawcze, jeżeli wnioskodawca przedstawił zaświadczenie potwierdzające za-

²⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1025 z późn. zm.

wieszenie, ograniczenie lub uchylenie środka ochrony. Zgodnie zaś z art. 1153²¹ pkt 2 k.p.c. organ egzekucyjny umarza postępowanie egzekucyjne w całości lub w części na wniosek strony również wówczas, gdy prawomocnym orzeczeniem odmówiono uznania lub wykonania tytułu egzekucyjnego.

Odpowiednie zastosowanie do orzeczeń obejmujących środki ochrony niepodlegające egzekucji mają również dwa inne przepisy k.p.c. Jest to art. 1153²³ k.p.c., stanowiący, że wniosek o odmowę wykonania wnosi się do sądu okręgowego miejsca zamieszkania dłużnika, czyli osoby stwarzającej zagrożenie, a w razie braku takiego sądu – do sądu okręgowego, w którego okręgu ma być lub jest prowadzona egzekucja, natomiast wniosek o odmowę uznania – do sądu okręgowego, który byłby właściwy miejscowo do rozpoznania sprawy rozstrzygniętej orzeczeniem lub w którego okręgu znajduje się właściwy miejscowo sąd rejonowy, a w razie braku tej podstawy – do Sądu Okręgowego w Warszawie. Drugim przepisem jest art. 1153²⁴ k.p.c., w myśl którego na postanowienie w przedmiocie odmowy wykonania i odmowy uznania przysługuje zażalenie, a na postanowienie sądu apelacyjnego – skarga kasacyjna.

Ponadto, na mocy ustawy nowelizacyjnej z dnia 5 grudnia 2014 r. do art. 24 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych dodano dwie nowe regulacje związane z rozporządzeniem nr 606/2013, a mianowicie punkty 2a i 2c, w myśl których od wniosku o odmowę wykonania oraz od wniosku o odmowę uznania pobiera się opłatę stałą w wysokości 300 złotych.

Należy podkreślić, że przepisy k.p.c. dotyczące rozporządzenia nr 606/2013 w tej ich części, która przewiduje rozwiązania związane z wydawaniem przez polskie sądy zaświadczeń (art. 795¹⁴–795¹⁷), są przepisami całkowicie martwymi. Jest tak dlatego, że polski system prawa cywilnego nie zna środków ochrony odpowiadających tym, które obejmuje zakresem swojego stosowania to rozporządzenie. Nie wprowadzono ich ani jako środków mających charakter samoistny, ani też jako towarzyszących innym instytucjom. Zakaz zbliżania się na określoną odległość mógłby zaś znaleźć zastosowanie zwłaszcza w przypadku opisanym w art. 11a ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie²¹, który stanowi, że „Jeżeli członek rodziny wspólnie zajmujący mieszkanie swoim zachowaniem polegającym na stosowaniu przemocy w rodzinie czyni szczególnie uciążliwym wspólne zamieszkiwanie, osoba dotknięta przemocą może żądać, aby sąd zobowiązał go do opuszczenia mieszkania”.

Wnioski końcowe

Przedstawiłam możliwie dokładnie rozwiązania dwóch aktów prawa unijnego, a mianowicie dyrektywy 2011/99/UE w sprawie europejskiego nakazu

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1035 z późn. zm.

ochrony oraz rozporządzenia nr 606/2013 w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych. Dzięki wprowadzonym na ich mocy instrumentom możliwe jest zachowanie ciągłości ochrony ofiar korzystających z przysługującego wszystkim obywatelom Unii Europejskiej prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania w poszczególnych unijnych państwach członkowskich. Oba w istotny sposób uzupełniają podstawowy dokument statuujący prawa ofiar w Unii Europejskiej, jakim jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW²². Dyrektywa ta ma zastosowanie również do osób objętych ochroną rozporządzeniem nr 606/2013. Jak bowiem wyraźnie podkreślono w punkcie 8 zdanie drugie preambuły tego ostatniego, mimo że dana osoba jest przedmiotem środka ochrony wydanego w sprawach cywilnych, można określać ją mianem „ofiary” w rozumieniu tej dyrektywy.

Podstawową kwestią omawianą w tym opracowaniu jest to, czy wprowadzone w związku z dyrektywą 2011/99/UE i rozporządzeniem nr 606/2013 przepisy karne i cywilne czynią zadość wymogom obu tych dokumentów, a tym samym, czy dostatecznie dobrze wpisują się w kompleks unormowań mających na celu doprowadzenie do ujednolicenia i wzmożenia działań podejmowanych na rzecz ofiar przestępstw w obrębie Unii Europejskiej. Przeprowadzona analiza wykazała, że – niestety – nie jest pod tym względem najlepiej. Nie wzbudzają szczególnych wątpliwości nowowprowadzone przepisy umożliwiające stosowanie rozporządzenia nr 606/2013, choć – z braku odpowiednich środków ochrony o charakterze cywilnym w systemie polskiego prawa cywilnego – nie mogą z niego korzystać osoby mieszkające w Polsce.

Poważne zastrzeżenia merytoryczne wywołuje natomiast transpozycja dyrektywy 2011/99/UE. Dyrektywa ta w art. 3 ust. 1 nakazuje państwom członkowskim wyznaczenie organu właściwego do wydawania ENO i do uznawania ENO w zależności od tego, czy w konkretnym przypadku jest ono państwem wydającym, czy też wykonującym. Stosownie do jej regulacji dopiero uznanie ENO w państwie wykonującym, a więc w państwie, do którego został przekazany ENO, pozwala mu na przyjęcie zakazu lub ograniczenia zgodnego z dyrektywą, który powinien być możliwie najbardziej zbliżony do uwzględnionego w środku ochrony będącym postawą wydania ENO. Ustawodawca polski unormowania dyrektywy w tym zakresie całkowicie zbagatelizował, wyznaczając jedynie organ, który wykonuje ENO, czego dyrektywa

²² Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57; szerzej zwłaszcza E. Bieńkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, E. Zielińska, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Komentarz, E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), Warszawa 2014, s. 23 i n.

w ogóle nie przewiduje. Zupełnie zapomniał zatem o istocie ENO, a więc o tym, że jest on instrumentem wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach karnych, a nie – ich wykonywania.

Niepokoi również to, że z ENO – w świetle przepisów wdrażających dyrektywę 2011/99/UE – nie będą mogły korzystać wszystkie osoby chronione w kraju środkami ochrony przewidzianymi w tej dyrektywie, co narusza zasadę równości wobec prawa. Z powodzeniem można było natomiast sytuacji tej uniknąć. Wystarczyłoby bowiem, aby ustawodawca uwzględnił fakt nieustannego nowelizowania przepisów prawa karnego. Przyjął jednak rozwiązania implementacyjne bazujące na unormowaniach obowiązujących w chwili przygotowywania projektu wdrożenia dyrektywy, mimo że już wtedy było dobrze wiadomo, że są planowane istotne zmiany polegające w szczególności na poszerzeniu możliwości stosowania zakazów i ograniczeń odpowiadających tym, które uwzględniła dyrektywa²³.

Jak się więc okazuje, Polska nie jest państwem unijnym w pełni otwartym na współpracę w obrębie Unii na rzecz wzmocnienia ochrony ofiar przestępstw. Wiele wskazuje na to, iż przyczyną tego stanu rzeczy jest nierozumienie istoty dokumentów unijnych poświęconym tym kwestiom, a – być może – w ogóle niechęć do zrozumienia polityki Unii Europejskiej w tej sferze. Konstatacja taka znajduje uzasadnienie w tym, że już od dawna wprowadzanie przez polskiego ustawodawcę unijnych standardów w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw idzie dość opornie, a nierzadko także z nimi koliduje.

Przypomnę, że z opóźnieniem i nieprawidłowo wdrożono dyrektywę Rady 2004/80/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. odnoszącą się do kompensaty dla ofiar przestępstw²⁴. Przyjęto w tym zakresie unormowania niekorzystne dla ofiar, znacznie ograniczające i utrudniające im dostęp do tej ważnej formy pomocy od państwa²⁵.

Znaczne wątpliwości wzbudzają niektóre już przyjęte oraz dopiero projektowane rozwiązania mające na celu implementację dyrektywy 2012/29/UE. Do najistotniejszych spośród nich należy zaliczyć takie, jak: niespełnienie wymogów dyrektywy w odniesieniu do unormowania mediacji jako instytucji bezpiecznej dla ofiary przestępstwa i służącej zaspokojeniu jej interesów²⁶; niezapewnienie jednakowej ochrony w zakresie przesłuchania wszystkim małoletnim, jak wymaga tego dyrektywa, lecz jedynie tym spośród nich, któ-

²³ Zob. szerzej E. Bieńkowska, *Uprawnienia pokrzywdzonego...*, s. 83.

²⁴ Dz. Urz. UE L 261 z dnia 6 sierpnia 2004 r., s. 15.

²⁵ Dokładniej E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata przysługująca ofiarom niektórych przestępstw. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 57 i n.

²⁶ Zob. zwłaszcza E. Bieńkowska, *Mediacja w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości de lege lata i de lege ferenda*, (w:) L. Mazowiecka (red.), *Unijne standardy programów sprawiedliwości naprawczej*, Warszawa 2015, s. 109 i n.

rzy nie ukończyli w chwili przesłuchania 15. roku życia, a starszym – wyłącznie na zasadzie uznania organu procesowego²⁷; wprowadzenie systemu policyjnej ochrony fizycznej pokrzywdzonych i osób dla nich najbliższych, podczas gdy dyrektywa zadanie takie nakłada na organizacje wspierania ofiar, a także przeznaczenie środków finansowych adresowanych do pokrzywdzonych i ich najbliższych na świadczenie pomocy psychologicznej oraz pomocy prawnej świadkom oraz ich najbliższym, co skutkuje pogorszeniem, a nie poprawieniem, jak chce dyrektywa, sytuacji ofiar²⁸.

Wszystko to dowodzi braku należytej empatii wobec ofiar przestępstw i – wynikającej stąd – konieczności doprowadzenia do całkowitej przemiany sposobu ich postrzegania oraz traktowania. Obliguje też do przeprowadzenia wnikliwej analizy polskich rozwiązań ustawowych i praktycznych implementujących unijne standardy w tym zakresie, a na tej podstawie – do dokonania takiej ich modyfikacji, aby zapewniały ofiarom faktyczne korzystanie z wszystkich praw.

Protection of victims in cross-border situations – Polish regulations versus EU legal requirements

Abstract

This paper analyses new Polish regulations contained in the Code of Criminal Procedure and in the Code of Civil Procedure, relevant to both Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European protection order, and Regulation (EU) No. 606/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters. Polish penal regulations are found to be non-compliant with the requirements set forth in Directive 2011/99/EU, and failing to ensure that all victims, who are entitled in Poland to enjoy the measures under Directive 2011/99/EU, are provided with protection in cross-border situations. Mutual recognition of protection measures is considered to be only partially possible as Polish civil law does not provide for measures falling within the applicability scope of Regulation No. 606/2013.

²⁷ Szerzej m.in. E. Bieńkowska, Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji przepisów prawa karnego, Prokuratura i Prawo 2014, nr 3, s. 27 i n.

²⁸ Szerzej E. Bieńkowska, Nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych i świadków, Prokuratura i Prawo 2015, nr 10, s. 5 i n.

Mikołaj Małecki

Nieostrożność w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego

Streszczenie

Artykuł zawiera analizę przesłanki „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach” jako jednego z warunków odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. Analizy zostały przeprowadzone w oparciu o metodę krytyczną, na kanwie rozważań przedstawionych w artykule S. Łagodzińskiego pt. „Przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.). Rozważania teoretyczne i praktyka ścigania” (Prokuratura i Prawo 2014, nr 7–8). W rezultacie przeprowadzonej analizy nieostrożność została uznana za niezbędny, zgodny z ustaleniami teoretycznymi oraz wymagany przez orzecznictwo Sądu Najwyższego, element konstrukcji przestępstwa nieumyślnego.

Z zawodowym zainteresowaniem sięgnąłem po artykuł „Przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.). Rozważania teoretyczne i praktyka ścigania”¹, poszukując w nim rozważań teoretycznych na temat ustawowej konstrukcji przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka oraz uwag dotyczących praktyki ścigania tego typu czynów. Obszerna część artykułu okazała się krytyką określonej w art. 9 § 2 k.k. przesłanki „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Sformułowana przez S. Łagodzińskiego krytyka rozwiązań przyjętych w obowiązujących kodeksie karnym, zilustrowana interesującymi przykładami z praktyki stosowania prawa, ma istotne znaczenie w dogmatycznej dyskusji o kształcie kryteriów przypisania odpowiedzialności za nieumyślnie popełniony czyn zabroniony – posiada więc znaczenie ogólne, przekraczające swym zakresem kwestie szczegółowe, jak na przykład zagadnienie odpowiedzialności karnej za poszczególne typy przestępstw nieumyślnych. Z tego powodu argumenty wskazane przez S. Łagodzińskiego w dogmatycznej części jego pracy, dotyczące – jak powiedziano – niezachowania ostrożności jako jednego z obligatoryjnych kryteriów popełnienia każdego nieumyślnego czynu zabronionego, warte są głębszej analizy.

W tytule opracowania wskazano, że rozważania na temat przesłanek nieumyślnego czynu zabronionego będą miały – oprócz warstwy praktycznej –

¹ S. Łagodziński, Prokuratura i Prawo 2014, nr 7–8, s. 57–78.

również charakter teoretyczny. Te ostatnie są najbardziej interesujące, gdyż to właśnie teoretyczne „otoczenie” określonych rozwiązań ustawowych ma pierwszorzędne znaczenie dla ich właściwej interpretacji, a w dalszej kolejności dla prawidłowej praktyki stosowania prawa. Bez dobrej teorii naukowej nie da się wyjaśnić świata. Nie trzeba dowodzić, że założenia o charakterze teoretycznym oraz dogmatycznym determinują sposób postrzegania określonych instytucji prawa karnego, o czym będzie zresztą okazja przekonać się za chwilę. W omawianym artykule na próżno poszukiwać jednak analiz o charakterze teoretycznym, mimo że zaanonsowano je w jego tytule, a odważna krytyka obowiązującego prawa dotyczy zagadnienia fundamentalnego: jednego z obligatoryjnych znamion typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Nie bez znaczenia jest również fakt, że teoretyczna analiza kryteriów przypisania sprawstwa przestępstwa nieumyślnego nabrała na znaczeniu w ostatnim dwudziestoleciu, a dyskusja wokół tego zagadnienia odżyła na nowo w 2012 r. za sprawą przygotowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego propozycji zmian w prawie karnym².

Co się tyczy ustaleń o charakterze teoretycznym, koniecznych dla właściwego zrozumienia konstrukcji typu czynu zabronionego pod groźbą kary, należy w pierwszej kolejności wspomnieć o strukturach normatywnych, które w drodze wykładni prawa zostają wyprowadzone z czysto tekstowej, opisowej warstwy przepisów ustawy. Zwrócenie uwagi na normatywną zawartość kodeksu karnego jest konsekwencją zupełnie dziś niekontrowersyjnego odróżnienia przepisu prawnego i normy prawnej, do jakiego doszło w prawnoznawstwie³. Jedną ze struktur normatywnych dekodowanych z przepisów prawa jest tak zwana norma sankcjonowana, czyli adresowana do obywatela norma postępowania, określająca jakiego zachowania i w jakich okolicz-

² Zob.: projekt z dnia 5 listopada 2013 r., opublikowany wraz z uzasadnieniem w specjalnym wydaniu *Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2013, nr 4; A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej Kodeksu karnego*, Państwo i Prawo 2012, nr 11, s. 3 i n.

³ Zob.: K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, Leipzig 1916, s. 4 i n.; W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków 1920, s. 94 i n.; S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 4–5; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 1–2; Z. Ziemiński, *Przepis prawny i norma prawna*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1960, nr 1; Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawnoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 121; M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawnoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 79 i n.; C. Gofroń, *Problematyka ogólna normy prawnokarnej*, (w:) T. Bojarski (red.), *Problemy ewolucji prawa karnego*, Lublin 1990, s. 9 i n.; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1991, nr 23, s. 71; W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1993, nr 3, s. 94 i n.; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 36 i n.; M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2006, nr 3, s. 93 i n.; wraz z literaturą cytowaną w wymienionych pracach.

nościach określonego podmiotowi prawa nie wolno podejmować (bądź też odwrotnie – do jakiego zachowania jest on w określonych okolicznościach zobowiązany). Z przepisów kodeksu karnego można wyprowadzić również normę sankcjonującą, której dyspozycja nakazuje organom wymiaru sprawiedliwości pociągać do odpowiedzialności karnej sprawcę czynu zabronionego, określonego w zakresie zastosowania tejże normy prawnej. W doktrynie prawa karnego twierdzi się już dzisiaj powszechnie, że normatywna analiza tekstu ustawy jest nieodzownym, gdyż zbliżającym interpretatora do prawdy, narzędziem pozwalającym na prawidłowe odczytanie treści zamieszczonych w tekście ustawy karnej⁴.

Koncentrując uwagę na znamionach czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie, należy stwierdzić, że we współczesnej literaturze karnistycznej ugruntowana jest już teza, iż podstawą odpowiedzialności karnej, w tym podstawą przypisania skutku, może być wyłącznie taki czyn, który zaatakował dobro chronione prawem i naruszył reguły postępowania z tym dobrem prawnym, wypracowane w praktyce życia. Wyrażając tę samą myśl w nieco innej nomenklaturze, należy powiedzieć, że chodzi tutaj o czyn, który w przedmiotowym (obiektywnym) sensie zagroził dobru prawnemu w sposób nieakceptowalny społecznie. Zachowanie, które nie zaatakowało żadnego dobra prawnego lub nie naruszało żadnych zasad postępowania z dobrem prawnym – zachowanie, którego nie można uznać za nieodpowiednie bądź też nadmiernie ryzykowne – nie jest czynem zabronionym pod groźbą kary.

⁴ Zob.: A. Peczenik, *Struktura normy prawnej*, Studia Prawnicze 1968, nr 20, s. 22 i n.; M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 181 i n.; A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, (w:) T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 101 i n.; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 71 i n.; P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, s. 87 i n.; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2001, s. 81 i n.; J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 93–95; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 17, 28–29, 132–141 oraz 341–347; Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, szczególnie s. 27 i n.; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 259 i n.; J. Majewski, *Budowa przepisów prawa karnego i norm w nich zawartych*, (w:) T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 459 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 133 i n.; P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2012, nr 4, s. 5 i n.; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 107 i n.; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013, s. 48 i n.; wraz z literaturą cytowaną w wymienionych pracach.

Nie jest ono karalne nawet wtedy, gdy doprowadziło do powstania opisanego w ustawie skutku; nawet jeśli było warunkiem koniecznym jego nastąpienia i nawet gdy ustali się, że istniała obiektywna możliwość przewidzenia z perspektywy *ex ante*, jakie będzie następstwo tego zachowania⁵.

⁵ Kryteria obiektywnego (normatywnego) przypisania sprawstwa czynu zabronionego są przedmiotem wszechstronnej analizy w polskim piśmiennictwie karnistycznym. Zob. w szczególności: A. Barczak-Oplustil, Glosa do postanowienia SN – Izba Karna z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 193/2011, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2012, nr 4, s. 149 i n.; M. Bielski, Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2004, nr 1, s. 34 i n.; M. Bielski, Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia SN z dnia 3 czerwca 2004 r., sygn. V KK 37/04, *Przegląd Sądowy* 2005, nr 4, s. 119 i n.; M. Bielski, Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, Warszawa 2012, s. 503 i n.; K. Buchała, Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko, Warszawa 1971; K. Buchała, Przypisanie skutku stanowiącego znamię nieumyślnego deliktu w prawie polskim, (w:) *Teoretyczne problemy...*, *op. cit.*, s. 25 i n.; J. Giezek, Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego, *Przegląd Prawa i Administracji* 2002, t. L, s. 113 i n.; J. Giezek, Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym, Wrocław 1994; J. Giezek, Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego, *Państwo i Prawo* 1992, nr 1, s. 65 i n.; J. Giezek, Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku, (w:) J. Majewski (red.), *Kwartalnik Prawa Publicznego. Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe*, Warszawa 2004, s. 49 i n.; J. Giezek, Wyjaśnianie przyczynowe w prawie karnym, *Przegląd Prawa i Administracji* 1995, t. XXXI, s. 45 i n.; J. Giezek, Znaczenie testu warunku *sine qua non* przy wyjaśnianiu przyczynowości. W odpowiedzi Jubilatowi, (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmara, Kraków 2006, s. 201 i n.; J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 24–25; 62–67; J. Giezek, Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania, (w:) R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 419 i n.; T. Kaczmarek, Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku, (w:) *Kwartalnik...*, *op. cit.*, s. 7 i n.; P. Kardas, Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu, (w:) *Kwartalnik...*, *op. cit.*, s. 73 i n.; P. Kardas, Przypisanie przestępstwa a niesprawcze postaci współdziałania. Rozważania o przydatności konstrukcji obiektywnego przypisania w procesie ustalania podstaw odpowiedzialności karnej za podżeganie i pomocnictwo, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 197 i n.; P. Konopka, O braku opon zimowych w pojeździe oraz o odpowiedzialności karnej kursanta i instruktora w kontekście art. 177 k.k. Uwagi na marginesie postanowienia SN z dnia 23 lutego 2011 r. (sygn. III KK 276/10), *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2013, nr 2, s. 141 i n.; M. Królikowski, (w:) M. Błaszczak, M. Królikowski (red.), L. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Żochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki (red.), S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, t. I, Warszawa 2011, s. 204 i n.; L. Lernerell, *Zagadnienia związku przyczynowego w prawie karnym*, Warszawa 1962; J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997; M. Małeckie, Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek „płonącego anioła”),

Odzwierciedleniem wskazanych ustaleń teoretycznych na gruncie ustawowego opisu czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie w polskim kodeksie karnym jest właśnie przesłanka „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Sprawcę czynu zabronionego wiąże norma postępowania, zakazująca mu podejmowania zachowań niebezpiecznych dla dobra prawnego, i ponosi on odpowiedzialność karną za przestępstwo dopiero w efekcie naruszenia wiążącej go normy prawnej. W wypadku typów umyślnych sprawca stwarza nieakceptowalne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, realizując powzięty wcześniej zamiar. Tę samą przesłankę na gruncie nieumyślnych typów czynu zabronionego, w zgodzie z powszechnymi intuicjami językowymi, można określić mianem „nieostrożności”, a to z uwagi na niezamierzony charakter działania sprawcy, który atakuje dobro prawne niejako po drodze realizacji zupełnie innego, często niebezpiecznego, celu. Nawet gdyby przesłanka „niezachowania ostrożności” nie została wskazana *expressis verbis* w art. 9 § 2 k.k., z uwagi na teoretyczne „otoczenie” przepisów prawa karnego, zawsze należałoby ustalać, że czyn kandydata na sprawcę naruszył normę sankcjonowaną (był bezprawny), a to aktualizowałoby potrzebę badania zasad postępowania z dobrem prawnym, wiążących daną osobę w danych okolicznościach⁶.

Uwzględnienie rezultatów normatywnej analizy znamion czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie prowadzi do wniosku, że przedstawiona w omawianym artykule krytyka przesłanki „niezachowania ostrożności wy-

Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2013, nr 2, s. 43 i n.; M. Małecki, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 193/11, Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa 2013, nr 3, s. 89 i n.; T. Sroka, Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku, Warszawa 2013; T. Sroka, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. IV KK 42/12, Prokuratura i Prawo 2013, nr 7–8, s. 327 i n.; S. Tarapata, Głos w sprawie „niebezpiecznego naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym” (o przypadku tzw. „płonącego anioła”), Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2013, nr 2, s. 25 i n.; W. Wolter, Błędne koło problematyki przyczynowości w teorii i praktyce prawa karnego, Państwo i Prawo 1964, nr 3, s. 377 i n.; A. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, s. 42 i n.; A. Zoll, Brak wymaganych kwalifikacji działającego podmiotu jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne, Studia Prawnicze 1988, nr 1–2, s. 247 i n.; A. Zoll, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I: Komentarz do art. 1–116, Warszawa 2007, s. 42–45 oraz 119–122.

⁶ Zob. interesujące uwagi J. Majewskiego, Prawnokarne przypisywanie skutku..., *op. cit.*, s. 80–84. Inna sprawa, że gdyby nawet wymóg nieostrożności zachowania nieumyślnego nie został określony w art. 9 § 2 k.k., mógłby zostać z powodzeniem wyprowadzony z pozostałych regulacji ustawy karnej, na przykład z wymogu społecznej szkodliwości czynu zabronionego pod groźbą kary. Zachowanie, które nie zagraża dobru prawnemu, gdyż nie narusza normy postępowania dotyczącej obchodzenia się z tym dobrem prawnym, nie może być nazwane zachowaniem społecznie szkodliwym (zachowaniem szkodzącym danemu dobru prawnemu).

maganej w danych okolicznościach” nie jest krytyką uzasadnioną – nie jest bowiem oparta na przekonujących podstawach. Przyjrzyjmy się poszczególnym argumentom krytycznym, wysuniętym pod adresem tej przesłanki.

Kluczowe zastrzeżenia sformułowane przez S. Łagodzińskiego są rezultatem trudnej do zaakceptowania, ponieważ dowolnej, interpretacji przepisów kodeksu karnego. Po przytoczeniu treści art. 9 § 2 k.k. oraz zacytowaniu fragmentu uzasadnienia do kodeksu karnego z 1997 r., objaśniającego normatywną zawartość tego przepisu, autor wyprowadza następujący wniosek: „Tak więc przestępstwo nieumyślne, to przedmiotowo tylko i wyłącznie naruszenie ostrożności wymaganej w danej dziedzinie aktywności ludzkiej, zaś podmiotowo to przewidywanie możliwości jego popełnienia albo też możliwość takiego przewidywania. Konsekwencją tego będzie to, że zarzucenie i przypisanie oskarżonemu popełnienia przestępstwa nieumyślnego musi przebiegać na dwu etapach dowodzenia, a to wskazania określonej zasady ostrożności wymaganej w danych okolicznościach i wykazanie jej naruszenia oraz wykazanie, że sprawca, nie mając zamiaru popełnienia czynu zabronionego, przewidywał taką możliwość albo też mógł ją przewidzieć. Przypisywany tu prymat naruszeniu reguł ostrożności w ocenie przestępstwa nieumyślnego jest niewiarygodny, skoro samo ich naruszenie bez zaistnienia skutku (którego sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć) nie rodzi jego odpowiedzialności, chyba że wywołał tym naruszeniem karalne zagrożenia dla dobra prawnego”⁷.

W zacytowanym wywodzie została postawiona teza, że „przestępstwo nieumyślne, to przedmiotowo tylko i wyłącznie naruszenie ostrożności wymaganej w danej dziedzinie aktywności ludzkiej”. Wniosek ten jest nieprawdziwy, co przyznaje zresztą w tym samym cytacie sam autor, gdy wskazuje, że zrealizowanie znamion skutkowego czynu zabronionego pod groźbą kary jest uzależnione od nastąpienia skutku. Twierdzenie, że w wypadku przestępstwa skutkowego warunkiem odpowiedzialności karnej nie jest samo naruszenie reguł ostrożności, ale także wystąpienie skutku, jest twierdzeniem trywialnym, wynikającym wprost z opisu danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary (z jego znamienia czasownikowego), zamieszczonego w części szczególnej kodeksu karnego. Artykuł 9 § 2 k.k. niczego nie mówi o spowodowaniu skutku, ponieważ mówić o tym nie musi. Przykładowo, konieczność skutecznego spowodowania śmierci człowieka wynika jasno i jednoznacznie z treści art. 155 k.k. Do zakresu zastosowania normy sankcjonującej wyprowadzonej z tej jednostki redakcyjnej tekstu ustawy należy „spowodowanie śmierci człowieka”⁸. Pozostałe przesłanki należące do zakresu

⁷ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 63–64.

⁸ Celem usunięcia ewentualnych nieporozumień warto może przytoczyć w tym miejscu treść omawianego przepisu. Artykuł 155 k.k. głosi: „Kto nieumyślnie powoduje śmierć człowieka, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

zastosowania normy sankcjonującej wyprowadzonej z art. 155 k.k. zostały określone między innymi w art. 9 § 2 k.k. Interpretacja przepisów kodeksu karnego, zmierzająca do odkodowania kompletnej normy sankcjonującej, powinna uwzględniać zarówno przepisy części szczególnej kodeksu karnego, jak również przepisy jego części ogólnej, które uadekwatniają treść tejże normy w myśl elementarnej zasady rozczłonkowania treściowego tekstu ustawy karnej i związanych z nią konstrukcji tak zwanych przepisów zrębowych czy przednawiasowych⁹. Z uwagi na to, że art. 9 § 2 k.k. nie musi mówić o spowodowaniu skutku, gdyż warunek ten wynika z innych przepisów kodeksu karnego, bezpodstawną jest opinia głosząca, że art. 9 § 2 k.k. jest niewiarygodny dlatego, iż nic nie mówi o zaistnieniu skutku. Sprawy mają się zupełnie odwrotnie, niż to przedstawiono w analizowanej wypowiedzi również dlatego, że art. 9 § 2 k.k. – z uwagi na swoją normatywną funkcję – nie tylko nie musi, ale przede wszystkim nie może mówić o spowodowaniu skutku. Przepis ten określa bowiem przesłanki uadekwatniające treść normy sankcjonującej dla wszystkich typów nieumyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary, w tym także przestępstw formalnych, a nie tylko typów skutkowych. Ujmując tę kwestię w tradycyjnym języku dogmatyki prawniczej, powiedzielibyśmy, że art. 9 § 2 k.k. zawiera znamiona zarówno formalnych, jak i materialnych typów nieumyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary. Jest zatem wiarygodny właśnie dlatego, że jako typowy przepis przednawiasowy określa ogólne przesłanki odpowiedzialności za wszystkie przestępstwa nieumyślne, a nie tylko za niektóre z nich.

Od regulacji obowiązującego kodeksu karnego całkowicie abstrahuje następująca argumentacja: „Instytucja naruszenia reguł ostrożności jest nieprzydatna w odniesieniu do przestępstw z winy kombinowanej, przy których nieumyślnie spowodowany skutek nie sposób określić jako wynik nieostrożności”¹⁰, kontynuowana dalej w słowach: „Takiej reguły ostrożności nie może spełnić wezwanie «nie czyń drugiemu co tobie niemiłe», zaś na tle przestępstw z winy kombinowanej wręcz absurdem będą wszelkie próby różnicowania ostrożnego i nieostrożnego bicia człowieka, skoro każde z nich jest czynem bezprawnym, a dopełnienie ostrożności (staranności) ma wyłączyć bezprawność”¹¹. Przesłanka „niezachowania ostrożności” została tutaj skrytykowana jako nieprzydatna, a nawet absurdalna na gruncie tak zwanych typów kwalifikowanych przez następstwo (umyślno-nieumyślnych i nieumyślno-

⁹ Na temat strukturalnych właściwości kodeksu karnego i ich znaczenia dla zrekonstruowania wyrażonych w przepisach ustawy norm postępowania zob.: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, *op. cit.*, s. 91 i n.; Ł. Pohl, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 64–65; M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 55 i n.; M. Zieliński, (w:) Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Direktywy i sposób ich wypowiedziania*, Warszawa 1992, s. 110 i n.

¹⁰ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 64.

¹¹ Tamże, s. 65.

nieumyślnych, określanych przez autora terminem „przestępstw z winy kombinowanej”). Przytoczona krytyka jest całkowicie bezprzedmiotowa, gdyż obowiązujący kodeks karny na gruncie typów kwalifikowanych przez następstwo ani nie określa skutku spowodowanego nieumyślnie jako wyniku nieostrożności, ani nie wymaga różnicowania „ostrożnego i nieostrożnego bicia”. Do omawianej kategorii czynów zabronionych ma zastosowanie art. 9 § 3 k.k., którego treść warto w tym miejscu przypomnieć: „Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć”. Trudno odgadnąć, z którego fragmentu art. 9 § 3 k.k. miałyby wynikać, że sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność za następstwo czynu zabronionego, jeżeli następstwo to – jak twierdzi krytyk – było wynikiem niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Lektura zacytowanego przepisu nie pozostawia chyba żadnych wątpliwości, że w omawianej sytuacji następstwo czynu nie musi być wynikiem nieostrożności¹².

Brak katalogu reguł ostrożności to kolejny powód wadliwej, w ocenie autora, konstrukcji znamion przestępstwa nieumyślnego. „Gdzie w takiej sytuacji praktyka ścigania karnego ma poszukiwać owych reguł ostrożności, które nie zostały opracowane? Czy tworząc samodzielnie takie reguły ostrożności na podstawie własnego doświadczenia życiowego, praktyka (sędzia lub prokurator) nie przejmie funkcji stanowienia prawa przynależnej władzy ustawodawczej. Wszak to sędzia lub prokurator będzie określał to, co jest nieostrożne, i wyznaczał zakres penalizacji” – pisze S. Łagodziński¹³. Na kanwie przytoczonej argumentacji należy odróżnić od siebie dwa nietożsame stany rzeczy, a mianowicie z jednej strony czynność polegającą na stwierdzeniu przez sędziego lub prokuratora, co jest nieostrożne, z drugiej zaś czynność sprowadzającą się do tworzenia reguły ostrożności. Zadaniem organu stosującego prawo jest stwierdzenie (określenie), czy badane zachowanie polegało na niezachowaniu ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Czynność organu procesowego, sprowadzająca się do stwierdzenia (określenia), czy zachowanie było nieostrożne, nie polega na tworzeniu reguły ostrożności, lecz jedynie opiera się na już wcześniej stworzonej i obowiązującej w momencie czynu regule ostrożności. Nasuwa się oczywi-

¹² Omawiana kwestia została wyjaśniona przez A. Zoll'a już 10 lat temu: „Nie jest natomiast elementem strony przedmiotowej typu czynu zabronionego kwalifikowanego przez następstwo (umyślno-nieumyślnego) naruszenie wymaganej w danych okolicznościach reguły ostrożności. Nieporozumieniem jest więc zarzut stawiany przyjętej w kodeksie koncepcji nieumyślności, iż przy przestępstwach o złożonej stronie podmiotowej wymaga się od sprawcy «ostrożnej» realizacji znamion typu podstawowego objętego umyślnością” – A. Zoll, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakański, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglowski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I: Komentarz do art. 1–116, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 159.

¹³ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 65.

ście pytanie, kto tworzy reguły bezpiecznego (ostrożnego) postępowania z danym dobrem prawnym. Odpowiedzi na to pytanie udziela sobie sam autor: „Wydaje się, że do kształtowania i formułowania reguł ostrożności powołane jest określone środowisko zawodowe bądź społeczne, mające bardziej kompetentną wiedzę merytoryczną w określonej dziedzinie aktywności ludzkiej, a nie organ procesowy”¹⁴. Jest tak w istocie rzeczy. Tytułem rozwiania ewentualnych wątpliwości można jedynie dopowiedzieć, że w tych obszarach aktywności ludzkiej, w których powszechnie biorą udział niemalże wszyscy członkowie ludzkiej społeczności (np. gotowanie wody na herbatę, pilnowanie dzieci, sport amatorski), reguły ostrożności wyznacza „rozsądek, kształtowany społecznym doświadczeniem pokoleń”, ceniony zresztą przez samego S. Łagodzińskiego¹⁵.

W podsumowaniu uwag krytycznych pojawia się następujące stwierdzenie: „omnipotencja reguł ostrożności w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego *falsum est*”¹⁶. Abstrahując od tego, że nie do końca wiadomo, w jakim znaczeniu posłużono się tu terminem „omnipotencja” – nie wynika to z wcześniejszych rozważań autora, a reguły ostrożności nie mogą być przecież „wszechmogące” – należy zauważyć, że argument ten jest wymierzony przeciwko twierdzeniu, którego nikt nie głosi. Autor wymyśla twierdzenie o wszechmocności reguł ostrożności, by następnie je obalić, co być może odnosi zamierzony efekt perswazyjny, nie ma jednak nic wspólnego z rzeczową krytyką omawianej przesłanki, ponieważ nikt nie przypisuje regułom ostrożności Boskiego przymiotu omnipotencji.

Wskazaną „omnipotencję reguł ostrożności” można jednak rozumieć w sposób mniej dosłowny – czyli życzliwie dla autora omawianych poglądów – a w konsekwencji uznać, że mamy tutaj do czynienia z krytyką decydującej, przemożnej czy wręcz obligatoryjnej roli reguł ostrożności w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego, która – zdaniem autora – „*falsum est*”. Stwierdzenie o fałszywej omnipotencji reguł ostrożności odczytane na drugi ze wskazanych sposobów prowadzi do wniosku, że nie mamy tu do czynienia z krytyką pozorną, lecz jedynie niekonsekwentną. Jej niekonsekwencja wynika z tego, że w innym miejscu artykułu twierdzi się akurat coś z gruntu przeciwnego. Świadczy o tym następująca wypowiedź: „Konstatując wątek niezachowania ostrożności na tle przestępstwa nieumyślnego, można wyrazić pogląd, że ich funkcja jest niezbędna, jednakże tylko jako podstawa do wnioskowania o możliwości popełnienia czynu zabronionego”¹⁷. Przede wszystkim stwierdzono tutaj, że funkcja reguł ostrożności jest niezbędna, co wskazuje chyba na ich omnipotencję (rozumianą oczywiście niedosłownie).

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Tamże, s. 64.

¹⁶ Tamże, s. 66.

¹⁷ Tamże, s. 68.

Po drugie, skoro funkcja reguł ostrożności ma być niezbędną podstawą wnioskowania o możliwości popełnienia czynu zabronionego, to niezachowanie ostrożności musi być nieodzownym przedmiotem ustaleń organu procesowego w sprawie o popełnienie przestępstwa nieumyślnego, gdyż bez przeprowadzenia stosownych ustaleń w tym przedmiocie zawsze będziemy mieli do czynienia z wnioskowaniem bezpodstawnym, prowadzącym siłą rzeczy do zupełnie dowolnych wniosków. Słowem: konieczną przesłanką przyjęcia wniosku o możliwości popełnienia czynu zabronionego jest stwierdzenie naruszenia przez sprawcę reguł ostrożności. Wskazuje to na zasadność i niezbędność posługiwania się kategorią naruszenia zasad ostrożnego postępowania z dobrem prawnym.

Konieczność wartościowania czynu w aspekcie jego nieostrożności czy też w perspektywie nietolerowanego ryzyka dla dobra prawnego dostrzegana jest od dawna w niemieckiej i polskiej nauce prawa karnego¹⁸. W omawianym artykule usiłuje się jednak zdezwuować przydatność ustaleń „niemieckich doktrynerów” w zakresie nauki o regułach ostrożności, warunkujących przypisanie sprawstwa przestępstwa nieumyślnego¹⁹. Nie zagłębiając się w meritum sprawy, można jedynie odnotować w tym miejscu fakt zupełnie oczywisty, że mianowicie prawda nie ma narodowości – co wyjątkowo celnie oddaje także sentencja przenikliwego myśliciela Mikołaja Dávila: „Prawdy przysiadają, lecz nie wiją gniazd”²⁰. Nie ma bowiem żadnego znaczenia, kto, kiedy, gdzie i z jakiego powodu postawił hipotezę naukową. Bez względu na to, gdzie zdarzyło się „przysiąść” danej hipotezie, koniec końców istotna jest wyłącznie jej zgodność z prawdą.

Szerszego komentarza wymaga następująca argumentacja: „Dowodzenie przypisania sprawstwa przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka nie rodziło takich trudności interpretacyjnych w poprzednim stanie prawnym, gdzie naruszenie reguł ostrożności, zarówno tych normatywnie określonych, jak też wyprowadzanych z reguł współżycia społecznego, było podstawą wnioskowania i oceny organu procesowego o tym, czy sprawca czynu przewidywał lub mógł przewidzieć spowodowanie zabronionego skutku, gdyż tylko to było determinantą przestępstwa nieumyślnego. O nieu-

¹⁸ Przykładowo można wskazać prace J. Bohnerta, K. Engischa, K. H. Gössela, C. Roxina, O. Trifftenera, H. Welzla, cytowane w publikacji J. Giezka, *Teorie związku przyczynowego...*, *op. cit.*, s. 458 i n. Wybrane piśmiennictwo polskie poświęcone omawianej problematyce zostało podane w przypisie 5.

¹⁹ Zob. S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 64: „Przenoszenie zaś do systemu prawnego instytucji prawnokarnych wyrwanych z innych systemów, to często tylko i wyłącznie przysłowiowe «sypanie piasku» w trybie społecznej maszynierii, co właśnie uczyniono z regułami ostrożności. Przed takim postępowaniem tuż po wprowadzeniu k.k. z 1932 r. przestrzegał główny jego twórca prof. J. Makarewicz, pisząc, że «W prawie polskim nie ma miejsca na ekstrawagancje niemieckich doktrynerów»”.

²⁰ M. G. Dávila, *Nowe scholia do tekstu implicate*, t. I, przeł. K. Urbanek, Warszawa 2008, s. 94.

myślności popełnionego przestępstwa decyduje *semper et ubique* «przewidywał możliwość popełnienia danego czynu albo mógł przewidzieć», zaś niezachowanie wymaganej ostrożności może być zarówno umyślne, jak i nieumyślne²¹.

Wydaje się, że doszło tutaj do pomieszania dwóch (a nawet trzech) pojęć: „przestępstwo nieumyślne”, „czyn zabroniony popełniony nieumyślnie” i „nieumyślność”. Na wstępie mówi się bowiem o przypisaniu sprawstwa przestępstwa nieumyślnego, czyli – zgodnie z terminologią art. 18 § 1 k.k. oraz art. 16 d.k.k. z 1969 r. – o przesłankach związanych z oceną, czy dana osoba „wykonała” czyn zabroniony (zrealizowała jego znamiona). W kolejnym zdaniu niespodziewanie jest jednak mowa wyłącznie o nieumyślności. Ma o niej decydować, *semper et ubique* «przewidywał możliwość popełnienia danego czynu albo mógł przewidzieć». Czymś innym jest charakterystyka czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie, który składa się ze znamion przedmiotowych oraz podmiotowych, a czymś innym jest charakterystyka samej nieumyślności, która jest znamieniem strony podmiotowej²². Artykuł 9 § 2 k.k. wysławia zarówno przedmiotowe, jak również związane ze stroną podmiotową przesłanki popełnienia czynu zabronionego. Przewidywanie możliwości jest faktem zachodzącym w psychice sprawcy, a więc jest znamieniem strony podmiotowej czynu zabronionego. Nieostrożność z kolei jest znamieniem przedmiotowym, opisującym zewnątrz zachowanie się człowieka. Jeszcze czymś innym jest charakterystyka „przestępstwa nieumyślnego” – odpowiedzialność za przestępstwo wymaga przypisania sprawcy czynu zabronionego indywidualnej winy. Dyskusja o przesłance niezachowania ostrożności jest dyskusją o *sensu stricto* znamieniu przedmiotowym czynu zabronionego, a nie o nieumyślności jego zachowania. Do dyskusji o znamionach strony przedmiotowej czynu zabronionego niczego zatem nie wnosi stwierdzenie, dotyczące strony podmiotowej: „O nieumyślności popełnionego przestępstwa decyduje *semper et ubique* «przewidywał możliwość popełnienia danego czynu albo mógł przewidzieć», zaś niezachowanie wymaganej ostrożności może być zarówno umyślne, jak i nieumyślne”²³.

Autor sięga pamięcią do regulacji poprzedniego kodeksu karnego z 1969 r., którego art. 7 § 2 k.k. (odpowiednik obowiązującego art. 9 § 2 k.k.) brzmiał następująco: „Przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bez-

²¹ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 65.

²² Zob.: J. Giezek, Kilka uwag o ujęciu nieumyślności w nowym kodeksie karnym, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 1998*, t. II, s. 18–20; T. Kaczmarek, VIII Bielańskie Kolokwium Karnistyczne „Nieumyślność”, Warszawa, 18 maja 2011 r. – zapis dyskusji, (w:) J. Majewski (red.), *Nieumyślność*. Pokłosie VIII bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2012, s. 87–88; J. Majewski, *Nieumyślność a brak umyślności*, (w:) *Nieumyślność...*, *op. cit.*, s. 40.

²³ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 65.

podstawnie przypuszcza, że tego uniknie, jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć". Należy zauważyć, że przepis ten określał warunki zachodzenia „przestępstwa nieumyślnego”, a nie jedynie – jak stanowi art. 9 § 2 k.k. – „czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie”, co pozwala podtrzymać wcześniejsze uwagi dotyczące potrzeby odróżnienia od siebie tych dwóch pojęć. Artykuł 7 § 2 k.k. charakteryzował stronę podmiotową czynu zabronionego („przewiduje możliwość”, „przypuszcza, że tego uniknie”, „możliwości takiej nie przewiduje”), a równocześnie zawierał przesłanki związane z problematyką winy („bezpodstawnie”, „powinien i może przewidzieć”), co odpowiadało wyróżnianym w nauce prawa karnego synkretycznym kategoriom lekkomyślności i niedbalstwa. Na regulacje ustawy karnej z 1969 r. wywierały wpływ określone ustalenia dogmatyczne²⁴, które z biegiem lat zostały zastąpione przez inne, bardziej adekwatne koncepcje²⁵. Przewidywalności nie da się sprowadzić do nie-

²⁴ Warto przypomnieć w tym miejscu stanowisko referentów projektu kodeksu karnego z 1966 r., którzy uznawali, że sformułowania „zawiniony umyślnie” i „zawiniony nieumyślnie” są „powszechnie postulowane przez doktrynę”, a wprowadzenie do kodeksu zwrotu „powinien i może” (przypuszczać) jest spełnieniem „jednomyślnych postulatów teorii” – zob. I. Andrejew, J. Bafia, K. Mioduski, Wprowadzenie do projektu części ogólnej kodeksu karnego, (w:) Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1966, s. 34.

²⁵ Zob. A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31), Gdańsk 1999, s. 118: „Zamierzenie twórców unormowania zawartego w art. 9 § 2 k.k. było ambitne. Chodziło o nowoczesne, odpowiadające współczesnym wymogom dogmatyki prawa karnego ujęcie podstaw odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieumyślne. Unormowanie przestępstwa nieumyślnego w art. 7 § 2 k.k. z 1969 r. «grzeszyło» tym, że zawierało określenie zarówno elementów strony podmiotowej czynu zabronionego (art. 7 § 2 zd. 1 – przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę), jak i określenie elementów winy nieumyślnej (art. 7 § 2 zd. 1 – bezpodstawność przypuszczenia uniknięcia popełnienia czynu zabronionego, art. 7 § 2 zd. 2 – powinność i możliwość przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego). W art. 14 § 2 k.k. z 1932 r. do tego mankamentu dochodziły jeszcze inne usterki: ograniczenie zakresu tego przepisu jedynie do przestępstw skutkowych oraz użycie spójnika «lub» zamiast «i» przy określeniu niedbalstwa”. Na temat ustaleń dogmatycznych, które wywarły wpływ na regulacje kodeksu karnego z 1997 r. zob. także P. Karas, M. Rodzyńkiewicz, Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur (część pierwsza – zasady odpowiedzialności karnej, formy popełnienia przestępstwa), *Wojakowski Przegląd Prawniczy* 1995, nr 2, s. 47–48: „Warto zaznaczyć, że projekt (kodeksu karnego, opublikowany jako wkładka do zeszytu 2 Państwa i Prawa z 1994 r. – dop. Autora) zarzuca, funkcjonujące na gruncie k.k. z 1969 r., rozróżnienie dwóch form nieumyślności, tzn. lekkomyślności i niedbalstwa. Obie bowiem formy nieumyślności zawierają mieszaną strukturę prowadzącą do zacierania różnic pomiędzy winą a stroną podmiotową czynu zabronionego. Ponadto, dla przyjęcia nieumyślności jako znamienia strony podmiotowej czynu nie ma znaczenia, czy sprawca działał lekkomyślnie, czy niedbale. Wypada podnieść, że wyrażona w opiniach opozycja wobec wprowadzenia nowego określenia nieumyślności wiąże się z niedostatecznym rozpropagowaniem wśród prawników-praktyków osiągnięć współczesnej dogmatyki prawa karnego, a w konsekwencji z nieświadomością wymagań stawianych współczesnemu prawu karnemu. (...) Projekt wpisuje zatem jedynie do aktu prawnego twierdzenie, które już znacznie wcześniej uznawane było zarówno przez judykaturę, jak i doktrynę prawa karnego”. Zob. również: W. Wróbel, Wina i zawinienie a strona podmio-

ostrożności, nieostrożności nie da się sprowadzić do przewidywalności, a przestępstwa nieumyślnego nie da się sprowadzić do samej tylko przewidywalności bądź nieostrożności, co wynika jednoznacznie nawet już z pobieżnego i czysto deskryptywnego oglądu art. 9 § 2 k.k.²⁶. Postrzeganie zawartości normatywnej aktualnego art. 9 § 2 k.k. w kategoriach lekkomyślności i niedbalstwa, bądź sprowadzanie przestępstwa nieumyślnego do jednej tylko determinanty w postaci przewidywania lub możliwości przewidzenia popełnienia czynu zabronionego, to obracanie się w dogmatycznym świecie, który przeminął. Wprowadzanie do dyskursu karnistycznego przestarzałych pojęć i kategorii jest postępowaniem wysoce szkodliwym dla praktyki stosowania prawa. Nieporozumieniem jest zatem następujące stwierdzenie S. Łagodzińskiego: „Widać tu wyraźnie, że ustawodawca, konstruując normę art. 9 § 2 k.k., zapomniał o przestrodze zawartej w łacińskiej *paremii quidquid agis, prudenter agas et respice finem*, a również, że «dwa grzyby w barszczu» (i naruszenie reguł ostrożności i przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego) jedynie zepsuły smak tej potrawy”²⁷. Komentarzem do tej uwagi może być stwierdzenie, że współcześnie mamy już nieco lepsze wyczucie smaku i mówimy o zupełnie innej potrawie.

W artykule wspomina się o specyficznej praktyce, która sprowadzała się do wnioskowania o stronie podmiotowej czynu (o nieumyślności) z faktu nie-

towa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej, (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 662 i n.; A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, (w:) *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 407 i n.

²⁶ Dla przykładu: przewidywalność lub nawet przewidywanie możliwości śmiertelnego potrącenia przechodnia nie daje podstaw do pociągnięcia kierowcy do odpowiedzialności karnej za wypadek drogowy, jeśli co prawda potrącił on idącego poboczem pieszego, ale prowadząc pojazd, zachował wszelkie zasady ostrożności w ruchu lądowym, w szczególności poruszał się z prędkością dozwoloną na danym odcinku drogi. Zob. także W. Mąciór, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968, s. 36: „Otóż, gdyby obowiązek ostrożności rozciągał się rzeczywiście tylko na przewidywanie ujemnych następstw czynu, wówczas każde uświadomienie sobie w procesie motywacyjnym możliwości takich następstw równałoby się ostrożności, natomiast nieuświadomienie oznaczałoby nieostrożność, bez względu na to, jak kształtowałaby się zewnętrzna realizacja woli działającego. Że takiego stanowiska za żadną cenę nie dałoby się utrzymać, to chyba dowodów nie wymaga. Wystarczy tylko zwrócić uwagę na rzucający się zresztą w oczy fakt, że w wypadku lekkomyślności sprawca przewiduje przecież możliwość nastąpienia ujemnego skutku, ale samo to przewidywanie niczego jeszcze nie przesądza. Obowiązek ostrożności nie może więc polegać na powinności samej tylko koncentracji w procesie motywacyjnym, lecz polegać musi na powinności prawidłowej realizacji decyzji woli w świecie zewnętrznym. Wszak dopiero nieprawidłowe urzeczywistnienie aktu woli narusza lub naraża na niebezpieczeństwo prawnie chronione wartości”.

²⁷ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 66.

zachowania przez sprawcę ostrożności. Przypomnijmy: „Dowodzenie przypisania sprawstwa przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka nie rodziło takich trudności interpretacyjnych w poprzednim stanie prawnym, gdzie naruszenie reguł ostrożności, zarówno tych normatywnie określonych, jak też wyprowadzanych z reguł współżycia społecznego, było podstawą wnioskowania i oceny organu procesowego o tym, czy sprawca czynu przewidywał lub mógł przewidzieć spowodowanie zabronionego skutku, gdyż tylko to było determinantą przestępstwa nieumyślnego”²⁸. Wątek ten nie został rozwinięty ani wyjaśniony, w szczególności nie dowiedzieliśmy się, na jakiej konkretnie zasadzie naruszenie reguł ostrożności było podstawą oceny, czy sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć spowodowanie skutku. Milczenie w tej sprawie jest wysoce symptomatyczne, ponieważ wnioskowanie o stronie podmiotowej czynu z faktu podjęcia określonego zachowania jest w rzeczywistości obarczone nieuniknionym błędem w rozumowaniu. Fakt podjęcia jakiegoś zachowania nie dowodzi, że jego autor przewidywał następstwa czynu. Próba obrony tezy przeciwnej może prowadzić do ustaleń kontryfaktycznych. Stwierdzenie, czy sprawca przewidywał spowodowanie skutku przestępnego jest zupełnie niezależne od tego, czy doszło do naruszenia reguł ostrożności, zarówno tych normatywnie określonych, jak też wyprowadzanych z reguł współżycia społecznego. Może być bowiem tak, że ktoś zachował się nieostrożnie, na przykład wjechał „pod prąd” w drogę jednokierunkową, ale nie przewidywał możliwości nastąpienia skutku, ponieważ nie zauważył znaku zakazu wjazdu na tę drogę i sądził, że porusza się zgodnie z dozwolonym kierunkiem jazdy. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w wypadku „możliwości przewidywania” popełnienia czynu zabronionego. Jeśli przesłanka ta będzie rozumiana obiektywnie, to podstawą wnioskowania o generalnej przewidywalności skutku powinien być wzorzec normatywny (przeciętny obywatel, dobry fachowiec, osoba wyposażona w szczególne informacje o okolicznościach zdarzenia), a nie fakt naruszenia reguł ostrożności. Jeśli „możliwość przewidzenia” będzie rozumiana subiektywnie, to indywidualne możliwości intelektualne konkretnego sprawcy powinny być ustalane w oparciu o kondycję jego psychiki, a nie na podstawie stwierdzonej nieostrożności jego zachowania.

Naruszenie reguł ostrożności nie jest więc adekwatną podstawą do wnioskowania, czy dana osoba przewidywała lub mogła przewidzieć nastąpienie skutku. W rezultacie całkowicie błędna była praktyka polegająca na tym, że naruszenie reguł ostrożności było podstawą wnioskowania i oceny organu procesowego o tym, czy sprawca czynu przewidywał lub mógł przewidzieć spowodowanie zabronionego skutku. Do tej złej praktyki, rzecz jasna, nie należy wracać.

²⁸ Tamże, s. 65.

O praktycznych aspektach stosowania omawianej regulacji czytamy również w następującym fragmencie: „Zawarta w art. 9 § 2 k.k. definicja przestępstwa nieumyślnego, powołująca jako jego obligatoryjny składnik niezachowanie reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, nie usprawniła ścigania przestępstw nieumyślnych. Wnoszone przez prokuratora akty oskarżenia oraz postanowienia o umorzeniu zawierają informację o naruszeniu względnie zachowaniu reguł ostrożności jedynie w tych sytuacjach, gdy takie reguły zostały sformułowane normatywnie (np. w dziedzinie bezpieczeństwa pracy, prowadzenia robót budowlanych, obsługi pojazdów, maszyn i urządzeń, wyrębu drzewa, polowania itp.). Przy braku ich normatywnego sformułowania problematykę reguł ostrożności praktyka pomija milczeniem. Niekiedy tylko dla zachowania poprawności jurydycznej opisu czynu z treścią art. 9 § 2 k.k. jest on uzupełniany «normatywnym ozdobnikiem» braku ostrożności, jednakże bez wypełnienia go konkretną treścią w danym stanie faktycznym. Od praktyki tej nie odbiega również postępowanie sądowe»²⁹.

Przede wszystkim należy zauważyć, że definicja czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie nie służy temu, żeby „usprawnić ściganie przestępstw nieumyślnych”, lecz służy temu, by określić przesłanki odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego. Przepis prawa karnego materialnego, z jakim mamy tu do czynienia, nie służy usprawnianiu czegokolwiek, lecz jest źródłem istotnych elementów składających się na normę sankcjonującą, adresowaną między innymi do oskarżyciela publicznego – normę, która zobowiązuje organy stosujące prawo do ustalania wskazanych w tym przepisie znamion czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie. Nie do pogodzenia z dyspozycją normy sankcjonującej wynikającej z art. 9 § 2 k.k. jest pomijanie milczeniem kwestii naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym w wypadku osoby ściganej za popełnienie przestępstwa nieumyślnego. Na konieczność badania tej kwestii wielokrotnie i konsekwentnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy³⁰. Opisywana w artykule praktyka

²⁹ Tamże, s. 77.

³⁰ Zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2000 r., sygn. IV KKN 509/98, OSNKW 2001, nr 5–6, poz. 45: „Otóż, zgodnie z wymaganiami współczesnej doktryny prawa karnego, istotne jest niezachowanie przez sprawcę ostrożności. Spowodowanie przez sprawcę skutku jako element strony przedmiotowej czynu zabronionego musi być następstwem naruszenia zasad ostrożności. Nie każde jednak naruszenie reguł ostrożności pozwala na przypisanie sprawcy tego naruszenia popełnienia przezeń czynu zabronionego, a zwłaszcza spowodowanie określonego w ustawie skutku. W takich wypadkach pomocne są kryteria koncepcji obiektywnego przypisania, która stanowi ważną kategorię, służącą do ustalenia i uzasadnienia (a jednocześnie racjonalnego ograniczenia) zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy. Samo ustalenie związku przyczynowego między zachowaniem sprawcy a skutkiem przestępnym nie jest wystarczającym warunkiem obiektywnego przypisania tego skutku danemu sprawcy”; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 193/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 89; LEX nr 1212351: „Prawnokarną odpowiedzialność za skutek uzasadnia jedynie takie przyczynienie się, które w sposób istotny zwiększa

nie jest więc zgodna z aktualnymi tendencjami orzeczniczymi. Bez stwierdzenia, że zachowanie kandydata na sprawcę naruszyło wypracowane w społeczeństwie zasady obchodzenia się z dobrami prawnymi, czyli było zachowaniem bezprawnym, i wypełnienia tej klauzuli konkretną treścią w danym stanie faktycznym, nie ma podstaw do przypisania danej osobie sprawstwa czynu zabronionego. Decyzje procesowe podejmowane w interesujących nas wypadkach bez odniesienia się do wspomnianych przesłanek stanowią obrazę prawa materialnego.

Oceny ustawowej przesłanki niezachowania ostrożności nie zmienia w żadnym zakresie przykład zaczerpnięty z materiałów procesowych, omawiany na trzech stronach tekstu, mający jakoby dowodzić istnienia „problemów interpretacyjnych i manowców”, do jakich może prowadzić posługiwanie się przez praktykę ścigania karnego zasadą niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach³¹. Prokuratura zajmowała się sprawą śmierci kobiety, do której doszło w stosunkowo nietypowych okolicznościach, a mianowicie w trakcie stosunku seksualnego. Zgodnie z zeznaniami jej partnera, po osiągnięciu przez kobietę orgazmu mężczyzna poczuł nagle zwiotczenie jej ciała, po którym partnerka przestała dawać oznaki życia. Kobieta leczyła się na nadciśnienie tętnicze, miała przy sobie leki stosowane w leczeniu choroby nadciśnieniowej, a jako przyczynę zgonu wskazano ostrą niewydolność krążeniowo-oddechową (udar krwotoczny mózgu)³².

