



Prokuratura i Prawo

NR 1/styczeń 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

Spis treści *Table of contents*

Artykuły/*Articles*

- dr hab. Antoni Bojańczyk, prof. Uniwersytetu Warszawskiego
**Nagminność w prawie i praktyce karnej (uwagi na tle wyroku Sądu
Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r.)** 5
*High offence rates in law and criminal jurisprudence (remarks with
reference to the judgment of the Appellate Court in Łódź of 20 Feb-
ruary 2014)* 47
- Kazimierz Postulski, sędzia Sądu Apelacyjnego w Lublinie w stanie spoczynku
**Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie do-
zoru elektronicznego** 48
*Consent to a deprivation of liberty sentence being served in the
electronic monitoring system* 68
- Piotr Żak, prokurator Prokuratury Regionalnej delegowany do Śląskiego
Wydziału Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zor-
ganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Katowicach
O bezprawnym przejmowaniu nieruchomości dłużników 70
Unlawful seizure of debtors' real estate 93
- dr Grzegorz Maroń, adiunkt Uniwersytetu Rzeszowskiego
**Argumentacja biblijna w rozważaniach ławy przysięgłych o karze
śmierci w świetle orzecznictwa sądów USA** 94
*Biblical arguments in a jury's death penalty deliberations in the
light of decisions issued by courts of the United States* 119

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

- dr Robert Szostak, dr hab. Ireneusz Sołtyszewski, adiunkci Uniwersytetu
Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie
**Odpowiedzialność karna za błąd opiniodawczy – studium przy-
padku** 120
Criminal liability for an error in judgment – case study 136

Glosy/*Commentaries*

- do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2015 r.,
sygn. II Aka 97/15 (dot. techniki protokolowania) – oprac. dr Józef
Gurgul 137
*to the judgment issued by the Appellate Court in Cracow on 24
September 2015, file no. II Aka 97/15 (concerns a method for re-
cording)* – by Józef Gurgul, Ph.D. 146

do wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. V KK 103/16 (dot. rozmiarów kary łącznej) – oprac. Jarosław Matras	147
<i>to the Supreme Court judgment of 11 October 2016, file no. V KK 103/16 (concerns an aggregate sentence) – by Jarosław Matras</i>	155
do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2011 r., sygn. V KK 135/11 (dot. europejskiego nakazu aresztowania – oprac. Wojciech Kosior	156
<i>to the Supreme Court judgment of 9 May 2011, file no. V KK 135/11 (concerns a European arrest warrant) – by Wojciech Kosior</i>	166

Ważna wiadomość

Fundacja „Ochrony zdrowia pracowników Prokuratury Rzeczypospolitej Polskiej” im. Ireny Babińskiej	167
---	-----

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

ARTYKUŁY

Antoni Bojańczyk

Nagminność w prawie i praktyce karnej (uwagi na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r.)

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są problemy prawnokarne i procesowe nagminności przestępstw. Autor w sposób niezwykle szeroki i należnie pogłębiony zaprezentował problemy stricte wiążące się z nagminnością przestępstw, eksponując jej różne aspekty, a uczynił to w sposób kompleksowy oraz zasługujący na aprobatę. Omawiając poszczególne kwestie, Autor powołuje się na wypowiedzi doktryny i orzecznictwa mające ścisły związek z przedmiotowymi zagadnieniami.

1. Nagminność, choć jest narzędziem używanym w praktyce prawa karnego od całych dziesięcioleci, nie tylko nie doczekała się w naszej literaturze szerszego opracowania monograficznego¹, ale nie cieszy się także jakimś

¹ Lata 60. i 70. minionego wieku to okres prawdziwego renesansu zainteresowania nauki problematyką sędziowskiego wymiaru kary: por. m.in. prace K. Buchały, *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 1964; T. Kaczmarka, *Sędziowski wymiar kary w PRL w świetle badań ankietowych*, Wrocław 1972; A. Kram, *Sądowy wymiar kary za przestępstwa zaboru mienia społecznego w świetle badań prawometrycznych*, Warszawa 1977, Z. Sienkiewicz, *Spółeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary na tle teorii i praktyki sądowej*, Wrocław 1977. Zob. także przegląd piśmiennictwa w pracy E. Tałago-Janiszewskiej, *Sądowy wymiar kary w piśmiennictwie prawniczym (lata 1944–1975)*, Warszawa 1978.

specjalnym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny², mimo pojawiających się tu i ówdzie – z reguły przyczynkarskich – wzmianek w komentarzach. Nikogo jednak nie trzeba szczególnie przekonywać (a już na pewno nie praktyków prawa karnego), jak doniosłe bywa niekiedy praktyczne znaczenie nagminności, która – jeżeli sądy odwołują się do niej przy wymiarze kary – w sposób bezpośredni rzutuje na jego zaostrenie. Z drugiej strony trudno chyba o inne zagadnienie z dziedziny polityki kryminalnej, które byłoby równie kontrowersyjne i budziło więcej dyskusji niż nagminność. Wyrazem tego jest – między innymi to – że na przestrzeni lat nagminność doczekała się nie tylko licznych, ale przede wszystkim bardzo różnych ujęć w orzecznictwie sądów powszechnych i judykaturze Sądu Najwyższego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. II AKa 9/14³ to jedna z najnowszych publikowanych wypowiedzi orzeczniczych dotyczących nagminności. Wnosi ona bardzo interesujący wkład do tej problematyki. Ponieważ w wyroku tym nie tylko ogniskują się jak w soczewce najważniejsze zagadnienia wiążące się z operowaniem nagminnością w praktyce prawa karnego, warto potraktować go jako dobry pretekst do szerszego zaprezentowania i analizy wyboistych losów nagminności w polskim prawie karnym, głównie – choć nie wyłącznie – w praktyce sądowej (nagminność, jak zresztą zobaczymy, jest pojęciem wywodzącym się oryginalnie z *judge-made law*). Tym bardziej, że wszystko wskazuje na to, że po całych latach pojawiania się w orzecznictwie nagminności w bardzo niejednorodnych ujęciach, możemy chyba mówić o wykształceniu się pewnych jednolitych standardów operowania nagminnością, używanych w sposób powtarzalny i konsekwentny w judykaturze sądów powszechnych wyższego rzędu (sądów apelacyjnych). Dodajmy: judykaturze, która cieszy się istotnym autorytetem wśród sądów niższej instancji i w związku z tym można prognozować, że poglądy wyrażane w orzecznictwie sądów apelacyjnych (także w wyroku Sąd Apelacyjny w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r.) będą recypowane również przez sądy powszechne niższego szczebla.

² Wyjątkiem jest tu praca W. Wróbla, Nagminność przestępstwa w systemie dyrektyw sądowego wymiaru kary, Państwo i Prawo 1990, nr 3, s. 59 i n. Pochodzi ona jednak sprzed ponad 25 lat – w związku z tym siłą rzeczy nie tylko nie uwzględnia nowszego orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, ale także ostatnich prac nad projektem kodeksu karnego oraz ostatecznego brzmienia ustawy karnej w zakresie dyrektyw sądowego wymiaru kary.

³ Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi 2016, nr 1, poz. 7, Prokuratura i Prawo 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 25: „Każda okoliczność mająca wpływ na wymiar kary, stosownie do dyrektyw ją kształtujących, ma swoje uargumentowanie w konkretnych ustaleniach faktycznych, wynikających z przeprowadzonych dowodów. ‘Nagminność’ określonych rodzajów czynów pozostaje tak długo kwestią abstrakcyjną, jak długo nie zostanie udowodniona. Winien więc Sąd I instancji wykazać dlaczego, i co przemawiało za tym, że na terenie jurysdykcji Sądu orzekającego w niniejszej sprawie przestępstwa rozboju, popełniane przy użyciu noża są nagminne”.

Nagminność – jak już powiedziano – pojawia się w orzecznictwie od lat i prowokuje odmienne i niezbyt konsekwentne stanowiska sądów różnych instancji. Począwszy od zdarzającej się sporadycznie całkowitej negacji dopuszczalności przypisywania znaczenia prawnego nagminności w sferze wymiaru kary⁴, a skończywszy na – dominującej w praktyce orzeczniczej sądów powszechnych – afirmacji poglądu o prawnokarnej relewantności nagminności jako kryterium wartościowania przy określaniu wymiaru kary⁵.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r. należy do tej ostatniej grupy. Wpisuje się tym samym w nurt judykatów traktujących nagminność jako czynnik, który może i winien być brany pod uwagę przez sędziego przy wymiarze kary. Z tym, że doniosłość tego wyroku dla teorii i praktyki nie wynika tylko z tego, że opowiada się ono po jednej ze stron sporu o charakter prawny nagminności w prawie karnym. Bierze się ona przede wszystkim stąd, że w orzeczeniu łódzkiego Sądu Apelacyjnego po raz kolejny próbuje się doprecyzować kryteria stosowania i operowania przez sądy przesłanką nagminności, jako czynnikiem rzutującym na wymiar kary za przestępstwo. Porusza się w nim także – być może w niezbyt pogłębiony sposób, ale jednak – niedostatecznie analizowane w orzecznictwie zagadnienia procesowe związane z nagminnością. Wreszcie na podkreślenie zasługuje bardzo istotna okoliczność. Orzeczenie łódzkiego Sądu Apelacyjnego nie tylko nie stanowi odosobnionego poglądu wyrażonego jedynie przez apelację łódzką, ale wpisuje się w łańcuch orzeczeń sądów aż czterech różnych apelacji. Pozwala to na sformułowanie opinii, że w zakresie nagminności (czegokolwiek by nie powiedzieć o różnorodności orzecznictwa dotyczącego nagminności w ogóle i rozbieżności poglądów prezentowanych przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy) w ostatnim czasie doszło do wykrystalizowania się jednolitej linii orzeczniczej szeregu różnych sądów apelacyjnych.

Zapoczątkował ją wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. II AKa 7/10⁶, w którym po raz pierwszy wyartykułowano pogląd *in extenso* wykorzystany w orzeczeniu apelacji łódzkiej, a w sposób do-

⁴ Tak stanowczo wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 listopada 2006 r., sygn. II AKa 289/06, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2007, nr 5, poz. 60 (niedopuszczalność używania nagminności jako elementu kształtującego rozmiar sankcji karnej wobec młodocianych; powołanie się na argumentację konstytucyjną nawiązującą do godności człowieka).

⁵ Tytułem egzemplifikacji: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. II AKa 106/01, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2002, nr 5, poz. 58; wyroki Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. II AKa 111/04, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2004, nr 7–8, poz. 48; z dnia 14 maja 2008 r., sygn. II AKa 50/08, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2008, nr 7–8, poz. 64; z dnia 8 października 2008 r., sygn. II AKa 98/02, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2008, nr 11, poz. 53; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2008 r., sygn. V KK 161/08, *Prokuratura i Prawo* 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, poz. 2.

⁶ Teza publikowana w *Krakowskich Zeszytach Sądowych* 2010, nr 7–8, poz. 54.

słowny w całości recypują go także orzeczenia sądów apelacyjnych w Poznaniu⁷, a ostatnio również w Krakowie⁸. Niniejsze opracowanie stanowi zatem próbę odniesienia się nie tylko do ważnej (ale mimo wszystko jednostkowej) wypowiedzi łódzkiego Sądu Apelacyjnego, ale do poglądu, który jednolicie i bez zastrzeżeń aprobuje trzy inne apelacje. To wszystko dostatecznie uzasadniania potrzebę zaprezentowania – na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia w lutego 2014 r.⁹ – krytycznych uwag o funkcji i znaczeniu nagminności jako przesłanki obostrzenia kary.

2. Pierwszy – i zasadniczy – kłopot z uznawaniem nagminności przestępstw(–a) jako jednej ze wskazówek przy wymiarze kary polega na tym, że znalezienie i wskazanie podstawy nagminności jako kryterium zaostżenia kary w treści kodeksu karnego natrafia na przeszkody najprostszego typu. „Nagminność” jako pojęcie jest bowiem kryterium wymiaru kary nieznanym ustawie karnej. Już tylko z tego powodu sięganie po nagminność dla potrzeb określenia wymiaru kary zdaje się być wątpliwe. Nagminność nie została przecież wprost wpisana do kodeksu karnego. Wcale też nie jest łatwo o wskazanie pośredniego kodeksowego źródła nagminności. Z kolei analiza prac legislacyjnych nad obowiązującą dziś ustawą karną przekonuje, że ustawodawca – mimo że nagminność była mu doskonale znana, bo od dawna występowała w praktyce sądowej i często była wykorzystywana jako przesłanka zaostżenia wymiaru kary – spraw związanych z wykorzystywaniem nagminności w prawie karnym chyba dobrze nie przemyślał. W każdym razie nie zdecydował się na jednoznaczne odrzucenie (albo jednoznaczne zaakceptowanie) nagminności jako kryterium uwzględnianego przy wymiarze kary. Co więcej, nie można także zapominać o tym, że odwoływanie się do nagminności (która swoją drogą jako pojęcie samo w sobie charakteryzuje się dalece idącą nieostrością – przyjdzie do tego wątku powrócić w dalszych wywodach) jako pozaustawowego kryterium wymiaru kary może mieć przecież tylko jeden cel – zaostżenie wymiaru kary. Mamy więc tutaj do czynienia z włączeniem do procesu rozstrzygania o wysokości kary nie tylko czynnika, do którego projektodawca Kodeksu karnego z 1997 r. był nastawiony co najmniej ambiwalentnie, ale – również – z używaniem nieostrego kryterium jako podstawy formułowania wniosków z gruntu niekorzystnych dla oskarżonego i opierania na nim niekorzystnego rozstrzygnięcia co do kary.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 marca 2014 r., sygn. II AKa 16/14, niepubl. w wersji papierowej (w *Krakowskich Zeszytach Sądowych* 2014, nr 7–8, poz. 108 teza niezwiązana z nagminnością). W wersji elektronicznej: SIP Lex, nr 1448566.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. II AKa 280/15, niepubl. w wersji papierowej. W wersji elektronicznej: SIP Lex nr 1993120.

⁹ Uwagi niniejsze mają bowiem w jednakowym stopniu zastosowanie do powołanych wyżej orzeczeń Sądów Apelacyjnych w Lublinie, Krakowie i Poznaniu.

Może to nasuwać zupełnie fundamentalne wątpliwości z punktu widzenia zasady określoności prawa karnego¹⁰. Zasady tej nie sposób przecież traktować jako odnoszącej się wyłącznie do sposobu typizacji czynów zabronionych pod groźbą kary (i pojmować wyłącznie jako wąsko rozumianego postulatu precyzyjnego konstruowania znamion przepisów karnych). Choć z pewnością nie można jej pojmować w identyczny sposób na gruncie przepisów części szczególnej kodeksu karnego (czy przepisów prawa karnego pozakodeksowego) oraz części ogólnej, to jednak nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że powinna ona mieć także zastosowanie na gruncie części ogólnej ustawy karnej. Można i należy oczekiwać od ustawodawcy takiego formułowania przepisów części ogólnej kodeksu karnego, by czyniły one zadość wymogom zasady określoności prawa. Tymczasem ani w katalogu okoliczności wymienionych w przepisie art. 53 § 1 k.k., ani w przepisie art. 53 § 2 k.k. nie wymienia ustawodawca nagminności wprost jako kryterium, którym wolno się sędziemu posługiwać przy wymiarze kary. Jak zatem sądy radzą sobie z tym niemałym kłopotem interpretacyjnym? Bardzo różnie. I najczęściej w twórczy sposób. Analiza sposobu ujmowania nagminności w orzecznictwie rzuca nie tylko bardzo interesujące światło na zagadnienie nagminności. Świadczy również o tym, że sądy często mają wątpliwości co do tego, czy nagminności w ogóle wolno wykorzystać jako przesłankę (dyrektywę) wymiaru kary i gdy decydują się na powołanie się na nagminność jako na okoliczność zaostrzającą wymiar kary, to wówczas stają przed trudnym zadaniem uzasadnienia takiego zabiegu.

3. Pytanie o to, czy nagminność przestępczości (pomijam na razie kwestię, do czego konkretnie należałoby odnieść nagminność, do jakiego rodzaju „przestępczości” – to zagadnienie jest przedmiotem szerszej analizy w pkt. 10) winna mieć związek z wymiarem kary orzekanym w indywidualnej sprawie, było stawiane w judykaturze już w latach międzywojennych. Kodeks karny z 1932 roku (w którym tzw. dyrektywy sądowego wymiaru kary zastały sformułowane w sposób znacznie bardziej lakoniczny niż w obowią-

¹⁰ *Nota bene* zasada określoności w prawie ma z natury swojej ogólnoprawny charakter i powinna być rozumiana jako zasada określoności prawa *in genere*, a nie tylko prawa karnego. Nie da się jej ograniczyć wyłącznie do obszaru prawa karnego (czy – szerzej – prawa represyjnego), choć oczywiście to właśnie tutaj – z całkowicie zrozumiałych względów – odgrywa ona doniosłą rolę. Wiadomo jednak, że postulat określoności prawa karnego musi inaczej funkcjonować przy typach przestępstw (tu precyzja jest regułą i warunkiem *sine qua non* prawidłowej typizacji), a inaczej przy wymiarze kary opartym na uznaniu sędziego. Ale to uznanie (choć dające sędziemu duży margines swobody) musi się jednak mieścić w wyraźnych ramach prawa, co zresztą bardzo silnie akcentowano w uzasadnieniu projektu kodeksu karnego. To oznacza z kolei, że ustawodawca musi w miarę precyzyjnie skonstruować kryteria uznania (swobodnego, ale przecież nie dowolnego), którymi będzie operował sędzia przy wymiarze kary. Nie może być dowolności w wyborze kryteriów wymiaru kary, punkty odniesienia winien ustalić precyzyjnie ustawodawca.

zującej dziś ustawie karnej) nie wymieniał wprost nagminności jako kryterium zaostżenia kary. A jednak już pod jego rządami w judykaturze najwyższej instancji sądowej¹¹ pojawiły się próby uczynienia z nagminności (przy tym zaznaczmy, że wówczas jeszcze nagminności *avant la lettre*¹²) przesłanki zaostżenia wymiaru kary. Napotkały one jednak ze strony przedstawicieli doktryny¹³ na – niepozbawiony pewnej słuszności – opór¹⁴. Podnoszono, że „powoływanie się na prewencję ogólną jest zupełnie niestosowne i niezgodne z duchem art. 54 k.k. z 1932 r.”¹⁵.

Przeciwko uznaniu nagminności za kryterium zaostżenia kary przemawiać mógł wówczas brak wyraźnego uwzględnienia przez ustawodawcę kryteriów związanych z prewencją ogólną w przepisie określającym kryteria sądowego wymiaru kary. Ówczesny przepis (art. 54 k.k. z 1932 r.) rzeczywiście koncentrował się przede wszystkim na przesłankach nawiązujących w ten lub inny sposób do okoliczności związanych z osobą sprawcy (głównie

¹¹ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 1934 r., sygn. 1 K. 930/33 (ZO SN 1934, nr VI, poz. 111): „powołanie się w uzasadnieniu wymiaru kary, między innymi na to, że fakty czynnego oporu stają się zjawiskiem rozpowszechnionym i wobec czego wymagają surowszej represji karnej, nie obraża art. 54 k.k. (z 1932 r.)” i 6 maja 1935 r., sygn. 2 K. 476/35 (ZO SN 1935, nr XII, poz. 519): „w przypadku gdy dane przestępstwo szerzy się, czy to na części terytorium Państwa, czy na całym jego obszarze, obiektywny stan bezpieczeństwa winien być brany pod uwagę przy wymiarze kary nawet wówczas, gdy przestępstwo nie szerzy się jeszcze w takich rozmiarach, że jest konieczne zarządzenie postępowania doraźnego ze specjalnym obostrzeniem kar (...) zasady prewencji ogólnej mają w pełni, a nawet w wyższej jeszcze mierze, zastosowanie w zakresie tak ważnej dla Państwa dziedziny, jak zwalczanie szpiegostwa”.

¹² W przedwojennej judykaturze najwyższej instancji sądowej nie operuje się pojęciem nagminność, lecz mówi się o tym, że „fakty czynnego oporu stają się zjawiskiem rozpowszechnionym” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 1934 r., sygn. 1 K. 930/33) czy „szerzeniu się przestępstwa” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1935 r., sygn. 2 K. 476/35).

¹³ Por. m.in. J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 208. Także L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 158 wypowiadał się kategorycznie przeciwko ogólnoprewencyjnej funkcji kary: „wysoce niesprawiedliwym jest unormowanie kary z okiem zwróconym na tzw. prewencję generalną (...) nie sądzi się tu bowiem przestępcy według woli ustawodawcy ujawnionej w motywach projektu i w liniach wytycznych, zawartych w art. 54 k.k. z 1932 r., lecz czyni się z niego odstraszaający przykład; pokutuje on za winy swoich poprzedników i dla przestrzeżenia innych, robi się z niego ofiarę grażującej, w danej chwili, myśli przestępnej”. Nie odnosząc się bezpośrednio do zagadnienia prewencji ogólnej, również S. Glaser i A. Mogilnicki (Kodeks karny. Komentarz, Kraków 1934, s. 238) w kontekście przepisu art. 54 k.k. z 1932 r. piszą, że „powinien sobie sędzia zdać sprawę z tego, czy i w jakim stopniu sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa” – kładąc tym samym raczej akcent na względy związane z prewencją szczególną (indywidualną), niż na względy ogólnoprewencyjne.

¹⁴ Nie tylko jednak. Już na gruncie przepisów rosyjskiej ustawy karnej z 1903 r. obowiązującej tymczasowo na części obszaru Rzeczypospolitej Polskiej Sąd Najwyższy sprzeciwiał się tendencjom do przypisywania karom funkcji ogólnoprewencyjnych: „wymiar (...) kary gwoi zastraszenia innych nie jest zgodny z ustawą” (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1919 r. w sprawie Cz. Frackiewicza, sygn. 601/1918, ZO SN IK 1919, poz. 27).

¹⁵ Tak J. Makarewicz, *op. cit.*

o charakterze podmiotowym¹⁶). Z drugiej strony należy jednak wskazać, że egzemplifikacyjny tylko charakter art. 54 k.k. z 1932 r. („Sąd wymierza karę według swego uznania, zwracając uwagę przede wszystkim na...”) nie wykluczał wcale uwzględnienia przez sąd – w ramach przysługującego mu uznania – przy wymiarze kary innych okoliczności¹⁷, w tym także „rozpowszechnienia się” albo „szerzenia się” pewnych przestępstw (nagminności). Można się było nie zgadzać – tak jak czynili to ówcześni komentatorzy do kodeksu karnego z 1932 r. – z uwzględnianiem nagminności przez Sąd Najwyższy w ramach przepisu określającego sądowe dyrektywy kary. Ale niewątpliwie ujęcie przepisu art. 54 k.k. z 1932 r. zostawiało szeroko otwartą furtkę dla traktowania nagminności jako okoliczności, którą wolno uwzględnić przy sądowym wymiarze kary.

4. Orzecznictwo powojenne ma wyraźne kłopoty z należyтым ustawowym usytuowaniem nagminności jako okoliczności rzutującej na zaostrezenie wymiaru kary. Oscyluje już to pomiędzy traktowaniem nagminności jako okoliczności obciążającej przy wymiarze kary *tout court*, a zatem unika wyraźnego asocjowania nagminności ze społeczną szkodliwością¹⁸ (na gruncie

¹⁶ Były to: pobudki oraz sposób działania sprawcy, jego stosunek do pokrzywdzonego, stopień rozwoju umysłowego sprawcy, jego „charakter”, dotychczasowe życie oraz zachowanie się po popełnieniu przez niego przestępstwa. Co dało asumpt Sądowi Najwyższemu do twierdzenia – nie bez racji – że „art. 54 k.k. zawiera jedynie przykładowe przytoczenie pewnych okoliczności w celu zwrócenia uwagi sędziego na psychikę i charakter sprawcy; rzeczony przepis nakazuje kłaść główny nacisk przy wymiarze kary na osobiste właściwości sprawcy”, i że przepis ten „główny nacisk kładzie przy wymiarze kary na osobiste właściwości sprawcy. Prawodawca żąda, aby sąd, wymierzając karę, przenosił punkt ciężkości na ocenę osoby sprawcy i wymierzył karę najbardziej celową (Jamontt-Rappaport, Komentarz, s. 345), sądzi się dzisiaj nie tyle przestępstwo, ile przestępcę” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1933 r., sygn. II. 1K. 1461/32, ZO SN, nr III/1933, poz. 61).

¹⁷ Co bardzo często podkreślano zarówno w judykaturze przed (por. w szczególności powołany już wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 1934 r., sygn. 1 K. 930/33 – ale także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 1935 r., sygn. 1 K. 981/34, ZO SN, nr VIII/1935, poz. 317) i powojennej („Art. 54 k.k. tylko przykładowo wymienia okoliczności, jakie sąd powinien wziąć pod uwagę przy wymiarze kary, w poszczególnych zaś sprawach sąd ustala okoliczności łagodzące i obciążające według swobodnej oceny na podstawie wyników rozprawy” – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1946 r., sygn. K. 362/45, ZO SN IK, nr I-II/1945–1946, poz. 29), jak i w piśmiennictwie (por. m.in. M. Siewierski, Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz, Warszawa 1958, s. 97–98). Choć trzeba przyznać, że ta judykatura nie tworzyła jakiegoś szczególnego monolitu. Nie zawsze bowiem przepis ten był aż tak ekstensywnie wykładany. Dobrą ilustracją nieco ściślej – i osadzonej w kontekście argumentacji o charakterze systemowym (*a rubrica*) – wykładni tego przepisu jest m.in. ujęcie, które zostało zaprezentowane w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1933 r., sygn. II. 1K. 1461/32.

¹⁸ Tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1968 r., sygn. II Kr 110/68 (OSNKW 1969, nr 1, poz. 3 (choć należy zwrócić uwagę na to, że Sąd Najwyższy nie zgłasza żadnych zastrzeżeń co do stanowiska zaprezentowanego w zaskarżonym rewizją wyroku Sądu Wojewódzkiego we Wrocławiu z dnia 3 lutego 1968 r., że okolicznością obciążającą oskarżone-

stanu prawnego sprzed 1997 r. – społecznym niebezpieczeństwem), już to z przyjmowaniem, że nagminność to element nierozdzielnie wiążący się i składający na społeczne niebezpieczeństwo (społeczną szkodliwość) czynu i właśnie w ten sposób pośrednio rzutuje na zaostrenie represji karnej.

Jeżeli chodzi o to ostatnie stanowisko, to w judykaturze¹⁹ przyjmowano, że nagminność jako okoliczność rzutująca na zaostrenie kary jest elementem należącym do społecznej szkodliwości czynu (wówczas: społecznego niebezpieczeństwa). Nagminność przestępstw powoduje, że „czyny (takie) noszą cechę znacznej szkodliwości społecznej”²⁰, w związku z czym „uzasadnione jest karanie sprawców przestępstw tego rodzaju z całą surowością”²¹. Można się tylko domyślać się, że zabieg taki (lokowanie nagminności wśród okoliczności składających się na społeczne niebezpieczeństwo czynu) spowodowany był właśnie wątpliwościami co do ustawowego charakteru nagminności, której ustawodawca nie wymienił wprost ani w przepisie art. 50 § 1 k.k. z 1969 r. (sąd winien brać pod uwagę cele kary „w zakresie społecznego oddziaływania”), ani w przepisie art. 50 § 2 k.k. z 1969 r. Gdyby bowiem Sąd Najwyższy nie miał tego rodzaju zastrzeżeń, to zapewne nie sięgałyby – *via* art. 50 § 1 k.k. z 1969 r. – do społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawy prawnej umocowania nagminności przestępstw przy wymiarze kary. Trzeba jednak również odnotować, że sytuowanie nagminności jako elementu społecznego niebezpieczeństwa czynu (odpowied-

go jest „wysoka społeczna szkodliwość czynu oskarżonego, wyrażającego się w nagminności przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu na terenie kraju, a w szczególności w mieście W.”).

¹⁹ Tak wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1965 r., sygn. I KR 169/65, OSNKW 1965, nr 12, poz. 148 i 24 kwietnia 1985 r., sygn. V KRN 199/85, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 72. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 1987 r., sygn. V KRN 464/86 (OSNPG 1987, nr 12, poz. 153). W tym ostatnim judykacie – niezależnie od tego, że opublikowana została tylko jego teza i w związku z tym na dobrą sprawę nie wiadomo w jakiej relacji pozostaje ona do treści motywów orzeczenia (i czy były one obszerniejsze), stanowiąc swego rodzaju kompozyt wypowiedzi odnoszących się do różnych zagadnień prawnych, występuje jednak nie do końca przejrzyste połączenie kwestii związanych ze stopniem społecznego niebezpieczeństwa czynu i świadomości bezprawności jako okoliczności warunkującej odpowiedzialność karną. W dodatku orzeczenie to nie operuje pojęciem nagminności, lecz „systematycznie wzrastającego zagrożenia społeczeństwa szerzącą się coraz bardziej narkomanią”.

²⁰ Pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. – społecznego niebezpieczeństwa (art. k.k. z 1969 r.). Nie wiedzieć czemu, Sąd Najwyższy operuje tu pojęciem „społecznej szkodliwości”, nieznanym przecież ustawie karnej z 1969 r. To jednak chyba zwykła omyłka albo niedostateczne przywiązywanie wagi do dystynkcji terminologicznej pomiędzy „szkodliwością” a „niebezpieczeństwem”. W piśmiennictwie trafnie przyjmuje się, że w wyroku sygn. V KRN 199/85 Sąd Najwyższy nawiązał do przesłanki społecznego niebezpieczeństwa wymienionej w przepisie art. 50 § 1 k.k. z 1969 r. jako jednej z dyrektyw sądowego wymiaru kary (K. Buchała, (w:) K. Buchała (red.) i in., Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 295).

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1985 r., sygn. V KRN 199/85, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 72.

nik – pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. – społecznej szkodliwości) było jednak o tyle prostsze, że kodeks karny z 1969 r. nie definiował katalogu okoliczności składających ocenę społecznej szkodliwości czynu (por. art. 115 § 2 obowiązującego dziś kodeksu karnego). Dlatego też znacznie łatwiej było powiedzieć, że nagminność jest czynnikiem decydującym o społecznym niebezpieczeństwie (społecznej szkodliwości) czynu i w tym sensie pośrednio wpływa na wymiar kary, bo też – z drugiej strony – znacznie trudniej było na gruncie obowiązujących wtedy przepisów prawa karnego zakwestionować ten pogląd i twierdzić, że nagminność nie stanowi elementu społecznego niebezpieczeństwa. Definitywny deficyt kodeksu karnego z 1969 r. stwarzał pretekst do sporów o treść społecznego niebezpieczeństwa²² i dawał do ręki argumenty zwolennikom tezy o nagminności jako komponenty społecznego niebezpieczeństwa.

5. W późniejszej judykaturze zarówno Sądu Najwyższego²³, jak i sądów powszechnych²⁴ zdecydowanie przeważał pogląd, że nagminność nie stanowi czynnika współokreślającego społeczną szkodliwość czynu. Powiedzmy parę zdań o jego genezie.

Do wykryształizowania się tego stanowiska przyczyniło się walenie ustawowe zdefiniowanie elementów uwzględnianych przy ocenie społecznej szkodliwości. Decydująca była tu oczywiście wyraźna rezygnacja z uwzględnienia wśród nich nagminności (art. 115 § 2 k.k.). Pogląd, że nagminność przestępstw czy przestępczości nie jest elementem społecznej szkodliwości stał się więc – w przeciwieństwie do wysoce ambiwalentnego stanu prawnego

²² Na co zresztą trafnie zwraca uwagę np. A. Zoll, (w:) K. Buchała i A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 21–22, identycznie też, (w:) A. Zoll (red.) i in., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2004, s. 37–38. Szerszy przegląd dawniejszych wypowiedzi doktryny dotyczących nagminności jako komponenty społecznego niebezpieczeństwa (na gruncie przepisów kodeksu karnego z 1969 r.) znajdzie czytelnik w pracy A. Krukowskiego, *Społeczna treść przestępstwa. Studium z zakresu polityki kryminalnej*, „Rozprawy Uniwersytetu Warszawskiego”, Warszawa 1973, s. 245–247. Krytyka traktowania nagminności jako elementu składającego się na społeczne niebezpieczeństwo czynu na gruncie przepisów kodeksu karnego z 1969 r. u W. Wróbla, *Nagminność...*, s. 61, por. także rozważania o nagminności w kontekście społecznego niebezpieczeństwa T. Kaczmarka, *Głos do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1968 r.*, sygn. II KR 110/68, *Państwo i Prawo* 1969, nr 7, 188–189.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2002 r., sygn. WA 50/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 9; por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2008 r., sygn. V KK 161/08.

²⁴ Zob. m.in.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 stycznia 2001 r., sygn. AKa 261/00, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2002, nr 9, poz. 23, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 30 listopada 2006 r., sygn. II AKa 289/06, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 maja 2008 r., sygn. II AKa 50/08 czy wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 28 września 2006 r., sygn. II Ka 236/06, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2007, nr 4, poz. 53, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. II AKa 9/14.

na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. (czy równie problematycznej sytuacji na gruncie kodeksu karnego z 1932 r.) – po prostu trywialny. Sprawa – z tej akurat perspektywy – przestała stwarzać jakiejkolwiek trudności interpretacyjne, wymagając od sądów czy przedstawicieli doktryny²⁵ wyłącznie prostego powołania się na treść przepisu art. 115 § 2 k.k. wykładanego *a contrario*. Sąd Najwyższy w wyroku z 20 września 2002 r.²⁶ słusznie więc przyjął, że „ze względu na niedopuszczalność rozszerzającej interpretacji art. 115 § 2 k.k. (...) nagminności przestępstw nie zalicza się do wyznaczników stopnia społecznej szkodliwości czynu”. Identyczne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi.

Jest faktem, że od dawna w literaturze karnistycznej nagminność była krytykowana – z bardzo zresztą różnych pozycji. Nie zawsze jednak oznaczało to frontalne zakwestionowanie²⁷ sensu operowana nagminnością i jej radykalne zanegowanie. Reprezentatywne dla tego typu bardziej umiarkowanych poglądów jest stanowisko M. Szerera (sprzed ponad półwieku), który może najcelniej podsumował zalety i wady funkcji ogólnoprewencyjnej kary. Twierdząc zatem, że „nagminność jest bez wątpienia czynnikiem, który zmusza wszystkie władze powołane do odpierania przestępczości do intensyfikacji walki”, a „surowość karania jest w takim razie jak najbardziej nakazana” postulował subiektywistyczne operowanie nagminnością²⁸. Sprzeciwiał się traktowaniu nagminności (względów ogólnoprewencyjnych) jako „naddatku” do kary, którym obciąża się skazanego nie z tytułu jego własnego niebezpieczeństwa, a wyłącznie z powodu potrzeb ogólnoprewencyjnych: „chodzi jedynie o to, by w karze była zlikwidowana należność za wszystko, co rzeczywiście mieściło się w winie konkretnego sprawcy, żeby natomiast nie było w niej naddatku – jakiejś marży doliczonej na rzecz straszenia nieświadomych innych”²⁹. Szerer pisał, że „wulgarne pojmowanie prewencji ogólnej jest wychodzeniem poza zawinienie, jest dorzucaniem czegoś, na co sprawca nie zasłużył ani efektywną szkodliwością swego osobistego czynu, ani niebezpieczeństwem tkwiącą w jego własnej osobowości, a co ma służyć do odstraszenia innych. A więc człowiek ma cierpieć nie za swoje tylko przestępstwo, ale także za nie popełnione jeszcze, lecz tylko możliwe przestępstwa innych”³⁰. Dla Szerera *conditio sine que non* uwzględnienia nagminności była świadomość sprawcy obejmująca również nagminność³¹.

²⁵ A. Zoll, *op. cit.*, s. 37.

²⁶ W uzasadnieniu również szerszy przegląd poglądów doktryny na zagadnienie nagminności na gruncie kodeksów karnych z 1969 r. i 1997 r.

²⁷ Tak generalnie W. Wróbel (Nagminność..., *passim*).

²⁸ Karanie a humanizm, Warszawa 1964, s. 151 i n.

²⁹ Tamże, s. 166 (wyraźne echo kategorycznej krytyki L. Peipera).

³⁰ Tamże, s. 155.

³¹ Przeciwno podejściu subiektywistycznemu do nagminności zob. jednak W. Wróbel, Nagminność..., s. 63.

Stosunek projektodawcy obowiązującego dziś kodeksu karnego³² do nagminności jest co najmniej niejasny. Dwie rzeczy pozostają poza dyskusją. W orbicie swoich rozważań projektodawca niewątpliwie miał problem nagminności. Wyrażnie do niej nawiązuje w tekście uzasadnienia projektu. I nie może być wątpliwości co do tego, że kategorycznie odrzucił możliwość kwalifikowania nagminności jako elementu składającego się na „dawne” społeczne niebezpieczeństwo³³. (Nawiasem mówiąc, społecznemu niebezpieczeństwu – które, jak wiadomo, nowy kodeks zastąpił pojęciem „społecznej szkodliwości” – zdaniem motywów projektu rzekomo nader „łatwo było nadawać znaczenie polityczne”. Ale wbrew kardynalnej zasadzie ustawodawczej metody EBL³⁴, w uzasadnieniu nie podano żadnego przykładu tego typu praktycznego wykorzystania społecznego niebezpieczeństwa³⁵.) Wyrażnie więc odrzucając – z jednej strony – nagminność jako element współdefiniujący społeczne niebezpieczeństwo (określone w nowym kodeksie karnym mianem społecznej szkodliwości), projektodawca musiał mieć chyba pełną świadomość tego, że z nagminnością jako pewnym problemem z zakresu polityki kryminalnej coś jednak trzeba będzie zrobić, że nagminność nie zniknie, ot tak, z pejzażu prawa karnego i praktyki karnej za sprawą jednej krytycznej wypowiedzi w projekcie do kodeksu karnego. Musiał więc zdawać sobie sprawę z tego, że nie można po prostu poprzestać na deklaracji w motywach projektu, że uprzednie zarachowywanie przez niektóre sądy nagminności jako elementu społecznego niebezpieczeństwa czynu było błędem, który wymagał rektyfikacji. Szkołuł w tym, że powiedziawszy *A* (nagminność nie jest elementem społecznego niebezpieczeństwa i nie powinna być elementem składowym społecznej szkodliwości), projektodawca niestety nie powiedział *B*. Nie rozstrzygnął bowiem w ustawie tego, czy nagminność w ogóle zostaje wyrugowana z prawa karnego jako punkt odniesienia dla polityki karnej, czy też następuje tylko jej eliminacja jako elementu składowego społecznej szkodliwości (co do tego nie może być wątpliwości).

Zabieg, którego dokonano miał zatem co najwyżej połowiczny charakter (wskazanie katalogu okoliczności składających się na kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, co stanowiło pożądane *novum* w kodeksie

³² Publikowane motywy do projektu kodeksu karnego z 1997 r., wersja z lutego 1994 r., Komisja ds. Reformy Prawa Karnego. Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego, Warszawa 1994 (wkładka do zeszytu Państwa i Prawa 1994, nr 4).

³³ *Op. cit.*, s. 36.

³⁴ Evidence Based Legislation (stanowienie prawa na podstawie materiału empirycznego).

³⁵ Nawiasem mówiąc z treści przepisu normującego dyrektywy sądowego wymiaru kary (art. 52 § 1 projektu k.k. w brzmieniu z lutego 1994 r. – Komisja ds. Reformy Prawa Karnego. Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1994, wkładka do zeszytu Państwa i Prawa 1994, nr 4) w ogóle usunięto stopień społecznej szkodliwości (społecznego niebezpieczeństwa) jako element rzutujący na wymiar kary. Jak wiadomo, ostatecznie to kryterium zostało – słusznie – przywrócone do tekstu kodeksu karnego.

karnym³⁶). Kłopot w tym, że ostatecznie niestety nie postawiono kropki nad „i”. To znaczy motywy projektu kodeksu karnego nie pozwalają na ustalenie, co projektodawca zamierzał dalej zrobić z nagminnością. Trudno o formułowanie jakichkolwiek kategoriycznych sądów na podstawie samych motywów ustawy, gdyż w tym zakresie są one wyjątkowo niejasne. „Projekt – czytamy w motywach – odrzuca cele ogólnoprewencyjne polegające na odstraszeniu społeczeństwa (prewencja generalna negatywna), zastępowaniu niepowodzeń w wykrywalności przestępstw surowością karania, które nie dadzą się pogodzić z zasadą godności człowieka”³⁷. Z drugiej strony zaakceptowano coś, co nazwano prewencją ogólną, ale dodatkowo kwalifikowaną przymiotnikowo – niezbyt klarownie – jako prewencja „integrująca, pozytywna”³⁸. Jak jednak zobaczymy dalej, co innego napisano w motywach, a co innego powiedziano w ustawie karnej. I wcale nie jest tak, że odstraszanie jako funkcja kary zniknęło z kodeksu (mimo intencji projektodawców). Dokonano tutaj wyłącznie (aż?) przesunięcia terminologicznego.

Odstraszanie zostało w prawie, tyle tylko, że nowa ustawa inaczej je nazwała. Projekt nowego kodeksu karnego (także w zakresie regulacji dotyczących sądowego wymiaru kary i funkcji spełnianych przez karę) nie spotkał się z jakąś szerszą krytyką. W tzw. środowiskowej debacie nad reformą prawa karnego³⁹ pojawiały się odosobnione głosy krytyczne, ale dominowały

³⁶ Art. 114 § 3 projektu k.k. w brzmieniu z lutego 1994 r.

³⁷ Komisja ds. Reformy Prawa Karnego. Uzasadnienie..., s. 36.

³⁸ *Op. cit.*, s. 37. Na podstawie wywodów Uzasadnienia trudno się zorientować, na czym miałyby polegać ten rodzaj prewencji. Motywy w tym zakresie pozwalają tylko na odtworzenie następującej myśli: warunkiem kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa jest „wysoki stopień wykrywalności przestępstw, nieuchronność ponoszenia odpowiedzialności, orzekanie kar (środków) odbieranych jako reakcja sprawiedliwa, nie przekraczająca stopnia winy sprawcy. Takie kary prowadzą do akceptacji przez członków społeczeństwa poszczególnych norm i systemu prawa, w konsekwencji do stabilizacji porządku prawnego (prewencja ogólna integrująca, pozytywna). Dolną granicę konkretnej kary wyznaczają w zasadzie owe potrzeby stabilizacji, górną natomiast wyznacza (limituje) zasada winy”. Przytaczam ten doniosły fragment motywów *in extenso*, bo ilustruje one wyjątkowo zapętlony sposób uzasadniania założeń prawnych przyjmowanych przez Komisję ds. Reformy Prawa Karnego i pytyjski język motywów. Trudno się w tych wszystkich piętrowych konstrukcjach projektodawcy rozeznaczyć. Ale gdyby chcieć ten łańcuch wzajemnych wyników ułożyć w nieco prostszy sposób, to prewencja „ogólna integrująca” („pozytywna”) to „stabilizacja porządku prawnego”, a „stabilizacja porządku prawnego” to z kolei „orzekanie kar (środków) odbieranych (przez członków społeczeństwa), jako reakcja sprawiedliwa, nie przekraczająca stopnia winy sprawcy”. Nie wiadomo więc dlaczego w takim razie „stabilizację prawną” (która przecież ma rzekomo wyznaczać „dolną granicę konkretnej kary”), ma współokreślać stopień winy sprawcy, który wyznacza („limituje”) górną granicę kary?

³⁹ Ogólnopolski zjazd katedr prawa karnego zorganizowany przez Katedrę Prawa Karnego Materialnego UJ w dniach 19–22 września 1990 r. z „udziałem kilkudziesięciu przedstawicieli nauk penalnych reprezentujących większość ośrodków uniwersyteckich oraz INP PAN, wiceministra sprawiedliwości, zastępcy Prokuratora Generalnego oraz praktyków wymiaru sprawiedliwości z województwa nowosądeckiego” (M. Rodzyńkiewicz, W. Wróbel,

jednak wyraźnie tony zadowolenia z nowego dzieła legislacyjnego. Na każdym kroku podkreślano jego zalety i wyraźną przewagę normatywną nad kodeksem karnym z 1969 r.: „powstał projekt dojrzały, stanowiący pewną całość, dostosowany do wymogów współczesnego państwa prawa”⁴⁰, „pozytywnie oceniono usunięcie pojęcia społecznego niebezpieczeństwa, przy czym opowiedziano się za pozostawieniem materialnego ujęcia przestępstwa”⁴¹, chwalono „system kar i środków karnych”⁴², ze „szczególną aprobatą przyjęto (...) uczynienie z kary pozbawienia wolności *ultima ratio*”⁴³ oraz „nowe ujęcie dyrektyw sądowego wymiaru kary”⁴⁴. Za „szczególny walor projektu” uznano odchodzenie od „nastawienia odwetowego i tradycyjnego, czysto publicznego charakteru prawa karnego”⁴⁵.

Ustawowe przesądzenie w kodeksie karnym z 1997 r., że nagminności nie można zaliczyć do elementów rzutujących na społeczną szkodliwość czynu, bynajmniej nie zamknęło problemu korzystania przez sądy z nagminności⁴⁶. Wręcz przeciwnie – otworzyło nowe pole dyskusji związane z tym, czym w takim razie z punktu widzenia przepisów kodeksu karnego i stopnia represji karnej jest nagminność. Jak bowiem powiedziano powyżej, gdzie indziej (tj. poza przepisami regulującymi kwestię społecznej szkodliwości jako elementu struktury przestępstwa) w kodeksie karnym nie nawiązuje się nigdzie wprost do nagminności. Za sprawą dotknięcia magicznej różdżki ustawodawcy definitywnie rozplynął się więc sporny problem stosunku pomiędzy nagminnością, a społecznym niebezpieczeństwem (społeczną szkodliwością) czynu. Ale jednocześnie nie zniknęła przecież sama nagminność, która niewątpliwie jest istniejącym (wprawdzie na razie tylko potencjalnym) zjawiskiem kryminologicznym (i to niezależnie od tego, jak się ją definiuje i czego by o niej nie sądzili twórcy ustawy karnej z 1997 r.). Kodeks karny z 1997 r. – w zakresie nagminności – wybrał chyba najgorsze z możliwych rozwiązań. Miast definitywnie przeciąć spory o nagminność (co samo w sobie miałooby pewną wartość legislacyjną), niebezpiecznie zatrzymał się wpół drogi, dając asumpt do kontynuowania dyskusji o nagminności w prawie

Środowiskowe opinie o reformie prawa karnego (Dyskusja na reformę prawa karnego), Państwo i Prawo 1990, nr 12, s. 86 i n.). Wprowadzeniem do dyskusji nad projektem części ogólnej prawa karnego były referaty dwóch jego głównych twórców: K. Buchały (Kary, środki karne i zabezpieczające oraz ich wymiar) i A. Zolla (Zasady odpowiedzialności i okoliczności wyłączające przestępność czynu).

⁴⁰ *Op. cit.*, s. 87.

⁴¹ *Op. cit.*, s. 88.

⁴² *Op. cit.*, s. 89.

⁴³ *Op. cit.*

⁴⁴ *Op. cit.*

⁴⁵ *Op. cit.*

⁴⁶ Pomijam w tym momencie równie istotne zagadnienie, które jest przedmiotem szerszej analizy w dalszej partii tego tekstu (pkt 10), tj. czym jest sama nagminność i jak należy ją definiować.

karnym. Prędzej czy później zagadnienie nagminności musiało więc w orzecznictwie sądowym odżyć. Na definitywną dematerializację nagminności jako elementu praktyki sądowej nie należało liczyć tym bardziej, że judykatura wykształcona na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. nie pozostała zapewne bez wpływu na świadomość i przyzwyczajenia sędziów. Przywykli oni traktować nagminność jako okoliczność rzutującą ujemnie na wymiar kary (nie bez racji uważając, że inaczej – tak jak słusznie pisał Szerer: surowiej – należy reagować na przestępczość nagminną). Trudno zatem było oczekiwać, że przy ambiwalentnej postawie samego ustawodawcy praktyka zdecyduje się sama zerwać z nagminnością. Tak się nie stało. Stare przyzwyczajenia pozostały i dają o sobie ciągle znać w dwie dekady po uchwaleniu kodeksu karnego. Nagminność uparcie pojawia się w obrocie orzecznictwym⁴⁷.

6. Gdy zatem – z uwagi na zmianę kontekstu normatywnego – odpadła możliwość lokowania nagminności jako czynnika rzutującego na wymiar kary wśród okoliczności składających się społeczne niebezpieczeństwo czynu (społeczną szkodliwość), sądy zostały postawione frontalnie przez pytaniem: jak dalej sobie radzić z nagminnością w praktyce? (Jeżeli oczywiście chcieli się nadal odwoływać do nagminności jako czynnika uwzględnianego przy wymiarze kary w kierunku jej zaostrzenia.) Na to pytanie w orzecznictwie udziela się zaskakujących niekiedy odpowiedzi. Paradoksalnie bowiem w judykaturze nagminnością operuje się w zasadzie w podobny sposób, w jaki czyniono to na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. W nowszej judykaturze wyraźna jest – z jednej strony – tendencja do poszukiwania normatywnego punktu zaczepienia dla nagminności jako okoliczności rzutującej na zaostrzenie kary w przepisie statuującym dyrektywy sądowego wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.)⁴⁸, z drugiej strony – do milczącej akceptacji nagminności jako kryterium pozwalającego na zaostrzenie represji karnej bez wyraźnego łączenia jej z jakąkolwiek podstawą normatywną. *Déjà vu?* Tak. Można powiedzieć – oczywiście przy zachowaniu pewnych proporcji – że obie te metody procesowego „użytkowania” nagminności jako okoliczności wpływającej

⁴⁷ L. P e i p e r do tego stopnia był przeciwny włączaniu do kary celów ogólnoprewencyjnych, że posunął się aż do następującego sformułowania: „prawdziwy sędzia nie zniży dostojęstwa swego do tej roli (tj. używania kary jako narzędzia ogólnoprewencyjnego – przyp. autora)” (Komentarz do kodeksu karnego, *op. cit.*, s. 158).

⁴⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2008 r., sygn. V KK 161/08. Tak również np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. II AKa 106/01, (bez wyraźnego powołania się na przepis art. 53 § 1 k.k., ale ze wskazaniem na „względy ogólnoprewencyjne”), wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 maja 2008 r., sygn. II AKa 50/08 (także bez wyraźnego wskazania na art. 53 § 1 k.k. ale podkreślając, że „nagminność przestępstwa, o ile jest powszechnie znana, m o ż e być brana pod uwagę przy kształtowaniu kary w ramach prewencji ogólnej”, podkr. autora).

na zaostrzenie wymiaru kary były już stosowane na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego.

Uzasadnienie pierwszego z tych stanowisk (nagminność jako okoliczność mieszcząca się w dyrektywach sądowego wymiaru kary) jest w sumie dość łatwe. Niektóre spośród kryteriów sądowego wymiaru kary, do których odwołuje się ustawodawca w przepisie art. 53 § 1 k.k. zostały tak rozciągle ujęte, że przy pewnej elastyczności wykładni pozwalają na wkomponowanie w nie również nagminności. Można bowiem twierdzić, że w inny sposób należy brać pod uwagę „potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa” gdy idzie o przestępczość nagminną, a inaczej wtedy, gdy przestępczość nie jest nagminna. Trudno precyzyjnie zdefiniować tak mgliste określenie jak „świadomość prawna społeczeństwa”. W sposób zupełnie naturalny sprzyja to temu, żeby wiązać z nim wszystkie te sprawy, których w inny sposób nie da się powiązać z dyrektywami skatalogowanymi w przepisie art. 53 § 1 k.k. Można oczywiście próbować dać wiarę temu, co twórcy kodeksu karnego pisali w uzasadnieniu o prewencji ogólnej „negatywnej” i prewencji ogólnej „pozytywnej” i uznać, że prewencja ogólna opierająca się na czynnikach odstrasżających zniknęła z kodeksu karnego⁴⁹. Ale stara jest prawda, że dla sądu i praktyki liczy się ostatecznie to, co ustawodawca powiedział, a nie to co chciał powiedzieć⁵⁰ (jeżeli występuje rozbieżność pomiędzy tym, co ustawodawca mówił w motywach do aktu normatywnego i tym co ostatecznie powiedział w tekście ustawy). Zresztą „kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa” nie może być traktowane w sposób jednolity i zuniformizowany, tj. jednakowy dla wszystkich zjawisk kryminologicznych. Nikt przecież nie zaprzeczy, że inaczej trzeba kształtować swia-

⁴⁹ Nieco inne ujęcie (por. przypis nr 38) relacji pomiędzy *maksimum* („limitowanego stopniem zawinienia”) i *minimum* (wyznaczanym przez „prewencję ogólną, rozumianą jako socjotechniczne narzędzie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”) kary niewiele jednak wyjaśnia. Wracamy bowiem do punktu wyjścia, tj. próby wyeliminowania z pojęcia „świadomości prawnej społeczeństwa” komponenty odstrasżającego działania prawa karnego.

⁵⁰ Owszem, jeżeli na nagminność spojrzymy ściśle poprzez pryzmat tego, co o funkcji prewencji ogólnej w wymiarze „pozytywnym” ma do powiedzenia uzasadnienie do kodeksu karnego z 1997 r., to nie wydaje się, iżby mogła ona mieć jakikolwiek wpływ na wysokość wymiaru kary, skoro dla kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa znaczenie ma przede wszystkim „wysoki stopień wykrywalności przestępstw, nieuchronność ponoszenia odpowiedzialności, orzekanie kar (środków) odbieranych jako reakcja sprawiedliwa, nie przekraczająca stopnia winy sprawcy”. Rzecz w tym jednak, że trudno chyba uznać za sprawiedliwą reakcję na przestępstwo nie uwzględniającą ponadprzeciętnej częstotliwości danego przestępstwa. Czy naprawdę czyn sprawcy popełniającego przestępstwo w warunkach gwałtownego wzrostu przestępczości (i jednocześnie mającego świadomość takiej drastycznej zmiany dynamiki przestępczości) nie powinien być surowiej karany – także – z tego właśnie powodu? Uzasadnienie w tym zakresie ma mało wspólnego z rzeczywistością, kładąc przesadnie silny akcent na elementy idealne.

domość prawną społeczeństwa w zakresie przestępczości nagminnej⁵¹ („Surowość karania jest w takim razie jak najbardziej nakazana”⁵²), a – z reguły – inaczej w przypadku przestępczości, której nasilenie nie jest zbyt wielkie. W tym sensie całe zagadnienie przedstawia się w pewnym sensie podobnie, jak na gruncie przepisów kodeksu karnego z 1969 r., kiedy to nagminność zwykło się traktować jako element składający się na społeczne niebezpieczeństwo czynu. Kryterium „kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa” jest bowiem semantycznie tak pojemne (podobnie jak niezdefiniowane w kodeksie karnym z 1969 r. społeczne niebezpieczeństwo czy dyrektywa — art. 50 § 1 k.k. — wskazująca na konieczność uwzględnienia przez sąd przy wymiarze kary jej celów „w zakresie społecznego oddziaływania”), że nie tylko wcale nie stoi na przeszkodzie upatrywaniu w funkcji prewencji „negatywnej” (funkcji odstraszałającej prawa karnego), ale da się w nim pomieścić nagminność jako okoliczność uzasadniającą szczególne kształtowanie tej świadomości, podyktowane wyjątkowym nasileniem się przestępczości.

Z innych orzeczeń⁵³ przebija stosunek pewnej ambiwalencji sądów do nagminności. Przekonanie, że na dobrą sprawę nie za bardzo wiadomo, czy

⁵¹ Pomijam w tym miejscu występujące nierzadko w literaturze przedmiotu stanowisko redukujące ogólnoprewencyjne znaczenie kary i prawa karnego do bardzo wąskiego kręgu adresatów (W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda i W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 229). Ale przecież nawet tego rodzaju daleko idąca symplifikacja (pogląd ten bazuje na niewiele mającym wspólnego z rzeczywistością założeniu, że większość ludzi przestrzega prawa „nie z obawy przed karą” – a przecież o przestrzeganiu kary decyduje bardzo wiele zbiegających się czynników, z których tylko jednym jest potencjalna kara przewidziana za naruszenie porządku prawnego). Ale nawet gdyby tak miało być, to wtedy ogólnoprewencyjna funkcja kary i tak interesuje nas wyłącznie z punktu widzenia tych „stosunkowo nielicznych wypadków” (W. Świda, tamże) czy potencjalnych adresatów, dla których kara ma jednak znaczenie (inni – większość? – nas nie interesują, skoro na nich prawo karne rzekomo nie wywiera żadnego wpływu i nie może na nich oddziaływać). Niektórzy autorzy w ogóle negują uwzględnianie czynnika ogólnoprewencyjnego jako wskazówki wymiaru kary (por. np. W. Mąciór, Kierunki zmian w zakresie części ogólnej Kodeksu karnego (uwagi do dyskusji), (w:) Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze „Solidarności” 1980–1990, zebrali i przygotowali do wydania K. Barczyk, S. Grodzicki i S. Grzybowski, Warszawa 2001, s. 189), twierdząc, że nie wykazano związku między wymiarem kary „według wskazań prewencji generalnej a niepopelnianiem przestępstw przez innych”. Gdyby jednak nawet związek taki istniał, to powstałoby wówczas „zasadnicze pytanie, czy państwo ma moralne prawo do niesprawiedliwego karania po to tylko, aby w ten sposób zapobiec popelnianiu przestępstw przez innych”. Czy nie jest to jednak doprowadzenie sprawy do swoistego *ekstremum*? Prawo karne służy przecież właśnie przede wszystkim temu, by – przez właściwe operowanie karą – „zapobiec popelnianiu przestępstw przez innych”. Może nie ma związku pomiędzy „wskazaniami prewencji generalnej” a „niepopelnianiem przestępstw przez innych”, ale chyba kara ma za zadanie doprowadzić właśnie do tego, by „inni” nie popelniali przestępstw.

⁵² M. Szerer, Humanizm..., s. 151.

⁵³ Np. tezy wyroków Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. II AKa 111/04 i 8 października 2008 r., sygn. II AKa 98/02.

nagminność jako kryterium zaostżenia wymiaru kary da się jednak wyprowadzić nawet z dyrektyw tak ogólnie skatalogowanych w przepisie art. 53 § 1 k.k. („potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”). W tych judykatach sprawę nagminności pozostawia się w pewnym zawieszeniu czy niedopowiedzeniu. Gdy nagminność pojawia się jako argument przemawiający za zaostżeniem kary, to dzieje się tak bez wyraźnego nawiązywania do jakiegokolwiek podstawy prawnej uzasadniającej jej uwzględnienie jako okoliczności rzutującej na karę. Stwierdza się samo istnienie nagminności i dopuszczalność jej uwzględnienia w procesie orzekania. Do tej grupy należy także orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r., w którym przyjmuje się, że „każda okoliczność mająca wpływ na wymiar kary (w tym nagminność – przyp. autora), stosownie do dyrektyw ją kształtujących” winna znaleźć swoje uargumentowanie w konkretnych ustaleniach faktycznych. Pozwala to wnioskować, że wyrok ten przyjmuje, że jest nagminność jedną z okoliczności mających wpływ na wymiar kary i to w dodatku należącą do „dyrektyw kształtujących wymiar kary”. Nie wiadomo tylko do której spośród dyrektyw wymienionych w przepisie art. 53 § 1 k.k.