Autor artykułu sugestywnie i na wiele różnych sposobów stara się przekonać czytelnika, że nie da się sformułować zasad ostrożnego doprowadzania innej osoby do szczytowania. Wszystkie barwne argumenty obracające się wokół tego aspektu sprawy są niestety całkowicie bezprzedmiotowe, gdyż nie dotyczą przesłanek przypisania odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. Objaśnienie tej kwestii może ułatwić podstawowe dla niektórych

ryzyko wystąpienia tego skutku (...). Powyższa teza jest szczególnie istotna w przypadku przestępstw nieumyślnych, bowiem wówczas brak jest co do zasady szczególnej, podmiotowej komponenty negatywnej moralnej oceny czynu w postaci nagannego zamiaru lub nagannego celu działania sprawcy. Z tego też powodu, dla przyjęcia karygodnego charakteru przyczynienia się do powstania skutku, zwłaszcza przy tej kategorii przestępstw, konieczne jest ustalenie, że sprawca – niezależnie od innych warunków obiektywnego przypisania skutku – zachowaniem swoim w sposób znaczący zwiększył ryzyko wystąpienia skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego, co najczęściej będzie można wnioskować z faktu istotnego naruszenia reguł ostrożnego postępowania z dobrem prawnym w danych warunkach”; a także przykładowo: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. V KK 133/13, LEX nr 1415515; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. III KK 33/13, LEX nr 1403944; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., sygn. V KK 342/12, LEX nr 1388235; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2009 r., sygn. II KK 306/09, LEX nr 843160; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2000 r., sygn. III KKN 231/98, LEX nr 40428.

³¹ S. Łagodziński, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 66.

³² Tamże.

metod filozoficznej analizy świata odróżnienie – z jednej strony – niezmiennej istoty rzeczy, z drugiej zaś strony zmieniających się *in concreto* przypadłości. Przypisanie odpowiedzialności za spowodowanie śmierci człowieka wymaga stwierdzenia, że zachowanie kandydata na sprawcę było niebezpieczne dla życia człowieka i naruszyło reguły ostrożności, dotyczące tego dobra prawnego. Śmierć człowieka może zostać spowodowana – co oczywiste – w bardzo różnych i niezliczonych okolicznościach. W omawianej sprawie istotą rzeczy jest nieostrożność dotycząca życia ludzkiego; przypadłością jest natomiast stosunek seksualny, w trakcie którego dochodzi do zgonu jednego z partnerów. Reguły ostrożności określają, jakiego typu zachowań nie należy podejmować z uwagi na to, że są one niebezpieczne dla określonego dobra prawnego. Przypadłości charakteryzujące konkretny przypadek procesowy mają znaczenie dla ustalenia dokładnej treści reguł postępowania z istotnym w danej sprawie dobrem prawnym (np. życiem i zdrowiem człowieka). W niektórych okolicznościach zachowania seksualne mogą być, wbrew sugestiom autora, nieostrożne oraz niebezpieczne dla życia i zdrowia człowieka, czego najlepszym, empirycznym potwierdzeniem są okoliczności omawianej sprawy.

Nietrafność przedstawionej krytyki ujawnia się również z nieco innej perspektywy w następującym fragmencie artykułu: „Co się zaś tyczy zachowania ostrożności wymaganej w tej dziedzinie aktywności ludzkiej, podkreślano, że akt seksualny, jako czynność zmierzająca w swym finalnym zachowaniu do stworzenia nowego życia, z natury rzeczy nie rodzi zagrożenia dla życia jego twórców. Gdyby z czynności tej wynikało zagrożenie dla życia człowieka, to *homo*, zanim stał się *homo sapiens*, zmieniłby w swym rozwoju historycznym sposób przedłużenia ciągłości gatunku ludzkiego na bardziej bezpieczny, korzystając z istniejących w przyrodzie wzorców rozmnażania i nie wyłączając przy tym biblijnego żebra Adama”³³. Odnajdujemy tutaj nie do końca rzetelne dywagacje o spotykanych w przyrodzie, „bezpieczniejszych” wzorcach przedłużania ciągłości trwania gatunku. Niebezpieczeństwo wiążące się ze stosunkiem seksualnym, wbrew temu, co sugeruje zacytowana wypowiedź, nie jest świadectwem ewolucyjnej klęski danej grupy organizmów i wcale nie musi prowadzić do zmiany sposobu przedłużania ciągłości trwania gatunku. Powszechnie znany jest przykład modliszki, która po zakończeniu stosunku seksualnego odgryza partnerowi głowę. Przykłady można mnożyć: niektóre gatunki królika umierają z wycieńczenia związaneego z nieustanną kopulacją, na którą są „zaprogramowane” od momentu osiągnięcia dojrzałości płciowej, a męskie osobniki niektórych owadów społecznych przychodzą na świat i egzystują wyłącznie po to, by zapłodnić samice. Jednorazowy stosunek kończy się ich śmiercią. Pozostawiając na

³³ Tamże, s. 67–68.

marginiesie biologiczne aspekty bezpiecznych i niebezpiecznych zachowań seksualnych, a powracając do odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieumyślne należy przede wszystkim zauważyć, że wywód S. Łagodzińskiego okazuje się bezprzedmiotowy, gdyż obraca się wokół ostrożności wymaganej „w tej dziedzinie aktywności ludzkiej” – w dziedzinie życia seksualnego *homo sapiens* – podczas gdy w art. 9 § 2 k.k. chodzi o niezachowanie ostrożności wymaganej „w danych okolicznościach”: o naruszenie zasad ostrożności przez konkretne osobniki należące do gatunku *homo sapiens*, działające w konkretnych uwarunkowaniach faktycznych. Przedstawiona krytyka abstrahuje więc po raz kolejny od treści przepisu, którego chciałaby dotyczyć.

Potwierdzeniem bezprzedmiotowości argumentów podniesionych na kanwie omawianej sprawy jest następujące zdanie, wieńczące cały wywód: „Zrezygnowałem z poszukiwania dalszych reguł ostrożności wymaganych w tej dziedzinie aktywności ludzkiej oraz próby stworzenia *compendium et regulae copulationis humanae ad cautellam*”³⁴. Tutaj również wskazuje się na reguły wymagane w „dziedzinie aktywności ludzkiej”, zapominając, że każda dziedzina aktywności ludzkiej, nawet ta, która jest generalnie oazą bezpieczeństwa, może stać się „w danych okolicznościach” groźna dla dobra prawnego, np. dla życia człowieka, co wywoła pytanie o prawnokarną doniosłość tej aktywności na przykład w perspektywie skutków, jakie z niej wyniknęły.

Do okoliczności, jakie należałoby wziąć po uwagę na kanwie omawianego wypadku, należy podjęcie współżycia seksualnego z chorą na nadciśnienie partnerką oraz fakt wyrażenia przez kobietę zgody na stosunek seksualny, a także to, że – jakby na to nie patrzeć – kobieta współpracowała ze sprawcą, nie miała zamiaru popełnić w ten sposób spektakularnego samobójstwa, a jej partner nie zamierzał pozbawić jej życia za pomocą stosunku seksualnego. Wszystkie te „przypadłości” występujące „w danych okolicznościach” mają znaczenie dla oceny, czy doszło do karalnego i karygodnego zagrożenia dla dobra prawnego w postaci życia człowieka. Przypadek śmierci podczas stosunku seksualnego jest ciekawą ilustracją zastosowania kryteriów przypisania skutku i sposobu ich dowodzenia w oparciu o realia konkretnej sprawy, które – nie ma chyba co do tego żadnych wątpliwości – wykluczają odpowiedzialność karną partnera za przestępstwo z art. 155 k.k. W analizowanym opracowaniu przypadek ten został jednak potraktowany czysto instrumentalnie, w sposób obliczony na udowodnienie z góry przyjętej tezy, że mianowicie kryterium nieostrożności jest wadliwe i nie da się go zastosować w praktyce. Wadliwość omówionej krytyki sprawia jednak, że w żadnej mierze nie jest ona w stanie dotknąć rozwiązania przyjętego

³⁴ Tamże, s. 68.

w art. 9 § 2 k.k. Z uwagi na pominięcie wątków teoretycznoprawnych, których uwzględnienie pozwala na prawidłowe zrekonstruowanie normatywnej struktury typu czynu zabronionego pod groźbą kary, omawiana krytyka zamieszczonej w art. 9 § 2 k.k. przesłanki „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach” jest zawieszona w teoretycznej i dogmatycznoprawnej próżni.

Tytułem podsumowania głównych spostrzeżeń poczynionych w przeprowadzonych rozważaniach należy stwierdzić, że odpowiedzialność karna za przestępstwo nieumyślne zależy od spełnienia kilku obligatoryjnych przesłanek:

- 1) dana osoba zrealizowała wszystkie przedmiotowe znamiona czynu zabronionego, w szczególności: nie zachowała reguł ostrożnego postępowania z dobrem prawnym, wiążących w danych okolicznościach (art. 9 § 2 *in media parte* k.k.); wyczerpanie znamion było przewidywalne (art. 9 § 2 *in fine* k.k.); skutek stanowiący znamię przestępstwa był wynikiem naruszonej normy sankcjonowanej, a nie splotu niezależnych od sprawcy okoliczności;
- 2) sprawca nie miał zamiaru wyczerpać znamion czynu zabronionego (art. 9 § 2 *in principio* k.k.);
- 3) konkretnemu sprawcy można przypisać winę za zrealizowanie wszystkich znamion czynu zabronionego pod groźbą kary (art. 1 § 3 k.k.).

Podziękowania

Składam serdeczne podziękowania Kamilowi Mamakowi z Uniwersytetu Jagiellońskiego za uważną lekturę tekstu i kilka uwag, które ułatwiły mi opracowanie ostatecznej wersji artykułu.

Carelessness as an element of unintentional crimes

Abstract

This contribution explores „a failure to exercise due care required under the existing circumstances” as one of conditions for liability for any unintentional crime. Performed using the critical method, the analysis draws on reflections presented in the paper by S. Łagodziński, Criminally negligent homicide (Penal Code, Article 155): theoretical considerations and prosecution practices, Prokuratura i Prawo 2014 (7/8). Carelessness is found to be a necessary element of any unintentional crime, which element corresponds with relevant theoretical findings and is required by the Supreme Court decisions.

Marek Derlatka

Prawo karne wobec kryzysu tradycyjnych wartości

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są rozważania w zakresie pojmowania norm prawa karnego jako prawa wartości i jako prawa karnego interesu. Autor koncentruje uwagę na ochronnej funkcji prawa karnego, opierając rozważania na wypowiedziach przedstawicieli doktryny polskiego prawa karnego.

Wśród wielu koncepcji prawa karnego wyróżnia się między innymi prawo karne wartości¹, której przeciwstawia się koncepcję prawa karnego interesu. Prawo karne wartości jest prawem związanym ze światem wartości, odzwierciedla system wartości dominujący w społeczeństwie. Najważniejszą wartością w takiej koncepcji prawa karnego jest człowiek o przyrodzonej godności i wynikających z niej prawach². Takie spojrzenie na prawo karne odpowiada zasadzie humanizmu, która nakazuje ze zrozumieniem, troską i empatią odnosić się do drugiego człowieka, widzieć jego osobowość w całej jego złożoności i wielości czynników ją kształtujących, całościowo ujmować dobre i złe zachowania w przeszłości, zachowanie obecne i prognozowane³. Polski kodeks karny z 1997 r. w art. 3 przyjmuje skromniejszą wersję zasady humanizmu w postaci zasady humanitaryzmu, ponieważ zasada humanizmu powinna cechować wszystkie kontakty międzyludzkie i jako zasada kodeksowa pozbawiona jest jakiegokolwiek znaczenia kierunkowego⁴. Wymaganie, by prawo karne odpowiadało zasadzie humanizmu, a więc by w centrum jego uwagi stał człowiek, jednostka ludzka jako najwyższa wartość, a wszelkie uregulowania i instytucje prawnokarne uwzględniały nadrzędny charakter tej wartości – jest nierealistyczne⁵. Takie stanowisko wyrażał L. Gardocki jeszcze w czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. i podtrzymał je w 2013 r. Inaczej postrzegają ten problem P. Kardas, T. Sro-

¹ P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Prawo karne wartości. Wybrane problemy, (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II, LEX Omega.

² Tamże.

³ A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 51.

⁴ A. Zolli, (w:) A. Zolli (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I: Komentarz do art. 1–116, Warszawa 2007, s. 73.

⁵ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2013, s. 12–13.

ka i W. Wróbel, którzy traktują zasadę humanizmu jako jeden z najważniejszych elementów prawa karnego rozumianego jako prawo karne człowieka i podstawową zasadę prawa karnego wartości, gdzie człowiek jest centralną postacią prawa karnego i to on kreowany jest na główny punkt odniesienia wszystkich instytucji prawnych⁶.

Rację ma W. Zalewski, iż w pojęciu „humanizm” silny jest historyczny, oświeceniowy manifest postawy ideologicznej, przeniesienia akcentu z Boga na człowieka jako centrum wszelkich wartościowań i działań, humanizm zawiera w sobie potencjalny pierwiastek sporu światopoglądowego⁷. Taki charakter ma również spór, który toczą zwolennicy teorii prawa pozytywnego oraz prawa naturalnego. Pochodzenie tego drugiego prawa przypisuje się nie tyle woli człowieka, co woli Boga, a tego nie akceptują osoby areligijne. Szczególnie dla nich humanizm może wydawać się atrakcyjnym, a właściwie jedynym punktem odniesienia, uzasadnieniem i sensem obowiązywania wszystkich norm prawnych, w tym norm prawa karnego. Skupienie się tylko na człowieku może jednak obrócić się przeciwko człowiekowi, skoro on sam wyznacza wartości zasługujące na ochronę, kierując się często egoizmem i obojętnością wobec słabszych – na przykład stosując aborcję i eutanazję.

Człowiek musi zawsze być podmiotem wszelkich instytucji prawnych, również instytucji prawa karnego. Chodzi tutaj zarówno o klasycznie określany podmiot, jak i przedmiot czynu zabronionego, czyli sprawcę i ofiarę przestępstwa (bardziej właściwe wydaje się określenie podmiot bierny). Respektowanie przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka jest podstawowym obowiązkiem organów państwa, za którymi kryją się przecież inni ludzie. Wprawdzie bardzo trudno jest pogodzić się z najcięższymi zbrodniami popełnianymi przez człowieka, ale egzekwowanie odpowiedzialności karnej nie może odbywać się bez zachowania odpowiednich standardów ochrony godności ludzkiej. Nie oznacza to, że w imię poszanowania godności sprawcy nie należy reagować na dokonane czyny zabronione, lecz zobowiązuje to do wyboru humanitarnych kar, środków karnych, środków zabezpieczających i innych środków reakcji prawnokarnej. W pewnym sensie ogranicza to wachlarz tych środków, dotyczy to w szczególności kary śmierci i kar cielesnych, zakazuje także przekraczania stopnia winy oraz nakazuje uwzględniać stopień społecznej szkodliwości czynu w procesie wymiaru kary.

Koncepcja prawa karnego wartości, czyli prawa karnego człowieka, jest bardzo ambitnym, trudnym, a może nawet niemożliwym do zaakceptowania przez większość społeczeństwa konstruktem doktryny prawa karnego. Skoro 61% Polaków dopuszcza stosowanie kary śmierci za najcięższe przestęp-

⁶ P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, *Prawo karne...*, *op. cit.*

⁷ W. Zalewski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, t. I, Warszawa 2011, s. 260.

stwa⁸, trudno oczekiwać szerokiego poparcia społecznego dla konieczności respektowania godności tak ofiary, jak i sprawcy czynu zabronionego. Sama idea prawa karnego wartości jest narażona na kwestionowanie zasad wyboru tychże wartości, które ma chronić prawo karne, szczególnie w dobie poważnego kryzysu tradycyjnych wartości. Prawo karne, jeżeli ma być skuteczne w zapobieganiu i zwalczaniu przestępstw, nigdy nie powinno zrywać aksjologicznych związków z moralnością. Zabronienie przez prawo karne czynu, który jest również potępiany przez moralność, wpływa na skuteczność prawa karnego⁹. Związek norm prawnych i norm moralnych nie podlega dyskusji, te pierwsze właściwie wyodrębniły się z pierwotnych norm moralnych, regulujących stosunki międzyludzkie przed spisaniem ich w pierwszych aktach prawnych. Wtórny charakter norm prawnych w stosunku do norm moralnych przemawia za modelowaniem prawa w kierunku moralności, a nie odwrotnie. Szczególnie ważne jest to w odniesieniu do kontrowersyjnych problemów związanych z ochroną życia. Otóż, według P. Kardasa, T. Sroki i W. Wróbla: „jest oczywiste, że legalizacja zamachów na życie w postaci np. aborcji, eutanazji, pomocy do samobójstwa czy kary śmierci, pozwalająca na unicestwienie człowieka, w oczywisty sposób godzi w nienaruszalną godność człowieka”¹⁰. Brak kompetencji ustawodawcy w limitowaniu ochrony życia podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 maja 1997 r.¹¹.

Legalizacja wyżej wskazanych zamachów na życie nie tylko pozbawia pełnej ochrony godności każdej ludzkiej istoty, ale – czego się nie zawsze dostrzega – obniża standardy prawne i etyczne obowiązujące w życiu poszczególnych społeczeństw. Skoro prawo przestaje chronić życie najsłabszych, dlaczego dorośli, zdrowy, poczytalny człowiek nie może dowolnie rozporządzać swoim życiem, aż po unicestwienie życia? Tutaj można powołać przykłady problematyki samobójstw, narkomanii, alkoholizmu, innych uzależnień i dewiacji. Pozbawienie oparcia w normach prawnych bezwzględnej i nieograniczonej ochrony życia sprzyja kwestionowaniu potrzeby troski o każde ludzkie życie, co przejawia się coraz bardziej drastycznymi przypadkami sadyzmu, przemocy w rodzinie i innych zachowań patologicznych. Pogłębiający się dysonans pomiędzy prawem a tradycyjną (staroświecką) moralnością powoduje odhumanizowanie relacji międzyludzkich, dominację postaw skrajnie hedonistycznych, konsumpcyjnych, materialistycznych, uleganie instynktom, ucieczkę przed odpowiedzialnością i obowiązkami rodzinnymi i społecznymi. Tak wypada tłumaczyć zapaść demo-

⁸ http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2011/K_060_11.PDF.

⁹ P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, *Prawo karne...*, *op. cit.*

¹⁰ Tamże.

¹¹ Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, OTK-ZU 1997, nr 2, poz. 19.

graficzną, w której znalazła się Polska, wzrastającą liczbę rozwodów oraz poważną liczbę chorób psychicznych.

Czy rzeczywiście wynika to ze zmian dotyczących zakresu prawnokarnej ochrony życia? Na razie możemy jedynie stwierdzić współwystępowanie tych zjawisk, co nie oznacza istnienia zależności przyczynowo-skutkowej. Jednak istnienie związku przyczynowego pomiędzy odejściem przez prawo karne od bezwzględnej ochrony życia w każdej jego fazie i postaci a wspomnianymi wyżej przejawami patologii i dysfunkcji społecznych wydaje się wysoce prawdopodobne. W naukach społecznych nie zawsze można powiązać określone przyczyny i skutki, co nie oznacza, że dane zjawiska nie pozostają w takiej zależności. Wielość czynników składających się na konkretne zjawisko nie pozwala lekceważyć niektórych z nich, jeżeli brak jest jednoznacznych dowodów empirycznych na istnienie adekwatnego związku przyczynowego. Takie rygorystyczne podejście do problemu nigdy nie pozwoliłoby ustalić na przykład motywacji sprawcy czynu zabronionego, tylko dlatego, że w większości przypadków mamy do czynienia z polimotywowalnością ludzkich zachowań.

Organy państwowe i społeczne powinny mieć na celu dobro człowieka i działać w sposób ludzki i życzliwy, uznając nienaruszalne prawo człowieka do życia, szanując jego osobowość i jego ludzką godność oraz unikając zwiększenia dolegliwości i ograniczeń ponad miarę niezbędną dla realizacji celów prawa¹². Zasada humanizmu konkretyzuje się w zasadzie indywidualizacji odpowiedzialności karnej opartej na pozostawieniu sądowi odpowiedniej swobody w doborze środków karnych stosownie do wagi czynu i osoby sprawcy¹³. Jeżeli mówimy o zasadzie humanizmu, a nie idei humanizmu w prawie karnym, treść normatywna tak rozumianej zasady humanizmu i humanitaryzmu pozostaje jednakowa¹⁴. Artykuł 3 k.k. stanowi jednak *expressis verbis* o konieczności uwzględniania zasad humanitaryzmu, dlatego dla określenia znaczenia tego przepisu dopuszczalne jest użycie terminu „zasada humanitaryzmu”¹⁵.

Różnie określa się znaczenie zasady humanitaryzmu: według A. Marka to jedna z podstawowych idei przewodnich współczesnego prawa karnego¹⁶, według T. Bojarskiego ma ona współcześnie raczej charakter symboliczny,

¹² M. Cieślak, Zasada humanizmu jako naczelną dyrektywą w sferze prawa karnego, Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego 1985, nr 13, s. 90.

¹³ A. Spotowski, Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego, Państwo i Prawo 1988, nr 9, s. 118.

¹⁴ W. Zalewski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 276–277.

¹⁵ B. Janiszewski, Humanitaryzm jako zasada sądowego wymiaru kary, (w:) B. Janiszewski (red.), Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi, Poznań 2004, s. 97.

¹⁶ A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2007, s. 241.

gdyż nie ma już kar, które można uznawać za niehumanitarne¹⁷. Trafnie określa jej rolę J. Warylewski: zasada humanitaryzmu w pewnym sensie pozwala, obok zasady sprawiedliwości, na przerzucenie pomostu między *lex a ius*¹⁸. Konieczności czynienia zadość zasadzie humanitaryzmu, która jest częścią obowiązującego prawa, nie można utożsamiać z postawą ogólnej tolerancji dla łagodnego karania wszystkich sprawców przestępstw czy też łączyć ze sprzyjaniem obniżeniu poziomu represji karnej w każdym zakresie¹⁹. Rezygnując z karania, czynimy z człowieka istotę nieodpowiedzialną za swoje czyny i w ten sposób negujemy jego godność, w tym znaczeniu kara ma swój głęboki humanistyczny sens²⁰. Ponownie dotykamy problemu godności człowieka, którą może naruszać nie tylko niehumanitarne karanie, ale również brak kary jako naturalnej konsekwencji czynu zabronionego. Realizacja funkcji prawa karnego opiera się na reagowaniu na popełniane czyny zabronione, a niezbędną formą reakcji w większości przypadków jest wymierzenie kary. Zbyt surowa kara narusza godność sprawcy, ale zbyt łagodna kara lub jej brak narusza nie tylko godność sprawcy, ale przede wszystkim godność pokrzywdzonego, w tym osób najbliższych ofiary przestępstwa, które oczekują od państwa sprawiedliwości. Oczywiście nie chodzi tutaj o zwykłą zemstę, lecz o przywrócenie naruszonego porządku społecznego, mimo że często jest to niemożliwe w pełnym zakresie – w przypadku zabójstwa, ciężkiego uszkodzenia ciała czy zgwałcenia.

Prawo karne wartości ma zatem bardzo trudne zadanie. Stawiając w centrum godność człowieka, musi w jednakowym stopniu respektować godność sprawcy oraz ofiary. Wbrew pozorom te dwie wartości nie muszą się wykluczać, jeżeli tylko nie ulegniemy pokusie ślepej zemsty lub nieuzasadnionej retoryce humanistów, kwestionujących nawet rację bytu kary dożywotniego pozbawienia wolności. Traktowanie tej kary jako niehumanitarnej stanowi brak szacunku dla społeczeństwa, które ma prawo oczekiwać od państwa zapewnienia bezpieczeństwa i skutecznej eliminacji najgroźniejszych przestępców, gdy nie ma już kary śmierci. Kara dożywotniego pozbawienia wolności wiąże się z ogromną dolegliwością dla skazanego, jednak jest ona orzekana bardzo rzadko i jedynie wobec nie rokujących nadziei poprawy zabójców. Rezygnacja z tej kary czyniłaby bezsilnym państwo, które ma obowiązek chronić nie tylko osoby naruszające normy prawne, ale przede wszystkim zwykłych obywateli, niedysponujących środkami przymusu, przysługującymi wyłącznie państwu.

¹⁷ T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 477; tenże, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 30.

¹⁸ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 96.

¹⁹ M. Trafny, *Zasada humanitaryzmu w kodeksie karnym*, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 3, s. 42.

²⁰ W. Wróbel, A. Zolli, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 415.

Prawo karne wartości w przeciwieństwie do prawa karnego interesu nie pozwala traktować człowieka jako narzędzia do realizacji nawet najdonioślejszych zadań, polegających chociażby na prewencji ogólnej kosztem poszanowania godności sprawcy czynu zabronionego. Nigdy nie można traktować człowieka instrumentalnie, gdyż popełnienie nawet najcięższej zbrodni nie pozbawia go godności. Sąd może pozbawić praw publicznych, ale nie odbierze przyrodzonej godności osoby ludzkiej. Realizacja wszystkich funkcji prawa karnego napotyka na poważne trudności w sytuacji anomii norm regulujących życie w społeczeństwie. Poważny kryzys wartości, a raczej niechęć do poszanowania tradycyjnych wartości, gdyż same wartości pozostają niezmiennie i nie dotyka ich kryzys, nie sprzyja prowadzeniu skutecznej polityki karnej. Szczególnie wyraźny jest konflikt tradycyjnych wartości z tymi eksponowanymi w środkach masowego przekazu, zwłaszcza w internecie, przemyśle rozrywkowym, filmie, grach komputerowych. Problemy te nie zwalniają jednak podmiotów stanowiących i stosujących normy prawne z obowiązku posługiwania się zasadami humanizmu i humanitaryzmu charakteryzującymi prawo karne wartości.

Criminal law in confrontation with a crisis of traditional values

Abstract

This paper discusses norms of criminal law seen as law of values as well as law of penal interest. The focus is on the protective role of criminal law, with views of scholars and commentators of Polish criminal law presented as the basis for the discussion.

Maria Ligęza-Turlakiewicz, Grzegorz Turlakiewicz

Granice kreatywnego zachowania menadżerów w kontekście art. 296 § 1a kodeksu karnego

Streszczenie

Artykuł poświęcono regulacji przestępstwa określonego w art. 296 § 1a k.k. Autorzy dokonują charakterystyki przestępstwa przez pogłębioną analizę wszystkich warunków przypisania odpowiedzialności za omawiany występki. Poszukując wytycznych prawidłowego odczytania normy sankcjonowanej determinującej odpowiedzialność menadżera za czyn spenali-zowany w art. 296 § 1a k.k. i pytając o granice kreatywnego zachowania menadżerów, Autorzy sięgają do bogatego dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego na potrzeby stosowania art. 296 § 1 k.k. oraz nieobowiązującego już art. 585 k.s.h. Zadaniem publikacji, w zamyśle Autorów, jest określenie istoty występkę z art. 296 § 1a k.k., dostarczenie wskazówek jego stosowania i udzielenie odpowiedzi na pytanie o sens jego dalszego istnienia w systemie prawa karnego.

Wstęp

Konkurencja przybierająca postać bezwzględnej rywalizacji (hiperkonkurencji) w połączeniu z coraz to intensywniejszą globalizacją, cyfryzacją i rosnącymi oczekiwaniami klientów wymusza na menadżerach poszukiwanie nowych ścieżek prowadzących do osiągnięcia sukcesu zarządzanych przez nich podmiotów. W konsekwencji najbardziej pożądanymi i premiowanymi cechami menadżerów są kreatywność i innowacyjność działania. Z kolei kompetencje menadżerskie w obszarze kreatywności i innowacyjności najlepiej oddaje postawa proinnowacyjna menadżera wyrażająca się w jego rzeczywistym zainteresowaniu wdrażaniem nowatorskich pomysłów wzmocnionym poprzez gotowość do wzięcia odpowiedzialności za inicjowany projekt.

Co oczywiste, nałożenie na menadżera absolutnej odpowiedzialności za rezultat jego zachowania może prowadzić do całkowitego zahamowania jego aktywności. Stąd też wyznaczanie przesłanek umożliwiających zastosowanie sankcji musi odbywać się z uwzględnieniem mechanizmów i strategii wyróżnianych w przedsiębiorczości. Postulat ten jest kierowany przede wszystkim w stronę ustawodawcy kreującego przepisy prawa karnego przewidujące najdotkliwsze sankcje prawne. Reżim odpowiedzialności karnej – relewantny z perspektywy statusu menadżera – zawierają przede wszystkim przepisy

rozdziału XXXVI Kodeksu karnego¹ zatytułowanego „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Z punktu widzenia nakreślonej na wstępie problematyki pierwszorzędne znaczenie ma przepis art. 296 § 1 k.k. statuujący przestępstwo, którego istota sprowadza się do wyrządzenia podmiotowi gospodarczemu przez osobę prowadzącą jego interesy określonej szkody majątkowej. Przy tym warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej za wypełnienie znamion tego przestępstwa jest wykazanie, że sprawca doprowadził do uszczerbku w majątku mandanta w wyniku naruszenia przyznanych mu uprawnień lub niedopełnienia nałożonych na niego obowiązków.

W literaturze przedmiotu czyn zabroniony stypizowany w art. 296 § 1 k.k. określany jest jako „przestępstwo nadużycia zaufania”². Jednak, zdaniem R. Zawłockiego, jest to nietrafne sformułowanie³. W opinii wspomnianego autora *clou* tego przestępstwa nie opiera się na nadużyciu przez sprawcę przyznanych mu uprawnień lub niedopełnieniu ciążących na nim obowiązków. Jego istotę stanowi wyrządzenie znacznej szkody majątkowej w związku z nadużyciem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków. Dlatego też R. Zawłocki proponuje zastąpienie dotychczasowej nomenklatury adekwatniejszą nazwą „karalna niegospodarność” lub „niegospodarność menadżera”⁴. W tym kontekście warto zaznaczyć, iż bez względu na wybór jednego z wyżej przedstawionych określeń, prawidłowe zdekodowanie normy sankcjonowanej zawartej w art. 296 § 1 k.k. prowadzi do sformułowania nakazu powinnego zachowania się (rozumianego szeroko jako działania lub zaniechania) sprowadzającego się do dbania o interesy majątkowe tych podmiotów gospodarczych, które zdecydowały się powierzyć menadżerowi prowadzenie swoich spraw, w tym w szczególności do niewyrządzania tymże podmiotom znacznych szkód majątkowych. Stąd też, wyznaczając krąg dozwolonych kreatywnych zachowań menadżera, należy mieć na uwadze, że tę nieprzekraczalną granicę stanowi zachowanie, które prowadzi do wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w interesach mandanta. Innymi słowy, imperatywem (*scil.* zdaniem rozkazującym) zachowania modelowego menadżera powinno stać się niewyrządzanie znacznej szkody w majątku podmiotu obdarzającego menadżera szczególnym zaufaniem korporacyjnym. Aksjologicznym uzasadnieniem pociągnięcia menadżera wyrządzającego szkodę mandatowi jest fakt naruszenia przez niego ważnych dóbr, takich jak: profesjonalizm, uczciwość, rzetelność, staranność, nierozzerwalnie związanych z działalnością gospodarczą. Wartości te

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm).

² Por. O. Górniok, Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000, s. 16.

³ Por. R. Zawłocki, Komentarz do art. 296 k.k., (w:) A. Wąsek (red.), O. Górniok, W. Koziół, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, A. Sakowicz, J. Skorupka, Kodeks karny, Część szczególna. Komentarz do art. 222–316, t. II, Warszawa 2010, s. 1307.

⁴ *Ibidem*.

stanowią pryncypia, którymi musi się kierować menadżer przy podejmowaniu każdej decyzji. Wtedy i tylko wtedy przedsięwzięte przez niego działanie lub kontynuowane zaniechanie pozostaną w kręgu dozwolonych zachowań nierealizujących znamion występkę opisanego w art. 296 § 1 k.k.

Mając na uwadze powyższe, godzi się zauważyć, że zgoła inaczej należy odczytywać skierowany do menadżerów nakaz powinnego zachowania się zakodowany w art. 296 § 1a k.k. Chociaż przepis ten został wprowadzony do polskiego systemu prawa karnego w lipcu 2011 r., to jego stosowanie wciąż przysparza wiele trudności. Problemy wynikają dodatkowo z faktu, że spenalizowanie tego typu czynu zabronionego nastąpiło w wyniku równoczesnego uchylecia art. 585 Kodeksu spółek handlowych i dodania nowej jednostki redakcyjnej do art. 296 k.k.⁵. Wątpliwości więc rodzą się w kwestii wzajemnego stosunku przestępstw, które teraz mieszczą się w tym samym artykule. Rozstrzygnięcia wymaga także określenie losu całego, zgromadzonego przez wiele lat dorobku judykatury i doktryny, dotyczącego art. 585 k.s.h. Jednak najważniejsze pytanie, wyłaniające się po dokonaniu tej nowelizacji, dotyczy istoty nowego przestępstwa. Czy prace legislacyjne doprowadziły do rzeczywistego usunięcia mankamentów poprzedniej regulacji? Czy cel, jaki przyświecał działaniom ustawodawcy, nie został wypaczony lub nie zagubił się na którymś z etapów nadawania mu jurydycznego kształtu? Jak należy prawidłowo odczytać normę sankcjonowaną determinującą odpowiedzialność karną menadżera za czyn spenalizowany w art. 296 § 1a k.k.? Gdzie znajdują się granice kreatywnego zachowania współczesnych menadżerów?

Te pytania stały się inspiracją dla Autorów, dostarczając im koniecznego impulsu do zaprezentowania ich stanowiska w debacie prawniczej dotyczącej powyższej problematyki. Niniejszy artykuł stanowi więc próbę udzielenia odpowiedzi na zadane wyżej pytania. Autorzy przed sformułowaniem konkluzji dokonają analizy przestępstwa określonego w art. 296 § 1a k.k., prezentując aktualne zasady ustalania odpowiedzialności za działanie na szkodę podmiotów, które powierzyły innym osobom prowadzenie swoich spraw gospodarczych.

⁵ Artykuł 585 k.s.h. przestał obowiązywać w dniu 13 lipca 2011 r. na podstawie ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Z woli ustawodawcy w tym samym akcie prawnym derogowane zostały typy czynów zabronionych spenalizowanych w następujących ustawach: 1) art. 130 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej; 2) art. 224 i art. 224a ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej; 3) art. 267a ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze; 4) art. 107 ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej. To zbiorowe uchylene wyżej wskazanych przepisów podyktowane było ich niemal identyczną konstrukcją karną. Różnica sprowadzała się do odmiennej regulacji wynikającej ze specyfiki podmiotów, którym udzielona została ochrona prawna.

Charakterystyka przestępstwa określonego w art. 296 § 1a k.k.

Przedmiot ochrony

Prawidłowa wykładnia normy prawnokarnej uzależniona jest w pierwszej kolejności od wskazania dobra prawnego, podlegającego ochronie na podstawie stosownego przepisu. To właśnie odwołanie się do przedmiotu ochrony pozwala poprawnie odczytać sens danej regulacji, gdy inne metody zawodzą.

W odniesieniu do występuku z art. 296 § 1a k.k. wskazanie rodzajowego dobra prawnego, któremu ustawodawca zdecydował się udzielić ochrony zasadniczo nie stwarza trudności. Podobnie jak art. 296 § 1 k.k. przepis ten chroni obrót gospodarczy, którego istotą jest przede wszystkim: profesjonalizm uczestników obrotu gospodarczego, ich rzetelność, sumienność, uczciwość; przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji; równość uczestników obrotu gospodarczego i dobrowolność przyjmowanych przez nich na siebie zobowiązań handlowych; uwzględnianie słusznego interesu konsumentów. Więcej wątpliwości rodzi określenie indywidualnego przedmiotu ochrony. Zgodnie z wykładnią systemową uzasadnione byłoby wskazanie, iż tak jak art. 296 § 1 k.k., dodany art. 296 § 1a k.k. ma na celu ochronę majątkowych interesów mandantów. Takie stwierdzenie *prima facie* wydaje się trafne. Niemniej warto poddać szczegółowej analizie treść art. 296 § 1a k.k. Taki zabieg pozwoli udzielić odpowiedzi na następujące pytanie: „Przed czym wspomniany przepis ma chronić interesy mandantów?”. Rozstrzygnięcie tej wątpliwości ukaże w nowym świetle indywidualny przedmiot ochrony, jaki ustawodawca przy pomocy wspomnianej nowelizacji wprowadził do Kodeksu karnego.

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie, należy stwierdzić, że rekonstrukcja normy prawnokarnej z art. 296 § 1a k.k. skłania do konstatacji, iż normodawca pod groźbą kary pozbawienia wolności do lat 3, sankcjonuje spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody. Tym samym w przypadku osób fizycznych, osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej powierzających prowadzenie swoich spraw majątkowych innym osobom bezprawne zachowanie nie oznacza wyrządzenia tymże podmiotom znacznej szkody majątkowej. Intencją ustawodawcy jest tutaj ukaranie samego faktu wywołania stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody majątkowej. Wystąpienie szkody jest zaś irrelewantne z punktu widzenia pociągnięcia menadżera do odpowiedzialności karnej za czyn spenalizowany w art. 296 § 1a k.k.

Stąd też w piśmiennictwie zaprezentowany został pogląd⁶, zgodnie z którym „brak szkody pozwala uznać, że omawiany przepis karny chroni przed bez-

⁶ Por. R. Zawłocki, Nowe przestępstwo niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a Kodeksu karnego, M. Praw. 2011, nr 18, s. 966.

szkodowym bezprawnym działaniem menadżera”. R. Zawłocki zdecydował się nazwać ten nowy typ czynu zabronionego „przestępstwem niegospodarności bezszkodowej”⁷. Sformułowanie to zdaje się najlepiej oddawać podstawowe znamię omawianego występkę, będąc równocześnie najistotniejszym kryterium wyróżniającym go na tle innych przestępstw gospodarczych.

Taka konstrukcja przestępstwa określonego w art. 296 § 1a k.k. pozwala zauważyć, iż ustawodawca posłużył się w tym przepisie metodą ustalenia odpowiedzialności karnej w oparciu o konstrukcję karalności zachowania na przedpolu naruszenia dobra prawnego. W konsekwencji normodawca podkreślił, jak ważnym dobrem prawnym są dla niego interesy majątkowe wszystkich podmiotów prawa cywilnego. Zdecydował się je bowiem chronić nawet przed niebezpieczeństwem wyrządzenia znacznego uszczerbku ze strony osób, które zostały obdarzone „specjalnym zaufaniem korporacyjnym”. Daje tym samym wyraźny sygnał tym osobom, iż ich działanie lub zaniechanie, które obiektywnie będzie groziło powstaniem szkody, może spotkać się z represją karną. Tym samym każda decyzja menadżera powinna zostać dogłębnie rozważona. Jeśli zaś jej podjęcie zrealizuje znamiona typu czynu zabronionego, menadżer powinien się od takiej decyzji powstrzymać.

W związku z powyższym trudno wyzbyć się wrażenia, iż wprowadzony przepis powiela rozwiązanie znane systemowi prawa karnego z uchylonego art. 585 k.s.h. Tutaj także mamy do czynienia z prawnie relewantnym „działaniem na szkodę”. Wprawdzie w wyniku zmian doprecyzowana została strona przedmiotowa bezprawnego zachowania, sprowadzającego się do narażenia podmiotów gospodarczych na szkodę, to jednakże model ochrony pozostał ten sam.

Cel stosunkowo nowej regulacji sprowadza się niewątpliwie do wyeliminowania niebezpiecznych zjawisk gospodarczych. Zgodnie z brzmieniem art. 296 § 1a k.k., ustawodawca z groźną dla całego obrotu gospodarczego patologią utożsamia stan sprowadzenia bezpośredniego ryzyka powstania znacznej szkody majątkowej w interesach podmiotów gospodarczych korzystających z usług menadżerów. Dlatego też zdecydował się poprzez surową sankcję karną dać wyraźny sygnał, iż zagrożenie przedmiotowi ochrony ustanowionemu w tym przepisie nie pozostanie bezkarne.

Konstatując, należy potwierdzić, że indywidualnym przedmiotem ochrony przepisu art. 296 §1a k.k. jest interes majątkowy podmiotów w nim wymienionych. O ile ustalenie treści normatywnej interesu majątkowego osób fizycznych jest zadaniem nieskomplikowanym, o tyle w przypadku pozostałych podmiotów ustalenie, czy dane zachowanie jest sprzeczne z ich interesem majątkowym, przysparza znacznych trudności. Szczególnie problematyczna jest kwestia oceny zgodności zachowania z interesem w przypadku

⁷ *Ibidem*.

grup kapitałowych. Nie rozwijając szerzej tego wątku, należy stwierdzić, że w takim przypadku ustalenie zgodności zachowania z interesem spółki nie może być relatywizowane wyłącznie do danej spółki, a powinno uwzględniać cały kontekst ekonomiczny grupy kapitałowej⁸.

Sprawca czynu

Podmiot sprawczy przestępstwa niegospodarności bezszkodowej został wskazany poprzez odwołanie do art. 296 § 1 k.k. Dzięki temu legislacyjnemu zabiegowi udało się zadośćuczynić zgłaszanym w literaturze oczekiwaniom i poszerzyć katalog osób zakwalifikowanych do kręgu intraneusów tego czynu zabronionego. Z uwagi na ramy niniejszego artykułu Autorzy zmuszeni są do pominięcia szczegółowej charakterystyki sprawcy czynu spenalizowanego w art. 296 § 1a k.k. i w tym zakresie odsyłają do bogatego dorobku doktryny i judykatury poświęconego sprawcy przestępstwa z art. 296 § 1 k.k. Dla porządku wyводу warto jedynie wskazać, że kryteria wypracowane w piśmiennictwie i orzecnictwie dotyczące sprawcy przestępstwa niegospodarności szkodowej znajdują zastosowanie do sprawcy karalnego zachowania z art. 296 § 1a k.k. nie odpowiednio, ale wprost.

Konstrukcja znamion przestępstwa z art. 296 § 1a k.k.

Rozważania strony przedmiotowej omawianego przestępstwa należy rozpocząć od określenia jego jurydycznej natury. Opis czynności sprawczej bez wątpienia przesądza o jego materialnym charakterze. Taka konstrukcja stanowi odpowiedź na zgłaszane przez lata postulaty doktryny formułowane w czasie obowiązywania art. 585 k.s.h. Argumenty te zostały podzielone przez projektodawców zmian. Ci ostatni dostrzegali potrzebę wyraźnego wskazania, iż tylko doprowadzenie do skutku może aktualizować odpowiedzialność karną menadżera. Dopuszczenie zaś możliwości karania za samo podjęcie ryzykownej decyzji w skrajnych przypadkach mogłoby doprowadzić do zahamowania wszelkich inicjatyw biznesowych. Ustawodawca, mając na względzie z jednej strony powyższe uwagi, z drugiej zaś obowiązek udzielenia ochrony dobru prawnemu, zdecydował się więc karalny skutek z art. 296 § 1a k.k. identyfikować ze spowodowaniem bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej.

Opis czynności sprawczej w dodanym do Kodeksu karnego przepisie nie jest tak syntetyczny, jak w przypadku jego poprzednika z Kodeksu spółek handlowych. Artykuł 296 § 1a k.k. posiada bardziej rozbudowaną charakterystykę zachowania karalnego. Analiza jego treści pozwala zauważyć, iż konstrukcję znamion strony przedmiotowej tworzą trzy elementy. Dopiero ich ku-

⁸ Por. szerzej P. Kardas, *Interes Spółki jako przedmiot prywatno- i karnoprawnej ochrony*, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, WKP 2012.

mulatywne wystąpienie może stać się podstawą do przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej, zaś elementem pozwalającym na ich scalenie na płaszczyźnie prawnokarnej jest właściwy związek przyczynowo-skutkowy.

Po pierwsze, konieczne jest więc udowodnienie, iż do sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody materialnej w majątku mandanta doszło w wyniku zachowania menadżera. *Ergo*, jeśli brak jest podstaw do uznania, iż czyn został faktycznie popełniony, nie można wydać wyroku skazującego. Warto zwrócić uwagę, iż ustawodawca nie zawęził zakresu kryminalizacji poprzez sankcjonowanie tylko działania. Dlatego też nie może budzić wątpliwości, iż znamiona bezszkodowej niegospodarności można popełnić także w wyniku zaniechania. Nadmienić bowiem należy, że funkcjonariusze wszystkich podmiotów w rozumieniu prawa cywilnego oraz osoby prawidłowo umocowane do zajmowania się ich sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą są gwarantami nienastąpienia skutku w postaci wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w interesach tychże podmiotów. Wykładnia omawianego przepisu skłania zaś do pogłębienia zakresu tej gwarancji. Z uwagi na racje teleologiczne omawianego przestępstwa konieczne wydaje się doprecyzowanie, iż na wyżej wskazanych osobach ciąży także obowiązek podejmowania wszelkich działań, które zapobiegają wywołaniu w majątku mandanta bezpośredniego ryzyka spowodowania znacznej szkody.

Po drugie, takie działanie lub zaniechanie musi zostać zakwalifikowane jako przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków sprawcy. Z uwagi na to, iż ten element czynności sprawczej został identycznie ujęty, jak w przypadku „niegospodarności menadżera” z art. 296 § 1 k.k., również w tym zakresie należy odwołać się do okazałego dorobku doktryny i judykatury opracowanego na kanwie art. 296 § 1 k.k.

Ustawodawca, z uwagi na dolegliwość przewidzianej we wspomnianym art. 296 § 1 k.k. sankcji karnej, wyraźnie wskazał źródła umocowania, z których dla funkcjonariuszy podmiotów gospodarczych oraz innych osób, które zajmują się ich sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą, mogą wynikać zakazy lub nakazy powinnoego zachowania się. Dlatego też poruszanie się w tak zakreślonych granicach nie doprowadzi do ziszczenia się przesłanek z art. 296 § 1 k.k. (a w konsekwencji także i przesłanek z art. 296 § 1a k.k.). Te swoiste ramy – zgodnie z hipotezą analizowanego przepisu – tworzą odpowiednio ustawa, decyzja właściwego organu lub umowa. Należy zauważyć, iż wyżej wskazany katalog źródeł umocowania do prowadzenia spraw mandanta jest zamknięty i żadne inne podstawy – np. zwyczaj – nie mogą decydować o odpowiedzialności karnej. W doktrynie słusznie podnosi się przy tym, iż te obowiązki i uprawnienia muszą być ponadto albo ściśle określone,

albo wynikać ze ściśle określonych norm (przepisów, decyzji, regulaminów, umów itd.)⁹.

Często jednak te przepisy mają charakter swoistych blankietów, które muszą zostać wypełnione odpowiednią treścią. Na ten element szczególnie zwraca uwagę P. Kardas. Autor ten wymaga, aby sankcje karne stosować tylko w przypadku uprzedniego ustalenia, iż w konkretnych okolicznościach faktycznych doszło do nadużycia lub niedopełnienia ściśle określonych obowiązków, które muszą zostać ustalone w sposób niebudzący wątpliwości przez organ prowadzący postępowanie¹⁰. Z tego punktu widzenia czasem nieuniknione wydaje się odwołanie do standardu „dobrego menadżera”. Wzorzec ten bowiem utożsamia zasady prawidłowego gospodarowania. Konstruowanie tego modelu musi uwzględniać specyfikę działalności podmiotów gospodarczych, których istnienie jest nastawione przede wszystkim na osiąganie zysków. To z kolei łączy się z koniecznością przedsięwzięcia przez ich menadżerów zachowań często ryzykownych, ale pożądanых dla interesów majątkowych tych podmiotów. Truizmem wydaje się w tym kontekście stwierdzenie, iż przyjmowanie jako punktu odniesienia standardu „dobrego menadżera” musi być dostosowane do realiów każdej konkretnej jednostki. Nie istnieje więc uniwersalny wzorzec, można jednak wypracować zespół jego cech reprezentujących pewien poziom ogólności. Stosowanie takiego wzorca powinno być jednak ostrożne. Nie można bowiem zapominać, iż rekonstrukcja obowiązków sprawcy przy pomocy takiego standardu powinna mieć jedynie subsydiarny charakter i może być stosowana wyłącznie przy upoważnieniach ogólnych¹¹.

Dla przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa z art. 296 k.k. konieczne jest oparcie swej negatywnej oceny nie na subiektywnym odczuciu, lecz na obiektywnych i formalnych podstawach ustalonych poprzez odwołanie się do instytucji nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków. Dlatego też menadżera nie można ukarać za to, iż podjął decyzję nieoptymalną z punktu widzenia finansowej polityki danej jednostki. Na próżno bowiem szukać wśród znamion strony przedmiotowej typu czynu zabronionego spenalizowanego w art. 296 § 1 k.k. niegospodarności w ścisłym tego słowa znaczeniu, tj. nieumiejętności dobrego zarządzania podmiotem, nieoszczędnego i mechanicznego gospodarowania. Ryzyko poniesienia strat na skutek tak rozumianej niegospodarności ponosi bowiem ten podmiot gospodarczy, który decyduje się powierzyć prowadzenie swoich spraw (jest do

⁹ R. Zawłocki, Komentarz..., (w:) A. Wąsek (red.) i in., Kodeks..., *op. cit.*, s. 1311.

¹⁰ P. Kardas, Sporne problemy wykładni przestępstwa nadużycia zaufania, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2006, nr 2, s. 112–113; podano za: R. Czerniawski, Odpowiedzialność karna akcjonariuszy i członków rad nadzorczych spółek akcyjnych, Warszawa 2009, s. 184.

¹¹ R. Zawłocki, Komentarz..., (w:) A. Wąsek (red.) i in., Kodeks..., *op. cit.*, s. 1312.

tego zmuszony na mocy decyzji odpowiedniego organu) innej osobie. Sam zaś niegospodarny menadżer musi liczyć się z odpowiedzialnością zawodową lub/i odpowiedzialnością cywilną. Jednakowoż prawno-karna sytuacja takiego niegospodarnego menadżera ulegnie diametralnej zmianie, kiedy postawiony zostanie mu zarzut sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia swojemu mandantowi znacznej szkody majątkowej poprzez naruszenie ustalonych dla niego reguł zachowania. Taka sytuacja może nastąpić, gdy menadżer podejmie jedno z dwóch alternatywnych zachowań, tj. przez nadużycie udzielonych uprawnień albo niedopełnienie obowiązków.

O. Górniok nakazuje w tym miejscu zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż ustawodawca celowo posłużył się tutaj sformułowaniem „nadużywa uprawnień”, zamiast „przekracza uprawnienia”, co sugeruje, że zakresem kryminalizacji objęte są także takie zachowania sprawcy, które nie stanowią przekroczenia uprawnień, ale nie są zgodne z celem gospodarczego porozumienia wiążącego menadżera z jego mandantem¹². Z tym poglądem w pełni koresponduje treść orzeczenia Sądu Najwyższego, zgodnie z którym „przekracza swoje uprawnienia nie tylko ten, kto działa bez stosownego umocowania lub ze znacznym jego przekroczeniem, ale również ten, kto formalnie działając w ramach nadanych mu kompetencji, działa faktycznie sprzecznie z racjonalnie rozumianymi zadaniami, do których został powołany lub bez dostatecznego usprawiedliwienia, wyrządzając przez to szkodę swojemu mandantowi”¹³.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż pomiędzy czynem sprawcy, a naruszeniami przez niego uprawnieniami musi występować związek. Tym samym na podstawie przepisu art. 296 § 1a k.k. przykładowo nie ponosi odpowiedzialności członek zarządu, który dopuszcza się przywłaszczenia mienia spółki akcyjnej. Jego bezprawnego zachowania nie można bowiem połączyć z przysługującymi mu uprawnieniami. Nie pozostanie on jednak bezkarny. Poniesie on odpowiedzialność karną za powszechne przestępstwo kradzieży określone w art. 278 k.k. lub art. 294 k.k. (w przypadku przywłaszczenia mienia o znacznej wartości).

W przypadku niedopełnienia przez sprawcę obowiązku, organy ścigania muszą wykazać, iż dana osoba albo w ogóle nie wykonała ciążącego na niej wyraźnie sprecyzowanego obowiązku, albo też wykonała go częściowo lub w sposób nienależyty lub niestaranny. W kontekście tego, co zostało dotychczas powiedziane, jako trafną należy uznać charakterystykę czynności sprawczej sporządzoną przez J. Skorupkę. Autor ten wpisana w art. 296 § 1 k.k. instytucję nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków zdefiniował jako zachowanie wadliwe z punktu widzenia wyboru celów, środków, lub sposobów

¹² Por. R. Czerniawski, *Odpowiedzialność karna...*, *op. cit.*, s. 184.

¹³ Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2004 r., sygn. IV KK 25/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 668.

gospodarowania w realizowaniu danego rodzaju działalności gospodarczej, niezależnie od tego, czy wynika to z pełnionej funkcji lub zajmowanego stanowiska w zarządzanym podmiocie, czy też tylko z zajmowania się daną działalnością gospodarczą tego podmiotu¹⁴.

W celu zachowania klarowności wyводу konieczne wydaje się w tym miejscu podkreślenie, iż rozstrzyganie o odpowiedzialności karnej menadżera musi każdorazowo zostać poprzedzone precyzyjnym określeniem zakresu jego uprawnień i obowiązków. Dopiero bowiem taka identyfikacja pozwoli prawidłowo wytyczyć sferę jego kompetencji. Bez takiego zabiegu nie można wyznaczyć granic, których przekroczenie będzie tożsame ze zrealizowaniem znamion strony przedmiotowej omawianego przestępstwa. To z kolei rodzi obowiązek określenia dopuszczalnego katalogu źródeł uprawnień i obowiązków, mogących kształtować status danej osoby zobowiązanej do zajmowania się sprawami innego podmiotu. Omawiając tę problematykę, R. Zawłocki stawia pytanie: „Czy obok uprawnień i obowiązków o charakterze formalnym możliwe są również takowe o charakterze nieformalnym?”¹⁵. Autor, powołując się na zasadę *ultima ratio* prawa karnego, słusznie formułuje pogląd o niedopuszczalności opierania odpowiedzialności karnej na nieoficjalnych powinnościach.

Zrealizowane przez podmiot zdalny do poniesienia odpowiedzialności karnej za typ czynu określony w art. 296 § 1a k.k. znamiona czynności sprawczej muszą zostać w dalszej kolejności zakwalifikowane jako istotna z punktu widzenia prawa karnego przesłanka zaistnienia rezultatu w postaci spowodowania niebezpieczeństwa szkody. Ten enigmatyczny warunek statuuje trzeci element konstrukcji strony przedmiotowej. Wprowadza do charakterystyki czynu opis skutku. Skutek na gruncie tego przepisu został ujęty jako szczególnego rodzaju stan. Tak bowiem najrozsądniej można ująć wpisane w treść przepisu „bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej”. Mimo dość kontrowersyjnego brzmienia tego sformułowania należy przyjąć, iż ustawodawca zdecydował się spenalizować doprowadzenie do sytuacji, w której obiektywnie istnieje potencjalna możliwość powstania określonej szkody. Innymi słowy, sankcjonowanym skutkiem zachowania sprawcy jest spowodowanie przez niego bezpośredniego niebezpieczeństwa wystąpienia znacznej szkody majątkowej w dobrach mandanta. Ta okoliczność ostatecznie przesądza, iż na gruncie art. 296 § 1a k.k. mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym z konkretnego narażenia dobra prawnego (interesów majątkowych wszystkich pomiotów różnionych na gruncie prawa cywilnego) na niebezpieczeństwo.

¹⁴ Zob. szerzej J. Skorpka, Przestępstwo nadużycia zaufania. Wybrane zagadnienia, Prok. i Pr. 2004, nr 1, s. 127.

¹⁵ R. Zawłocki, Komentarz..., (w:) A. Wąsek (red.) i in., Kodeks..., op. cit., s. 968.

Szkoda jako skutek przestępstwa z art. 296 § 1a k.k.

Występujący w treści przepisu wprowadzającego do systemu prawa karnego przestępstwo niegospodarności bezszkodowej termin „znaczna szkoda majątkowa” należy rozumieć identycznie, jak w przypadku „niegospodarności szkodowej” z art. 296 § 1 k.k. Oznacza to, iż warunkiem pociągnięcia menadżera do odpowiedzialności karnej jest udowodnienie mu, że w wyniku jego działania jego mandant został bezpośrednio narażony na niebezpieczeństwo szkody majątkowej przekraczającej wartość 200 000 zł. Z uwagi na specyfikę działalności gospodarczej, której funkcjonowanie nierozwalnie wiąże się z czynnikami wpływającymi na zmianę wartości pieniądza, tj. inflacją, deprecjacją, trzeba podkreślić, iż wartość tej potencjalnej szkody należy oceniać w chwili popełnienia czynu przez sprawcę. Ten relewantny z punktu widzenia odpowiedzialności karnej moment, zgodnie z treścią art. 6 k.k., należy utożsamiać z chwilą, w której dany podmiot działał lub zaniechał działania. Na gruncie art. 296 § 1a k.k. moment ten wyznacza chwila zrealizowania znamion czynności sprawczej, tj. nadużycie przez menadżera przyznanych mu uprawnień lub niedopełnienie spoczywających na nim powinności. Nie można przy tym ustrzec się od nasuwających się wątpliwości co do poprawności takiej konstrukcji.

Po pierwsze, nie można wykluczyć sytuacji, że do zrealizowania szkody dojdzie dopiero po pewnym czasie. W takim przypadku, w praktyce, często niemożliwym będzie precyzyjne oszacowanie wielkości możliwej szkody w chwili podejmowania decyzji przez menadżera. Po drugie, dynamiczne stosunki ekonomiczne utrudniają wykazanie wyraźnych granic pomiędzy ryzykiem spowodowania szkody będącej bezpośrednią konsekwencją działania lub zachowania intraneusa przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. a jego eskalacją w wyniku mechanizmów gry rynkowej. Oceniając więc opis skutku, stanowiący warunek *sine qua non* odpowiedzialności karnej menadżera, należy krytycznie odnieść się do kwantyfikacji szkody. Wprawdzie taki zabieg stanowi realizację postulatów projektodawców zmian ówczesnego przestępstwa działania na szkodę spółki¹⁶, to jednak jego istnienie może powodować trudności w praktycznym aplikowaniu tego przepisu.

W doktrynie słusznie zostało zauważone, iż organy stosujące prawo nie dysponują wiedzą specjalistyczną, która pozwoli im ustalić, czy w konkretnej sprawie zaistniał ten szczególny stan niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody w mieniu spółki. Dlatego też „jego rekonstrukcja najprawdopodobniej będzie wymagała odwołania się do opinii biegłego w zakresie analizy ekonomicznej

¹⁶ Por. J. Giezek, P. Kardas, Konstrukcja działania na szkodę spółki handlowej oraz przestępstwa stanowiące jej odpowiednik – projekt nowelizacji, *Palestra* 2011, nr 1–2, s. 159.

lub finansów”¹⁷. Zresztą przed samymi przedstawicielami piśmiennictwa stoi nie lada wyzwanie opracowania teoretycznej formuły pozwalającej na rozpoznanie zagrożenia przez samych zainteresowanych, bez potrzeby każdorazowego odwoływania się do specjalistycznej wiedzy.

Wykładnia literalna całej konstrukcji szkody na gruncie przepisu art. 296 § 1a k.k. pozwala zauważyć, iż na tę strukturę składa się kilka elementów. Po pierwsze, ustawodawca wyraźnie zastrzega, że w wyniku czynności sprawczej nie może dojść do wyrządzenia w mieniu mandanta znacznej szkody majątkowej. Ta negatywna w swej istocie przesłanka oznacza, iż spowodowanie faktycznego uszczerbku w mieniu spółki o rozmiarach przekraczających 200 000 zł zaktualizuje odpowiedzialność sprawcy nie za przestępstwo z art. 296 § 1a k.k., lecz za naruszenie dobra prawnego, jakim są interesy majątkowe spółki, co zostało spenalizowane w art. 296 § 1 k.k. Po drugie, z treści przepisu statuującego przestępstwo niegospodarności bezszkodowej wyraźnie wynika, iż kryminalizowane jest w nim doprowadzenie przez sprawcę do stanu postrzeganego jako bezpośrednie ryzyko narażenia mandanta na znaczną szkodę o majątkowym charakterze. Tym samym poza zasięgiem represji pozostaje narażenie spółki na uszczerbek o niemajątkowym charakterze. Wynika to zapewne z faktu, iż ustawodawca przychylił się do stanowiska tej części doktryny, zgodnie z którą wyrządzenie szkody o charakterze niematerialnym (krzywdy) w przypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą zawsze da się zrelatywizować do ich kondycji finansowej¹⁸. W konsekwencji wyrządzenie przez menadżera szkody polegającej na nadszarpnięciu znanej, powszechnie rozpoznawalnej marki z długą tradycją pozostanie irrelevantne z punktu widzenia prawa karnego, jeśli w wyniku przeprowadzonego na potrzeby procesu karnego bilansowego oszacowania nie zostanie wykazane, iż taki czyn wiązał się ze znacznymi stratami finansowymi w mieniu pokrzywdzonego. Zupełnie inna sytuacja będzie mieć miejsce w przypadku, gdy w rezultacie działania lub zaniechania sprawcy, polegającego na przekroczeniu przez niego uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków, dojdzie równocześnie do skutku opisanego w art. 296 § 1a k.k. oraz wystąpienia nieznacznej szkody majątkowej (poniżej 200 000 zł). Zgodnie z treścią przywołanego przepisu menadżer wyczerpał wszystkie określone w nim znamiona strony przedmiotowej, dlatego też nie ma żadnych przeszkód, by spotkała go przewidziana represja karna. Jak zatem więc potraktować tę równoczesną, wyrządzoną szkodę materialną? Ustawa milczy na ten temat. Zabieg interpretacyjny umożliwiający odpowiednie sięgnięcie do art. 296 § 1 k.k. z uwagi na zakaz wykładni rozszerzającej w prawie karnym (*nullum cri-*

¹⁷ Zob. szerzej R. Zawłocki, Nowe przestępstwo..., *op. cit.*, s. 969.