Wreszcie wspomnieć należy o trzecim sposobie traktowania nagminności w judykaturze. Najbliżej mu do drugiej kategorii orzeczeń. Ale jakościowo jest to jednak zupełnie inne zapatrywanie na nagminność. Teoretycznie bowiem akceptuje się – jeżeli można tak powiedzieć – ontologiczne występowanie nagminności jako okoliczności rzutującej na wymiar kary, ale jednocześnie podejmuje się starania by w dość subtelny sposób obejść całe zagadnienie, za wszelką cenę chcąc uniknąć wciągnięcia nagminności w orbitę podstawy rozstrzygnięcia co do kary. Jakby w niewyartykułowanym przekonaniu, że próby sytuowania nagminności wśród dyrektyw sądowego wymiaru kary są skazane na niepowodzenie⁵⁴. Czyni się to według takiego oto schematu: „nagminność to wprawdzie istotna okoliczność rzutująca na wymiar kary, ale *in concreto* o surowym wymiarze kary przesądziło ustalenie innych przesłanek, wprost wymienionych w kodeksie karnym, więc nie było potrzeby odwoływania się do nagminności”. Tym samym „ratuje” się wysoki wymiar kary orzeczonej w danej sprawie, ale w sposób pozwalający na ominięcie niewygodnej nagminności.

Które z tych trzech stanowisk jest trafne? Opory budzą próby traktowania nagminności jako „w ogóle istniejącej” okoliczności mającej wpływ na wymiar kary, tyle tylko, że nigdzie wyraźnie niewyartykułowanej przez ustawodawcę (druga grupa orzeczeń, w tym również wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi

⁵⁴ Tu należy wymienić m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2002 r., sygn. WA 50/02.

z dnia 20 lutego 2014 r.), a zatem okoliczności jakby zawieszanej w próżni normatywnej.

Wydaje się, że nie sposób odmówić racji pogładowi wywodzącemu nagminność z dyrektywy nawiązującej do kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Jak już powiedzieliśmy, jest ona tak ogólna i tak trudna do zdefiniowania, że da się w niej z powodzeniem pomieścić bardzo wiele spraw. W tym – także – nagminność. Należy bowiem pamiętać o tym, że projektodawca – znając niewątpliwie zastrzeżenia formułowane w doktrynie wobec „społecznego poczucia sprawiedliwości”⁵⁵ i mimo tych zastrzeżeń – zdecydował się na użycie w zasadzie analogicznego zwrotu w kodeksie karnym. Dżin został więc wypuszczony z butelki. Trudno będzie go z powrotem do niej zamknąć. Odwołanie się do intencji projektodawcy (motywy kodeksu karnego z 1997 r.) nie pozwala na definitywne wyeliminowanie nagminności z kryteriów decydujących o wymiarze kary, bo liczy się to, co ostatecznie powiedziano w ustawie. A świadomość prawną społeczeństwa należy kształtować inaczej w przypadku przestępstw nagminnych, a inaczej w przypadku przestępstw sporadycznych. I nie ma tu większego znaczenia niechętny stosunek projektodawcy do nagminności jako jednej z funkcji represji przewidzianej przez prawo karne. Poza tym jaka jest różnica pomiędzy dyrektywą skierowaną na „cele kary w zakresie (jej) społecznego oddziaływania” (art. 50 § 1 k.k. z 1969 r.), a dyrektywą odwołującą się do potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa? Czy nie o to chodzi, by tak ukształtować tę „świadomość prawną” by członkowie społeczeństwa nie popełniali przestępstw, a zatem by oddziaływać na społeczeństwo za pośrednictwem jego „świadomości prawnej”? Zważywszy na to, że mówimy cały czas o prawie karnym (a nie o prawie w ogólności), to nie będzie chyba niczego szczególnie kontrowersyjnego w konstatacji, że fundamentalnym narzędziem kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa przez prawo karne jest właśnie kara. Działa ona w sposób odstraszaający i to właśnie potencjalna dolegliwość penalna modeluje świadomość prawną społeczeństwa w kierunku pożądanym przez ustawodawcę i wymiar sprawiedliwości.

Może najtrafniejsza jest więc powściągliwość niektórych sądów wobec nagminności. Jej ilustracją jest traktowanie nagminności w sposób wymijający i próby zastępowania jej jako czynnika rzutującego na zaostrenie kary innymi, znacznie bezpieczniejszymi i normatywnie pewnymi okolicznościami rzutującymi na zaostrenie wymiaru kary. Wadą tego ostatniego stanowiska jest jednak to, że nie ruguje ono definitywnie nagminności z prawa karnego. Ale z drugiej strony, dopóty „kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa” będzie jednym z czynników rzutujących na sędziowski wymiar kary,

⁵⁵ W. Wróbel, *Nagminność...*, s. 65.

dopóki nie ma co myśleć na serio o pozbyciu się nagminności z praktyki sądowej.

7. Trzeba jednak powiedzieć, że przeciwko odwoływaniu się do nagminności, jako do kryterium rzutującego na zaostrenie wymiaru kary mogą przemawiać inne, istotne argumenty.

Otóż wydaje się, że nie tylko można, ale wręcz należy na zagadnienie nagminności jako okoliczności rzutującej na wymiar kary spróbować spojrzeć także z nieco odmiennego punktu widzenia, niż sama tylko perspektywa językowa i katalog dyrektyw sądowego wymiaru kary zawartych w przepisie art. 53 § 1 k.k. (niezależnie od tego, czego byśmy nie myśleli na temat kwalifikowania nagminności jako okoliczności mającej wpływać na „kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”).

Jeżeli bowiem w nagminności widzieć – zgodnie w końcu ze znaczeniem leksykalnym tego słowa – okoliczność polegającą na tym, że pewne przestępstwa (czy rodzaje przestępstw) są szeroko rozpowszechnione, że są bardzo często spotykane⁵⁶, powszechne, pospolite czy ogólne⁵⁷, a zatem w gruncie rzeczy pewną typowość czy powtarzalność przestępstw(-a) danego rodzaju, to wówczas odwoływanie się przez sądy do nagminności, jako do czynnika rzutującego na zaostrenie odpowiedzialności karnej należałoby w niektórych przypadkach (a kto wie, czy wręcz nie w większości przypadków ustawowej typizacji czynów zabronionych przez ustawę pod groźbą kary) wręcz z góry wykluczyć. Nie sposób przecież zignorować tego, że tak rozumiany czynnik (powszechność pewnego czynu, pospolitość czynu) jest w wielu wypadkach jednym z warunków racjonalnie pojmowanej i racjonalnie przeprowadzanej kryminalizacji. Wkraczamy tutaj na niewątpliwie bardzo skomplikowany i sporny obszar zagadnień kryminalizacji (czy teorii kryminalizacji), którego nawet pobieżne omówienie w ramach artykułu nie jest oczywiście możliwe. Należy jednak odnieść do tej problematyki, bo jest ona nader istotna z punktu widzenia omawianego zagadnienia.

Są dwa – jeżeli można tak powiedzieć – zasadnicze motory kryminalizacji. Z jednej strony: zdiagnozowanie przez ustawodawcę istnienia abstrakcyjnie pojmowanej społecznej szkodliwości danego czynu. Pomijam w tym miejscu analizę tej złożonej kwestii. Nie należy ona bowiem do tematu. Z drugiej strony ustawodawca przy decyzji kryminalizacyjnej z reguły musi

⁵⁶ Np. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 września 1975 r., sygn. V KRN 104/75, OSNPG 1976, nr 4, poz. 32 zdaje się stawiać znak równości pomiędzy „nagminnym” a „częstym” występowaniem przestępstw.

⁵⁷ W. Doroszewski (red.), Słownik języka polskiego PAN, t. IV (L–Nić), Warszawa 1963, s. 1055. Por. też definicję nagminności w nowszym słowniku: „powszechne występowanie negatywnego zjawiska” (M. Bańko (red.), Inny słownik języka polskiego PWN, t. I (A–Ó) Warszawa 2000, s. 927).

uwzględniać także – czego nie można nie doceniać – statystyczną powtarzalność pewnego zachowania. (*Nota bene* z typologicznego punktu widzenia da się przyjąć, że powtarzalność czy powszechność danego czynu nie jest wcale odrębnym czy autonomicznym czynnikiem, który winien być uwzględniany przy kryminalizacji, lecz raczej rzutuje na ocenę stopnia szeroko pojętej abstrakcyjnej społecznej szkodliwości czynu. Można sprawę ująć i w ten sposób. Ale to przecież jedynie kwestia takiej bądź innej konwencji terminologicznej.). Jaki bowiem sens miałyby kryminalizacja w większości przypadków, gdyby nie to, że określone, społecznie szkodliwe zachowania są z reguły statystycznie powtarzalne (a jeżeli nie są statystycznie powtarzalne, to przynajmniej doświadczenia historyczne czy prognoza racjonalnego ustawodawcy karnego dowodzi, że się mogą w ogóle zdarzyć)? Także zatem statystyczna powtarzalność decyduje – obok innych faktorów – o ogólnej szkodliwości (czy niebezpieczeństwie) przestępstwa.

Wyjątkowo tylko bowiem ustawodawca decyduje się na kryminalizację stanów faktycznych, których częstotliwość jest znikoma (a nawet stanów faktycznych, które w praktyce się nigdy nie materializują i pozostają wyłącznie w sferze zdarzeń potencjalnych). Z reguły statystyczna powszechność danego czynu powinna być uwzględniana jako czynnik decydujący o kryminalizacji. Jeżeliby uznać takie właśnie uzasadnienie decyzji kryminalizacyjnej i widzieć w pewnej typowości rację kryminalizacji, to wówczas zyskujemy silny argument przemawiający przeciwko uwzględnianiu nagminności jako czynnika rzutującego na zaostrezenie odpowiedzialności karnej *in concreto*. Jeżeli bowiem okoliczność ta została już przez ustawodawcę uwzględniona raz (przy decyzji kryminalizacyjnej, która winna przecież uwzględniać także statystyczny obraz przestępczości), to – można powiedzieć – nie powinno się jej po raz wtóry uwzględniać przy skazywaniu.

Rzecz wymaga oczywiście nieco bliższego naświetlenia. Na pewno nie jest bowiem prosta i nie da się jej ująć w ramach schematu, który nie tylko nie przystaje, ale przede wszystkim zaciera i spłyca głęboką złożoność (a z reguły – niestety – także chaos) rzeczywistego obrazu przestępczości i polityki kryminalnej. Z jednej bowiem strony – o czym wspomniano już wyżej – w przypadku wielu przestępstw niepodobna w ogóle mówić o tak rozumianej typowości, jako o czynniku decydującym czy współdecydującym o decyzji kryminalizacyjnej. Trudno przecież utrzymywać, że przy kryminalizacji takich przestępstw, jak wszczynanie lub prowadzenie wojny napastniczej (art. 117 § 1 k.k.), zamach na życie Prezydenta RP (art. 134 k.k.) czy czynna napaść na głowę obcego państwa (art. 136 § 1 k.k.) decyzja kryminalizacyjna nawiązuje racjonalnie do typowości (rozumianej jako statystycz-

nie istotniejszej powtarzalności) danego czynu⁵⁸. Tak oczywiście nie jest. Nie zawsze więc w prawie karnym powtarzalność czynu zabronionego miałaby wpływ na kryminalizację. Z drugiej strony można by próbować bronić tezy, że powszechność (nagminność) jest wprost wpisana w wiele innych typów przestępstw, a może nawet w większość typów występujących w prawie karnym (kradzieże, oszustwa, przywłaszczenia, większość spośród przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji czy przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, niektóre spośród przestępstw przeciwko zdrowiu). Choć zatem nie jest tak, że powszechność czy „statystyczna” typowość stanowi warunek *sine qua non* kryminalizacji (por. np. umyślne spowodowanie katastrofy w ruchu powietrznym – art. 173 § 1 k.k., o którym szczęśliwie nie możemy powiedzieć, że jest „typowe” w sensie statystycznym), to czy nie jest być może tak, że w przypadku wielu przestępstw element powszechności (nagminności) danego rodzaju czynu (wypadki w komunikacji, prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego) jest z góry niejako wliczony do ustawowego wymiaru kary⁵⁹ czy też uprzednio uwzględniony przy decyzji kryminali-

⁵⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1988 r., sygn. I KR 63/88, OSNPG 1989, nr 2, poz. 19 w którym najwyższa instancja sądowa trafnie zwraca uwagę na to, że kategorii nagminności nie da się zastosować do zabójstwa w afekcie („Trudno skutecznie bronić tezy, że przestępstwa z art. 148 § 2 k.k. z 1969 r. są czymś nagminnym”).

⁵⁹ Na tym tle ujawnia się zresztą kolejny niełatwy problem związany z rolą odgrywaną przez nagminność w ustawodawstwie karnym. Jeżeli bowiem założyć, że w obowiązującym stanie prawnym jedynym sposobem „wprowadzenia” nagminności wymiaru kary, jest jej uwzględnienie w ten czy inny sposób przez ustawodawcę przy okazji podejmowania samej decyzji penalizacyjnej, to powstaje wtedy pytanie, co stanowi normatywne odzwierciedlenie nagminności (statystycznie typowej powszechności danego przestępstwa) w ustawowym wymiarze kary: dolna czy też górna granica kary pozbawienia wolności? A może punkt ten wyznacza raczej średnia wyciągnięta z tych dwóch skrajnych progów? Takie stanowisko było prezentowane w orzecznictwie (cytowany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1935 r.) i nie jest ono całkowicie pozbawione racji. W tym zakresie Sąd Najwyższy powołał się na N. T a g a n c e w a, twierdząc, że „przewodnia myśl prawa byłaby wypaczona, gdyby jedni sędziowie uważali, jako punkt wyjścia normalny, karę najmniejszą, przewidzianą przez kodeks, drudzy sędziowie największą, inni zaś – średni”. Diapazon kar pozbawienia wolności (czy innych kar lub środków karnych dających się miarkować), arytmetycznie wyznaczony z reguły dwoma punktami, służy właśnie uwzględnieniu przez sędziego przypadków atypowych, skrajnych (*in plus* i *in minus*) przy indywidualnej decyzji co do wymiaru kary pozbawienia wolności. Nie byłoby zatem nic nieracjonalnego w tym, by przyjmować, że za typowe („normalne”) przestępstwo zostanie wymierzona kara pozbawienia wolności oscylująca wokół średniej wyciągniętej z widełek zagrożenia karą, jeżeli jest to tylko jeden rodzaj kary. Uwaga ta dotyczy w tym samym stopniu „typowego” nasilenia przestępczości (i to niezależnie od tego, czy się postawi znak równości pomiędzy nagminnością i „typowym” nasileniem przestępczości). Przeciwno temu stanowisku zdaje się jednak dziś przemawiać przede wszystkim kodeksowa zasada *ultima ratio* orzekania kary izolacyjnej (art. 58 § 1 k.k.). Stawia ona pod znakiem zapytania takie traktowanie widełek kary pozbawienia wolności, wtedy gdy kara ta jest jedną z alternatywnie przewidzianych przez ustawę, skoro zasadą jest orzekanie sankcji o charakterze nieizolacyjnym, a wymierzenie kary pozbawienia wolności może na-

zacyjnej przez ustawodawcę, jako jeden z wielu czynników współdecydujących o abstrakcyjnej szkodliwości przestępstwa? I w związku z tym rzutuje na kryminalizację i jej generalną surowość (czy łagodność)⁶⁰. Nawiasem mówiąc, za tym stanowiskiem mógłby — paradoksalnie — przemawiać również brak wyraźnego wymienienia przez ustawodawcę nagminności wśród okoliczności uwzględnianych przy sądowym wymiarze kary⁶¹ — i wyraźna

stąpić tylko wyjątkowo. W takim razie typową reakcją karną powinna być kara o charakterze nieizolacyjnym, a karę izolacyjną zawsze należałoby traktować jako zarezerwowaną dla wypadków najpoważniejszych. W tej perspektywie rozważanie, który punkt na spektrum rozpiętości kary pozbawienia wolności przewidzianej przez kodeks karny dla danego przestępstwa jest punktem właściwym dla przestępstwa o „typowym” nasileniu statystycznym w ogóle nie ma żadnego znaczenia, skoro odzwierciedleniem typowości przestępstwa jest kara nieizolacyjna (jeżeli ustawa ją przewiduje). W orzecznictwie niekiedy akceptuje się bezkrytycznie nie do końca jasne założenia przyjęte w motywach do projektu kodeksu karnego z 1997 r.: „wymiar kary kształtowany jest tak, iż górną granicę limituje stopień winy, dolną zaś wyznaczają potrzeby prewencji ogólnej” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 października 2002 r., sygn. II AKa 258/02, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2002, nr 10, poz. 52), niekiedy zaś przyjmuje się — chyba trafniej, choć jednak też nie do końca klarownie — że „nagminność przestępczości (...) jest okolicznością skutkującą potrzebą wymierzenia kary surowszej, ale tylko przewyższającej dolny próg ustawowego zagrożenia” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. II AKa 106/01, *Prokuratura i Prawo* 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 15).

⁶⁰ Rzecz jasna takie założenie ma również swoje liczne mankamenty. Jednym z nich jest niewątpliwie to, że znacznie lepiej przystosowany do reagowania na oscylujący poziom przestępczości jest sędzia podejmujący indywidualną decyzję o karze niż — z natury swojej odznaczający się znaczną bezwładnością działania — ustawodawca. Doświadczenie uczy bowiem, że z reguły kary przewidziane za dany typ przestępstwa mają tendencję do petryfikacji normatywnej i stosunkowo rzadko podlegają rewizji ze strony legislatury (w szczególności jeżeli idzie o prawo karne pozakodeksowe). Szybkość reakcji na labilności w zakresie poziomu przestępczości przemawiałaby więc raczej za powierzeniem sędziemu (a nie ustawodawcy) decyzji o uwzględnianiu nagminności przy wymiarze kary.

⁶¹ Jeżeli niebezpieczeństwa przestępstwa (rozumianego czy ocenianego także poprzez pryzmat powtarzalności pewnych ataków skierowanych przeciwko określonym dobrom prawnym) nie można uwzględnić przy sądowym wymiarze kary, który jest zorientowany przede wszystkim na okoliczności związane z samym sprawcą i z jego czynem, to możliwość taką być może powinien mieć sam ustawodawca przy decyzji kryminalizacyjnej. Podobną rzecz miał chyba na myśli W. Makowski, gdy pisał na gruncie rosyjskiego Kodeksu karnego z 1903 r., obowiązującego tymczasowo na ziemiach Królestwa Polskiego: „zadaniem ustawy jest wyznaczenie kary w stosunku do przestępstwa, zadaniem zaś sędziego — indywidualizacja kary w stosunku do przestępcy” (*Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. I, Warszawa 1921, s. 196). Uwzględnienie nagminności (typowości pewnego przestępstwa) w tym ujęciu powinno należeć do ustawodawcy, a nie do sędziego, który winien „w pewnych przynajmniej granicach, swobodnie indywidualizować wypadek i wymierzać karę według wszystkich, zmiennych i rozmaitych jego okoliczności” (s. 197). Na tym tle wyraźne jest napięcie kompetencyjne pomiędzy ustawodawcą a sędzią. Jeżeli jednak system prawa karnego stoi na stanowisku sankcji względnie oznaczonych, to ustawodawcy zawsze będzie przypadała rola w zakresie abstrakcyjnej oceny społecznej szkodliwości danego przestępstwa (por. m.in. uwagi T. Kaczmarka,

deklaracja projektodawców o odrzuceniu celów ogólnoprewencyjnych kary wymierzanej przez sędziego, polegających na odstraszeniu społeczeństwa (prewencja generalna negatywna) na rzecz „kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”⁶².

Podstawą konkretnego procesu kryminalizacji nie musi bowiem wcale być „czysta” społeczna szkodliwość (niezależnie od problemów wiążących się z próbą należytego zdefiniowania abstrakcyjnie pojmowanej „czystej społecznej szkodliwości”). Można się bowiem zastanawiać nad tym, czy ustawodawca nie uwzględnia przy indywidualnej decyzji kryminalizacyjnej także nagminności (typowości) danego przestępstwa.

Wszystko, co powiedziano wyżej należy oczywiście traktować bardziej w kategoriach pewnej koncepcji teoretycznej albo też czynionych *ex post* modelowych racjonalizacji decyzji kryminalizacyjnych, niż jako wierne odzwierciedlenie rzeczywistego procesu legislacyjnego. Dobrze przecież wiemy, że w odróżnieniu od tego, czego życzyliby sobie zapewne dogmatycy prawa karnego, w praktyce warsztat legislacyjny daleki jest od aptekarskiej racjonalności. Bardziej przypomina pracownię czarnoksiężnika, w której w spowitym dymem i mgłami kotle warzą się rozmaite, nie do końca rozpoznane mikstury. Irracjonalne procesy kryminalizacji w praktyce najczęściej mają niewiele wspólnego z założeniami teoretycznymi czy modelowymi wypracowanymi w zaciszu profesorskich gabinetów i nie są podporządkowane ścisłym wzorcom tej lub innej teorii kryminalizacji, rozlewając się jak wylewająca się rzeka rozmaitymi korytami. Życie (w tym oczywiście także życie legislacyjne) jest znacznie bogatsze i znacznie bardziej rozwichrzone niż założenia teoretyczne tworzone przez naukę prawa. Podobnie więc jak trudno byłoby wskazać moment uświadomionego odwołania się do nagminności przez ustawodawcę, tak trudno o wskazanie przykładów praktycznego operowania przez ustawodawcę innymi kryteriami składającymi się na abstrakcyjnie pojmowaną społeczną szkodliwość przestępstwa przy podejmowaniu decyzji kryminalizacyjnej. Więcej tu sztuki, wycucia czy intuicji, niż racjonalności, do której tak chętnie odwołuje się teoria. Nie od dziś wiadomo, że – poza pracownikami teoretyków prawa – ustawodawca nie jest mędrceć posługującym się szkiełkiem i okiem.

Rzecz jasna do całkowicie przeciwnych konkluzji dochodzimy wtedy, gdy odrzucimy tezę o uwzględnianiu czynnika statystycznej skali powszechności przestępstw przy decyzji penalizacyjnej podejmowanej przez ustawodawcę. Wówczas należałoby – po pierwsze – uznać, że obraz statystyczny przestępczości danego typu pozostaje bez jakiegokolwiek związku z ustawowym wymiarem kary i generalnie nie ma żadnego wpływu na tzw. ustawowe wi-

Sędziowski wymiar kary..., s. 179–180), co otwiera drogę do możliwości uwzględnienia przy ustawowym wymiarze kary również nagminności.

⁶² Komisja ds. Reformy Prawa Karnego. Uzasadnienie..., s. 36.

delki kary. Ani więc nagminność, ani jej przeciwieństwo – czyli rzadkość danego typu przestępstw – nie rzutuje na ustawowy wymiar kary. I właśnie chyba to stanowisko jest trafne. Po pierwsze, nie da się, jak się zdaje, postawić znaku równości pomiędzy nagminnością a typowością (por. argumenty przywołane niżej). Po drugie, ustawodawca nie dysponuje raczej kompetencjami i adekwatnymi narzędziami pozwalającymi mu na „pomiar” statystycznej skali przestępczości przy określaniu abstrakcyjnego stopnia społecznej szkodliwości, rzutującego na skalibrowanie ustawowego wymiaru kary. W dodatku uwzględnianie wymiaru statystycznego przestępczości przy kryminalizacji i ustalaniu ustawowego wymiaru kary narażone byłoby na nader szybką dezaktualizację, zważywszy na to, że decyzja kryminalizacyjna jest z założenia obliczona na wiele lat lub dekad.

Jeżeliby więc odrzucić stanowisko o uwzględnianiu nagminności przez ustawodawcę przy decyzji kryminalizacyjnej, to wtedy nieuchronnie kwestia nagminności (statystycznego obrazu przestępczości) przenosi się niejako na wyższe piętro, tj. na płaszczyznę sądowego (a nie: ustawowego) wymiaru kary i kodeksowych dyrektyw sądowego wymiaru kary. To sędzia ma wówczas każdorazowo decydować o adekwatności orzekanej w danym przypadku kary do jej statystycznej częstotliwości.

O jeszcze jednej sprawie należy tu powiedzieć. Powyższe rozważania mają sens wyłącznie wtedy, gdy postawi się znak równości pomiędzy nagminnością a typowością, czy powszechnością przestępczości. Odrzucenie tego stanowiska i uznanie, że nagminność to jednak kwalifikowany, szczególny stopień typowości (czy powszechności), że nagminność jest ponadprzeciętnym występowaniem danego zjawiska (przestępstwa), powoduje, że perspektywa analizy całego zagadnienia musi się diametralnie zmienić. Wówczas nagminność może być uwzględniona chyba wyłącznie w ramach sądowego wymiaru kary.

8. Spróbujmy podsumować powyższy fragment rozważań oraz przegląd różnorodnych zapatrywań na zagadnienie nagminności występujących w judykaturze. Czy w związku z tym, co powiedziano wyżej, nagminność może i powinna być wykorzystywana w praktyce sądowej jako okoliczność wpływająca na zaostrenie kary? Na tak postawione pytanie nie da się udzielić negatywnej odpowiedzi.

Wypada podkreślić, że nie ma nagminność – mimo jej częstego używania przez orzecznictwo na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. – wyraźnego charakteru ustawowego (tj. nie została wprost wpisana do ustawy karnej jako pojęcie). Niewątpliwie miał ustawodawca pełną świadomość tego, że praktyka sądowa operowała tym istotnym kryterium jako narzędziem prowadzącym w niektórych układach faktycznych do zaostrenia wymiaru kary. Z drugiej jednak strony należy z całą siłą podkreślić, że – mimo przebijającej z moty-

wów projektu ustawy karnej z 1997 r. wyraźnej intencji w tym kierunku – projektodawcom kodeksu karnego nie powiódł się zamiar wyeliminowania nagminności z okoliczności rzutujących w myśl kodeksu karnego na sądowy wymiar kary⁶³. Zawarte w motywach wywody na temat prewencji ogólnej „integrującej, pozytywnej” nie dostarczają wprawdzie argumentów (niezależnie od tego, czy nazwiemy je argumentami „wykładni autentycznej” czy „wykładni historycznej”) przemawiających za uznaniem, że nagminność mieści się w tej nowej formule prewencji ogólnej. A jednak dla praktyki stosowania prawa liczy się ostatecznie to, co ustawodawca powiedział w kodeksie karnym, a nie to co chciał w nim powiedzieć. Czymkolwiek bowiem miałyby być owa szczególna odmiana prewencji ogólnej⁶⁴ od strony teoretycznej (w każ-

⁶³ Trafnie uważa J. Giezek (J. Giezek (red.) i in., Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, s. 400), że „oczekiwanie, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości – wraz ze zmianą, jaka dokonana została w art. 53 k.k. – kara przestanie być postrzegana jako narzędzie odstraszenia, a traktowania będzie jako środek służący społecznej integracji, zdaje się przejawem założenia nazbyt idealizującego rzeczywistość”.

⁶⁴ Jak wiele instytucji czy koncepcji teoretycznych w prawie karnym – nie jest to oryginalny twór polskiej myśli jurystycznej. Prewencja ogólna w jej wydaniu „pozytywnym” („integrującym”) przywędrowała do nas z niemieckiej (C. Roxin) jurisprudenckiej karnej (por. M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1994, s. 424). Jeżeli przez odwołanie się do „kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa” ustawodawca zmierzał do wyeliminowania „odstraszających” względów ogólnoprewencyjnych celów kary, to ten przeszczep normatywny chyba się nie udał. Podejmowane przez teoretyków próby wyodrębnienia w ramach ogólnoprewencyjnej funkcji kary czegoś znacznie bardziej „szlachetnego” niż zwykłe odstraszenie („niewulgarnego ujmowania celu kary” – T. Kaczmarek, Sędziowski wymiar kary..., s. 57, podobnie tenże, Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii praktyce sądowej, Wrocław 1980, s. 42) nie są zresztą niczym nowym. Od dawna teoretycy zdają się brzydzić tym, że kara – poza wieloma innymi funkcjami, które realizuje – może także spełniać swoje cele przez odstraszenie od naruszania prawa. W związku z tym starają się ukryć nazbyt ich zdaniem pospolite („wulgarnie”) oblicze funkcji kary i przyodziać ją w bardziej wyrafinowane i subtelne szaty, łącząc z karą „kształtowanie pobudek i przeżyć psychicznych wyższego rzędu aniżeli zastraszanie (tj. wulgarnie ujmowanie kary – przyp. autora)”. Typowym chwytem stosowanym w tym zakresie przez przeciwników zbyt ścisłego asocjowania kary z odstraszeniem jest akcentowanie „nieuchronności” kary (T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 44–45), która rzekomo ma powodować „inne niż strach przeżycie psychiczne”, tj. coś, „co na zasadzie skrótu myślowego nazwać można myśleniem prognostycznym”. Jednak także zwolennik „myślenia prognostycznego” przyznaje, że jest ono oparte – między innymi – na strachu. Nieco inaczej zatem konfigurując cały problem: czy nie jest tak, że owo „myślenie prognostyczne” obejmuje nie tylko nieuchronność kary, ale – również – jej wysokość? Dla myślenia prognostycznego znaczenie ma bowiem nie tylko „nieuchronność” kary, ale – również – jej wysokość. Gdyby miało być inaczej, to należałoby uznać, że wysokość kary jest obojętna, bo liczy się tylko i wyłącznie jej nieuchronność, a kara może być nawet symboliczna. Jest to oczywisty nonsens. Twierdząc zatem – a teza ta stała się dogmatem twórców polityki karnej w naszym kraju i od lat powtarza się ją jak mantrę we wszystkich podręcznikach i komentarzach – że powodzenie ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary uwarunkowane jest „po pierwsze, wykrywalnością przestępstw i krótkością drogi od wykrycia do ukarania sprawcy; po drugie, słusznością wyroku; po trzecie, szerokością poinformowania opinii publicznej o wyroku” (M. Szere, Humanizm..., s. 145, co do pierwszoplanowego

dym razie tak, jak została zdefiniowana w motywach projektu kodeksu karnego z 1997 r.), to nadal pozwala ona na wpisanie w tę dyrektywę sądowego wymiaru kary nagminności⁶⁵. Argumentem przemawiającym za tym, że wolno nawiązać do nagminności przy wymiarze kary jest odwołanie się do kryterium „potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”. Bez skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych można w nim pomieścić bardzo wiele różnych treści. W tym – również – treści ogólnoprewencyjne⁶⁶ oraz pojęcie nagminności. Metaforycznie można więc powiedzieć, że – podobnie jak w kodeksie karnym z 1932 r. i 1969 r. – nagminność nadal błąka

charakteru wykrywalności przy zapobiegawczej funkcji kary – opierając się na Leninie; identycznie jak Sz e r e r, T. K a c z m a r e k, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary...*, *op. cit.* s. 44) celowo zapomina się o tak fundamentalnym czynniku karania, jak wysokość kary, który ma nader doniosłe znaczenie dla realizacji funkcji kary. Niepodobna twierdzić, że pozostaje on bez znaczenia – ktoś, kto tak czyni przeczy w ogóle całej idei prawa karnego. Można go próbować na siłę wkomponować w kryterium „słuszności wyroku” (na nagminność można patrzeć także z perspektywy słuszności wyroku). Pomijając to, czy myślenie prognostyczne jest jakimkolwiek „przeżyciem psychicznym”, to chyba trudno zakwestionować, że również sam fakt nieuchronności kary wywołuje strach (bądź obawę) u adresata normy karnej. Nie ma zatem, jak się zdaje, niczego ani szczególnie oryginalnego, ani szczególnie dyskusyjnego w twierdzeniu, że wyższa kara z reguły cechuje się wyższym potencjałem odstraszającym, bo po prostu zdecydowanie silniej wpływa na „myślenie prognostyczne” przeciętnego adresata prawa karnego.