¹⁸ Por. J. Duży, Szkada jako znamię przestępstwa z art. 585 kodeksu spółek handlowych (uwagi w kontekście odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółek kapitałowych), *Prok. i Pr.* 2001, nr 4, s. 78.

men, nulla poena sine lege) jest zabroniony. W konsekwencji należy przyjąć, iż aktualny kształt przepisów prawa karnego uniemożliwia ukaranie sprawcy za taką „podwójną” szkodę.

Problematyka usiłowania popełnienia czynu z art. 296 § 1a k.k.

Odrębnego omówienia wymaga możliwość popełnienia omawianego przestępstwa w tej formie stadialnej, jaką jest usiłowanie. Zgodnie z brzmieniem art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 269 § 1a k.k., jurydyczna konstrukcja tego stadium realizacji ustawowych znamion typu czynu zabronionego musiałaby sprowadzać się do bezpośredniego zmierzania przez sprawcę do sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia swojemu mandantowi znacznej szkody majątkowej. Przy tym towarzyszyć temu miałby zamiar sprawcy doprowadzenia do takiego skutku, który jednak nie nastąpiłby. Chociaż trudno wyobrazić sobie sytuację, w której wszystkie powyższe warunki zostaną spełnione, to z uwagi na kreatywność sprawców przestępstw i dynamikę stosunków gospodarczych nie można *a priori* wykluczyć takiej ewentualności. Jak zatem kształtować się będzie odpowiedzialność za usiłowanie popełnienia przestępstwa niegospodarności bezszkodowej? Na marginesie należy dodać, iż ze względów dowodowych organy ścigania z braku faktycznego wyrządzenia szkody w majątku danego podmiotu cywilnego są raczej skłonne stosować kwalifikację odpowiadającą konstrukcji usiłowania wyrządzenia znacznej szkody majątkowej temu podmiotowi gospodarczemu (tj. art. 296 § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k.). O wiele bowiem łatwiej jest wykazać, iż menadżer chciał wyrządzić kwantyfikowaną szkodę materialną, niż zgromadzić materiał dowodowy uzasadniający zarzut, iż sprawa zmierzała „jedynie” do narażenia swojego mandanta na wyrządzenie jej takiej szkody. Jaka powinna być jednak reakcja wymiaru sprawiedliwości, gdy zgromadzone w konkretnej sprawie materiały dowodowe jednoznacznie potwierdzą ziszczenie się przesłanek umożliwiających usiłowanie popełnienia przestępstwa z art. 296 § 1a k.k.?

Wydaje się, że w tej sytuacji zasadny jest pogląd tej części doktryny prawa karnego, która stoi na stanowisku, iż „nie jest możliwe usiłowanie przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo”¹⁹. Zwolennicy tego poglądu uważają, iż samo przedsięwzięcie zachowania zmierzającego do stworzenia zagrożenia dla dobra prawnego stanowi ze swej natury takie właśnie zagrożenie. Konsekwentnie należy uznać, iż decyzja sprawcy, nakierowana na uruchomienie konkretnej przyczynowości, z momentem wprowadzenia jej w życie sama w sobie będzie stanowić realizację przesłanek determinujących określony typ czynu zabronionego.

¹⁹ Por. K. Buchała, *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*. Komentarz, Bydgoszcz 1997, s. 105–106; podano za: G. Bogdan, *Komentarz do art. 164 k.k.*, Kraków 2006, LEX nr 23142.

Odwołanie się do znanej w filozofii brzytwy Ockhama stanowi dodatkowy argument przemawiający za odrzuceniem konstrukcji usiłowania popełnienia przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. Nieuzasadnione jest bowiem tworzenie konstrukcji jurystycznych, skoro cel, jaki miałyby spełniać, zostaje osiągnięty przez skorzystanie z instrumentów znanych współczesnemu prawu karnemu. Ponadto, należy zauważyć, że stanowisko przeciwne (przynajmniej na płaszczyźnie teoretycznej) prowadzi do rozszerzenia odpowiedzialności karnej. Należy więc jednoznacznie odrzucić możliwość ukarania menadżera za usiłowanie popełnienia omawianego przestępstwa.

Strona przedmiotowa

Charakterystyka czynności sprawczej przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. nasyca wielu trudności. Rozważając pozytywne znamiona karalności należy przede wszystkim dostrzec, że ustawodawca posłużył się dość syntetycznym sformułowaniem: „sprowadza bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej”. Zwrot ten zasadniczo różni się od znanej z art. 585 § 1 k.s.h. formuły „działa na jej (spółki – przyp. autora) szkodę”. To z kolei rodzi dwie bardzo ważne konsekwencje. Po pierwsze, uniemożliwia odwołanie się *per analogiam* do dorobku piśmiennictwa i orzecznictwa wypracowanego na przestrzeni lat obowiązywania tego przepisu, a także jego poprzedników z Kodeksu handlowego (tj. art. 300 § 1 k.h. oraz art. 482 § 1 k.h.). Po drugie, zmusza do wypracowania nowej wykładni przestępstwa niegospodarności bezszkodowej. Pewne ułatwienie i wskazówkę interpretacyjną może przynieść skorzystanie z twórczej działalności doktryny dotyczącej koncepcji i typologii przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

Często przywoływanym przykładem przestępstwa z narażenia jest typ czynu zabronionego określony w art. 164 §1 k.k., penalizujący sprowadzenie niebezpieczeństwa katastrofy. Przepis ten posługuje się znany z art. 296 § 1a k.k. sformułowaniem: „kto sprowadza bezpośrednie niebezpieczeństwo”. Problematykę rozstrzygnięcia *meritum* bezpośredniego niebezpieczeństwa na kanwie tego przepisu starała się rozważyć zarówno judykatura, jak i piśmiennictwo. Należy podkreślić, iż w doktrynie wyróżnione zostały trzy kryteria, przy pomocy których próbowano wyjaśnić fenomen przestępstw z narażenia. Pierwsze z nich akcentowało bliską więź czasową łączącą zachowanie sprawcy z potencjalnym ziszczeniem się zagrażającego niebezpieczeństwa (kryterium czasowe)²⁰. Drugi wyznacznik podkreślał nie tyle wysokie prawdopodobieństwo tego ziszczenia się, co wprost jego nieuchronność, przy jednoczesnym braku stosownej reakcji zapobiegawczej (kryterium prawdopodobieństwa)²¹. Współcześnie największym uznaniem

²⁰ Por. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 370; podano za: G. Bogdan, *Komentarz...*, *op. cit.*

²¹ Zob. szerzej A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 32.

przedstawicieli literatury i orzecznictwa cieszy się jednak trzeci model oparty na tzw. kryterium nieuchronności. Zgodnie z jego założeniami sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa identyfikowane jest z „wywołaniem przez sprawcę sytuacji obiektywnego, konkretnego zagrożenia dla danego dobra, które to zagrożenie wykazuje tę szczególną właściwość, że może samoczynnie w każdej chwili przekształcić się w naruszenie tego dobra, bez jakiegokolwiek ingerencji podmiotowej lub przedmiotowej”²². W podobnym duchu wypowiada się także G. Bogdan. Autor ten zwraca uwagę, że po stronie sprawcy nie ma potrzeby pojawienia się jakichkolwiek kolejnych zachowań dynamizujących zastany układ sytuacyjny²³. Niebezpieczeństwo występujące w tym przepisie ma bowiem tę szczególną właściwość, że może przeobrazić się w naruszenie dobra bez jakichkolwiek działań ze strony podmiotu zdanego do poniesienia odpowiedzialności karnej za ten typ czynu zagrożonego.

Z zacytowanymi wyżej poglądami doktryny w pełni korespondują tezy wydanych na kanwie art. 164 § 1 k.k. orzeczeń sądowych. Dla przykładu warto wskazać postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2003 r. W orzeczeniu tym najwyższy organ władzy sądowej w Polsce skonstatawał, iż bezpośrednio niebezpieczeństwo zagraża wprost, bez konieczności włączenia się dalszego impulsu ze strony sprawcy, bądź też innej dodatkowej przyczyny, co oznacza tak zaawansowaną sytuację, że w zasadzie można mówić o bliskim skutku²⁴.

Chociaż akcentowany poziom niebezpieczeństwa jest niewątpliwie obiektywnie wysoki, to nie można go jednak w żaden sposób zmierzyć. Zastosowanie rachunku prawdopodobieństwa jest w tym przypadku niewskazane. Jak trafnie bowiem zauważa R. Zawłocki, definiowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa nie jest możliwe poprzez odwołanie się do prawdopodobieństwa²⁵. Podczas gdy prawdopodobieństwo jest rezultatem subiektywnego szacunku konkretnego podmiotu poprzez odwołanie się do pojęć matematycznych, bezpośrednie niebezpieczeństwo istnieje obiektywnie i wprost wynika z okoliczności danej sprawy. Dlatego też każdy przypadek musi zostać poddany indywidualnemu wartościowaniu.

Przenosząc *mutatis mutandis* powyższe uwagi na grunt art. 296 § 1a k.k., wypada zauważyć, iż menadżer zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej za sprowadzenie w wyniku nadużycia swych uprawnień lub niedopeł-

²² Por. K. Buchała, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do kodeksu karnego, t. 2, pod red. A. Zolla, Kraków 1999, s. 336; podano za: R. Zawłocki, Nowe przestępstwo..., *op. cit.*, s. 970.

²³ Tak G. Bogdan, Komentarz..., *op. cit.*

²⁴ Postanowienie SN z dnia 28 listopada 2003 r., sygn. IV KK 23/03, OSNK 2003, poz. 2567.

²⁵ Zob. szerzej R. Zawłocki, Nowe przestępstwo..., *op. cit.*, s. 970.

nienia obowiązków stanu bezpośredniego wyrządzenia jej znacznej szkody majątkowej, jeśli zgromadzony w konkretnej sprawie materiał dowodowy wykaże obiektywne istnienie rzeczywistego zagrożenia, którego ziszczenie się może wystąpić w każdym momencie bez konieczności udziału człowieka. Innymi słowy, do sankcjonowanej sytuacji zagrożenia dojdzie, gdy sprawca spełni wszystkie warunki konieczne do jej zaistnienia, czemu towarzyszyć musi brak zamiaru wyrządzenia szkody w majątku mandanta.

Jak już zostało wcześniej omówiane, przestępstwo zaliczane jest do przestępstw skutkowych z tzw. konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Oznacza to, iż odpowiedzialność karna sprawcy determinowana jest wywołaniem przez niego – w wyniku realizacji znamion czynności sprawczej – stanu rzeczywistego zagrożenia dla dobra chronionego prawem. Przy czym nie chodzi tutaj o jakiekolwiek niebezpieczeństwo dla interesów danego podmiotu gospodarczego, lecz o niebezpieczeństwo ściśle stypizowane w tekście ustawy karnej, tj. bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu mandanta. Tylko bowiem taki stan konkretnego zagrożenia jest relewantny z punktu widzenia możliwości orzeczenia sankcji karnych z art. 296 § 1a k.k.

Wykazanie w procesie karnym dowodów na wystąpienie opisanych wyżej poszczególnych elementów, składających się na konstrukcję znamion strony przedmiotowej przestępstwa niegospodarności bezszkodowej, nie stanowi wystarczającej podstawy do wydania wyroku skazującego. Konieczne jest jeszcze udowodnienie, iż pomiędzy tymi elementami nie zachodzi jedynie faktyczna koincydencja, ale pomiędzy nimi występuje związek przyczynowo-skutkowy.

Ponadto, niezwykle pomocne przy ocenieniu odpowiedzialności karnej menadżera jest odwołanie się do koncepcji obiektywnego przypisania skutku. Jej fundamentalne założenie opiera się na twierdzeniu, że „przypisywalny jest tylko ten stan rzeczy, który został przez dany podmiot spowodowany w wyniku sprowadzenia niedozwolonego niebezpieczeństwa (ryzyka) jego powstania lub istotnego zwiększenia ryzyka już istniejącego w razie zrealizowania się tego właśnie niebezpieczeństwa (ryzyka) w postaci skutku spełniającego znamiona typu czynu”²⁶. W. Wróbel i A. Zoll precyzują, że obiektywne przypisanie skutku na płaszczyźnie normatywnej uzależnione jest od wykazania, iż podmiot czynu swoim zachowaniem, które naruszyło reguły postępowania z dobrem prawnym, stworzył rozpoznawalne *ex ante* niebezpieczeństwo dla dobra prawnego (sprawca naruszył normę sankcjonowaną), które to niebezpieczeństwo urzeczywistniło się następnie w skutku²⁷.

²⁶ Tak W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik, Kraków 2010, s. 196.

²⁷ *Ibidem*.

W oparciu o powyższe konieczna jest konstatacja, że z uwagi na znamiona przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. z możliwością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej powinna liczyć się każda osoba, która w wyniku swojego działania lub zaniechania naruszyła obowiązujące ją reguły ostrożności i tym samym spowodowała niebezpieczeństwo dla interesów majątkowych swojego mandanta albo doprowadziła do znacznej eskalacji tego niebezpieczeństwa.

Pewne trudności interpretacyjne na gruncie art. 296 § 1a k.k. może rodzić także samo pojęcie „szkoda”. Pomimo iż jej wystąpienie stanowi negatywną przesłankę pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za przestępstwo niegospodarności bezszkodowej, to jej charakter wymaga omówienia. Na potrzeby niniejszego artykułu należy więc przyjąć, że użyty w przepisie wprowadzającym do systemu prawa karnego przestępstwo niegospodarności szkodowej termin szkoda jest tożsamy z wyrządzeniem przez menadżera uszczerbku w mieniu przedsiębiorstwa. Uszczerbek ten odzwierciedla różnicę pomiędzy stanem majątku danego podmiotu gospodarczego, jaki istniał i jaki mógłby w naturalnej kolei rzeczy wytworzyć się, a stanem, jaki powstał wskutek naruszenia „menadżerskich” uprawnień i obowiązków. Warto w tym miejscu przypomnieć, iż tak rozumiana szkoda na gruncie przepisu art. 296 § 1 k.k. może wystąpić zarówno w postaci rzeczywistego uszczerbku w majątku mandanta (*damnum emergens*), jak też w postaci utraconych korzyści (*lucrum cessans*).

Jednak, jak już zostało wyżej zauważone, typ czynu zabronionego nazwany przestępstwem niegospodarności bezszkodowej, co sugeruje sama nazwa, opiera się właśnie na jej niewystąpieniu. Stąd też w piśmiennictwie proponuje się, aby użytą w treści art. 296 § 1a k.k. formułę szkody rozumieć „jako wywołanie przez sprawcę realnego zagrożenia samoczynnego powstania co najmniej znacznej różnicy pomiędzy rzeczywistą wartością mienia pokrzywdzonego a hipotetyczną wartością, która powstałaby, gdyby zagrożenie to przekształciło się w stan rzeczywistego pomniejszenia wartości majątku”²⁸. Wydaje się, iż tak pojmowana istota karalnego skutku stanowi duże wyzwanie dla organów postępowania karnego. Przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej menadżera za popełnienie przestępstwa spe-nalizowanego w art. 296 § 1a k.k. organy muszą bowiem ująć ten stan za pomocą wartości nominalnej, by wykazać, iż sprawca spowodował niebezpieczeństwo wyrządzenia co najmniej znacznej szkody w majątku swojego mandanta. Ten zabieg jest znacznie trudniejszy niż udowodnienie skutku z art. 296 § 1 k.k. Zdaniem Autorów powyższe przeszkody związane z praktycznym aplikowaniem nowego przestępstwa menadżerskiego doprowadzają do jego dysfunkcji.

²⁸ Zob. szerzej R. Zawłocki, Nowe przestępstwo..., *op. cit.*, s. 97.

Strona podmiotowa

Typ czynu zabronionego określony w art. 296 § 1a k.k. można popełnić jedynie umyślnie. Oznacza to, że warunkiem skutecznego przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej za przestępstwo niegospodarności bezszkodowej jest wykazanie, iż miał on zamiar nadużyć przysługujących mu uprawnień lub nie dopełnić ciążących na nim powinności i w ten sposób spowodować bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia swojemu mandantowi znacznej szkody majątkowej albo przewidując możliwość ziszczenia się takiego karalnego skutku w wyniku zrealizowania czynności sprawczej, godził się na to. Podkreślenia wymaga, iż sprawca swoim zamiarem musi obejmować zarówno wszystkie znamiona przedmiotowe, jak też i skutek tego przestępstwa.

W konsekwencji organy stosujące przedmiotowy przepis zostały zobligowane do zgromadzenia materiału dowodowego, wykazującego, że podmiot zdalny do przypisania mu odpowiedzialności karnej za to przestępstwo swoją świadomością obejmował treść i szczególną rangę swoich powinności, a mimo to przedsiębranemu przez niego zachowaniu towarzyszyła wola spowodowania stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej. Jak łatwo zauważyć, to właśnie element woli odgrywa w praktyce aplikowania tej regulacji zasadniczą rolę. Z uwagi na złożoną i dynamiczną strukturę stosunków gospodarczych niezwykle trudne jest wyodrębnienie „chęci” konkretnego podmiotu i dodatkowo rozpoznanie jej charakteru. Menadżerowie poszczególnych podmiotów gospodarczych niejednokrotnie bowiem zdają sobie sprawę, że podejmując ryzyko gospodarcze, czynią to nie po to, by wywołać stan zagrożenia majątku mandanta, ale po to, aby osiągnąć wymierny sukces ekonomiczny.

Przestępstwa niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a k.k. nie można popełnić nieumyślnie. Ustawodawca nie zdecydował się bowiem na włączenie omawianego typu czynu zabronionego w zakres regulacji § 4 art. 296 k.k. W związku z powyższym, menadżer, który zrealizował wszystkie przesłanki charakteryzujące czynność sprawczą w wyniku niedbalstwa czy nieostrożności, nie poniesie odpowiedzialności karnej.

Ponadto, warto zauważyć, iż w treści art. 296 § 2 k.k. przewidziana została odmiana omawianego przestępstwa. Przepis ten wprowadza typ kwalifikowany czynów z art. 296 § 1 k.k. i art. 296 § 1a k.k. z uwagi na szczególną postać strony podmiotowej. Podczas gdy przedmiot ochrony, podmiot i znamiona strony przedmiotowej zostały określone tak samo jak w § 1a cytowanego przepisu, to normodawca wprowadził dodatkową przesłankę, zgodnie z którą sprawca „działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Zgodnie z legalną definicją korzyści majątkowej podaną w art. 115 § 4 k.k., należy na użytek Kodeksu karnego z tym pojęciem utożsamiać korzyść osiągniętą przez sprawcę zarówno dla siebie samego, jak też dla innej osoby. Na grun-

cie art. 296 § 2 k.k. surowsza sankcja karna jest zdeterminowana wykazaniem, iż zachowaniu sprawcy towarzyszył zamiar znamieny dodatkowo celem (*dolus directus coloratus*) bezprawnego osiągnięcia własnego zysku majątkowego albo zwiększenia aktywów (zmniejszenia pasywów) osoby trzeciej. Ustawodawca, aby dać wyraz temu, jak bardzo potępia takie zachowania menadżerów w obrocie gospodarczym, nie tylko zaostrzył represję karną (kara pozbawienia wolności do 8 lat), ale zaliczył je w poczet przestępstw publiczno-skargowych, których ściganie następuje z oskarżenia publicznego.

Sankcja karna i tryb ścigania

Przestępstwo niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a k.k. należy do kategorii występków. Zgodnie z dyspozycją omawianego przestępstwa jego sprawca musi liczyć się z możliwością wymierzenia mu kary pozbawienia wolności do lat 3. Jak łatwo zauważyć, takie samo zagrożenie karne jest przewidziane w art. 296 § 4 k.k. Pozwala to wysnuć wniosek, że ustawodawca traktuje identycznie karygodność za nieumyślne wyrządzenie znacznej szkody majątkowej, jak i karygodność za umyślne spowodzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wyrządzenia. Takie zagrożenie jest swoistym kompromisem ze strony normodawcy, na który zdecydował się zainspirowany krytyką poprzedniego uregulowania art. 585 k.s.h. Ponadto, jak zostało wyżej wskazane w przypadku zrealizowania przez menadżera przesłanek postaci kwalifikowanej tego typu czynu zabronionego, represja karna wzrasta odpowiednio od 6 miesięcy do 8 lat (art. 296 § 2 k.k.).

W kontekście omawianej problematyki niezwykle istotne jest pominięcie art. 296 § 1a k.k. zarówno w § 5 art. 296 k.k., jak też w art. 307 k.k. W praktyce oznacza to, że sprawca, w wyniku zrealizowania swoim zachowaniem wszystkich przesłanek statuujących jego odpowiedzialność karną za przestępstwo niegospodarności bezszkodowej, nie uchroni się od sankcji karnych poprzez dobrowolne „naprawienie szkody” czy to przed wszczęciem postępowania karnego, czy też później. Tę regulację należy jednoznacznie ocenić krytycznie. Nie ma bowiem żadnych racjonalnych przeszkód uzasadniających wyłączenie sprawcy czynu przestępstwa niegospodarności bezszkodowej z klauzuli niepodlegania karze przewidzianej w art. 296 § 5 k.k. W praktyce bowiem łatwo sobie wyobrazić, iż menadżer najpierw w wyniku nadużycia swoich uprawnień lub niedopełnienia obowiązku spowodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej swojemu mandantowi, a następnie podejmie działania w celu uchylenia tego zagrożenia. Wobec milczenia ustawodawcy taka następcza aktywność menadżera pozostaje prawnie irrelevantna z punktu widzenia jego odpowiedzialności karnej. Ta sprzeczność aksjologiczna przedstawia się bardzo wyraźnie podczas porównania przestępstwa, w którym dochodzi do wyrządzenia przez menadżera znacznej szkody majątkowej, a przestępstwa niegospodarności bezszkodowej

z art. 296 § 1a k.k. Sprawca tego pierwszego może bowiem naprawić w całości wyrządzoną w mieniu mandanta znaczną szkodę majątkową i tym samym skorzystać z dobrodziejstwa klauzuli niepodlegania karze z art. 296 § 5 k.k. Może też to uczynić dopiero po wszczęciu przeciw niemu postępowania karnego, licząc tym samym na nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet na odstąpienie przez orzekający sąd od jej wymierzenia. Tymczasem, sprawca niegospodarności bezszkodowej jest pozbawiony obu tych możliwości. Paradoksalnie więc bardziej „korzystne” jest dla niego najpierw rzeczywiste doprowadzenie do wyrządzenia uszczerbku majątkowego o wartości co najmniej 200 000 zł, a następnie jego naprawienie, niż uchylanie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu mandanta. Trudno zaakceptować stan, w którym usprawiedliwienie dla opisanej wyżej patologii wynika bezpośrednio z przepisów karnych.

W wyniku uchwalonej przez Sejm RP w dniu 9 czerwca 2011 r. nowelizacji Kodeksu karnego do treści art. 296 tej ustawy został dodany § 4. Jego istota sprowadza się do formalnego proklamowania, że ściganie sprawcy nowego przestępstwa niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a k.k. będzie co do zasady następowało na wniosek pokrzywdzonego. Wyjątkiem ma być sytuacja, gdy pokrzywdzonym w wyniku przestępstwa będzie Skarb Państwa. W takim bowiem przypadku wszczęcie i przeprowadzenie postępowania karnego będzie następować z urzędu.

Takie rozwiązanie jest jak najbardziej zgodne z postulatami projektodawców. To oni bowiem, powołując się na interes przedsiębiorców, wykazywali wady poprzedniej regulacji. Podnosili przy tym, że prokuratorzy przed wszczęciem postępowania karnego nie dysponują ani konkretną wiedzą, ani tym bardziej materiałami dowodowymi uzasadniającymi podejrzenie popełnienia przedmiotowego przestępstwa. Z zasady nie są też w stanie ocenić na tym etapie, czy zaistniał stan bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu danego podmiotu. Zajęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby do nieprawidłowego funkcjonowania prokuratury z punktu widzenia postępowań opierających się na kwalifikacji karnej z art. 296 § 1a k.k. Trudno byłoby bowiem wymagać od funkcjonariuszy publicznych rozważania, czy zrealizowanie przez sprawcę wszystkich znamion strony przedmiotowej i podmiotowej doprowadziło do karalnego skutku zdefiniowanego w art. 296 § 1a k.k. Jak zostało wyżej zauważone, jurydyczna konstrukcja szkody określonej w omawianym artykule wymaga skomplikowanej analizy całokształtu okoliczności danej sprawy. Tymczasem, organy ścigania nie kontrolują podmiotów gospodarczych, nie mają więc bezpośredniego dostępu do ich ksiąg rachunkowych i innej dokumentacji. Dlatego też przyznanie prokuratorom legitymacji do wszczęcia postępowania karnego za przestępstwo niegospodarności szkodowej mogłoby doprowadzić do dwóch skrajnych alternatyw: albo poszczególne jednostki proku-

ratury nagminnie wszczynaliby postępowania karne przeciwko danym menadżerom, albo też z uwagi na trudności jego aplikowania przepis ten pozostałby martwy.

Z powyższych względów przyznanie legitymacji do wszczęcia postępowania karnego pokrzywdzonym zasługuje na uznanie. Kto więc może złożyć wniosek o ściganie sprawcy? Definicja pokrzywdzonego z art. 49 § 1 k.p.k. wskazuje, że taki przymiot służy osobie fizycznej lub prawnej, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Transponując tę definicję na kanwę omawianego przestępstwa, należy przyjąć, iż tym pokrzywdzonym może być jedynie podmiot, którego mienie zostało bezpośrednio zagrożone przez sprowadzenie przez menadżera bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej. Tym samym ze stosownym wnioskiem o ściganie nie mogą wystąpić ani współnicy, ani akcjonariusze, ani niezaspokojeni wierzyciele. Zgodnie bowiem z art. 51 § 1 k.p.k. stosowna legitymacja została przyznana organowi uprawnionemu do działania w imieniu danej osoby prawnej. Takie ograniczenia uprawnienia udziałowców lub akcjonariuszy w przypadku spółek kapitałowych mogą prowadzić do całkowitej bezkarności członków zarządu działających obiektywnie na niekorzyść spółki, jednakże w interesie udziałowca większościowego.

Stosunek przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. do art. 296 § 1 k.k.

Na zakończenie omawiania problematyki związanej z wprowadzeniem kolejnego typu czynu zabronionego do Kodeksu karnego, negatywnie definiowanego jako przestępstwo niegospodarności bezszkodowej, warto rozstrzygnąć jego stosunek do klasycznego przestępstwa nadużycia zaufania przez menadżera. Powyżej przeprowadzona pogłębiona analiza uzasadnia stanowisko, iż oba typy czynów zabronionych penalizują zasadniczo inne zachowania. Różnice te zauważalne są zarówno na płaszczyźnie podmiotowej, jak i przedmiotowej. Podczas gdy przestępstwo z art. 296 § 1 k.k. wskazuje, że nastawienie psychiczne sprawcy ogniskuje się wokół szkody, to w przestępstwie z art. 296 § 1a k.k. sprawca zmierza „jedynie” do sprowadzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej. W konsekwencji dochodzi do wyrządzenia dwóch różnych skutków. Z tego też względu R. Zawłocki stoi na stanowisku, iż przestępstwo niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a k.k. nie dotyczy przedpola kryminalizacji przestępstwa niegospodarności szkodowej z art. 296 § 1 k.k.²⁹. Przyjawszy, że pomiędzy tymi przepisami zachodzi logiczny stosunek wyłączania się ich zakresów, autor ten konsekwentnie wyraża pogląd, iż wykluczone jest zastosowanie w ich przypadku kwalifikacji kumulatywnej. Dlatego też w razie zbiegu przepisu art. 296 § 1 k.k. z art. 296 § 1a k.k. należa-

²⁹ Por. R. Zawłocki, *Nowe przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 973.

łoby rozstrzygnąć go w oparciu o zasadę specjalności, co umożliwiłoby zastosowanie odrębnej kwalifikacji.

Wydaje się jednak, iż wskazany wyżej pogląd jest nietrafny. W przypadku zbiegu przepisów art. 296 § 1 k.k. i art. 296 § 1a k.k. należałoby go rozstrzygnąć, odwołując się do reguły subsydiarności milczącej, która została przewidziana dla rozstrzygania zbiegu przepisów określających narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo i naruszenie tego samego dobra.

W piśmiennictwie jako warunek skorzystania z tej reguły uznaje się „tożsamość dobra oraz przedmiotu bezpośredniego działania, a także tożsamość strony podmiotowej czynu zabronionego”³⁰. Należy zauważyć, iż przepisy dotyczące odpowiednio klasycznego przestępstwa nadużycia zaufania przez menadżera z art. 296 § 1 k.k. i przestępstwa niegospodarności bezszkodowej spełniają wyżej przedstawione wymogi. Konsekwentnie należy więc w przypadku ich zbiegu drugi z przywołanych przepisów wyłączyć z klasyfikacji prawnej w oparciu o regułę subsydiarności milczącej.

Abstrahując od powyższego, należy podkreślić, że w przypadku zbiegu umyślnego narażenia na niebezpieczeństwo określonego dobra prawnie chronionego i nieumyślnego jego naruszenia zastosowanie znajduje dyspozycja z art. 11 § 2 k.k.³¹. Oznacza to, że menadżer, który w wyniku umyślnego nadużycia przyznanych mu uprawnień lub niedopełnienia ciążących na nim obowiązków spowodował bezpośrednio niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu mandanta, a następnie w wyniku niedbalstwa doprowadził do wyrządzenia tej znacznej szkody majątkowej, zostanie skazany za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów, tj. art. 296 § 1a k.k. w zw. z art. 296 § 4 k.k. w zw. z art. 296 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Zakończenie

Na zakończenie podjętych w niniejszym artykule rozważań Autorzy, pozytywnie oceniając uchylenie art. 585 k.s.h. oraz szeregu analogicznych do tego artykułu przepisów innych ustaw, krytycznie odnoszą się do wprowadzenia do Kodeksu karnego art. 296 § 1a k.k. Wielokrotnie wyeksponowane powyżej mankamenty nowej regulacji wywołujące trudności w jej praktycznym aplikowaniu sprawiają, że proklamowana ochrona udzielona przez ustawodawcę podmiotom gospodarczym korzystającym z usług menadżerów jest iluzoryczna.

³⁰ Por. A. Zoll, Komentarz do art. 11 k.k., (w:) Kodeks..., *op. cit.*, s. 149; R. A. Stefański, Glosa do postanowienia SN z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. IV KK 429/07, *Prok. i Pr.* 2008, nr 7–8, s. 222–229.

³¹ *Ibidem*.

Niemniej jednak autorzy stoją na stanowisku, iż patologie związane z działalnością gospodarczą nie zawsze muszą prowadzić do szkody rozumianej wyłącznie jako rzeczywista strata lub stracony zysk. Mogą być także postrzegane jako bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia takiej wymiernej szkody majątkowej. Próba zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości poprzez odwołanie się tylko do konstrukcji odpowiedzialności karnej za usiłowanie dokonania przestępstwa z art. 296 § 1 k.k. nie oddałaby całej kryminalnej zawartości bezprawia popełnionego czynu. Stąd też dalsze istnienie analizowanego artykułu powinno zostać uzależnione od przeprowadzenia jego gruntownej nowelizacji.

Najpoważniejszym defektem przestępstwa określonego w art. 296 § 1a k.k. jest brak możliwości skorzystania przez jego sprawcę z dobrodziejstwa niepodlegania karze, przewidzianego w art. 296 § 5 k.k. Ta pozbawiona aksjologicznego uzasadnienia luka prawna powinna zostać wyeliminowana poprzez dodanie nowego paragrafu, zawierającego stosowną klauzulę niepodlegania karze tego sprawcy, który po dokonaniu przestępstwa narażenia majątku swojego mandanta na znaczną szkodę majątkową podejmie stosowne kroki w celu jego uchylenia. Z oczywistych względów niniejszy postulat *de lege ferenda* nie zmierza do uzupełnienia § 5 art. 296 k.k. o art. 296 § 1a k.k., gdyż przepis ten dotyczy rzeczywistej szkody, do której notabene w przypadku niegospodarności bezszkodowej nie dochodzi.

Kolejnej interwencji ustawodawcy wymaga potrzeba umożliwienia wspólnikom spółki z o.o. oraz akcjonariuszom spółki akcyjnej złożenia wniosku o ściganie sprawcy typu czynu zabronionego spenalizowanego w art. 296 § 1a k.k. *De lege lata* osoby takie nie należą do kręgu pokrzywdzonych ewentualnym przestępstwem niegospodarności bezszkodowej, narażającym interesy majątkowe ich spółki. Jak bowiem skonstatował Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 21 lipca 2011 r., warunek bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danego podmiotu wyrażony w art. 49 § 1 k.p.k. nie jest spełniony w przypadku wspólników spółki jawnej, gdyż mamy w takiej sytuacji do czynienia z naruszeniem lub zagrożeniem dobra tej spółki jako autonomicznego podmiotu prawnego³². Powyższe orzeczenie jest w pełni aktualne w odniesieniu do spółek kapitałowych. Ich wspólnicy i akcjonariusze nie mogą być więc traktowani jako bezpośredni pokrzywdzeni, legitymowani do wystąpienia z wnioskiem o ściganie, o którym mowa w art. 296 § 4a k.k. Taki stan legislacyjny należy postrzegać jako poważne ograniczenie ochrony udzielonej spółkom kapitałowym. Nie bez znaczenia jest przy tym ta okoliczność, iż w obecnym stanie prawnym wniosek może zostać złożony przez działające w imieniu spółki organy uprawnione do jej reprezentacji. Tymczasem, uzależnienie rozpoczęcia procedury

³² Postanowienie SN z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. I KZP 7/11, OSNKW 2011, nr 8, poz. 67.

karnej od inicjatywy osób wchodzących w skład organów spółki jest całkowitym zaprzeczeniem idei istnienia tego przepisu. W praktyce bowiem organy te musiałyby dokonywać samodenuncjacji albo też zawiadamiać organy ścigania o przestępstwach swoich bliskich współpracowników. Zatem, nie budzi zaskoczenia fakt, że organy niezmiernie rzadko korzystają z tego uprawnienia. Co więcej, kompetencja ta stanowi raczej instrument zwalczania korporacyjnych przeciwników niż dodatkowe narzędzie służące do ochrony interesów mandantów. Szansą uniknięcia całkowitej dysfunkcji regulacji przewidzianej w art. 296 § 1a k.k. jest przyznanie legitymacji wspólnikom spółek kapitałowych do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania karnego i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej niegospodarnego menadżera.

Ponadto, godnym podkreślenia jest fakt, iż obecna konstrukcja tego przestępstwa w kształcie nadanym mu przez znamiona z art. 296 § 1a k.k. sprawiać będzie istotne trudności w praktycznym jej stosowaniu. Skomplikowanej procedury dowodowej wymagać będzie zwłaszcza udowodnienie karalnego skutku oraz znamion strony podmiotowej. Wszystko to zniechęca organy ścigania do prowadzenia postępowania karnego w oparciu o kwalifikację prawną z art. 296 § 1a k.k. W związku z powyższym zasadne wydaje się ponowne rozważenie przez ustawodawcę alternatywnej konstrukcji dla tych problematycznych przesłanek odpowiedzialności karnej za omawiany typ czynu zabronionego.

Na zakończenie rozważań podjętych w niniejszej pracy należy zdekodować normę sankcjonowaną determinującą odpowiedzialność karną menadżerów za popełnienie występku z art. 296 § 1a k.k. Przeprowadzona powyżej analiza znamion przestępstwa niegospodarności bezszkodowej pozwala skonstatować, że menadżer musi wystrzegać się zachowania (działania lub zaniechania) polegającego na nadużyciu udzielonych mu uprawnień lub niedopełnieniu ciążących na nim obowiązków, które spowoduje bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu mandanta. Tak sformułowany zakaz musi wzbudzić dezaprobatę nie tylko menadżerów, ale także (a może przede wszystkim) tych podmiotów, które zdecydowały się korzystać z usług menadżerów. Wszystkim tym podmiotom zależy bowiem na osiągnięciu wymiernych korzyści z prowadzonej działalności gospodarczej. Stąd też ograniczanie aktywności menadżerów i hamowanie ich inicjatywy biznesowej poprzez zagrożenie odpowiedzialnością karną musi bezpośrednio wpłynąć na wynik finansowy mandantów. Obecny kształt przesłanek warunkujących odpowiedzialność karną z art. 296 § 1a k.k. wyraźnie rozgraniczył kreatywne zachowania menadżerów. Ich innowacyjność w żadnym wypadku nie może spowodować bezpośredniej szkody dla majątku mandanta. Ryzykowne zachowania gospodarcze, nawet jeśli są uzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia, są niedozwolone. Modelowy menadżer, chcąc uniknąć odpowiedzialności karnej, powinien podejmować tylko

decyzje o pewnym skutku finansowym albo przed podjęciem wyzwania zasięgnąć opinii specjalisty potrafiącego przewidzieć i oszacować wielkość ryzyka, jego nieuchronność i jego wpływ na majątek podmiotu gospodarczego uczestniczącego w skomplikowanej grze rynkowej.

Limits of managers' creativity in the context of the Penal Code, Article 296, § 1a

Abstract

This paper examines the offence under Article 296, § 1a of the Penal Code. The description of the offence is provided along with the in-depth analysis of all conditions that enable liability for the offence to be ascribed. The guidelines are sought to properly construe the sanctioned norm that determines a manager's liability for the offence under Article 296, § 1a of the Penal Code, and questions are posed about the limits of managers' creative behaviour, with reference to a wide array of legal academics' and commentators' opinions as well as judicial decisions relevant to the application of Article 296, § 1a of the Penal Code and to already expired Article 585 of the Commercial Companies Code. The purpose of this paper is to define the essence of the offence under Article 296, § 1a of the Penal Code, deliver guidelines on the application of Article 296, § 1a of the Penal Code, and answer the question of whether Article 296, § 1a of the Penal Code is relevant to the criminal law system.

Ariadna H. Ochnio

Konfiskata korzyści z przestępstwa – nowe rozwiązania w prawie Unii Europejskiej (część II)

Streszczenie

Druga część artykułu traktuje o wykrywaniu, śledzeniu i zarządzaniu mieniem pochodzącym z działalności przestępczej z perspektywy postanowień decyzji Rady 2007/845/WSiSW z dnia 6 grudnia 2007 r. oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. W ocenie autora dostosowanie w tym zakresie polskiego prawa będzie wymagało wprowadzenia zmian instytucjonalnych.

Wykrywanie mienia pochodzącego z przestępstwa w decyzji 2007/845/WSiSW

Jednym z najważniejszych kierunków działań wskazanych w Programie haskim było „Wzmocnienie narzędzi do zwalczania finansowych aspektów przestępczości zorganizowanej”¹. W tym celu przewidziano m.in. wykorzystywanie dochodzeń finansowych, badanie norm dotyczących zwrotu skonfiskowanego mienia w formie rekompensaty bądź restytucji ofiarom przestępstw lub organizacjom charytatywnym oraz tworzenie przez państwa członkowskie jednostek wywiadowczych do spraw mienia pochodzącego z działalności przestępczej. Do Programu haskiego odwołuje się decyzja Rady 2007/845/WSiSW z dnia 6 grudnia 2007 r. dotycząca współpracy pomiędzy biurami ds. odzyskiwania mienia w państwach członkowskich w dziedzinie wykrywania i identyfikacji korzyści pochodzących z przestępstwa lub innego mienia związanego z przestępstwem (Dz. U. UE L 332 z dnia 18 grudnia 2007 r., s. 103). Jednym z celów tej decyzji było wzmocnienie Międzyagencyjnej Sieci Odzyskiwania Mienia Camden (CARIN)² po-

¹ Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego „Program haski: dziesięć priorytetów na najbliższe pięć lat. Partnerstwo na rzecz odnowy europejskiej w dziedzinie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”, Bruksela, 10 maja 2005 r., s. 24–25, COM (2005) 184 wersja ostateczna, s. 24–25.

² Camden Assets Recovery Interagency Network (CARIN) jest siecią praktyków i ekspertów ustanowioną w dniach 22–23 września 2004 r. w celu wymiany i poszerzania wiedzy dotyczącej pozbawiania mienia pochodzącego z przestępstwa, w tym ujawniania i zabezpieczania

przez ustanowienie podstawy prawnej do wymiany informacji między biurami ds. odzyskiwania mienia na obszarze UE. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do utworzenia lub wyznaczenia krajowych biur ds. odzyskiwania mienia (*Asset Recovery Office*, w skrócie ARO) wyspecjalizowanych w wykrywaniu i identyfikowaniu korzyści z przestępstwa oraz innego mienia związanego z przestępstwem, które mogą być objęte, w zależności od możliwości określonych przez prawo wewnętrzne danego państwa, nakazem zabezpieczenia, zajęcia lub konfiskaty wydanym przez organ sądowy w trybie postępowania karnego lub cywilnego (art. 1 decyzji 2007/845/WSiSW)³.

Biura ds. odzyskiwania mienia oprócz informacji dotyczących aktywów związanych z przestępstwem powinny wymieniać (na żądanie lub spontanicznie) wzorce postępowania zmierzające do ich wykrycia⁴. Usytuowanie ARO w strukturach państwa pozostawiono w gestii państw członkowskich (ARO może funkcjonować w systemie organów administracji, organów ścigania lub sądownictwa)⁵. W dniu 4 grudnia 2008 r. utworzono w Polsce Biuro ds. Odzyskiwania Mienia (w skrócie BOM), które ulokowano w strukturach organów ścigania. Funkcję BOM pełni Wydział ds. Odzyskiwania Mienia Biura Służby Kryminalnej Komendy Głównej Policji, przy czym Wydział ten wykonuje również inne zadania. Krajowe ARO pełni zarazem funkcję punktu kontaktowego sieci CARIN, natomiast konsekwencją uczestnictwa w tej sieci jest udział polskiego ARO w Stolen Asset Recovery Initiative (StAR)⁶.

takiego mienia. Inicjatywa ustanowienia sieci powstała w Camden Court Hotel Dublin podczas konferencji w październiku 2002 r. w Dublinie zorganizowanej przez Europol i Criminal Assets Bureau w Irlandii. Państwo członkowskie może posiadać w CARIN dwóch przedstawicieli, jednego z organów ścigania i jednego z sądownictwa. Uczestnikiem sieci mogą być również krajowe Biura ds. Odzyskiwania Mienia. Zob. więcej: <https://www.europol.europa.eu/content/publication/camden-asset-recovery-interagencynetwork-carin-manual-1665> (dostęp w dniu 4 czerwca 2015 r.).

³ Procedura międzynarodowej wymiany informacji pomiędzy ARO odbywa się według zasad określonych w decyzji 2006/960/WSiSW z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie uproszczenia wymiany informacji i danych wywiadowczych między organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. UE L 386 z dnia 29 grudnia 2006 r., s. 89) bez uszczerbku dla współpracy między jednostkami wywiadu finansowego. Zob. Decyzję Rady 2000/632/WSiSW z dnia 17 października 2000 r. dotyczącą uzgodnień w sprawie współpracy pomiędzy jednostkami wywiadu finansowego Państw Członkowskich w odniesieniu do wymiany informacji, Dz. U. WE L 271 z dnia 24 października 2000 r., s. 4.

⁴ Por. Financial Action Task Force, Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery, Paryż, październik 2012 r.

⁵ Na temat wykonania decyzji 2007/845/WSiSW przez poszczególne państwa członkowskie, zob. więcej Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na podstawie art. 8 decyzji Rady 2007/845/WSiSW z dnia 6 grudnia 2007 r. dotyczącej współpracy pomiędzy biurami ds. odzyskiwania mienia w państwach członkowskich w dziedzinie wykrywania i identyfikacji korzyści pochodzących z przestępstwa lub innego mienia związanego z przestępstwem, Bruksela, 12 kwietnia 2011 r., KOM (2011) 176 wersja ostateczna.

⁶ Stolen Asset Recovery Initiative (StAR) jest inicjatywą podjętą we wrześniu 2007 r. przez World Bank Group i Biuro ONZ ds. Narkotyków i Przestępczości (UNDOC), której celem jest wsparcie

Krajowe ARO nie posiada oddziałów terenowych. Na marginesie rozważań należy wskazać, że w Komendzie Stołecznej Policji działa Wydział ds. Odzyskiwania Mienia, jednakże terenowa struktura organizacyjna Policji służąca wykrywaniu mienia jest niejednolita, a jej tworzenie jest uzależnione od możliwości i potrzeb. Poprawa skuteczności wykrywania, zabezpieczania i odzyskiwania mienia pochodzącego z przestępstwa jest celem tzw. śledztw finansowych rekomendowanych przez FATF (*Financial Action Task Force*), które powinny być prowadzone przez zespoły multidyscyplinarne, gromadzące w swoim składzie nie tylko śledczych, ale również specjalistów z zakresu finansów. Realizacja tego zalecenia (nr 30) wymagałaby dużych zmian organizacyjnych, natomiast utworzenie w pierwszej kolejności jednolitych i skoordynowanych ze sobą zespołów do spraw odzyskiwania mienia na poziomie terenowych jednostek Policji wydaje się zadaniem realnym do wykonania i wspomogłoby prowadzących postępowania przygotowawcze w ustalaniu rzeczywistego stanu majątkowego podejrzanych, a tym samym w skuteczniejszym odzyskiwaniu mienia pochodzącego z przestępstwa.

Działalność krajowego Biura ds. Odzyskiwania Mienia

Krajowe BOM zajmuje się wykrywaniem mienia poprzez zbieranie i wymianę informacji z biurami zagranicznymi. Ewentualne odzyskanie mienia związanego z przestępstwem może być skutkiem takich działań. Kompetencje BOM nie obejmują zarządu nad zajęтым mieniem ani monitoringu mienia osoby, wobec której orzeczono przepadek, który nie został wykonany z powodu niewykrycia aktywów. Pełniący funkcję BOM Wydział ds. Odzyskiwania Mienia w Biurze Służby Kryminalnej KGP został zaprojektowany zgodnie z wymogami decyzji 2007/845/WSiSW, dlatego jego zadania skupiają się na pozyskiwaniu i przetwarzaniu informacji na temat mienia powiązanego z działalnością przestępczą i nie obejmują żadnych uprawnień władczych wobec mienia zabezpieczonego do celów procesu karnego lub objętego przypadkiem. Status BOM w prawie krajowym reguluje art. 145k ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. Nr 30, poz. 179 ze zm.), według którego KGP wykonuje zadania krajowego biura ds. odzyskiwania mienia, o którym mowa w art. 1 ust. 1 decyzji 2007/845/WSiSW. Współpraca krajowego biura z ARO państw członkowskich UE odbywa się na zasadach i warunkach określonych w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o wymianie in-

działań na rzecz powstrzymania ukrywania funduszy pochodzących z przestępstwa. W ramach tej inicjatywy prowadzone są szkolenia oraz analizy na temat m.in. odzyskiwania mienia, ponadto udzielana jest pomoc techniczna w sprawach odzyskiwania mienia. Partnerami w inicjatywie StAR są m.in. Interpol i sieć CARIN. Zob. więcej T. S. Greenberg, L. M. Samuel, W. Grant, L. Gray, *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, The World Bank, Washington D.C. 2009, s. 10–11 oraz 211–212.

formacji z organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 230, poz. 1371 ze zm.).

W celu zbadania działalności krajowego ARO poddano analizie dane ilościowe oraz jakościowe uzyskane z Wydziału ds. Odzyskiwania Mienia Biura Służby Kryminalnej KGP⁷. Z uzyskanych informacji wynika, że krajowe BOM posiada dostęp do kilku baz danych, którymi są:

- Centralna Ewidencja Ludności (CEL);
- Krajowy Rejestr Sądowy (KRS);
- Krajowy Rejestr Urzędowy Podmiotów Gospodarki Narodowej (REGON);
- Centralna Ewidencja Pojazdów i Kierowców (CEPiK);
- Krajowy System Informacji Policyjnej (KSIP);
- Baza Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (GUGiK);
- Nowe Księgi Wieczyste (NKW)⁸.

Funkcjonariusze BOM posiadają również uprawnienia dostępowe do Krajowego Centrum Informacji Kryminalnych (KCIK), jednak bez własnego stanowiska dostępowego. Krajowe ARO nie posiada uprawnień do wglądu w bazy danych podmiotów administracji skarbowej i celnej, które są istotne dla pracy Biura. Funkcjonariusze BOM, wykonując zadania dotyczące wykrywania mienia, korzystają również z powszechnie dostępnych danych i kierują zapytania do rozmaitych podmiotów. Dostęp do baz danych z oczywistych powodów skracza czas otrzymania informacji, który jest dłuższy w przypadku uzyskiwania danych na wniosek. Przepisy ustawy o Policji co prawda przewidują prawo dostępu do informacji dotyczących umów ubezpieczenia oraz objętych tajemnicą bankową po uzyskaniu zgody sądu okręgowego, jednakże nie zawierają przepisów pozwalających na ich przekazywanie organom innych państw (zob. art. 20 ust. 3–14 ustawy o Policji). Krajowe ARO, uzyskując dostęp do informacji ubezpieczeniowych i bankowych nie może ich zatem bezpośrednio przekazać zagranicznemu ARO, co istotnie ogranicza międzynarodową wymianę informacji, która w założeniu ma służyć odzyskiwaniu mienia pochodzącego z przestępstwa. Z drugiej strony regulacja taka sprzyja ochronie tajemnicy bankowej i ubezpieczeniowej. Artykuł 5 decyzji 2007/845/WSiSW dotyczy ochrony danych, w tym osobowych, które są przedmiotem wymiany międzynarodowej. Zgodnie z postanowieniami tej

⁷ Dane ilościowe oraz jakościowe na temat działalności krajowego ARO uzyskane z Komendy Głównej Policji (pismo z dnia 25 listopada 2014 r., L.dz. Ga–2701/2668/14/PM oraz wywiad jakościowy częściowo ustrukturyzowany) poddano analizie w ramach indywidualnego projektu badawczego w Instytucie Nauk Prawnych PAN „Nowe sposoby pozbawiania mienia pochodzącego z przestępstwa w prawie Unii Europejskiej a polskie prawo karne”.

⁸ Por. pozostałe uprawnienia dostępowe punktu kontaktowego wynikające z art. 6 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o wymianie informacji z organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej, Dz. U. Nr 230, poz. 1371 ze zm.

decyzji wykorzystanie informacji podlega krajowym przepisom o ochronie danych otrzymującego państwa członkowskiego.

Z informacji uzyskanych z KGP wynika, że w okresie od 4 grudnia 2008 r. (data utworzenia polskiego ARO) do 5 listopada 2014 r. (data udostępnienia danych z KGP) najwięcej wniosków o ustalenia majątkowe wpłynęło do polskiego ARO z Wielkiej Brytanii (51), Niemiec (35) oraz Holandii (30). W tym samym czasie krajowe BOM skierowało najwięcej wniosków o ustalenia majątkowe do Niemiec (90), Wielkiej Brytanii (60) oraz Cypru (32). Duża liczba wniosków pochodząca z Wielkiej Brytanii, Niemiec i Holandii, jak również duża liczba wniosków kierowanych przez krajowe ARO do Niemiec i Wielkiej Brytanii jest związana m.in. z kierunkami emigracji z Polski (Cypr przed wejściem do UE w 2004 r. zaliczany był do rajów podatkowych). Z informacji Głównego Urzędu Statystycznego na temat szacunkowej liczby mieszkańców Polski przebywających czasowo za granicą wynika, że w ostatnich latach głównymi krajami docelowymi były Niemcy i Wielka Brytania. W 2014 r. najwięcej osób przebywało w Wielkiej Brytanii (685 tys.), Niemczech (614 tys.), Irlandii (113 tys.), Holandii (109 tys.), we Włoszech (96 tys.)⁹. Analiza informacji na temat pracy krajowego ARO prowadzi do wniosku, że wśród kierunków geograficznych, których dotyczyły ustalenia majątkowe były również państwa i terytoria uznawane za tzw. raje podatkowe: Brytyjskie Wyspy Dziewicze, Hongkong, Jersey, Kajmany, Liechtenstein, Monako, Panama, Seszele, St. Vincent, Wyspy Marshalla. Wydział ds. Odzyskiwania Mienia KGP został utworzony 4 grudnia 2008 r. Od faktycznego rozpoczęcia działalności na początku 2009 r. do dnia 5 listopada 2014 r. nastąpił wzrost z 20 do 138 liczby wniosków kierowanych przez polskie ARO do ARO państw członkowskich UE. Wzrosła również w tym czasie z 18 do 69 liczba wniosków kierowanych do polskiego ARO przez ARO państw członkowskich UE. Wydział ds. Odzyskiwania Mienia nie gromadzi informacji na temat odnalezionego mienia. Z uzyskanych ogólnych danych za rok 2013 wynika, że w ramach podejmowanych działań ustalono mienie w postaci 28 nieruchomości i 82 pojazdów, ponadto zidentyfikowano 10 rachunków bankowych oraz 27 spółek. Uzasadniony jest postulat gromadzenia w przyszłości informacji na temat wykrytego mienia, gdyż porównanie takich danych z liczbą i kierunkami geograficznymi zapytań zmierzających do wykrycia mienia lepiej odzwierciedliłoby pracę ARO. Poniżej przedstawione tabele zostały opracowane w wyniku analizy informacji uzyskanych z KGP i obejmują okres od 4 grudnia 2008 r. (data powołania Wydziału ds. Odzyskiwania Mienia

⁹ Główny Urząd Statystyczny, Informacja o rozmiarach i kierunkach czasowej emigracji z Polski w latach 2004–2014, Warszawa, 5 października 2015 r., s. 2. Z dokumentu wynika, że w 2014 r. zaobserwowano znaczący wzrost liczby Polaków przebywających w Niemczech (prawie o 10%) i Wielkiej Brytanii (o 6,7%), ponadto spośród krajów UE odnotowano dalszy wzrost liczby Polaków przebywających w Holandii.

pełniące funkcję ARO) do 5 listopada 2014 r. (data udostępnienia danych na temat pracy Wydziału).

Ustalenia majątkowe realizowane przez Wydział ds. Odzyskiwania Mienia w okresie od 4 grudnia 2008 r. do 5 listopada 2014 r.				
Wnioski z państw członkowskich UE do krajowego ARO			Wnioski z krajowego ARO do państw członkowskich UE	
Lp.	Państwo UE	Liczba wniosków	Państwo UE	Liczba wniosków
1.	Wielka Brytania	51	Niemcy	90
2.	Niemcy	35	Wielka Brytania	60
3.	Holandia	30	Cypr	32
4.	Belgia	22	Hiszpania	29
5.	Czechy	22	Francja	22
6.	Litwa	18	Czechy	21
7.	Szwecja	15	Włochy	21
8.	Francja	9	Holandia	20
9.	Węgry	9	Słowacja	19
10.	Dania	8	Austria	18
11.	Włochy	7	Bułgaria	15
12.	Austria	4	Litwa	14
13.	Grecja	4	Belgia	11
14.	Słowacja	4	Grecja	8
15.	Łotwa	3	Łotwa	8
16.	Bułgaria	2	Irlandia	6
17.	Hiszpania	2	Luksemburg	6
18.	Irlandia	2	Szwecja	6
19.	Estonia	1	Malta	5
20.	Rumunia	1	Węgry	5
21.			Estonia	4
22.			Rumunia	4
23.			Dania	3
24.			Portugalia	3
25.			Finlandia	2
26.			Chorwacja	1
Razem		249		433

Ustalenia majątkowe realizowane przez Wydział ds. Odzyskiwania Mienia na podstawie wniosków z państw UE w okresie od 4 grudnia 2008 r. do 5 listopada 2014 r.								
Lp.	Państwo UE	Liczba wniosków w poszczególnych latach*						
		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
1.	Austria						3	1
2.	Belgia		2	2	3	7	5	3
3.	Bulgaria					1		1
4.	Czechy		4	3	5	4	3	3
5.	Dania				1		4	3
6.	Estonia					1		
7.	Francja		2			2	3	2
8.	Grecja				2	1	1	
9.	Hiszpania						1	1
10.	Holandia			1	3	11	10	5
11.	Irlandia					1	1	
12.	Litwa		2		2	1	6	7
13.	Łotwa				1			2
14.	Niemcy		2	3	1	6	6	17
15.	Rumunia				1			
16.	Słowacja			1	3			
17.	Szwecja			2	1	8	1	3
18.	Węgry		4			1	1	3
19.	Wielka Brytania		2	7	2	14	11	15
20.	Włochy					1	3	3
Razem		0	18	19	25	59	59	69

* Oprócz ustaleń majątkowych inicjowanych wnioskami z państw UE Wydział ds. Odzyskiwania Mienia realizował ustalenia majątkowe na wniosek Europejskiego Urzędu Policji (Europolu): w 2009 r. (1 wniosek), w 2012 r. (1 wniosek) i w 2014 r. (1 wniosek).

Ustalania majątkowe realizowane przez Wydział ds. Odzyskiwania Mienia na podstawie wniosków z państw i instytucji spoza UE w okresie od 4 grudnia 2008 r. do 5 listopada 2014 r.								
Lp.	Państwo/instytucja	Liczba wniosków w poszczególnych latach						
		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
1.	Brazylia					1		
2.	Międzynarodowy Trybunał Karny					1		
3.	Norwegia					1		
4.	Rosja		2	1				
5.	Szwajcaria							1
6.	Turcja					1		
7.	USA						4	
Razem		0	2	1	0	4	4	1

Ustalania majątkowe realizowane przez Wydział ds. Odzyskiwania Mienia na podstawie wniosków kierowanych do państw UE w okresie od 4 grudnia 2008 r. do 5 listopada 2014 r.								
Lp.	Państwo UE	Liczba wniosków w poszczególnych latach						
		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
1.	Austria			1		4	6	7
2.	Belgia					5	1	5
3.	Bulgaria		1	1	3	4	3	3
4.	Chorwacja							1
5.	Cypr		2	3	4	5	9	9
6.	Czechy			3	5	2	1	10
7.	Dania					2		1
8.	Estonia				1	1		2
9.	Finlandia						1	1
10.	Francja		3	4		5	5	5
11.	Grecja		1		1	2	2	2
12.	Hiszpania		1	3	5	8	4	8
13.	Holandia		1	3	3	2	2	9
14.	Irlandia		1		1	1	1	2
15.	Litwa		1	1	4	2	2	4
16.	Luksemburg		1			3		2
17.	Łotwa		1		1	4		2
18.	Malta					1	2	2
19.	Niemcy		1	6	12	27	16	28
20.	Portugalia					1		2
21.	Rumunia				3	1		
22.	Słowacja				3	3	3	10
23.	Szwecja		1	1		1	1	2
24.	Węgry					3	1	1
25.	Wielka Brytania		4	6	7	13	17	13
26.	Włochy		1	1	1	6	5	7
Razem		0	20	33	54	106	82	138

Ustalenia majątkowe realizowane przez Wydział ds. Odzyskiwania Mienia na podstawie wniosków kierowanych do państw i terytoriów spoza UE w okresie od 4 grudnia 2008 r. do 5 listopada 2014 r.								
Lp.	Państwo/terytorium	Liczba wniosków w poszczególnych latach						
		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
1.	Australia				1	1		1
2.	Azerbejdżan					1		
3.	Brytyjskie Wyspy Dziewicze				1			
4.	Bośnia i Hercegowina							1
5.	Brazylia					1		
6.	Chiny							1
7.	Chorwacja				1	1		
8.	Egipt						1	
9.	Ekwador					1		
10.	Gruzja							1
11.	Hongkong							1
12.	Izrael				1	1		
13.	Jersey						1	
14.	Kajmany				1			
15.	Kanada			1	1	1	1	
16.	Kolumbia					1		
17.	Liechtenstein		1				4	
18.	Meksyk					1		
19.	Monako		1			1		
20.	Mongolia					1	1	
21.	Namibia					1		
22.	Norwegia					2		1
23.	Panama				1	1		
24.	Rosja		1			2		
25.	RPA				1	1		1
26.	Serbia					1		
27.	Seszele					1		
28.	St. Vincent				1		1	
29.	Szwajcaria			2	2	7	11	6
30.	Turcja					1	1	1
31.	Ukraina				1	2	2	1
32.	USA			3	7	6	2	2
33.	Wyspy Marshalla							1
34.	Zjednoczone Emiraty Arabskie							1
Razem		0	3	6	19	36	25	19

Wykrywanie, śledzenie, zarządzanie i dysponowanie mieniem pochodzącym z przestępstwa w dyrektywie 2014/42/UE

Jednym z celów dyrektywy 2014/42/UE jest poprawa wykrywalności aktywów ukrytych w toku postępowania karnego oraz przeciwdziałanie ich wykorzystaniu po odbyciu kary¹⁰. Jeżeli na początkowym etapie postępowania nie wykryto wystarczającego mienia i nakaz konfiskaty pozostał niewykonany, powinna istnieć możliwość jego pełnego wykonania w późniejszym czasie (pkt 30 preambuły). Państwa członkowskie do dnia 4 października 2016 r. powinny wprowadzić niezbędne środki w celu umożliwienia wykrywania i śledzenia mienia, które jest przedmiotem istniejącego nakazu konfiskaty lub ma być objęte zabezpieczeniem lub konfiskatą (art. 9). Zobowiązaniem trudnym do realizacji będzie wprowadzenie mechanizmów pozwalających na wykrywanie i śledzenie mienia już po wydaniu prawomocnego wyroku skazującego lub przeprowadzeniu specjalnego postępowania w sprawie konfiskaty. Zadaniem równie trudnym będzie zapewnienie należytego zarządu nad zabezpieczonym mieniem do celów późniejszej konfiskaty przez zorganizowanie na przykład „scentralizowanych urzędów”, „grupy wyspecjalizowanych urzędów” lub „równoważnych mechanizmów” (art. 10 ust. 1) uprawnionych do sprzedaży lub przekazania mienia. Dyrektywa mówi również o potrzebie stworzenia instrumentów umożliwiających wykorzystanie skonfiskowanego mienia w interesie publicznym lub do celów społecznych (art. 10 ust. 3).

Zobowiązanie do wprowadzenia mechanizmów pozwalających na ponowne wykorzystanie mienia pochodzącego z działalności przestępczej wynika także z innych aktów prawa międzynarodowego: konwencji ONZ przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej sporządzonej w Palermo dnia 15 listopada 2000 r. (art. 14)¹¹, konwencji ONZ przeciwko korupcji z dnia 31 października 2003 r. (art. 57)¹², konwencji Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu sporządzonej w Warszawie dnia 16 maja 2005 r. (art. 25)¹³. Konwencja z Palermo, oprócz wykorzystania mienia na rzecz pokrzywdzonych, mówi m.in. o przeznaczeniu przez państwo mienia pochodzącego z przestępstwa na cel zwalczania przestępczości zorganizowanej. Dyrektywa 2014/42/UE idzie o krok dalej, zachęca-

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej, Dz. U. UE L 127 z dnia 29 kwietnia 2014 r., s. 39.

¹¹ Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158.

¹² Dz. U. z 2007 r., Nr 84, poz. 563.

¹³ Dz. U. z 2008 r., Nr 165, poz. 1028.

jąc państwa do szerszego ponownego wykorzystania skonfiskowanego mienia w interesie publicznym lub do celów społecznych.

W polskim prawie w następstwie przypadku mienie przechodzi na własność Skarbu Państwa, jeżeli nie podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innej uprawnionej osobie (art. 44 § 5 k.k.)¹⁴. Powiększając zasób Skarbu Państwa, mienie może być ponownie wykorzystane w różnych celach. Zachowanie wartości zajętego mienia, w tym poprzez sprzedaż, możliwe jest na podstawie przepisów regulujących wykonanie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym (w trybie postępowania cywilnego albo ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji). Stworzenia odpowiednich procedur wymaga natomiast przekazywanie konkretnego mienia pochodzącego z działalności przestępczej na rzecz organizacji społecznych i społeczności lokalnych. W procedury powinny być zaangażowane zainteresowane podmioty, aby zapewnić prawidłowe rozpoznanie potrzeb i alokację aktywów.

Sprostanie wymogom dyrektywy 2014/42/UE w zakresie śledzenia mienia objętego orzeczeniem o przypadku, które nie zostało wykonane z powodu niewykrycia aktywów oraz w zakresie zarządzania zajęтым mieniem będzie wymagało zmian instytucjonalnych, gdyż nie sposób wskazać już istniejącego organu w systemie organów państwowych, który mógłby w obecnym kształcie wykonywać powyższe zadania. Powstaje pytanie, czy lepszym wyjściem jest zreformowanie już istniejących instytucji czy też powołanie nowych. Umieszczenie organu o kompetencjach śledzenia i zarządzania zajęтым mieniem w strukturze organów państwowych jest sprawą, która powinna zostać poddana szerokiej dyskusji. Możliwe jest ulokowanie takiego organu w strukturze organów ścigania (np. w przypadku poszerzenia uprawnień krajowego ARO umiejscowionego w KGP wraz z powołaniem nowych zespołów ds. odzyskiwania mienia w terenowej strukturze Policji), organów administracji (np. Ministerstwa Finansów, tu jednostki analityki finansowej i Generalnego Inspektora Informacji Finansowej albo organów skarbowych) czy też sądownictwa (np. w zakresie nadzoru nad zarządem zajęтым mieniem). Utrzymanie lub powiększenie rynkowej wartości mienia wymaga zaangażowania specjalistów np. z dziedziny finansów, do których odwołują się zalecenia FATF dotyczące tzw. śledztw finansowych, co skłania do zainicjowania kooperacji organów państwowych z instytucjami sektora prywatnego. Jednakże obarczanie wyżej wymienionych instytucji kolejnymi obowiązkami nie jest najlepszym wyjściem. Optymalnym rozwiązaniem byłoby stworzenie jednego nowego wyspecjalizowanego ciała kolegialnego o charakterze interdepartamentalnym złożonego z przedstawicieli różnych organów państwowych (administracji, ścigania, sądownictwa), wspomaganego np. przez

¹⁴ Por. A. H. Ochnio, Implementation of the New EU Directive on Confiscation in Poland: The Challenge of Overcoming the Negative Historical Experiences of Confiscation Orders, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2016, vol. 24, issue 1, s. 19–38.

krajowe centralne ARO oraz nieistniejące obecnie jednolite struktury terenowe Policji ds. odzyskiwania mienia, jak też instytucje prywatne działające na zlecenie w zakresie zarządu zajęтым mieniem na rynkowych zasadach. Organ taki powinien zostać dodatkowo wyposażony w kompetencje dotyczące ponownego wykorzystania mienia objętego przepadkiem, w tym w interesie publicznym lub społecznym oraz współpracować na tym polu z organizacjami społecznymi i samorządowymi. Spośród możliwych rozwiązań należy wybrać system najbardziej wydolny w polskich warunkach i gwarantujący transparentne ponowne wykorzystanie mienia. Pozytywnie oceniane są m.in. systemy wprowadzone we Francji, Włoszech i na Cyprze¹⁵. Niezależnie od przyszłego wyboru ustawodawcy kwestia ostatecznego pozbawiania aktywów związanych z działalnością przestępczą powinna zostać kompleksowo uregulowana w odrębnej ustawie, której zaprojektowanie powinno być efektem prac specjalnego multidyscyplinarnego zespołu do spraw dostosowania prawa krajowego do dyrektywy 2014/42/UE.

Confiscation of proceeds of crime – new solutions in EU law (part 2)

Abstract

This part 2 deals with detecting, tracking down, and administering proceeds derived from criminal activities, from the perspective of Council Decision 2007/845/JHA of 6 December 2007 and Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014. Institutional changes are considered necessary for adequate alignment of Polish law.

¹⁵ Kompleksowe badania nad dysponowaniem skonfiskowanym mieniem w państwach członkowskich UE przeprowadzone przez Uniwersytet w Palermo we współpracy z Centrum Studiów nad Demokracją w Sofii oraz siecią FLARE i wsparciu innych partnerów wskazują na zalety systemów opartych na scentralizowanym podejściu (wyspecjalizowana instytucja centralna wspierająca inne agencje państwowe). Jako przykłady podano: Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC, Francja), Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC, Włochy), Unit for Combating Money Laundering (MOKAS, Cypr). Badanie podkreśla również zaletę przejrzystości systemu bezpośredniego ponownego użycia skonfiskowanego mienia w celach społecznych. Zob. Center for the Study of Democracy, Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States. Laws and Practices, Sofia 2014, s. 8 i 25.

Piotr Mierzwa

Karalność nadużyć na rynku kapitałowym w świetle ustawy o obrocie instrumentami finansowymi

Streszczenie

Przedmiotem opracowania są przestępstwa i wykroczenia określone w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2014 r., poz. 94 z późn. zm.). Autor podzielił je na siedem części, w których omówił poszczególne czyny przestępcze zawarte w art. 178–183 tej ustawy.

1. Wstęp

Prawo rynku kapitałowego jest autonomiczną dziedziną prawa, wyodrębnioną z prawa gospodarczego, handlowego i finansowego, która poprzez stały rozwój umacnia swoją odrębną kategoryzację. Mimo że kształtuje raczej prywatne stosunki, to sam mechanizm sprawowania nadzoru przez Komisję Nadzoru Finansowego (KNF) oraz cywilny, karny i administracyjny wymiar sankcji za nadużycia nadaje mu element prawa publicznego. Część doktryny uznaje ten rodzaj prawa jako pochodną prawa finansowego lub część rynku finansowego, inna – prawa handlowego. Natomiast, bez względu na to, istotne jest, że w obrocie zawierane są transakcje, a przedmiotem dokonywanych operacji instrumentami finansowymi są środki pieniężne. Podstawowym celem rynku kapitałowego jest umożliwienie pozyskiwania kapitału przeznaczonego na finansowanie inwestycji. Próżno szukać legalnej definicji pojęcia rynku kapitałowego. Przepisy kształtują jednak podstawowe wytyczne co do jego funkcjonowania. Obrót musi działać w sposób zorganizowany i zgodny z prawem, a nadzór nad formami działalności na rynku i ich uczestnikami sprawuje KNF. Podstawowy przedmiot działań na rynku kapitałowym, tj. obrót papierami wartościowymi, z racji dużej różnorodności działalności rynkowej, nie jest jednak wystarczający do uznania tej dziedziny *stricto* za odrębną gałąź prawa papierów wartościowych. Ten systematyczny problem umiejscowienia prawa rynku kapitałowego w schemacie podziału gałęzi prawa oraz jego w pełni materialny charakter potwierdzają tylko nowatorstwo oraz oryginalność tej dziedziny. Za argument o rozległości tematycznej, dużym rozdrobnieniu aktów prawnych regulujących rynek kapitałowy oraz coraz obszerniejszym zakresie prawa rynku kapitałowego posłuży fakt, że przedmiot artykułu będzie wyłącznie aspekt karny prawa rynku kapitałowego w kontekście ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹. Odpowiedzialność prawnokarna sprawców prze-

¹ Dz. U. z 2014 r., poz. 94 z późn. zm.

stępstw, rodzaje czynów karalnych, podmiot i przedmiot przestępstwa oraz aparat sankcyjny są podstawą do prawnej analizy natury przestępstw popełnianych na rynku kapitałowym. Pozwolą one przybliżyć prawnokarny wymiar przepływu kapitału. Bazową grupę nadużyć spenalizowaną w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, stanowią w szczególności: manipulacje akcjami, *insider trading* (rozumiany jako ujawnienie lub wykorzystywanie informacji poufnej lub informacji stanowiących tajemnicę zawodową), zerwanie zakazu polegającego na nieudzielaniu rekomendacji co do zbycia/nabycia pakietów instrumentów finansowych, czy wreszcie prowadzenie działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi bez wymaganego zezwolenia. Analizy wymagają również nadużycia, które nie mają rangi przestępstwa. Przykładem może być wykroczenie polegające na utrudnianiu przeprowadzania czynności kontrolnych lub na naruszaniu obowiązków w związku z zaprzestaniem prowadzenia działalności maklerskiej.

Należy podkreślić rozproszenie ustawodawstwa prawa rynku kapitałowego, co ma bezpośredni wpływ na umiejscowienie i różnorodność przepisów karnych typizujących czyny niedozwolone oraz ich rangę. Co za tym idzie – ochrony prawnej oraz gwarancji aparatu sankcyjnego rynku kapitałowego nie stanowi ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny², ale przepisy zawarte w innych ustawach regulujących funkcjonalność rynku kapitałowego³. Jest to pierwszy, a zarazem najważniejszy aspekt, jeśli chodzi o odpowiedzialność karną uczestnika rynku kapitałowego pod rządami polskiego k.k. Jedynie art. 311 k.k. bezpośrednio odnosi się do rynku kapitałowego co, biorąc za podstawę przywołany fakt rozproszenia regulacyjnego omawianej dziedziny prawa, świadczy o odstąpieniu przez ustawodawcę od pełnej i wyczerpującej kodyfikacji⁴. Artykuł ten przewiduje karę pozbawienia wolności do 3 lat dla sprawcy rozpowszechniającego w dokumentacji papierów wartościowych nieprawdziwe informacje (lub przemilczającego fakt posiadania takich informacji) o stanie majątkowym oferenta, które mają istotne znaczenie dla nabycia, zbycia papierów wartościowych, podwyższenia albo obniżenia ich wkładu. Natomiast w art. 116 k.k. znajduje się niejako potwierdzenie głoszonej tezy o rozproszeniu regulacyjnym, które ma na celu pozakodeksowe stypizowanie⁵ przestępstw związanych z rynkiem kapitałowym. Konstrukcja przepisu penalizującego opisywane nadużycia, oparta została na szczegółowym opisie bezprawności zachowania sprawcy⁶.

² Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1382 z późn. zm.), ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. z 2016 r., poz. 174), ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 157 z późn. zm.), ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz. U. z 2015 r., poz. 238) itd.

⁴ P. Ochman, Karnoprawa ochrona rynku kapitałowego, Londyn 2014, s. 32.

⁵ *Ibidem*, s. 33.

⁶ Np. prowadzenie działalności maklerskiej „bez zezwolenia”.

Piotr Ochman uznał nawet tego typu klauzule normatywne za charakterystyczne przy funkcjonowaniu „techniki typizacji blankietowej”⁷, która ściśle wiąże się z obrotem gospodarczym. Takie wskazanie, oparte na domniemaniu faktycznym, podkreśla wagę czynu sprawcy i dookreśla bezprawność⁸, uzasadniając jednocześnie zagrożenie odpowiedzialnością karną. Parafrazując przepis karny, w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, dzięki tej konstrukcji, otrzymywany jest jasny przekaz, że działanie sprawcy było w pełni bezprawne.

Wzrost penalizacji zachowań na rynku kapitałowym wynika obecnie z niewystarczającej represyjności sankcji administracyjnych. W konsekwencji, narasta potrzeba szybszego i bardziej dotkliwego ukarania nadużyć godzących zarówno w polski obrót kapitałowy, jak i autorytet państwa w rozumieniu sprawowania funkcji nadzorca rynku. W związku z powyższym, rośnie potrzeba penalizacji przepisów rynkowych.

2. Regulacje w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi

Na potwierdzenie progresu penalizacji przepisów polskiego prawa rynku kapitałowego wybrana została ustawa o obrocie instrumentami finansowymi (określana dalej jako u.o.i.f.). Mimo że w tej ustawie normodawca skrupulatnie usiłował zwiększać rolę sankcji za delikty administracyjne, to jednak znajduje się tu grupa najbardziej popularnych i najczęściej popełnianych przestępstw na rynku kapitałowym. Przepisy karne umieszczone są w rozdziale X ustawy, tj. w artykułach 178–183. Za wyjątkiem unormowanego w art. 184 u.o.i.f. wykroczenia uniemożliwiania/utrudniania czynności kontrolnych⁹, które podlega przepisom ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹⁰, reszta postępowań za przestępstwa z ww. artykułów przebiega zgodnie z Kodeksem postępowania karnego i ma charakter publiczny, gdyż są to czyny karalne ścigane z urzędu.

3. Manipulacja

Definicję manipulacji instrumentami finansowymi (wraz z ośmioma przypadkami jej popełnienia) zawiera art. 39 ust. 2 u.o.i.f. Definicja ta została odpowiednio rozszerzona o wskazania dyrektyw prawa europejskiego¹¹, m.in. dyrektywy w sprawie wykorzystania poufnych informacji i manipulacji, nazywanej Market Abuse Directive – MAD¹². Podstawowym przepisem przewidującym odpowiedzialność karną za popełnienie manipulacji jest art. 183 u.o.i.f. Odpowiedzial-

⁷ P. Ochman, (w:) *Karnoprawna ochrona...*, s. 37.

⁸ *Ibidem*, s. 38.

⁹ Zob. dalej punkt 6.

¹⁰ Dz. U. z 2013 r., poz. 395 z późn. zm.

¹¹ A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Wydawnictwo Lex Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 54.

¹² Dz. Urz. WE L 96 z dnia 12 kwietnia 2003 r.

ność karną sprawcy niesie za sobą określona liczba prawnie uregulowanych zachowań manipulacyjnych, związana przede wszystkim ze składaniem zleceń lub dokonywaniem określonych transakcji.

O rodzajach manipulacji, której sprawcy podlegają odpowiedzialności karnej, stanowi art. 39 ust. 2. u.o.i.f. Reszta przypadków manipulacji zawartej w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi skutkuje odpowiedzialnością o charakterze administracyjnym¹³. Dokonując wykładni jego zapisów, w pierwszej kolejności należy wskazać, że przestępstwo manipulacji jest przestępstwem powszechnym, ściganym z urzędu w wymiarze publicznoskargowym. Charakterystyczna dla wymiaru popełniania niniejszego przestępstwa jest wyłączność winy umyślnej sprawcy. Sprawca może się dopuścić przestępstwa manipulacji zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zgodnie z art. 183 u.o.i.f. i przy prawidłowej wykładni art. 39 u.o.i.f. przedmiotem przestępstwa może być rozpowszechnianie za pomocą środków masowego przekazu lub innych, fałszywych lub nierzetelnych informacji albo pogłosek, które mogą wprowadzać w błąd (lub bezpośrednio wprowadzają w błąd) w zakresie instrumentów finansowych. Manipulacja jako czyn zabroniony polega zatem na rozpowszechnianiu odpowiednio uwarunkowanych informacji, pogłosek czy nawet plotek celem wywarcia wpływu na cenę instrumentu finansowego, wysyłanie odpowiednich sygnałów, aby wyrzucić właściwy, ale sztuczny ruch w cenach. Przede wszystkim przekazywane wiadomości muszą być nieprawdziwe, fałszywe lub nosić znamiona nierzetelności. Nie mogą to być jakiegokolwiek informacje, lecz wiadomości w zakresie instrumentów finansowych, które wprowadzają w błąd (szerze grono odbiorców) co do istoty instrumentów finansowych, np. kursu akcji. Sprawca musi zdawać sobie sprawę z nieprawdziwości informacji oraz ich fałszywego charakteru przed rozpoczęciem procedury ich rozpowszechniania. Nie ma natomiast znaczenia pozytywny lub negatywny charakter przekazywanej informacji. Nieprawdziwość i nierzetelność informacji dotyczącej spółki nie oznacza, że osoba dopuszczająca się manipulacji przekazuje wyłącznie negatywne informacje. Przedmiotem manipulacyjnych zachowań mogą być również nieprawdziwe, aczkolwiek – pozytywne informacje na temat działalności spółki. Rozpowszechniający ponadto nie musi być w posiadaniu akcji danej spółki. W związku z dopuszczeniem się czynu przestępnego w postaci manipulacji nie

¹³ Delikty administracyjne określone są w art. 39 ust. 2 pkt 4 lit. b, pkt 8 oraz w art. 173 ust. 1 u.o.i.f.: rozpowszechnianie za pomocą środków masowego przekazu fałszywych lub nierzetelnych informacji albo pogłosek, które wprowadzają lub mogą wprowadzać w błąd w zakresie instrumentów finansowych przez inną osobę, jeśli wiedziała lub mogła się dowiedzieć, że są to nieprawdziwe i nierzetelne informacje, uzyskiwanie korzyści majątkowej z wpływu opinii dotyczących instrumentów finansowych lub emitentów wyrażanych w środkach masowego przekazu w sposób okazjonalny lub regularny, na cenę posiadanych instrumentów finansowych (jeśli nie było tu konfliktu interesów) oraz przypadek każdego podmiotu, który dopuszcza się stabilizacji ceny instrumentu finansowego lub zlecenia jego dokonania z pogwałceniem postanowień prospektu emisyjnego lub przepisów ustawy.

musi nawet osiągnąć korzyści majątkowej, choć jednocześnie wskazać należy, że okoliczność ta ma wpływ na wymiar ewentualnej kary. Manipulant będzie odpowiedzialny za szereg działań zmierzających do kształtowania sytuacji rynkowej. Następuje tu zatem sprzeczność realizacji osobistego interesu z dobrem ogółu. Przedmiotem ochrony przestępstwa manipulacji jest bowiem przede wszystkim zagwarantowanie uczciwego przebiegu obrotu, ze wskazaniem na zaspokajanie podstawowych interesów uczestników rynku kapitałowego. Przestępstwo manipulacji zmierzające do wykreowania własnej, pożądanej ceny instrumentu finansowego, całkowicie odbiegającej od normalnej stopy podaży i popytu, może zostać popełnione w innych przypisanych prawnie formach. Nie ma przeszkód, aby manipulacja nie była oparta wyłącznie na informacjach. Formę działania sprawcy mogą stanowić składane zlecenia bądź już samo przeprowadzanie transakcji. Manipulujący dopuszcza się ich w podobnym celu jak sprawca manipulacji, rozpowszechniający nieprawdziwe informacje niezbędne do wywarcia wpływu na ceny instrumentów finansowych. Manipulacja regulowana artykułem 183 ust. 1 u.o.i.f. zakłada składanie zleceń lub przeprowadzanie transakcji rynkowych, wprowadzających w błąd co do ceny instrumentu finansowego, podaży lub popytu lub zmierzających do sztucznego ustalenia ceny lub wywołania innego niepożądanego skutku co do kursu. Może również dotyczyć dziennikarza, który wywołuje wahania kursu bądź ceny poprzez rozpowszechnianie w środkach masowego przekazu fałszywych informacji. Taka forma jest wyjątkiem od powszechności podmiotowej przestępstwa manipulacji. W tym przypadku, potencjalnym sprawcą przestępstwa manipulacji może być wyłącznie dziennikarz. Natomiast art. 183 ust. 2 u.o.i.f. określa formę uprzywilejowaną przestępstwa manipulacji, normując odpowiedzialność za porozumienie z inną osobą mającą na celu dokonanie manipulacji. Należy w tym przypadku zwrócić szczególną uwagę na ustawowe przypisanie karalności za wejście w przygotowanie procesu manipulacji¹⁴. Nie jest jednak przewidziana odpowiedzialność karna za każdy etap przygotowania, ponieważ taka interpretacja przepisów zmierzałaby do absurdu w postaci karalności inwestorów za własne decyzje inwestycyjne lub przygotowanie do realizacji niektórych planów inwestycyjnych, których przedmiotem jest ścisła współpraca z innymi podmiotami. Karalnym jest natomiast porozumienie między dwoma określonymi osobami, które ma umożliwić właściwe przygotowanie do faktycznego dokonania przestępstwa manipulacji¹⁵. Manipulacja w podstawowej formie stanowi przestępstwo zagrożone karą grzywny do 5 mln zł albo karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat albo obu tym karom łącznie. Forma kwalifikowana niniejszego przestępstwa ma miejsce w przypadku, gdy takich manipulacji dopuszczają się osoby zatrudnione w sektorze finansowym, zwłaszcza w organach

¹⁴ Chodzi o przygotowanie w rozumieniu art. 16 § 1 Kodeksu karnego.

¹⁵ A. Bła ch n i o - P a r z y c h, *Kryminalizacja manipulacji...*, s. 121.

nadzoru lub regulacyjnych. Dla tej grupy sprawców niezwykle dotkliwy może się okazać wyrok orzekający środek karny w postaci zakazu wykonywania określonych funkcji, zajmowania określonego stanowiska, wykonywania zawodu lub prowadzenia właściwej działalności gospodarczej czy chociażby podanie do publicznej wiadomości wyroku skazującego. W przypadku manipulacji typologicznie przypisanej do osoby dziennikarza, możliwe jest orzeczenie przez właściwy sąd samoistnej kary grzywny opiewającej na 200 tys. zł.

4. Insider trading – formy nadużyć w zakresie informacji poufnych

Na samym początku należy wskazać, że *insider trading* należy postrzegać jako grupę bezprawnych działań, która wiąże się z wykorzystaniem informacji poufnych, lub tajemnicy zawodowej w obrocie instrumentami finansowymi¹⁶. Podmiotem dopuszczającym się wykorzystania takich informacji jest osoba nimi dysponująca, tj. „insider”. Do skutecznej pełni definicyjnej niniejszego nadużycia potrzebne jest wskazanie charakteru prawnego informacji poufnej służącej do popełnienia takich rodzajów czynów bezprawnych. Zgodnie z art. 154 ust. 1 u.o.i.f., informacją poufną jest określona w sposób precyzyjny informacja dotycząca, bezpośrednio lub pośrednio, jednego lub kilku emitentów instrumentów finansowych, jednego lub kilku instrumentów finansowych, nabywania lub zbywania tych instrumentów, która nie została przekazana do publicznej wiadomości, a która po takim przekazaniu, mogłaby w istotny sposób wpłynąć na cenę tych instrumentów lub na cenę powiązanych z nimi pochodnych instrumentów finansowych. I. Pieczyńska-Czerny oraz P. K. Grabkowski w opracowaniu Komisji Papierów Wartościowych i Giełd¹⁷ z 2006 r.¹⁸ zwracają nawet szczególną uwagę, że w odniesieniu do osób profesjonalnie zajmujących się obrotem instrumentami finansowymi status poufności takich informacji istnieje również w przypadku przekazania jej przez inwestora lub inny podmiot posiadający wiedzę o dyspozycjach instrumentów finansowych.

Zakres dotkliwości kary po spenalizowaniu *insider tradingu* zawarty jest w art. 179–182 u.o.i.f. Skłania to do wniosku, że ustawodawca stworzył katalog karny odnoszący się do *insider traderów*. Osoba obowiązana w myśl prawa do zachowania tajemnicy zawodowej, ujawniająca lub wykorzystująca w obrocie instrumentami finansowymi informacje będące tajemnicą zawodową, naraża się na grzywnę, której górna granica wynosi 1 mln zł, karę pozbawienia wolności do 3 lat albo nawet obu ww. karom łącznie. Opisana w art. 179 u.o.i.f. sankcja nie jest jeszcze najwyższą za dopuszczenie się na rynku *insider tradingu*. Osoba,

¹⁶ Może się także wiązać z naruszeniem obowiązków informacyjnych spółek publicznych (zob. P. Wajda, Efektywność informacyjna rynku giełdowego, Warszawa 2011, s. 75).

¹⁷ Jeden z pierwowzorów Komisji Nadzoru Finansowego powołanej do życia na mocy ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym.

¹⁸ Dyrektywa Market Abuse w krajowym porządku prawnym. Zagadnienia wybrane, Warszawa, s. 13.

która pierwotnie ważną informację pozyskała w związku z pełnieniem odpowiedniej funkcji w organach spółki lub pozostając z nią w stosunku pracy zlecenia czy innym pokrewnym, a która wykorzystuje taką informację poufną, podlega grzywnie do 5 mln zł łącznie, karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 lub podobnie – obu tym karom łącznie¹⁹. W sytuacji gdy ten czyn nie popełniła wyżej określona osoba z art. 156 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f., a sprawcą była osoba spoza spółki, podobna kara pieniężna występuje razem lub osobno z groźbą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat²⁰ i nosi znamiona występkę wykorzystania informacji poufnej, którego sprawca może się dopuścić wyłącznie w formie działania. Nadmienić należy, że nie jest spenalizowana w tak restrykcyjny sposób konsekwencja popełnienia czynu z art. 180 u.o.i.f. Czyn ten to nie tylko ujawnienie informacji poufnej przez *insidera* pierwotnego²¹ lub wtórnego²², ale także rekomendowanie lub nakłanianie innych osób do nabycia/zbycia instrumentów finansowych o określonej liczbie i wartości, na podstawie pozyskanych informacji poufnych²³. Jest przedmiotem rozległych dyskusji, czy stanowi to osobny rodzaj czynu karalnego, czy też może zostać zinterpretowane, np. przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy, jako podżeganie do popełnienia przestępstwa. Taka rekomendacja, stanowiąca złamanie zakazu z art. 156 ust. 2 pkt 2 u.o.i.f. – z zastrzeżeniem, że informacja poufna jest bezpośrednio związana z instrumentami nabytymi w wyniku rekomendacji – może skutkować grzywną w wysokości 2 mln zł, karą pozbawienia wolności do lat 3 albo obu tym karom łącznie.

Analizując stronę podmiotową przestępstwa ujawniania (lub wykorzystania) informacji poufnych, zauważalna jest pewna cecha, która stanowi znaczącą różnicę w stosunku do innych opisywanych przestępstw zawartych w przepisach ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Jest to zatem indywidualny charakter przestępstwa, który występuje w przypadku opisywanej grupy czynów bezprawnych. Przestępstwo to nie ma charakteru powszechnego, bowiem potencjalnym sprawcą może być wyłącznie osoba posiadająca informacje poufne w związku z wykonywaną funkcją. Podobnie kształtuje się ujęcie przestępstwa, jeśli chodzi o sposób jego popełnienia. Dopuszczenie się ujawnienia informacji poufnych może przebiegać w zamiarze bezpośrednim oraz ewentualnym i jest przestępstwem umyślnym. W przypadku wykorzystania informacji poufnych, na uwagę zasługuje pogląd A. Michóra, który podnosi, że może dojść do kumulacji odpowiedzialności karnej i administracyjnej w przypadku dopuszczenia się czynu z art. 181 u.o.i.f.²⁴. Uregulowane w tym artykule wykorzystanie informacji

¹⁹ Art. 181 ust. 2 u.o.i.f., stanowiący kwalifikowaną formę wykorzystania informacji poufnych.

²⁰ Art. 181 ust. 1 u.o.i.f.

²¹ *Insider* pierwotny to osoba, która jako pierwsza powzięła informacje poufne. Są to informacje tzw. „z pierwszej ręki”, priorytetowe, mające charakter unikanalny.

²² A. Michór, Komentarz do niektórych przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi – art. 175–180, LEX/el. nr 8592.

²³ Art. 182 u.o.i.f.

²⁴ A. Michór, Komentarz..., *op. cit.*, s. 69.

poufnej polega na zbywaniu, nabywaniu lub dokonywaniu innej czynności prawnej na rachunek własny lub osoby trzeciej instrumentów finansowych na podstawie informacji poufnej.

Osobny, chociaż bardzo zbliżony fragmentarycznie rodzaj przestępstwa z grupy *insider tradingu*, stanowi złamanie tajemnicy zawodowej²⁵. Na wstępie nasuwa się stwierdzenie dotyczące indywidualnego charakteru tego czynu. Jego popełnienie możliwe jest przez osobę, która zobowiązała się do przestrzegania tajemnicy zawodowej²⁶. Mowa jest tu o maklerach, doradcach inwestycyjnych, przedstawicielach składu statutowych organów banków powierniczych i firm inwestycyjnych, czyli o osobach, które na co dzień posługują się danymi i dysponują danymi co do preferencji inwestycyjnych klienta.

5. Prowadzenie działalności maklerskiej bez zezwolenia

Zakładając sankcję karną za prowadzenie działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi przepis art. 178 u.o.i.f., został wprowadzony do ustawy z zamysłem ochrony stabilności finansowej państwa oraz podtrzymania zaufania do działań uczestników na rynku kapitałowym. Przestępstwo wpisuje się w ogół innych karnych nadużyć popełnianych na rynku kapitałowym z uwagi na jego powszechny charakter. Czynem noszącym znamiona przestępstwa z artykułu 178 u.o.i.f. jest naruszenie zasad dotyczących prowadzenia działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi, określonymi w ustawie. Sprawca dokonuje czynności faktycznych i prawnych, bez określonego przepisami prawa zezwolenia lub upoważnienia²⁷, uprawniającego do prowadzenia zorganizowanej formy działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi. W opinii autora, mimo zapisu o wykonywaniu bez określonego zezwolenia działalności w zakresie obrotu papierami wartościowymi, prowadzenie działalności maklerskiej czy organizowanie własnego obrotu podlega odpowiedzialności karnej określonej w art. 178 u.o.i.f. Nie ma bowiem innej prawnej możliwości wymierzenia kary za ww. czyny. Próba odpowiedzi na pytanie, dlaczego występuje tendencja zmierzająca do rozróżnienia interpretacyjnego, zbliżonych nie tylko nazwą, ale również strukturalnie czynów przestępnych, jest chybiona. Zwłaszcza, że na potwierdzenie takiego stanowiska wskazać należy, iż nie ma odrębnych przepisów regulujących odpowiedzialność karną za podobne czyny. Analizując zakres działań, które skłaniają do odpowiedzialności karnej, dodać należy, że bezprawne prowadzenie działalności w zakresie obrotu instrumen-

²⁵ Zastępczo tytułowane sprzeniewierzeniem się tajemnicy zawodowej, uregulowane w art. 179 u.o.i.f.

²⁶ Listę podmiotów zobowiązanych do przestrzegania tajemnicy zawodowej określa art. 148 ust. 1 u.o.i.f. Nie ma przeszkód, aby rozszerzyć krąg tych podmiotów i przy zawieraniu stosunku pracy do przestrzegania tajemnicy zawodowej zobligować inne osoby.

²⁷ Zezwolenie nadaje Komisja Nadzoru Finansowego (art. 69 ust. 1 u.o.i.f.), która tym samym określa także zakres działalności maklerskiej (art. 82 ust. 2 pkt 2 u.o.i.f.).

tami finansowymi dotyczy obrotu zarówno na rynku pierwotnym, jak i wtórnym. Mając na względzie wszystkie wyżej przytoczone okoliczności, oczywistym wydaje się być umyślny charakter popełnianego przestępstwa. Co za tym idzie, sprawca może się go dopuścić zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Prowadzenie działalności związanej z obrotem instrumentami finansowymi zagrożone jest karą grzywny do 5 mln zł, która może być orzeczona osobno lub wraz ze środkiem karnym w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska, zawodu lub prowadzenia określonej działalności, podania wyroku do publicznej wiadomości czy nawet przepadku.

6. Uniemożliwianie i utrudnianie przeprowadzenia czynności kontrolnych lub naruszenia obowiązków w związku z zaprzestaniem działalności maklerskiej (wykroczenie)

Nie wszystkie nadużycia, które zgodnie z ustawą o obrocie instrumentami finansowymi wiążą się z sankcjami, mają charakter przestępstw. Artykuł 184 u.o.i.f. wskazuje, że na odpowiedzialność za dane wykroczenie narazić można się w dwojaki sposób. Na wstępie należy zaznaczyć jednak, że wprowadzenie odpowiedzialności w art. 184 u.o.i.f. miało na celu ochronę prawidłowości i czynności nadzorczo-kontrolnych, a co za tym idzie, zwiększenie skuteczności KNF i autorytetu polskiego nadzoru finansowego. Artykuł 184 ust. 1 u.o.i.f. przewiduje dwa rodzaje wykroczenia: uniemożliwianie kontroli w ogóle oraz działania polegające na jej utrudnianiu²⁸. Sankcja skierowana jest do osoby fizycznej, która reprezentuje daną osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, wobec czego wykroczenie to posiada jasno sprecyzowany podmiot. Szczególnie należy zauważyć, że spenalizowane jest działanie w formie zaniechania (*non facere*) obowiązku przeniesienia papierów wartościowych, innych instrumentów finansowych i środków pieniężnych lub dokumentów związanych z prowadzeniem rachunków²⁹ oraz niedeponowanie i odstępowanie od archiwizacji dokumentów³⁰ bądź innych nośników informacji związanych z prowadzeniem działalności maklerskiej³¹ tudzież powierniczej³². Z punktu widzenia odpowiedzialności za popełnienie wykroczenia, wskazuje się na kary: aresztu (od 5 do 30 dni), ograniczenia wolności (maksymalnie miesiąc) oraz grzywny (od 20 do 5000 PLN), przy założeniu alternatywnego zastosowa-

²⁸ M. Sucharski, *Prawnokarna ochrona giełdowego obrotu papierami wartościowymi*, Toruń 2006, s. 167.

²⁹ Art. 184 ust. 1 pkt 1 u.o.i.f.

³⁰ Art. 184 ust. 2 pkt 1 u.o.i.f.

³¹ Art. 184 ust. 2 pkt 2 u.o.i.f.

³² Zaprzestająca działalności maklerskiej firma inwestycyjna ma unormowany prawem obowiązek archiwizowania i przechowywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przez okres 5 lat od dnia zaprzestania prowadzenia tej działalności, dokumentów oraz innych nośników informacji związanych z prowadzeniem tej działalności (art. 90. ust. 1 u.o.i.f.).

nia wymierzenia kary. Podkreślenia wymaga, że przepisy prawa nie przewidują w przypadku tego wykroczenia orzeczenia środków karnych.

7. Podsumowanie

Opisane rodzaje czynów zabronionych są najbardziej popularnymi w zorganizowanym obrocie instrumentami finansowymi. Właśnie takiemu podejściu powinien ulec wzrost penalizacji nadużyć. Czy równie popularna jest praktyka związana z dopuszczaniem się takich czynów i ich sankcjonowaniem? W 2014 r. odnotowano 65 złożonych przez KNF do prokuratury zawiadomień o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa, 17 z nich dotyczyło ujawnienia (lub wykorzystania) informacji poufnych, czyli przestępstw z grupy *insider tradingu*. Z zawiadomień Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego (UKNF) do sądów w całej Polsce wniesionych zostało 19 aktów oskarżenia, z których zapadło 14 wyroków, w tym 6 bezpośrednio dotyczyło rynku kapitałowego i było związanych z działalnością na nim. Zwiększa się zatem stopień wykrywalności opisywanych przestępstw. Stopień wykrywalności nie ma jednak przełożenia na liczbę wyroków skazujących. Niestety, jak pokazują przywołane statystyki, orzekanie bezwzględnych kar pozbawienia wolności oraz częstotliwość karania za czyny na rynku kapitałowym nie są popularne wśród składów orzekających w polskich sądach. Również dlatego UKNF zdecydował się wystosować prośbę do Ministerstwa Finansów o przygotowanie przepisów mających na celu stanowcze powiększenie skuteczności ścigania przestępstw. Część z nich zakładałaby m.in. zwiększenie uprawnień funkcjonariuszy Policji. Prognozuje się, że opisany stan prawny ustawy o obrocie instrumentami finansowymi może zatem niebawem ulec modyfikacji, a do walki z przestępstwami gospodarczymi popełnianymi na rynkach kapitałowych być może już niedługo powołane zostaną odpowiednie struktury przeszkołonych funkcjonariuszy. Przestępstwa unormowane w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi wydają się być trudne do udowodnienia. Mimo coraz większej liczby zawiadomień UKNF, wykazanie przed sądem winy sprawcy – jak pokazuje praktyka – nie zawsze jest możliwe. Nadzór finansowy powinien wypracować odpowiedni aparat, który ułatwi wymiarowi sprawiedliwości doprowadzenie, a następnie ukaranie sprawcy. Eksperci zdają sobie sprawę, że nadużycia związane z obrotem instrumentami finansowymi i papierami wartościowymi mają ciężki charakter gatunkowy i są niezwykle trudne do wykrycia i udowodnienia winy. W tym miejscu wskazane jest również przypomnieć, że przedmiotem artykułu są przestępstwa regulowane wyłącznie ustawą o obrocie instrumentami finansowymi. Biorąc za podstawę regulacyjne rozdrobnienie prawa rynku kapitałowego, istotne jest jak bardzo poszerza się katalog przestępstw, gdy zagadnienie to przyjdzie analizować również przez pryzmat innych aktów prawnych. Dla potwier-

dzenia bezprawne dokonywanie oferty publicznej³³ czy bezprawne prowadzenie działalności lokacyjnej³⁴ oraz cała grupa czynów przestępnych popełnianych w związku z tworzeniem prospektu emisyjnego, to tylko przykłady najpopularniejszych przestępstw pochodzących z innych ustaw dotyczących rynku kapitałowego. Nie można zapominać chociażby o grupie nadużyć związanych z niedopełnieniem obowiązków informacyjnych. Postępujący rozwój rynku oraz coraz większe grono uczestników zwiększa prawdopodobieństwo rynkowej przestępczości pojmowanej jako sprawstwo „w białych kołnierzykach”, co abstrahując od prawnokarnego wymiaru analizy, a przy spojrzeniu wyłącznie ekonomicznym, może wpływać na rozmiar szkody na rynku i inwestorów, czy nawet w konsekwencji doprowadzić do znacznych strat Skarbu Państwa. Patrząc przez pryzmat celów prawa karnego, wzmocnienia wymaga funkcja sprawiedliwościowa oraz funkcja prewencyjna. Dotkliłość kar powinna powodować ogólne poczucie społecznej sprawiedliwości i być adekwatna do popełnionych czynów zabronionych. Państwo powinno być gotowe do skutecznego ukarania sprawcy w taki sposób, aby odstraszać potencjalnych sprawców od popełnienia. W tym celu zaostrzenie kar zwłaszcza w przypadku przestępstw, których przedmiotem jest osiągnięcie nieuzasadnionych wysokich korzyści majątkowych³⁵, może być nieuniknione. Umyślność nadużyć określonych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi polega również na tym, że sprawcy w pełnym przekonaniu kalkulują, iż przy obecnym katalogu kar czyn przestępny, skutkujący przysporzeniem sobie dużych korzyści majątkowych, zwyczajnie im się opłaca.

W opinii autora, właśnie takiemu podejściu powinny zapobiegać ewentualna nowelizacja ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Incrimination of market abuse under the Act on Trading in Financial Instruments

Abstract

This study explores offences under the Act of 29 July 2005 on Trading in Financial Instruments (Official Journal of Laws of 2014, item 94 as amended). The study comprises seven sections, each dealing with specific unlawful acts referred to in Articles 178 to 183 of the said Act.

³³ Art. 99 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych.

³⁴ Art. 287 ustawy o funduszach inwestycyjnych.

³⁵ Przede wszystkim chodzi o manipulacje dokonywane na rynku giełdowym.

Dariusz Drajewicz

Tymczasowe aresztowanie w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego

Streszczenie

Artykuł przedstawia zmiany, jakie wprowadza w zakresie dotyczącym tymczasowego aresztowania ustawa z dnia 27 września 2013 r. zmieniająca kodeks postępowania karnego, która została następnie znowelizowana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. Nowela wzmacnia pozycję oskarżonego, w tym jego prawo do obrony formalnej, oraz wprowadza zasadę jawności dowodów, które mają stanowić podstawę zastosowania tymczasowego aresztowania. Ustawodawca doprecyzowuje wymogi uzasadnienia wniosku o zastosowanie tego środka i uzasadnienia postanowienia w tym przedmiocie. Nowela ustanawia zasadę adekwatności stosowania środków zapobiegawczych i wprowadza inne zmiany, które mają na celu ograniczenie stosowania tego najsurowszego środka zapobiegawczego.

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹, znowelizowana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw², wprowadza zasadnicze zmiany w zakresie tymczasowego aresztowania zmierzające do ograniczenia stosowania tego środka.

Przede wszystkim ustawodawca poszerza zakres obrony formalnej, umożliwiając do niej dostęp także podejrzanemu w stadium rozpoznania zażalenia na stosowanie tymczasowego aresztowania, jego przedłużenie i rozpoznania zażalenia na postanowienie w tym przedmiocie. Nowela poszerza dostęp oskarżonego do dowodów, które mają stanowić podstawę stosowania tymczasowego aresztowania, urzeczywistniając w ten sposób zasadę równości broni, która była naruszana poprzez ograniczenie oskarżonemu poznania tych dowodów.

Ustawy wprowadzają nowe obowiązki, jakie musi wypełnić prokurator w zakresie uzasadnienia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, a sąd co do decyzji, która taki wniosek uwzględni. Podniesienie po-

¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

² Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

ziomu uzasadnień ma służyć głębszej analizie konieczności sięgnięcia po najsurowszy środek zapobiegawczy.

Nowelizacja zmierza do skrócenia czasu postępowania zażaleniowego na postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania poprzez zobowiązanie sądu do rozpoznania zażalenia nie później niż przed upływem 7 dni od przekazania go sądowi wraz z niezbędnymi aktami. Nowe przepisy porządkują kwestię ograniczeń w zakresie zażalenia na decyzję wydaną co do wniosku oskarżonego o zmianę lub uchylenie tymczasowego aresztowania i przedłużają termin złożenia poręczenia w przypadku warunkowego tymczasowego aresztowania.

Ustawodawca w istotnym zakresie ingeruje w przesłanki szczególne tymczasowego aresztowania, eliminując jako samodzielną jego podstawę tzw. surowość kary oraz wprowadzając zasadę adekwatności. Zmiana obejmuje także nowe określenie negatywnych przesłanek tymczasowego aresztowania, poprzez wyłączenie – co do zasady – jego stosowania w sprawach przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat.

Ustawodawca nakłada na sąd nowy obowiązek zawiadomienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania organu, który prowadzi postępowanie przeciwko oskarżonemu. Nowe przepisy ograniczają przedłużenie tymczasowego aresztowania, ustanawiając górną granicę jego stosowania, a także uściślają postępowanie z osobą ujętą w wyniku poszukiwania listem gończym.

Obrońca z urzędu (art. 249 § 5 zd. 2 k.p.k.)

Ustawodawca wprowadza zasadniczą zmianę w zakresie zapewnienia oskarżonemu dostępu do obrońcy z urzędu. W związku ze zwiększeniem kontradiktoryjności postępowania³ znowelizowany kodeks postępowania karnego zapewnia szerokie możliwości prawa do obrony formalnej⁴. Nowela

³ Szerzej na ten temat np.: D. Drajewicz, Kontradiktoryjność procesu karnego w świetle projektowanych zmian kodyfikacyjnych, MoP 2012, nr 18; t e n ż e, Kontradiktoryjność procesu przed sądem I instancji w znowelizowanym KPK, MoP 2014, nr 21; A. L a c h, Zasada kontradiktoryjności w postępowaniu sądowym w procesie karnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, Pal. 2012, nr 5–6; t e n ż e, Ocena projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870, Biuro Analiz Sejmowych 2013, nr 1; A. S a k o w i c z, Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870, Biuro Analiz Sejmowych 2013, nr 1; S. S t e i n - b o r n, Ekspertyza prawna projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870, Biuro Analiz Sejmowych 2013, nr 1; K. Z g r y z e k, Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 870, Biuro Analiz Sejmowych 2013, nr 1; P. W i l i Ń s k i (red.), Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym, Warszawa 2013.

⁴ A. L a c h, Ocena projektu..., s. 65.

ustanawia w postępowaniu sądowym obowiązek wyznaczenia obrońcy z urzędu bez względu na sytuację majątkową oskarżonego. Obronę tę określa się mianem „obrony na życzenie”, gdyż dla uzyskania obrońcy wystarczające jest złożenie jedynie wniosku (art. 80a k.p.k.)⁵.

O ile w postępowaniu sądowym oskarżony na podstawie wniosku może zawsze uzyskać fachową pomoc prawną podczas całego postępowania sądowego (art. 80a § 1 k.p.k.) albo w celu dokonania określonej czynności procesowej (art. 80a § 2 k.p.k.), to w postępowaniu przygotowawczym stan prawny nie uległ zmianie i obrońca z urzędu może zostać wyznaczony podejrzanemu jedynie wówczas, gdy wykaże stan niedostatku (art. 78 § 1 k.p.k.). Ustawodawca podkreśla to dodatkowo w znowelizowanym art. 78 § 1 k.k., zastępując termin „oskarżony” pojęciem „podejrzany”.

W postępowaniu przygotowawczym wyjątek od zasady wykazania stanu niedostatku (art. 78 § 1 k.p.k.) stanowią czynności w przedmiocie przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tego środka zapobiegawczego. W tych czynnościach ustawodawca redukuje obowiązki, jakie musi wypełnić podejrzany jedynie do złożenia wniosku, w którym wyraża on wolę wyznaczenia mu obrońcy (art. 249 § 5 zd. 2 k.p.k.).

Jako że na etapie postępowania sądowego oskarżony jest uprawniony do uzyskania pomocy profesjonalisty na podstawie wniosku (art. 80a k.p.k.), to należy przewidywać, że obrońca na podstawie art. 249 § 5 k.p.k. będzie wyznaczony z reguły w postępowaniu przygotowawczym, w którym podejrzany musi wykazać stan ubóstwa (art. 78 § 1 k.p.k.).

Jeżeli jednak oskarżony w toku postępowania sądowego wystąpi o ustanowienie obrońcy z urzędu tylko do udziału w czynnościach dotyczących tymczasowego aresztowania, podstawą jego wyznaczenia powinien być art. 249 § 5 k.p.k., który stanowi *lex specialis* względem art. 80a k.p.k. Przepis art. 249 § 5 k.p.k. adresowany jest do węższego kręgu podmiotów niż art. 80a k.p.k. W tym stanie przepisy te pozostają w relacji *lex specialis – lex generalis* i ma do nich zastosowanie zasada *lex specialis derogat legi generali*.

Nowy przepis wychodzi poza wymogi, jakie stawia art. 5 EKPC, który co do zasady nie wymaga obligatoryjnego ustanowienia obrońcy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Jedynie w niektórych sytuacjach ETPC uznaje za konieczne ustanowienie obrońcy z urzędu dla zapewnienia realności obrony, w szczególności gdy osoba pozbawiona wolności z uwagi na swój wiek czy stan psychiczny nie potrafi samodzielnie zaprezentować swoich argumentów⁶.

⁵ K. Zgrzyzek, *Opinia o projekcie...*, s. 14.

⁶ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, 2010, t. I, s. 216 i powołane tam orzecznictwo ETPC.

Na podstawie art. 249 § 5 zd. 2 k.p.k. obrońca wyznaczony jest tylko do określonych czynności w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Sformułowanie zawarte w art. 249 § 5 zd. 2 k.p.k., tj. „wyznacza się do tej czynności obrońcę z urzędu”, musi być odczytywane w związku z treścią zdania poprzedniego, w którym ustawodawca uprawnia obrońcę do „udziału w posiedzeniu sądu dotyczącym przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tego środka zapobiegawczego”.

Taka konstrukcja prowadzi do wniosku, że wyznaczenie obrońcy z urzędu nie obejmuje jego udziału w posiedzeniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania oraz w czynnościach poprzedzających złożenie wniosku o jego zastosowanie, w tym podczas przesłuchania podejrzanego przez prokuratora lub funkcjonariusza Policji.

Prawo do wyznaczenia obrońcy z urzędu na podstawie art. 249 § 5 zd. 2 k.p.k. przysługuje oskarżonemu w postępowaniu odwoławczym dotyczącym rozpoznania zażalenia na zastosowanie tymczasowego aresztowania włącznie ze sporządzeniem zażalenia i jego prezentacją w sądzie odwoławczym. Skoro nowela stanowi o prawie do udziału w posiedzeniu dotyczącym rozpoznania zażalenia za zastosowanie tymczasowego aresztowania (art. 249 § 5 zd. 1 k.p.k.), to podejrzany jest uprawniony do pomocy obrońcy w sporządzeniu tego zażalenia. W przeciwnym razie udział obrońcy i pomoc udzielona osobie tymczasowo aresztowanej miałyby charakter pozorny, gdyż ograniczyłyby się jedynie do przedstawienia zarzutów podniesionych przez niezawodowca.

Pomoc prawna udzielona osobie tymczasowo aresztowanej musi być rzeczywista. Rzecz nie w tym, aby obrońca był tylko obecny podczas posiedzenia sądu odwoławczego, ale aby wziął czynny w nim udział, a zatem zapoznał się z aktami sprawy i przygotował zażalenie. W tym stanie dopuszczalna jest interpretacja rozszerzająca prawa oskarżonego, gdyż tylko wówczas można mówić o realnej pomocy, jakiej podmiot kwalifikowany może udzielić osobie tymczasowo aresztowanej.

W przypadku przedłużenia tymczasowego aresztowania, oskarżony ma prawo do fachowej pomocy na etapie posiedzenia o przedłużenie tego środka i w czynnościach obejmujących postępowanie odwoławcze. Pomoc ta powinna obejmować czynności od złożenia wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania, aż do wydania postanowienia przez sąd odwoławczy.

Obrońca z urzędu nie może zostać wyznaczony temu oskarżonemu, wobec którego nie zastosowano tymczasowego aresztowania (np. w związku z rozpoznaniem zażalenia prokuratora na postanowienie odmawiające zastosowania tego środka). *Ratio legis* takiego rozwiązania wynika z konieczności ochrony interesów tylko tego oskarżonego, wobec którego zastosowano tymczasowe aresztowanie i w związku z tym jego możliwości wyznaczenia obrońcy z wyboru są ograniczone.

Konkludując, na podstawie art. 249 § 5 k.p.k. obrońca może zostać wyznaczony w celu udziału w posiedzeniu sądu dotyczącym:

- rozpoznania zażalenia na zastosowanie tymczasowego aresztowania;
- przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania lub
- rozpoznania zażalenia na przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania⁷.

Prawo do wyznaczenia obrońcy na podstawie art. 249 § 5 k.p.k. obejmuje czynności dotyczące tylko tymczasowego aresztowania, a zatem nie rozciąga się na inne środki zapobiegawcze. Wyznaczenie obrońcy z urzędu następuje na podstawie zarządzenia. Warunkiem wyznaczenia obrońcy jest złożenie wniosku oraz niewyznaczenie obrońcy z wyboru. Może je wydać prezes, przewodniczący wydziału lub upoważniony sędzia (art. 93 § 2 k.p.k.). Wskazane podmioty mogą zastępować się przy wydawaniu zarządzeń⁸. Kompetencje do wyznaczenia obrońcy z urzędu nowela przyznaje także referendarzowi sądowemu (art. 249 § 5 zd. 3 k.p.k.).

Jawność dowodów (art. 249a k.p.k.)⁹

Artykuł 249a k.p.k. stanowi *novum* w przepisach rozdziału 28 k.p.k. Ustawodawca w tym przepisie kładzie nacisk na jawność podstawy stosowania tymczasowego aresztowania oraz nakazuje sądowi uwzględnienie

⁷ Tak też J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 585.

⁸ S. Steinborn, (w:) L. K. Paprzycki (red.), Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555), LEX/el. 2015, teza 7 do art. 93 k.p.k.; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2011, t. I, s. 626; A. Sakowicz, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014, s. 215; postanowienia SN: z dnia 15 kwietnia 2010 r., sygn. III KZ 31/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 800; z dnia 19 marca 2009 r., sygn. III KZ 15/09, LEX nr 511558, Prok. i Pr. 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 13; z dnia 30 sierpnia 2007 r., sygn. IV KZ 68/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 1930; z dnia 31 sierpnia 2006 r., sygn. IV KZ 34/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1657.

⁹ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437), która weszła w życie w dniu 15 kwietnia 2016 r., zmienia strukturę redakcyjną analizowanego przepisu i wprowadza wyjątek od zasady jawności. Stosownie do znowelizowanego art. 249a § 1 k.p.k., podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania mogą stanowić ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy, ale też dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k., a zatem tych świadków, których zeznań nie udostępnia się oskarżonemu i jego obrońcy z uwagi na uzasadnioną obawę niebezpieczeństwa dla ich życia, zdrowia albo wolności lub osób dla nich najbliższych. Zdanie ostatnie art. 249a k.p.k. nowela przekształca w § 2, nie zmieniając jego treści (sąd, uprzedzając o tym prokuratora, uwzględnia z urzędu także okoliczności, których prokurator nie ujawnił, po ich ujawnieniu na posiedzeniu, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego).

z urzędu okoliczności korzystnych dla oskarżonego, których prokurator nie ujawnił we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania¹⁰.

W ten sposób nowela dostosowuje przepisy kodeksu do standardów konwencyjnych. Kwestia dostępu do materiałów, które stanowią podstawę pozbawienia wolności, w ocenie ETPC ma istotne znaczenie dla oceny zasadności pozbawienia wolności – zwłaszcza w przypadku zaskarżeń decyzji o tymczasowym aresztowaniu (art. 5 ust. 1 lit. c i ust. 4 EKPC). Zdaniem ETPC, brak dostępu do tych materiałów stanowi pogwałcenie zasady równości broni, ale prawo to – w ocenie ETPC – nie ma charakteru absolutnego (tak jak przyjęto w noweli), gdyż ograniczenia w zakresie dostępu do materiałów postępowania są możliwe, szczególnie, gdy ich ujawnienie mogłoby zagrozić bezpieczeństwu narodowemu, co dotyczy przede wszystkim spraw o przestępstwa o charakterze terrorystycznym¹¹.

Zgodnie z art. 249a k.p.k., podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania mogą stanowić jedynie ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. Ustawodawca nakłada na sąd obowiązek uwzględnienia z urzędu także okoliczności, których prokurator nie ujawnił, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego. Ustawa nowelizująca z dnia 20 lutego 2015 r. dodała do tego przepisu obowiązek uprzedzenia prokuratora o planowanym przez sąd uwzględnieniu z urzędu okoliczności, których prokurator nie ujawnił, poprzez ich ujawnienie na posiedzeniu. Zatem prokurator również nie może być zaskakiwany niepowołanymi, a nawet niekiedy nieznanymi okolicznościami.

Ustawodawca w art. 249a k.p.k. wprowadza dwa zakazy o charakterze bezwzględnych. Po pierwsze, nowela zakazuje czynić ustalenia na podstawie dowodów niejawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. Po drugie, zakazuje uwzględniać okoliczności niekorzystne dla oskarżonego, których nie ujawnił prokurator. Konsekwencją tych zakazów stanowi zobligowanie sądu do uwzględniania z urzędu okoliczności korzystnych dla oskarżonego, których nie ujawnił prokurator, o ile zostaną one ujawnione na posiedzeniu (art. 249a zd. 2 k.p.k.). Skoro sąd jest zobowiązany do uwzględnienia takich okoliczności z urzędu, to może je również ujawnić na wniosek strony. Złamanie zakazów wynikających z art. 249a k.p.k. oznacza, że sąd odwoławczy powinien zmienić zaskarżone postanowienie i uchylić tymczasowe aresztowanie, skoro z urzędu uwzględni się okoliczności przemawiające na korzyść i jednocześnie zakazuje się uwzględniania okoliczności nieujawnio-

¹⁰ P. Karlik, Stosowanie środków zapobiegawczych w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania karnego, (w:) P. Wiliński (red.), *Kontryktoryjność w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 353.

¹¹ P. Hofmański, (w:) Garlicki (red.), *Konwencja...*, t. I, s. 214–215 i powołane tam orzecznictwo ETPC.

nych oskarżonemu i obrońcy. Wprowadzenie tych zakazów nie miałoby znaczenia, jeżeli pozostawałoby bez żadnych sankcji ich złamanie.