⁶⁵ Co przyznaje się w literaturze na tle równoważnika użytego w kodeksie karnym z 1997 r. określenia „świadomość prawna społeczeństwa” (W. W r ó b e l, *Nagminność...*, s. 65). Jednocześnie twierdząc przy tym krytycznie, że „określenie to (zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości – przyp. autora) jest z pewnością nieostre, często może być jedynie zwykłą zasłoną dla ideologii odstraszania”. Stanowisko znamienne dla zadeklarowanych przeciwników ogólnoprewencyjnej funkcji kary i prawa karnego, do której, jak można sądzić, należeli także twórcy kodeksu karnego z 1997 r. W związku z tym należało raczej zrezygnować z operowania nieuchwytnym pojęciem „świadomości prawnej społeczeństwa” w kodeksie karnym, co uczyniłoby sytuację nagminności w prawie karnym całkowicie jasną, tj. nie byłoby żadnej podstawy do posługiwania się nagminnością przy wymiarze kary. Nawiasem mówiąc nie wiadomo, dlaczego odstraszającą funkcję prawa karnego krąg twórców projektu Kodeksu karnego z 1997 r. określa aż tak pejoratywnie. Przyjmowanie, że jedyną prawną funkcją ogólnoprewencyjną prawa karnego jest „prewencja pozytywna” nader łatwo zdyskredytować przyklejając do prewencji pozytywnej dyskwalifikującą łatkę „ideologii” – ale nie o to jednak chyba jednak chodzi w dyskusji nad funkcjami kary w prawie represyjnym.

⁶⁶ Godzi się zresztą odnotować, że nie wszyscy przedstawiciele doktryny równie kategorycznie potępiają przypisywanie karze w prawie penalnym funkcji odstraszającej. Słusznie stawia się pytanie „czy dezawuowanie takiego właśnie efektu (tj. efektu ogólnoprewencyjnego – przyp. autora) (którego empiryczna weryfikacja skądinąd wcale nie jest sprawą prostą) nie jest przejawem swoistej hipokryzji, która na poziomie deklaracji skłania nas do odrzucania tego, co milcząco i chyba dość chętnie przyjmujemy z ‘dobrodziejstwem inwentarza’”. Wydaje się, że integrując społeczeństwo oraz kształtując jego świadomość prawną, ale jednocześnie uświadamiając pewnym jego członkom dolegliwość oraz nieuchronność kary będącej reakcją na czyn zabroniony, chcemy osiągnąć cel w postaci ich powstrzymania od popełnienia przestępstwa” (J. G i e z e k, *op. cit.*).

się po prawie karnym, bo da się ją wpisać w przewencję ogólną w jej wymiarze „pozytywnym”⁶⁷.

Należy więc skonstatować, że nagminność (z perspektywy obecnego ujęcia dyrektyw sądowego wymiaru kary) może być wykorzystywana w praktyce sądowej jako element rzutujący na wymiar kary. Znacznie bardziej skomplikowane są zagadnienia związane z oceną tego czym jest nagminność i pomiarem nagminności w praktyce orzeczniczej. O tym będzie mowa w kolejnych partiach niniejszego opracowania.

9. Niezależnie bowiem od tego, czy akceptujemy czy odrzucamy pogląd o nagminności jako o komponencie należącej do katalogu dyrektyw sądowego wymiaru kary, to niniejszych rozważań nie da się zamknąć konstatacją dotyczącą wyłącznie tego (prawda, że istotnego) aspektu zagadnienia. Nieodrowne jest odniesienie się do kryteriów ustalania istnienia nagminności zaproponowanych w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r. (i orzeczeniach powołanych w pkt. 1 niniejszej opracowania) oraz do paru innych – nie mniej ważnych – kwestii o charakterze procesowym wiążących się z operowaniem nagminnością w praktyce sądowej. Czego by bowiem na temat nagminności nie sądziła – często wybredna – teoria, to w praktyce ma się ona bardzo dobrze. Na razie nic nie wskazuje na to, żeby w dającej się przewidzieć przyszłości miała zejść ze sceny prawa karnego, a informacje o jej zgonie należy uznać za zdecydowanie przedwcześnie. Spróbujmy więc odnieść się do aktualnie dominującego w judykaturze sądów apelacyjnych zapatrywania na nagminność, którego wyrazem są poglądy wyartykułowane w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r.

Jeżeli chodzi o zagadnienia procesowe, to Sąd Apelacyjny w Łodzi twierdzi trafnie, że „nagminność” określonych rodzajów czynów pozostaje tak długo kwestią abstrakcyjną, jak długo nie zostanie udowodniona (...), każda okoliczność mająca wpływ na wymiar kary, stosownie do dyrektyw ją kształtujących, ma swoje uargumentowanie w konkretnych ustaleniach faktycznych, wynikających z przeprowadzonych dowodów”. Pogląd ten nie jest ani dyskusyjny, ani nowy. Występuje od dziesięcioleci, choćby w orzecznictwie

⁶⁷ Przeciwno uznawaniu nagminności za okoliczność rzutującą na sędziowski wymiar kary – jeżeli przez nagminność rozumieć powtarzalność, czy powszechność – mogłoby przemawiać to, że nagminność jest już wpisana przez ustawodawcę w minimalne zagrożenie karą przewidziane dla większości typów czynów zabronionych i z tego też powodu nie powinno się jej dwukrotnie konsumować przy rozstrzyganiu o wymiarze kary (raz przy ustawowym, drugi raz przy sędziowskim wymiarze kary). Z równym powodzeniem da się jednak bronić również stanowiska przeciwnego – że przy ustawowym wymiarze kary prawodawca wyznacza tylko pewne ramy kary (uwzględniające ogólnie mu znany stopień nasilenia przestępczości), a przy indywidualnym wymiarze kary sędzia bada, czy nagminność uzasadnia zaostrzenie kary w indywidualnym przypadku.

Sądu Najwyższego, gdzie prezentowany jest w nieco odmiennym ujęciu stylistycznym i w kontekście notoryjności sądowej⁶⁸. Zgoda: nagminności nie wolno ani domniemywać, ani – tym bardziej – przyjmować na wiarę na zasadzie *fama volat*. Jak każda inna okoliczność faktyczna podlega ona standardowemu procesowi dowodzenia. Do nagminności, jeżeli już sąd chce posługiwać się tą kategorią w procesie wymiaru kary, musi mieć pełne zastosowanie również zasada *in dubio pro reo*. W praktyce oznacza to, że będzie to dodatkowa trudność „techniczna” dla sędziego zamierzającego w swym orzeczeniu odwołać się do nagminności i uczynić ją podstawą rozstrzygnięcia o karze. Może to rzutować na stosowanie nagminności z czysto przyziemnego powodu: sięgnięcie po nią będzie wymagało dodatkowego trudu ze strony sędziego.

W orzecznictwie najwyższej instancji sądowej⁶⁹ od przeszło osiemdziesięciu lat (tj. zarówno na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego z 1928 r., jak i kodeksu postępowania karnego z 1969 r.) przyjmuje się, że nagminność wolno uznać za fakt notoryjny⁷⁰. Czy jest to stanowisko słuszne? Można mieć co do tego poważne wątpliwości. I to niezależnie od tego, poprzez pryzmat którego z dwóch rodzajów notoryjności (notoryjność powszechna, notoryjność urzędowa) pragnęlibyśmy spojrzeć na nagminność.

Wprawdzie ustawa postępowania karnego nie zawęży wcale kategorii faktów, które można uznać za notoryjne do określonego typu faktów, mówiąc wyłącznie o faktach w sposób ogólny (art. 168 k.p.k.). Teoretycznie więc (*lege non distinguente*) mogłoby to otwierać drogę do podciągnięcia również nagminności pod notoryjność (tak jak to się czyni w orzeczeniach Sądu Najwyższego o sygn. 2 K. 476/35 i Rw 513/75). To prawda. Tyle tylko, że do nagminności nie sposób zastosować uproszczenia dowodowego notoryjności (a w zasadzie całkowitej rezygnacji z postępowania dowodowego na rzecz notoryjności urzędowej czy powszechnej) ze względu na immanentną złożoność tego faktu, powodującą – poza pełnymi wyjątkami – zasadniczą niekompatybilność notoryjności z jednej strony i nagminności z drugiej. Jest to bowiem nazbyt skomplikowane zjawisko, by móc je pomyślnie „przepu-

⁶⁸ „Nagminność określonego typu przestępstw na danym terenie podlega udowodnieniu tak jak każdy inny fakt, chyba że jest powszechnie znana lub w toku procesu zwrócono stronom na nią uwagę jako na fakt znany z urzędu i żadna ze stron go nie zakwestionowała (art. 153 k.p.k. z 1969 r.)” – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 1975 r., sygn. Rw 513/75, OSNKW 1975, nr 12, poz. 171.

⁶⁹ Ale również w judykaturze sądów powszechnych, por. m.in. cytowany już wcześniej wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 maja 2008 r., sygn. II AKa 50/08 („nagminność przestępstwa, o ile jest powszechnie znana, może być brana pod uwagę przy kształtowaniu kary w ramach prewencji ogólnej”).

⁷⁰ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1935 r. sygn. 2 K. 476/35 i 16 października 1975 r., sygn. Rw 513/75.

ścić” przez filtr notoryjności, która nadaje się w procesie wyłącznie do spełniania dość prostych zadań w zakresie dokonywania ustaleń faktycznych.

Mówiąc w pewnym skrócie: nagminność nie jest zwięzłym i nieskomplikowanym faktem. Takim jak to, że Paryż jest stolicą Francji, że Gibraltaryjska Brytania jest stolicą Gibraltaru czy że Jan III Sobieski gromił Turków pod Wiedniem (przykłady prof. S. Śliwińskiego⁷¹). Przyzwolenie na ewentualne zastosowanie notoryjności do gromienia Turków pod Wiedniem przez króla Sobieskiego wynika – po pierwsze – z tego, że fakt ten nie jest podważany przez historyków, a także z tego, że jest to fakt (wiadomość historyczna), o którym każde dziecko uczy się w szkole. I to w dodatku fakt w swojej wymowie bardzo prosty (odpowiedź na pytanie, kto odniósł zwycięstwo militarne nad Imperium Osmańskim w 1683 r.). Zmieńmy jednak nieco parametry dowodzonego faktu. Przyjmijmy, że nie chodzi nam wcale o to, kto rozgromił Osmanów pod Wiedniem (jaka jest stolica Francji), ale o dokładny czas rozpoczęcia i zakończenia działań bitewnych 12 września 1683 r., o ilość szabli pod dowództwem polskiego króla, ilość poległej szlachty, strukturę demograficzną mieszkańców XVI dzielnicy Paryża etc. Tego typu faktów nie da się już ustalić na drodze notoryjności (powszechnej). Tu w rachubę wchodzi wiedza specjalna, a na pewno rzecz cała wymaga dogłębnego zbadania od strony historycznej (demograficznej). Czyli – krótko mówiąc – wymaga przeprowadzenia dowodu(-ów). Podobnie rzecz ma się z nagminnością. Nagminności nie da się stwierdzić notoryjnie, bo wprawdzie trzeba ustalić sposób liczenia nagminności (co samo w sobie jest sporne i wymaga dokonania uprzednich ustaleń metodologicznych), poddać analizie stosowne liczby (które wcześniej trzeba zebrać i zbadać). Krótko mówiąc, ani na drodze notoryjności powszechnej, ani na drodze notoryjności urzędowej⁷² nie powinno się co do zasady ustalać faktu istnienia bądź nieistnienia nagminności. Potraktowanie nagminności na serio *ex definitione* uniemożliwia uznanie jej za fakt notoryjnie znany, bo wymaga uprzedniego określenia kryteriów definiowania nagminności, takich jak rodzaj przestępstw objętych „węzłem” nagminności, obszar przestrzenny i czasowy odniesienia dla nagminności etc. Dlatego też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 1975 r., przywoływany we wszystkich prawie komentarzach do kodeksu postępowania karnego jako

⁷¹ Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne, Warszawa 1948, s. 586.

⁷² Także notoryjność urzędowa nadaje się jedynie do dokonywania ustaleń odnoszących się do relatywnie nieskomplikowanych, binarnych faktów, takich jak np. ustalenie wniesienia apelacji przez oskarżonego w innej sprawie, faktu, „że gmina A należy do okręgu danego sądu, że B. jest prezesem przełożonego sądu (S. Śliwiński, Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne, Warszawa 1948, s. 587). Na pozycji przyjmującej dopuszczalność notoryjności urzędowej w zakresie stwierdzenia „mnożenia się przestępstw pewnego rodzaju na terenie danego sądu” stanęło orzeczenie z 6 maja 1935 r. Kryteria owego „mnożenia się” („szerzenia się”) nie zostały wyartykułowane.

ilustracja sądowego stosowania notoryjności, jest z punktu widzenia prawa karnego procesowego całkowicie błędny.

Trzeba tu tylko powiedzieć o jednym wyjątku w zakresie dopuszczalności stosowania do nagminności uproszczenia dowodowego notoryjności. Ten wyjątek możemy określić mianem „czarnego scenariusza”. To sytuacja niestety niepostrzeżona, drastycznego wybuchu przestępczości określonego rodzaju w okręgu danego sądu (czy na terenie całego kraju)⁷³. Tylko przy zmaterializowaniu się takiego apokaliptycznego zjawiska kryminologicznego byłoby dopuszczalne odwołanie się do uproszczenia dowodowego notoryjności urzędowej, a być może nawet – do notoryjności powszechnej.

10. Przejdźmy obecnie do oceny zaproponowanych w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Łodzi kryteriów ustalania nagminności *in concreto* – dla poszczególnych skazań. Wydaje się, że kontrowersje dotyczące ustawowego czy pozaustawowego charakteru nagminności, o których była mowa powyżej wręcz błędną na tle komplikacji, które ujawniają się wtedy, gdy przyjmie się, że nagminność można stosować jako jedno z kryteriów rzutujących na wymiar kary.

Jakie kryteria należałoby wziąć w rachubę rozważając sięgnięcie po nagminność przy wymiarze kary? Jako zupełnie intuicyjne – i fundamentalne – nasuwają się tu co najmniej dwa punkty odniesienia. Jeżeli pod pojęciem nagminności rozumieć ponadprzeciętność (co – jak już sygnalizowano – samo w sobie może być przedmiotem dyskusji) w zakresie określonego typu przestępczości (występowania określonego rodzaju przestępstwa), to tej ponadprzeciętność niepodobna przecież ujmować w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od innych czynników wyznaczających „typowość” w tym zakresie. Należy ją oczywiście osadzić w jakimś konkretnym kontekście. Przede wszystkim – w czasie i w przestrzeni⁷⁴. Tyle tylko, że poza ustaleniem, że ważny w tym zakresie jest zarówno czas, jak i przestrzeń, wszystko inne jawi się tutaj jako co najmniej wątpliwe. Na jakiej metodologii oprzeć się przy ustalaniu nagminności? Czy o nagminności ma (współ)decydować statystyka z jednego miesiąca czy jednego roku? A może z wielu lat? Z ilu? Czy ma o nagminności rozstrzygać statystyka przestępczości z obszaru całego kraju, jego mniejszych jednostek administracyjnych (województwa, gminy), czy statystyka przestępczości okręgów sądowych? Czy nagminność odnosić

⁷³ W. Wróbel jako przykład „gwałtownie nasilającej się fali przestępczości” podaje małe miasteczko zastraszone działalnością coraz to liczniejszych grup chuligańskich (Nagminność..., s. 62). Wydaje się, że taka właśnie sytuacja może być przedmiotem zastosowania uproszczeń dowodowych i uruchomienia notoryjności (zarówno urzędowej, jak i powszechnej, ale w jej odmianie „lokalnej”).

⁷⁴ Na co trafnie zwraca uwagę K. Buchała, (w:) K. Buchała (red.) i in., Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 309.

tylko do liczby mieszkańców (gęstości zaludnienia), czy też przyjmować kryterium bezwzględne (bezwzględna liczba przestępstw)? Czy uwzględniać wyłącznie skazania prawomocne czy – także – nieprawomocne? Pytania da się mnożyć. Nie w tym jednak rzecz. Ta litania zagadnień pokazuje tylko, jaki jest stopień trudności piętrzących się przed każdym, kto chciałby się odwołać do nagminności jako kryterium rzutującego na zaostrenie kary.

W perspektywie czasu w orzecznictwie były prezentowane niejednolite zapatrywania na sposób „liczenia” nagminności. Początkowo przyjmowano bardzo ogólnikowo, że przy wymiarze kary liczyć się trzeba z przewencją ogólną wtedy, gdy „np. pewne przestępstwo szerzy się w sposób niebezpieczny dla porządku i bezpieczeństwa publicznego”, a „fakty czynnego oporu stają się zjawiskiem rozpowszechnionem i wobec tego wymagają surowszej represji karnej”⁷⁵. Spiętrzenie ogólników jest tu jednak tak znaczne („szerzenie się w sposób niebezpieczny” „porządek i bezpieczeństwo publiczne”, „zjawisko rozpowszechnione”), że stawia pod znakiem zapytania dopuszczalność zaostrenia kary z powołaniem się na te trudne do zweryfikowania kryteria.

Pewnym – ale wyłącznie pewnym – postępem w tym zakresie był wyrok z dnia 6 maja 1935 r. (aprobujący zresztą orzeczenie z dnia 18 stycznia 1934 r. i stanowiący rozwinięcie poglądu zaprezentowanego w judykacie z 1934 r.). Sąd Najwyższy za punkty odniesienia dla „szerzenia się danego przestępstwa” („mnożenia się przestępstw pewnego rodzaju” lub ich „masowego występowania” przyjął (bez wskazania na którykolwiek z nich) trzy kryteria przestrzenne: cały obszar państwa, część terytorium państwa („np. kresy przygraniczne”) i teren danego sądu. Kryteria te wzajemnie się znoszą. Inaczej będzie się kształtowała nagminność (ponadprzeciętność danej przestępczości, „szerzenie się” czy „mnożenie się przestępstw pewnego rodzaju”) liczona na całym obszarze państwa, inaczej na jego części, wreszcie jeszcze inaczej – liczona wyłącznie na terenie danego sądu. To ujęcie było więc zapewne lepsze od zaproponowanego przez orzeczenie z 1934 r. nieosadzonego w żadnym kontekście przestrzennym kryterium „rozpowszechnionego zjawiska”, bo podawało już jakieś konkrety. Ale jednocześnie zaproponowane obszary przestrzenne wzajemnie się znosiły. Gdyby zatem Sąd Okręgowy we Lwowie A.D. 1935 posiłkował się tylko przesłanką „szerzenia się” danego przestępstwa na obszarze „kresowym” (pytanie oczywiście jeszcze, za pomocą jakich kryteriów definiowanym?), a Sąd Okręgowy w Grudziądzu oparł się w zakresie ustaleń dotyczących „szerzenia się” na danych jedynie z obszaru sądu grudziądzkiego, to zapewne oba sądy doszłyby do całkowicie odmiennych rezultatów kryminalnopolitycznych i – co najważniejsze – zupełnie inny były też efekt dla skazanego w zakresie kary.

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 1934 r., sygn. 1 K. 930/33.

Na tle orzeczeń przedwojennych judykatura powojenna odwołująca się do nagminności jako czynnika uwzględnianego przy wymiarze kary przedstawia się generalnie jako niewątpliwy regres w tej dziedzinie⁷⁶. O ile można mieć zastrzeżenia co do obszaru państwa czy części obszaru państwa (albo terenu danego sądu) jako przestrzennych wyznaczników pomiaru nagminności, o tyle zastąpienie tych kryteriów takim pojęciem, jak nagminność występująca na bliżej nieokreślonym „danym terenie”⁷⁷ czy wręcz całkowite pomijanie jakiegokolwiek obszaru (przestrzeni) przy powoływaniu się na „plagę społeczną” określonego rodzaju przestępczości⁷⁸ stawiało pod znakiem zapytania sens operowania nagminnością.

Jak na tle tego dorobku orzeczniczego wypada propozycja Sądu Apelacyjnego w Łodzi? Trzeba przyznać, że wcale nie najgorzej. Wyróżnia je przede wszystkim precyzja ujęcia. Okręg sądowy jako punkt odniesienia (ile spraw danego rodzaju zawisło przed sądem rzeczowo właściwym do rozpoznania sprawy) to dobra propozycja (jej pierwowzorem jest niewątpliwie przedwojenne orzecznictwo najwyższej instancji sądowej) dla ustalania nagminności. Ale – tak jak wszystko, co się wiąże z próbami wciągnięcia nagminności w orbitę określania surowości represji karnej – nie jest on pozbawiony wad.

Przyjęcie obszaru właściwości jednego sądu jako kryterium przestrzennego nagminności wydaje się nie tylko zdroworozsądkowe (przystaje do struktury instytucjonalnej wymiaru sprawiedliwości karnej), ale również sensowne (mikroskala jest chyba lepsza w tym względzie od makroskali – obszaru całego państwa⁷⁹). Tyle tylko, że rysuje się wówczas całkiem realne ryzyko utworzenia wyspowych wymiarów sprawiedliwości w całym kraju, na poziomie apelacji, okręgów, a nawet – rejonów sądowych. A to z kolei stawia

⁷⁶ Wyjątek stanowi orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1970 r., sygn. IV KR 94/70 (Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1971, nr 2, s. 300), które jako przestrzenny punkt odniesienia dla nagminności przyjmuje ustalenie nagminności „przynajmniej na terenie podległym właściwości sądu orzekającego”.

⁷⁷ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1968 r., sygn. II KR 110/68 (z aprobatą T. K a c z m a r k a dla tego kryterium definiowania nagminności w głosie publikowanej w numerze 7/1969 Państwa i Prawa, s. 187), 9 lipca 1974 r., sygn. IV KR 61/74 i 16 października 1975 r., sygn. Rw 513/75.

⁷⁸ Z motywów wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1985 r., sygn. V KRN 199/85, można pośrednio („Przestępstwa kradzieży i kradzieży z włamaniem stanowią około jednej trzeciej ogółu stwierdzonych przestępstw”) wnioskować, że punktem odniesienia dla oceny nagminności jest obszar całego kraju.

⁷⁹ W piśmiennictwie przyjmowano, że „teren, dla którego należy wyznaczyć nagminność, w zależności od jej charakteru, może obejmować cały kraj, może być jednak znacznie mniejszy” (W. W r ó b e l, Nagminność..., s. 60). Ważna jest tu jednak – po pierwsze – jednolitość (co wyklucza stosowanie wymiennych punktów odniesienia przy operowaniu nagminnością). Po drugie – mniejsze przestrzenne jednostki pomiarowe pozwalają nie tylko na uzyskanie lepszego obrazu przestępczości, ale także na uniknięcie nieuchronnego bezwładu czasowego związanego z gromadzeniem danych statystycznych z obszaru całego kraju.

pod znakiem zapytania kompatybilność takiego punktu odniesienia z konstytucyjną zasadą równości (wyjściem z tego problemu byłoby odnoszenie pojęcia równości wobec prawa tylko do równości czy równego traktowania na obszarze danego sądu). To ryzyko zdaje się dostrzegać także Sąd Apelacyjny w Łodzi. Dlatego w wyroku z dnia 20 lutego 2014 r. stara mu się wyjść naprzeciw i zapobiec wskazując, że przy próbie korzystania z nagminności konieczne jest porównawcze odwołanie się do tego, „ile tego rodzaju spraw rozpoznawanych jest na terenie właściwości innych Sądów”⁸⁰. Czyli nie w myśl zasady „to samo za to samo” w skali całego kraju, ale – w zależności od tego, jak kształtuje się obraz przestępczości – tak bądź inaczej w danym okręgu sądowym. Jest to pewien sensowny pomysł na nagminność⁸¹. Trzeba również dodać, że dokonywanie pomiaru w skali makro ma tę przewagę nad odnoszeniem nagminności do obszaru całego kraju, że pozwala na uruchomienie zaostrożonej represji karnej w sposób niejako „punktowy”, znacznie ściślej powiązany z precyzyjnie mierzoną statystyką przestępczości.

Na jedną sprawę należy w tym kontekście zwrócić jednak szczególną uwagę. Otóż akceptacja dla nagminności jako kryterium zaostrożenia represji przy sądowym wymiarze kary – *volens volens* – nader łatwo narzuca się

⁸⁰ W samej koncepcji porównywania poziomów przestępczości nie tylko nie ma nic złego, ale porównywanie stanowi wręcz immanentny fundament nagminności. Nie ma przecież czegoś takiego, jak „obiektywna nagminność”. Nagminność przestępstwa jest zawsze relacją do innej liczby przestępstw, mierzonej na innym odcinku czasowym czy innym odcinku przestrzennym. Przesuwanie tych zmiennych będzie dawało inne rezultaty. Nie bez racji stwierdza się w literaturze, że przy stałym poziomie przestępczości danego rodzaju „samych tylko liczb, określających jej wielkość (nie można) uznawać za fakt nagminności”: „nie istnieje bowiem możliwość oceny, czy jest to wysoka przestępczość, czy nie – chyba że odwołamy się do danych statystycznych innych krajów” (W. Wróbel, *op. cit.*).

⁸¹ Nie rozwiązuje to oczywiście innych dyskusyjnych zagadnień, np. tzw. ciemnej liczby przestępstw. Przyjęcie jako punktu odniesienia przy ocenie nasilenia przestępczości liczby skazań w okręgu danego sądu prowadzi także do tego, że nie sposób uniknąć zakłócenia obrazu przestępczości przez opóźnienia wynikające z długiego trwania postępowań. Z tego punktu widzenia propozycja K. Buchały (Dyrektywy sądowego wymiaru kary, Warszawa 1964, s. 97), żeby bazować na liczbie popełnionych przestępstw wynikających z „danych dotyczących liczby zameldowań o popełnionych przestępstwach, rejestrowanych przez prokuraturę”, jest oczywiście znacznie lepsza, bo daje ona od razu obraz przestępczości niejako w „czasie rzeczywistym”. Jej mankamentem jest z kolei to, że taka metoda nie uwzględnia błędów w zakresie zameldowań o przestępczości, odsetka spraw, które zostaną następnie umorzone czy skończą się uniewinnieniem, z uwagi na brak czynu (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.). W tym zakresie góruje jednak koncepcja ilości skazań. Por. także trafne uwagi B. Szamoty (Prewencja ogólna w świetle badań empirycznych, Państwo i Prawo 1986, nr 5, s. 49): „duża liczba przestępstw nie zostaje nigdy ujawniona (...) trudno jest więc uznać wskaźnik wykrywalności przestępstw za miernik pewności kary, skoro nie jest znana rzeczywista liczba przestępstw”. Niezależnie od tego, czy bazuje się na danych statystyki urzędowej Ministerstwa Sprawiedliwości czy na danych pochodzących z samych sądów, czy na danych organów prowadzących postępowania, nie uniknie się błędów zniekształcających rzeczywisty obraz przestępczości.

dziemu pełnienie niewygodnej roli *quasi*-kryminologa, zmuszonego nie tylko do badania statystyk sądowych (urzędowych, organów prowadzących postępowania przygotowawcze), ale do opowiadania się po tej lub innej stronie burzliwych sporów, które wywołuje już sam sposób mierzenia poziomu przestępczości⁸². Należy wziąć pod uwagę takie albo inne kryteria określania nagminności (a przecież kryteriów tych nie ma w ustawie i są one na razie tylko pochodną *judge-made law*). Pytanie, czy rzeczywiście taka jest funkcja magistratury? Czy rolą sędziów jest definitywne przecinanie zawitych teoretycznych sporów o kryteria nagminności i metodologię pomiaru przestępczości, sporów z którymi nie może sobie poradzić doktryna? Nałożenie na sędziego obowiązków kryminologicznych niesie ze sobą zresztą i inne niebezpieczeństwa. Czy inne składy sędziowskie orzekające w innych okręgach sądowych wezmą pod uwagę te same kryteria ustalania i oceny nagminności przestępstw? W dodatku można się obawiać, że trudno tu będzie o zapewnienie jednolitości orzecznictwa przez Sąd Najwyższy z uwagi na powszechnie znane ograniczenia w obejmowaniu skargami kasacyjnymi niewspółmierności wymiaru kary (art. 523 § 1 k.p.k.), które skutecznie uniemożliwiają kwestionowanie operowania nagminnością przy wymiarze kary.