Artykuł 249a k.p.k. ma charakter gwarancyjny, gdyż zabezpiecza prawa oskarżonego, który zyskuje pewność, że podstawą zastosowania tymczasowego aresztowania są wyłącznie materiały wcześniej mu znane, a sąd z urzędu może uwzględnić tylko te okoliczności, które przemawiają na jego korzyść¹². Prokurator nie może w żaden sposób ograniczyć dostępu do dowodów, na których opiera wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Zatem, jeżeli nie chce tych materiałów ujawnić, kierując się przyjętą taktyką procesową, to nie może tych dowodów we wniosku powołać. Nowela wzmacnia ochronę praw oskarżonego, ale jednocześnie ogranicza możliwości kształtowania przebiegu śledztwa, mogąc godzić w dobro prowadzonego postępowania. Ustawodawca przyjął, że w tym konflikcie należy przyznać priorytet prawom oskarżonego. Z uwagi na brak jakichkolwiek zastrzeżeń w art. 249a k.p.k., dowody, których nie ujawniono na posiedzeniu, nie będą mogły stanowić podstawy ustaleń co do występowania przesłanki ogólnej i szczególnej tymczasowego aresztowania¹³.

W przypadku powzięcia wiedzy o okolicznościach niekorzystnych dla oskarżonego po wydaniu postanowienia odmawiającego zastosowania albo przedłużenia tymczasowego aresztowania okoliczności te nie mogą być uwzględnione w toku postępowania odwoławczego, gdyż prowadziłoby to obejścia zakazu czynienia ustalenia na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. Innymi słowy, dowody te nie mogą być jawne dla nich, skoro wyszły na jaw po posiedzeniu sądu pierwszej instancji.

Kontrola odwoławcza prawidłowości rozstrzygnięcia w przedmiocie tymczasowego aresztowania, wobec treści art. 249a k.p.k., może dotyczyć oceny dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy w czasie posiedzenia sądu pierwszej instancji. W przeciwnym razie art. 249a k.p.k. traci charakter normy gwarancyjnej. Nowe niekorzystne okoliczności mogą stanowić jedynie podstawę do ponownego zatrzymania oskarżonego i złożenia nowego wniosku o tymczasowe aresztowanie uwzględniającego nowe fakty i dowody (art. 248 § 3 k.p.k.). Jeżeli doszło do ujawnienia okoliczności korzystnych dla oskarżonego po wydaniu postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, okoliczności te powinny stanowić podstawę do niezwłocznego uchylecia lub zmiany tego środka zapobiegawczego (art. 253 § 1 k.p.k.) przez organ, do którego dyspozycji pozostaje oskarżony. Ujawnienie takich okoliczności w toku postępowania odwoławczego uprawnia do podjęcia takiej decyzji sąd, który zastosował tymczasowe aresztowanie (art. 463 § 1 k.p.k.), a po przekazaniu akt sąd odwoławczy (art. 437 § 2 k.p.k.).

¹² P. Karlik, Stosowanie środków zapobiegawczych..., (w:) P. Wiliński (red.), *Kontradiktorijność...*, s. 354.

¹³ Por. J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 586.

Uzasadnienie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania (art. 250 § 2a k.p.k.)

Kwestia ta nie była uregulowana ustawowo. Stosownie do art. 250 § 2a k.p.k., we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania należy wymienić dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo, okoliczności przemawiające za istnieniem zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa oraz określonej podstawy stosowania tego środka zapobiegawczego i konieczności jego stosowania. Ustawodawca wymaga, aby prokurator wymienił, a zatem podał nazwy dowodów¹⁴ wskazujących na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo¹⁵. Duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa zachodzi wówczas, gdy zebrane w toku postępowania dowody wskazują na taki stopień prawdopodobieństwa, który graniczy z pewnością, choć nie jest z nią tożsamy, że zostało popełnione konkretne przestępstwo przez konkretną osobę¹⁶. Prawdopodobieństwo dotyczy nie tylko tego, że określony czyn zawiera wszystkie ustawowe znamiona przestępstwa (art. 1 k.k.), ale także, że popełniła je osoba, w stosunku do której ma być zastosowany środek zapobiegawczy. Świadczyć o tym muszą konkretne dowody¹⁷.

Ustawa obliguje prokuratora do podania we wniosku okoliczności wskazujących na istnienie określonej podstawy stosowania tego środka zapobiegawczego i konieczności jego stosowania, a zatem okoliczności wskazujących na wypełnienie szczególnych przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania wymienionych w art. 258 k.p.k.¹⁸. Kodeks nie wymaga, aby prokurator podał numery kart akt sprawy, które zawierają podnoszone przez niego okoliczności, jednakże ich wskazanie powinno wzmocnić treść jego wniosku, a nadto ułatwić mu przedstawienie odpowiednich argumentów na posiedzeniu sądu. Podanie adresów aktowych umożliwia też skontrolowanie przez strony i sąd rzetelności wniosku prokuratora¹⁹.

¹⁴ M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1995, t. III, s. 763.

¹⁵ We wzorach wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania słusznie proponowano wskazywanie numerów kart, na których zawarte są okoliczności uzasadniające wniosek (M. Gabriel-Węglowski, Regulamin § 96–220 i § 245–260. Komentarz, Warszawa 2009, s. 433 i n.).

¹⁶ L. K. Paprzycki, (w:) L. K. Paprzycki (red.), Komentarz aktualizowany..., teza 11 do art. 249 k.p.k.; R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1998, t. I, s. 649; F. Prusak, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1999, t. I, s. 724; wyrok SA w Warszawie z dnia 1 czerwca 2009 r., sygn. II AKa 98/09, LEX nr 602543.

¹⁷ K. Paprzycki, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *ibidem*, teza 13 do art. 249 k.p.k.

¹⁸ Tak też J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania..., s. 588.

¹⁹ Por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 11 lutego 2008 r., sygn. II AKz 45/08, KZS 2008, nr 3, poz. 37.

Podniesienie wymogów formalnych powinno sprawić, że wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania będzie jednoznacznie wskazywał na konieczność sięgnięcia po ten środek zapobiegawczy²⁰. Mają one zdyscyplinować w starannym rozważeniu wystąpienia o zastosowanie tymczasowego aresztowania²¹.

Uzasadnienie postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania (art. 251 § 3 k.p.k.)

Z treścią art. 250 § 2a k.p.k. ściśle związana jest treść znowelizowanego art. 251 § 3 k.p.k., regulującego wymogi uzasadnienia postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Przepisy te korelują z dyrektywami minimalizacji tymczasowego aresztowania (art. 257 § 1 k.p.k.) oraz adekwatności środków zapobiegawczych (art. 258 § 4 k.p.k.)²².

Stosownie do znowelizowanego art. 251 § 3 k.p.k., uzasadnienie postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania powinno zawierać przedstawienie, czyli pokazanie²³ dowodów świadczących o popełnieniu przez oskarżonego przestępstwa, a zatem tych dowodów, które wskazują na zaistnienie – wymaganej przez art. 249 § 1 k.p.k. – przesłanki dużego prawdopodobieństwa, że oskarżony popełnił zarzucane mu przestępstwo²⁴.

Kolejnym wymogiem, jaki wprowadza art. 251 § 3 k.p.k., jest wykazanie, a zatem udowodnienie²⁵ okoliczności wskazujących na istnienie określonych zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego ciężkiego przestępstwa w razie niezastosowania tymczasowego aresztowania. Obowiązek ten oznacza konieczność wskazania okoliczności, z których wynika określona obawa bezprawnego utrudniania postępowania przez oskarżonego lub możliwość popełnienia przez niego nowego ciężkiego przestępstwa, czyli wykazania tego określonymi dowodami, z tym że nie muszą to być tzw. dowody ścisłe, ale i swobodne, nadal jednak tylko dowody legalnie (zgodnie z prawem) uzyskane²⁶.

Innymi słowy, chodzi tu o wskazanie, na podstawie jakich okoliczności przyjmuje się, że zachodzi obawa, iż oskarżony będzie utrudniał postępo-

²⁰ P. Karlik, Stosowanie środków zapobiegawczych..., (w:) P. Wiliński (red.), *Kontrybucyjność...*, s. 355.

²¹ Przed wejściem w życie noweli w praktyce nierzadko występowały wnioski o wyjątkowo lapidarną treść, w szczególności w zakresie podstawy dowodowej ograniczające się jedynie do powtórzenia ustawowego zwrotu z art. 249 § 1 k.p.k., że zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, iż oskarżony popełnił przestępstwo.

²² J. Skorpka, (w:) J. Skorpka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 590.

²³ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1995, s. 925.

²⁴ Druk sejmowy nr 870, *Uzasadnienie*, s. 50.

²⁵ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1995, s. 749.

²⁶ Druk sejmowy nr 870, *Uzasadnienie*, s. 50.

wanie karne w sposób opisany w art. 258 § 1 i 2 k.p.k. lub popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu i udowodnienie tych okoliczności (art. 258 § 3 k.p.k.)²⁷ – oraz potrzeby, czyli konieczności zastosowania danego środka²⁸. Artykuł 251 § 3 k.p.k. wymaga także wyjaśnienia, dlaczego nie uznano za wystarczające zastosowanie innego środka zapobiegawczego, a więc wyjaśnienia konieczności stosowania tymczasowego aresztowania. Wiąże się to z warunkiem przewidzianym w art. 257 § 1 k.p.k., według którego tego środka nie stosuje się, gdy wystarczający jest inny środek zapobiegawczy, oraz występującym w nowym art. 258 § 4 k.p.k. wymogiem uwzględniania stopnia nasilenia zagrożenia danej obawy w określonym stadium procesu²⁹.

Termin rozpoznania zażalenia (art. 252 § 3 k.p.k.)

Jednym z istotnych problemów związanych z tymczasowym aresztowaniem są opóźnienia w rozpoznawaniu środków odwoławczych na postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania. W praktyce występują przypadki pozostawiania przez sądy odwoławcze zażaleń bez rozpoznania, z uwagi na uchylenie tymczasowego aresztowania³⁰. Zdaniem twórców noweli zmiany zmierzają do ograniczenia przypadków przedłużającej się procedury rozpoznawania zażalenia³¹.

Stosownie do znowelizowanego art. 252 § 3 k.p.k., zażalenie na postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego sąd rozpoznaje niezwłocznie, z tym że zażalenie na postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania nie później niż przed upływem 7 dni od przekazania sądowi zażalenia wraz z niezbędnymi aktami. Ustawodawca powtarza tu rozwiązanie przyjęte w art. 412 § 4 k.p.k. z 1969 r., który stanowił, że zażalenia na postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania powinny być rozpoznane w ciągu 7 dni.

Termin 7 dni jest terminem instrukcyjnym i jest liczony od dnia przekazania sądowi zażalenia wraz z niezbędnymi aktami. Ten termin jest adresowany tylko do sądu. Ustawodawca nie wskazuje wprost, którego sądu on dotyczy.

²⁷ Tamże.

²⁸ Przed nowelizacją ustawodawca nakładał na sąd obowiązek jedynie przytoczenia, a zatem podania, wymienienia, wyliczenia [M. Szymczak (red.), Słownik..., t. II, 1995, s. 1011] okoliczności wskazujących na istnienie podstawy i konieczność zastosowania środka zapobiegawczego.

²⁹ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 50.

³⁰ Sądy uznają, że nie ma przedmiotu, o którym można orzekać, bowiem aresztowanie już nie istnieje (np. postanowienia SA w Krakowie: z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. II AKz 336/10, KZS 2010, nr 10, poz. 22; Prok. i Pr. 2011, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 30; z dnia 4 listopada 2005 r., sygn. II AKz 389/05, KZS 2005, nr 11, poz. 29).

³¹ A. Sakowicz, *Opinia...*, s. 58.

Sądem tym może być sąd odwoławczy, ale także sąd pierwszej instancji, który zastosował tymczasowe aresztowanie i może uwzględnić zażalenie, jeżeli orzeka w tym samym składzie, w którym wydał zaskarżone postanowienie (art. 463 § 1 *in principio* k.p.k.). Ten przepis stwarza możliwość uwzględnienia zażalenia przez sąd, który wydał zaskarżone postanowienie wobec każdego z postanowień zaskarżalnych, co obliuguje prezesa sądu do skierowania każdego złożonego zażalenia na posiedzenie tego samego składu sądu³².

Wniosek o uchylenie lub zmianę tymczasowego aresztowania (art. 254 § 2 k.p.k.)³³

Zgodnie ze znowelizowanym art. 254 § 2 k.p.k., na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę tymczasowego aresztowania oskarżonemu przysługuje zażalenie tylko wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

Ustawodawca ogranicza zastosowanie art. 254 § 2 k.p.k. do wniosku oskarżonego dotyczącego zmiany lub uchylenia tylko tymczasowego aresztowania. Nowela uwzględnia stanowisko SN³⁴, że do zaskarżania orzeczeń dotyczących środków niezolacyjnych powinien mieć zastosowanie art. 252 k.p.k. bez jakichkolwiek ograniczeń terminowych³⁵.

Przedłużenie terminu złożenia poręczenia (art. 257 § 2 k.p.k.)

Stosownie do znowelizowanego art. 257 § 2 k.p.k., sąd, stosując tymczasowe aresztowanie, może zastrzec, że środek ten ulegnie zmianie z chwilą złożenia, nie później niż w wyznaczonym terminie, określonego poręczenia majątkowego; na uzasadniony wniosek oskarżonego lub jego obrońcy, złożony najpóźniej w ostatnim dniu wyznaczonego terminu, sąd może przedłużyć termin złożenia poręczenia.

Nowelizacja zakłada złagodzenie rygorów stosowania warunkowego tymczasowego aresztowania³⁶. Jest to *novum*. Umożliwi to stronie pozyskanie

³² T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania..., t. I, teza 5 do art. 463 k.p.k.

³³ Nowela z dnia 11 marca 2016 r. zmienia art. 254 § 2 k.p.k. stanowiąc, że na postanowienie w przedmiocie wniosku oskarżonemu zażalenie przysługuje tylko wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie środka zapobiegawczego. Zmiana ta obejmuje ograniczeniami terminowymi wszystkie środki zapobiegawcze.

³⁴ Uchwała SN z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. I KZP 30/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 97.

³⁵ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 52; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania..., teza 3 do art. 254 k.p.k.; P. Karlik, Stosowanie środków zapobiegawczych..., (w:) P. Wiłński (red.), Kontryktoryjność..., s. 359.

³⁶ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania..., t. I, teza 7 do art. 257 k.p.k.

dodatkowego czasu na zebranie wymaganej kwoty poręczenia³⁷. Zmiana ta wzmacnia konwencyjne prawo zwolnienia na czas postępowania (art. 5 ust. 3 EKPC). Prawo do zwolnienia za poręczeniem majątkowym pozostaje w związku z prawem oskarżonego do ograniczenia tymczasowego aresztowania do rozsądnego wymiaru czasowego³⁸. Ustawodawca potwierdza dotychczasową praktykę, dla której wprost nie było podstawy prawnej. Warunkowo stosowane tymczasowe aresztowanie istotnie może być zamiennie wykorzystywane jedynie z poręczeniem majątkowym, bowiem pozostałe środki zapobiegawcze, w tym pozostałe rodzaje poręczenia, mają zdecydowanie słabsze oddziaływanie zapobiegawcze na oskarżonego. Zamiennność, o jakiej mowa w art. 257 § 2 k.p.k., polega na tym, że tymczasowy areszt ma trwać tak długo, dopóki do wyznaczonego terminu nie zostanie zebrana i uiszczona odpowiednia suma poręczenia majątkowego³⁹.

Wniosek o przedłużenie terminu musi odpowiadać wymogom pisma procesowego z art. 119 k.p.k. i zostać odpowiednio uzasadniony, a więc wskazywać na chwilowe trudności ze zgromadzeniem środków finansowych i jednocześnie wykazywać możliwości ich zebrania w określonym czasie⁴⁰. Informacje niezbędne dla ustalenia wysokości poręczenia ma obowiązek dostarczyć oskarżony. Jeżeli zatem oskarżony nie przejawia koniecznej inicjatywy i nie przedstawi argumentów przemawiających za zwolnieniem go, to nie może stawiać zarzutu naruszenia art. 5 ust. 3 EKPC statuującego prawo zwolnienia na czas postępowania⁴¹.

Wniosek musi zostać złożony najpóźniej w ostatnim dniu wyznaczonego terminu. Termin ten może być przywrócony na zasadach ogólnych (art. 126 k.p.k.). Ustawodawca nie pozbawia oskarżonego lub jego obrońcy możliwości ponowienia wniosku o przedłużenie terminu złożenia poręczenia. Mogą oni składać wnioski wielokrotnie, a zatem tak długo, jak długo trwa tymczasowe aresztowanie, a jednocześnie dopóki nie zdołają zgromadzić określonej sumy poręczenia.

Legitymacja do złożenia wniosku przysługuje tylko oskarżonemu i jego obrońcy (art. 257 § 2 k.p.k.). Wniosku tego nie może złożyć osoba zainteresowana złożeniem poręczenia majątkowego. Nowela nie precyzuje, który sąd jest właściwy do podjęcia decyzji w tym przedmiocie, a zatem mają zastosowanie zasady ogólne i właściwym jest ten sąd, który jest właściwy do stosowania tymczasowego aresztowania. Omawiana zmiana ma istotne znaczenie praktyczne, gdyż w sytuacji obiektywnej niemożności złożenia

³⁷ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 52.

³⁸ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, t. I, s. 236.

³⁹ K. Zgryzek, *Opinia...*, s. 15 i 16.

⁴⁰ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, t. I, teza 7 do art. 257 k.p.k.

⁴¹ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, t. I, s. 237 i powołane tam orzecznictwo ETPC.

środków finansowych umożliwi uchylenie tymczasowego aresztowania po ich zgromadzeniu w każdym czasie, kiedy stanie się możliwe ich zebranie⁴².

Przesłanki szczególne tymczasowego aresztowania (art. 258 k.p.k.)⁴³

W art. 258 § 1 k.p.k. nowela utrzymuje określone tam obawy odnośnie do zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania (ukrycia się, ucieczki lub tzw. matactwa procesowego albo utrudniania postępowania w inny bezprawny sposób), ale jednocześnie stwierdza, że ustanowione podstawy odnoszą się do stosowania zarówno tymczasowego aresztowania, jak i pozostałych środków zapobiegawczych.

Nowela przebudowuje w istotnym zakresie art. 258 § 2 k.p.k. Stosownie do nowego brzmienia tego przepisu, wobec oskarżonego, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo którego sąd pierwszej instancji skazał na karę pozbawienia wolności wyższą niż 3 lata, obawy utrudniania prawidłowego toku postępowania, o których mowa w art. 258 § 1 k.p.k., uzasadniające stosowanie środka zapobiegawczego, mogą wynikać także z surowości grożącej oskarżonemu kary.

Konstrukcja art. 258 § 2 k.p.k. przed nowelizacją sprzyjała traktowaniu zagrożenia surową karą jako samodzielnej podstawy stosowania tymczasowego aresztowania przy spełnieniu jednocześnie przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 i art. 257 § 1 k.p.k. oraz przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 k.p.k.⁴⁴. Dochodziło do częstego stosowania tymczasowego aresztowania z uwagi na orzeczoną lub grożącą karę, bez analizy obaw wskazanych w art. 258 § 1 k.p.k.⁴⁵. Zdaniem twórców noweli,

⁴² Por. M. Kurowski, Zagadnienia ogólne i postępowanie przygotowawcze, Kraków 2015, s. 35.

⁴³ Nowela z dnia 11 marca 2016 r. przywraca art. 258 § 2 k.p.k. brzmienie obowiązujące do dnia 30 czerwca 2015 r. (jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą). Surowość kary od dnia 15 kwietnia 2016 r. ponownie stanowi samodzielną przesłankę stosowania tymczasowego aresztowania.

⁴⁴ Uchwała SN z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. I KZP 18/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 1; glosy aprobowane: J. Skorupka, OSP 2012, nr 7–8, s. 546; D. Drajewicz, Prok. i Pr. 2013, nr 9, s. 181; J. Machlańska, CzPKiNP 2013, nr 2, s. 157; glosa częściowo krytyczna M. Drewicz, CzPKiNP 2012, nr 3, s. 165; glosy krytyczne: A. Woźniak, OSP 2013, nr 6, s. 66; R. Rynkun-Werner, Pal. 2013, nr 11–12, s. 215.

⁴⁵ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 53. W jednym z ostatnich orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, że groźba surowej kary rodzi domniemanie, że osoby podejrzewane o popełnienie przestępstwa lub oskarżone o to mogą podejmować próby bezprawnych działań destabilizujących prawidłowy tok postępowania, zaś wskazana w art. 258 § 2 k.p.k. okoliczność ma

celem zmiany jest wyraźne powiązanie podstaw, o jakich mowa w art. 258 § 2 k.p.k., z określoną obawą, wskazaną w art. 258 § 1 k.p.k. Nie chodzi o stosowanie tymczasowego aresztowania uzasadniane „grożącą oskarżonemu surową karą”, lecz o to, że obawy określone w art. 258 § 1 k.p.k., jako uzasadniające jego stosowanie, mogą wynikać „także”, a więc nie tylko, „z surowości grożącej oskarżonemu kary”⁴⁶.

W art. 258 § 2 k.p.k. utrzymano dotychczasową wysokość górnej granicy kary grożącej za dane przestępstwo, czyli „co najmniej 8 lat” pozbawienia wolności, choć rozważano możliwość podniesienia tego progu (do 10 lat), ale uznano, że eliminowałoby to możliwość stosowania tymczasowego aresztowania przy bardzo poważnych przestępstwach, gdy obawa utrudniania procesu, w jego początkowej fazie wynika jedynie z faktu dopuszczenia się przez podejrzanego występkę o znacznym zagrożeniu karą (np. przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu z art. 163 § 4, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 4 k.k., bezpieczeństwu w komunikacji z art. 174 czy art. 177 § 2 k.k., zgwałcenia z art. 197 § 2 i z art. 198 k.k. itd.)⁴⁷.

Nowela zmieniła podstawę stosowania tymczasowego aresztowania w związku z nieprawomocnym orzeczeniem kary, przyjmując, że konieczne jest wymierzenie kary „wyższej niż 3 lata pozbawienia wolności”, a nie, jak poprzednio, „nie niższej niż 3 lata”. *Novum* stanowi znowelizowany art. 258 § 4 k.p.k., który nakazuje podczas podejmowania decyzji o zastosowaniu określonego środka zapobiegawczego uwzględnić rodzaj i charakter obaw wskazanych w art. 258 § 1–3 k.p.k., przyjętych za podstawę stosowania danego środka oraz nasilenie ich zagrożenia dla prawidłowego przebiegu postępowania w określonym jego stadium.

Artykuł 258 k.p.k. przed nowelizacją określał podstawy szczególne tymczasowego aresztowania (§ 1–3), a jedynie na końcu (§ 4) nakazywał stosować je odpowiednio do innych środków zapobiegawczych, nie wskazując żadnych kryteriów, jakimi należy się kierować przy sięganiu po ów inny środek zapobiegawczy⁴⁸. Nowela ten stan zmienia. W art. 258 § 4 k.p.k. ustawodawca zastrzega, że decydując się na określony środek zapobiegawczy, należy uwzględnić rodzaj i charakter obaw wskazanych w art. 258 § 1–3 k.p.k. przyjętych za jego podstawę, a także „nasilenie” ich zagrożenia dla prawidłowego przebiegu postępowania „w określonym jego stadium”. Chodzi tu o uwzględnienie stanu zabezpieczenia dowodów i stanu procesu, odno-

charakter domniemania prawnego i nie jest konieczne dowodowe wykazywanie, czy oskarżony podejmował już w przeszłości konkretne działania w tym kierunku (postanowienie SN z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. II KK 83/14, LEX nr 1646952, Prok. i Pr. 2015, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 12).

⁴⁶ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 53 i 54.

⁴⁷ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania..., t. I, teza 13 do art. 258 k.p.k.

⁴⁸ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 53.

śnie do których obniża się z upływem czasu prawdopodobieństwo utrudniania postępowania ze strony oskarżonego⁴⁹.

Przesuwanie się postępowania w ramach określonego etapu oraz przechodzenie do kolejnych stadiów skutkuje zróżnicowaniem nasilenia obaw jego utrudniania. Z reguły, z upływem czasu ryzyko bezprawnego utrudniania postępowania maleje. Decyzja w przedmiocie tymczasowego aresztowania powinna uwzględniać rodzaj i charakter obaw i odnosić się do etapu, na którym znajduje się proces karny w konkretnej sprawie⁵⁰.

W art. 258 § 4 k.p.k. ustawodawca wyraził dyrektywę adekwatności środków zapobiegawczych. Zastosowany środek musi być adekwatny do stopnia ryzyka nieprawidłowego przebiegu postępowania⁵¹. Skoro tymczasowe aresztowanie stanowi środek najsurowszy, to rodzaj i charakter obaw oraz nasilenie ich zagrożenia powinny być poważne.

Wyłączenie tymczasowego aresztowania (art. 259 § 3 k.p.k.)⁵²

Zgodnie ze znowelizowanym art. 259 § 3 k.p.k., tymczasowe aresztowanie nie może być stosowane, jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat. Ustawa zmienia jedną z negatywnych przesłanek tymczasowego aresztowania. Przed nowelizacją ustawodawca nie dopuszczał do jego stosowania, jeżeli przestępstwo zagrożone było karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku.

Pozostanie aktualny pogląd, że zakaz ten odnosi się do przestępstw oraz przestępstw skarbowych zagrożonych w przepisach części szczególnej kodeksu karnego lub innej ustawy karnej karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat, chociażby ze względu na treść przepisów części ogólnej ustawy groziła za nie kara surowsza⁵³. Zdaniem twórców noweli zmiana ma zapobiec stosowaniu tymczasowego aresztowania w sprawach błahych⁵⁴. Analiza przepisów części szczególnej kodeksu karnego wskazuje, że obejmuje ona aż 74 przestępstwa⁵⁵.

Ustawodawca w art. 259 § 4 zd. 1 k.p.k. nadal utrzymuje, że ograniczenia stosowania tymczasowego aresztowania przewidziane w art. 259 § 3 k.p.k.

⁴⁹ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania..., t. I, teza 13 do art. 258 k.p.k.

⁵⁰ J. Skorpka, (w:) J. Skorpka (red.), Kodeks postępowania..., s. 606.

⁵¹ Tamże.

⁵² Nowela z dnia 11 marca 2016 r. powraca do brzmienia art. 259 § 3 k.p.k., które obowiązywało do dnia 30 czerwca 2015 r. (tymczasowe aresztowanie nie może być stosowane, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku).

⁵³ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 29 lipca 1970 r., sygn. VI KZP 32/70, OSNKW 1970, nr 10, poz. 117; uchwała SN z dnia 20 maja 1992 r., sygn. I KZP 16/92, OSNKW 1992, nr 9–10, poz. 65.

⁵⁴ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 54.

⁵⁵ P. Karlik, Stosowanie środków zapobiegawczych..., (w:) P. Wiliński (red.), Kontrykto-ryjność..., s. 357.

nie mają zastosowania, gdy oskarżony ukrywa się, uporczywie nie stawia się na wezwania lub w inny bezprawny sposób utrudnia postępowanie albo nie można ustalić jego tożsamości.

Umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym (art. 260 k.p.k.)

Państwo ma obowiązek ochrony zdrowia osób tymczasowo aresztowanych, a brak właściwej opieki medycznej może być traktowany jako naruszenie art. 3 EKPC⁵⁶. Stosownie do znowelizowanego art. 260 § 1 k.p.k., jeżeli stan zdrowia oskarżonego tego wymaga, tymczasowe aresztowanie może być wykonywane tylko w postaci umieszczenia w odpowiednim zakładzie leczniczym, w tym w zakładzie psychiatrycznym⁵⁷.

Wykonywanie tymczasowego aresztowania z uwagi na stan zdrowia aresztowanego ma następować – nie ogólnie „w odpowiednim zakładzie leczniczym”, ale precyzyjnie – w „zakładzie leczniczym, w tym w zakładzie psychiatrycznym lub leczenia odwykowego”. W założeniu twórców noweli zmiana ta ma wyeliminować kontrowersje, czy zakładem takim jest także zakład psychiatryczny lub leczenia odwykowego, gdyby w toku procesu ujawniły się stany chorobowe oskarżonego w tym zakresie⁵⁸.

Kompetencje do określenia wykazu tych zakładów nowy art. 260 § 2 k.p.k. powierza Ministrowi Sprawiedliwości. Regulujące te kwestie, obowiązujące od dnia 1 lipca 2015 r., rozporządzenie z dnia 16 czerwca 2015 r. w sprawie wykazu zakładów leczniczych, w tym psychiatrycznych, przeznaczonych do wykonywania tymczasowego aresztowania oraz warunków zabezpieczenia tych zakładów⁵⁹ wskazuje co do zasady na szpitala lub ambulatoria z izbą chorych aresztu śledczego albo zakładu karnego (załącznik do rozporządzenia)⁶⁰.

Decyzja o wykonaniu tymczasowego aresztowania w odpowiednim zakładzie leczniczym może być podjęta równocześnie z zastosowaniem tego środka, jak i w okresie późniejszym, w czasie jego wykonywania⁶¹. Może ją podjąć

⁵⁶ J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania..., s. 609 i powołane tam orzecznictwo.

⁵⁷ Ostateczny kształt przepisowi nadała ustawa nowelizująca z dnia 20 lutego 2015 r.

⁵⁸ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 55 i 56; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania..., t. I, teza 4 do art. 259 i 260 k.p.k.

⁵⁹ Dz. U. z 2015 r., poz. 918.

⁶⁰ Stosownie do § 2 ust. 2 powołanego wyżej rozporządzenia, tymczasowe aresztowanie może być wykonywane również przez inne zakłady lecznicze, jeżeli wykonują świadczenia gwarantowane z zakresu opieki psychiatrycznej w warunkach stacjonarnych, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 31d ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 581), na podstawie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia, o ile wymaga tego stan zdrowia tymczasowo aresztowanego lub względy organizacyjne.

⁶¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, Kodeks postępowania..., t. I, s. 1458.

organ, który zastosował tymczasowe aresztowanie, jak i organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje (art. 213 § 1 k.k.w.)⁶².

Zawiadomienie o tymczasowym aresztowaniu (art. 261 § 2a k.p.k.)

Nowela nakłada na sąd dotychczas nieznaną obowiązek zawiadomienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania organu, który prowadzi przeciwko oskarżonemu postępowanie w innej sprawie, ale tylko „o ile powziął informację o tym postępowaniu” (art. 261 § 2a zd. 1 k.p.k.). W doktrynie podnosi się, że przy odbieraniu od oskarżonego wyjaśnień sąd powinien spytać, czy aktualnie prowadzone jest wobec niego inne postępowanie, a jeśli tak, to posiadając wiedzę w tej kwestii, sąd winien dopełnić obowiązku z art. 261 § 2a k.p.k.⁶³ Sąd wówczas jest zwolniony z tego obowiązku, jeżeli informacji takich nie uzyska i w aktach sprawy także ich uprzednio nie odnotowano⁶⁴.

Z poglądem tym trudno się zgodzić. Nowela nie nakłada na sąd obowiązku ustalenia w drodze wywiadu z oskarżonym, czy takie inne postępowanie się toczy. Ustanawianie takiego obowiązku godzi w główne założenia noweli. Jednym z głównych celów zmian jest rezygnacja z nadmiernie paternalistycznego podejścia do oskarżonego i troski o wykonanie obowiązków na nim spoczywających⁶⁵. Sąd tylko wówczas jest zobowiązany do przekazania tego rodzaju informacji, gdy ona wynika z akt postępowania lub ją przekaże oskarżony. Sąd zaś nie jest zobowiązany do ich poszukiwania. Na sądzie spoczywa jedynie obowiązek pouczenia oskarżonego (wynikający z art. 261 § 2a zd. 2 k.p.k.) o treści art. 75 § 1 k.p.k., stosownie do którego oskarżony jest zobowiązany zawiadomić organ prowadzący postępowanie o każdej zmianie miejsca swego zamieszkania lub pobytu trwającego dłużej niż 7 dni, w tym także z powodu pozabawienia wolności w innej sprawie, a jeżeli pozostaje na wolności, jest obowiązany stawić się na każde wezwanie w toku postępowania karnego.

Obowiązek ten stanowi odpowiednie zabezpieczenie prawidłowości toczącego się postępowania, a jednocześnie jest gwarancją dla oskarżonego, że każdy organ, który prowadzi w stosunku doń postępowanie, będzie miał wiedzę o jego aktualnym pobycie i powiadomi go w stosownym terminie o czynnościach mających znaczenie dla tego podmiotu⁶⁶. Oczywiście oskarżony może zataić fakt prowadzonego postępowania, ale w takim stanie obciążają go wszelkie z tego wynikające konsekwencje, w szczególności dotyczące doręczeń pism procesowych. Stosownie do zmienionego art. 139 § 1 k.p.k., jeżeli oskarżony nie przebywa pod wskazanym przez siebie adresem,

⁶² J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 610.

⁶³ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, t. I, teza 2 do art. 261 i 262 k.p.k.

⁶⁴ Tamże.

⁶⁵ Druk sejmowy nr 870, *Uzasadnienie*, s. 83.

⁶⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, t. I, teza 2 do art. 261 i 262 k.p.k.

w tym także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, pismo wysłane pod tym adresem uważa się za doręczone.

Znowelizowane przepisy (art. 75 § 1 i art. 139 § 1 k.p.k.) eliminują możliwość uchylenia się przez oskarżonego od skutków odstąpienia od powiadomienia o zmianie miejsca pobytu, nawet jeśli jego powodem jest pozbawienie wolności w innej sprawie⁶⁷.

Ograniczenie przedłużenia tymczasowego aresztowania (art. 263 § 4b k.p.k.)

Nowela wprowadza nową negatywną przesłankę przedłużenia tymczasowego aresztowania. Kodeks postępowania karnego nie przewidywał górnej granicy stosowania tymczasowego aresztowania. Nowela sytuację tę zmieniła. Stosownie do art. 263 § 4b k.p.k., niedopuszczalne jest przedłużenie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym na okres ponad jednego roku, gdy realnie grożąca oskarżonemu kara nie przekroczy 3 lat pozbawienia wolności, a w postępowaniu sądowym na okres ponad 2 lata, gdy realnie grożąca kara nie przekroczy 5 lat pozbawienia wolności. Zmiana ma zapobiec przedłużaniu tymczasowego aresztowania w sprawach drobnych⁶⁸. Przewidziane ograniczenia nie mają zastosowania, jeżeli konieczność takiego przedłużenia jest spowodowana celowym przewlekaniem postępowania przez oskarżonego (art. 263 § 4b *in fine* k.p.k.).

Celowe przewlekanie postępowania przez oskarżonego oznacza nadużywanie przez niego jego uprawnień procesowych nie do obrony w sensie merytorycznym lub proceduralnym, ale w celu wydłużenia procesu. Tytułem przykładu jest to nieuzasadnione okolicznościami sprawy przedłużanie zapoznawania się z materiałem postępowania, wprowadzanie się w stan choroby uniemożliwiający niezbędne uczestnictwo w czynnościach procesowych, niestosowanie się do zaleceń medycznych w celu wyjścia ze stanu choroby, symulowanie choroby wymagające dodatkowych badań lekarskich, częste zmiany obrońcy, które zmuszają do pozostawiania nowemu obrońcy odpowiedniego czasu na zapoznanie się ze sprawą, czy składanie wniosków dowodowych opartych na świadomie podawanych fałszywych informacjach zmuszające do dokonywania zbędnych czynności dowodowych wydłużających proces⁶⁹.

Nowela wprowadza dodatkowy mechanizm gwarancyjny, uniemożliwiający przedłużanie tymczasowego aresztowania z uwagi na prognozę wymiaru kary. Ocena przesłanki realnie grożącej kary, o której mowa w art. 258 § 4b k.p.k., powinna pozwalać na stwierdzenie, jak w świetle dotychczasowych dowodów, uzyskanych i przeprowadzonych do chwili wystąpienia o przedłu-

⁶⁷ Druk sejmowy nr 870, Uzasadnienie, s. 29.

⁶⁸ K. Zgrzyzek, *Opinia...*, s. 16.

⁶⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, t. I, teza 14 do art. 263 k.p.k.

żenie stosowania tymczasowego aresztowania, jawi się zarzucany aresztowanemu czyn i jak wyglądają okoliczności jego popełnienia z punktu widzenia możliwej sądowej reakcji karnej na takie przestępne zachowanie⁷⁰.

Rzecz nie w tym, aby przesądzić o wysokości kary, jaka winna zapaść w danej sprawie, lecz jedynie o rozważenie, czy przy trwającym ponad rok w postępowaniu przygotowawczym lub ponad 2 lata w postępowaniu sądowym tymczasowym aresztowaniu, ustalone dotąd okoliczności wskazują realnie na możliwość orzeczenia *in concreto* takiej kary, która będzie reakcją odczuwalną przez skazanego jako kara, czy jedynie takiej, która okaże się tylko dodatkiem do samego tymczasowego aresztowania i celów kary nie spełni⁷¹.

W niektórych sprawach ostatecznej oceny tej prognozy będzie się podejmował sąd apelacyjny, który, odmawiając przedłużenia tymczasowego aresztowania albo uwzględniając wniosek, da wyraz swoim zapatrywaniom na sprawę⁷². Nie będzie to stanowisko wiążące dla sądów niższej instancji, ale sędziowie tych sądów mogą się nim kierować podczas orzekania, zwłaszcza sędziowie sądów okręgowych, dla których sąd apelacyjny jest sądem odwoławczym. Zmiana niesie ryzyko pośredniego ograniczenia samodzielności jurysdykcyjnej sądu *a quo* (art. 8 § 1 k.p.k.), który pod wpływem decyzji sądu apelacyjnego może rewidować swoje stanowisko co do wymiaru kary⁷³.

List gończy (art. 279 § 3 k.p.k.)

Ustawodawca przewiduje istotną modyfikację w sprawie listu gończego przez uściślenie postępowania z osobą ujętą w wyniku poszukiwania tym listem. W nowym art. 279 § 3 k.p.k. nowela stanowi, że po ujęciu i zatrzymaniu osoby ściganej w tym trybie należy „niezwłocznie doprowadzić ją do sądu, który wydał postanowienie o tymczasowym aresztowaniu”, aby sąd ten rozstrzygnął z urzędu o utrzymaniu, zmianie lub uchyleniu tego środka z odpowiednim stosowaniem art. 344 k.p.k.⁷⁴.

Nowela uwzględnia konstytucyjny (art. 41 ust. 3 Konstytucji RP) i konwencyjny (art. 5 ust. 3 EKPC) nakaz niezwłocznego doprowadzenia zatrzymanego do sądu, czego nie przewidywała regulacja kodeksowa w zakresie dotyczącym zatrzymania w wyniku poszukiwań na podstawie listu gończego⁷⁵. Jej brak stanowił przedmiot krytyki ETPC w sprawach *Ladent* przeciw-

⁷⁰ Tamże, teza 22 do art. 263 k.p.k.

⁷¹ Tamże.

⁷² Por. P. Karlik, *Stosowanie środków...*, (w:) P. Wiliński (red.), *Kontrydktoryjność...*, s. 357.

⁷³ Tamże, s. 358–359.

⁷⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, t. I, teza 8 do art. 279 i 280 k.p.k.

⁷⁵ Druk sejmowy nr 870, *Uzasadnienie*, s. 57 i 58; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, t. I, teza 8 do art. 279 i 280 k.p.k.; J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 665.

ko Polsce i Nowak przeciwko Polsce⁷⁶. W sprawie tej Europejski Trybunał stwierdził, że kontrola sądowa zaraz przy pierwszym stawieniu się osoby zatrzymanej przed sędzią musi przede wszystkim być niezwłoczna, aby ograniczyć do minimum wszelkie nieuzasadnione ingerencje w wolność jednostki. Zdaniem ETPC ta kontrola musi być automatyczna i nie może być uzależniona od wniosku aresztowanego, gdyż art. 5 ust. 3 EKPC nie zawiera żadnych wyjątków od warunku postawienia niezwłocznie przed sędzią po zatrzymaniu lub aresztowaniu⁷⁷. Obowiązek doprowadzenia do sądu uchyla jedynie taka sytuacja, w której prokurator po przesłuchaniu zmienił środek zapobiegawczy lub uchylił tymczasowe aresztowanie (art. 279 § 3 zd.1 in fine k.p.k.). Taka sytuacja jest dopuszczalna jedynie w postępowaniu przygotowawczym (art. 253 § 2 k.p.k.).

Konstrukcja art. 279 § 3 k.p.k. nie powinna nasuwać wątpliwości, że na etapie postępowania przygotowawczego ujęty i zatrzymany oskarżony powinien zostać doprowadzony najpierw do prokuratora, który po przesłuchaniu może podjąć decyzję o zmianie albo uchyleniu tymczasowego aresztowania. Prokurator jako *dominus litis* postępowania przygotowawczego najlepiej zna jego materię i może jako pierwszy ocenić konieczność dalszego stosowania tymczasowego aresztowania stosownie do przeprowadzonych czynności dowodowych, w tym wyników przesłuchania oskarżonego. W przypadku, gdy prokurator nie widzi podstaw do podjęcia takiej decyzji, jest zobowiązany niezwłocznie zarządzić doprowadzenie oskarżonego do sądu, przekazując jednocześnie akta sprawy, które będą niezbędne do podjęcia decyzji w trybie art. 344 k.p.k.

Ustawodawca nie różnicuje sytuacji osób przesłuchanych przed sądem przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania, jak i tych, których sąd nie przesłuchał z powodu ukrywania się lub nieobecności w kraju (art. 249 § 3 k.p.k.). Dodany przez nowelę przepis nakazuje zawsze ujętą i zatrzymaną osobę w ramach listu gończego doprowadzić niezwłocznie do sądu, niezależnie od tego, czy osoba ta była wcześniej przesłuchiwana przez sąd, czy też nie.

Wnioski

Tymczasowe aresztowanie powinno stanowić środek ostateczny. Nowela znacznie ogranicza możliwości stosowania tego środka zapobiegawczego, w szczególności jego przedłużenia. W ten sposób ustawodawca chce realizować wymogi Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. W świetle art. 5 ust. 3 EKPC, każdy zatrzymany lub aresztowany ma prawo być są-

⁷⁶ Wyroki ETPC: z dnia 18 marca 2008 r. w sprawie *Ladent przeciwko Polsce*, skarga nr 11036/03, LEX nr 357389 oraz z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie *Nowak przeciwko Polsce*, skarga nr 7337/05, LEX nr 818197.

⁷⁷ M. A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008, Warszawa 2009, s. 109.

dzony w rozsądnym terminie. Oczywiście jest, że gdyby nie dochodziło do przewlekłości postępowania w sprawach, w których stosowane jest tymczasowe aresztowanie, to nie dochodziłoby do przewlekłości stosowania tego środka zapobiegawczego⁷⁸. Nie ulega też wątpliwości, że tymczasowe aresztowanie stosowane jest najczęściej w sprawach złożonych, które trwają najdłużej z uwagi na ich skomplikowany charakter.

Zdaniem ETPC, nadużywanie tymczasowego aresztowania w Polsce ma charakter problemu strukturalnego⁷⁹. Nadmierna długość stosowania tego środka wielokrotnie stanowiła podstawę do stwierdzenia naruszenia art. 5 ust. 3 EKPC⁸⁰. W ocenie ETPC, naruszenie tego przepisu wynikało z powszechnego problemu powstałego wskutek niewłaściwego funkcjonowania polskiego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych⁸¹. Nowela stanowi próbę rozwiązania tego problemu, ale dopiero praktyka organów procesowych, głównie postępowania przygotowawczego, które inicjują postępowania w sprawie o tymczasowe aresztowanie, i sądów rejonowych, które te wnioski rozpoznają, przyniesie odpowiedź, czy nowela obniży liczbę stosowanych tymczasowych aresztowań i skróci ich trwanie.

Provisional arrest in the amended Code of Criminal Procedure

Abstract

This paper presents amendments to the Code of Criminal Procedure in respect of provisional arrest, made by the Act of 27 September 2013, this subsequently revised by the Act of 20 February 2015. The amendments both strengthen the situation of a defendant, including the defendant's right to formal defence, and establish the principle of disclosure of evidence based on which provisional arrest is sought. The legislator clarifies requirements to be satisfied to properly justify both the request for provisional arrest and the relevant decision on provisional arrest. The amendments establish the adequacy principle for preventive measures and limit applicability of what is the most severe preventive measure or provisional arrest.

⁷⁸ Por. J. Ma tr a s, Niektóre regulacje tymczasowego aresztowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, Prok. i Pr. 2014, nr 4, s. 35.

⁷⁹ Wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2009 r., Kauczor przeciwko Polsce, skarga nr 45219/06, LEX nr 479581.

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ Tamże.

Wojciech Steppa

Zasada *ne bis in idem* a idealny zbieg przestępstwa i wykroczenia

Streszczenie

Artykuł jest analizą kontrowersyjnej regulacji zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia, umożliwiającej prowadzenie przeciwko tej samej osobie dwóch postępowań o ten sam czyn w znaczeniu ontologicznym, co pozostaje w niezgodności z zasadą *ne bis in idem*. Autor przedstawia uwagi krytyczne nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału praw człowieka oraz przedstawia własną wizję nowej regulacji zbiegu przestępstwa z wykroczeniem.

Wstęp

Problematyka tzw. zbiegu idealnego przestępstwa z wykroczeniem (czy bardziej precyzyjnie rzecz ujmując: idealnego zbiegu znamion przestępstwa i znamion wykroczenia) nie jest *novum* w polskiej doktrynie prawa karnego materialnego i procesowego. Przyjmowana w kolejnych aktach prawnych regulacja budziła rozmaite wątpliwości, skłaniała do wyrażania coraz to nowych argumentów, których, z uwagi na ich liczbę, w tym miejscu nie sposób *in extenso* przytoczyć. Osią sporu było nieodmiennie pytanie: czy zasadnym jest prowadzenie dwóch postępowań – karnego i o wykroczenie – o ten sam czyn tej samej osoby i wyciąganie z tego tytułu dwóch zestawów konsekwencji prawnych wobec sprawcy? Innymi słowy, chodzi tu o zgodność regulacji wprowadzanych przez polskiego ustawodawcę z zasadą *ne bis in idem*. Mimo tego, że dyskurs na wyżej wskazany temat toczy się od kilku dekad, nie udało się jak dotąd uzyskać satysfakcjonującego rezultatu prawodawczego w tym zakresie, dowodem czego są pojawiające się wciąż nowe głosy i przedstawiane nowe racje na rzecz hipotezy o wadliwej regulacji zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia.

W ostatnim czasie w sposób doniosły o potrzebie przemyślenia raz jeszcze możliwej regulacji omawianej problematyki przypomniały zawisłe przed Trybunałem Konstytucyjnym sprawy: zakończone postanowieniami o sygna-

turach: P 23/11¹ oraz P 25/11². Obie sprawy dotyczyły konstytucyjności oraz zgodności ze standardami prawa międzynarodowego funkcjonowania instytucji idealnego zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia, przy czym tylko w sprawie o sygn. P 23/11 kwestionowano bezpośrednio art. 10 k.w.

Obszerność i przede wszystkim siła przekonywania argumentacji sądów pytających zdawały się stwarzać dobry grunt dla przeniesienia dyskusji z domeny doktryny prawa przed oblicze judykatury – z możliwością realnego wpłynięcia na normatywny kształt instytucji. Szansa ta jednak została zaprzepaszczone, na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu sprawy stała w sprawie o sygn. P 23/11 upływ terminu przedawnienia wykroczenia, w kontekście popełnienia którego toczyło się postępowanie przed sądem, natomiast w sprawie o sygn. P 25/11 Trybunał stwierdził niespełnienie wymagań pytania prawnego. W obu wypadkach efektem było umorzenie postępowania przed Trybunałem ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Pomijając fakt, że dla samego sądu konstytucyjnego jest to sytuacja o tyle wygodna, że uniknął konieczności rozstrzygnięcia bardzo kontrowersyjnego zagadnienia (orzeczenie o niekonstytucyjności przepisów w omawianym wypadku byłoby, jak się zdaje, niezmiernie głęboką ingerencją w sferę działania władzy ustawodawczej i zdekompletowałoby jak dotąd spójny, choć materialnie wadliwy, system prawa regulującego pogranicze wykroczeń i przestępstw), trzeba z żalem przyjąć taki obrót spraw. Wydaje się zatem stosownym zebranie najważniejszych argumentów, które padły dotąd w sporze o prawidłowość regulacji idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem i naszkicować możliwe rozwiązania w tym zakresie.

¹ Sprawa zakończona postanowieniem TK z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. P 23/11, OTK ZU 2013, nr 9/A, poz. 142, zainicjowana pytaniem prawnym Sądu Rejonowego w Grójcu, dotycząca zgodności art. 10 § 1 Kodeksu wykroczeń (ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń; Dz. U. z 2013 r., poz. 482) w zakresie, w jakim dopuszcza stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn, odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie, z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.), art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony dnia 22 listopada 1984 r. w Strasburgu, Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364, dalej: Protokół nr 7) oraz art. 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167, dalej: MPPOiP).

² Sprawa zakończona postanowieniem TK z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. P 25/11, OTK ZU 2014, nr 2/A, poz. 23, której przedmiotem były połączone pytania Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi oraz Sądu Rejonowego w Grójcu, dotyczące zgodności art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555), w zakresie, w jakim przepis ten pomija to, że nie wszczyna się postępowania karnego, a wszczęte umarza, gdy postępowanie o wykroczenie co do tego samego czynu tej samej osoby zostało wcześniej prawomocnie zakończone, z art. 2 Konstytucji, art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 oraz art. 14 ust. 7 MPPOiP.

Struktura niniejszego opracowania jest następująca: najpierw zostają zarysowane dotychczasowe regulacje idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, następnie pokrótce omówiona zostanie problematyka zasady *ne bis in idem* (z punktu widzenia Konstytucji i prawa międzynarodowego) w omawianym obszarze, w ścisłej łączności z rozważaniami nad charakterem prawnym postępowania wykroczeniowego jako *sui generis* postępowania karnego. Na koniec przedstawione zostaną postulaty *de lege ferenda*.

Zanim jednak możliwe będzie przejście do meritum, konieczne jest wstępne uporządkowanie argumentów, co powinno zaowocować klarownością dalszych wywodów w niezmiernie złożonej materii, która stanowi przedmiot niniejszego opracowania. Przemawia za tym różnorodność dotychczasowych ujęć problematyki zbiegu idealnego. Można więc prowadzić argumentację wyłącznie na polu prawa materialnego, rozważając łączność bądź rozdzielność prawa karnego i prawa wykroczeń, poszukiwać rozsądkowych czy wręcz intuicyjnych racji przeczących obecnej regulacji, można też odnosić się do standardu konstytucyjnego lub wreszcie standardów prawa międzynarodowego, a nawet wkraczać w tematykę procesowej regulacji. Wydaje się, że argumenty związane z każdą z wymienionych sfer są warte analizy, a wszystkie razem wzięte mogą stanowić silny głos przemawiający za bądź przeciw obecnej regulacji zbiegu idealnego przestępstwa z wykroczeniem.

Zagadnienie zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia w prawie polskim – rys historyczny

Problematyka zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia stała się przedmiotem regulacji prawnej już w rozporządzeniu Prezydenta RP z 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym³ (przy czym podkreślić trzeba, że wówczas wykroczenie traktowane było jako przestępstwo z tym tylko, że ka-

³ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 28 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz. U. Nr 38, poz. 365); zob. S. Waltoś, Konsekwencje prawne zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia w czynie społecznie niebezpiecznym, PiP 1970, nr 11, s. 700. Przepis art. 10 tego rozporządzenia miał następujące brzmienie: „Jeżeli ten sam czyn wykazuje cechy przestępstwa, ulegającego ukaraniu przez władzę administracyjną, a zarazem cechy przestępstwa, ulegającego ukaraniu przez władzę sądową, każda z tych władz orzeka w zakresie swej właściwości. W razie skazania tak w postępowaniu karno-administracyjnym, jak i w postępowaniu sądowym, spośród orzeczonych kar pozbawienia wolności kara surowsza pochłania mniej surową, inne kary, orzeczone przez obie władze, i skutki skazania, wynikające z obu orzeczeń, pozostają obok siebie w mocy. O pochlōnieniu kary pozbawienia wolności orzeka sąd okręgowy, przewidziany w art. 37, na wniosek skazanego, prokuratora lub władzy administracyjnej albo z inicjatywy własnej sądu, który wyrokował w postępowaniu sądowym”.

rane przez władzę administracyjną⁴ – co wynika zresztą wprost z treści rozporządzenia). Jak wskazuje S. Waltoś, kodeks karny z 1932 r.⁵, mimo wprowadzenia w art. 36 zasady eliminacyjnego zbiegu przepisów w odniesieniu do przestępstw, nie uchylił zbiegu idealnego przestępstwa z wykroczeniem, co było rozwiązaniem niekonsekwentnym, a ten brak konsekwencji ciąży na polskim systemie prawa do dziś⁶. Autor ten zauważa rzecz znamionną – ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym⁷ w pierwotnym brzmieniu w ogóle nie regulowała omawianej kwestii, ale siła przyzwyczajenia praktyki i tak doprowadziła do zachowania sposobu rozstrzygania zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia według teorii zbiegu idealnego, ponieważ „dominowało chyba jeszcze przeświadczenie o odmienności charakteru wykroczenia i przestępstwa, o istotnych różnicach jakościowych, innych celach karania, niezależnie od względu bardzo praktycznego, wyrażającego się w dążeniu do ułatwienia pracy organów postępowania karnego i karno-administracyjnego”⁸. W 1958 r. wprowadzono nowelizację⁹ do wspomnianej ustawy z 1951 r., przywracając do polskiego porządku prawnego rozwiązanie z rozporządzenia z 1928 r.

Obecnie obowiązujący kodeks wykroczeń uregulował zbieg znamion przestępstwa i wykroczenia w art. 10 § 1, który brzmi: „Jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych”. Polski ustawodawca pozostał przy – tradycyjnej już – konstrukcji zbiegu idealnego przestępstwa z wykroczeniem¹⁰.

Zbiegi przepisów w polskim prawie karnym (*sensu largo*)

Przed omówieniem samego idealnego zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia koniecznym wydaje się przedstawienie innych obowiązujących w prawie karnym, prawie karnym skarbowym i prawie wykroczeń konstrukcji

⁴ A. Marek, Zbieg przestępstw i wykroczeń, NP 1970, nr 9, s. 1269.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571).

⁶ S. Waltoś, Konsekwencje..., s. 700.

⁷ Dz. U. z 1951 r., Nr 66, poz. 454.

⁸ S. Waltoś, Konsekwencje..., s. 700.

⁹ Ustawa z dnia 2 grudnia 1958 o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz. U. z 1958 r., Nr 77, poz. 396).

¹⁰ M. Bojarski, Komentarz do art. 10 Kodeksu wykroczeń, (w:) M. Bojarski, W. Radec ki, Kodeks wykroczeń..., s. 157.

zbiegu przepisów. W polskim kodeksie karnym z 1997 r.¹¹ przyjęto zaproponowaną przez W. Woltera konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów¹². Normatywnym jej wyrazem jest art. 11 k.k., który w § 1 wyraża teorię jedności przestępstwa: jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo. Wyklucza się jednocześnie na gruncie polskiego prawa karnego (*sensu stricto*) przyjęcie koncepcji idealnego zbiegu przepisów¹³ (o której będzie mowa dalej). Przepis art. 11 k.k. jest jednocześnie odbiciem zakazu wielokrotnego wymierzania kary za ten sam czyn, co znajduje uzasadnienie w kryterium sprawiedliwości¹⁴. Jeśli zaś czyn wypełnia znamiona określone w dwóch lub więcej przepisach ustawy karnej, sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów – jest to tzw. kumulatywna kwalifikacja prawna czynu¹⁵, której celem jest oddanie pełnej zawartości kryminalnej czynu, co nie jest możliwe przy odrębnej ocenie czynu z punktu widzenia każdego z przepisów.

W prawie wykroczeń również wskazać można na obowiązywanie zasady mówiącej, że jeden czyn może stanowić tylko jedno wykroczenie, mimo braku ujęcia jej *expressis verbis* w przepisach kodeksu¹⁶. Artykuł 9 § 1 k.w. wprowadził model eliminacyjnego zbiegu przepisów, polegający na tym, że jeśli czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, natomiast pozostałe naruszone przepisy, przewidujące łagodniejsze kary, zostają wyeliminowane¹⁷.

Także prawo karne skarbowe reguluje sytuację zbiegu przepisów ustawy. Zgodnie z art. 7 § 1 kodeksu karnego skarbowego¹⁸, jeśli ten sam czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach tego kodeksu, przypisuje się tylko jedno przestępstwo skarbowe albo tylko jedno wykroczenie skarbowe na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Jest to więc analogiczna do kodeksu karnego regulacja kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy¹⁹. Do problemów z kwalifikacją prawną prowadzi sytuacja, gdy ten sam czyn wyczerpuje znamiona określone zarówno w przepisie typizującym przestępstwo skarbowe jak i wykroczenie skarbowe. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że w takiej sytuacji należy przypisać

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553).

¹² S. Waltoś, *Konsekwencje...*, s. 700; W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 48.

¹³ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013, s. 201.

¹⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 285.

¹⁵ L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 154.

¹⁶ M. Bojarski, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 144 (komentarz do art. 9).

¹⁷ M. Bojarski, (w:) *ibidem*, s. 149 (komentarz do art. 9).

¹⁸ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2013 r., poz. 186).

¹⁹ M. Błaszczak, M. Zbrojewska, *Kodeks karny skarbowy*, Warszawa 2011, s. 54.

sprawcy popełnienie przestępstwa skarbowego²⁰. Takie stanowisko wyraził też Sąd Najwyższy w uchwale o sygn. I KZP 23/05²¹.

Na gruncie kodeksu karnego skarbowego unormowano też specyficzną sytuację zbiegu znamion przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego oraz przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach karnych innej ustawy (przestępstwo lub wykroczenie pospolite)²². Sytuację tę normuje art. 8 k.k.s., zgodnie z którym, jeśli zajdzie taki zbieg, stosuje się każdy z przepisów, których znamiona wyczerpuje czyn sprawcy. Omawiana instytucja to idealny zbieg czynów karalnych²³. Stanowi ona wyraz teorii wielości czynów zabronionych, wedle której o liczbie czynów zabronionych nie decyduje liczba realnych zachowań się sprawcy, lecz liczba naruszonych przez niego norm sankcjonowanych; czyn zabroniony w myśl tej teorii nie jest bytem realnym, lecz idealnym (stąd nazwa zbiegu)²⁴. W wypadku idealnego zbiegu czynów zabronionych na gruncie kodeksu karnego skarbowego, sprawca odpowiada odrębnie za przestępstwo lub wykroczenie skarbowe i za przestępstwo lub wykroczenie pospolite²⁵. W myśl przepisu art. 8 § 2 k.k.s., wykonaniu podlega tylko najsurowsza z kar, co nie stoi na przeszkodzie wykonaniu środków karnych lub innych środków orzeczonych na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów.

Wskazuje się, że konstrukcja idealnego zbiegu czynów zabronionych w prawie karnym skarbowym znajduje uzasadnienie z punktu widzenia gospodarki finansowej państwa, gdyż oznacza to spotęgowanie punitowności²⁶. Z drugiej strony, jak wskazują niektórzy autorzy, przyjęte w kodeksie karnym skarbowym zasady wykonywania kar i środków karnych orzeczonych w przypadku idealnego zbiegu czynów zabronionych w znacznym stopniu eliminują konsekwencje podwójnego ukarania sprawcy za jeden czyn²⁷. Jak podkreśla P. Kardas, co prawda, w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego skarbowego kładziono nacisk na praktyczność rozwiązania zawartego w art. 8 k.k.s., jednakże sama aplikacja tej instytucji rodzi trudności choćby w zakresie wykorzystania reguł wyłączających wie-

²⁰ Tak: M. Błaszczuk, M. Zbrojewska, *ibidem*.

²¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r., sygn. I KZP 23/05, OSNKW 2005, nr 10, poz. 91.

²² Jest to tzw. zewnętrzny zbieg przepisów ustawy – P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 149 (komentarz do art. 8).

²³ Tak: M. Błaszczuk, M. Zbrojewska, Kodeks karny skarbowy..., s. 55.

²⁴ Ł. Pohl, Prawo karne..., s. 201–202.

²⁵ M. Błaszczuk, M. Zbrojewska, Kodeks karny skarbowy..., s. 55.

²⁶ F. Prusak, Prawo karne skarbowe, Warszawa 2008, s. 90.

²⁷ Tak: M. Błaszczuk, M. Zbrojewska, Kodeks karny skarbowy..., s. 55; F. Prusak, *ibidem*.

łość ocen w prawie karnym²⁸, natomiast w niektórych sytuacjach „stwarza podstawy do formułowania zastrzeżeń w zakresie zgodności tego rozwiązania z konstytucyjną zasadą *ne bis in idem*”²⁹. Warto podkreślić ostatnią uwagę P. Kardasa, znajdzie ona bowiem – jak się wstępnie wydaje – zastosowanie również w odniesieniu do konstrukcji idealnego zbiegu na styku prawa wykroczeń i prawa karnego *sensu stricto*.

Wreszcie pochylić się trzeba nad idealnym zbiegiem znamion przestępstwa i wykroczenia, uregulowanym w kodeksie wykroczeń. Mowa o przepisie art. 10 § 1 k.w., w myśl którego, jeśli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie. W dalszej części tego przepisu wysłowiona została modyfikacja odpowiedzialności sprawcy w zakresie wykonania kary, bowiem jeśli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny, zaś w razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego, zalicza się je na poczet surowszych. Komentatorzy wskazują, że unormowanie to podyktowane zostało potrzebami praktyki wymiaru sprawiedliwości i stanowi wyraz kompromisu uwzględniającego z jednej strony interes obwinionego (oskarżonego), a z drugiej strony dobro wymiaru sprawiedliwości³⁰.

Jak wynika z powyższego, w prawie polskim konsekwencje niepomijalnego zbiegu przepisów typizujących czyny zabronione pod groźbą kary nie są ujęte w sposób jednorodny. Wskazuje się, że jest to trwała cecha polskiego ustawodawstwa, towarzysząca mu nieprzerwanie od wielu lat³¹.

²⁸ Mianem reguł wyłączających wielość ocen w prawie karnym określa się „reguły (zasady), których zastosowanie eliminuje kumulatywną kwalifikację prawną zachowania się sprawcy” – Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 203 i n.; por. też: W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 222; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 156; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 229; J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe*, (w:) R. Dębski (red.), *System prawa karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 1044 i n.

²⁹ P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks...*, s. 150 (komentarz do art. 8); por. także P. Kardas, *Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada *ne bis in idem*. Rozważania o konstytucyjnych i konwencyjnych granicach władzy ustawodawczej*, *CzPKiNP* 2010, nr 4, s. 5.

³⁰ M. Bojarski, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń...*, s. 169 (komentarz do art. 10). W kontekście tego przepisu koniecznym jest dodać, że konstrukcja zbiegu idealnego nie znajdzie zastosowania, jeśli kilka zachowań, z których każde wyczerpuje jednostkowo znamiona wykroczenia, tworzy łącznie jeden czyn zabroniony będący przestępstwem ciągłym, bowiem nie chodzi tu już o jeden czyn różnie prawnie oceniany, skoro w aspekcie prawa wykroczeń wchodzi w rachubę kilka odrębnych czynów, a na gruncie prawa karnego tylko jeden, tyle że złożony z kilku zachowań – M. Bojarski, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *ibidem*, s. 170 (komentarz do art. 10); por. też przywołany tam wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10, OSNKW 2010, nr 12, poz. 108.

³¹ J. Majewski, *Zbieg przepisów...*, s. 1070.

Wątpliwości co do regulacji zbiegu przestępstwa z wykroczeniem *de lege lata*

Regulacja art. 10 § 1 k.w. stanowi zatem, o czym już była mowa, wyraz teorii wielości czynów. Rozwiązanie to było i jest – co podkreśla T. Grzegorzczuk – krytykowane w doktrynie jako naruszające zasadę *ne bis in idem*³². Podkreśla się jednak słusznie, że konstrukcja zbiegu idealnego przestępstwa i wykroczenia sama w sobie nie narusza tej zasady, a uzasadnienia poglądu o naruszeniu standardu *ne bis in idem* należy doszukiwać się dopiero w wynikającej z art. 10 § 1 k.w. normie procesowej dopuszczającej prowadzenie dwóch postępowań. Jednocześnie wskazuje się, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPC) dopuszcza odstępstwa od tej zasady, zaś na gruncie polskiego porządku prawnego orzecznictwo sądowe wyraża pogląd, iż art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (który to przepis wyśławia rzeczoną zasadę dla polskiej procedury karnej) zakazuje jedynie prowadzenia postępowania karnego, jeżeli o ten sam czyn tej samej osoby zostało uprzednio prawomocnie zakończone „postępowanie karne”, którym nie jest przecież postępowanie w sprawie o wykroczenie, zatem uprzednie zakończenie postępowania wykroczeniowego nie stanowi – zdaniem Sądu Najwyższego – przesłanki powagi rzeczy osądzonej³³.

Wskazuje się, że negatywne konsekwencje przełamania zasady *ne bis in idem* zostają zniwelowane na etapie wykonania kary – zapobiega się wszakże wykonywaniu podwójnie orzeczonych środków represji karnej³⁴. Czy jednak jest to wystarczające uzasadnienie dla odstępstwa od wskazanej wyżej zasady? Wydaje się, że możliwe jest przedstawienie argumentów wskazujących, że zasada *ne bis in idem* powinna być respektowana także w kontekście omawianej instytucji zbiegu idealnego znamion przestępstwa i wykroczenia.

Rozważenia wymaga więc zasadnicza kwestia – czy postępowanie w sprawie o przestępstwo i postępowanie w sprawie o wykroczenie prowadzone na tej samej podstawie faktycznej (dotyczące tego samego zachowania w sensie ontologicznym) objęte są zakazem *ne bis in idem* zawartym w hipotezach norm wynikających z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 oraz art. 2 Konstytucji RP? W kontekście omawianej zasady podkreśla się następujące trudności: charakter orzeczeń uruchamiających zakaz, rozumienie „*idem*” w połączeniu z zagadnieniem tożsamości czynu oraz moment aktualizacji

³² T. Grzegorzczuk, (w:) T. Grzegorzczuk (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz LEX, Warszawa 2013, s. 69 (komentarz do art. 10).

³³ T. Grzegorzczuk, (w:) *ibidem*, s. 70 (komentarz do art. 10) i przytoczone tam postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 40/03, OSNKW 2004, nr 2, poz. 22.

³⁴ T. Grzegorzczuk, (w:) *ibidem*, s. 70 (komentarz do art. 10).

zakazu³⁵. W ramach rozstrzygania tej wątpliwości zasadnicze znaczenie ma też stwierdzenie, czy rzeczywiście postępowanie w sprawie o wykroczenie jest postępowaniem karnym w myśl wskazanych wyżej przepisów (standardów). Warto przyjrzeć się, jak do tych zagadnień ustosunkowywał się Trybunał Konstytucyjny oraz ETPC.

Zasada *ne bis in idem* jest traktowana przez TK jako element zasady państwa prawnego oraz element prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) czy prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP)³⁶. Trybunał bardzo obszernie odniósł się do problematyki postępowań o charakterze represyjnym w wyroku o sygn. K 18/03³⁷, w której orzeczono o niekonstytucyjności niektórych przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661). Trybunał uzasadniał swoje orzeczenie, m.in. wskazując, że polski ustawodawca stosuje szeroko rozumiane prawo represyjne nie tylko w formie odpowiedzialności karnej, ale i w innych rodzajach odpowiedzialności i w postępowaniach prowadzonych nie tylko przed sądami³⁸. Dalej TK podkreślił, że przy analizie przepisów związanych z odpowiedzialnością związaną ze stosowaniem represji zasadnicze znaczenie ma nie tyle nazwanie danego postępowania karnym przez ustawę, ale stwierdzenie, czy wobec charakteru zawartych w tej ustawie norm prawnych istnieje konieczność zastosowania w ramach tego postępowania gwarancji konstytucyjnych dotyczących odpowiedzialności karnej. Jest tak, ponieważ konstytucyjne pojęcie „odpowiedzialność karna” ma szersze znaczenie od tego, jakie przyjmuje kodeks karny i – argumentując w drugą stronę – ustawowe znaczenie tego wyrażenia nie może rzutować na jego percepcję na gruncie Konstytucji RP³⁹, ponieważ prowadziłoby to do zawężenia tego znaczenia, a przepis Konstytucji straciłby znaczenie gwarancyjne – toteż „należy przyjąć, że zakres stosowania art. 42 Konstytucji obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialność za przestępstwa, ale również inne formy odpowiedzialności prawnej związane z wymierzaniem kar wobec jednostki”⁴⁰.

Kontekst konstytucyjny nie jest tu jednak jedynym godnym analizy. Większość przepisów o charakterze gwarancyjnym zawartych polskiej ustawie zasadniczej wzorowana jest bowiem na regulacjach prawa międzynarodowego, a przede wszystkim na EKPC⁴¹.

³⁵ Zob. K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w Kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*, CzoPKiNP 2012, nr 2, s. 115.

³⁶ Zob. *ibidem*, s. 110.

³⁷ Wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, OTK ZU 2004, nr 10/A, poz. 103.

³⁸ Tak również wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK ZU 2003, nr 4/A, poz. 50.

³⁹ Tak też wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU 2003, nr 9/A, poz. 97.

⁴⁰ Wyrok TK z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK ZU 2003, nr 6/A, poz. 62.

⁴¹ P. Wiliński, Proces karny w świetle Konstytucji, Warszawa 2011, s. 74.

Na wstępie tej części rozważań, tylko wпадkowO, warto zauważyć, że zgodnie z niektórymi orzeczeniami ETPC, w pewnych szczególnych okolicznościach standard *ne bis in idem* może być traktowany jako element prawa do rzetelnego procesu (*fair trial*), ściślej rzecz biorąc – zasada ta miałaby być powiązana z prawem do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości – toteż ujęcie zasady *ne bis in idem* w art. 4 Protokołu nr 7 nie oznacza jej wyłączenia spod zakresu art. 6 § 1 EKPC⁴². Co więcej, podejmowano w orzecznictwie ETPC próby wyrowadzenia tego zakazu z zasady pewności prawa, wszak wymaga ona, by „w przypadkach, gdy sprawa przed sądem została rozstrzygnięta ostatecznie, rozstrzygnięcie to nie było poddawane w wątpliwość”⁴³. Z drugiej jednak strony ma sporo racji P. Hofmański, gdy wskazuje, że gdyby rzeczywiście wiązać *ne bis in idem* z art. 6 EKPC, art. 4 Protokołu nr 7 musiałby być uznany za *superfluum*⁴⁴.

Na gruncie art. 4 Protokołu nr 7 za orzeczenie aktualizujące zakaz *ne bis in idem* uważa się prawomocny wyrok, tak skazujący, jak i uniewinniający, przy czym znaczenie pojęcia „wyrok” ujmowane jest szeroko: jako taki traktować należy nie tylko orzeczenie sądu, ale także decyzję organu administracyjnego, policji czy prokuratora⁴⁵. Wskazuje się, że wśród spraw zawisłych przed ETPC znaczącą część stanowią przypadki, które pojawiły się na gruncie systemów prawnych przyjmujących – podobnie jak system polski – rozwiązania związane z idealnym zbiegiem czynów zabronionych, gdyż tam właśnie „ujawniają się przypadki dwukrotnego wartościowania tego samego czynu w ramach odrębnych postępowań, z których każde wykorzystuje jako wzorzec oceny inny zestaw znamion typu czynu zabronionego wyrażony w pozostających w zbiegu przepisach”⁴⁶.

Jak już wyżej zaakcentowano, prowadząc rozważania nad zasadą *ne bis in idem* trzeba rozstrzygnąć dwie wątpliwości: co znaczy *idem* (czyli jakie są kryteria przyjęcia, że chodzi o ten sam czyn) i co kryje się pod *bis* (czyli kiedy możemy uznać, że doszło do prowadzenia dwóch postępowań karnych – innymi słowy: co stanowi sprawę karną). Oprócz tego wspomnieć trzeba

⁴² A. Sakowicz, *Zasada...*, s. 269.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, t. II, s. 653 (komentarz do art. 6 Protokołu nr 7).

⁴⁵ Zob. K. Witkowska, *Idealny zbieg...*, s. 120; por. też A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 285–287.

⁴⁶ P. Kardas, *Konstrukcja idealnego zbiegu...*, s. 11 – autor ten wskazuje następujące sprawy: wyrok ETPC z dnia 23 października 1995 r. w sprawie Gradinger v. Austria, sygn. 15963/90; wyrok ETPC z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie Fischer v. Austria, sygn. 37950/97 oraz wyrażający odmienne stanowisko wyrok ETPC z dnia 30 lipca 1998 r. w sprawie Oliveira v. Switzerland, sygn. 25711/94.

o zakresie zakazu: ETPC podkreślił bowiem w wyroku (podsumowującym dotychczasowe wypowiedzi tego Trybunału w tym zakresie) w sprawie Sergey Zolotukhin przeciwko Rosji, że art. 4 Protokołu nr 7 nie ogranicza się do prawa do tego, by nie być po dwakroć karanym, ale też by nie być dwa razy oskarżonym ani narażonym na udział w dwóch postępowaniach⁴⁷.

Trybunał strasburski wyraził kilkakrotnie pogląd, wedle którego możliwość dwukrotnego wartościowania tego samego czynu w dwóch różnych postępowaniach, w których podstawą odpowiedzialności są te same istotne elementy (atrybuty, aspekty, cechy) tego samego czynu, stanowi naruszenie zasady *ne bis in idem* wyrażonej w art. 4 Protokołu nr 7⁴⁸. Tak więc w sprawach (najczęściej w tym kontekście powoływanych, choć przyjmowano w nich różne kryteria tożsamości czynu⁴⁹): Gradinger przeciwko Austrii, Oliveira przeciwko Szwajcarii, Fischer przeciwko Austrii oraz Zolotukhin przeciwko Rosji ETPC rozstrzygał w sprawie zbiegu przestępstwa z wykroczeniem w postaci właśnie idealnego zbiegu czynów karalnych, a głównym wątkiem do rozstrzygnięcia była tam tożsamość czynu⁵⁰. Nie wnikając w szczegóły tych orzeczeń, przybliżone już w literaturze w wystarczającym zakresie (m.in. przez P. Hofmańskiego⁵¹ czy K. Witkowską⁵²), podkreślić trzeba kluczową konkluzję wynikającą z orzeczenia w sprawie Zolotukhin przeciwko Rosji (chronologicznie najpóźniejszego i odwołującego się do pozostałych wyżej wskazanych spraw: zwłaszcza do sprawy Gradinger przeciwko Austrii, ale też do pozostałych wyżej wymienionych spraw), gdzie ETPC stwierdził, że aby przyjąć tożsamość czynu, należy „dokonać interpretacji stanu faktycznego przez pryzmat odpowiedniej regulacji prawnej, a więc przez opis znamion typu czynu zabronionego zawarty w przepisie ustawy karnej. Jeżeli po analizie okaże się, że istotne elementy czynu pokrywają się

⁴⁷ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 10 lutego 2009 r., sygn. 14939/03, Sergey Zolotukhin v. Russia, online: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222>, dostęp w dniu 16 listopada 2014 r.: „The Chamber reiterated that Article 4 of Protocol No. 7 was not confined to the right not to be punished twice but extended to the right not to be prosecuted or tried twice”. P. Hofmański zauważa nawet więcej, pisząc, że „art. 4 Protokołu nr 7 nie daje prawa do niekarania podwójnie za ten sam czyn, lecz prawo do tego, aby raz tylko toczyło się postępowanie” – P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), Konwencja..., s. 662 (komentarz do art. 6 Protokołu nr 7).

⁴⁸ P. Kardas, Konstrukcja idealnego zbiegu..., s. 11.

⁴⁹ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), Konwencja..., s. 658–660. Zagadnienie to nie ma większego znaczenia dla problematyki niniejszego opracowania, nie zostaje więc rozwinięte, a jedynie zaznaczone.

⁵⁰ Zob. K. Witkowska, Idealny zbieg..., s. 122.

⁵¹ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), Konwencja..., s. 658–660 (komentarz do art. 6 Protokołu nr 7).

⁵² K. Witkowska, Idealny zbieg..., s. 125.

(*the same essential elements*), będzie zachodziła tożsamość czynu”⁵³. Oczywiście jest, że konstrukcja idealnego zbiegu przestępstwa i wykroczenia zawsze będzie wpisywać się w ten tok rozumowania, nie jest negowany przecież fakt, że chodzi tu o zbieg przepisów dotyczących jednego zdarzenia faktycznego.

Drugie zagadnienie to sposób rozumienia wyrażenia „postępowanie karne”. P. Hofmański wskazuje, że art. 4 Protokołu nr 7 znajduje zastosowanie tylko do osób oskarżonych bądź skazanych za popełnienie przestępstwa⁵⁴. Stwierdzenie to jest trafne tylko przy specyficznym rozumieniu słowa „przestępstwo” – a więc rozumieniu szerokim, niezależnym od przyjętego w porządkach krajowych. Wspomniany przed chwilą autor sam zresztą podkreśla, że sformułowanie to należy kojarzyć z terminem „oskarżenie w sprawie karnej”, użytym w art. 6 ust. 1 EKPC⁵⁵. Rozumienie „sprawy karnej” rzutuje z kolei rzecz jasna na percepcję pojęcia „postępowanie karne”. Jak już wspomniano, zakwalifikowanie procedury jako karnej w porządku prawnym krajowym nie ma charakteru decydującego, bowiem czyniłoby to standard *ne bis in idem* zależnym od woli państw a w konsekwencji pozbawiałoby go skuteczności⁵⁶. Wniosek płynący z orzecznictwa ETPC (np. sprawa Lauko przeciwko Słowacji) jest więc jasny: oprócz charakterystyki na gruncie prawa krajowego pod uwagę wziąć trzeba również charakter czynu zarzucanego jednostce oraz naturę i stopień dolegliwości sankcji grożącej osobie, przeciwko której toczy się postępowanie⁵⁷. Słusznie twierdzi A. Sakowicz, że

⁵³ Zob. K. Witkowska, *Idealny zbieg...*, s. 125. Nawiasem mówiąc, w polskiej literaturze procesu karnego długo toczyła się dyskusja na temat kryteriów przyjęcia tożsamości czynu, którą najtrafniej, jak się zdaje, podsumował S. Stachowiak, „Problem bardzo skomplikowany od strony teoretycznej jest (...) znacznie łatwiejszy i możliwy do rozstrzygnięcia w konkretnym przypadku praktycznym” – tegoż, *Funkcje zasady skargowości w polskim procesie karnym*, Poznań 1975, s. 218.

⁵⁴ P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, s. 654.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Taki pogląd wyraził ETPC w sprawie Zolotukhin przeciwko Rosji: “The Court reiterates that the legal characterisation of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of the principle of non bis in idem under Article 4 § 1 of Protocol No. 7. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a degree that might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention” – wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., sygn. 14939/03, *Sergey Zolotukhin v. Russia*.

⁵⁷ “In order to determine whether an offence qualifies as “criminal” for the purposes of the Convention, the first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence belongs, in the legal system of the respondent State, to the criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined” – wyrok ETPC z dnia 2 września 1998 r., sygn. 26138/95, *Lauko v. Slovakia*; podobnie: wyrok ETPC z dnia 24 września 1997 r., sygn. 18996/91, *Garyfallou AEBE v. Grece*; wyrok ETPC z dnia 25 sierpnia 1987 r., sygn. 9912/82, *Lutz v. Germany*; zob. też A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem...*, s. 274. K. Witkowska, *Idealny zbieg...*, s. 127.

czyn przynależeć będzie do sfery karnej niewątpliwie wówczas, gdy orzeczony środek ma na celu ukaranie osoby i odstraszenie jej oraz innych osób od popełnienia czynu⁵⁸.

Jaki jest – w świetle powyższego – status wykroczeń (w konsekwencji – postępowania w sprawach o wykroczenia)? Czyny te są niewątpliwie zagrożone karami (według art. 18 k.w. są to: areszt, ograniczenie wolności, grzywna i nagana). Przeto spełniona zostaje pierwsza z wymienionych przesłanek – środki orzeczone za wykroczenie mają na celu ukaranie sprawcy. Kara to ujemna (dolegliwa) reakcja na społecznie szkodliwe zachowanie sprawcy⁵⁹. Zgodnie zaś z treścią art. 33 § 1 k.w.: „Organ orzekający wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę za dane wykroczenie, oceniając stopień społecznej szkodliwości czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do ukaranego”.

Zaakcentować w tym miejscu trzeba, że w gruncie rzeczy wystarczy przyjrzeć się treści art. 10 k.w., będącego załącznikiem wszelkich wątpliwości wyrażonych w niniejszym opracowaniu i dotychczasowym dorobku doktryny. W przepisie tym znaleźć wszak można kryteria zaliczania już wykonanych kar łagodniejszych na poczet orzeczonych za ten sam czyn kar surowszych. Jest to dobitny dowód tego, że kary wymierzane za wykroczenia nie są jakościowo odmienne od kar wymierzanych za przestępstwa⁶⁰. Kara aresztu z k.w. odpowiada karze pozbawienia wolności z k.k., kara grzywny z k.w. – grzywnie z k.k.⁶¹, ponadto zarówno k.w., jak i w k.k. przewidują możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności. Zdaje się, że ten argument przesądza o przystawalności przestępstw i wykroczeń (a w konsekwencji również postępowań w sprawach o czyny należące do obu tych kategorii).

Zresztą, polski ustawodawca nieustannie dostarcza dowodów na zacieranie się granicy między przestępstwami a wykroczeniami, wprowadzając do porządku prawnego kategorii czynów budzące liczne wątpliwości co do ich statusu (przestępstwo czy wykroczenie). W tym zakresie należy jednak ode-

⁵⁸ A. Sakowicz, *ibidem*.

⁵⁹ A. Marek, *Prawo wykroczeń...*, s. 76. Warto zwrócić uwagę, że w istocie charakterystyka kar orzekanych za przestępstwa, podana przez A. Zolla, W. Wróbla, *Polskie prawo...*, s. 411, bez wątplenia znajduje też zastosowanie do wykroczeń, autorzy ci bowiem wskazują: „Cechą kary jest świadome zadanie drugiej osobie dolegliwości. Karę wręcz można sprowadzić do tej dolegliwości zadawanej człowiekowi. Ta dolegliwość ma się charakteryzować jej osobistym odczuwaniem przez ukaranego. Kara jest osobistą dolegliwością świadomie zadaną sprawcy przestępstwa. Dolegliwość ta polega na ingerencji przez karę w sferę podstawowych wolności i praw osoby karanej”.

⁶⁰ Taki tok rozumowania przyjmuje A. Marek, *ibidem*, s. 77.

⁶¹ Wątpliwości wywołuje jednak charakter grzywny orzekanej w postępowaniu mandatowym, którą zalicza się do sfery karno-administracyjnej – zob. A. Marek, *ibidem*.

słać do istniejących już opracowań⁶². Tu zaznaczyć trzeba, że prawo wykroczeń w doktrynie bezspornie uznawane jest za część prawa karnego *sensu largo*. W. Radecki nie pozostawia złudzeń: „Po wejściu w życie Kodeksu wykroczeń z 1971 r. stopniowo powszechne uznanie zyskiwał pogląd, że pomiędzy przestępstwami z jednej strony a wykroczeniami z drugiej nie ma różnic, które uzasadniałyby tezę o ich jakościowej odmienności. Są to czyny jakościowo tożsame ze względu na zagrożenie karą i wspólną im cechę społecznego niebezpieczeństwa (dziś – społecznej szkodliwości). (...) Odpowiedzialność za wykroczenia jest także odpowiedzialnością karną, aczkolwiek jest to odpowiedzialność o zredukowanych konsekwencjach prawnych, przeto tę kwestię można uznać za załatwioną”⁶³.

Postulaty *de lege ferenda*

Jakie rozwiązania należy zaproponować ustawodawcy? Zaznaczyć trzeba, że problem pozostaje na styku prawa materialnego i prawa procesowego i w obu wypadkach niezbędne są korekty. Jak się zdaje, w doktrynie nie przedstawiono dotąd spójnej propozycji ingerencji zarówno w prawo materialne jak i procesowe, poprzestając na niekompletnych postulatach czy jedynie wskazując na zakres błędnej regulacji. Z tego punktu widzenia poniższe rozważania mają częściowo charakter nowatorski.

W aspekcie materialnoprawnym należałoby postulować odejście od koncepcji idealnego zbiegu przepisów. Jest to przyczyna niesłuchanego zamętu, bowiem mimo tego, że w sensie ontologicznym bezspornym jest istnienie jednego tylko czynu (zdarzenia faktycznego), w sensie jurydycznym pojawiają się przez tę koncepcję dwa, całkowicie odrębne obrazy prawne czynu. Pozostają konstrukcje zbiegu eliminacyjnego oraz zbiegu kumulatywnego. Druga ze wskazanych możliwości pozwala na oddanie pełnej zawartości kryminalnej czynu w kwalifikacji prawnej zachowania sprawcy. Stosowana jest w odniesieniu do przestępstw i trudno wskazać jakieś poważniejsze argumenty przeciwko takiej koncepcji. Zbieg eliminacyjny stosuje się do zbiegu wykroczeń (por. art. 9 k.w.) Nie oddaje on pełnej zawartości kryminalnej czynu w orzeczeniu kończącym postępowanie, choć pozwala na wyciągnięcie konsekwencji również na podstawie przepisów wyeliminowanych z kwalifikacji (art. 9 § 1 *in fine* k.w.). Wybór pomiędzy tymi dwoma modelami regulacji pozostawić należy ustawodawcy. Autor niniejszego opracowania skłania

⁶² Ostatnio na ten temat pisał W. R a d e c k i, Dezintegracja polskiego prawa penalnego, Prok. i Pr. 2014, nr 9, s. 5 i n. Autor wskazuje na m.in. problemy rozróżnienia przestępstw i wykroczeń oraz analizuje charakter deliktów administracyjnych i kar za nie orzekanych.

⁶³ W. R a d e c k i, *ibidem*, s. 6; autor ten powołuje się na: A. M a r e k, (w:) System Prawa Karnego, t. 1: Zagadnienia ogólne, Warszawa 2010, s. 46.

się ku konstrukcji zbiegu kumulatywnego. Bardziej złożony jest problem miejsca regulacji – czy zbieg przestępstwa z wykroczeniem powinien być normowany w kodeksie karnym, w kodeksie wykroczeń czy w obu tych ustawach? Wydaje się, że rozwiązanie ostatnie, tj. regulacja w obu kodeksach, byłaby rozwiązaniem najbardziej klarownym. Jednakże, trzeba zwrócić uwagę na to, że problematyka zbiegu nie jest na tyle podstawową, aby musiała być dostępna dla każdego, kto do ustawy sięga. Wystarczy, jeśli będzie zrozumiała dla profesjonalnego prawnika, a mając jednocześnie na względzie, że dyrektywy wykładni prawa nakazują każdorazową interpretację przepisów z uwzględnieniem całego kontekstu systemu normatywnego, wydaje się, że wystarczającym i spójnym rozwiązaniem będzie regulacja zbiegu przestępstwa z wykroczeniem wyłącznie w jednej ustawie – tak jak ma to miejsce obecnie – w kodeksie wykroczeń.

Rzecz jasna, nie można w omawianej sprawie poprzestać na regulacji prawa materialnego, wszak to na gruncie postępowania zasada *ne bis in idem* rodzi poważniejsze konsekwencje. Źródło problemu leży w tym, że nie prowadzi się postępowania w sprawie zachowania człowieka jako takiego, rozumianego jako byt ontologiczny. Procedurę uruchamia skarga, zawierająca kwalifikację prawną tego czynu, a to może prowadzić do dwojakiego opisanie danego czynu w sensie ontologicznym. Skutkiem jest wszczęcie dwóch różnych postępowań, dla których przedmiotem będzie odpowiedzialność prawna za czyn według określonej kwalifikacji, a nie za czyn jako taki. Stąd może bierze się całe nieporozumienie związane ze zbiegiem idealnym znamion przestępstwa i wykroczenia. Przez to, że już w skardze (akcie oskarżenia albo wniosku o ukaranie) dokonuje się wstępnie kwalifikacji na potrzeby postępowania oraz z faktu, że do momentu prawomocnego skazania bądź ukarania sprawcę uważa się za niewinnego, wynikają rozmaite komplikacje procesowe. Niedopuszczalnym bowiem byłoby, gdyby organy ścigania powstrzymywały się od prowadzenia postępowania, oczekując na wszczęcie postępowania o czyn kwalifikowany z innej podstawy prawnej. Istnieje też problem natury praktycznej – może być tak, że postępowania będą prowadzone, bez wzajemnej wiedzy organów prowadzących.

Zatem, po pierwsze, należy zapobiec wszczynaniu dwóch odrębnych postępowań w sprawie o przestępstwo i wykroczenie. Wydaje się, że wystarczająca byłaby tu prosta zmiana treści, np. art. 303 k.p.k., polegająca na dodaniu do tego przepisu § 2 o następującej treści: „Jeżeli czyn będący przedmiotem postępowania wypełnia zarazem znamiona przestępstwa i wykroczenia, kwalifikacja prawna tego czynu powinna obejmować także przepis ustawy, z którego wynika odpowiedzialność za wykroczenie”. Przepis ten znajdowałby rzecz jasna odpowiednie zastosowanie również w dochodzeniu, na podstawie art. 325a § 2 k.p.k. Odpowiednio konieczne byłoby przyznanie sądowi karnemu kompetencji rozstrzygania i wyrokowania na pod-

stawie przepisów k.p.k. w sprawie podwójnie kwalifikowanego przepisu, ale nie powinno to już stanowić większego wyzwania dla ustawodawcy. Sytuacja, w której okaże się w toku postępowania, że czyn nie zawiera w ogóle znamion przestępstwa, jest już w sposób właściwy normowana przez art. 18 § 1 k.p.k. dla postępowania przygotowawczego oraz w art. 400 k.p.k. – dla postępowania sądowego.

Następnie, należy poprawnie uregulować także przesłanki prowadzenia postępowań. Wydaje się, że najbardziej poprawnym logicznie rozwiązaniem w kontekście obowiązywania zasady *ne bis in idem* i uznania, że postępowanie w sprawach o wykroczenia z k.p.w. i postępowanie karne z k.p.k. byłoby uzupełnienie katalogu ujemnych przesłanek postępowania. I tak, art. 5 § 1 pkt 8 k.p.w. powinien przyjąć brzmienie: „Nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: (...) 8) postępowanie karne lub postępowanie w sprawie o wykroczenie co do tego samego czynu obwinionego zostało prawomocnie zakończone lub wcześniej wszczęte toczy się”⁶⁴. Analogicznie, przesłanka z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. mogłaby obejmować także postępowanie w sprawie o wykroczenie. To rozwiązanie byłoby, jak już zostało wspomniane, najbardziej logiczne i konsekwentne, ale ma zasadniczą wadę. Jakkolwiek uznanie, że postępowanie w sprawie o przestępstwo i postępowanie w sprawie o wykroczenie są postępowaniami w sprawie karnej w myśl standardów konwencyjnego i konstytucyjnego, co nie powinno w świetle powyższej argumentacji budzić sprzeciwu, to jednak nie sposób stracić z pola widzenia różnicy ciężaru kwalifikacji czynu (czy choćby stopnia społecznej szkodliwości) jako przestępstwo lub jako wykroczenie. W konsekwencji trudną do zaakceptowania z punktu widzenia trafnej reakcji karnej jest sytuacja, w której wszczęcie samego postępowania o wykroczenie stoi na przeszkodzie przypisaniu odpowiedzialności za przestępstwo, o ile zachodzi tożsamość podstawy faktycznej obu postępowań, tj. mamy do czynienia z tym samym czynem tego samego sprawcy. Jest to problematyka marginalna, nie ma bowiem powodów by twierdzić, że w obliczu prawidłowej regulacji zbiegu na gruncie prawa materialnego nagminną stanie się nieumiejętność dostrzeżenia możliwości kwalifikacji czynu także jako przestępstwo. Trzeba jednak ryzyko takich sytuacji wziąć pod uwagę i w takim zakresie pozostawić art. 17 k.p.k. bez zmian, tj. przesłanki *res iudicata* oraz *litis pendentio* winny być na

⁶⁴ Warto zauważyć, że w k.p.w. znalazł się przepis, którego celem była eliminacja skutków procesowych podwójnego postępowania karnego czy postępowania w sprawach o wykroczenie: „Art. 25. 1. Można odmówić wszczęcia postępowania, a wszczęte umorzyć, jeżeli: 1) o ten sam czyn, jako mający jednocześnie znamiona przestępstwa i wykroczenia, toczy się postępowanie karne na podstawie aktu oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela publicznego; wówczas akta sprawy przekazuje się sądowi”. A. Marek kontestował fakultatywność stosowania tego przepisu oraz to, że przełamanie podwójnej odpowiedzialności za zbiegające się przestępstwo i wykroczenia doznaje ograniczenia w stosunku do przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego – t e g o ż, *Zbieg przestępstw...*, s. 1266.

tym gruncie nadal relatywizowane li tylko do postępowania karnego *sensu stricto*.

Niewątpliwym mankamentem łączenia postępowań w sprawach o przestępstwa i wykroczenia jest to, że karalność wykroczeń ulega przedawnieniu już po upływie roku od popełnienia wykroczenia, a jeśli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 2 lat od jego popełnienia (art. 45 § 1 k.w.). Wydaje się jednak, że nie powinien to być argument uniemożliwiający proponowaną tu regulację. Wszakże przewlekłość postępowań jest zjawiskiem, które w ten czy inny sposób należy piętnować i dążyć do jego eliminacji (nie zaś uznawać za stały u konieczny element polskich postępowań karnych). Nadto wydaje się, że w razie zbiegu przestępstwa z wykroczeniem chodzi w dużej mierze o niezbyt skomplikowane sprawy, rozstrzygane względnie szybko. Jeśli jest przeciwnie, tzn. sprawa karna jest bardzo złożona, rodzi się przypuszczenie, że czyn kwalifikowany jest jako przestępstwo na tyle ciężkie, że umorzenie postępowania w zakresie wykroczenia nikogo nie zbulwersuje, ze względu na małą wagę wykroczenia. Zresztą na gruncie k.p.k. funkcjonuje z powodzeniem oportunistyczna instytucja umorzenia absorpcyjnego (art. 11 k.p.k.), która opiera się na podobnych założeniach, czyli niecelowości wymierzenia kary, z uwagi na dysproporcję pomiędzy karą wymierzoną za inne przestępstwo a karą spodziewaną za przestępstwo, co do którego rozważana jest kwestia umorzenia. Jak zauważają komentatorzy, musi to jednak być dysproporcja na tyle oczywista, że wymierzanie tej kary nie ma sensu zarówno ze względu na społeczne oddziaływanie kary, jak i ze względu na prewencję indywidualną⁶⁵. Skoro ustawodawca dostrzega, że nawet w razie popełnienia dwóch odmiennych czynów, stanowiących ontologicznie rozłączne byty, dopuszczalne jest ze względów celowościowych (oczywistą niecelowość wymierzenia kary) odstąpienie od prowadzenia postępowania karnego o jeden z tych czynów, to czy tym bardziej – pomijając nawet standard *ne bis in idem* – ta sama zasada (przy poszanowaniu interesu pokrzywdzonego) nie powinna znaleźć zastosowania do dwóch różnych kwalifikacji prawnych tego samego zachowania?

Jakakolwiek nie wynikłaby tu sytuacja procesowa, koniecznym jest podkreślenie, że dobro samego wymiaru sprawiedliwości winno ustępować przed zasadą *ne bis in idem* (i prawem osoby do tego, by za jeden czyn być sądzonym tylko raz), choćby w ostatecznym rachunku miało to niekiedy doprowadzić do uniknięcia przez sprawcę jakiegokolwiek odpowiedzialności za czyn społecznie szkodliwy, co przykładowo miałoby miejsce w sytuacji, gdy

⁶⁵ P. Hofmański (red.), Kodeks postępowania karnego, t. I: Komentarz do art. 1–296, Warszawa 2011, s. 126 (komentarz do art. 11 k.p.k.).

karalność wykroczenia ustala z uwagi na upływ czasu, a sprawca został uniewinniony od zarzutu popełnienia przestępstwa.

Pozostaje jeszcze odpowiedź na pytanie – czy biorąc pod uwagę to, że w obecnym stanie prawnym skutki podwójnego karania za ten sam czyn ulegają redukcji (na podstawie art. 10 § 1 k.w.), rzeczywiście konieczne jest także zapobieganie samemu prowadzeniu dwóch postępowań o charakterze represyjnym? Odpowiedź musi być twierdząca. Każdy wyrok sądu karnego, czy w sprawie o przestępstwo, czy w sprawie o wykroczenie, prowadzi do napiętnowania sprawcy. Jest to zło, które wymierza się człowiekowi, aby uzmysłowić mu naganność jego zachowania i dać satysfakcję otoczeniu, a w szczególności pokrzywdzonemu. Samo uczestniczenie w postępowaniu również jest dolegliwością. Stąd właśnie art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC interpretuje się jako zawierający trzy odrębne gwarancje – nie tylko zakaz karania dwa razy za to samo, ale też zakaz sądenia i uznania za winnego w takiej sytuacji. Przeto stwierdzić należy, że uchylenie wadliwej regulacji w omawianym zakresie jest niezbędne, nie tylko z uwagi na obowiązujący standard prawa międzynarodowego i konstytucyjnego, ale przede wszystkim ze względu na stojące za tym standardem uzasadnienie aksjologiczne.

Podsumowanie

Argumenty przywoływane przez polski Trybunał Konstytucyjny i strasburski ETPC pomagają tylko ubrać w prawne standardy i gwarancje te wszystkie argumenty, które od kilkadziesiąt lat podnosi się w polskim piśmiennictwie. Wskazuje się, że brak zasady *ne bis in idem* naraża jednostkę na takie niedogodności związane z ponownym procesem, jak koszty obrony czy utrzymanie w stanie niepewności o przyszły los⁶⁶. Przykładowo, W. Daszkiewicz, w kontekście porządku prawnego, w którym wykroczenia uznawano za kategorię przestępstw podlegającą orzecznictwu organów administracji, pisał: „Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw implikuje możliwość kilku przestępstw przy jednym zdarzeniu faktycznym (jednym czynie realnym) (...). Oznacza to (...) brak możliwości wyprowadzenia w każdej sprawie z orzeczenia uniewinniającego wniosku o nieistnieniu innego przestępstwa mającego źródło w tym samym zdarzeniu faktycznym. Uniewinnienie oskarżonego z zarzutu jednego przestępstwa nie oznacza jeszcze stwierdzenia braku również innych przestępstw, które pozostają z tym pierwszym w zbiegu idealnym”⁶⁷.

⁶⁶ Zob. K. Witkowska, Idealny zbieg czynów karalnych w Kodeksie wykroczeń a zasada *ne bis in idem*, CzPKiNP 2012, nr 2, s. 111.

⁶⁷ W. Daszkiewicz, Treść orzeczenia sądowego, gdy czyn stanowi wykroczenie podlegające orzecznictwu organów karno-administracyjnych, Palestra 1964, nr 3, s. 34–35.

Podsumowując, należy raz jeszcze podkreślić, że przełamanie zasady *ne bis in idem* przez idealny zbieg przestępstwa z wykroczeniem nie jest nowym problemem. Ponad pięćdziesiąt lat temu S. Waltoś tak oto krytykował zbieg przepisów ustawy na gruncie ówczesnie obowiązującego art. 10 ust. 3 ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym, na podstawie którego możliwe było nie tylko dwukrotne prowadzenie postępowanie, ale nawet dwukrotne odbycie kary pozbawienia wolności – np. raz orzeczonej w postępowaniu sądowym, po raz drugi w postępowaniu karno-administracyjnym jako kara aresztu zastępczego w wypadku nieuiszczenia grzywny: „Gdyby nawet poprzestać tylko na grzywnie, konia z rzędem temu, kto potrafiłby przekonać – nie tylko przy tym laika – że prawidłowy jest taki stan prawny, który dopuszcza możliwość prowadzenia o ten sam czyn dwóch procesów, przed dwoma różnymi organami i który nadto zezwala na dwukrotne karanie. Trudno to pogodzić z podstawowym poczuciem prawnym społeczeństwa. Poczucie to sprowadza się w tej mierze do przekonania o słuszności następującego ciągu myślowego: jeden czyn, jedno postępowanie, jedna kara. Jeżeli zaś dodać do tego, że wymieniony stan prawny z góry zakłada konieczność dwukrotnego ponoszenia kosztów postępowania przez oskarżonego i obwinionego w jednej osobie, a zwłaszcza kosztów obrony, których nawet w razie uniewinnienia nikt mu – poza nielicznymi a wyjątkowymi wypadkami – nie zwróci, to łatwo można sobie wyobrazić, co sądzi o tym człowiek zmuszony do przejścia przez te dwa niezależne od siebie postępowania”⁶⁸. Jeśli dodać do tego marnotrawienie czasu i sił organów postępowania, wniosek może być tylko jeden: „Przedstawiony stan prawny jest więc obarczony tyloma wadami, że *de lege ferenda* ostać się w żadnym wypadku nie powinien”⁶⁹. W sposób całkowicie zdroworozsądkowy autor ten ujął zatem problem, który obecnie można ująć od strony jurystycznej, odwołując się do Konstytucji RP i regulacji prawa międzynarodowego. S. Waltoś odniósł się też do projektowanych wówczas rozwiązań nowego prawa o wykroczeniach⁷⁰ (obowiązującego do dziś): „Projekt przyjął (...) koncepcję prawnomaterialnego odcięcia odpowiedzialności za wykroczenie od odpowiedzialności za przestępstwo. Nie wydaje się, aby to była najlepsza droga. Przede wszystkim samą definicją wykroczenia problemu nie da się rozwikłać. Zastrzeżenie, że wykroczenie nie jest przestępstwem, o niczym jeszcze nie świadczy. Obwinionemu jest całkiem obojętne, czy czyn zarzucony nazywa się wykroczeniem czy przestępstwem. Interesuje go tylko i wyłącznie ostateczny cel postępowania: czy zostanie on uznany za

⁶⁸ S. Waltoś, Kolidzja postępowania karnego i karno-administracyjnego, *Palestra* 1961, nr 12, s. 22–23.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 23.

⁷⁰ Rozwiązanie zbiegu przestępstwa i z wykroczeniem w projekcie nowego prawa wykroczeń dobitnie krytykował nieco później A. Marek, *Zbieg przestępstw...*, s. 1262.

winnego i czy będzie wymierzona kara, w jakich rozmiarach i jakie będą jej dalsze skutki?”⁷¹. S. Waltoś słusznie sugerował podjęcie zdecydowanych działań: „Jeśli cięcie ma prowadzić do uzdrowienia istniejącego stanu, to powinno być możliwie radykalne. Półśrodkami niewiele się tutaj zwojuje. Czas najwyższy na takie przepisy, które wyłączyłyby podwójne postępowanie, a przede wszystkim dopuszczalność do dziś pokutującego idealnego zbiegu przestępstw. Przyszłe przepisy powinny również prowadzić do wyłączenia możliwości wykonywania obu, chociażby przypadkiem już orzeczonych kar przez sąd i przez kolegium za ten sam czyn. Chodzi bowiem o to, aby przyszłe przepisy pozostawały w zgodzie z poprzednio już wspomnianym ciągiem myślowym: jeden czyn, jedno postępowanie, jedna kara”⁷². Trudno o lepsze podsumowanie poczynionych wyżej rozważań niż ta myśl S. Waltosia, wyrażona – warto to podkreślić – w 1961 r.

***Ne bis in idem* principle versus ideal concurrence between a crime and a misdemeanor**

Abstract

This paper examines the controversial regulation on concurrence between a crime and a misdemeanor, which regulation makes it possible to conduct two proceedings in relation to what is the same act in ontological terms, thereby violating the ne bis in idem principle. Presented are disappointing remarks, with references to the decisions of the Constitutional Tribunal and the European Court of Human Rights, as well as the proposal for a new regulation on concurrence between a crime and a misdemeanor.

⁷¹ S. Waltoś, *Kolizja postępowania...*, s. 24.

⁷² *Ibidem*, s. 25–26.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Gerard Mosiej

Kryminologiczne i prawne aspekty zjawiska szarej strefy

Streszczenie

Celem artykułu jest próba uporządkowania, syntezy i rozszerzenia wiedzy dotyczącej prawno-kryminologicznych aspektów funkcjonowania szarej strefy. Rozważania prowadzone w opracowaniu zmierzają przy tym do odpowiedzi na kilka zasadniczych pytań badawczych: Na czym polega istota i specyfika szarej strefy?, Jakie są obszary i przejawy występowania szarej strefy w gospodarce?, Jakie są determinanty funkcjonowania i rozwoju tego zjawiska?, Jakie są najważniejsze skutki społeczne i ekonomiczne szarej strefy? W artykule został zaproponowany model zwalczania przestępczości szarej strefy, w którym istotną rolę do odegrania ma Prokuratura jako organizacja sui generis. Rola ta została scharakteryzowana w ramach tzw. metafor organizacyjnych.

Istota, pojęcie i cechy szarej strefy

W literaturze przedmiotu brak jednoznacznej, uniwersalnej i powszechnie akceptowanej definicji pojęcia szarej strefy. W dyskusji naukowej szara strefa określana jest mianem: „gospodarki ukrytej” (*hidden economy*), „gospodarki nieoficjalnej” (*unofficial economy*), „gospodarki nierejestrowanej” (*unregistered economy*), „gospodarki niezgłoszonej” (*undeclared economy*), „gospodarki nieodnotowanej” (*unrecorded economy*), „gospodarki niedokumentowanej” (*unreported economy*), „gospodarki nieformalnej” (*informal economy*), „gospodarki nieregularnej” (*irregular economy*), „gospodarki równoległej” (*parallel economy*), „gospodarki drugiej” (*second economy*), „go-

spodarki nieobserwowanej” (*non-observed economy*), „gospodarki podziemnej” (*underground economy*), „gospodarki ciemnej” (*dark economy*), „gospodarki czarnej” (*black economy*), „gospodarki w świetle księżyca” (*moonshine economy*), „gospodarki szarej” (*grey economy*), „gospodarki zacienionej” (*shadow economy*) czy też „gospodarki przestępczej” (*criminal economy*)¹.

Jednym z podstawowych powodów takiej sytuacji jest heterogeniczność tego zjawiska, obejmującego wiele różnych aspektów życia społeczno-gospodarczego. W dyskursie naukowym pojęcie szarej strefy rozumiane jest jako:

- „część gospodarki, której działalność nie jest odzwierciedlona w oficjalnej sprawozdawczości i w kontraktach formalnych”²,
- „produkcję i sprzedaż dóbr nieobjętych standardowym systemem ewidencji statystycznej”³,
- „część działalności gospodarczej, która występuje w sposób niezarejestrowany i często nielegalny, bez opłacania należnych podatków i opłat na rzecz państwa”⁴,
- „działania gospodarcze unikające rejestracji fiskalnej i w znacznej części nieobecne w oficjalnych statystykach”⁵,
- „rynkową produkcję dóbr i usług, legalną i nielegalną, która nie jest rejestrowana w statystyce PKB”⁶,
- „działalność przynoszącą dochód, która w przeciwieństwie do regulowanej gospodarki formalnej ma miejsce poza formalnymi ramami regulacyjnymi”⁷,
- „działania gospodarcze i źródła dochodów, które są poza oficjalnymi regulacjami rządowymi, podatkowymi i monitoringiem”⁸,
- „wszelkie działania gospodarcze, które przyczyniają się do oficjalnego tworzenia PKB, ale które pozostają bezpośrednio niezarejestrowane”⁹,

¹ S. Piocha, R.B. Dylkiewicz, Czynniki determinujące rozwój i przepływy kapitału w szarej strefie, (w:) S. Pangsy-Kania, G. Szczodrowski (red.), *Gospodarka polska po 20 latach transformacji: osiągnięcia, problemy i wyzwania*, Warszawa 2009, s. 205; A. Drabek, *Nielegalne zatrudnienie w prawie polskim*, Warszawa 2012, s. 15–16; K. Łapiński, M. Peterlik, B. Wyżnikiewicz, *Szara strefa w polskiej gospodarce*, Warszawa 2014, s. 8–9.

² W. Stankiewicz, *Ekonomika instytucjonalna. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 202.

³ B. Czarny, *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2011, s. 359.

⁴ J. Kraciuk, *Szara strefa w Europie*, Zeszyty Naukowe SGGW 2013, nr 1, s. 85.

⁵ M. Pasternak-Malicka, *Rola kodeksu karnego skarbowego i kontroli administracji skarbowej w walce z szarą strefą w funkcjonowaniu przedsiębiorstw*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2012, nr 708, s. 73.

⁶ B. Mika, *Wszystkie odcienie szarości*, (w:) J. Tittenbraun (red.), *Struktura klasowo-stanowa społeczności Poznania*, Poznań 2010, s. 212.

⁷ A. Kubiczek, *Gospodarka nieformalna jako wyraz zawodności państwa*, *Ekonomia i Prawo* 2010, nr 1, s. 361.

⁸ M. Kabaj, *Praca nierejestrowana we współczesnej literaturze ekonomicznej*, *Polityka Społeczna* 2009, nr 10, s. 3.

- „legalną aktywność gospodarczą, ale niezadeklarowaną władzom publicznym, zgodnie z regulacjami w poszczególnych krajach”¹⁰,
- „działalność zarobkową, prowadzoną bez wnoszenia odpowiednich należności, płacenia stosownych podatków i bez przestrzegania obowiązujących norm prawnych”¹¹,
- „całość nieewidencjonowanych działań gospodarczych i zarobkowych oraz osiągniętych z nich dochodów, pozostających poza kontrolą fiskalną aparatu państwowego”¹².

Zaprezentowana enumeracja interpretacji szarej strefy – biorąc pod uwagę kryterium legalności (rodzaj i zakres łamanych reguł) – pozwala na wskazanie trzech podstawowych jej odmian:

- *Primo*, działalności nielegalnej – zabronionej przez prawo i zwalczanej *in toto* przez określone organy i służby,
- *Secundo*, działalności półlegalnej – której istotą jest niezgłaszanie bądź заниżanie obrotów w ramach legalnie prowadzonej działalności gospodarczej,
- *Tertio*, działalności legalnej – niezgłoszonej jednak instytucjom statystycznym i władzom publicznym, w której unika się kosztów wynikających z wymogów i regulacji prawno-organizacyjnych.

W tym miejscu należy jednak wyraźnie podkreślić, że szara strefa nie mieści się w dychotomicznym podziale: gospodarka (działalność) legalna – nielegalna. Działania w szarej strefie nie są „legalnie białe” ani wyłącznie „nielegalnie czarne”. Gospodarka ukryta przekracza granice legalności, ale w wielu przypadkach nie staje się zawsze nielegalna. Taka sytuacja wynika z faktu, że między funkcjonowaniem szarej strefy a poszczególnymi sferami gospodarki oficjalnej występują zależności mające charakter sprzężeń zwrotnych. W konsekwencji¹³:

- istnienie gospodarki ciemnej (brązowej, szarej, czarnej) wskazuje na opozycyjny charakter w stosunku do gospodarki jasnej (kolorowej, oficjalnej), będąc swoistą kontrgospodarką. Dotyczy to także opozycji w stosunku do systemu formalno-prawnego. Gospodarka nieformalna, oparta na tzw. „transakcjach pod stołem”, eksponuje pozbawione administracyjnych przepisów podstawy, które wynikają z „umów nieformalnych”, a nie działania mające swoje odniesienia w obowiązujących przepisach prawnych (koncesjach, licencjach, zezwoleniach, itp.),

⁹ W. Burzyński, Charakterystyka zjawiska szarej strefy w gospodarce, (w:) T. Smuga (red.), Metodologia badań szarej strefy na rynku usług turystycznych, Warszawa 2005, s. 6.

¹⁰ K. Pater, Przyczyny pracy nierejestrowanej, jej skala, charakter i skutki społeczne, Warszawa 2008, s. 22.

¹¹ P. Gembicki, Szara strefa w sektorze wyrobów akcyzowych, Warszawa 2011 s. 4.

¹² B. Hołyst, Kryminologia, Warszawa 1997, s. 323.

¹³ P. Kozłowski, Gospodarka nieformalna w Polsce. Dynamika i funkcje instytucji, Warszawa 2004, s. 14–15.

- szara strefa odnosi się do głębszych struktur społecznych, niewidzialnych na „powierzchni” oficjalnego systemu gospodarczego. Szara strefa z pozoru niewidoczna jest realnie istniejącym obszarem, a widoczne jej elementy (obszary) stanowią jedynie wierzchołek oficjalnego sektora gospodarki, gdyż znaczna jego część pozostaje w ukryciu, „pod powierzchnią gospodarki oświetlonej”,
- gospodarka druga (nieformalna) *pari passu* towarzyszy gospodarce pierwszej (formalnej), stanowiąc jej uzupełnienie, wzmocnienie i osłabienie zarazem. Jest to związek symbiotyczny, przynoszący większe lub mniejsze korzyści jednej bądź drugiej stronie gospodarki *in extenso*.

Ta swoista triada elementów składa się w efekcie na istotę i specyfikę szarej strefy. Powyższy fenotyp omawianej kategorii pojęciowej potwierdza wielowymiarowość i poliwalentność szarej strefy, której *aestimatio* powinno być rozpatrywane z punktu widzenia co najmniej trzech perspektyw (płaszczyzn) poznawczych¹⁴:

- finansowo-ekonomicznej – szara strefa ma bowiem swój udział w kształtowaniu szeroko rozumianego dobrobytu narodowego, na który wpływ ma nierejestrowana część Produktu Krajowego Brutto (PKB). Oficjalne statystyki coraz częściej uwzględniają szacunkowe wartości i wolumenu towarów i usług wytwarzanych w gospodarce ukrytej. Należy przy tym pamiętać, że z jednej strony szara strefa przyczynia się do wzrostu poziomu życia poszczególnych podmiotów (przedsiębiorstw, gospodarstw domowych) czerpiących korzyści z działania w gospodarce nieformalnej, *per contra*, generuje negatywne skutki w gospodarce (przede wszystkim straty budżetowe). Gospodarka nieformalna ze względu na swoją wielopłaszczyznowość jest w szczególności sposobem uwikłana w międzygałęziowe powiązania z gospodarką formalną. Dlatego też wielkość szarej strefy, jej zakres i skala wpływa na poziom wzrostu gospodarczego i w efekcie dynamikę rozwoju społeczno-gospodarczego każdego państwa,
- socjologiczno-behawioralnej – perspektywa ta ukazuje gospodarkę nieformalną jako wynik konfliktu między sektorem państwowym a sektorem prywatnym, między ładem formalnym (organizacyjnym) a ładem nieformalnym (spontaniznym). W tym ujęciu, szara strefa jest zespołem określonych działań jednostek ludzkich, które pełnią określone funkcje w społeczeństwie i realizują określone cele społeczne. Istnienie szarej strefy jest wyrazem buntu społeczeństwa przeciwko nadmiernej ingerencji państwa i przeregulowaniu gospodarki. Podejście to eksponuje istnienie kryzysu idei współczesnej gospodarki kapitalistycznej oraz roli państwa

¹⁴ B. Mróz, *Gospodarka nieoficjalna w systemie ekonomicznym*, Warszawa 2002, s. 12–13; G. Sroślak, *Spółeczna interpretacja kategorii szarej strefy*, (w:) M. Smejda (red.), *Szara strefa w okresie transformacji ustrojowej gospodarki polskiej*, Katowice 1996, s. 13–14; K. Łapiński, M. Peterlik, B. Wyżnikiewicz, *Szara strefa...*, *op. cit.*, s. 9–11.

o szerokich kompetencjach i rozległych funkcjach kontrolno-reglamentacyjnych. Gospodarka nieoficjalna jest w związku z tym odpowiedzią na wyalienowanie gospodarki oficjalnej i formalnych struktur publicznych, stając się gospodarką alternatywną (równoległą). Wszystkie formy aktywności gospodarczej w szarej strefie są reakcją na społeczną nieadekwatność oficjalnych struktur administracyjnych i gospodarczych. Szara strefa jako status *in statu* wyraża zatem pewien protest przeciwko gospodarce oficjalnej i odzwierciedla krytykę pewnych jej cech, które dla niektórych grup społecznych są szkodliwe i które nie są przez te grupy akceptowane,

- prawnej – gdzie szara strefa utożsamiana jest z działalnością nielegalną (półlegalną), zabronioną przez prawo i ściganą jako przestępstwo bądź wykroczenie. Istotą szarej strefy są bowiem różnego rodzaju zachowania kryminogenne. Biorąc pod uwagę zakres zwalczania zjawisk zachodzących w szarej strefie, można wskazać trzy podejścia do tego problemu: 1) działalność ściganą *ex lege* (np. przemyt, produkcja i handel narkotykami, przestępstwa gospodarcze i kradzieże na większą skalę), 2) działalność ściganą sporadycznie, przy przekroczeniu pewnych granic pod względem skali i czasu trwania (np. domowe wytwarzanie alkoholu, drobny handel bazarowy) oraz 3) działalność z reguły nieściganą (np. korepetycje, opieka nad chorymi i starszymi osobami, drobne naprawy sąsiedzkie).

Specyfiką szarej strefy jest mnogość obszarów *vita oeconomica*, w której występuje to zjawisko, którego wykładnikiem są z kolei określone czyny zabronione.

Obszary, przejawy, mechanizmy i delikty w szarej strefie

Szara strefa jest trwałym zjawiskiem, ale jej rozmaite przejawy mają charakter sytuacyjny obejmując określone sfery i dziedziny życia społeczno-gospodarczego. Przejawy szarej strefy dotyczą przede wszystkim:

- rynku pracy,
- rynku bankowego,
- rynku kapitałowego,
- rynku walutowego,
- sfery ubezpieczeń,
- sfery handlu (wewnętrznego i zagranicznego),
- branży budowlanej,
- branży tytoniowej,
- branży spirytusowej,
- branży stalowej,
- branży paliwowej,
- branży recyklingowej i utylizacyjnej,

- systemu podatkowego,
- systemu zamówień publicznych,
- sprawozdawczości finansowej przedsiębiorstw,
- gospodarki elektronicznej.

Poniżej zostanie dokonana deskrypcja wybranych przejawów szarej strefy z uwzględnieniem mechanizmów, które mają swoje odbicie w konkretnych czynach zabronionych.

Klasycznym przykładem obszaru występowania szarej strefy jest rynek pracy, a jej przejawem jest przede wszystkim praca na czarno. Praca nierejestrowana ma dwa oblicza. Z jednej strony, pracodawcy podejmują ryzyko zatrudnienia bez formalnej umowy o pracę, płacenia wynagrodzenia „pod stołem” oraz nieodprowadzania należnych składek na ubezpieczenie społeczne. Z drugiej jednak strony, praca na czarno jest dla wielu osób i ich rodzin jedyną szansą uzyskania jakichkolwiek dochodów. Stosownie do art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, nielegalne zatrudnienie ma miejsce w trzech przypadkach: 1) zatrudnienia bez potwierdzenia na piśmie w wymaganym terminie rodzaju zawartej umowy i jej warunków, 2) niezgłoszenia osoby zatrudnionej lub wykonującej inną pracę zarobkową do ubezpieczenia społecznego, 3) podjęcia przez bezrobotnego zatrudnienia, innej pracy zarobkowej lub działalności bez powiadomienia o tym urzędu pracy¹⁵.

W przypadku cudzoziemca chodzi tu w szczególności o wykonywanie pracy przez osobę, która nie jest uprawniona do wykonywania pracy w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy (np. nie posiada statusu uchodźcy czy zezwolenia na pobyt stały) lub nie posiada zezwolenia na pracę, nie będąc zwolnionym na podstawie przepisów szczególnych z obowiązku jego posiadania. Ponadto, od dnia 21 lipca 2012 r. obowiązuje ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁶, która reguluje m.in. sankcje dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcom nielegalnie przebywającym na terytorium RP (art. 1 ust. 1 pkt 1). Ustawa ta wdrożyła do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r., przewidującą minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich. Jej celem jest próba ograniczenia skali i rozmiarów nielegalnej imigracji obywateli państw trzecich do krajów członkowskich poprzez zmniejszenie atrakcyjności zatrudnienia osób nielegalnie przebywających na terenie UE. Służyć ma temu wprowadzenie do krajowych porządków praw-

¹⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 149.