Drugie kryterium pomiaru nagminności to czas. Musi zdumiewać, że o ile sądy z reguły starają się ustosunkować w ten lub inny sposób do kryterium przestrzennego nagminności, to w judykaturze powołującej się na nagminności uderza pomijanie całkowitym milczeniem kryterium czasowego⁸³. O funkcji czasu w kontekście nagminności po prostu nic się nie mówi. Przydatność nagminności nieopartej na wymiarze temporalnym jest jednak z gruntu wątpliwa. Nagminność musi się odnosić do jakiegoś wycinka czasowego, definiowanego precyzyjnie w ten lub w inny sposób. Wszak przesuwanie czasowego punktu odniesienia nagminności w tym lub innym kierunku na krzywej czasu może doprowadzić do bardzo zróżnicowanych rezultatów w zakresie oceny i ustalania nagminności przestępczości. Im bowiem dalej od dnia dzisiejszego na krzywej czasu odsuniemy punkt wyjściowy okresu pomiarowego dla nagminności (tym samym rozciągając okres objętym „pomiarom”), tym większa jest szansa wystąpienia zniekształceń w zakresie ponadprzeciętnego występowania danego rodzaju czynów (występujące np. sporadycznie zwiększenie określonego rodzaju przestępczości „rozmyje” się w średniej za dłuższy okres). Z drugiej strony także przesunięcie tego punktu czasowego wzwyż (a więc bliżej dnia orzekania) i tym sa-

⁸² „Nie jest tajemnicą – trafnie pisze W. Wróbel (*op. cit.*) – jakim problemem jest ustalenie rzeczywistego obrazu przestępczości na podstawie danych statystycznych”. Por. także krytyczne uwagi K. Buchały, *Dyrektywy sądowego...*, s. 97 oraz zastrzeżenia do wykorzystywania danych urzędowych dla określenia rozmiaru przestępczości B. Szamotoy, *Prewencja ogólna...*, *op. cit.*, s. 49).

⁸³ W literaturze proponowano, by przyjmować tu okres półroczny (W. Wróbel, *op. cit.*).

mym skrócenie czasu pomiaru dla nagminności jest obarczone niemałym ryzykiem błędu (przy takim założeniu także ryzykuje się tym, że uzyskany obraz przestępczości będzie zafałszowany – przejściowe czy długookresowe zwiększenie danego rodzaju przestępczości przed okresem pomiarowym nie zostanie należycie uwzględnione⁸⁴). Pomijam już takie „detale”, jak to, czy należy w tym procesie uwzględniać wyłącznie przestrzeń czasową do czasu popełnienia przestępstwa, czy też także po popełnieniu przestępstwa (co pozwoliłoby na uwzględnienie również statystycznego obrazu przestępczości do daty wydania wyroku, ale już po dacie popełnienia przestępstwa⁸⁵).

Na tym tle jak na dłoni widać, jak skomplikowane problemy nasuwa ustalanie nagminności. I że – na przykład – nieznaczne tylko przesunięcie kryteriów czasowych nagminności może doprowadzić do daleko idących niekształceń w zakresie finalnego ustalenia istnienia nagminności. A pamiętajmy, że nie chodzi tu jedynie o teoretyczne rozważania kryminologiczne, lecz o coś znacznie ważniejszego: o dokonanie ustaleń rzutujących bezpośrednio na kształtowanie poziomu represji stosowanego wobec konkretnych osób, ludzi z krwi i kości.

⁸⁴ Z tego punktu widzenia półroczny okres zaproponowany w literaturze wydaje się mało przydatny.

⁸⁵ Uwzględnianie statystyki przestępczości po dacie popełnienia czynu nie wchodzi w rachubę z zupełnie oczywistego względu: nagminność powinno się odnosić tylko do sprawcy, który obejmował ją swoją świadomością, inaczej sprawca staje się wyłącznie nieświadomym instrumentem wymiaru karnego. To, rzecz jasna, wyłącza możliwość zastosowania nagminności o charakterze *ex post*, to jest nagminności późniejszej od daty popełnienia przestępstwa. Zob. szerzej na temat znaczenia świadomości sprawcy o nagminności i znaczenia rozpowszechnienia informacji o nagminności – M. S z e r e r, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 151 i n. Por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 1974 r., sygn. IV KR 61/74, *Nowe Prawo* 1975, nr 4, s. 612 i n.: „sąd może przy wymiarze kary kierować się przewencją ogólną, jeżeli subiektywna wina sprawcy przestępstwa ‘szerzącego się nagminnie’ na danym terenie jest większa, gdyż zdaje on sobie sprawę z masowości zjawiska potęgującego niebezpieczeństwo czynu” (tamże glosa K. B u c h a ł y). Na kwestię obejmowania nagminności przez sprawcę swoją świadomością kładzie się akcent również w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 1960 r., sygn. IV K 1015/59, *OSP i KA* 1961, nr 2, poz. 45(k), tamże glosa Z. K u b e c a, oraz z dnia 31 marca 1988 r., sygn. I KR 63/88. Analogiczne stanowisko przyjęto w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r., sygn. II AKa 9/14: nagminność może być uwzględniona jako okoliczność obciążająca pod warunkiem, że wykaże się, że „świadomość tej okoliczności była znana oskarżonemu i była jednym z czynników, które motywowały jego działanie (...) w innej sytuacji powoływanie się na nagminność, jako na okoliczność wpływającą na wymiar kary jest niedopuszczalne”. W praktyce subiektywistyczne podejście do nagminności wcale nie musi rozwiązywać wszystkich problemów. Warunek „subiektywistyczny” jest bowiem dość łatwy do sformułowania na papierze, ale znacznie trudniej o dokonanie ustaleń faktycznych w tym zakresie i jego udowodnienie. Jeśli bowiem o świadomości sprawcy w zakresie nagminności miałyby decydować inne orzeczenia ustalające nagminność, to wtedy praktyczna użyteczność tego warunku jawi się jako wątpliwa.

Kolejne pytanie: do czego ma się odnosić nagminność? Do typu przestępstwa, do określonego rodzaju przestępstw (przestępstw podobnych)? A może punktem odniesienia powinno tu być dobro zaatakowane, co w niektórych przypadkach rozszerzałoby ponad miarę spektrum czynów objętych nagminnością.

Znowu – różnorodność i rozbieżność stanowisk jest tu znaczna. Niektóre orzeczenia przyjmują, że przy nagminności punktem odniesienia są „przestępstwa pewnego rodzaju”⁸⁶, inne – „przestępstwo pewnego rodzaju”⁸⁷, wreszcie jeszcze inne stawiają sprawę zgoła abstrakcyjnie, nie próbując nawet nawiązywać do kategorii prawa karnego (typu przestępstwa), lecz odwołują się jedynie do pewnego negatywnego zjawiska społecznego („systematycznie wzrastające zagrożenie społeczeństwa szerzącą się coraz bardziej narkomanią”⁸⁸).

Ale to tylko wierzchołek całej góry lodowej problemów. Pół biedy, jeżeli odniesieniem dla nagminności miałoby być popełnienie przestępstwa określonego typu. Kłopoty zaczynają się wtedy, gdy sądy odchodzą od takiego klarownego ujęcia i zaczynają (skądinąd słusznie) indywidualizować poszczególne przypadki.

Spójrzmy, jak podchodzi do nagminności przy wymiarze kary Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 sierpnia 1968 r., sygn. II KR 110/68⁸⁹. W orzeczeniu tym najwyższa instancja sądowa zastosowała pojęcie „nagminności względnej”, co stwarza jeszcze większe kłopoty praktyczne przy stosowaniu nagminności jako kryterium zaostżenia kary. Odwoływanie się do nagminności jako narzędzia jednolitej i spójnej polityki karnej ma bowiem sens tylko wtedy, gdy stosujemy ją do jednolitej czy jednolicie definiowanej kategorii przestępstw. Prawidłowym kryterium oceny nagminności winna być – jak się zdaje – wyłącznie kwalifikacja prawna czynu (być może z lekkim doprecyzowaniem w formie wskazania okoliczności modalnych) i to właśnie ona powinna stanowić punkt odniesienia dla dokonywania ocen w kwestii nagminności⁹⁰. Odstąpienie od takich, w miarę sztywnych kryteriów, pozwala

⁸⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1935 r., sygn. 2 K. 476/35. Analogicznie, ale ze wskazaniem na konkretny rodzaj przestępstw („przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”) wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1968 r., sygn. II KR 110/68 czy „określony rodzaj przestępczości” (przestępstwa kradzieży i kradzieży z włamaniem) wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1985 r., sygn. V KRN 199/85. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 października 1975 r., sygn. Rw 513/75 „określony typ przestępstw”.

⁸⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 1934 r., sygn. 1 K. 930/33. W podobny sposób wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 1985 r., sygn. V KRN 120/85.

⁸⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 1987 r., sygn. V KRN 464/86.

⁸⁹ OSNKW 1969, nr 1, poz. 3.

⁹⁰ W literaturze proponowano jako kryteria uzasadniające zaktualizowanie się nagminności np. określony rodzaj przestępczości („przestępstwa danego rodzaju”, K. Buchała, *Direktywy...*, s. 96) czy – precyzyjniej – ten sam rodzaj przestępstw, które występują na terenie wyrokowania nagminnie, podobieństwo sposobu i warunków jego dokonania oraz pobudek,

wprawdzie na złagodzenie niekorzystnych skutków oceny nagminności jedynie na podstawie „suchych” typów przestępstw bez uwzględniania występujących niekiedy niepowtarzalnych okoliczności indywidualnego przypadku, ale grozi znaczną płynnością i relatywizmem przy stosowaniu nagminności. Tymczasem w orzeczeniu sygn. II KR 110/68 Sąd Najwyższy dokonał właśnie swoistej relatywizacji tego pojęcia. Przyjął bowiem jako punkt odniesienia wcale nie gwarantujące jednolite operowanie nagminnością kryterium kwalifikacyjne (z reguły to właśnie ono powinno być punktem odniesienia dla nagminności; ma ono nie tylko tę zaletę, że jest kryterium przejrzystym, ale przede wszystkim pozwala na jednolitość w tym zakresie i respektowanie zasady równości wobec prawa), ale kryterium okoliczności związanych ze sprawcą⁹¹.

W danej sprawie przestępstwa dopuścił się „spokojny obywatel, cieszący się dobrą opinią”. Pokrzywdzonym był „awanturnik”, który go „poprzednio sprowokował, potraktował brutalnie i wręcz sponiewierał”; „oskarżony – uznaje Sąd Najwyższy – dopuścił się przestępstwa w dużej mierze przypadkowo”. Te wszystkie okoliczności nie tylko „nie pozwalają na uznanie (...) działania (oskarżonego) za ‘nagminne’”, ale zdaniem Sądu Najwyższego przemawiają także za przyjęciem, że „nie należą do częstych”. „Częstotliwość – czytamy w motywach tego wyroku – wykazują natomiast sytuacje odmienne, gdy awanturnicy napadają na spokojnych obywateli lub nawzajem na siebie” i w takich sytuacjach „nagminność powinna stanowić okoliczność obciążającą”. Warto zresztą zwrócić uwagę na to, że parę zdań wcześniej w motywach orzeczenia sygn. II KR 110/68 Sąd Najwyższy w taki sposób zdefiniował nagminność⁹², żeby dało się uwzględnić przy jej ocenie i wymiarze kary nie tylko sam obraz statystyczny (np. ilość prawomocnych skazań za czyny o określonej kwalifikacji prawnej), ale również inne szczegóły związane z przestępczością określonego rodzaju. Zaakceptowanie tego stanowiska prowadzi jednak prostą drogą do całkowitego rozwodnienia i tak bardzo ogólnikowego kryterium, domagającego się raczej twardych punktów odniesienia, niż pogłębiania wpisanej weń immanentnie mglistości. Wszak „awanturniczy” charakter pokrzywdzonego nie jest żadną kategorią normatywną. To co dla jednego sądu może być „awanturnictwem” oskarżonego,

które kierowały sprawcą (T. Kaczmarek, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1968 r., sygn. II Kr 110/68, Państwo i Prawo 1969, nr 7, s. 187).

⁹¹ Podobna relatywizacja nagminności została przeprowadzona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1965 r., sygn. I KR 169/65. O odrzuceniu przyjętej przez sąd *a quo* nagminności jako okoliczności uzasadniającej zaostrzenie kary zdecydowało to, że okoliczności czynu były „nietypowe”, a „czynności, na jakie się oskarżona zdobyła po czynie, były tak niezwykle, że uznano za konieczne poddać ją badaniom psychiatrycznym”.

⁹² „Nagminność wtedy tylko może być uznana za okoliczność obciążającą, gdy sposób działania oskarżonego i warunki, w jakich dopuszcza się przestępstwa, stanowią zjawisko często powtarzające się na danym terenie i przez to szczególnie niebezpieczne” (podkr. autora).

nie będzie „awanturnictwem” dla innego kompletu orzekającego. W dodatku istnieje poważne ryzyko, że inne sądy w ogóle nie będą się tym pojęciem posługiwały. Jeżeli w taki właśnie sposób podejdzie się do nagminności, jako do kryterium zaostrenia kary, to zaczyna się ona dezintegrować i staje się całkowicie bezużyteczna. Na dobrą sprawę – jeżeli tylko odejść od w miarę jednak obiektywnego i precyzyjnego kryterium kwalifikacji prawnej czynu, którym sądy mogłyby się posługiwać w sposób jednolity⁹³ – to właściwie wszystko, każda okoliczność indywidualnego przypadku może stać się pretekstem „wyłączenia” go z nagminności (niski stopień społecznej szkodliwości, atypowość dobra naruszonego, atypowość sposobu działania sprawcy). A wtedy zaczynają się mnożyć kolejne, trudno definiowalne „reżimy nagminności”.

11. No i wreszcie dochodzimy do kwestii dla idei nagminności zasadniczej. Jakie natężenie poziomu przestępczości ma przesądzać o nagminności? Trzeba powiedzieć, że w zasadzie orzecznictwo podchodzi do tego fundamentalnego zagadnienia z jeszcze większą dezynwolturą niż do – ważnej, ale jednak przecież wcale nie najważniejszej – sprawy czasowego parametru nagminności. Powiedzieć, że nagminność to „zjawisko często powtarzające się na danym terenie i przez to szczególnie niebezpieczne”⁹⁴ – to nic nie powiedzieć o nagminności. Czy cokolwiek wyjaśnia twierdzenie, że przestępstwo „szerzy się w sposób niebezpieczny”⁹⁵, „fakty czynnego oporu stają się zjawiskiem rozpowszechnionym”⁹⁶ czy że przestępstwa pewnego rodzaju „mnożą się” lub „występują masowo”⁹⁷? Oczywiście – nie. Jeszcze gorsze są metaforyczne stwierdzenia typu „przestępstwa polegające na rozboju (...) stały się ostatnio swojego rodzaju plagą społeczną”, które już absolutnie niczego nie wnoszą do problematyki nagminności i niczego nie wyjaśniają. Czy uwzględniać w tej statystyce jedynie skazania, czy próbować także wkomponować w proces oceny nagminności ciemną liczbę przestępstw, która ma istotne znaczenie dla poczucia bezpieczeństwa? Dany typ przestępstwa może przecież być nagminny nawet mimo jego słabej reprezentacji w postępowaniu sądowym, bo „rzadko dochodzi do sądu”⁹⁸. Z kolei

⁹³ W tym zakresie dobrym pomysłem jest zatem to, co zaproponowano w motywach wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r.: „przestępstwa rozboju, popełniane przy użyciu noża”.

⁹⁴ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 16 sierpnia 1968 r., sygn. II KR 110/68.

⁹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 1934 r., sygn. 1 K. 930/33 (identycznie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1935 r., sygn. 2 K. 476/35).

⁹⁶ Tamże.

⁹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1935 r., sygn. 2 K. 476/35.

⁹⁸ Taki – niewiele mający wspólnego z racjonalną polityką karną – powód zaostrenia kary odnotowujemy w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 listopada 1918 r.: „ponieważ sprawy (tego rodzaju) rzadko dochodzą do sądu, tem surowiej więc karać za nie na-

w niektórych orzeczeniach można odnotować próby ustalania nagminności w oparciu o kryterium proporcji występowania określonego rodzaju przestępstwa w globalnej statystyce przestępczości⁹⁹. Nie o to chyba chodzi w nagminności.

Na tle tego istotnego deficytu warsztatowego judykatury w zakresie liczbowego określania nagminności, orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r. wnosi istotny i twórczy wkład do problematyki nagminności. Zdaniem sądu wolno się powołać na nagminność wyłącznie wtedy, gdy „okaże się, że ilość tego rodzaju spraw (przestępstwa rozboju, popełniane przy użyciu noża – przyp. autora) odbiega od ‘normalności’”. To oczywiście krok naprzód w stosunku do poprzednich, mało satysfakcjonujących ujęć „statystycznego” aspektu nagminności występujących w judykaturze Sądu Najwyższego. Ale także to ujęcie nie tylko nie jest wolne od wad, lecz wręcz nasuwa jeszcze więcej problemów niż przynosi rozwiązań. Co to jest „normalność” (przez sam Sąd Apelacyjny w Łodzi wzięta zresztą w nawias) i jak tę normalność należy pojmować? Tę trudność tylko pozornie łatwo jest przezwyciężyć. Bo przecież ustalenie normalności wymaga przyjęcia odrębnego zestawu kryteriów decydujących o tym stanie. Zapewne z odwołaniem się do statystyki (nie zawsze przecież dostępnej) z obszarów innych okręgów sądowych, a być może nawet z terenu całego kraju. Jak daleko wstecz w czasie sięgać celem ustalenia „normalności”? Ale gdyby nawet pokonać te przeszkody, to wtedy należy sobie odpowiedzieć na pytanie, czy każde „odbieganie od ‘normalności’” uzasadnia przyjęcie nagminności? Z ujęcia zaprezentowanego w wyroku z 20 lutego 2014 r. wynika, że tak. Tego rodzaju ujęcie już na poziomie intuicyjnym zdaje się całkowicie kłócić z ideą nagminności, która tylko dlatego miałaby wpływać na zaostrzenie wymiaru kary, że wiąże się ze znaczącym¹⁰⁰ zwiększeniem niebezpieczeństwa dla dóbr chronionych prawem.

12. Zastanówmy się jeszcze, jakie mogą być praktyczne skutki stanowiska wyartykułowanego w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 lutego 2014 r.? Czy i jakie implikacje płyną z niego dla orzekania pierwszoinstancyjnego i odwoławczego w zakresie wymiaru kary? Trzeba powiedzieć jasno: z czysto pragmatycznego punktu widzenia należy zdecydowa-

leży, aby jednych odstraszyć tym przykładem od czynów, przedsiębranych ze złą wolą, a innych pobudzić do ścisłego przestrzegania przepisów i pilnowania sumiennego, wypieków przez pracowników” (za orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1919 r., sygn. 601/1918).

⁹⁹ W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1985 r., sygn. V KRN 199/85: „przestępstwa kradzieży i kradzieży z włamaniem stanowią około jednej trzeciej ogółu stwierdzonych przestępstw (...) świadczy to o istniejącym zagrożeniu przestępczością tego rodzaju”.

¹⁰⁰ W. Wróbel pisze tu o „gwałtownie nasilającej się fali przestępczości” (Nagminność..., s. 62).

nie odradzić sędziemu sięganie po kryterium nagminności. Powoływanie się bowiem w uzasadnieniu wyroku na „czystą” nagminność, jako na okoliczność uzasadniającą zaostrenie wymiaru kary, bez jej adekwatnego obudowania w ten lub inny sposób poszerzoną podstawą dowodową, nie tylko nie jest prawidłowe z jurydycznego punktu widzenia, ale – także – nie będzie wyjściem korzystnym dla sędziego. Owszem – na nagminność (zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku sygn. II AKa 9/14) wolno się powoływać, ale wtedy trzeba będzie osadzić ją w odpowiednim, najczęściej dość złożonym statystycznie kontekście dowodowym, co z kolei będzie wymagało od sędziego podjęcia stosownych, wcale nie tak prostych kroków w kierunku udowodnienia nagminności¹⁰¹. Jest więc orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi jasnym sygnałem dla sędziego: należy unikać pochopnego odwoływania się do nagminności jako przesłanki zasądzania surowszej kary, bo ogólnikowe operowanie nagminnością jako kryterium podwyższenia kary naraża wyrok na ryzyko zmiany lub wzruszenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Gołosłowne inwokowanie nagminności w wyroku skazującym jako podstawy zaostrenia kary zostanie przez czujnego obrońcę z miejsca wyłowione z uzasadnienia wyroku i wykorzystane jako podstawa do formułowania zarzutu... No właśnie: tylko jakiego zarzutu, w jaki sposób formułowanego i odnoszącego się do której z podstaw odwoławczych taksatywnie wskazanych w kodeksie postępowania karnego? Sprawa nie jest wcale prosta. Chyba nie kwalifikowanego jako naruszenie wskazane w przepisie art. 438 pkt 4 k.p.k., bo przecież nie o niewspółmierność kary tu idzie. Wszak o niewspółmierności kary można mówić wtedy, gdy rozstrzygnięcie odnoszące się do kary opiera się na prawidłowych ustaleniach faktycznych, a nawet w ogóle na jakichkolwiek ustaleniach faktycznych. Wchodzi zatem w rachubę raczej podwójna kwalifikacja procesowa takiego uchybienia – z przepisów art. 438 pkt 1 lub 3 k.p.k.

Z jednej strony do pomyślenia jest sformułowanie zarzutu nawiązującego do naruszenia stypizowanego w przepisie art. 438 pkt 3 k.p.k., polegającego na braku dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie nagminności danego przestępstwa. Z drugiej – nie będzie zapewne błędem sformułowanie zarzutu naruszenia nawiązującego do naruszenia przepisów materialnoprawnych (art. 438 pkt 1 k.p.k.) jeżeli zdaniem skarżącego nagminno-

¹⁰¹ Racje mają przedstawiciele doktryny, którzy twierdzą, że „sądy niemal nigdy w uzasadnieniach wyroków nie podają podstaw swojej wiedzy o nagminności, na którą powołują się jako na okoliczność zaostrającą wymiar kary” (W. Wróbel, *op. cit.*, s. 62). Badania z lat 70. potwierdzają (T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Wrocław 1980, s. 158.), że powoływanie się przez sądy w części motywacyjnej orzeczeń na takie okoliczności jak „nagminność” właśnie ma z reguły ogólnikowy charakter i sądy nie podają na podstawie jakich faktów ustaliły częstotliwość występowania danego przestępstwa.

ści nie da się podciągnąć pod prewencję ogólną „pozytywną”, a zatem wówczas, gdy skarżący będzie opierał zarzut apelacyjny na twierdzeniu, że wśród kryteriów sądowego wymiaru kary wymienionych w przepisie art. 53 § 1 k.k. nie ma nagminności¹⁰².

Nawet gdyby sędzia sądu *a quo* zdecydował się jednak powołać na nagminność – to nie powinien się lękać kontroli odwoławczej w tym zakresie¹⁰³. Gdy z uzasadnienia rozstrzygnięcia o karze opadnie kryterium nagminności, to odpadnie na ogół wyłącznie jedno z licznych kryteriów (kumulatywnie) powoływanych w części motywacyjnej wyroku dla uzasadnienia zaostrzenia wymiaru kary. A praktyka pokazuje, że inne kryteria są całkowicie wystarczające dla uzasadnienia stanowiska co do surowej kary.

Jeżeli chodzi o kryteria przedstawione w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi, sygn. II AKa 9/14, to mogą one mieć – paradoksalnie – zdecydowany *chilling effect* na praktykę odwoływania się do nagminności w sprawach karnych. Dlaczego? Dlatego, że sędzia nie będzie zbyt skory do przeprowadzania skomplikowanych (i niepewnych z ustawowego punktu widzenia) obliczeń i kalkulacji oraz wnikania się w kontrowersyjną problematykę kryminologiczną, ryzykując, że jego praca pójdzie i tak na marne w instancji odwoławczej. Bezpieczniej będzie odwołać się do pozostałych, mniej kontrowersyjnych i zdecydowanie mniej czasochłonnych kryteriów sądowego wymiaru określonych w ustawie. Będzie to zarówno znacznie bardziej opłacalne z pragmatycznego punktu widzenia (sporządzenie uzasadnienia wyroku odwołującego się do nagminności zazwyczaj przecież będzie wymagało

¹⁰² Jak wiadomo w orzecznictwie przyjmuje się, że nie jest dopuszczalne formułowanie zarzutów opartych na wzorcu odwoławczym określonym w przepisie art. 438 pkt 1 k.p.k. wtedy, gdy ustawa pozwala sędziemu na wydanie decyzji o charakterze uznaniowym co do wymiaru kary (z nowszego orzecznictwa por. m.in. – w związku z przepisem art. 53 k.k. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2016 r., sygn. III KK 256/16, Prokuratura i Prawo 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 11: „przepis art. 53 k.k. nie ma charakteru normy stanowczej (zawierającej nakaz lub zakaz określonego zachowania), zatem jego obraza w rozumieniu art. 439 pkt 1 k.p.k. – nie wchodzi w grę”; na tle art. 69 k.k. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 r., sygn. II KK 301/15, Prokuratura i Prawo 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 12). Do tej konfiguracji procesowej ta linia orzecznicza nie ma jednak chyba zastosowania. Wszak chodzi tu jednak o zasadniczo odmienną sytuację: nie o kwestionowanie prawidłowości zastosowania kryteriów określonych w przepisie art. 53 § 1 k.k. (w tym zakresie to do sądu należy decyzja i jego uznaniowość nie może być kwestionowana przez formułowanie zarzutu naruszenia prawa materialnego kwalifikowanego jako naruszenie z art. 438 pkt 1 k.p.k.), lecz o naruszenie przepisu art. 53 § 1 k.k. polegające na wciągnięciu do katalogu kryteriów sądowego wymiaru kary kryterium, które – zdaniem skarżącego – nie ma podstawy prawnej w przepisie art. 53 § 1 k.k. A więc jednak o naruszenie kwalifikowane jako obraza przepisów prawa materialnego.

¹⁰³ Prowadzone badania empiryczne pokazały, że ewentualność zaskarżenia orzeczenia co do kary jest istotnym czynnikiem uwzględnianym przez sędziów przy rozstrzyganiu w przedmiocie kary (por. T. K a c z m a r e k, Sędziowski wymiar kary w PRL w świetle badań ankietowych, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972, s. 303).

trudnej i niewdzięcznej pracy o charakterze *quasi*-kryminologicznym), jak i bezpieczne z punktu widzenia zaskarżenia (łatwiej kwestionować w postępowaniu odwoławczym bazowanie przez sąd *a quo* na nagminności – z powodów o których była mowa powyżej – niż na innych ustawowych dyrektywach wymiaru kary).

13. Jak więc rysuje się przyszłość nagminności i do jakiej konkluzji prowadzą powyższe rozważania? Nagminność oglądana z daleka, z lotu ptaka, sprawia wrażenie niewątpliwie atrakcyjnego pomysłu kryminalno-politycznego. Ale gdy się jej przyjrzeć z bliska i zastanowić nad szczegółami, to okazuje się, że poważnie zawodzi. I to w zasadzie na wszystkich frontach. Nie chodzi jednak tylko o to, że nagminność jako narzędzie polityki kryminalnej nie jest przydatna, bo jest niekompatybilna ze społeczną szkodliwością (ten akurat spór zdezaktualizował się z chwilą wejścia w życie obowiązującego dziś kodeksu karnego) czy z zasadą prewencji ogólnej (nawet w jej „pozytywnym” wydaniu). Rzecz w tym bowiem, że kryteria określania nagminności są do tego stopnia płynne, że jej stosowanie musi nieuchronnie prowadzić do komplikacji w rodzaju nałożenia na sędziego zadań należących raczej do teoretyka-kryminologa czy do wytworzenia się wielu różniących się między sobą mini-wymiarów sprawiedliwości. Dziś nagminność wnosi do prawa karnego więcej problemów niż ich rozwiązuje. Dlatego też – być może – należałoby się z nią pożegnać i wyeliminować ją raz na zawsze z arsenału środków decydujących w praktyce o sądowym wymiarze kary. Nie jest to jednak możliwe bez eliminacji niefortunnego kryterium „kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa” z kodeksu karnego¹⁰⁴.

Bez tego wydaje się mało prawdopodobne, żeby nagminność miała zniknąć z naszej praktyki karnej. Jak pokazuje powyższe opracowanie, jest to instytucja wyjątkowo odporna na wszelkie próby eliminowania z praktyki oraz wytrzymała i nie reagująca na zbyt delikatne zmiany normatywne. Gdyby jednak ustawodawca chciał w przyszłości zrewidować swój pogląd na nagminność i przyznać jej – mimo wszystko – wyraźne prawo obywatelstwa w prawie karnym, to należałoby postulować wyposażenie sędziego we właściwe instrumenty prawne, które pozwoliłyby mu na szybkie i precyzyjne

¹⁰⁴ Zob. w tym względzie kateryczne ujęcie projektów (w obu przypadkach chodzi o zasadniczą modyfikację treści art. 50 § 1 k.k. z 1969 r.): wstępnego społecznego projektu nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną powołaną przez I Ogólnopolskie Forum Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości NSZZ „Solidarność” (Kraków, styczeń–maj 1981 r.) oraz społecznego projektu nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną powołaną przez I Ogólnopolskie Forum Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości NSZZ „Solidarność” (Kraków, sierpień 1981 r.), (w:) Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze..., Prawo i postępowanie karne, Załączniki 3 i 6. W obu społecznych projektach planowano rezygnację z posługiwania się „społecznym oddziaływaniem” jako jednym z celów kary.

uwzględnianie (odpowiadające potrzebom praktyki, przede wszystkim zaś szybkości orzekania) nagminności jako czynnika rzutującego na zaostrezenie kary. Do tego potrzebne jest spełnienie tylko (i aż) dwóch wymogów: (1) należałoby wyraźnie wprowadzić nagminność jako normatywne kryterium zaostrezenia wymiaru kary do ustawy karnej i (2) prawnie określić precyzyjne, jawne i w miarę obiektywne kryteria oceny istnienia nagminności. Przy rozważaniu tego ostatniego kryterium nie od rzeczy byłoby tak ukształtować statystyczne kryteria „progowe” nagminności, żeby można ją było uruchomić jako narzędzie polityki karnej jedynie w stanach nadzwyczajnego, drastycznego wzrostu przestępczości, potwierdzonego twardymi liczbami, a nie jedynie obiegową plotką lub doniesieniami medialnymi.

High offence rates in law and criminal jurisprudence (remarks with reference to the judgment of the Appellate Court in Łódź of 20 February 2014)

Abstract

This paper addresses legal, penal, and procedural issues relating to high incidence of offences. Problems strictly connected with high offence rates are enormously broadly and autonomously deeply presented, with various relevant aspects highlighted and a complex and commendable approach taken. While discussing particular matters, this paper offers references to relevant views of legal academics and commentators as well as judicial decisions that go hand in hand with the covered issues.

Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego

Streszczenie

Z dniem 15 kwietnia 2016 r. przywrócona została możliwość orzekania o odbywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Pozwoli to na pełniejsze wykorzystywanie możliwości i rozwoju tego systemu zarówno w zakresie jego pojemności, jak też poziomu organizacyjno-technicznego. Ustawodawca uzależnił jednak powodzenie realizacji tego celu m.in. od aktywności uczestników postępowania mającego za przedmiot udzielenie skazanemu zezwolenia na odbywanie kary w tym systemie (skazany, jego obrońca, prokurator, sądowy kurator zawodowy, dyrektor zakładu karnego), bowiem wszczęcie postępowania o udzielenie zezwolenia na tę formę odbywania kary pozbawienia wolności może nastąpić tylko na ich wniosek. W artykule omówiono w aspekcie praktycznym wymogi, jakim ma odpowiadać taki wniosek, a także warunki udzielenia zezwolenia i zasady postępowania mającego za przedmiot jego udzielenie.

1. Uwagi wstępne

Z dniem 15 kwietnia 2016 r. przywrócona została możliwość orzekania o odbywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego¹. Pozwoli to na pełniejsze wykorzystywanie możliwości i rozwoju tego systemu zarówno w zakresie jego pojemności, jak też poziomu organizacyjno-technicznego.

Wyeliminowanie od dnia 1 lipca 2015 r.² możliwości wykonywania kary pozbawienia wolności w tym systemie i wprowadzenie w jej miejsce kary ograniczenia wolności spowodowało znaczący spadek liczby osób objętych tym systemem, a więc niewykorzystywanie tych możliwości. Taka decyzja ustawodawcy nastąpiła mimo pozytywnych doświadczeń z wykonywania

¹ Art. 2 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 437).

² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego i mimo akcentowania w piśmiennictwie szczególnego znaczenia wykonywania kary pozbawienia wolności w tym systemie. Podkreślano, że jego zaletą jest brak kontaktu skazanego z innymi skazanymi, a realizacja celu wychowawczego kary wykonywanej w tym systemie nieporównywalnie bardziej sprzyja zapobieganiu powrotowi do przestępstwa³.

Aktualne rozwiązanie prawne w tym zakresie nie ma, jak poprzednio⁴, charakteru epizodycznego, ale zostało przewidziane jako regulacja trwała, co spowodowało jej zamieszczenie w kodeksie karnym wykonawczym (Rozdział VIIa). Intencje ustawodawcy co do szerokiego stosowania dozoru elektronicznego przy wykonywaniu kary pozbawienia wolności wyrażone w znowelizowanych przepisach tego rozdziału, szczególnie regulacje dotyczące przesłanek udzielenia skazanemu zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, ustawodawca uzależnił jednak od aktywności uczestników postępowania mającego za przedmiot udzielenie skazanemu takiego zezwolenia (skazany, jego obrońca, prokurator, sądowy kurator zawodowy, dyrektor zakładu karnego). Jak wynika bowiem z brzmienia art. 43lc k.k.w. wyłączona została możliwość wszczynania z urzędu postępowania w tym przedmiocie, a może to nastąpić tylko na wniosek wymienionych osób.

Od poprawnej merytorycznie i proceduralnie ich aktywności w znacznym stopniu zależy więc wykorzystanie korzyści, jakie daje wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Należy o nią apelować szczególnie do prokuratorów, bowiem brak szczególnego ich zainteresowania postępowaniem wykonawczym jest regułą, ale też skazanych i ich obrońców, bowiem to przecież w ich interesie leży korzystanie z dobrodziejstwa, jakim jest bez wątpienia odbywanie kary pozbawienia wolności w omawianym systemie, a więc w warunkach ograniczonej wolności.

Dlatego problematyka udzielenia zezwolenia omówiona zostanie przede wszystkim w aspekcie praw i obowiązków stron w tym postępowaniu, a więc prokuratora, skazanego i jego obrońcy, a także sądowego kuratora zawodowego i dyrektora zakładu karnego.

Tak więc szczegółowe rozważania dotyczące udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektro-

³ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny – zarys problematyki*, *Probacja* 2009, nr 2, s. 72; zob. też: R. Pelewicz, *Dozór elektroniczny jako środek ograniczania przeludnienia więzień w aspekcie źródeł prawa międzynarodowego praw człowieka* (wybrane zagadnienia), *Probacja* 2013, nr 2, s. 73 i powołana tam literatura.

⁴ Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 142, poz. 960 z późn. zm.).

nicznego należy rozpocząć od omówienia problematyki składania wniosków o udzielenie takiego zezwolenia.

2. Wniosek o udzielenie zezwolenia

W myśl art. 43lc k.k.w. w sprawach o udzielenie skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny orzeka na wniosek skazanego lub na wniosek jego obrońcy, prokuratora, sądowego kuratora zawodowego lub dyrektora zakładu karnego. Treść tego przepisu oznacza, że kwestia wszczynania postępowania o udzielenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego uregulowana została w sposób odmienny wobec ogólnej zasady wszczynania postępowań incydentalnych, określonej w art. 19 § 1 k.k.w., który przewiduje, że sąd orzeka na wniosek prokuratora, skazanego albo jego obrońcy oraz z urzędu, a jeżeli ustawa tak stanowi – na wniosek innych osób. Porównanie treści art. 19 § 1 i art. 43lc k.k.w. nakazuje więc przyjąć, że komentowany przepis implikuje zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali*, co oznacza, że wyłącza stosowanie przepisu ogólnego zawartego w art. 19 § 1 k.k.w. i prowadzi do wniosku, że to incydentalne postępowanie wykonawcze opiera się wyłącznie na zasadzie skargowości⁵. Dlatego w doktrynie słusznie podnosi się, że sąd, orzekając karę pozbawienia wolności do roku lub zarządzając wykonanie takiej kary warunkowo zawieszanej, powinien poinformować skazanego o możliwości wystąpienia z wnioskiem do sądu penitencjarnego o udzielenie zezwolenia na jej odbycie w systemie dozoru elektronicznego⁶.

Jedyny wyjątek od zasady skargowości w sprawach o udzielenie zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego, wyrażonej w art. 43lc k.k.w., przewidziany jest w art. 43li k.k.w. dotyczącym przypadku objęcia wyrokiem łącznym kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego. W takiej sytuacji sąd penitencjarny z urzędu uchyla zezwolenie na odbycie kary w tym systemie, co nie stoi na przeszkodzie jednoczesnemu udzieleniu zezwolenia na odbycie kary łącznej pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli zachodzą warunki określone w art. 43la § 1 k.k.w. Sąd może więc orzec wówczas o zastosowaniu dozoru elektronicznego także z urzędu. Warunkiem jest jednak „jednoczesne”, a więc w jednym postępowaniu incydentalnym, podjęcie obu decyzji, o których mowa w art. 43li k.k.w., czyli uchylenie zezwolenia na odbycie

⁵ R. Pelewicki, Rodzaje aktywności prokuratora w systemie dozoru elektronicznego, *Proba* 2015, nr 2, s. 75.

⁶ Ł. Malinowski, Wykonywanie kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, komentarz, Warszawa 2013, teza 4 do art. 39.

w systemie dozoru elektronicznego kary objętej wyrokiem łącznym i zezwolenie na odbycie w tym systemie kary łącznej.

Wyłączenie możliwości orzekania z urzędu, przewidziane w art. 43lc k.k.w., nie jest jedynym odstępstwem od zasad składania wniosków w postępowaniu wykonawczym, określonych w art. 19 k.k.w. Nie jest dopuszczalne (art. 43ld § 1 k.k.w.) składanie wniosku o zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego ustnie i zastąpienia takiego wniosku spisaniem stosownego protokołu (zob. art. 19 § 2 k.k.w.). Nie jest to jednak odstępstwo najistotniejsze, chociaż wymagające zauważenia.

W art. 43ld § 2 i 3 k.k.w. określone zostały warunki, jakim musi odpowiadać wniosek, w sposób bardziej szczegółowy niż w art. 19 § 3 k.k.w., eksponując wymóg inicjatywy dowodowej, ciążyący na składającym wniosek.

Uzasadnienie wniosku o zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego musi zawierać wskazanie okoliczności, o których mowa w art. 43la § 1–4 k.k.w., których pozytywne ustalenie jest warunkiem udzielenia zezwolenia. Będzie o nich szczegółowo mowa w kolejnym punkcie.

W art. 43ld § 2 k.k.w. mowa jest o „wskazaniu okoliczności”, o których mowa w art. 43la § 1–4 k.k.w., a nie o „wykazaniu (udowodnieniu) istnienia tych okoliczności”. Oznacza to, że osoba składająca wniosek nie ma obowiązku dołączania dokumentów potwierdzających treść wniosku. Byłoby to zresztą często niemożliwe. Wymóg „wskazania okoliczności”, o których mowa, jest spełniony jeżeli we wniosku zostaną wymienione konkretne fakty a także dowody, w których znajdzie się potwierdzenie ich istnienia. Uwzględniając treść wniosku sąd powinien rozważyć konieczność przeprowadzenia stosownego postępowania dowodowego. Z reguły wystarczające może okazać się dołączenie akt sprawy karnej, w której sprawca został skazany, a także zażądanie wywiadu od kuratora sądowego lub opinii administracji zakładu karnego. Z tych dokumentów powinno sposób jednoznaczny wynikać, że:

- a) wobec skazanego orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku, a nie zachodzą warunki przewidziane w art. 64 § 2 k.k. (art. 43la § 1 pkt 1 k.k.w.),
- b) odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego jest wystarczające do osiągnięcia celów kary (art. 43la § 1 pkt 2 k.k.w.),
- c) skazany posiada określone miejsce stałego pobytu (art. 43la § 1 pkt 3 k.k.w.),
- d) spełnione zostały warunki określone w art. 43la § 2 albo 3 k.k.w., w zależności od tego, czy skazany rozpoczął już odbywanie kary pozbawienia wolności, czy też nie.

W dalszej części (pkt III) omówione zostanie rozumienie wszystkich tych warunków.

Osobny problem związany z udzieleniem skazanemu przez sąd penitencjarny zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, to wymóg, by osoby pełnoletnie zamieszkujące wspólnie ze skazanym wyraziły pisemną zgodę na wykonywanie wobec skazanego dozoru stacjonarnego w miejscu wspólnego zamieszkania, a także na umożliwienie podmiotowi dozorującemu przeprowadzanie czynności kontrolnych w tym miejscu (w art. 43h § 3 k.k.w.). Art. 43ld § 3 k.k.w. wymaga, aby w przypadku wniosku złożonego przez skazanego, jego obrońcę, prokuratora lub sądowego kuratora zawodowego, zgoda taka była dołączona do wniosku. Jeżeli wniosek składa dyrektor zakładu karnego, zgodę uzyskuje sąd penitencjarny właściwy do orzekania w sprawie na zasadach określonych w art. 43h § 4 i 5 k.k.w., a więc poprzez kuratora sądowego.

Ponieważ zgoda, o której mowa w art. 43h § 3 k.k.w. powinna być dołączona do wniosku złożonego przez skazanego, jego obrońcę, prokuratora lub sądowego kuratora zawodowego, podmioty te mają prawo zwrócenia się do osób pełnoletnich zamieszkujących wspólnie ze skazanym o złożenie oświadczenia wyrażającego taką zgodę. „Zgoda” o jakiej mowa w art. 43h § 3 k.k.w. jest oświadczeniem woli wyrażonym przez osobę pełnoletnią zamieszkującą wspólnie ze skazanym. Osoba pełnoletnia to osoba, która w chwili wyrażenia zgody ukończyła lat 18. Wcześniejsze uzyskanie pełnoletności dotyczy osób, które po ukończeniu 16 lat zawarły małżeństwo za zgodą sądu (art. 10 k.c.).

Zgoda wymienionych osób – co do zasady – wymagana jest dlatego, że w związku z kontrolą zachowania skazanego może dojść do naruszenia ich prawa do prywatności. Trzeba mieć na uwadze, że wyrażenie przez te osoby zgody musi wiązać się z ich interesem, a ten może być naruszony nie tylko przez zainstalowanie aparatury monitorującej w mieszkaniu, ale także w toku sprawdzenia prawidłowości jego funkcjonowania⁷.

Uzyskanie omawianej zgody nie jest wymogiem bezwzględnym udzielenia skazanemu zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w miejscu, w którym skazany zamieszkuje wspólnie z innymi osobami pełnoletnimi. Należy bowiem pamiętać, że w myśl art. 43la § 4 k.k.w. sąd może udzielić zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego pomimo braku zgody, o której mowa w art. 43h § 3, jeżeli wykonanie kary w systemie dozoru elektronicznego w sposób oczywisty nie wiąże się z nadmiernymi trudnościami dla osoby, która tej zgody nie wyraziła, i narusza jej prywatność jedy-

⁷ R. A. Stefański, Kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, WPP 2007, nr 4, s. 29.

nie w nieznacznym stopniu. Oceny w tym zakresie sąd penitencjarny może dokonać z urzędu albo z inicjatywy składającego wniosek.

Złożenie wniosku o udzielenia skazanemu zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego bez wskazania w uzasadnieniu okoliczności, o których mowa w art. 43la § 1–3 k.k.w., a w przypadku wniosku złożonego przez skazanego, jego obrońcę, prokuratora lub sądowego kuratora zawodowego – bez dołączenia zgody, o której mowa w art. 43h § 3 k.k.w., może powodować pozostawienie go bez rozpoznania (art. 19 § 3 zd. drugie k.k.w.). Pozostawienie wniosku bez rozpoznania jest fakultatywne i wymaga formy niezaskarżalnego postanowienia sądu penitencjarnego. Ponieważ wymienione wady są brakiem formalnym wniosku, ewentualną decyzję w przedmiocie pozostawienia go bez rozpoznania powinno poprzedzać wezwanie do usunięcia tego braku w trybie art. 120 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.

W przypadku, gdy sąd penitencjarny nie uwzględni wniosku, może on być ponowiony. Ustawodawca wprowadza jednak pewne ograniczenia w tym zakresie. W myśl art. 43ll k.k.w. ponowny wniosek skazanego lub jego obrońcy o udzielenie zezwolenia, złożony przed upływem 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia o odmowie udzielenia zezwolenia, pozostawia się bez rozpoznania. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że zakaz składania ponownego wniosku przez skazanego lub jego obrońcę przed upływem 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia o odmowie udzielenia zezwolenia nie istnieje wówczas, gdy poprzedni wniosek złożył prokurator, sądowy kurator zawodowy lub dyrektor zakładu karnego. Te same podmioty, a więc prokurator, sądowy kurator zawodowy lub dyrektor zakładu karnego, mogą składać ponowny, podlegający rozpoznaniu, wniosek przed upływem 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia o odmowie udzielenia tego zezwolenia, bez względu na to, kto składał poprzedni wniosek.

Termin 3-miesięczny biegnie od dnia wydania poprzedniego postanowienia odmawiającego udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jest ono bowiem wykonalne z chwilą wydania (art. 9 § 3 k.k.w.). Termin ten liczony jest według stanu na dzień złożenia ponownego wniosku. Sąd pozostawi go bez rozpoznania nawet wówczas, gdy w chwili orzekania upłynął ten termin.

3. Warunki udzielenia zezwolenia

Wymogiem formalnym udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, którego istnienie powinno być ustalone przed rozpoznaniem wniosku, a więc i przed badaniem istnienia pozostałych warunków, o których będzie niżej mowa, jest ustalenie, czy odbywaniu kary w tym systemie nie stoją na przeszkodzie wa-

runki techniczne obejmujące w szczególności liczbę oraz zasięg dostępnych nadajników i rejestratorów oraz możliwości organizacyjne ich obsługi (art. 43la § 1 pkt 5 k.k.w.). W tym celu, bezzwłocznie po złożeniu wniosku, sąd żąda od podmiotu dozoru nadesłania informacji, czy warunki techniczne pozwalają na niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Jeżeli z informacji uzyskanych od podmiotu dozoru wynika, że nie jest możliwe niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania kary w tym systemie, sędzia penitencjarny pozostawia wniosek bez rozpoznania (art. 43lf § 2 k.k.w.). Decyzję w tym przedmiocie sędzia penitencjarny podejmuje w formie zarządzenia. Wobec braku przepisów szczególnych odnoszących się do zarządzenia wydawanego na podstawie art. 43lf § 2 k.k.w. należy przyjąć, że jest ono decyzją w rozumieniu art. 7 k.k.w. Oznacza to, że skazany może zaskarżyć zarządzenie sędziego penitencjarnego do sądu z powodu niezgodności z prawem w trybie przewidzianym w art. 7 § 1 i 3 k.k.w., muszą być zatem zachowane przy jej wydawaniu wymogi wskazane w tym przepisie. Skargę rozpoznaje sąd penitencjarny właściwy zgodnie z art. 3 § 2 k.k.w.

Z uwagi na obowiązujący stan prawny, stracił na aktualności pogląd wypowiedziany na gruncie art. 42 ust. 2 ustawy o dozoru elektronicznym z 2007 r., w myśl którego zarządzenie sędziego penitencjarnego o pozostawieniu bez rozpoznania wniosku z powodu braku warunków technicznych do wykonania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jest niezaskarżalne⁸. Ustawa ta rzeczywiście nie przewidywała możliwości zaskarżenia zarządzenia wydanego w trybie wymienionego przepisu.

Przesłanki warunkujące udzielenie skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, wymienia art. 43la § 1 punkty 1–4 k.k.w. Odnoszą się one do skazanych, którzy nie rozpoczęli jeszcze odbywania kary w zakładzie karnym, jak też skazanych, którzy rozpoczęli jej odbywanie.

Po uzyskaniu od podmiotu dozoru informacji, że warunki techniczne pozwalają na niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 43la § pkt 5 k.k.w.) i przedłożeniu sądowi penitencjarnemu zgody, o której mowa w art. 43la § 1 pkt 4 k.k.w. bądź dokonaniu oceny przez sąd, że wykonanie kary w systemie dozoru elektronicznego w sposób oczywisty nie będzie się wiązało z nadmiernymi trudnościami dla osoby, która tej zgody nie wyraziła, i będzie naruszało jej prywatność jedynie w nieznacznym stopniu, sąd penitencjarny przystępuje do ustalenia, czy zostały spełnione warunki do udzielenia ska-

⁸ Zob. m.in. postanowienie SA w Krakowie z dnia 17 czerwca 2011 r., sygn. II AKzw 524/11, KZS 2011, nr 9, poz. 54.

zanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego wymienione w art. 43la § 1 punkty 1–3 k.k.w.

Zajmijmy się krótko omówieniem tych warunków. Jak już zostało powiedziane, wskazanie okoliczności świadczących o ich istnieniu powinno nastąpić we wniosku o udzielenie zezwolenia.

Pierwszym, formalnym, warunkiem podlegającym badaniu przez sąd penitencjarny jest to, aby orzeczona wobec skazanego kara pozbawienia wolności, której dotyczy wniosek, nie przekraczała roku i aby nie zachodziły okoliczności przewidziane w art. 64 § 2 k.k. (art. 43la § 1 pkt 1 k.k.w.).

Pod pojęciem kary nieprzekraczającej roku należy rozumieć wymiar kary orzeczonej, a nie pozostałą część kary podlegającą wykonaniu. Dotyczy to także sumy kar nie podlegających łączeniu, wymiaru kary łącznej, wymiaru zastępczej kary pozbawienia wolności lub kary pozbawienia wolności orzeczonej w warunkach, o których mowa w art. 37b lub w art. 87 § 2 k.k. (zob. art. 43la § 6 i art. 43lb k.k.w.). Natomiast istnienie lub brak „warunków przewidzianych w art. 64 § 2 k.k.” musi wynikać jednoznacznie z części dyspozytywnej wyroku skazującego. Jeżeli w opisie czynu nie wskazano recydywy określonej w art. 64 § 2 k.k. i nie powołano odpowiedniego przepisu w kwalifikacji prawnej, nie ma podstaw do stosowania wobec takiego sprawcy ograniczeń wynikających z art. 43la § 1 pkt 1 k.k.w.⁹ Przyjęcia działania (lub braku działania) w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej z art. 64 § 2 k.k. nie można więc ani domniemywać, ani samodzielnie ustalać w postępowaniu mającym za przedmiot udzielenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Odrębnego zwrócenia uwagi wymaga sytuacja, której dotyczy art. 43la § 6 k.k.w., a więc gdy skazanemu wymierzono dwie lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które ma odbyć kolejno, nieprzekraczających w sumie roku. W myśl tego przepisu, do takiego skazanego stosuje się przepisy art. 43la § 1–5 k.k.w. Podobne rozwiązanie przewidywał art. 6 ust. 4 ustawy o dozorcze elektronicznym z 2007 r. Pod rządami tej właśnie ustawy pojawiły się w orzecznictwie rozbieżne stanowiska.

Za prawidłowy należy przyjąć ten pogląd, w myśl którego sąd penitencjarny może udzielić zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego tylko wówczas, gdy orzeczona kara pozbawienia wolności nie przekracza roku i to niezależnie od tego, czy skazanemu wymierzono jedną karę, czy też dwie albo więcej kar pozbawienia wolności niepodlegających łączeniu¹⁰. W takim przypadku o możliwości udzielenia zezwolenia decyduje suma kar orzeczonych, a nie – jak uznał jeden z sądów apelacyjnych¹¹ –

⁹ Por. wyrok SA Katowicach z dnia 19 marca 2015 r., sygn. II AKa 48/15, LEX nr 1770352.

¹⁰ Postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2012 r., sygn. III KK 174/12, OSNKW 2013, nr 5, poz. 41.

¹¹ Zob. postanowienie SA w Krakowie z dnia 17 października 2013 r., sygn. II AKz 1167/13, KZS 2013, nr 11, poz. 72.

wymiar (suma) kar pozostałych do odbycia w czasie orzekania w przedmiocie udzielenia zezwolenia. Rozwijając tę myśl należy uznać, że zezwolenie takie może być udzielone skazanemu, który po odbyciu w całości kary za jedno przestępstwo, popełnił kolejne, za które została mu wymierzona kara nieprzekraczająca roku pozbawienia wolności. Udzielenie zezwolenia jest natomiast niedopuszczalne, gdy po odbyciu jednej lub kilku kar pozostaje do wykonania kara, której wymiar nie przekracza roku. Traktowanie wszystkich niepodlegających łączeniu kar, które skazany ma odbyć, jako jednej całości, nie jest uzależnione od żadnych dalszych przesłanek. W konsekwencji wszystkie tego rodzaju kary należy traktować jako jedną całość.

Również w przypadku wydania wyroku łącznego, niezbędnym warunkiem do udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest, aby wymierzona kara łączna nie była wyższa od roku pozbawienia wolności¹².

Kolejnym warunkiem udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest uznanie przez sąd penitencjarny, że do osiągnięcia celów kary pozbawienia wolności wystarczające będzie odbycie jej w formie dozoru elektronicznego (art. 431a § 1 pkt 2 k.k.w.). Jest to warunek o charakterze ocennym. Przy ustalaniu jego istnienia należy mieć na uwadze cele kary pozbawienia wolności określone w art. 67 k.k.w. Kodeks karny wykonawczy przewiduje w tym przepisie znacznie węższy zakres celów wykonywania kary pozbawienia wolności, niż te, które wymienione są w art. 53 § 1 k.k., jako dyrektywy wymiaru kary. W postępowaniu wykonawczym „znika” stopień winy, stopień społecznej szkodliwości czynu, a także społeczne oddziaływanie kary. Podstawowym celem wykonywania kary pozbawienia wolności jest cel zapobiegawczy i wychowawczy, a więc to, co jest nazywane *prewencją szczególną*. Został on jednoznacznie wyartykułowany w art. 67 k.k.w., jako wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanых postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Jest to cel niejako perspektywiczny, dalekosiężny, mający szansę realizacji w przyszłości, po odbyciu kary. W piśmiennictwie zasadnie podkreślono, że *prewencja szczególna* musi jednak ustąpić miejsca celowi izolacyjno–zabezpieczającemu w stosunku do skazanych za najgroźniejsze przestępstwa, uznanych za całkowicie zdemoralizowanych, stanowiących jednocześnie najpoważniejsze zagrożenie dla społeczeństwa¹³.

¹² Postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2012 r., sygn. III KK 174/12, OSNKW 2013, nr 5, poz. 41.

¹³ L. Bogunia, T. Kalisz, W sprawie interpretacji art. 67 k.k.w. Rozważania o celach wykonywania kary pozbawienia wolności i kierunkach współczesnej polityki penitencjarnej, NKPK 2010, t. 26, s. 123.

Warunkiem udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest też posiadanie przez niego „określonego miejsca stałego pobytu” (art. 43la § 1 pkt 3 k.k.w.). Spełnienie tego warunku stanowi istotną gwarancję istnienia stabilizacji życiowej skazanego, pozwalającą na domniemanie, że będzie on prawidłowo wywiązywał się z obowiązków związanych z dozorem elektronicznym. „Miejsce stałego pobytu” jest to miejsce w którym skazany stale realizuje swoje podstawowe funkcje życiowe. Należy przez to pojęcie rozumieć pewien głębszy związek osoby z miejscem, w odróżnieniu np. od sytuacji określonej w art. 3 § 2 i art. 43e § 1 k.k.w., w którym znajdujemy zwrot „przebywanie”¹⁴. Wymogu posiadania przez skazanego „określonego miejsca stałego pobytu” nie spełnia jedynie „przebywanie” w określonym miejscu, rozumiane jako spędzanie w nim pewnego okresu czasu, pozostawanie w tym miejscu, pomieszkiwanie w nim jakiś czas, zatrzymanie się, czasowy pobyt, bez wymienionych przednio cech trwałości, charakterystycznych dla pojęcia „miejsce stałego pobytu”¹⁵.

Podstawowym źródłem wiedzy na temat posiadania przez skazanego stałego miejsca pobytu jest wywiad kuratora sądowego.

Dodatkowym, oprócz wymienionych wyżej, warunkiem udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w stosunku do skazanego, który nie rozpoczął jeszcze wykonywania kary w zakładzie karnym, jest ocena sądu penitencjarnego, że względy bezpieczeństwa i stopień demoralizacji, a także inne szczególne okoliczności nie przemawiają za potrzebą osadzenia go w zakładzie karnym (art. 43la § 2 k.k.w.).

Jest to warunek niezwykle pojemny treściowo, co powoduje, że poszczególne jego elementy muszą być omówione odrębnie.

„Względy bezpieczeństwa”, jako jeden z elementów tego warunku, należy rozumieć szeroko, a więc zarówno jako zabezpieczenie przed skazanym pokrzywdzonego czy szerzej ujmując – społeczeństwa, ale też jako zabezpieczenie skazanego przed ewentualnym, ale realnym zagrożeniem ze strony innych osób, w szczególności w związku z popełnionym przestępstwem. Chodzi też o sytuację, gdy w związku z toczącym się lub zakończonym postępowaniem karnym, w którym skazany uczestniczy lub uczestniczył w charakterze podejrzanego, oskarżonego, świadka lub pokrzywdzonego, wystą-

¹⁴ Zob. m.in. T. Huminiak, K. A. Poltowicz, Nowe przesłanki ustalania właściwości sądu w art. 3 k.k.w. i ich wybrane następstwa w postępowaniu wykonawczym, *Probacja* 2013, nr 1, s. 152; M. Szewczyk, (w:) *Kary i środki karne, poddanie sprawcy próbie*, pod red. M. Melezini, System Prawa Karnego, t. 6, Warszawa 2010, s. 246; S. Leleń, *Kodeks karny wykonawczy, komentarz*, Warszawa 2010, s. 706.

¹⁵ Zob. też K. Postulski, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. II AKo 40/15*, LEX/el.

piło poważne zagrożenie lub istnieje bezpośrednia obawa wystąpienia poważnego zagrożenia dla jego życia lub zdrowia (por. art. 88d k.k.w.).

Natomiast przy uwzględnianiu „stopnia demoralizacji” skazanego jako jednej z przesłanek oceny, czy zasadne jest udzielenie skazanemu zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 43la § 2 k.k.w.) w sytuacji, gdy nie rozpoczął on jeszcze odbywania kary w zakładzie karnym, należy mieć na uwadze właściwe rozumienie pojęcia „demoralizacja”. W obowiązującym prawie brak jest ustawowej definicji tego pojęcia, natomiast ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁶ jedynie przykładowo wskazuje na okoliczności świadczące o demoralizacji, ale tylko nieletniego. Jako takie okoliczności wymienia się: naruszanie zasad współżycia społecznego, popełnienie czynu zabronionego, systematyczne uchylanie się od obowiązku szkolnego lub kształcenia zawodowego, używanie alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, uprawianie nierzędu, włóczęgostwo, udział w grupach przestępczych.