¹⁶ Dz. U. z 2012 r., poz. 769.

nych systemu sankcji za naruszenie zakazu nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców. Sankcje te mają mieć charakter nie tylko cywilny i administracyjny, ale także i karny¹⁷.

Zgodnie z tymi wytycznymi, polski ustawodawca wprowadził do systemu prawa nowe typy przestępstw dotyczące nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, tj.:

- zatrudniania wielu cudzoziemców (art. 9 ust. 1),
- zatrudniania małoletniego cudzoziemca (art. 9 ust. 2),
- uporczywego powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą (art. 9 ust. 3),
- uporczywego powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom w przypadku gdy praca ta nie ma związku z prowadzoną przez powierzającego wykonywanie pracy działalnością gospodarczą (art. 11),
- powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom w warunkach szczególnego wykorzystania (chodzi tu o warunki pracy uchybiające godności człowieka i rażąco odmiennie, w szczególności ze względu na płeć, w porównaniu z warunkami pracy osób, którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z prawem, wpływające zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osób wykonujących pracę) (art. 10 ust. 1),
- powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom będącym pokrzywdzonymi przestępstwem określonym w art. 189a § 1 k.k. (handel ludźmi), (art. 10 ust. 2).

Zachowania te w zależności od rodzaju deliktu zagrożone są karą grzywny, karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności do lat 3. Ponadto, zgodnie z art. 12, w przypadku skazania za ww. przestępstwa sąd będzie mógł orzec dodatkowe środki karne w postaci:

- zakazu dostępu do środków europejskich pochodzących z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz środków na realizację Wspólnej Polityki Rolnej na okres od roku do 5 lat,
- zasądzenia na rzecz Skarbu Państwa równowartości środków europejskich otrzymanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających wydanie wyroku.

Zakres odpowiedzialności za wykroczenia przeciwko prawom pracownika jest także uregulowany w przepisach ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy¹⁸. I tak, karze grzywny w wysokości od 1 tys. zł do 30 tys. zł podlega ten, kto będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu: 1) zawiera umowę cywilnoprawną w warunkach, w których powinna być zawarta umowa o pracę, 2) nie potwierdza na piśmie zawartej z pracownikiem umowy o pracę, 3) wypowiada lub rozwiązuje z pracownikiem stosunek pracy bez wypowiedzenia, naruszając w sposób rażący przepisy prawa pracy, 4) sto-

¹⁷ Dz. Urz. UE L 168 z dnia 30 czerwca 2009 r.

¹⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502.

suje wobec pracowników inne kary niż przewidziane w przepisach prawa pracy o odpowiedzialności porządkowej pracowników, 5) narusza przepisy o czasie pracy lub przepisy o uprawnieniach pracowników związanych z rodzicielstwem i zatrudnianiu młodocianych, 6) nie prowadzi dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników, 7) pozostawia dokumentację w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akta osobowe pracowników w warunkach grożących uszkodzeniem lub zniszczeniem (art. 281). Tej samej karze podlega ten, kto wbrew obowiązkom: 1) nie wypłaca w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika, wysokość tego wynagrodzenia lub świadczenia bezpodstawnie obniża albo dokonuje bezpodstawnych potrąceń, 2) nie udziela przysługującego pracownikowi urlopu wypoczynkowego lub bezpodstawnie obniża wymiar tego urlopu, 3) nie wydaje pracownikowi świadectwa pracy (art. 282).

Niektóre zachowania związane z szarą strefą na rynku pracy są także przedmiotem regulacji kodeksu karnego, który w rozdziale XXVIII penalizuje działania (zaniechania) przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową. Przykładowo, zgodnie z treścią art. 218 § 1a k.k., karze grzywy, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 podlega ten, kto wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego¹⁹. Innym występkiem, który często występuje w szarej strefie na rynku pracy jest niedopełnienie obowiązków z zakresu BHP. Zgodnie z zapisem art. 220 k.k., odpowiedzialności karnej podlega ten, kto będąc odpowiedzialny za bezpieczeństwo i higienę pracy, nie dopełnia wynikającego stąd obowiązku i przez to naraża pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Czyn ten zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 3. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Kolejnym przejawem szarej strefy na rynku pracy jest zachowanie polegające na braku zawiadomienia o wypadku przy pracy. Zgodnie z treścią art. 221 k.k., osoba, na której ciąży obowiązek takiego działania, podlega wówczas karze grzywny do 180 stawek dziennych (czyli maksymalnie do wysokości 360 tys. zł) albo karze ograniczenia wolności.

Innym obszarem, w którym szara strefa ma swoje wyraźne odbicie, jest sfera handlu zagranicznego, gdzie głównym przejawem gospodarki nieformalnej są różnego rodzaju formy przestępczości transgranicznej związanej

¹⁹ Zob. szerzej: A. Biłogaj, *Naruszenie praw pracownika jako przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową*, *Monitor Prawa Pracy* 2013, nr 7.

z międzynarodowym obrotem towarowym. Wśród najważniejszych mechanizmów szarej strefy w systemie celno-handlowym należy wskazać m.in.: wystawianie faktur na inny towar od faktycznie zgłaszanego do odprawy celnej, zaniżanie wartości celnej, fikcyjny reeksport i tranzyt, fałszowanie świadectw pochodzenia towarów, deklarowanie organom celnym innej niż w rzeczywistości ilości towaru, manipulowanie celną klasyfikacją taryfową, korumpowanie celników oraz przemyt²⁰. I właśnie ten ostatni proceder jest przestępstwem pierwotnym (bazowym) dla funkcjonowania szarej strefy w innych obszarach (sektorach, gałęziach) gospodarki, takich jak: branża paliwowa, spirytusowa czy tytoniowa.

Przemyt (*smuggling*) towarów jest zjawiskiem znanym od czasów starożytnych i nierozdzielnie związanym z pojawieniem się pierwszych opłat celno-granicznych i różnego rodzaju barier w handlu zagranicznym²¹. Z punktu widzenia prawa przemyt to przede wszystkim różne formy deliktów celno-granicznych (przestępstw i wykroczeń karno-skarbowych). Z punktu widzenia finansów przemyt – z uwagi na uszczuplanie dochodów budżetowych – ma wpływ na poziom bezpieczeństwa ekonomicznego państwa²². Istotą każdego przemytu jest jego międzynarodowy (transgraniczny) charakter. Przedmiotowy zakres tego zjawiska pozwala na wskazanie przemytu²³:

- wyrobów spirytusowych,
- wyrobów tytoniowych,
- pojazdów samochodowych,
- narkotyków i środków odurzających,
- paliwa,
- leków i środków psychotropowych,
- odpadów i substancji chemicznych zagrażających środowisku,
- materiałów promieniotwórczych,
- broni, amunicji i materiałów wybuchowych,
- wyrobów tekstylnych i odzieżowych,
- zabytków i dzieł sztuki,
- zwierząt i ginących okazów fauny i flory,
- towarów podrabianych naruszających własność intelektualną,
- biżuterii, złota i wyrobów z metali szlachetnych,
- środków płatniczych i wartości dewizowych.

²⁰ G. Mosiej, *Polityka celna Polski w okresie transformacji systemowej*, Toruń 2004, s. 193.

²¹ G. Mosiej, *Pojęcie cła. Analiza doktrynalna i dogmatyczna*, *Państwo i Prawo* 2004, nr 4, s. 57–58.

²² K. M. Księżopolski, *Bezpieczeństwo ekonomiczne*, Warszawa 2011, s. 42–43.

²³ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2010, s. 327–331; W. Wysocki, *Przemyt a bezpieczeństwo ekonomiczne Polski*, Pruszków 2003, s. 100–101.

Z punktu widzenia kryterium legalności obrotu towarowego wyodrębnia się dwa podstawowe jego typy²⁴:

- przemyt towarów nielegalnych, dotyczący produktów, których obrót jest zabroniony przez prawo *in extenso* (np. narkotyki, towary podróbione),
- przemyt towarów legalnych, dotyczący produktów, które są przedmiotem legalnej międzynarodowej wymiany handlowej (np. papierosy, alkohol).

Metoda przemytu pozwala z kolei na wskazanie²⁵:

- przemytu wielkiego (zorganizowanego), odbywającego się na skalę globalną, będącego jednym z elementów działania struktur przestępczości zorganizowanej. Przemyt taki odbywa się z wykorzystaniem dużych środków przewozowych przystosowanych do przewozu masowych ilości towarów (statki, samochody ciężarowe, kontenery),
- przemytu małego (niezorganizowanego), odbywającego się na skalę regionalną (lokalną). Chodzi tu przede wszystkim o tzw. „przemyt mrówkowy” (zwany także „przemylem plecakowym”), występujący w obszarach przygranicznych, dokonywany przez indywidualne osoby przekraczające granicę zazwyczaj samochodami osobowymi lub pociągami. Ten rodzaj przemytu dotyczy stosunkowo niewielkiej ilości przemycanych towarów.

W polskim ustawodawstwie różne przejawy i formy przemytu wymierzone są przede wszystkim w mienie Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej, ergo związane są z szeroko rozumianą sferą bezpieczeństwa ekonomicznego. Wśród najważniejszych deliktów karnoskarbowych skierowanych przeciwko obowiązkom celnym, zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami, obrotowi dewizowemu, stabilności polskiej waluty i równowagi bilansu płatniczego należy przede wszystkim wskazać²⁶:

- wyłudzenie pozwolenia celnego (art. 85 k.k.s.),
- naruszenie obowiązków celnych w postaci przywozu lub wywozu towarów przy całkowitym uniknięciu kontaktu z organami celnymi prowadzące do uszczuplenia należności celno-podatkowych (art. 86 k.k.s.),
- oszustwo celne polegające na wprowadzeniu w błąd organów celnych co do przedmiotu eksportowanego (importowanego) towaru (art. 87 k.k.s.),
- paserstwo celne polegające na przechowywaniu, przewożeniu, przesyłaniu lub przenoszeniu towaru, będącego przedmiotem przemytu i oszu-

²⁴ T. Oczkowski, Karnoprawna ocena przemytu papierosów, Prokuratura i Prawo 2010, nr 9, s. 117–118.

²⁵ K. Łaskowska, Zorganizowany przemyt przez granice Rzeczypospolitej Polskiej, Prokurator 2003, nr 1, s. 32–69; B. Bednarski, Wyroby tytoniowe – szara strefa, Warszawa 2011, s. 17–18.

²⁶ G. Kardas, P. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy z komentarzem, Warszawa 2012, s. 781–850; E. Płocha, Przestępstwa i wykroczenia tzw. celne, Problemy Prawnicze 2008, nr 8, s. 127–144.

- stwa celnego, jak i działania mające na celu pomoc w jego zbyciu lub ukryciu (art. 91 k.k.s.),
- transfer środków płatniczych bez zezwolenia dewizowego (art. 101 k.k.s.),
- nielegalny handel wartościami dewizowymi (art. 103 k.k.s.),
- niezgłoszenie przywozu wartości dewizowych (art. 106f k.k.s.).

Z danych Ministerstwa Finansów wynika, że w 2014 r. polskie służby celne wszczęły 124,8 tys. spraw o przestępstwa i wykroczenia celne i dewizowe zatrzymując towary i środki płatnicze na łączną wartość 126,5 mln zł. Największy udział wśród przemycanych towarów stanowią wyroby akcyzowe (głównie wyroby tytoniowe, alkoholowe oraz pojazdy mechaniczne)²⁷. Zwalczanie szarej strefy w międzynarodowym obrocie towarowym jest o tyle istotne, że przystępując do Unii Europejskiej, Polska stała się ważnym elementem systemu ochrony unijnej gospodarki i europejskich społeczeństw. Jednym z zadań organów publicznych każdego kraju członkowskiego jest ochrona przed nielegalnym napływem towarów. Należy bowiem pamiętać, że cały obszar UE objęty jest jednolitym rynkiem bez granic wewnętrznych na którym obowiązuje swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Jest to największy na świecie zintegrowany obszar zróżnicowanych gospodarek i społeczeństw narodowych. Funkcjonowanie takiego organizmu niesie za sobą zarówno określone korzyści, jak i zagrożenia. Z jednej strony, swoboda przepływu towarów oznacza nieskrępowaną wymianę dóbr pomiędzy państwami członkowskimi i mniejsze koszty w funkcjonowaniu przedsiębiorstw, z drugiej zaś strony, każdy z krajów zobowiązał się do ochrony tego wspólnego obszaru i jego mieszkańców przed skutkami szeroko rozumianej przestępczości transgranicznej. W efekcie określone swobody dają ogromne możliwości rozwoju, *per contra* jednak implikują nowe zagrożenia i problemy²⁸.

Przestępstwa karno-skarbowe związane z przemytem stanowią przestępstwa bazowe dla rozwoju szarej strefy na rynku finansowym, którego przejawem jest pranie pieniędzy (*laundering money*)²⁹. Głównym celem tego procederu jest legalizacja w obrocie prawnogospodarczym nielegalnie uzyskanych środków pieniężnych (składników majątkowych). Istotą tego procederu jest transformacja (konwersja) czy też ruch (transfer) wartości majątkowych. Zjawisko „czyszczenia” pieniędzy jest procesem, w którym wykorzystuje się szerokie spektrum *modus operandi*, aby otrzymać produkt finalny w postaci wypranych środków finansowych. W procesie tym wykorzystywane instrumenty i techniki są z reguły legalne i funkcjonują w ramach istniejących

²⁷ Biuletyn Statystyczny Służby Celnej za I–IV kwartał 2014 r., Warszawa 2015, s. 66–67.

²⁸ G. Mosiej, System celny w Polsce po wejściu do Unii Europejskiej, Toruń 2010, s. 143–145.

²⁹ K. Buczkowski, Przestępstwa skarbowe jako czyny bazowe w konstrukcji prania pieniędzy, (w:) A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niełaczna, P. Wiktorska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty*, Warszawa 2013, s. 1117–1152.

struktur gospodarki formalnej (via sektor bankowy, ubezpieczeniowy, giełdę papierów wartościowych), co znacznie utrudnia walkę z tym procederem. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że pranie pieniędzy obejmuje trzy podstawowe fazy: 1) lokowanie (*placement*), polegające na wprowadzaniu środków do obrotu finansowego, 2) maskowanie (*layering*), polegające na odseparowaniu (oddzieleniu) środków od nielegalnego źródła oraz 3) integrację (*dryling, integration*), czyli działania mające na celu stworzenie wyjaśnienia (legalnego źródła) pochodzenia posiadanych środków finansowych. Pranie pieniędzy jest złożonym przestępstwem, nierozzerwalnie związanym z popełnieniem innych czynów karalnych (szczególnie groźnych form przestępczości zorganizowanej), przynoszących nielegalne korzyści finansowo-ekonomiczne, które następnie muszą zostać wprowadzone do legalnego obrotu³⁰.

Z informacji Generalnego Inspektora Informacji Finansowej (GIIF) wynika, że w Polsce do głównych obszarów ryzyka związanych z praniem brudnych pieniędzy należą: obrót paliwami, złomem, alkoholem i tytoniem, transakcje karuzelowe, handel narkotykami, gry hazardowe, rynek obrotu wirtualną walutą Bitcoin, nielegalny handel towarami (zwłaszcza środkami psychotropowymi i substancjami psychoaktywnymi, lekami, produktami naruszającymi własność intelektualną) oraz przestępstwa wyłudzenia dotacji pochodzących z Unii Europejskiej w ramach licznych różnych programów pomocowych³¹.

W polskim prawie karnym przestępstwo prania pieniędzy zostało spenalizowane w art. 299 k.k. i zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. Jeśli sprawca dopuszcza się czynu w porozumieniu z innymi osobami, podlega karze od roku do 10 lat³². Obowiązek kryminalizacji stanów faktycznych związanych z praniem pieniędzy przewidują także akty międzynarodowe. W szczególności chodzi tu o Konwencję Narodów Zjednoczonych z dnia 20 grudnia 1998 r. o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, którą Polska ratyfikowała w 1994 r.³³, oraz trzy dyrektywy unijne. W 1991 r. została wydana tzw. „pierwsza dyrektywa” Rady w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy, zgodnie z którą kraje człon-

³⁰ M. Filipowska, Istota prania brudnych pieniędzy w polskim prawie karnym, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2009, t. 29, s. 59–62; M. Mazur, Pranie pieniędzy – ujęcie kryminologiczne, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2006, nr 2, s. 137–153.

³¹ Sprawozdanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w 2012 r., Warszawa 2013, s. 16–19; Sprawozdanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w 2013 r., Warszawa 2014, s. 17–19.

³² E. Jurgielewicz, Charakterystyka przestępstwa prania brudnych pieniędzy na tle kodeksu karnego z 1997 r., (w:) E. Pływaczewski (red.), Proceder prania pieniędzy i jego implikacje, Warszawa 2013, s. 89–114; J. Skorupka, Pojęcie brudnych pieniędzy w prawie karnym, Prokuratura i Prawo 2006, nr 11, s. 34–48.

³³ Dz. U. z 1995 r., Nr 15, poz. 69.

kowskie mają zapewnić, aby pranie pieniędzy było zabronione w krajowych systemach prawa. Dyrektywa wprowadziła także obowiązek sprawdzania przez instytucje finansowo-kredytowe tożsamości klientów³⁴. W 2001 r. dyrektywa ta została zmieniona przez „drugą dyrektywę” Parlamentu Europejskiego i Rady, w której poszerzony został katalog deliktów o przestępstwa źródłowe (bazowe, pierwotne)³⁵. W 2005 r. została wydana „trzecia dyrektywa”, w której m.in. rozszerzono zakres zastosowania przepisów na przestępstwa bazowe związane z działalnością terrorystyczną³⁶.

Skuteczne zwalczanie czynów zabronionych związanych z praniem pieniędzy jest o tyle istotne, że środki uzyskane z tego procederu mogą stanowić źródło finansowania przestępstw o charakterze terrorystycznym. W obecnym dyskursie przeciwdziałanie praniu pieniędzy jest powszechnie wiązane ze zwalczaniem finansowania terroryzmu. Głównym impulsem, który spowodował koncentrację uwagi na to sprzężenie zwrotne, były zamachy terrorystyczne z dnia 11 września 2001 r. w USA. Związek ten wywodzony jest z dwóch podstawowych aspektów: Po pierwsze, działalność terrorystyczna jest w większości przypadków finansowana z zysków osiąganych z nielegalnej (półlegalnej) działalności, Po drugie, zarówno przy finansowaniu terroryzmu, jak i praniu pieniędzy używane są te same (lub zbliżone) metody postępowania w procesie transferu środków pieniężnych³⁷. Odcięcie dopływu środków finansowych należy zatem traktować jako jeden z ważnych instrumentów walki z terroryzmem³⁸.

Uwzględniając te aspekty, do polskiego kodeksu karnego wprowadzono z dniem 22 października 2009 r. nowy przepis w postaci art. 165a, który określa przestępstwo finansowego wspierania terroryzmu, za co grozi kara pozbawienia wolności od 2 do 12 lat. Uchylono jednocześnie przepisy art. 299 § 3 i 4 k.k. i zmieniono treść przepisów art. 299 § 1, 2 i 8 k.k.³⁹.

³⁴ Dyrektywa Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy, Dz. Urz. UE L Nr 166 z dnia 28 czerwca 1991 r.

³⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/97/WE z dnia 4 grudnia 2001 r. zmieniająca dyrektywę 91/308/EWG w sprawie zapobiegania wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieuprawnionych źródeł, Dz. Urz. UE L 344 z dnia 28 grudnia 2001 r.

³⁶ Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, Dz. Urz. UE L 309 z dnia 25 listopada 2005 r.

³⁷ A. Kołaczek, Księgowi a przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, *Rachunkowość* 2009, nr 10, s. 15.

³⁸ J. W. Wójcik, *Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu*, Warszawa 2007, s. 137.

³⁹ Ustawa z dnia 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r., Nr 166, poz. 1317.

W ten sposób kodeksowe przepisy karne określające przestępstwa związane z praniem pieniędzy dostosowano do przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁴⁰, a w szczególności do przepisów karnych. Główna zmiana dotyczyła podstawowego typu przestępstwa prania pieniędzy z art. 299 § 1 k.k. i poszerzenia kryminalizacji „prania” również o instrumenty finansowe, które są uregulowane w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁴¹.

Z danych Prokuratury Generalnej wynika, że w 2014 r. wszczęto 351 postępowań przygotowawczych (w tym 116 postępowań w fazie *ad personam* dotyczących 275 podejrzanych) dotyczących podejrzenia prania pieniędzy, sporządzono 75 aktów oskarżenia wobec 269 osób oraz wydano 46 wyroków skazujących 121 osób. Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości, w 2014 r. wszczęto 107 sądowych postępowań karnych wobec 231 osób oskarżonych z art. 299 k.k. W przedmiotowych postępowaniach dokonano blokad rachunków i wstrzymań transakcji na kwotę 130,7 mln zł, orzeczono zajęcie wartości majątkowych na kwotę 1,3 mln zł, dokonano zabezpieczeń majątkowych w wysokości 1,2 mln zł oraz orzeczono przepadek mienia na kwotę 11,5 mln zł⁴².

Praniu pieniędzy sprzyja także oszukańcza sprawozdawczość finansowa (*fraudulent financial reporting*). W literaturze przedmiotu mówi się wręcz, że oszustwa księgowe stały się nieodłącznym zjawiskiem globalnej szarej strefy. W doktrynie funkcjonuje wiele pojęć, które są zamiennie używane na określenie oszustw i manipulacji księgowych (finansowych), takie jak: „rachunkowość agresywna”, „oszukańcza rachunkowość”, „koloryzowanie wyników finansowych”, „rasowanie sprawozdań”, „sterowanie zyskiem”, „fryzowanie zysków” czy „rachunkowość kreatywna”⁴³. I właśnie to ostatnie pojęcie jest obecnie przedmiotem ożywionej dyskusji, którą zapoczątkowało bankructwo amerykańskiego giganta energetycznego, firmy Enron z grudnia 2001 r.⁴⁴. Rachunkowość kreatywna w sensie negatywnym – obok prania brudnych pieniędzy, defraudacji czy manipulowania kursem akcji – jest jedną z patologii współczesnej gospodarki rynkowej w sferze finansów. Naj-

⁴⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 455.

⁴¹ R. Zawłocki, Nowela listopadowa Kodeksu karnego, *Monitor Prawniczy* 2010, nr 12; A. Gołonka, Polskie rozwiązania prawne w zakresie przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 3, s. 95–110.

⁴² Sprawozdanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w 2014 r., Warszawa 2015, s. 17.

⁴³ W. Wąsowski, Cel, zakres i metody fałszowania sprawozdań finansowych, *Bank i Kredyt*, 2002, nr 10, s. 64; M. Kuteń, A. Hołda, S. Surdykowska, Oszustwa księgowe, Warszawa 2006, s. 18–21.

⁴⁴ E. Mirecka, Szara i czarna strefa gospodarcza a bezpieczeństwo społeczne i finansowe kraju, *Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Handlu i Usług w Poznaniu* 2012, nr 23, s. 33–34.

gólniej rzecz ujmując rachunkowość kreatywna polega na fałszowaniu przez podmioty sprawozdań finansowych, mające na celu nierzetelną prezentację danych o swojej sytuacji ekonomiczno-finansowej⁴⁵.

W Polsce, oszustwa księgowe oraz związane z nimi fałszowanie sprawozdań finansowych uregulowane są zarówno w prawie karnym, jak i prawie bilansowym. Najważniejsze delikty wynikające z prawa karnego *sensu largo* to:

- działanie na niekorzyść spółki, nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez kierownictwo (art. 296 k.k.),
- przedkładanie fałszywych lub nierzetelnych dokumentów w celu wyłudzenia kredytu lub innej pomocy finansowej (art. 297 k.k.),
- działania w celu udaremnienia lub ograniczenia zaspokojenia należności przez wierzycieli (art. 300, 301 i 302 k.k.),
- nieprowadzenie dokumentacji, jej nierzetelność lub niezgodność z prawdą (art. 303 k.k.),
- rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji lub ich ukrywanie przez emitentów papierów wartościowych (art. 311 k.k.),
- nieprowadzenie ksiąg rachunkowych, brak przechowywania lub ich nierzetelność (art. 60 i 61 k.k.s.),
- niewystawianie faktur, odmowa ich wydania, wystawianie dokumentów nierzetelnych lub posługiwanie się nimi (art. 62 k.k.s.).

Naruszenia księgowo-finansowe zostały także uregulowane w rozdziale 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, w której odpowiedzialności karnej podlega m.in.⁴⁶:

- brak prowadzenia ksiąg rachunkowych, ich niezgodność z ustawą lub nierzetelność (art. 77 pkt 1),
- brak sporządzania sprawozdania finansowego, jego niezgodność z ustawą lub nierzetelność (art. 77 pkt 2),
- odpowiedzialność biegłego rewidenta za wydanie niewłaściwej opinii (art. 78),
- niedopełnienie obowiązku badania sprawozdania lub brak współpracy z biegłym (art. 79 punkty 1 i 2),
- brak złożenia rocznego sprawozdania do ogłoszenia lub wraz ze sprawozdaniem z działalności (art. 79 punkty 3 i 4).

Obecny paradygmat rozwoju gospodarki i społeczeństwa oparty jest na technologiach elektronicznych, które na przełomie XX i XXI wieku stały się *spiritus movens* współczesnych systemów społeczno-ekonomicznych. Ten etap rozwoju w doktrynie nosi nazwę gospodarki opartej na wiedzy (*knowledge-based economy*), nazywanej także – ze względu na używane

⁴⁵ W. Wąsowski, *Kreatywna rachunkowość. Fałszowanie sprawozdań finansowych*, Warszawa 2010, s. 11.

⁴⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 330.

instrumentarium – gospodarką cyfrową (*digital economy*) lub też gospodarką sieciową (*network economy*)⁴⁷. Dynamiczny rozwój Internetu oraz nowoczesnych technik teleinformatycznych pozwala wręcz na konstatację, że dotychczasowy rozwój społeczno-gospodarczy (wliczając w to także rozwój gospodarki nieformalnej) można umownie podzielić na dwie epoki: 1) przed usieciowieniem oraz 2) po jego usieciowieniu. Obecny rozwój gospodarki akcentuje nowe cechy oraz zasady „ekonomii sieci”, które można określić jako metareguly działalności wszystkich uczestników globalnego rynku⁴⁸.

Wszelkie przejawy gospodarki elektronicznej oznaczane są przedrostkiem „e”. Mówimy obecnie o e-przedsiębiorstwie, e-administracji, e-biznesie, e-finansach, e-płatnościach czy e-handlu. Obecny rozwój gospodarki elektronicznej stworzył także nowe możliwości działania podmiotom funkcjonującym w ramach gospodarki nieformalnej. Jedną z form współczesnej gospodarki jest także wirtualna e-szara strefa. Rozwój płatności elektronicznych w ramach platform internetowych pośredniczących w kontaktach między kupującymi a sprzedawcami sprzyja zawieraniu wielomilionowych transakcji kupna-sprzedaży, w których łatwo można ukryć transakcje dotyczące dóbr i usług o podejrzanym pochodzeniu. Proces globalizacji oraz liberalizacji działalności gospodarczej, w połączeniu z dynamicznym rozwojem nowoczesnych technologii informacyjno-komunikacyjnych, zaowocowały wzrostem skali transgranicznego ruchu towarów, co stworzyło także korzystne warunki działania dla podmiotów działających w szarej strefie. Internet sprzyja ekspansji gospodarki drugiego obiegu jako tani i szybki kanał dystrybucji, pozwalając przy tym na zachowanie dużego stopnia anonimowości. Wraz ze wzrostem handlu elektronicznego oraz różnego rodzaju portali usługowych i społecznościowych umożliwiających handel *on-line* coraz łatwiejsze staje się zarówno pozyskanie nowych dostawców z gospodarki oficjalnej, jak i dystrybucja towarów pochodzących z gospodarki nieoficjalnej⁴⁹.

Naturalnym przejawem szarej strefy są oszustwa podatkowe i uchylanie się od opodatkowania. Wśród najważniejszych mechanizmów powodujących unikanie płacenia podatków należy wskazać: posługiwanie się sfałszowanymi dokumentami potwierdzającymi nieprawdziwe dane celem uzyskania ulg i zwolnień podatkowych, składanie niezgodnych z prawem zeznań podatkowych, deklarowanie zaniżonej wysokości faktycznego wynagrodzenia, fikcyjne koszty prowadzenia działalności gospodarczej, „sprzedaż kosztów”,

⁴⁷ G. Wronowska, *Gospodarka oparta na wiedzy jako etap ewolucji współczesnej gospodarki*, (w:) A. Psyka (red.) *Unifikacja gospodarek europejskich: szanse i zagrożenia*, Warszawa 2004, s. 3–4.

⁴⁸ A. Borcuch, *Cyfrowe społeczeństwo w elektronicznej gospodarce*, Warszawa 2010, s. 33–34; J. Papińska-Kacper, *Spółeczeństwo informacyjne*, Warszawa 2008, s. 409–410.

⁴⁹ B. Mróz, *Szara strefa w Internecie: tendencje i kierunki rozwoju*, *Handel Wewnętrzny* 2011, nr 3, s. 11–19.

prowadzenie działalności gospodarczej bez zgłoszenia obowiązku podatkowego, wyłudzenie zwrotu podatku VAT (karuzela podatkowa), fałszowanie znaków skarbowych akcyzy, transfer zysków za granicę⁵⁰.

Oprócz wyżej scharakteryzowanych przejawów szara strefa występuje w następujących dziedzinach i sektorach krajowej gospodarki narodowej⁵¹:

- Rolnictwo i leśnictwo (sezonowe prace w rolnictwie, nielegalna wycinka i sprzedaż drzew, sprzedaż runa leśnego),
- Górnictwo i wydobywanie (dzikie kopalnie węgla, wydobywanie piasku i żwiru),
- Przetwórstwo przemysłowe (produkcja alkoholu i wyrobów tytoniowych, produkcja odzieży),
- Budownictwo (nierejestrowane prace budowlane),
- Handel i naprawy (nielegalny handel bronią, nieopodatkowany handel uliczny, nieopodatkowany handel elektroniczny, handel paliwami z różnych źródeł, naprawy i serwis pojazdów, handel przygraniczny usługi komisowe),
- Transport i komunikacja (nielicencjonowany przewóz osób i towarów, zawyżanie opłat),
- Turystyka i gastronomia (nierejestrowane usługi noclegowe i catering),
- Informacja i edukacja (nierejestrowane usługi informatyczne, piractwo komputerowe, odpłatne udostępnianie nielegalnych kopii filmów i muzyki, kserowanie książek),
- Działalność finansowa i ubezpieczeniowa (handel walutami, lichwiarstwo),
- Rynek nieruchomości (wynajem mieszkań, dzierżawa gruntów),
- Działalność profesjonalna, naukowa i techniczna (usługi i porady prawne, usługi finansowe, usługi doradcze, pośrednictwo),

Konkludując, omówione wyżej obszary i formy funkcjonowania szarej strefy nie wyczerpują bogatego katalogu przejawów tego zjawiska. Celem tej charakterystyki była chęć przedstawienia pewnych syndromów gospodarki ukrytej i uzmysłowienie faktu, iż szara strefa jest zjawiskiem wielowymiarowym i wieloaspektowym, której skala i zakres determinowane są wieloma różnymi czynnikami.

Etiologia i skutki szarej strefy

Historia pokazuje, że szara strefa była i jest nadal trwałym elementem rzeczywistości społeczno-gospodarczej każdego państwa. Sektor gospodar-

⁵⁰ M. Bar s z c z, Szara strefa. Raport na temat najczęstszych oszustw podatkowych, Warszawa 2010, s. 2–8; T. O c z k o w s k i, Oszustwo podatkowe – wybrane zagadnienia, *Kwartalnik Prawa Podatkowego* 2009, nr 1, s. 85–105; L. Wilk, Kryminalne aspekty przestępczości podatkowej, *Archiwum Kryminologii* 2009, t. 31, s. 209–221.

⁵¹ K. Ł a p i ń s k i, M. P e t e r l i k, B. W y ż n i k i e w i c z, Szara strefa w polskiej gospodarce, Warszawa 2014, s. 26.

ki nieformalnej jest zjawiskiem co najmniej tak samo starym, jak instytucja samego państwa. Już Demokryt wskazywał na problem unikania opłat za korzystanie z dóbr publicznych w starożytnej Grecji⁵².

Praktyka pokazuje, że pewne obszary aktywności gospodarczej wymykają się określonym nakazom prawnym oraz reglamentacji i kontroli publicznych instytucji i organów, które nierzadko tłamszą indywidualną przedsiębiorczość, inicjatywę, ograniczając tym samym konkurencję. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że historia szarej strefy jest jednym z elementów historii stosunków towarowo-pieniężnych, który odzwierciedla ogólne prawidłowości ewolucji systemów społeczno-gospodarczych⁵³. Najbardziej obrazowo zostało to ujęte przez laureata nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii, J. R. Hicksa, który stwierdził, że „kapitalistyczne przedsiębiorstwo jest dzieckiem uniku. Na długiej drodze od starożytnego przemysłowca do współczesnego przemysłowca przedsiębiorca nauczył się więcej sztuczek, niż nam się wydaje”⁵⁴.

Nihil fit sine causa, dotyczy to także szarej strefy. Przyczyny występowania określonych form i przejawów gospodarki ukrytej są rozmaite. Wśród nich są takie, które mają charakter bodźców tworzących sprzyjające okoliczności funkcjonowania gospodarki ukrytej, jak i takie, które mają charakter *sine qua non* dla jej powstania i rozwoju. Czynniki te można generalnie podzielić na dwie podstawowe grupy:

- faktory ogólne, uniwersalne dla istnienia szarej strefy jako takiej, oraz
- faktory szczególne, specyficzne tylko dla danego obszaru (sektora) szarej strefy (gospodarki ukrytej).

W dyskursie naukowym istnieje w zasadzie *consensus* co do ogólnych determinantów występowania zjawiska szarej strefy w systemie społeczno-gospodarczym. Wśród uniwersalnych czynników powodujących rozwój *shadow economy* wskazuje się m.in.: wzrost ingerencji państwa w gospodarkę, zbyt rozbudowany sektor publiczny, biurokrację, szeroki system reglamentacji działalności gospodarczej (koncesje, licencje, zezwolenia, itp.), nadmierny fiskalizm, zróżnicowane stawek podatkowych dla podobnych grup asortymentowych, rozbudowany system ulg i preferencji podatkowych, nieelastyczne przepisy prawa pracy, słabość egzekucji prawa, skomplikowane i niejednoznaczne przepisy o działalności gospodarczej, nieprzejrzyste, niestabilne i złożone prawo, brak kompleksowego systemu monitorowania nieprawidłowości, słaba koordynacja (a niekiedy jej brak) działań poszczególnych instytucji i służb odpowiedzialnych za jej zwalczanie, efekt demonstracji

⁵² E. Janik, Szara strefa – patologia życia gospodarczego, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, seria prawnicza 2010, nr 9, s. 43.

⁵³ W. Stankiewicz, *Ekonomika instytucjonalna...*, op. cit., s. 199–201.

⁵⁴ B. Mróz, *Gospodarka nieoficjalna w Polsce. Istota, przyczyny i formy występowania*, Marketing i Rynek 1997, nr 3, s. 2.

(„walka z systemem”), istnienie tzw. społecznej moralności podatkowej rozumianej jako społeczna aprobata na podejmowanie działalności nieformalnej, skłonność do podejmowania ryzyka⁵⁵.

W tym miejscu należy także zaznaczyć, że jedną z ważnych determinant szarej strefy są jej związki z korupcją. W literaturze przedmiotu wyraźnie wskazuje się, że między tymi zjawiskami występują sprzężenia zwrotne polegające na dwojakich relacjach, tj. 1) korupcja jest zjawiskiem komplementarnym wobec szarej strefy (wówczas wzrost korupcji prowadzi także do wzrostu szarej strefy) oraz 2) korupcja i szara strefa są kategoriami substytucyjnymi (wówczas korupcja może prowadzić nie tylko do wzrostu gospodarki ukrytej, ale także do wzrostu gospodarki oficjalnej). Badania empiryczne potwierdzają, że istnieje pozytywna korelacja między rozmiarami szarej strefy a indeksem korupcji. Im wyższy poziom korupcji, tym większy zakres i skala szarej strefy. W krajach o wysokim poziomie biurokratyzowania i reglamentacji gospodarki podmioty w celu uniknięcia złożonych i skomplikowanych przepisów oraz procedur prawno-gospodarczych mają większą skłonność do zachowań korupcyjnych. Wynika to z tego, że wiele przyczyn korupcji stanowi jednocześnie podłoże istnienia szarej strefy. *A contrario*, szara strefa jest znacznie mniejsza tam, gdzie przepisy są proste, stabilne i transparentne, a państwo sprzyja uczciwym przedsiębiorcom i konsumentom⁵⁶.

Wśród powszechnej opinii na temat szarej strefy dominuje pogląd o szkodliwości tego zjawiska. Do negatywnych społeczno-ekonomicznych efektów gospodarki drugiego obiegu należy w szczególności zaliczyć⁵⁷:

- destrukcję życia społecznego – drugi obieg gospodarczy, funkcjonując na styku działalności nielegalnej i często świata przestępczego, kreuje różnego rodzaju patologie społeczne. W wymiarze makrospołecznym pojawia się tzw. efekt gapowicza, polegający na tym, że osoby nieplacące podatków mogą korzystać z publicznych usług finansowanych ze źródeł budżetowych (edukacji, ochrony zdrowia, dotowanych ofert instytucji kultury, itp.). Ponadto, osoby ukrywające swoje dochody uzyskują różne świadczenia społeczne (np. dodatki mieszkaniowe, świadczenia rodzin-

⁵⁵ A. Kubiczek, Gospodarka nieformalna jako wyraz zawodności państwa, *Ekonomia i Prawo* 2010, nr 6, s. 362–363.

⁵⁶ A. Dreher, F. Schneider, Corruption and the Shadow Economy: An Empirical Analysis, IZA Discussion Paper 2006, nr 1936; A. Buehn, F. Schneider, Corruption and the Shadow Economy: A Structural Equation Model Approach, IZA Discussion Paper 2009, nr 4182.

⁵⁷ B. S. Frey, F. Schneider, *Ekonomika gospodarki nieformalnej*, (w:) A. Karwińska, A. Surdeja (red.), *Wokół zagadnień gospodarki nieformalnej*, Kraków 2004, s. 15; K. Górka, *Kierunki zmian gospodarki nieformalnej w Polsce*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie 2011, nr 860, s. 58–59; P. Kozłowski, *Gospodarka nieformalna w Polsce. Dynamika i funkcje instytucji*, Warszawa 2004, s. 7–8; E. Janik, *Szara strefa...*, *op. cit.*, s. 51.

ne, świadczenia z instytucji pomocy społecznej), mimo że ich rzeczywiste dochody kształtują się na poziomie wyższym niż określone dla tych świadczeń progi dochodowe. W życiu społecznym następuje zatem rozmycie granicy między prawdą i fałszem, między przedsiębiorczością i kombinatorstwem, między zaradnością i cwaniactwem, między tym, co jest naganne (nielegalne), a tym, co jest dopuszczalne (legalne). Szara strefa związana jest zatem z sytuacją, w której społeczeństwo nie potrafi wytworzyć spójnego systemu norm i wartości, który stanowiłby dla poszczególnych jednostek klarowne wytyczne działań w sferze aktywności ekonomicznej,

- spadek zaufania obywateli do działań państwa – w sferze sprawiedliwej polityki społeczno-ekonomicznej. Wpływa to na poziom etyki gospodarczej i kształtuje środowisko sprzyjające działalności niejawnej. Słabnie prestiż państwa, zmniejsza się żywione do niego zaufanie obywateli. Ci bowiem, występując w roli przedsiębiorców, producentów lub konsumentów, skutecznie omijają państwo, a ono w dużej mierze bezskutecznie stara się temu przeciwdziałać. Władza traci powagę, a organizacja państwa ujawnia swoje słabości,
- zafałszowanie statystyki gospodarczej co powoduje, że rzeczywiste wielkości ekonomiczne są niższe (wyższe) od przedstawianych w oficjalnych statystykach. Różnice te są tym większe im większa jest szara strefa. Taka sytuacja utrudnia *in effectum* prowadzenie racjonalnej polityki społeczno-gospodarczej, która opiera się przede wszystkim na aktualnych wielkościach podstawowych parametrów makroekonomicznych, takich jak: poziom dochodu narodowego, eksportu, importu, produkcji sprzedanej, produktywności, zatrudnienia czy inflacji. Oznacza to, że decydenci opierają się na nieadekwatnych dla całej gospodarki (zarówno formalnej, jak i nieformalnej) danych, co w konsekwencji prowadzi do rozwiązywania problemów ekonomicznych przy pomocy niewłaściwych (mniej efektywnych) instrumentów i mechanizmów. Dotyczy to także prowadzenia polityki kryminalnej (karnej). Trudno bowiem skutecznie zapobiegać i przeciwdziałać przestępczości, skoro nie są znane obszary zjawisk bezprawnych, które nie są spenalizowane w prawie,
- błędną alokację pomocy społecznej, zafałszowany obraz podstawowych parametrów w sferze makrospołecznej powoduje, że państwo nie jest w stanie do końca stwierdzić, kto naprawdę potrzebuje pomocy, a kto na czarno zarabia dwie średnie krajowe i jeszcze pobiera zasiłek. Taka sytuacja może powodować, że transfer środków z budżetu państwa nie trafia do osób rzeczywiście potrzebujących takiej formy pomocy społecznej i w konsekwencji realizowana polityka społeczna nie jest właściwa, efektywna, racjonalna i sprawiedliwa,

- utratę dochodów budżetowych – unikanie płacenia podatków oraz opłat publicznoprawnych, które jest cechą charakterystyczną szarej strefy, wpływa na zmniejszenie potencjalnych dochodów budżetowych, zarówno budżetu państwa, jak i budżetów samorządowych. A mniejsze dochody to automatycznie mniejsze możliwości działań finansowych państwa niezbędnych do rozwoju gospodarczego i społeczeństwa, które oczekują od państwa realizacji określonych potrzeb.

W tym miejscu należy jednak wyraźnie podkreślić, że w pewnych sytuacjach szara strefa implikuje pozytywne skutki. Nie jest bowiem tak, że gospodarka ukryta generuje tylko niepożądane skutki z punktu widzenia funkcjonowania gospodarki oficjalnej. Do pozytywnych skutków szarej strefy zalicza się⁵⁸:

- łagodzenie nastrojów społecznych – gospodarka nieformalna ułatwia prawidłowy przebieg procesów dostosowawczych w gospodarce, zwłaszcza w krajach przechodzących transformację systemową,
- łagodzenie negatywnych skutków zmian gospodarczych – w okresie reform, szara gospodarka łagodzi negatywne skutki tych zmian, poprawiając sytuację ludzi nie znajdujących z różnych przyczyn miejsca w gospodarce oficjalnej,
- poprawę jakości życia części społeczeństwa utrzymującego się z szarej strefy. Z punktu widzenia pracownika „praca na czarno” stanowi źródło dochodu, którego brak potęgowałby zagrożenie ubóstwem jego samego i rodziny. Dla pewnej grupy osób, szczególnie tych o niskich kwalifikacjach, możliwość podjęcia pracy nierejestrowanej jest w praktyce jedyną szansą na własne dochody,
- sprzyjanie ożywieniu gospodarczemu – gospodarka ukryta powoduje wzrost dochodu narodowego, tego rzeczywistego, choć nie odnotowanego przez oficjalne statystyki, *eo ipso* dzięki szarej strefie podnosi się faktycznie poziom życia części społeczeństwa,
- wzrost popytu – rosnący zakres szarej strefy tworzy dodatkowy popyt i możliwości wzrostu zatrudnienia. Rozwój gospodarki drugiego obiegu powoduje wzrost zapotrzebowania na dostawę towarów i usług ze strony gospodarki oficjalnej, a uzyskany w ramach gospodarki ukrytej dodatkowy dochód jest wielokrotnie wykorzystywany na zakup towarów i usług z sektora formalnego. Ponadto, dzięki możliwości prowadzenia działalności ukrytej, wytwarzane są określone dobra i usługi, które nie byłyby opłacalne w gospodarce jawnej z których wiele rodzajów tej działalności należy oceniać jako użyteczne.

⁵⁸ B. Mróz, Szara strefa a dylematy polityki gospodarczej, Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy 2004, nr 4, s. 245; G. Gikas, Przyczyny i konsekwencje..., *op. cit.*, s. 23; B. S. Frey, F. Schneider, Ekonomia gospodarki nieformalnej..., *op. cit.*, s. 24.

Procesy zachodzące w każdej gospodarce nie mają zatem charakteru jednowymiarowego. Dotyczy to także zjawiska szarej strefy, które jest determinowane różnymi czynnikami o charakterze finansowo-ekonomicznym, prawno-organizacyjnym czy psychologiczno-behawioralnym. W pewnych sytuacjach nie można więc jednoznacznie stwierdzić, że gospodarka ukryta przynosi wyłącznie straty i koszty. Każda ocena tego zjawiska zależy od aktualnych warunków społeczno-ekonomicznych, jakie charakteryzują daną gospodarkę narodową. Przykładowo w Polsce, na początku transformacji systemowej, w warunkach masowej likwidacji miejsc pracy i upadłości przedsiębiorstw państwowych, zatrudnienie nierejestrowane stwarzało jedyną szansę zmniejszenia bezrobocia. Przedstawione negatywne i pozytywne skutki istnienia szarej strefy w gospodarce pozwalają na stwierdzenie, że w niektórych sytuacjach (w szczególności ze względu na poprawę sytuacji materialnej bezrobotnych czy emerytów) względy społeczne przemawiają wręcz za koniecznością istnienia gospodarki ukrytej. Abstrahując od tych kwestii, rządy większości krajów prowadzą świadomą politykę ograniczania i zwalczania szarej strefy.

Model zwalczania przestępczości szarej strefy. Rola prokuratury

Zdolność państwa do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania zasad i reguł obrotu prawno-gospodarczego jest wykładnikiem szeroko rozumianego bezpieczeństwa ekonomicznego. Poziom ochrony interesów gospodarczych państwa jest z kolei determinowany skalą przestępczości szarej strefy. W szczególności dotyczy to przestępstw stanowiących poważne zagrożenie dla ładu i porządku publicznego oraz stanu finansów państwa (zorganizowany przemyt, pranie pieniędzy, oszustwa celno-podatkowo itp.).

Teoria i praktyka pokazuje, że istnieje wiele metod i sposobów zwalczania szarej strefy. Rodzaj zastosowanych instrumentów zależy od wielkości i rozmiarów szarej strefy oraz specyfiki obszaru w którym funkcjonuje gospodarka ukryta. Z punktu widzenia finansowo-ekonomicznego można wskazać dwa zasadnicze sposoby ograniczania gospodarki nieformalnej⁵⁹:

- redukcję kosztów gospodarki oficjalnej, poprzez zmniejszanie ogólnej ingerencji państwa w gospodarkę i ograniczanie do minimum regulacji prawnych i ekonomicznych. Jak pokazują badania, im mniej jest biurokratycznych barier w prowadzeniu działalności gospodarczej, im jasne, sta-

⁵⁹ A. Kubiczek, Gospodarka nieformalna jako wyraz zawodności państwa, *Ekonomia i Prawo* 2010, nr 1, s. 364; M. Sokołek, Sposoby ograniczania szarej strefy, *Przedsiębiorczość i Zarządzanie* 2013, nr 1, s. 207–208; B. Bachowska, K. Górka, Sposoby ograniczania oszustw podatkowych w Polsce, (w:) A. Karwińska, A. Surdej (red.), *Wokół zagadnień gospodarki nieformalnej*, Kraków 2004, s. 160–162.

bilne i czytelne jest prawo (w szczególności przepisy prawa gospodarczego i podatkowego), im mniej złożony komplikowany jest system podatkowy, tym mniejsza jest skala i zakres szarej strefy,

- wzrost kosztów gospodarki ukrytej, polegający na takich działaniach państwa, aby w sposób maksymalny zniechęcić aktywność w gospodarce nieoficjalnej, głównie w ramach funkcjonowania systemu dotkliwych kar.

Z punktu widzenia prawno-organizacyjnego, kluczową rolę odgrywa natomiast:

- skuteczność i sprawność organów administracji publicznej (skarbowych, celnych, policyjnych, sądowych, inspekcji pracy, nadzoru budowlanego, służb specjalnych, itp.),
- skuteczna i sprawna współpraca (koordynacja) instytucjonalna.

Złożoność szarej strefy, jej wielowymiarowe przyczyny i skutki oraz powiązania z otoczeniem (gospodarką oficjalną) implikują konieczność systemowego podejścia do kwestii przeciwdziałania i zwalczania tego zjawiska. Podstawowym narzędziem badawczym w ujęciach systemowych jest z kolei model, który pozwala nie tylko na uzyskanie uproszczonego i przejrzystego obrazu określonej rzeczywistości (zjawiska, bytu, obiektu), ale także umożliwia antycypowanie i realne wpływanie na jej kształt. Model może mieć różne formy, można go przedstawić za pomocą słów, wykresów czy układów równań matematycznych⁶⁰. W przypadku szarej strefy model ten musi uwzględniać dwie podstawowe kategorie, tj. system prawny i system ekonomiczny, między którymi zachodzą określone związki przyczynowo-skutkowe. Oznacza to, że z jednej strony system prawny jest zdeterminowany przez system gospodarczy państwa (system prawny jako przedmiot polityki społeczno-gospodarczej), z drugiej zaś, efektywność systemu gospodarczego uwarunkowana jest sprawnością i skutecznością poszczególnych elementów systemu prawnego z którego wychodzą impulsy sprawcze oddziałujące na poszczególne segmenty gospodarki (system prawny jako czynnik rozwoju ekonomicznego). To zaś prowadzi do konstatacji, że skuteczność zwalczania szarej strefy determinowana jest skutecznością działania trzech podsystemów (instytucji)⁶¹: prawodawstwa, polityki społeczno-ekonomicznej oraz administracji publicznej. Trudno bowiem przeciwdziałać szarej strefie i zwalczać jej negatywne skutki, jeśli prawo nie nadaża za dynamicznym rozwojem gospodarki nieformalnej, której różnego rodzaju czyny zabronione godzące w ważne – z punktu widzenia interesów społecznych i gospodarczych

⁶⁰ W. K r a j e w s k i, Różne pojęcia modelu w nauce, *Zagadnienia Naukoznawstwa* 1996, nr 4.

⁶¹ Do najważniejszych instytucji funkcjonujących w gospodarce i społeczeństwie można zaliczyć: normy (religia, tradycje, zwyczaje, normy etyczne i moralne, prawo), rynki (towarów, usług, pracy, kapitału) oraz organizacje (rodzina, przedsiębiorstwo, partia polityczna, agendy rządowe, związki zawodowe, szkoła, samorząd itp.); por. M. I w a n e k, J. W i l k i n, *Instytucje i instytucjonalizm w ekonomii*, Warszawa 1997, s. 20–21.

państwa – dobra, nie są dostrzegane przez prawodawcę. Trudno także zwalczać negatywne przejawy gospodarki ukrytej, jeśli gospodarcze centra decyzyjne prowadzą zbyt restrykcyjną (reglamentacyjną) politykę ekonomiczną (zwłaszcza fiskalną), wprowadzając liczne bariery i utrudnienia administracyjno-biurokratyczne, które – jak pokazuje empiria – tylko sprzyjają rozwojowi szarej strefy. Wreszcie, trudno liczyć na sukcesy w ograniczaniu obszarów funkcjonowania szarej strefy, jeśli działalność organów i służb państwowych *ex iure* powołanych do zwalczania patologii w obrocie gospodarczym nie jest sprawna i skuteczna, a współpraca i koordynacja między nimi nie jest efektywna.

Model walki z szarą strefą oparty na współdziałaniu trzech instytucji: prawodawstwa, polityki społeczno-ekonomicznej oraz administracji publicznej implikuje powstanie efektu synergii i jest gwarancją osiągnięcia *optimum optimorum* w zwalczaniu tego zjawiska.

W krajowej literaturze przedmiotu rola Prokuratury w zwalczaniu przestępczości (włączając w to także przestępczość szarej strefy) jest zazwyczaj rozpatrywana poprzez pryzmat jej usytuowania ustrojowego w organach demokratycznego państwa prawnego oraz działania (zadań, funkcji) prokuratora w procesie karnym. Przedmiotem ożywionej dyskusji w krajowej literaturze prawniczej jest zwłaszcza rola prokuratora w kontekście ostatniej nowelizacji procesu karnego⁶². Brak natomiast szerszego spojrzenia na funkcjonowanie Prokuratury jako pewnej całości, jako specyficznej organizacji. Chcąc zatem wypełnić tę lukę, na potrzeby niniejszego szkicu, rola Prokuratury zostanie omówiona w oparciu o tzw. metafory, których używa się w wielu dziedzinach nauki. Metafory są tak głęboko osadzone w naszym codziennym języku, że nie zauważamy w jak ważny sposób kształtują one nasze myśli i wpływają na nasze zachowania. Daje to ogromne możliwości ich wykorzystywania w diagnozowaniu określonych obiektów. Pomagają one lepiej rozumieć współczesne zjawiska, dając możliwość analizowania złożonych obiektów z innej perspektywy. Metafory są nie tylko jednym ze sposobów upiększania dyskursu, ale ich użycie jest konsekwencją szerszego sposobu percepcji złożonych i wielowymiarowych obiektów, które *ex necessitate rei* są zjawiskami pełnymi paradoksów i wymagają abstrakcyjnego myślenia⁶³.

⁶² Zob. m.in.: K. D u d k a, Rola prokuratora w znówelizowanym postępowaniu karnym, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 1–2; T. G r z e g o r c z y k, Postępowanie przygotowawcze w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. i rola w nim prokuratora w aspekcie sądowego stadium procesu, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 1–2; C. K u l e s z a, Rola prokuratora w znówelizowanym kodeksie postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 4; K. W i t k o w s k a, Pozycja prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 6.

⁶³ Ł. S u ł k o w s k i, Metafory, archetypy i paradoksy organizacji, *Organizacja i Kierowanie* 2011, nr 2, s. 55–69; M. C z a r n o c k a, M. M a z u r e k, Metafory w nauce, *Zagadnienia Naukoznawstwa* 2012, nr 1, s. 5–26.

Do takich bytów (zjawisk) niewątpliwie zalicza się zarówno zjawisko szarej strefy, jak i funkcjonowanie Prokuratury.

Powstaje zatem kwestia, jaką rolę w zaproponowanym modelu zwalczania szarej strefy ma do odegrania Prokuratura?. Biorąc zatem pod uwagę kryterium metafory, działanie Prokuratury w walce z przestępczością szarej strefy można by sprowadzić do roli:

- maszyny, wówczas Prokuratura jest zespołem elementów składowych o ściśle określonych zadaniach i właściwościach. Aby ten monolit funkcjonował bez zakłóceń, poszczególne „części i trybiki maszyny” muszą być sprawne, wydajne i niezawodne. Przekładając to na działalność Prokuratury, tymi częściami są zarówno zasoby niematerialne (prokuratorzy, asystenci, analitycy kryminalni, informatycy, personel administracyjny, itp.), jak i zasoby materialne (finanse, narzędzia teleinformatyczne, itp.). Każdy z tych elementów składowych ma do odegrania określone funkcje i tylko sprawność każdego z nich może zagwarantować skuteczne funkcjonowanie „maszyny” (czytaj: Prokuratury) w zwalczaniu przestępczości szarej strefy;
- mózgu, wówczas Prokuratura jest organizacją rozumnie działającą i uczącą się, w której główny nacisk położony jest na zdolność uczenia się, ipso facto ludzie stanowią najważniejszy zasób organizacji. W przypadku działania Prokuratury jest to o tyle istotne, że nawet najlepiej skonstruowane prawo, jeśli będzie wadliwie stosowane, nie spełni roli, jaką wyznaczył mu prawodawca. Należy przy tym pamiętać, że normy prawa karnego regulujące funkcjonowanie poszczególnych instytucji procesowych tworzą swego rodzaju system naczyń połączonych. W efekcie tak ważnym jawi się zapewnienie odpowiedniej jakości stosowania prawa, która może zostać zagwarantowana jedynie wtedy, kiedy Prokuratura będzie organizacją uczącą się. W takiej „firmie”, podstawą działania jest sprawność i skuteczność. Sprawność oznacza „robienie rzeczy we właściwy sposób”, co oznacza wykorzystywanie zasobów (materialnych i niematerialnych) w sposób rozsądny (mądry) i bez zbędnego marnotrawstwa. Skuteczność zaś, oznacza „robienie rzeczy właściwych”, czyli chodzi tutaj o umiejętność dokonywania właściwych wyborów (np. selekcji materiałów dowodowych) i podejmowania właściwych zadań (np. zastosowania środka zapobiegawczego adekwatnego do rodzaju zagrożenia). Oznacza to zatem, że Prokuratura jako organizacja nie powinna koncentrować się na usprawnianiu swego działania w stosunku do stanu aktualnego, lecz na tym, aby nieustannie zmieniać swoje sposoby działania, dostosowując je do zmieniającej się rzeczywistości (rozwoju przestępczości szarej strefy). Mądra organizacja, jeśli ma być skuteczna, musi dokonywać ciągłych zmian, stale doskonalić stosunki z otoczeniem, a zarazem doskonalić siebie;

- katalizatora i inhibitora, wówczas Prokuratura jest z jednej strony tym elementem wymiaru sprawiedliwości przyspieszającym proces mający na celu wykrycie, ujęcie i ukaranie sprawcy, a z drugiej, jest tym ogniwem *iustitia*, który spowalnia (hamuje) negatywne skutki szarej strefy w systemie społeczno-gospodarczym. Rola katalizatora polega na szybkim zebraniu, utrwaleniu i selekcji dowodów w celu przygotowania aktu oskarżenia. Z kolei rola inhibitora Prokuratury jako organu ochrony prawnej ma na celu ochronę porządku prawnego (w przypadku przestępczości szarej strefy ochronę bezpieczeństwa ekonomicznego) w ramach działań represyjnych oraz ochronę tego porządku w ramach działań o charakterze prewencyjnym, starając się zapobiec dalszemu naruszaniu prawa w obrocie gospodarczym;
- rzemieślnika i artysty – podstawą działania każdej organizacji w realizacji wytyczonych celów powinna być koncepcja pewnych schematów i metod (procedur) postępowania, na których opiera się warsztat każdego rzemieślnika. W tej roli Prokuratura jest przykładem swoistej organizacji cechowej, a jak każdy cech rzemieślniczy *per analogiam* musi ona być fachowcem i profesjonalistą w swojej dziedzinie (czytaj prawo karne materialne i procesowe). Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że filozofia funkcjonowania współczesnej organizacji jest nie tylko nauką o określonych sposobach, metodach i koncepcjach działania, ale jest także pewną sztuką wykorzystania posiadanej wiedzy. Sztuka zaś powstaje z pasji artysty. Aby skutecznie zwalczać przestępczość szarej strefy, Prokuratura musi być zatem rzemieślnikiem, który dysponuje określoną wiedzą i odpowiednim instrumentarium, jak i artystą, który jest kreatorem określonych (innowacyjnych) zachowań w ściganiu przestępstw.

Omówione wyżej (trochę niekonwencjonalnie) role Prokuratury, poprzez pryzmat wybranych metafor organizacyjnych, jakie zdaniem Autora niniejszego tekstu powinny być brane pod uwagę w działalności tej organizacji w walce z przestępczością szarej strefy, niewątpliwie mają wpływ na postrzeganie wymiaru sprawiedliwości *sensu largo* i w efekcie stanowią jeden z elementów ogólnego wizerunku państwa. Dlatego też, centra decyzyjne – z jednej strony, jak i sami prokuratorzy – z drugiej, muszą dostrzec sytuację, w której polska Prokuratura ma być kojarzona z tym co teoria i empiria w sferze organizacji i zarządzania nazywa marką. *Ergo*, polska Prokuratura musi być marką.