Również w nauce psychologii demoralizacja (nieprzystosowanie społeczne) jest określana przez różnorakie zachowania, takie jak: naruszanie zasad współżycia społecznego, popełnienie czynu zabronionego, systematyczne uchylanie się od obowiązków, używanie alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, udział w grupie przestępczej. Wymienione rodzaje aktywności stanowią przejaw niedostosowania, wydają się jednak niewystarczające do dokonania wiarygodnej analizy osobowościowych i społecznych czynników determinujących przestępczość¹⁷.

Żadne z zaprezentowanych wyliczeń zachowań nie daje pełnego obrazu rozumienia pojęcia „demoralizacji”. Uogólniając je można jednak stwierdzić, że demoralizacja uzewnętrznia się w różnorodnych, przykładowo wyżej wymienionych, negatywnych zachowaniach, naruszających przyjęte normy prawne i społeczne. Zadaniem sądu penitencjarnego jest zatem ocena, na ile stopień tak rozumianej demoralizacji umożliwia wykonanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Inne „szczególne okoliczności” mogące stanowić przeciwwskazanie odbywania kary pozbawienia wolności w formie dozoru elektronicznego przez skazanego, który nie rozpoczął jeszcze wykonywania kary w zakładzie karnym, zostały sformułowane w art. 43la § 2 k.k.w. jako klauzula generalna, pozostawiająca sądowi penitencjarnemu w każdym indywidualnym przypadku swobodę oceny, czy takie okoliczności mają miejsce.

¹⁶ Art. 4 § 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1654).

¹⁷ J. K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, Psychologia w postępowaniu karnym, Warszawa 2010, s. 514.

Należy przyjąć, że w przepisie tym chodzi zarówno o okoliczności dotyczące osoby skazanego, jak też czynu, za który został skazany. W tym drugim przypadku, podobnie jak w sprawach o warunkowe przedterminowe zwolnienie, szczególne okoliczności mogą odnosić się jednak do czynu tylko w takim ich rozumieniu, które wyklucza ocenę i różnicowanie rodzaju czynu; chodzi raczej o okoliczności jego popełnienia charakteryzujące osobowość sprawcy. W orzecznictwie wypracowanym na gruncie art. 77 § 1 k.k. słusznie podniesiono, że okoliczności te mają w sprawie o warunkowe zwolnienie tylko takie znaczenie, że mogą wyrażać cechy osobowości, które skazany przejawiał popełniając przestępstwo, istotne dla prognozowania jego przyszłego zachowania. Samo opisanie okoliczności czynu przypisanego skazanemu w wyroku, nawet drastycznych, tego wymogu nie spełnia, gdyż okoliczności te były już rozpatrywane przez sąd *meriti* i miały znaczenie dla sądowego wymiaru kary¹⁸.

Wymóg rozważenia względów bezpieczeństwa, stopnia demoralizacji, a także innych szczególnych okoliczności, w sprawie o zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego skazanemu, który nie rozpoczął jeszcze odbywania kary w zakładzie karnym i ocena, czy nie przemawiają one za potrzebą osadzenia takiego skazanego w zakładzie karnym, ma zagwarantować wyeliminowanie z grona skazanych, odbywających karę w systemie dozoru elektronicznego tych, którzy mogą na wolności stanowić niebezpieczeństwo dla społecznie chronionych wartości¹⁹.

W art. 43la § 3 k.k.w. określony został dodatkowy, oprócz wymienionych w art. 43la § 1 k.k.w., warunek udzielenia zezwolenia, jaki musi być spełniony wobec skazanego, który rozpoczął już odbywanie kary w zakładzie karnym. Takiemu skazanemu można udzielić zezwolenia na odbycie w systemie dozoru elektronicznego pozostałej części kary, jeżeli za udzieleniem zezwolenia przemawiają jego dotychczasowa postawa i zachowanie (art. 43la § 3 k.k.w.). Ocena „dotychczasowej postawy i zachowania skazanego” ma dotyczyć przede wszystkim okresu jego pobytu w zakładzie karnym. Sąd penitencjarny dokonuje oceny w tym zakresie na podstawie opinii administracji zakładu karnego, a także poprzez wysłuchanie w toku posiedzenia przedstawiciela administracji zakładu karnego, które jest obowiązkowe, jeżeli skazany odbywa karę pozbawienia wolności (art. 43le § 2 k.k.w.).

¹⁸ Zob. m.in. postanowienia SA w Krakowie: z dnia 26 listopada 1998 r., sygn. II AKz 87/98, Prok. i Pr. 1999, nr 4, poz. 16, LEX nr 35263 i z dnia 8 lipca 1999 r., sygn. II AKz 322/99, KZS 1999, nr 6–7, poz. 56, LEX nr 38110 oraz postanowienia SA w Lublinie: z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. II AKzw 768/07, KZS 2008, nr 4, poz. 72, LEX nr 418185 i z dnia 8 października 2008 r., sygn. II AKzw 743/08, KZS 2009, nr 2, poz. 48, LEX nr 500235.

¹⁹ Zob. też R. A. S t e f a ŋ s k i, Kara pozbawienia wolności..., s. 28.

Wyniki tej oceny muszą dać odpowiedź na pytanie co do prognozy przestrzegania przez skazanego porządku prawnego w przypadku uzyskania zezwolenia na odbywanie dalszej części kary w formie dozoru elektronicznego. Niemniej należy przyjąć, podobnie jak w sprawach o warunkowe przedterminowe zwolnienie, iż do oceny, że „dotychczasowa postawa i zachowania skazanego” pozwala na udzielenie zezwolenia na odbywanie dalszej części kary w systemie dozoru elektronicznego nie wystarczy, by skazany nie stwarzał problemów wychowawczych w trakcie odbywania kary lub też, że formalnie dostosował się do regulaminu wykonywania kary. Za szczególnie istotne należy uznawać osobiste inicjatywy skazanego w podejmowaniu działań świadczących o jego poprawie²⁰.

Udzielenie skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego ma charakter fakultatywny i jest oparte na ocenie sądu co do zasadności i celowości uwzględnienia wniosku w tym przedmiocie, opartej na omówionych warunkach, wskazanych w art. 43la § 1–3 k.k.w. Sąd penitencjarny może więc odmówić udzielenia skazanemu takiego zezwolenia pomimo spełnienia tych warunków. Jeżeli sąd penitencjarny nie udziela zezwolenia, ma obowiązek wykazać dlaczego, mimo ich istnienia, nie uwzględnił wniosku. Stanowisko sądu podlega ocenie w trybie odwoławczym, nie tworzy natomiast po stronie skazanego żadnego roszczenia (uprawnienia), którego mógłby dochodzić w innym trybie. Uprawnienie do uzyskania zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, w przypadku zaistnienia wymaganych warunków, nie rodzi po stronie skazanego żadnego prawa podmiotowego, które mogłoby podlegać ochronie²¹. Wyłącznie do sądu penitencjarnego należy ocena, czy pozytywna prognoza kryminologiczna wynikająca z ich spełnienia, będzie realna w przypadku odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności w warunkach ograniczonej wolności, determinowanej stosowaniem dozoru elektronicznego.

4. Przebieg posiedzenia sądu

W myśl art. 43lg k.k.w. przed wydaniem postanowienia o udzieleniu skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny wysłuchuje skazanego lub jego

²⁰ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 16 września 1999 r., sygn. II AKz 385/99, Prok. i Pr. 2000, nr 1, poz. 23, LEX nr 38520.

²¹ Na ten temat zob.: uchwała całej Izby Karnej SN z dnia 11 stycznia 1999 r., sygn. I KZP 15/98, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 1 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.

obrońcę, sądowego kuratora zawodowego, jeżeli składał wniosek o zezwolenie oraz przedstawiciela skazanego, o którym mowa w art. 42 k.k.w.

Wymóg ten dotyczy wszystkich przypadków rozpoznawania wniosku, bez względu na to, czy skazany przebywa na wolności, czy rozpoczął już odbywanie kary, jak również bez względu na to, kto złożył ten wniosek.

Warunkiem wysłuchania osób wymienionych w komentowanym przepisie jest uprzednie prawidłowe zawiadomienie ich o terminie i celu posiedzenia. Mamy tu zatem do czynienia z wyjątkiem od zasady rozpoznawania spraw w postępowaniu wykonawczym pod nieobecność stron, wyrażonej w art. 22 § 1 k.k.w. Wprawdzie z treści art. 43lg k.k.w. nie wynika obowiązek zawiadomienia prokuratora o terminie i celu posiedzenia, ale zasada „równości broni” rodzi po stronie sądu penitencjarnego taki obowiązek. W przypadku, gdy posiedzenie odbywa się w zakładzie karnym, udział w nim prokuratora jest obowiązkowy (art. 43le § 3 k.k.w.).

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, iż kwestia wysłuchania osób wymienionych w art. 43lg k.k.w. aktualizuje się tylko przed wydaniem decyzji pozytywnej w przedmiocie wniosku, o czym przesądza stwierdzenie: „przed wydaniem postanowienia o udzieleniu skazanemu zezwolenia”²². Oznaczałoby ono, że jeśli sąd penitencjarny w toku posiedzenia dopatry się okoliczności, które wykluczają uwzględnienie wniosku, może wydać postanowienie bez uprzedniego wysłuchania osób, o których mowa w 43lg k.k.w. Gdyby uznać je za zasadne, przystąpienie do rozpoznawania sprawy pod nieobecność skazanego lub jego obrońcy byłoby *sui generis* niedopuszczalnym przedsądem sugerującym, jeszcze przed rozpoznaniem wniosku, spodziewanej decyzji sądu. Poza tym osoby te zostałyby pozbawione możliwości wykazania istnienia okoliczności, które uzasadniają uwzględnienie wniosku, a także polemizowania z dowodami zebranymi przez sąd. Słusznie zauważono w piśmiennictwie, że dopiero uzyskane od skazanego lub jego obrońcy informacje mają posłużyć sądowi do podjęcia właściwej decyzji w przedmiocie zasadności złożonego wniosku²³.

W art. 43lg k.k.w. nałożony został na sąd penitencjarny obowiązek wysłuchania przedstawiciela skazanego, o którym mowa w art. 42 k.k.w. Oczywiście jest, że może to mieć miejsce tylko wówczas, gdy skazany ustanowił go na piśmie, zaś prezes sądu, sędzia penitencjarny, a w toku posiedzenia sąd penitencjarny, uwzględnił wniosek skazanego i dopuścił go do udziału w postępowaniu (art. 42 § 1 i 3 k.k.w.)²⁴.

²² Postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. II AKzw 146/14, LEX nr 1455608; podobnie M. Rusinek, Ustawa o dozorcze elektronicznym..., s. 169.

²³ W. Kotowski, Dozór elektroniczny. Komentarz praktyczny, Warszawa 2009, teza 1 do art. 43.

²⁴ Na temat udziału przedstawiciela skazanego w postępowaniu wykonawczym zob. K. Potulski, Kodeks karny wykonawczy, komentarz, Warszawa 2016 §, s. 343–347.

Szczegółowe wysłuchanie osób, o których mowa w art. 43lg k.k.w. ma bardzo istotne znaczenie. Daje ono sądowi penitencjarnemu możliwość pełnego ustalenia istnienia przesłanek niezbędnych do udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Dlatego jego przedmiotem powinno być wyjaśnienie istnienia okoliczności wymienionych w art. 43la § 1 punkty 2 i 3, § 2 i § 3 k.k.w. Informacje przedstawione przez te osoby w czasie posiedzenia sądu stanowią dowód w sprawie, muszą więc podlegać ocenie sądu (art. 92 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

Niezawiadomienie osób mających prawo wzięcia udziału w posiedzeniu lub niewysłuchanie ich, jeżeli taki obowiązek wynika z art. 43lg k.k.w., stanowi obrazę przepisów postępowania, która z reguły może mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

Dodatkowe wymogi, dotyczące przebiegu posiedzenia sądu mającego za przedmiot udzielenie skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, przewiduje kodeks karny wykonawczy w sytuacji, gdy skazany „odbywa już” karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym. W takim przypadku, zgodnie z wymogiem wynikającym z art. 43le k.k.w., posiedzenie sądu penitencjarnego odbywa się w tym zakładzie, w którym skazany przebywa. Sąd penitencjarny wysłuchuje na posiedzeniu przedstawiciela administracji zakładu karnego co do celowości udzielenia zezwolenia, a udział prokuratora w posiedzeniu jest obowiązkowy.

Sformułowanie „odbywa już” użyte w art. 43le § 1 k.k.w. nie wydaje się zbyt precyzyjne. Można powstać wątpliwość, czy konieczność odbycia posiedzenia w zakładzie karnym i wysłuchania przedstawiciela administracji zakładu karnego oraz obowiązkowy udział w posiedzeniu prokuratora dotyczy przypadku, gdy skazany rozpoczął odbywanie kary pozbawienia wolności, ale korzysta z przerwy w wykonaniu kary, postępowanie wykonawcze w tym zakresie zostało zawieszone albo nastąpiło wstrzymanie wykonania kary, a więc gdy skazany faktycznie nie odbywa kary, a przebywa na wolności. Wątpliwość tę zdaje się rozwiewać końcowa część art. 43le § k.k.w. poprzez stwierdzenie, że posiedzenie sądu penitencjarnego odbywa się w zakładzie, „w którym skazany przebywa”. Jeżeli więc skazany nie przebywa w zakładzie karnym, ale na wolności, sprawa rozpoznawana jest w siedzibie sądu penitencjarnego, właściwego stosownie do art. 43e § 1 k.k.w. Podobny pogląd wypowiedziany był już w poprzednim stanie prawnym, na gruncie analogicznie brzmiącego art. 41 ust. 1 ustawy o dozorze elektronicznym z 2007 r.²⁵

Należy więc uznać, że art. 43le k.k.w. dotyczy wyłącznie posiedzeń sądu penitencjarnego, odbywanych w zakładzie karnym, a więc sytuacji, gdy ska-

²⁵ W. K o t o w s k i, *Dozór elektroniczny...*, teza 2 do art. 41.

zany faktycznie odbywa w nim karę pozbawienia wolności. Tylko wówczas istnieje wymóg, aby w tym zakładzie odbywało się posiedzenie w przedmiocie zastosowania dozoru elektronicznego, w czasie którego sąd wysłuchuje przedstawiciela administracji zakładu karnego, a udział prokuratora w posiedzeniu jest obowiązkowy. Rozwiązanie to jest uzasadnione przede wszystkim koniecznością wysłuchania przedstawiciela administracji zakładu karnego i skazanego.

Wysłuchanie przedstawiciela administracji zakładu karnego oznacza obowiązek osobistego jego udziału w posiedzeniu sądu i ustnego przedstawienia stosownej informacji. Nie jest dopuszczalne zastąpienie jej informacją złożoną na piśmie²⁶, może jednak być potwierdzona złożeniem stosownego dokumentu zawierającego zaprezentowaną ustnie informację.

Jednoznaczne wyjaśnienia wymaga, czy obowiązkowe jest wysłuchanie przedstawiciela administracji zakładu karnego także w przypadku, gdy skazany, który rozpoczął odbywanie kary, w chwili rozpoznawania wniosku przebywa na wolności, w efekcie czego posiedzenie odbywa się poza zakładem karnym. W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, że fakt ten nie zwalnia przedstawiciela administracji zakładu karnego od obowiązku uczestniczenia w posiedzeniu²⁷. Ze stanowiskiem tym można polemizować. Jak już zostało powiedziane, art. 43le § 2 k.k.w. dotyczy tylko posiedzeń odbywanych w zakładzie karnym. Natomiast w art. 43lg k.k.w., wymienione są osoby, które muszą być wysłuchane zawsze, bez względu na miejsce rozpoznawania wniosku. Nie został wśród nich wymieniony przedstawiciel administracji zakładu karnego. Podobnie należy interpretować art. 43le § 3 k.k.w. w części mówiącej o obowiązkowym udziale prokuratora w posiedzeniu o udzielenie zezwolenia. Wprawdzie nie został on wymieniony w art. 43lg k.k.w. jako osoba, którą należy zawiadomić o terminie i celu posiedzenia, ale konieczność taka wynika z zasady „równości broni”, bowiem zawiadomienie takie należy wysłać skazanemu. Nie oznacza to jednak obowiązkowego udziału prokuratora w posiedzeniu odbywanym poza zakładem karnym.

W konkluzji tych uwag należy przyjąć, że gdy skazany, który rozpoczął już odbywanie kary pozbawienia wolności, w chwili rozpoznawania wniosku o udzielenie zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, przebywa na wolności i posiedzenie sądu penitencjarnego odbywa się poza zakładem karnym, wysłuchanie przedstawiciela administracji zakładu karnego może być zastąpione opinią sporządzoną przez administrację zakładu karnego, zawierającą prognozę społeczno-kryminologiczną dotyczącą skazanego.

²⁶ Por. wyrok SN z dnia 27 lutego 2008 r., sygn. IV KK 20/08, LEX nr 354825.

²⁷ W. K o t o w s k i, *Dozór elektroniczny...*, teza 2 do art. 41.

Wysłuchanie przedstawiciela administracji zakładu karnego lub opinia zawierająca prognozę społeczno-kryminologiczną ma za zadanie umożliwić sądowi penitencjarnemu ocenę celowości udzielenia zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego, a więc ustalenie, czy dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego (art. 43la § 3 k.k.w.) uzasadnia przyjęcie, że będzie to wystarczające do osiągnięcia celów kary (art. 43la § 1 pkt 2 k.k.w.). Dlatego w przypadku odbywania posiedzenia poza zakładem karnym uzyskanie takiej opinii wydaje się konieczne.

5. Postanowienie w przedmiocie udzielenia zezwolenia

O tym, co powinno zawierać postanowienie sądu penitencjarnego zezwalające na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności systemie dozoru elektronicznego, mowa jest w kilku przepisach Rozdziału VIIa k.k.w. Są to zarówno elementy obligatoryjne jak też fakultatywne postanowienia.

I tak w omawianym postanowieniu obligatoryjne jest:

- a) określenie miejsca, czasu, rodzaju lub sposobu wykonywania nałożonych obowiązków oraz rodzaj podlegających zainstalowaniu środków technicznych (art. 43lh § pkt 1 k.k.w.);
- b) wyznaczenie terminu i określenie sposobu zgłoszenia przez skazanego podmiotowi dozoru gotowości do zainstalowania rejestratora stacjonarnego lub przenośnego lub nadajnika (art. 43lh § 1 pkt 1 k.k.w.);
- c) określenie przedziału czasu w ciągu doby i w poszczególnych dniach tygodnia, w których skazany ma prawo oddalić się z miejsca stałego pobytu lub innego wskazanego miejsca na okres nieprzekraczający 12 godzin dziennie (43na zd. drugie k.k.w.).

Nadto sąd penitencjarny może nałożyć na skazanego obowiązki określone w art. 72 k.k. W toku wykonywania kary w systemie dozoru elektronicznego obowiązki te mogą być modyfikowane (art. 43nb k.k.w.).

Określenie w postanowieniu rodzaju środków technicznych winno być dokonane przez sąd penitencjarny z uwzględnieniem charakteru nakładanych na skazanego obowiązków. Ponieważ odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego polega przede wszystkim na przebywaniu skazanego w określonych dniach tygodnia i godzinach we wskazanym przez sąd miejscu (dozór stacjonarny), środkami tymi będą rejestrator (stacjonarny lub przenośny) i nadajnik. Sąd ma jednak prawo określić zainstalowanie innych jeszcze środków technicznych. Może to mieć miejsce – na przykład – w przypadku, jeżeli orzeczony został wobec skazanego w trybie art. 43nb § 1 k.k.w. zakaz zbliżania się do określonej osoby, która wystąpiła z wnioskiem o wyposażenie jej w rejestrator przenośny albo stacjonarny (art. 43l § 1 k.k.w.). Zakaz zbliżania się skazanego do określonych osób z istoty swojej polega na czuwaniu nad tym, aby zachowywana była minimalna od-

ległość od osoby wskazanej przez sąd. Wymaga to więc wyposażenia osoby chronionej w rejestrator, co może nastąpić jedynie na wniosek tej osoby. W określonych sytuacjach przenośne urządzenie monitorujące może być też stosowane zamiast lub obok stacjonarnego urządzenia monitorującego.

Przy określaniu miejsca, w którym ma być wykonywany dozór elektroniczny, sąd penitencjarny powinien mieć na uwadze, że może to być miejsce stałego pobytu, ale także inne miejsce, które jest w stanie zapewnić realizację celów kary wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego.

Przedziały czasu w ciągu doby i w poszczególnych dniach tygodnia, w których skazany ma prawo oddalić się z miejsca stałego pobytu lub innego wskazanego miejsca na okres nieprzekraczający 12 godzin dziennie, a także cel tego oddalenia się, wskazuje sąd penitencjarny przy uwzględnieniu celów podanych przykładowo (zwrot „w szczególności”) w art. 43na k.k.w. W pozostałym okresie skazany jest obowiązany pozostawać w miejscu monitorowania. Określając czas, w którym skazany ma prawo oddalić się z tego miejsca, sąd penitencjarny powinien uwzględnić uzasadnione potrzeby skazanego w zakresie realizacji celów wymienionych w art. 43na punkty 1–10 k.k.w. Przy uwzględnieniu, że oddalenie się skazanego z miejsca stałego pobytu lub innego wskazanego miejsca nie może przekraczać 12 godzin dziennie, sąd penitencjarny może określić godziny oddalenia się w ciągu doby każdego dnia, może też określić konkretne dni w tygodniu, a także – w miesiącu.

Decyzja o nałożeniu na skazanego obowiązków określonych w art. 72 k.k. (art. 43nb § 1 k.k.w.) jest fakultatywna. W zależności od uznania takiej potrzeby sąd penitencjarny może nałożyć na skazanego każdy z obowiązków wymienionych w art. 72 k.k., kilka obowiązków, a w skrajnych sytuacjach – nawet wszystkie. Zakres nałożonych obowiązków musi być uzasadniony względami wychowawczymi oraz istotą wykonywania kary w systemie dozoru elektronicznego. O nałożenie tych obowiązków może wnosić prokurator lub sądowy kurator zawodowy zarówno w piśmie procesowym, będącym wnioskiem o udzielenie zezwolenia na odbycie kary w systemie dozoru elektronicznego, jak też później, w toku postępowania w tym przedmiocie. Uprawnienie prokuratora i sądowego kuratora zawodowego do złożenia wniosku w toku postępowania nie jest zależne od tego, czy składali oni uprzednio wniosek o zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

W myśl art. 43ld § 4 k.k.w. sąd penitencjarny wydaje postanowienie w przedmiocie udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w terminie 30 dni od dnia wpływu wniosku. Jest to termin instrukcyjny, mający służyć przyspieszeniu postępowania. Jego niedotrzymanie nie wywołuje żadnych skutków procesowych, a jedynie może być potencjalnie podstawą konsekwencji służ-

bowych wobec osób, które doprowadziły w sposób nieuzasadniony do niewydania postanowienia w tym terminie. W omawianym przedmiocie nie ma więc zastosowania art. 19 § 4 k.k.w., który nie przewiduje żadnego terminu rozpoznania wniosku w sytuacji, gdy uprawnione osoby mogą wziąć udział w posiedzeniu. Trzeba też zauważyć, że w terminie określonym w art. 43ld § 4 k.k.w. sąd penitencjarny „wydaje postanowienie”, co jest wymogiem dalej idącym, niż tylko „rozpoznanie wniosku”, o którym mowa np. w art. 19 § 4 k.k.w.

Po ogłoszeniu lub przy doręczeniu postanowienia o udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd doręcza skazanemu pisemne pouczenie o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach związanych z dozorem elektronicznym, jak również o konsekwencjach naruszenia tych obowiązków. Szczególną wagę należy przywiązywać do pełnego i prawidłowego pouczenia skazanego. Dlatego wzór takiego pouczenia określa załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 października 2016 r. w sprawie wzoru pisemnego pouczenia o przysługujących skazanemu prawach i ciążących na nim obowiązkach związanych z dozorem elektronicznym, jak również o konsekwencjach naruszenia tych obowiązków (Dz. U. poz. 1692), wydane na podstawie art. 43k § 8 k.k.w.

6. Postępowanie odwoławcze

Zażalenie przysługuje zarówno na postanowienie o udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 43lj k.k.w.) jak i na postanowienie o odmowie jego udzielenia (art. 43lk k.k.w.). W obu przypadkach może je wnosić skazany lub jego obrońca, prokurator, a także sądowy kurator zawodowy lub dyrektor zakładu karnego, jeżeli składali wniosek o udzielenie zezwolenia. Powołane dwa przepisy przewidują więc odstępstwo od zasady niezaskarżalności postanowień w postępowaniu wykonawczym (art. 6 § 1 i art. 21 k.k.w.) idące w dwóch kierunkach:

- a) przyznają prawo składania zażalenia skazanemu lub jego obrońcy (art. 6 § 1 k.k.w.) oraz prokuratorowi (art. 21 k.k.w.);
- b) rozszerzają krąg podmiotów mających prawo wnoszenia zażalenia na sądowego kuratora zawodowego i dyrektora zakładu karnego, ale tylko w przypadku, jeżeli składali wniosek o udzielenie zezwolenia.

Wypada podkreślić, że chociaż art. 43lj k.k.w., dotyczący postanowienia o udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, odwołuje się tylko do art. 43lh k.k.w., nie można stąd wyprowadzić wniosku, iż zażalenie przysługuje tylko na te elementy

postanowienia sądu penitencjarnego, które wymienione są w powołanym przepisie.

Należy przyjąć, że skarżący może w zażaleniu podnosić zarzuty dotyczące postanowienia jako całości, jak też w określonym zakresie, a więc w szczególności odnoszącym się do:

- a) przesłanek warunkujących udzielenie zezwolenia (art. 43la § 1–3 k.k.w.);
- b) przestrzegania wymogów procesowych w trakcie rozpoznawania wniosku (np. art. 43le i art. 43ld k.k.w.);
- c) określenia miejsca, czasu, rodzaju lub sposobu wykonywania nałożonych obowiązków, rodzaju podlegających zainstalowaniu środków technicznych oraz wyznaczenia terminu i określenia sposobu zgłoszenia przez skazanego podmiotowi dozoru gotowości do zainstalowania rejestratora stacjonarnego albo przenośnego lub nadajnika (art. 3lh § 1 k.k.w.);
- d) określenia przedziałów czasu w ciągu doby w poszczególnych dniach tygodnia, w których skazany ma prawo oddalić się z miejsca wykonywania dozoru elektronicznego (art. 43na k.k.w.);
- e) nałożonych na skazanego obowiązków określonych w art. 72 k.k. (art. 43lnb § 1 k.k.w.);
- f) rozstrzygnięcia o kosztach sądowych (art. 626 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

Zażalenie może więc dotyczyć uchybień w przebiegu procedowania sądu, wad w treści postanowienia, a także sposobu rozstrzygnięcia.

Wymieniony zakres zaskarżenia postanowienia o udzieleniu skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego prowadzi do wniosku, że może to nastąpić zarówno na korzyść jak i na niekorzyść skazanego. Stąd też w art. 43lj § 1 k.k.w. przewidziano możliwość wniesienia zażalenia na takie postanowienie także przez skazanego lub jego obrońcę.

Sąd penitencjarny orzekający w tym samym składzie może przychylić się do zażalenia. W przeciwnym razie zostaje ono przekazane bezzwłocznie wraz z aktami sprawy do sądu apelacyjnego, który rozpoznaje zażalenie jednoosobowo (art. 20 § 2 i 3 k.k.w.).

W art. 43lj § 2 k.k.w. przewidziano, że sąd odwoławczy (sąd apelacyjny) rozpoznaje sprawę najpóźniej w terminie 7 dni od daty wpływu zażalenia wraz z aktami sprawy do tego sądu. Jest to rozwiązanie odmienne od przewidzianego w art. 20 § 4 k.k.w., który stanowi, że sąd wyższej instancji rozpoznaje zażalenie w terminie 21 dni od daty jego przekazania przez sąd pierwszej instancji, chyba że ustawa przewiduje rozpoznanie zażalenia na posiedzeniu, w którym uprawnione osoby mogą wziąć udział.

Określenie w art. 43lj § 2 k.k.w. bardzo krótkiego, 7-dniowego terminu, w którym musi być rozpoznane zażalenie na postanowienie w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego prowadzi do wniosku, że ustawodawca nie wprowa-

dza wymogu zawiadomienia stron i innych osób o terminie i celu posiedzenia sądu apelacyjnego, do którego należy rozpoznanie zażalenia, Nie byłoby to w tym terminie realne. Wprawdzie art. 22 § 1 zd. drugie k.k.w. przewiduje, że w posiedzeniu sądu wyższej instancji mają prawo wziąć udział osoby, którym przysługuje prawo do udziału w posiedzeniu sądu pierwszej instancji, natomiast zgodnie z art. 43lg k.k.w. przed wydaniem postanowienia o udzieleniu skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny wysłuchuje skazanego lub jego obrońcę oraz – w zależności od sytuacji – inne wymienione w nim osoby, nie oznacza to jednak bezwzględnego wymogu zawiadomienia ich o terminie i celu posiedzenia sądu odwoławczego. Należy bowiem zauważyć, że art. 43lg k.k.w. obliguje sąd penitencjarny jedynie do wysłuchania wymienionych w nim osób wyłącznie przez sąd penitencjarny, a więc ich zawiadomienie o terminie i celu posiedzenia jest tylko wtórną konsekwencją tego obowiązku sądu. Powinność wysłuchania tych osób nie ciąży natomiast na sądzie odwoławczym nawet wtedy, gdy sąd penitencjarny uchybił temu obowiązkowi. Uchybienie to nie może być konwalidowane w postępowaniu odwoławczym, bowiem adresat obowiązku wysłuchania został jednoznacznie wskazany w art. 43lg k.k.w. Może ono być jedynie uznane przez sąd odwoławczy za obrazę przepisów postępowania, jeżeli mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, skutkującą uchynieniem lub zmianą postanowienia sądu penitencjarnego (art. 438 pkt 2 k.p.k.).