Marka jest aktywem, a jak każde aktywa, także i marka ma swoją wartość. O wartości marki świadczy ponad wszystko jej społeczna akceptacja, czyli reputacja. To, jak szeroko marka będzie akceptowana w otoczeniu (społeczeństwo) zależy od tego, czy firma (Prokuratura) potrafi stworzyć swoją „własną osobowość”, tj. zespół pewnych wartości i sposobów komunikowania się z otoczeniem, które są łatwo rozpoznawalne, wywołujące pozy-

tywne skojarzenia i reakcje. Pod pojęciem reputacji Prokuratury, należy z kolei rozumieć jej wiarygodność, tj. aspekt zaufania obywateli, podmiotów gospodarczych oraz środowisk biznesu wynikających z faktu, że Prokuratura w Polsce będzie kompetentną, profesjonalną i nowoczesną administracją, która swoim działaniem będzie dawać rękojmię gwarancji bezpieczeństwa ekonomicznego i obrotu prawno-gospodarczego.

Konkluzje

Przeprowadzona analiza prawno-kryminologiczna szarej strefy wskazuje, że jest ona zjawiskiem uniwersalnym, występuje we wszystkich krajach świata bez względu na formę ustrojową państwa i system gospodarczy, chociaż w różnej skali i w różnym zakresie. *Signum temporis* szarej strefy XXI wieku jest jej wyjątkowy dynamizm, który powoduje, że wiele obszarów sfery obrotu prawno-gospodarczego wciąż pozostaje *terra incognita*.

W dyskusji naukowej funkcjonują różne interpretacje pojęcia szarej strefy. Problemy związane z precyzyjnym określeniem tej kategorii pojęciowej nie niweczą przy tym ich przydatności aplikacyjnej, gdyż po pierwsze, przegląd istniejących w literaturze określeń ma znaczenie porządkujące, po drugie, umożliwia dokonanie pewnej systematyzacji w sposobie interpretowania istoty i specyfiki szarej strefy, wreszcie, po trzecie, pozwala na wyodrębnienie pewnego *consensusu*, tj. zarysowania cech wspólnych i atrybutów tego zjawiska. Dokonana analiza pozwala na stwierdzenie, że istotą szarej strefy, niezależnie od jej formy i rodzaju jest:

- unikanie płacenia podatków i innych opłat publicznoprawnych,
- unikanie stosowania regulacji prawnych związanych z działalnością gospodarczą,
- statystyczna nieuchwytność rozmiarów i skutków sektora gospodarki ukrytej,
- nieobserwowalność (bądź częściową obserwowalność) zjawisk i procesów składających się na działalność nierejestrowaną,
- brak skutecznej kontroli i regulacji państwowej szarej strefy o czym świadczą rozmiary i szacunki sektora gospodarki niewidzialnej w poszczególnych krajach,
- stosowanie legalnych, półlegalnych i nielegalnych środków i mechanizmów.

Jak stwierdził luminarz nauki z dziedziny organizacji i zarządzania – Peter Drucker: „Organizacje są instytucjami mającymi szczególny cel. Są one efektywne, ponieważ koncentrują się na jednym zadaniu”⁶⁴. W przypadku

⁶⁴ P. Drucker, Społeczeństwo pokapitalistyczne, Warszawa 1999, s. 49.

Prokuratury – jako organizacji *sui generis* – tym „jednym” (szczególnym) celem (zadaniem), w myśl art. 2 ustawy o prokuraturze, jest strzeżenie praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw. W kontekście walki z negatywnymi przejawami szarej strefy chodzi tu zwłaszcza o całokształt działań skierowanych przeciwko przestępczości zorganizowanej.

Rekapitułując, Prokuratura – niezależnie od jej pozycji w strukturze ustrojowej państwa i modelu postępowania karnego – jest tą specyficzną organizacją, która w procesie zwalczania przestępczości szarej strefy ma być: maszyną, mózgiem, katalizatorem, inhibitorem, rzemieślnikiem i artystą, a ponadto ma być:

- operatywna, tj. zdolna do sprawnego działania,
- wiarygodna, tj. rzetelna, profesjonalna i niezawodna,
- skuteczna, tj. realizująca ustawowe cele i rozwiązująca problemy, przed jakimi stawia ją praktyka i teoria.

Triada wyszczególnionych elementów składa się w efekcie na wizerunek Prokuratury w społeczeństwie. Dlatego też, należy dążyć do tego, aby Prokuratura była swoistym okrętem flagowym wśród instytucji składających się na szeroko rozumiane pojęcie wymiaru sprawiedliwości. Polska Prokuratura ma być kojarzona z tym wszystkim, co wybitny polski prakseolog, Tadeusz Kotarbiński, nazywał po prostu dobrą robotą.

Criminological and legal aspects of the shadow economy

Abstract

The purpose of this paper is to organize, synthesize, and expand our knowledge of legal and criminological aspects of the shadow economy. The answer is sought to several major research questions, such as: What is the essence and specificity of the shadow economy? What are the areas and manifestations of the shadow economy? What are the determinants for existence and development of the shadow economy? What are the major social and economic impacts of the shadow economy? The model is proposed for the suppression of the shadow economy, with the essential role of the Prosecution Service as a sui generis organization. The said role is described as part of the metaphors of organization.

RECENZJE

Wojciech Kotowski

**Prezentacja monografii Profesora Stanisława
Waltosia, Grabież ołtarza Wita Stwosza,
Wydawnictwo Wolters Kluwer,
Warszawa 2015, s. 407**

Prezentacja dzieła Profesora Stanisława Waltosia jest prawdziwym zaszczytem, wszak jej Autor jest wybitnym autorytetem w dziedzinie prawa i procesu karnego oraz historii prawa i kultury, luminarzem i mądrym nauczycielem, o czym świadczy wręcz imponujący dorobek uczonego. Mnie dostąpił potrójny zaszczyt, a mianowicie otrzymałem dzieło bezpośrednio od jego Autora wraz z miłą dedykacją, co umożliwiło prezentację wartości książki na łamach naszego czasopisma. Zapoznawszy się z tą fascynującą lekturą, zastanawiałem się nad wyborem formy prezentacji dzieła naszym czytelnikom. Wprawdzie jest zamieszczona w rubryce recenzje, to jednak nie ma tego charakteru, wszak nie jestem godzien recenzowania, a więc dokonywania oceny wartości dzieła wybitnego uczonego. Czuję się natomiast upoważniony do wyrażenia poglądu, co czynię z pełnym przekonaniem, że jest to nie tylko wiekopomne dzieło, ale również ponadczasowo niedoścignione, a co za tym idzie szczyty się najwyższej wartości wzorem.

Dzieło składa się niejako z trzech części. Pierwsza *sensu stricto* historyczna, a także z zakresu historii sztuki przedstawia dzieje Ołtarza od jego powstania, grabieży, do jego powrotu do Krakowa, co miało miejsce po II wojnie światowej. Druga jest analizą prawnokarną grabieży. Trzecia przedstawia dwojakiego rodzaju zasłużonych w działaniach zmierzających do ratowania Ołtarza, a więc zarówno w znaczeniu pozytywnym, jak i negatywnym. Jest charakterystyczne, że do „pozytywnie” zasłużonych Autor dzieła zaliczył tych, którzy kierowali się intencją ratowania Ołtarza, do „negatyw-

nie” zasłużonych nazistów, którzy wprawdzie uczestnicząc w grabieży, pozbawieni byli tej intencji, to jednak w efekcie przyczynili się do jego ocalenia.

We Wstępie do dzieła jego Autor wspomina, że Jego pierwsze spotkanie z Ołtarzem Mariackim nastąpiło w Krakowie, gdy miał 5 lat. Wrażenie musiało być wyjątkowo silne, ponieważ do chwili obecnej może przywoływać z pamięci na zawsze utrwalone w umyśle dziecka zarówno ogrom, jak i barwy Ołtarza. W ramach wspomnień Autor ujawnia, że po 18 latach od zgrabienia Ołtarza przez nazistów, w tym 12 latach od jego powrotu do Krakowa i „uwięzieniu” na Wawelu, zabłyszczał wreszcie w majestacie swego arcyzmu w prezbiterium Bazyliki Mariackiej. Zatem „wróciło przeżywanie jego kompozycji, wielkości, idei artystycznej, złoto-niebieskiego kolorytu”. Zachwyt Profesora Stanisława Waltosia, którym fascynuje czytelnika wyraża się słowami opisującymi główne sceny utrwalone na Ołtarzu, który realizuje program maryjny. Jest więc scena Zaśnięcia Matki Boskiej w otoczeniu apostołów, a także Wniebowstąpienie. Autor książki zwraca uwagę na ruchome skrzydła, podkreślając, że otwarte skrzydła odzwierciedlają sześć radości Marii od Zwiastowania do Zesłania Ducha Świętego. Natomiast zamknięte skrzydła to „bajecznie kolorowy, z dominacją złota i błękitu, zespół dwunastu płaskorzeźb przedstawiających życie Matki Boskiej i Chrystusa”.

W obszarze wnikliwych dociekań Profesora Stanisława Waltosia znalazła się niewyjaśniona do dzisiaj zagadka, a mianowicie kto „na najwyższych szczeblach władzy nazistowskiej podjął decyzję o wywiezieniu skrzyń z rzeźbami Wita Stwosza z Krakowa do Berlina w 1939 r., przy czym na to pytanie nie dają odpowiedzi zachowane akta Bundesarchiv. Zatem, Autor książki dokonuje próby odpowiedzi na to pytanie w warunkach gruntownej analizy źródeł historycznych, z równoczesnym uwzględnieniem zdroworozsądkowego rozumowania przeprowadzonego „na tle dzisiaj dobrze znanego mechanizmu funkcjonowania systemu Trzeciej Rzeszy, a zarazem upodobań i cech osobowości jej władców”.

Część historyczną dzieła rozpoczyna rozdział II zatytułowany „Preludium”, opisujący działania zmierzające do zabezpieczenia zabytków w Polsce na wypadek wojny, w fazie kiedy była ona już nieunikniona. Wprawdzie były one dalekie od doskonałości, lecz czynione z dużym zaangażowaniem. Profesor omówił również przygotowania nazistów do grabieży dzieł sztuki.

Rozdział III zatytułowany „Ewakuacja” dotyczy demontażu Ołtarza oraz przewiezienia celem ukrycia m.in. do Sandomierza. W istocie miejsca ukrycia wskazanych części, zwłaszcza sandomierska kryjówka, nie były bezpieczne.

W rozdziale IV pt. „Rabusie ruszają w Polskę” Profesor opisał poczynania nazistów w zakresie „oczyszczania” przez nich ziem polskich ze wszystkiego co najcenniejsze.

Kolejne rozdziały, a mianowicie V – „Grabieży dzieła mistrza Wita akt pierwszy” i VI – „Grabieży akt drugi”, Profesor poświęcił opisaniu okoliczności związanych z odnalezieniem wszystkich części ukrytego Ołtarza, przewiezieniem ich do Norymbergii i umieszczeniem w specjalnym schronie.

W rozdziale VII pt. „Dzieło mistrza Wita za kratami” Profesor opisuje podziemne życie dzieła na obczyźnie i za kratami. I tu ujawnia się paradoksalna sytuacja, a mianowicie ten schron uchronił Ołtarz przed zniszczeniem w czasie bombardowania Norymbergii przez Amerykanów.

W kolejnym rozdziale VIII – „Prawo karne a grabież ołtarza Mariackiego” Profesor przenosi czytelnika z zagadnień historycznych do zagadnień z zakresu prawa karnego polskiego, niemieckiego i międzynarodowego, a czyni to w sposób zrozumiały nie tylko dla prawnika.

W rozdziale IX pt. „*Dramatis personae – honestae et scelestae*”, jak pisze Profesor, „przyszła wreszcie czas na słowa podziękowania bohaterom dramatu”. Chodzi o ludzi godnych uznania, którzy „zachowali się przyzwoicie, a niekiedy nawet bohatersko”. Jednakże, jak podkreśla Profesor, „nikt ich po wojnie nie odznaczał medalami, nie przyznawał im nagród i wyróżnień za ratowanie dzieła mistrza Wita. To jednak – co oczywiste – „dobra i długa pamięć im się należy”. Równocześnie nadeszła pora – na co Profesor wskazuje – zajęcia się „życiorysami ludzi, których nazwisk nie można wrzucać do kosza niepamięci”. Chodzi wszakże o „zbrodniarzy i ludzi im posłusznych”. Nie ma wątpliwości, że trzeba ich zapamiętać „ku przestrodze innym, mimo że los dla niektórych z nich po wojnie okazał się zbyt łaskawy, urągając poczuciu sprawiedliwości”.

Ostatni rozdział X zatytułowany „Konkluzje i nauki dla potomnych” stanowi zgodnie z intencją Profesora podsumowanie opowieści o rabunku dzieła Wita Stwosza ze smutną refleksją końcową, a mianowicie jego sprawcom po wojnie „nie działa się żadna krzywda”.

Na zakończenie osobista refleksja rekomendującego dzieło. Otóż, nie tylko warto, ale wręcz należy książkę przeczytać, a w prywatnej bibliotece powinna zająć godne miejsce.

GLOSY

Marcin Przestrzelski

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2014 r., sygn. I KZP 20/14¹

Streszczenie

Glosa zawiera krytyczną analizę tezy i argumentacji zawartej w uchwale Sądu Najwyższego dotyczącej charakteru i granic kary orzekanej na podstawie art. 91 § 3 k.k. Kwestionując trafność stanowiska Sądu Najwyższego, autor prezentuje jednocześnie argumenty mające przemawiać za przyjęciem poglądu, że kara orzekana w trybie art. 91 § 3 k.k. nie stanowi kary łącznej.

Kara orzekana wyrokiem łącznym na podstawie art. 91 § 3 k.k. w sytuacji, gdy sprawca został skazany dwoma lub więcej wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k., jest karą łączną, której podstawę stanowią kary z osobna wymierzone za te przestępstwa. Dolną granicą tej kary jest najwyższa z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa, a górną – suma tych kar, która jednak nie może przekroczyć górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje.

1. W glosowanej uchwale Sąd Najwyższy zajął się problematyką kary orzekanej za ciąg przestępstw na podstawie art. 91 § 3 k.k. Jest to zagadnienie niezwykle rzadko podejmowane w orzecznictwie, a uchwała z dnia 30 września 2014 r. stanowi pierwszą opublikowaną wypowiedź Sądu Naj-

¹ LEX nr 1508956.

wyższego na ten temat. Z tego względu jest to więc uchwała ważna. Niewątpliwie stanie się ona punktem odniesienia dla kolejnych interpretatorów przepisu art. 91 § 3 k.k. i w ten sposób będzie wywierać wpływ na judykaturę oraz poglądy doktryny w tej kwestii.

Sąd Najwyższy miał udzielić odpowiedzi na pytanie: „Czy z treści artykułu 91 § 3 k.k. wynika nakaz orzekania w wyroku łącznym jednej kary w miejsce kar prawomocnie orzeczonych w dwóch lub więcej wyrokach za przestępstwa należące do określonego w art. 91 § 1 k.k. ciągu przestępstw, czy też przepis ten wyznacza jedynie górną granicę orzekanej w wyroku łącznym kary, łączącej kary wymierzone w różnych wyrokach za przestępstwa należące do ciągu przestępstw?”. Dostrzegając rozbieżności w interpretacji art. 91 § 3 k.k., pojawiające się zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie, Sąd Najwyższy zajął kategorięczne stanowisko, wedle którego kara orzekana na podstawie wskazanego przepisu jest karą łączną orzekaną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa należące do ciągu przestępstw, do sumy tych kar, która nie może jednak przekroczyć górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje. Zarówno teza uchwały, jak i argumentacja zaprezentowana w jej uzasadnieniu nie zasługuje jednak na aprobatę.

2. Nie zgadzając się z uchwałą Sądu Najwyższego co do zasady, chciałbym jednocześnie zwrócić uwagę na jej nieprecyzyjność. Sąd Najwyższy twierdzi mianowicie, że podstawą prawną kary łącznej orzekanej wyrokiem łącznym wobec sprawcy skazanego dwoma lub więcej wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k. jest przepis art. 91 § 3 k.k. („Kara orzekana wyrokiem łącznym na podstawie art. 91 § 3 k.k.”). Tymczasem art. 91 § 3 k.k. nie określa samodzielnie wszystkich granic kary orzekanej w tym trybie, wskazując jedynie, że nie może ona przekroczyć górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona wyczerpuje każde z przestępstw należących do ciągu przestępstw. W treści tego przepisu nie znajdziemy też odwołań do art. 85 k.k., stanowiącego, że podstawą kary łącznej są kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa, ani do art. 86 § 1 k.k., zgodnie z którym karę łączną wymierza się w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy. Chcąc zatem zapewnić zgodność tezy swej uchwały z przepisami regulującymi zasady orzekania kary łącznej i formułując jej treść, Sąd Najwyższy powinien był równocześnie stwierdzić, że podstawę wymiaru kary w sytuacji określonej w art. 91 § 3 k.k. stanowią wszystkie trzy wymienione wyżej przepisy, a więc art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 3 k.k. Na konieczność stosowania – oprócz art. 91 § 3 k.k. – także zasad określonych w art. 85 k.k. Sąd Najwyższy wskazuje zaś dopiero w uzasadnieniu uchwały.

W odniesieniu do art. 86 § 1 k.k. stwierdza tam natomiast, że art. 91 § 3 k.k. jest względem niego przepisem szczególnym (o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części glosy). To wszystko powoduje, że obecna treść uchwały, nawet gdyby podzielić jej słuszość, w sposób nieprawidłowy, bo niepełny, wskazuje podstawę prawną wymiaru kary orzekanej za ciąg przestępstw w wyroku łącznym.

3. Przechodząc następnie do szczegółowej analizy uchwały Sądu Najwyższego, należy przypomnieć, że dokonywanie wykładni polega na zastosowaniu wszystkich jej metod, tj. wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej, przy czym pierwszeństwo mają zawsze dyrektywy językowe. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie oznacza jednak, że w tym procesie wolno zignorować wykładnię systemową i funkcjonalną, a niekiedy także historyczną, lecz jedynie to, że wykładnię językową stosuje się w pierwszej kolejności. Trzeba zatem przeprowadzać proces wykładni także przez pozostałe jej typy i to niezależnie od tego, czy uzyskano już jednoznaczność interpretowanych zwrotów, gdyż bez rozważań nad sensem umiejscowienia przepisu oraz wnikliwej refleksji nad celem jego wprowadzenia nie można stwierdzić, czy nie zachodzą ważne racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne przemawiające za odstępniem od wykładni językowej. Dlatego właśnie wynik wykładni językowej należy poddawać dalszemu procesowi weryfikacji. Stanowisko takie prezentowane jest zarówno w doktrynie², jak i w orzecznictwie³.

4. Biorąc to wszystko pod uwagę, wykładnię pojęcia „kary” użytego w art. 91 § 3 k.k. należy zatem rozpocząć od dyrektyw językowych. Te zaś prowadzą do oczywistego wniosku, że nie chodzi tu o karę łączną. Gdyby tak miało być ustawodawca niewątpliwie dałby temu wyraz wprost w przepisie. Nic nie stało przecież na przeszkodzie, by karę orzekaną na podstawie art. 91 § 3 k.k. określić mianem „kary łącznej”. Takie właśnie rozwiązanie zawiera zresztą nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.⁴, która byłaby przecież zbędna w tym zakresie, gdyby kara, o której mowa w art. 91 § 3 k.k., już od początku była karą łączną. Tym samym, skoro w pierwotnym

² P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 234; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 73–74 oraz 77; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2008, s. 244 i 296.

³ Zob. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2003 r., sygn. K 26/03, OTK-A 2003, nr 9, poz. 95; uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r., sygn. I KZP 29/05, LEX nr 155386; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. V KK 74/08, LEX nr 486159; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2010 r., sygn. V KK 119/10, LEX nr 621194; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. I KZP 9/11, LEX nr 852216; uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2012 r., sygn. I KZP 24/11, LEX nr 1125247.

⁴ Zob. art. 1 pkt 53b ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396); dalej: ustawa nowelizująca.

brzmieniu art. 91 § 3 k.k. stanowił o „karze”, a nie „karze łącznej”, to przed zmianą stanu prawnego, na gruncie językowym nie było żadnych podstaw do twierdzenia, że kara w ujęciu tego przepisu to w istocie kara łączna.

Przy okazji wypadu dodać, że wspomniana wyżej nowelizacja Kodeksu karnego, która od 1 lipca 2015 r. jednoznacznie określa karę orzeczaną na podstawie art. 91 § 3 k.k. jako karę łączną, nie powoduje wcale, że problem poruszony w głosowanej uchwale traci na aktualności. Zgodnie bowiem z art. 19 ust. 1 ustawy nowelizującej przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego, w brzmieniu nadanym tą ustawą, nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia w życie tej ustawy. Tym samym w sytuacji, w której przedmiotem postępowania o wydanie wyroku łącznego będą wyłącznie kary prawomocnie orzeczone przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, to nowe przepisy nie znajdą zastosowania, a kara orzekana na podstawie art. 91 § 3 k.k. będzie musiała być wymierzona według zasad dotychczasowych.

Dalsze uwagi dotyczyć będą przepisu art. 91 § 3 k.k. w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej.

Należy zatem zaznaczyć, że art. 91 § 3 k.k. to jedyny zawarty w rozdziale IX k.k. przepis, który wyraźnie stanowi o orzekanej w wyroku łącznym karze, a nie karze łącznej. Pozostałe przepisy znajdujące zastosowanie przy wydawaniu wyroku łącznego konsekwentnie posługują się natomiast pojęciem kary łącznej. Lekceważenie tego faktu jest równoznaczne z zaprzeczeniem założeniu racjonalności ustawodawcy, które wymaga przecież uznania, że tym samym terminom nadał on jednakowe znaczenie. Wiąże się to z koniecznością stosowania dyrektywy konsekwencji terminologicznej, zgodnie z którą temu samemu pojęciu należy zawsze nadawać to same znaczenie we wszystkich kontekstach, w których występuje, czy też z zakazem wykładni homonimicznej, tzn. zakazem nadawania tym samym zwrotom różnych znaczeń⁵.

Zdaniem Sądu Najwyższego pominięcie w treści art. 91 § 3 k.k. kwantyfikatora „łączna” w odniesieniu do kary ma tylko to znaczenie, że zapobiega niespójności z normą wyrażoną w art. 91 § 1 k.k., stanowiącą, że wobec sprawcy ciągu przestępstw orzeka się jedną karę oraz jest konieczną konsekwencją tej normy, nakazującej wymierzenie za ciąg przestępstw jednej tylko kary. Według Sądu Najwyższego nie oznacza to jednak, że w wypadku, gdy sprawca został prawomocnie skazany za poszczególne przestępstwa należące do ciągu w odrębnych procesach, kara ta będzie orzekana

⁵ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 134; L. Morawski, *Zasady...*, *op. cit.*, s. 104–105.

niezależnie od wymiaru kar już orzeczonych. Argumenty te nie są jednak przekonujące. Nie można bowiem mówić o spójności między art. 91 § 1 k.k. i art. 91 § 3 k.k., skoro oba przepisy dotyczą ciągu przestępstw, ale na podstawie pierwszego z nich orzeka się jedną karę według określonych w nim zasad, zaś drugi ze wskazanych przepisów ma być, według Sądu Najwyższego, podstawą do orzekania kary łącznej, kształtowanej według zasad zgoła odmiennych. Innymi słowy, „jedna kara” w rozumieniu art. 91 § 1 k.k., orzekana na podstawie przepisu, którego znamiona wyczerpuje każde z przestępstw należących do ciągu, w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, nie może oznaczać „jednej kary łącznej” orzekanej w oparciu o kary z osobna wymierzone za te przestępstwa, której dolną granicą jest najwyższa z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa, a górną – suma tych kar, nie przekraczająca jednak górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje. Spójność między przepisami art. 91 § 1 k.k. i art. 91 § 3 k.k. zachodzi natomiast wówczas, gdy mimo orzeczenia kilku kar za poszczególne przestępstwa tworzące ciąg sądy mają możliwość niejako „naprawienia” tej sytuacji na etapie wydawania wyroku łącznego i orzeczenia jednej kary według dokładnie tych samych zasad, o których mowa w art. 91 § 1 k.k. Karę orzekaną w trybie art. 91 § 3 k.k. należy wobec tego rozumieć w ten sam sposób, jak karę, która jest orzekana na podstawie art. 91 § 1 k.k., a więc jako jedną karę orzekaną za przestępstwa należące do ciągu przestępstw. Taka kara, mimo że orzekana w wyroku łącznym, nie będzie zatem karą łączną.

Dodatkowo trzeba zauważyć, że wykładnia proponowana przez Sąd Najwyższy jest niekorzystna dla skazanych – kara orzekana zgodnie z jego uchwałą będzie bowiem z reguły surowsza od kary, która nie byłaby traktowana jako kara łączna. Dolną granicę kary łącznej będzie wszak wyznaczała najwyższa z kar orzeczonych za przestępstwa należące do ciągu przestępstw, a nie dolna granica ustawowego zagrożenia przewidzianego w sankcji przepisu, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje (wyjątkiem będzie sytuacja, gdy za wszystkie należące do ciągu przestępstwa w poszczególnych wyrokach sądy wymierzają kary odpowiadające dolnej granicy przewidzianej w sankcji tego przepisu). Na gruncie prawa karnego zastosowanie pozajęzykowych reguł wykładni skutkujące odstępstwem od sensu językowego przepisu nie powinno zaś działać na niekorzyść oskarżonego, czy w tym wypadku – skazanego⁶.

5. Wbrew sugestiom Sądu Najwyższego, za poglądem, że kara wymierzana na podstawie art. 91 § 3 k.k. nie ma konstrukcji kary łącznej, nie przemawia jednak tylko wykładnia językowa wskazanego przepisu.

⁶ L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 78.

W oparciu o wykładnię systemową, a ściślej wykładnię systemową wewnętrzną, należy zwrócić uwagę na fakt, że art. 91 § 1 i § 3 k.k. to przepisy szczególne względem art. 85 i 86 k.k. Ciąg przestępstw jest bowiem szczególną odmianą zbiegu realnego, charakteryzującą się brakiem orzekania kar za poszczególne przestępstwa, a następnie kary łącznej⁷. Zakres zastosowania przepisu z art. 85 k.k. jest więc ograniczony ze względu na istnienie instytucji ciągu przestępstw (art. 91 k.k.), wobec czego nie zaistnieje nigdy taka sytuacja, w której jeden stan faktyczny obejmujący co najmniej dwa popełnione przez tego samego sprawcę przestępstwa będzie podpadał jednocześnie pod art. 85 i następne oraz pod art. 91 k.k.⁸.

W przypadku określonym w art. 91 § 3 k.k. trzeba zatem wykluczyć możliwość odwoływania się do przepisów art. 85 i 86 k.k., a karę należy wymierzyć w taki sam sposób, jak za ciąg przestępstw.

Odnosząc się z kolei do argumentu Sądu Najwyższego dotyczącego spójności pojęcia „wyroku łącznego” zawartego w art. 91 § 3 k.k. i art. 569 § 1 k.p.k., należy zaznaczyć, że art. 91 § 3 k.k. to przede wszystkim przepis materialno-prawny. Przepisy procedury pełnią zaś rolę służebną wobec przepisów prawa materialnego i pozwalają na ich realizację. W konsekwencji, przepisy k.p.k. nie mogą zmieniać podstawowych instytucji prawa karnego materialnego, jak też w żadnym zakresie ich modyfikować⁹.

W ten właśnie sposób trzeba oceniać wzajemny stosunek art. 91 § 3 k.k. i art. 569 § 1 k.p.k. Ten ostatni, to przepis proceduralny, który reguluje jedynie kwestie właściwości sądu rozpoznającego sprawy o wydanie wyroku łącznego¹⁰. Nie może on zatem zmieniać sensu i znaczenia art. 91 § 3 k.k.

Dlatego też, posiłkując się przy wykładni art. 91 § 3 k.k. treścią art. 569 § 1 k.p.k., należy przyjąć, że przepis art. 569 § 1 k.p.k. dotyczy zasady. Odnosi się do sytuacji typowej związanej ze zwyczajnym zbiegiem realnym.

⁷ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Czyn ciągły i ciąg przestępstw w Kodeksie karnym z 1997 r., Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Kodeks karny, z. 20, Warszawa 1998, s. 83 i 85; P. Kardas, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna, t. I: Komentarz do art. 1–116, Warszawa 2012, s. 1152; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 268; W. Grzyb, Realny zbieg przestępstw. Analiza dogmatyczna na tle Kodeksu karnego z 1997 r., Warszawa 2013, s. 269, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. V KK 252/12, LEX nr 1231652.

⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *ibidem*, s. 84; P. Kardas, (w:) G. Bogdan i in., Kodeks..., *op. cit.*, s. 1152–1153; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 115/14, LEX nr 1504464.

⁹ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 1998, s. 164.

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 listopada 2003 r., sygn. II AKa 339/03, LEX nr 183336; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 187/14, LEX nr 1493736.

Wskazuje się przecież, że warunki do orzeczenia kary łącznej, o których mowa w art. 569 § 1 k.p.k., to przesłanki wynikające z art. 85 k.k.¹¹. Treść art. 569 § 1 k.p.k. nie oznacza jednak, że określona tam sytuacja jest jedyną, w której wydaje się wyrok łączny. Drugą sytuację przewiduje właśnie art. 91 § 3 k.k., który dotyczy wyjątku (tylko tu kara orzeczona wyrokiem łącznym nie jest przez ustawodawcę określana mianem kary łącznej, co zaznacza także sam Sąd Najwyższy). Jak słusznie podnosi się w doktrynie, orzeczenie różnymi wyrokami kar za przestępstwa, co do których spełnione były warunki do przyjęcia ciągu przestępstw, a które zostały popełnione przez tego samego sprawcę, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw, spełnia przesłanki określone w art. 569 § 1 k.p.k. uzasadniające wydanie wyroku łącznego. Brak szczególnej regulacji tych sytuacji prowadziłby do traktowania przypadków, które spełniają przesłanki ciągu przestępstw w sposób identyczny, jak przypadki zwykłego realnego zbiegu¹².

Uwzględniając powyższe należy zatem dojść do wniosku, że nie zachodzi żadna rozbieżność pomiędzy art. 91 § 3 k.k. a art. 569 § 1 k.p.k. Przepis art. 91 § 3 k.k. określa po prostu szczególnego rodzaju wyrok łączny (ów szczególny charakter podkreślono już w uzasadnieniu projektu k.k.¹³), na mocy którego nie jest orzekana kara łączna, tak jak ma to miejsce w pozostałych przypadkach. Specyfika tego wyroku łącznego nie polega zatem wyłącznie na modyfikacji górnej granicy kary łącznej w stosunku do granic określonych w art. 86 § 1 k.k., jak chciałby tego Sąd Najwyższy.

W tym miejscu chciałbym wrócić do sygnalizowanej wcześniej niekonsekwencji Sądu Najwyższego, który w swej uchwale częściowo odnosi się do reguł z art. 86 § 1 k.k., by następnie stwierdzić, że art. 91 § 3 k.k. jest względem niego przepisem szczególnym, powołując się przy tym na pogląd P. Kardasa. Autor ten wyraźnie odróżniał natomiast karę orzekaną na podstawie art. 91 § 3 k.k. od kary łącznej kształtowanej według ogólnych reguł, twierdząc, że „Przyjęte w art. 91 § 3 rozwiązanie pozwala na zachowanie wynikających z ciągu przestępstw konsekwencji w zakresie wymiaru kary także wtedy, gdy doszło do odrębnego skazania za przestępstwa objęte znamieniem ciągłości. Wydając w takim przypadku wyrok łączny, sąd nie

¹¹ Zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2002 r., sygn. III KK 296/02, LEX nr 56848; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2005 r., sygn. V KK 417/04, LEX nr 199699; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2005 r., sygn. V KK 194/05, LEX nr 200365; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2006 r., sygn. IV KK 448/05, LEX nr 180763; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., sygn. III KK 36/13, LEX nr 1293803; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 435/13, LEX nr 1430396.

¹² P. Kardas, (w:) G. Bogdani in., *Kodeks...*, op. cit., s. 1176.

¹³ Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego, (w:) *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 168.

jest związany treścią art. 86 § 1 k.k., wyznaczającego granice kary orzekanej w wyroku łącznym, lecz treścią art. 91 § 3 k.k., który wprowadza zakaz wymierzenia w wyroku łącznym kary przekraczającej górną granicę ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona każde z przestępstw objętych postępowaniem o wydanie wyroku łącznego wyczerpuje¹⁴. W żadnym razie P. Kardas nie prezentował również poglądu, że kara, o której mowa w art. 91 § 3 k.k., to kara łączna, co niesłusznie przypisuje mu Sąd Najwyższy.

Należy zatem przyjąć, że szczególny charakter art. 91 § 3 k.k. względem art. 86 § 1 k.k. powoduje, iż w razie wydawania wyroku łącznego w sytuacji określonej w art. 91 § 3 k.k. podstawę i granice wymiaru kary określa właśnie ten przepis w związku z przepisem, którego znamiona wyczerpuje każde z przestępstw należących do ciągu przestępstw. Przepis art. 86 § 1 k.k. w ogóle zaś nie znajduje tu zastosowania.

6. Dodatkowych argumentów przeciwko trafności uchwały Sądu Najwyższego dostarcza wykładnia funkcjonalna, w ramach której należy odwołać się do funkcji przepisu art. 91 § 3 k.k., jak i funkcji samego wyroku łącznego.

Przepis art. 91 § 3 k.k. reguluje sytuację, w której sprawca, z różnych względów, nie zostaje ukarany za ciąg przestępstw w jednym postępowaniu, lecz w różnych postępowaniach wymierzono mu kary za poszczególne przestępstwa należące do tegoż ciągu przestępstw. Rozwiązanie to pozwala nie traktować takich sytuacji jako przypadków zwykłego realnego zbiegu, a jednocześnie na zachowanie wynikających z ciągu przestępstw konsekwencji w zakresie wymiaru kary także wówczas, gdy doszło do odrębnego skazania za przestępstwa objęte znamieniem ciągłości¹⁵. Funkcja art. 91 § 3 k.k. polega więc na zapewnieniu, by sprawcy przestępstw należących do ciągu przestępstw, który został osądzony różnymi wyrokami w oddzielnych procesach, wymierzono karę według tych samych zasad, jak sprawcy sądzonemu za takie przestępstwa w jednym postępowaniu.

Koreluje to jednocześnie z porządkującą funkcją wyroku łącznego¹⁶, dzięki któremu zapewnia się w tym przypadku realizację norm prawa karnego materialnego regulujących kwestie związane z orzekaniem kary za ciąg przestępstw, w sytuacji gdy sprawca został skazany za te przestępstwa różnymi wyrokami jednostkowymi.

Prawidłowe zastosowanie art. 91 § 3 k.k. pozwala tym samym na uniknięcie niczym nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji sprawcy w zależno-

¹⁴ P. Kardas, (w:) G. Bogdani in., *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 1176.

¹⁵ W. Grzyb, *Realny zbieg...*, *op. cit.*, s. 278.

¹⁶ Zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. IV KK 209/08, LEX nr 478142; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r., sygn. I KZP 14/10, LEX nr 602771; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2011 r., sygn. II KK 312/10, LEX nr 784291.

ści od tego, czy jest on sądzony w jednym procesie, czy też w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego¹⁷. Stwierdzenie ciągu przestępstw w toku jednego procesu karnego skutkowałoby bowiem wymierzeniem jednej kary zgodnie z art. 91 § 1 k.k., a więc od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w sankcji przepisu, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje, do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o połowę. W wyroku łącznym natomiast, w razie zaaprobowania uchwały Sądu Najwyższego, byłaby to już kara łączna orzekana na zupełnie innych zasadach – od najsurowszej z kar jednostkowych do ich sumy, która nie może przekroczyć górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, przewidzianego w przepisie, którego znamiona wyczerpuje każde z przestępstw należących do ciągu. Takie zróżnicowanie nie znajduje żadnych podstaw i musi budzić sprzeciw.

Poza tym, zaakceptowanie stanowiska Sądu Najwyższego zawartego w głosowanej uchwale, zgodnie z którym w sytuacji określonej w art. 91 § 3 k.k. kara orzekana jest w mechanizmie wymierzania kary łącznej określonym w art. 85 k.k. („sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa”), powodowałyby jednocześnie konieczność przyjęcia, że kara za ciąg przestępstw może być orzeczona w wyroku łącznym tylko wtedy, gdy w wyrokach jednostkowych wymierzono za te przestępstwa kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu. Jest to wszakże jeden z warunków wymierzenia kary łącznej¹⁸. Dla przykładu, gdyby w wyrokach jednostkowych za przestępstwa należące do ciągu przestępstw wymierzono grzywnę i karę ograniczenia wolności, albo grzywnę i karę pozbawienia wolności, to stosując się do uchwały Sądu Najwyższego, wydanie wyroku łącznego i orzeczenie za te przestępstwa kary łącznej nie byłoby wówczas możliwe. Nie byłyby to bowiem kary tego samego rodzaju (art. 85 k.k.), ani inne podlegające łączeniu (art. 87 i 88 k.k.). Podzielenie stanowiska Sądu Najwyższego uniemożliwiałoby w takich wypadkach orzeczenie kary za ciąg przestępstw w wyroku łącznym, co stanowiłoby zaprzeczenie istoty i funkcji art. 91 § 3 k.k.

7. Ostatecznym potwierdzeniem trafności prezentowanego wyżej rozumowania jest wykładnia historyczna. W uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego z 1997 r. czytamy: „Zasada wymiaru kary za ciąg przestępstw znajdzie zastosowanie, gdy ten ciąg przestępstw jest sądzony w odrębnych postępowaniach (art. 91 § 3). Orzeczenie o karze za tak utworzony ciąg przestępstw następuje w drodze szczególnego wyroku łącznego”¹⁹.

¹⁷ Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. II KK 84/12, LEX nr 1305861.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 435/13, LEX nr 1430396.

¹⁹ Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego, (w:) Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 168.

Orzekając w wyroku łącznym karę na podstawie art. 91 § 3 k.k., Sąd powinien zatem odwoływać się do zasad określonych w art. 91 § 1 k.k.²⁰, a nie w art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k.

8. Wyniki wykładni językowej, systemowej, funkcjonalnej i historycznej prowadzą więc do tego samego wniosku, iż kara orzekana wyrokiem łącznym na podstawie art. 91 § 3 k.k. w sytuacji, gdy sprawca został skazany dwoma lub więcej wyrokami za przestępstwa należące do ciągu przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k., nie może być uznana za karę łączną. Jest to natomiast kara orzekana za ciąg przestępstw od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w sankcji przepisu, którego znamiona każde z tych przestępstw wyczerpuje, do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o połowę.

9. Wbrew obawom Sądu Najwyższego twierdzenie, że kara z art. 91 § 3 k.k. nie jest karą łączną, nie narusza bynajmniej powagi rzeczy osądzonej. Należy podkreślić, że to dopiero sąd wydający wyrok łączny ma pełny ogłód na sytuację prawną skazanego, jego zachowanie i liczbę popełnionych przez niego przestępstw, które były uprzednio przedmiotem oddzielnych rozstrzygnięć podejmowanych w różnym czasie przez różne sądy²¹. Sąd ten nie ocenia zatem poszczególnych czynów skazanego, jak każdy z sądów wydających wyroki jednostkowe, ale jako pierwszy ma na względzie całą jego przestępczą działalność spełniającą warunki art. 91 § 1 k.k. Nie możemy tu zatem mówić o tożsamości spraw – na etapie wydawania wyroku łącznego sąd orzeka o karze za ciąg przestępstw jako całość, natomiast sądy wydające wyroki jednostkowe orzekały o winie i karze za poszczególne przestępstwa, nie rozstrzygając w ogóle tego, czy mogą one wchodzić w skład ciągu przestępstw. Jednocześnie sąd wydający wyrok łączny w żaden sposób nie ingeruje w poprzednie rozstrzygnięcia, a kary jednostkowe nie są wcale traktowane *per non est*. Nie tracą one bowiem swego bytu prawnego i autonomicznego charakteru, a jedynie nie wpływają na wymiar kary orzekanej na podstawie art. 91 § 3 k.k. Oznacza to, że kary jednostkowe orzeczone za przestępstwa należące do ciągu przestępstw nadal funkcjonują w obrocie prawnym obok kary wymierzonej za ten ciąg w wyroku łącznym, lecz z chwilą uprawomocnienia się tegoż wyroku nie ulegają odrębnemu wykonaniu (art. 576 § 1 k.p.k.). Przyjęcie koncepcji, że kara orzekana na podstawie art. 91 § 3 k.k. nie jest karą łączną w żadnym razie nie godzi więc w *rem iudicatam*. Podobnie jak kara łączna, która jest nową karą orzekaną w opar-

²⁰ Zob. również: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Czyn ciągle..., *op. cit.*, s. 127–128; S. Łagodziński, Przestępstwo ciągle, ciąg przestępstw – realizm czy fikcja w prawie karnym, *Prok. i Pr.* 2000, nr 10, s. 62; P. Kardas, (w:) G. Bogdan i in., Kodeks..., *op. cit.*, s. 1176; W. Grzyb, Realny zbieg..., *op. cit.*, s. 278.

²¹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2011 r., sygn. II KK 172/10, LEX nr 730188.

ciu o wcześniej wymierzone kary jednostkowe, tak również kara orzekana w wyroku łącznym w trybie art. 91 § 3 k.k. jest nową karą – tyle tylko, że z woli ustawodawcy ukształtowaną według innych zasad – i wyłącznie tak należy ją traktować.

W oparciu o powyższe rozważania uchwałę Sądu Najwyższego należy więc ocenić krytycznie.

Commentary to the Supreme Court resolution of 30 September 2014, ref. no. I KZP 20/14

Abstract

The commentary is a critical analysis of the summary and justification contained in the Supreme Court resolution on the penalty nature and on the sentence maximum and minimum awardable under Article 91, § 3 of the Penal Code. While questioning the stand taken by the Supreme Court, the commentator presents arguments in support of the view that the sentence under Article 91, § 3 of the Penal Code is by no means aggregate.

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Dominika Czerniak, Dorota Czerwińska

III Wrocławskie Seminarium Karnoprocesowe „Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym” (Wrocław, 13 kwietnia 2015 r.)

III Wrocławskie Seminarium Karnoprocesowe „Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym” zostało zorganizowane na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii (dalej: WPAiE) Uniwersytetu Wrocławskiego (dalej: UWr) przez Katedrę Postępowania Karnego. Było ono kolejnym już z cyklu spotkań, na których czołowi przedstawiciele polskiej nauki procesu karnego analizują najbardziej kontrowersyjne i aktualne problemy procesu karnego w poszukiwaniu ich satysfakcjonującego rozwiązania.

Jako pierwszy głos zabrał J. Skorupka (UWr), który w swoim przemówieniu inauguracyjnym powitał wszystkich prelegentów i uczestników, przedstawiceli zarówno praktyki, jak i nauki procesu karnego, oraz podkreślił znaczenie podejmowanej problematyki zakazów dowodowych z punktu widzenia powagi i rzetelności procesu karnego. Następnie postawił przed uczestnikami trudne zadanie w postaci próby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy istnieje spójny model regulacji zakazów dowodowych, a jeżeli tak, to jakie są jego wyznaczniki.

Oficjalnie Seminarium otworzył W. Gromski, dziekan WPAiE UWr, życząc uczestnikom owocnych obrad i udanego pobytu we Wrocławiu. Następnie J. Skorupka zaprosił uczestników do pierwszego panelu, prowadzonego przez K. Zgryzka (Uniwersytet Śląski).

Obrady rozpoczęło wystąpienie Z. Kwiatkowskiego, którego przedmiotem był obowiązujący do dnia 1 lipca 2015 r. kształt zakazów dowodowych

w procesie karnym. Pytanie przewodnie, jakie mu towarzyszyło, można wyrazić następująco: czy naruszenie konstytucyjnych uprawnień jednostki powinno być tolerowane w celu odkrycia prawdy w procesie karnym. Wprawdzie kodeks postępowania karnego stoi na stanowisku, że regułą jest swoboda dowodzenia, zaś jej brak – wyjątkiem, jednak w imię ochrony konkretnych dóbr zdecydowano się wprowadzić zakazy dowodowe jako swoiste normy kolizyjne regulujące konflikty między tymi dobrami a prawdą materialną. Następnie referent streścił przytaczane w polskiej literaturze podziały zakazów dowodowych oraz omówił problematykę skutków ich naruszenia.

Kolejny referat wygłosił R. A. Stefański, a w jego temacie postawiono pytanie: „Zakazy dowodowe – czy potrzebne są zmiany?”. Autor wyróżnił dwa możliwe kierunki zmian: zmiany niektórych spośród istniejących zakazów dowodowych oraz ewentualne rozszerzenie ich katalogu. Spośród istniejących zakazów dowodowych, zmiany – zdaniem R. A. Stefańskiego – wymaga względny charakter tajemnicy adwokackiej, która winna być zrównana z tajemnicą obrończą; uszczegółowienia wymaga także regulacja podmiotu uprawnionego do wystąpienia o zwolnienie z tajemnicy państwowej, jak również podmiotu uprawnionego do udzielenia takiego zwolnienia Prezydentowi RP czy Prezesowi NIK i innym organom spoza pionu rządowego (art. 179 § 3 k.p.k.). Postulował także rozszerzenie katalogu wyjątków od bezwzględności tajemnicy dziennikarskiej w zakresie dotyczącym informatora (art. 180 § 4 k.p.k.) na wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu, zwłaszcza że stosowne gwarancje będą zachowane m.in. przez fakt, że z tajemnicy dziennikarskiej zwolnić może wyłącznie sąd. Wysunął także propozycje dwóch nowych zakazów dowodowych: wykorzystania materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzonych z naruszeniem ich warunków oraz dodanie art. 171 § 4 pkt 3 w postaci zakazu stosowania w toku przesłuchania podstęp. W konkluzji uznał za zasadne także wprowadzenie mechanizmu eliminacji z akt postępowania protokołów z czynności przeprowadzonych wbrew zakazom dowodowym, tak, by zapewnić ich rzeczywistą skuteczność.

Ostatnie wystąpienie w I panelu odczytała – w zastępstwie za nieobecnego R. Arnolda (Uniwersytet w Ratyzbonie) – D. Gruszecka (UWr). Tematem wystąpienia były zakazy dowodowe z perspektywy konstytucji niemieckojęzycznych państw Europy Środkowej. Na wstępie autor zwrócił uwagę na postępujące przesycenie prawem konstytucyjnym wszystkich dziedzin prawa, a zwłaszcza procesu karnego, przy czym pojęciem prawa konstytucyjnego należy tu obejmować nie tylko ustawę zasadniczą, ale także Kartę Praw Podstawowych UE oraz Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC). Szczególnie nacechowane konstytucyjnoprawnie są zaś regulacje prawa dowodowego; ponieważ ustawowa regulacja zakazów dowodowych nie jest wyczerpująca, olbrzymie

znaczenie dla procesu karnego mają zakazy niepisane, wynikające wprost z prawa konstytucyjnego. W tym obszarze kluczowe znacznie zyskała w prawie niemieckim tzw. teoria sfer (*Sphärentheorie*), zgodnie z którą godność ludzka wymaga całkowitego wyłączenia dopuszczalności zewnętrznej ingerencji w najbardziej osobisty obszar wewnętrznej egzystencji (w tym zakresie zabronione będzie np. wykorzystanie podsłuchu). W tzw. zwykłym obszarze prywatnym interes publiczny i interes jednostki wymagają ważenia, jednak i w tej sferze naruszenie istotnych dóbr chronionych prawem również będzie skutkowało niedopuszczalnością dowodu. Najdalej idące ograniczenia mogą być zaś nakładane na prywatność i dobra jednostki w obszarze społecznym, tj. w sferze kontaktów z innymi ludźmi. Autor wskazał również, że dopuszczalność wykorzystania dowodów pozyskanych z naruszeniem reguł prawa dowodowego jest w procesie niemieckim często uzależniana od wagi przestępstwa będącego przedmiotem postępowania. W konkluzji podkreślił, że ocena dopuszczalności dowodów w kontekście konstytucyjnie chronionych dóbr musi być dokonywana *ad casum*, co stanowi wyzwanie dla dyskusji naukowej i potencjalny obszar współdziałania prawem karnego procesowego i konstytucyjnego.

Drugi panel poprowadził J. Zagrodnik, a jako pierwsza referat wygłosiła M. Wąsek-Wiaderek (Katolicki Uniwersytet Lubelski), która przedstawiła tytułową problematykę z perspektywy konwencyjnej oraz orzecznictwa ETPCz. Zwróciła uwagę, że chociaż zadaniem ETPCz nie jest badanie prawa krajowego pod kątem dopuszczalności określonych dowodów, to Trybunał wskazuje na istnienie nieprzekraczalnych granic w zakresie możliwości ich uzyskania, przeprowadzenia i wykorzystania. Konwencyjne zakazy dowodowe, wynikające z orzecznictwa strasburskiego, podzieliła na dwie grupy – zakazy dowodowe *sensu stricto* o charakterze bezwzględnym, których naruszenie skutkuje automatycznym uznaniem procesu za nierzetelny, oraz zakazy dowodowe *sensu largo*, gdzie Trybunał ocenia przebieg całego postępowania pod kątem jego rzetelności oraz roli określonego dowodu w dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie. M. Wąsek-Wiaderek wyróżniła cztery płaszczyzny „konwencyjnych” zakazów dowodowych – dopuszczalność dowodów zdobytych procesowo i pozapprocesowo w wyniku naruszenia art. 3 EKPC (zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania); możliwość wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku przekroczenia granic dopuszczalnej prowokacji policyjnej; dopuszczalność owoców niedozwolonych czynności (np. pozyskanych w wyniku naruszenia art. 3 lub 8 EKPC czy nielegalnego podsłuchu); możliwość wykorzystania oświadczeń dowodowych podejrzanego złożonych pod nieobecność obrońcy. W konkluzji podkreśliła, że orzecznictwo odnoszące się do zagadnienia dopuszczalności dowodów jest bardzo kazuistyczne, a Trybunał nie wypracował dotychczas w tym zakresie jednoznacznych reguł. Wynika to z faktu, że naruszenia pro-

cedury mają różną wagę i chociaż podstawowym warunkiem dopuszczalności dowodu jest legalność określonej czynności dowodowej i ściśle przestrzeganie prawa przez funkcjonariuszy publicznych, to nie zawsze w konsekwencji uchybienia tym przepisom proces zostanie uznany za nierzetelny.

Następnie głos zabrał D. Świecki (Uniwersytet Łódzki), wygłaszając referat pt. „Model zakazów dowodowych z perspektywy orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych”. W swoim wystąpieniu najwięcej uwagi poświęcił art. 168a k.p.k. obowiązującemu od 1 lipca 2015 r. Przepis ten jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych rozwiązań nowelizacji procedury karnej i budzi wiele wątpliwości w doktrynie. Sporne jest m.in. to, czy zakaz ten powinien być stosowany także do dowodów odciażających, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „czyn zabroniony” i czy sąd ma samodzielnie ustalić tę okoliczność oraz w jaki sposób należy wyeliminować dowody niedopuszczalne w świetle art. 168a k.p.k. D. Świecki szczególną uwagę zwrócił na specyfikę oceny przez pryzmat art. 168a k.p.k. legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz dowodów prywatnych. Podkreślił również, że dotychczas zagadnienie dopuszczalności dowodów prywatnych zasadniczo nie było przedmiotem zainteresowania orzecznictwa, a odpowiednie mechanizmy będą dopiero kształtowane. Odnosząc się do czynności operacyjno-rozpoznawczych, zauważył, że swoiste „zakazy dowodowe” do nich się stosujące zostały uregulowane poza kodeksem postępowania karnego, w ustawach szczególnych (m.in. w ustawach policyjnych), na gruncie których Sąd Najwyższy wypracował rygorystyczne standardy legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wejście w życie art. 168a k.p.k. zmusza do postawienia pytania o aktualność dotychczasowego orzecznictwa w tym przedmiocie. W podsumowaniu swojego wystąpienia D. Świecki stwierdził, że na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu postępowania karnego z 1969 r. problematyka dowodowa była wyczerpująco uregulowana w kodeksie. Obecnie, analizując to zagadnienie, a zwłaszcza kwestię dopuszczalności określonych czynności, konieczne jest uwzględnienie przepisów ustaw szczególnych, a ponadto odrębnie należy oceniać art. 168a k.p.k. W konsekwencji w znowelizowanej procedurze karnej problematyka zakazów dowodowych obejmuje trzy płaszczyzny – tradycyjne zakazy dowodowe, art. 168a k.p.k. oraz szeroko rozumiane ustawy policyjne.

Ostatnim wystąpieniem drugiego panelu była prelekcja D. Gruszeckiej, która przedstawiła problematykę modelu zakazów dowodowych w niemieckim procesie karnym. Zaznaczyła, że w przeciwieństwie do dążeń polskiego ustawodawcy do zwiększenia kontrydiktoryjności postępowania i obciążenia stron procesu karnego obowiązkiem prowadzenia postępowania dowodowego, w niemieckim procesie karnym obowiązuje zasada śledcza, a głównym zadaniem organów procesowych jest poznanie prawdy. Do zrealizowania tego celu nie mogą one jednak dążyć za wszelką cenę. Zasadniczą

funkcją zakazów dowodowych jest zabezpieczenie praw jednostki oraz dyscyplinowanie organów procesowych, ale jednocześnie system zakazów musi być tak ukształtowany, by nie uniemożliwiał on poznania prawdy. D. Gruszecka zaznaczyła, że powszechnie w doktrynie niemieckiej przyjmuje się podział na zakazy przeprowadzania dowodów (dowodzenia określonych okoliczności, stosowania środków dowodowych, zakazy określonych metod dowodzenia) i zakazy wykorzystania określonych dowodów. Podkreśliła, że specyfiką niemieckiego systemu zakazów dowodowych jest jego otwartość, a ograniczenia wykorzystania określonych dowodów nie zawsze mają podłoże ustawowe. Przyjęcie określonego zakazu wykorzystania dowodów nie jest uzależnione od wyraźnego zapisu ustawowego. Zaznaczyła, że brak w niemieckim procesie karnym jednoznacznych reguł określających, kiedy naruszenie zakazu przeprowadzenia dowodu prowadzi do zakazu jego wykorzystania, a organ każdorazowo ocenia okoliczności konkretnej sprawy, mając na względzie kryteria wypracowane w doktrynie i orzecznictwie (m.in. teorię kręgu prawa, teorię ważenia, teorię upoważnienia dowodowego). Autorka przedstawiła także stanowisko niemieckiej nauki i judykatury w odniesieniu do dowodów prywatnych zdobytych z naruszeniem prawa. W procesie niemieckim środki dowodowe pozyskane przez osoby prywatne z naruszeniem prawa (w tym w wyniku przestępstwa) nie są automatycznie eliminowane i co do zasady mogą być podstawą ustaleń faktycznych w toku postępowania, ponieważ przepisy wprowadzające ograniczenia dopuszczalności gromadzenia i wykorzystania określonych dowodów odnoszą się wyłącznie do organów procesowych. W konkluzji D. Gruszecka stwierdziła, że system zakazów dowodowych w niemieckim procesie karnym jest dość skomplikowany i zdominowany przez kazuistykę. Dużą rolę odgrywają w nim zakazy pozaustawowe, często wynikające z wykładni norm konstytucyjnych.

Po wygłoszeniu wszystkich referatów A. Światłowski (Uniwersytet Jagielloński) zaprosił wszystkich uczestników do dyskusji i zadawania pytań prelegentom. Zasadniczym przedmiotem dyskusji była problematyka art. 168a k.p.k. Ten nowy, nieznany dotychczas polskiemu ustawodawstwu zakaz dowodowy od momentu uchwalenia budził duże kontrowersje. Uczestnicy i prelegenci w toku dyskusji próbowali ustalić wspólny sposób wykładni przepisu. Pierwszym problematycznym zagadnieniem – na które zwrócił uwagę D. Świecki – jest kwestia stosunku dowodu do interesów procesowych oskarżonego. Przepis art. 168a k.p.k. nie różnicuje dowodów korzystnych i niekorzystnych dla oskarżonego i nakazuje wyeliminować z podstawy faktycznej orzeczenia wszystkie dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego. Bez odpowiedzi pozostaje pytanie, czy eliminacji podlegają mają również takie nielegalnie zgromadzone materiały, które dowodziłyby niewinności oskarżonego. Skazanie w takich okolicznościach musiałoby zostać uznane

niesprawiedliwe, a sąd z pewnością miałby istotne wątpliwości co do słuszności wymierzenia oskarżonemu kary, skoro dysponowałby informacjami przemawiającymi za uniewinnieniem. Zdaniem D. Świeckiego, w powyższej sytuacji sąd powinien skorzystać z rozwiązania przewidzianego w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k., bowiem przepis art. 168a k.p.k. odnosi się tylko do stron postępowania jurysdykcyjnego. Zatem, niemożność skutecznego powołania określonego dowodu przez stronę nie wyłącza inicjatywy dowodowej sądu, który jest zawsze związany zasadą prawdy materialnej. K. Woźniewski i J. Skorupka zwrócili uwagę również na brak uregulowania procedury eliminacji dowodów nielegalnych z akt postępowania. Z przepisów kodeksu postępowania karnego nie wynika bowiem, jaki organ, na jakim etapie procesu i w jakiej formie powinien wykluczyć nieprawidłowo zgromadzone materiały. Uczestnicy dyskusji zgodnie stwierdzili, że prawo to powinno przysługiwać nie tylko sądowi, ale i prokuratorowi, który, selekcionując zgodnie z art. 334 § 1 i 3 k.p.k. materiały postępowania przygotowawczego przekazywane wraz z aktem oskarżenia do sądu, powinien zadbać, by niedopuszczalne dowody nie trafiły do akt sprawy sądowej. Trzecim poruszonym w dyskusji zagadnieniem była kwestia sposobu ustalenia, czy dany dowód jest dowodem uzyskanym za pomocą czynu zabronionego oraz pytanie o charakter orzeczenia sądu w tym przedmiocie, a także zagadnienie intencjonalności popełnienia czynu zabronionego, tj. wymogu jego popełnienia w celu uzyskania określonego dowodu po to, by wykorzystać go w postępowaniu karnym. Oprócz problematyki art. 168a k.p.k. H. Gajewska-Kraczkowska oraz M. Rogacka-Rzewnicka, w nawiązaniu do wystąpienia R. A. Stefańskiego, zwróciły uwagę na nieprawidłową praktykę w przedmiocie zwalniania adwokatów i radców prawnych z tajemnicy zawodowej. Podkreśliły, że decyzja sądu w tym zakresie często jest jedynie formalną akceptacją wniosku prokuratora, dokonywaną bez należytego zbadania przesłanek zwolnienia. Utrudnia to przedstawicielom wskazanych zawodów strzeżenie interesu klienta i niekorzystnie wpływa na wzajemne zaufanie. W praktyce zwolnieni z tajemnicy adwokaci i radcowie prawni często zasłaniają się niepamięcią, a w konsekwencji ich zeznania niewiele wnoszą do postępowania karnego. H. Gajewska-Kraczkowska oraz M. Rogacka-Rzewnicka postulowały nowelizację art. 180 k.p.k. w celu zwiększenia ochrony relacji klient – adwokat (radca prawny).

Powyżej przedstawione zasadnicze wątki dyskusji oraz referaty wygłoszone przez prelegentów potwierdziły założenia organizatorów, że problematyka zakazów dowodowych jest jednym z najbardziej złożonych i kontrowersyjnych zagadnień w procesie karnym. Dotychczas ugruntowane teorie i dogmaty powinny zostać dostosowane do warunków zmienionego procesu karnego, by mogły nadal spełniać należycie swoje funkcje.

Seminarium uroczyście zamknął J. Skorupka, zapraszając wszystkich na kolejne, czwarte już Wrocławskie Seminarium Procesowe, którego tematyką będzie ciężar dowodu w procesie karnym.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępni-
liśmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od
1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Komunikaty

Redakcja

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 (kil-
kudzaniowe) 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 auto-
ra (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej
oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości
merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio
zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika
jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@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 dotych-
czas 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 wszyst-
kim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast –
z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.