Termin przewidziany w art. 43kj § 2 k.k.w. jest terminem instrukcyjnym, którego niedotrzymanie nie wywołuje wprawdzie skutków procesowych, ale może być potencjalnie podstawą konsekwencji służbowych wobec osób, które dopuściły do uchybienia temu terminowi.

Consent to a deprivation of liberty sentence being served in the electronic monitoring system

Abstract

As of 15 April 2016, the option for a deprivation of liberty sentence being served with electronic monitoring has been brought back. This option is considered to be an enabler for making fuller use of, and developing the electronic monitoring system in terms of its capacity as well as technical and organizational advancement. The legislator, however, has made the successful application of the electronic monitoring measure dependent upon, inter

alia, an active role performed by participants to proceedings (i.e. convict, defence attorney, prosecutor, professional probation officer, director of a penal institution), whereby a convict seeks a consent to serve their sentence under electronic monitoring, as such proceedings can only be initiated upon a relevant request from such participants. This paper provides practical guidelines relating to requirements to be met by such request, conditions placed on a grant of such consent, and rules of proceedings in which the said consent is sought.

Piotr Żak

O bezprawnym przejmowaniu nieruchomości dłużników

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest przybliżenie mechanizmów prawnych wykorzystywanych przez podmioty, które pod pozorem udzielania pożyczek pieniężnych dążą do zawłaszczenia nieruchomości kontrahentów stanowiących zabezpieczenie zawieranych umów. Autor omawia podstawowe formy inkryminowanych stosunków zobowiązaniowych, sposoby zabezpieczania kreowanych wierzytelności, a także naturę wadliwości, którymi są najczęściej dotknięte. Charakteryzuje także ofiary tego rodzaju dyspozycji majątkowych i oszukańcze metody, którymi posługują się nieuczciwi przedsiębiorcy. Odnosi się nadto do obowiązków i odpowiedzialności notariusza sporządzającego w takich przypadkach akty notarialne i zadań prokuratora jako strażnika praworządności.

Zaostrzenie kryteriów udzielania kredytów i pożyczek bankowych, a także niemożność wykazania przez część potencjalnych klientów banków stałych źródeł dochodów, spowodowało pojawienie się na tym rynku firm oferujących finansowanie „prywatne”, bez konieczności legitymowania się stabilną sytuacją majątkową czy dobrą „historią kredytową” (tzw. pożyczki bez BIK¹). Wśród tego rodzaju podmiotów, pewną część stanowią takie, dla których działalność pożyczkowa stanowi jedynie pretekst do zawarcia złożonych umów, mających na celu doprowadzenie kontrahenta do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Podejmowane przez nie działania całkowicie wypaczają sens umowy określonej w art. 720 § 1 k.c., a zakładany zysk „pożyczkodawców”, nie opiera się na pobieraniu wynagrodzenia za korzystanie z udzielonych pieniędzy (odsetek), lecz na różnych formach rekompensaty za opóźnienie w realizacji zawartych zobowiązań. W przypadku gdy ich zabezpieczeniem są nieruchomości dłużników, skutkuje to najczęściej szybką utratą ich własności.

¹ BIK – Biuro Informacji Kredytowej SA z siedzibą w Warszawie została powołana na podstawie art. 105 ust. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe i ma za zadanie gromadzić i udzielać określonym podmiotom informacji dotyczących zobowiązań klientów banków.

Podstawową formą zawiązania inkryminowanych relacji prawnych pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem są umowy odpłatnej pożyczki. Zwrócić jednak należy uwagę, że od czasu wejścia w życie przepisów o odsetkach maksymalnych, tj. od 20 lutego 2006 r.², często są one upozorowane na sprzedaż weksli. Z pożyczkobiorcami zawierane są tzw. porozumienia wekslowe, zgodnie z którymi, „sprzedają” oni wystawione przez siebie weksle własne remitentowi – pożyczkodawcy, z jednoczesnym zobowiązaniem ich wykupienia od niego w oznaczonych terminach. Część weksli opiewa na kwotę pożyczki wraz z oprocentowaniem, część zaś, stanowią tzw. weksle kaucyjne (karne), które wystawcy zobowiązują się wykupić w przypadku uchybienia terminowi zapłaty weksli „kapitałowo-odsetkowych” (lecz, co istotne, nie zamiast, a obok nich). Charakterystyczne jest przy tym to, że owe weksle kaucyjne, stanowią wielokrotność należności głównej. Weksle te nie zawierają najczęściej daty płatności, którą remitent uprawniony jest określić według swojego uznania³. Gdy weksel kaucyjny zawiera datę płatności, remitent zobowiązuje się zwrócić go lub sprzedać, poniżej wartości nominalnej (z reguły za symboliczną złotówkę) w przypadku terminowego wykupu weksli „kapitałowo-odsetkowych”.

Opisany zabieg z jednej strony służy ukryciu naliczania niezgodnych z prawem odsetek oraz innych, niedopuszczalnych zastrzeżeń umownych, z drugiej, uniknięciu opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych. Kwestiom tym należy poświęcić nieco więcej uwagi, mają one bowiem istotne znaczenie także dla oceny zabezpieczeń tego rodzaju umów.

Tytułem przypomnienia wskazać należy, że wierzytelność wekslowa nie wynika z jednostronnej czynności prawnej lecz powstaje w drodze umowy, której elementem jest wystawienie weksla⁴. Wystawca weksla nie posiada więc uprawnienia do jego sprzedaży, a remitent nie może tego weksla kupić. W przypadku weksli gwarancyjnych, służących zabezpieczeniu stosunku podstawowego, przedmiot obu roszczeń jest ten sam i zaspokojenie wierzyciela następuje tylko raz. Wierzyciel wekslowy nie ma bowiem wobec swojego bezpośredniego kontrahenta więcej praw, niż to wynika ze stosunku pod-

² Art. 359 § 2¹ dodany przez art. 1 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2005 r., Nr 157, poz. 1316). Nadmienić należy, iż z dniem 1 stycznia 2016 r., przepis ten został zmieniony przez art. 2 pkt 1 lit. a, ustawy z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1830).

³ Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 102 zd. 2 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (dalej: „pr. weksl.”) weksel własny bez oznaczenia terminu płatności uważa się za płatny za okazaniem. Tego rodzaju weksel nie jest zatem wekslem *in blanco*, który w chwili wystawiania nie zawiera wszystkich elementów niezbędnych dla jego ważności określonych w art. 1 i 2 oraz 101 i 102 pr. weksl.

⁴ P. Machnikowski, Prawo wekslowe, Oficyna 2009, s. 30–31.

stawowego⁵. W przypadku weksli kaucyjnych chodzi natomiast o zabezpieczenie roszczeń mogących powstać w przyszłości z tytułu niewykonania, czy nienależytego wykonania zobowiązania do – co należy podkreślić – świadczenia niepieniężnego lub z tytułu ewentualnych czynów niedozwolonych wystawcy weksla⁶.

Abstrakcyjność czynności wekslowych, która decyduje o ich specyfice⁷, nie oznacza, że nie mają do nich zastosowania podstawowe warunki ważności, określone w ogólnych przepisach prawa cywilnego i dotyczące wszystkich czynności prawnych. Najistotniejsze znaczenie ma tutaj art. 58 k.c.⁸. Przepis ten stanowi podstawę kontroli ich celu, rozumianego jako akceptowany przez strony skutek, do jakiego ma prowadzić wykonanie wynikających z czynności praw i obowiązków. Cel ten może być bowiem niezgodny prawem lub zasadami współżycia społecznego. Jak pisze P. Machnikowski: „Twierdzenie, że abstrakcyjność weksla wyłącza możliwość uznania czynności za nieważną z powodu wadliwości jej celu, byłoby przede wszystkim nieuzasadnione. (...) Ponadto, tak szeroko rozumiana abstrakcyjność, godziłaby w podstawowe wartości systemu prawnego, w jego aksjologiczną i prakseologiczną spójność, nie służąc przy tym ochronie żadnych społecznie akceptowanych interesów czy wartości. Prawo nie może bowiem stanowić, że czynność mająca cel niedozwolony jest nieważna, ale jeżeli ma ona postać weksla, to choć obie strony są świadome negatywnych skutków, jakim służy, jest ważna. Samo użycie słowa «weksel» nie może wyłączać czynności prawnej spod działania podstawowych reguł systemu prawnego. (...) Należy zatem przyjąć, że czynność wekslowa służąca celowi niedozwolonemu jest bezwzględnie nieważna”⁹. Zobowiązanie wekslowe mające przyczynę niegodziwą nie może mieć skutków prawnych¹⁰.

Podstawą wystawienia opisanych na wstępie weksli „kapitałowo–odsetkowych” jest umowa odpłatnej pożyczki. W sytuacji bowiem, kiedy jedna strona otrzymuje od drugiej określoną ilość środków pieniężnych z obowiązkiem ich zwrotu, należy spodziewać się, że typowy uczestnik obrotu uzna, że doszło do zawarcia umowy pożyczki (zob. art 65 k.c.). W zamyśle

⁵ Zob.: wyrok SN z dnia 26 stycznia 2001 r., sygn. II CKN 25/00, OSNC 2001, nr 7–8, poz. 117; wyrok SA w Szczecinie z dnia 12 stycznia 2006 r., sygn. I ACa 534/05, LEX nr 279965; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 22 grudnia 2010 r., sygn. I ACa 1202/10 (niepublikowany); wyrok SN z dnia 31 maja 2001 r., sygn. V CKN 264/00, LEX nr 52788; por. też: P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 38.

⁶ Zob. I. Heropolitańska, Komentarz do art. 10 ustawy – Prawo wekslowe, (w:) Prawo wekslowe i czekowe. Praktyczny komentarz, LEX, 2011, wyd. I.

⁷ Zob. I. Heropolitańska, *Weksel w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2015, wyd. XV, s. 22.

⁸ P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 39.

⁹ *Ibidem*, s. 40.

¹⁰ Orzeczenie SN z dnia 27 maja 1938 r., sygn. I C 905/37, OSP 1938, nr 1, poz. 470.

pomysłodawców wystawienie weksli własnych w tym przypadku nie ma jednak zabezpieczać stosunku podstawowego pomiędzy wystawcą a remitem, lecz stanowić zdarzenie gospodarcze *sui generis*. W konsekwencji, w takiej sytuacji brakować ma zdarzenia powodującego powstanie obowiązku zapłaty podatku od czynności cywilnoprawnych¹¹. Z przyczyn, o których wcześniej była mowa, interpretację tę uznać należy za wadliwą. O ile bowiem czynność wystawienia weksla faktycznie nie skutkuje powstaniem omawianego obowiązku¹², to opodatkowaniu podlega zawarta między stronami umowa lub inna podstawa przysporzenia dokonywanego w zamian za wystawienie i wydanie weksla.

Upozorowanie umowy pożyczki na porozumienie wekslowe ma także często na celu ukrycie naruszenia przepisów prawa o odsetkach maksymalnych. Zgodnie z art. 359 § 2¹ k.c. maksymalna wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych (odsetki maksymalne). Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że zastrzeżenie odsetek przewyższających wysokość odsetek maksymalnych prowadzi do sprzeczności postanowienia czynności prawnej z ustawą. Skutki zastrzeżenia tego rodzaju odsetek określa art. 359 § 2² k.c. (należą się odsetki maksymalne).

Z uwagi na przyjmowany sposób „uruchamiania” opisanych wyżej weksli kaucyjnych, w szczególności fakt, że czas nie wpływa na rozmiar świadczenia określonego w tych wekslach, nie wyrażają one odsetek, które jako świadczenia okresowe, czy to na podstawie umowy, czy przepisu szczególnego, zawsze muszą dać się oznaczyć jako spełniane okresowo. W istocie podstawę ich wystawienia stanowi zastrzeżenie umowne zobowiązujące do zapłaty określonej kwoty – wyrażonej w tych wekslach, tytułem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (są wymagalne obok weksli „kapitałowo-odsetkowych”, z chwilą – nawet nieznacznego – opóźnienia w ich „wykupie”). Na pierwszy rzut oka widoczna jest także ich funkcja represyjna, właściwa dla kary umownej. Przy niewielkim opóźnieniu w wykonaniu zobowiązania przewidują obowiązek świadczenia wielokrotnie przewyższający wysokość potencjalnej szkody. Kara umowna może być jednak zastrzeżona wyłącznie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 k.c.). Niedopuszczalne jest zatem jej zastrzeżenie w zakresie zobowiązań pieniężnych *sensu stricto*, jak

¹¹ Zob. w tej kwestii wyrok WSA w Gliwicach z dnia 3 września 2009 r., sygn. I SA/GI 298/09, LEX nr 525715; por. też: P. Żak, Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne, Prok. i Pr. 2016, nr 7–8, s. 217, przypis nr 31.

¹² Zob. art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych.

i zobowiązań pieniężnych w szerokim znaczeniu¹³. Jak wskazuje się w judykaturze, bezwzględna nieważność czynności prawnej zachodzi przede wszystkim w razie naruszenia ustawowo określonych przesłanek dokonywania czynności danego rodzaju. Taki skutek wywierać będzie zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania pieniężnego¹⁴. Przepis art. 483 § 1 k.c. w odnośnym zakresie ma bowiem charakter *iuris cogentis*, co oznacza, że reguła ta nie może zostać zmieniona wolą stron. Dla porządku dodać należy, że weksel jest zobowiązaniem pieniężnym¹⁵.

Przedmiotem zabezpieczenia wykreowanych w opisany sposób wierzytelności są nieruchomości pożyczkobiorców. Zabezpieczenie następuje poprzez ustanowienie hipoteki, przewłaszczenie na zabezpieczenie lub sprzedaż, zawarcie umowy zobowiązującej do sprzedaży lub przedwstępnej albo w drodze udzielenia tzw. pełnomocnictwa dla zabezpieczenia.

Hipoteka, jako ograniczone prawo rzeczowe, stanowi składnik mienia, które jest zbiorczą nazwą dla ogółu podmiotowych praw majątkowych (bezwzględnych i względnych), tak cywilnych, jak i pozostałych¹⁶. Rozporządzenie hipoteką stanowi zatem rozporządzenie o skutkach rzeczowych. Gdy w akcie notarialnym dłużnik poddaje się dodatkowo egzekucji w trybie art. 777 pkt 4 k.p.c., wierzyciel hipoteczny nie musi dochodzić zasądzenia zabezpieczonej hipoteką wierzytelności w drodze sądowej. W tym przypadku tytułem wykonawczym jest akt notarialny po nadaniu mu przez sąd klauzuli wykonalności¹⁷.

Istnienie i treść hipoteki zależy od wierzytelności, którą zabezpiecza. Dlatego nie można ustanowić hipoteki bez wierzytelności, co oznacza, że nie można ustanowić hipoteki na rzecz osoby, której nie przysługuje wierzytelność¹⁸. Hipoteka ma bowiem charakter akcesoryjny i dzieli losy zabezpieczanej wierzytelności. W konsekwencji za niedopuszczalne uznać należy ustanowienie hipoteki wówczas, gdy wierzytelność wynika z czynności

¹³ Por.: uchwała 7 sędziów SN z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69; wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2008 r., sygn. IV CSK 202/08, LEX nr 466003; wyrok SN z dnia 18 sierpnia 2005 r., sygn. V CK 90/05, LEX nr 393104.

¹⁴ Tak: orzeczenie SN z dnia 7 kwietnia 1966 r., sygn. III CR 45/66, LEX nr 5962; wyrok SN z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. I CSK 240/08, LEX nr 484667; wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3; por. też A. Rzećca - Gil, Komentarz do art. 483 k.c., (w:) Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna, Lex/El., 2011.

¹⁵ Zob.: I. Heropolitańska, Prawo wekslowe..., *op. cit.*, s. 219.

¹⁶ M. Bednarek, Mienie. Komentarz do art. 44–55³ Kodeksu cywilnego, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków, 1997.

¹⁷ E. Bałan-Gonciarz, H. Ciepla, Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej, LEX 2011, s. 115.

¹⁸ Por.: postanowienie SN z dnia 18 lutego 2005 r., sygn. V CK 769/04, LEX nr 603807; wyrok SN z dnia 6 lipca 2012 r., sygn. V CSK 394/11, LEX nr 1215063.

prawnej sprzecznej z prawem czy też mającej na celu obejście prawa. Dotyczy to w szczególności zabezpieczenia hipoteką kary umownej przy zobowiązaniach pieniężnych.

Dopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie wierzytelności jest przedmiotem kontrowersji w doktrynie. Podczas gdy część autorów stanowczo akceptuje tego rodzaju umowy¹⁹, część się temu sprzeciwia²⁰. Jak wskazuje A. Oleszko, w dyskusji tej nie bez znaczenia jest fakt, że ustawodawca nie dał, jak dotąd, wyraźnego przyzwolenia na ich zawieranie²¹. Pomimo pierwotnego negatywnego stanowiska²², instytucja ta znalazła jednak uznanie w orzecznictwie Sądu Najwyższego²³.

Umowa o przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie należy do katalogu umów nienazwanych, zawieranych na zasadzie swobody kontraktowania (art. 353¹ k.c.). Przez tę umowę właściciel nieruchomości bezwarunkowo przenosi jej własności na wierzyciela, który jednocześnie zobowiązuje się do powrotnego przeniesienia własności na zbywcę w razie ziszczenia się warunku, którym jest zapłata długu w określonym terminie²⁴. W rzeczywistości mamy tu do czynienia z dwoma sprzężonymi ze sobą umowami. Pierwsza jest bezwarunkową umową zobowiązującą do przeniesienia własności

¹⁹ E. Gniewek, Komentarz do art. 157 Kodeksu cywilnego, (w:) E. Gniewek, Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2001; J. Pazdan, Przewłaszczenie na zabezpieczenie, Rejent 1994, nr 1, s. 17; M. Struś, Dwa sposoby powierniczego zabezpieczenia kredytu, Palestra 1992, nr 11–12, s. 34–39; J. Gołaczyński, Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., sygn. III CKN 246/00, OSP 2001, nr 5, s. 69 i n.; A. Ołanowicz, Glosa do wyroku SN z dnia 24 kwietnia 1964 r., sygn. II CR 178/64, OSP 1965, nr 11, s. 229 i n.

²⁰ G. Tracz, F. Zoll, Przewłaszczenie na zabezpieczenie, Kraków 1996, s. 21 i n.; I. Karasek, Komentarz do art. 101 ustawy – Prawo bankowe, (w:) F. Zoll (red.), Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków, Kraków 2005; J. Skąpski, Rzeczowe formy zabezpieczenia wierzytelności (z wyłączeniem hipoteki), (w:) Księga pamiątkowa ku czci profesora Tomasza Dybowskiego, Studia Iuridica 1994, t. 21, s. 139–148; A. Szpunar, O powierniczych czynnościach prawnych, Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica 1993, nr 57, s. 13–23; J. Pisuliński, Glosa do wyroku SN z dnia 8 marca 2002 r., sygn. III CKN 748/00, OSP 2003, nr 3, s. 37; F. Zoll, Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., sygn. III CKN 246/00, OSP 2001, nr 2, s. 26.

²¹ A. Oleszko, Komentarz do art. 91 ustawy – Prawo o notariacie, (w:) Prawo o notariacie. Komentarz. Część II, LexisNexis 2012, wyd. I.

²² Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1964 r., sygn. II CR 178/64, LEX nr 202. W orzeczeniu tym SN uznał za niedopuszczalne przeniesienie na zabezpieczenie własności nieruchomości jako naruszające zakaz przenoszenia własności nieruchomości z zastrzeżeniem warunku i terminu.

²³ Wyrok SN z dnia 29 maja 2000 r., sygn. III CKN 246/00, LEX nr 41955; wyrok SN z dnia 8 marca 2002 r., sygn. III CKN 748/00, LEX nr 54937; wyrok SN z dnia 28 października 2010 r., sygn. II CSK 218/10, LEX nr 672682.

²⁴ Por.: wyrok SN z dnia 27 czerwca 1995 r., sygn. I CR 7/95, LEX nr 9271; wyrok SN z dnia 29 maja 2000 r., sygn. III CKN 246/00, LEX nr 41955; wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 maja 2014 r., sygn. I ACa 134/14, LEX nr 1466923; wyrok SA w Katowicach z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. I ACa 114/15, LEX nr 1781915.

ze skutkiem rzeczowym (art. 155 k.c.). Druga natomiast to zobowiązanie do powrotnego przeniesienia własności, zawarte pod warunkiem zawieszającym²⁵.

Celem przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest nabycie przez wierzyciela własności przedmiotu przewłaszczenia, a przewłaszczyjący nie działa z zamiarem trwałego wyzbycia się rzeczy²⁶. Zaspokojenie wierzyciela z przewłaszczonej rzeczy następuje nie z chwilą nabycia przez wierzyciela jej własności, ale z chwilą dokonania czynności powodującej zaspokojenie się wierzyciela z tej rzeczy i prowadzącej do umorzenia w całości lub w części zabezpieczonej wierzytelności. Zaspokojenie to może być dokonane w różny sposób, np. przez zbycie tej rzeczy, oddanie jej osobie trzeciej do odpłatnego korzystania lub inne nią rozporządzenie. Nie jest też wyłączone zatrzymanie rzeczy przez wierzyciela jako jej właściciela i zaliczenie wartości rzeczy na poczet zabezpieczonej wierzytelności²⁷.

Brak potrzeby zachowywania w tym przypadku niektórych procedur dyktowanych interesem dłużnika (o czym poniżej) nie oznacza jednak zupełnej dowolności. Zaspokojenie się wierzyciela nie może być bowiem sprzeczne z treścią stosunku prawnego łączącego strony (w granicach potrzebnych do zaspokojenia wierzytelności), umową oraz zasadami współżycia społecznego. W wypadku zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu zabezpieczenia wymagane jest rozliczenie się stron. Wierzycielowi powinna przypaść jedynie wartość zaspokajająca jego interes, to jest wartość odpowiadająca wysokości wierzytelności, związanych z nią roszczeń dodatkowych i wartość pokrywająca koszty zaspokojenia. W przypadku zatrzymania przez niego wartości większej dłużnik może żądać zwrotu nadwyżki według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.)²⁸.

Podstawowym mankamentem przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie jest to, że wraz ze spłatą wierzytelności nie ustaje automatycznie przysporzenie po stronie beneficjenta zabezpieczenia. Do zwrotu prawa własności nieruchomości konieczne jest bowiem dokonanie innej czynności prawnej. Zła wola wierzyciela może rodzić dla dłużnika znaczne dolegliwości związane z realizacją roszczenia o powrotne przeniesienie własności. Dodatkowe ujemne skutki dla dłużnika to pozbawienie go możliwości ustanowienia na nieruchomości dalszych zabezpieczeń (zmniejszenie zdolności kredytowej) oraz możliwość pojawienia się tzw. następczego nadzabezpieczenia, kiedy niezapłacenie niewielkiej kwoty (gdy spłata zabezpieczonej

²⁵ A. Wójcik, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Radca Prawny 1997, nr 5, s. 38 i n.

²⁶ Wyrok SN z dnia 13 maja 2011 r., sygn. V CSK 360/10, LEX nr 1102269.

²⁷ Wyrok SN z dnia 27 czerwca 1995 r., sygn. I CR 7/95, LEX nr 9271.

²⁸ Wyrok SN z dnia 13 maja 2011 r., sygn. V CSK 360/10, LEX nr 1102269; wyrok SN z dnia 12 października 2011 r., sygn. II CSK 690/10, LEX nr 951583; wyrok SN z dnia 22 października 2014 r., sygn. II CSK 784/13, LEX nr 1523269.

wierzytelności następować ma w ratach) może prowadzić do utraty przewłaszczonej rzeczy²⁹.

Wyjątkowo niebezpieczną sytuacją dla dłużnika jest ta, w której w umowie tego rodzaju nie określono terminu zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia. W przypadku zastrzeżenia na swoją rzecz lichwiarskich odsetek wierzyciel najczęściej nie podejmuje przez określony czas aktów zaspokojenia swej należności dążąc do sytuacji, w której stan zadłużenia pozwoli mu na umorzenie wierzytelności przez zatrzymanie nieruchomości. Tego rodzaju zachowanie wierzyciela – jako niezgodne z *causa* umowy – może być przyczyną stwierdzenia jej nieważności jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego lub sprzeciwiającej się właściwości stosunku łączącego strony (art. 58 § 2 i art. 353¹ k.c.)³⁰.

Występująca często niewspółmierność między wartością przedmiotu zabezpieczenia a wysokością zabezpieczonej wierzytelności, prowadząca do tzw. nadzabezpieczenia, nie zapewniająca interesom stron jednakowej ochrony, wymaga od organów stosujących prawo bardzo wnikliwej kontroli przyjętego sposobu zaspokojenia wierzyciela oraz jego wykonanie³¹. W szczególności jej celem jest sprawdzenie, czy w ten sposób silniejsza strona umowy nie zmierza do osiągnięcia skutku w postaci przepadku przedmiotu zabezpieczenia. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 5 września 1996 r.: „Zakaz umowy o przepadek przedmiotu zabezpieczenia (*lex commissoria*), ustanowiony w przepisach art. 312 zd. 1 k.c. i art. 75 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, jest normą generalną w tym znaczeniu, iż znajduje zastosowanie nie tylko do zastawu i hipoteki, lecz do wszystkich zabezpieczeń rzeczowych, w tym także do przewłaszczenia na zabezpieczenie. Przepisy te bowiem wysławiają normę zakazującą realizacji rezultatu w postaci zawłaszczenia przez wierzyciela rzeczy dłużnika stanowiącej przedmiot zabezpieczenia, z tego zaś punktu widzenia nie ma znaczenia rodzaj środka «technicznego» użytego przez strony dla osiągnięcia tego rezultatu. O zakresie zastosowania tego zakazu nie rozstrzyga typ dokonanej przez strony czynności prawnej, lecz doniosłe są –

²⁹ J. Pisuliński, Glosa..., *op. cit.*, s. 37.

³⁰ Przewłaszczenie na zabezpieczenie jest czynnością prawną kausalną. Przyczyną przysporzenia jest w tym wypadku zabezpieczenie wierzytelności przysługującej wierzycielowi (*causa cavendi*). W wyroku z dnia 28 października 2010 r., sygn. II CSK 218/10, LEX nr 672682, Sąd Najwyższy nie wykluczył możliwości stwierdzenia nieważności umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie w przypadku ustanowienia w umowie na rzecz wierzyciela nadmiernego lub zbytecznego zabezpieczenia wierzytelności; zob. też wyrok SA w Katowicach z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. I ACa 114/15, LEX nr 1781915; tak też: J. Pisuliński, Glosa..., *op. cit.*, s. 37; S. Rudnicki, Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., sygn. III CKN 246/2000, Przegląd Sądowy 2001, nr 6, s. 119 i n.

³¹ Zob. J. Rudnicka, G. Rudnicki, S. Rudnicki, Komentarz do art. 156 Kodeksu cywilnego, (w:) J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe, LexisNexis 2013, Wyd. I.

zamierzone przez strony – jej praktyczne skutki. Jeśli dokonana przez strony czynność prawna (lub funkcjonalnie powiązane czynności prawne) wywołuje skutki ekonomiczne odpowiadające opisanej wyżej sytuacji, tj. stwarza dla dłużnika ryzyka uzasadniające ustanowienie zakazu umowy o przepadek przedmiotu zabezpieczenia, czynność tę należy uznać za dokonaną *contra legem* i – z mocy art. 58 § 1 k.c. – nieważną³².

W praktyce zdarza się także wykorzystywanie dla celów zabezpieczenia wierzytelności umowy sprzedaży nieruchomości. Także w takich przypadkach wierzyciel zobowiązuje się do powrotnego przeniesienia jej własności na zbywcę w razie terminowego zwrotu pożyczki z tym, że następuje to bez zachowania wymaganej przez prawo formy aktu notarialnego (art. 158 zd. 1 k.c.). Niezachowanie tej formy powoduje jednak nieważność umowy zobowiązującej do przeniesienia własności nieruchomości (art. 73 § 1 k.c.). Tego rodzaju umowy winny być oceniane przez pryzmat art. 83 § 1 k.c.³³ Gdy czynność pozorna ukrywa przewłaszczenie na zabezpieczenie, zarówno treść jak i cel czynności dysymulowanej podlega ocenie z punktu widzenia zasad ogólnych k.c. Wobec niezachowania formy szczególnej³⁴, dla zobowiązania do powrotnej sprzedaży nieruchomości, zastosowanie znajdzie art. 58 § 3 k.c.

Nie jest przewłaszczeniem na zabezpieczenie – wykorzystywana do zabezpieczenia wierzytelności – umowa, w której dłużnik zobowiązuje się do przeniesienia na rzecz wierzyciela własności nieruchomości na wypadek niespłacenia długu³⁵. W tym przypadku ziszczenie się warunku prowadzi do powstania bezwarunkowego zobowiązania dłużnika do przeniesienia własności na rzecz wierzyciela. Dochodzi do niego, zgodnie z art. 157 § 2 k.c., przez zawarcie umowy rzeczowej. Wobec otwartości katalogu zabezpieczeń osobistych w obrocie prawnym, nie jest także wykluczone nadanie – w ramach swobody umów – funkcji zabezpieczenia umowie przedwstępnej obejmującej nieruchomość (art. 389 k.c.)³⁶. Istotnym wzmocnieniem pozycji wierzyciela może być w tego typu przypadkach uzyskanie przez niego nie-

³² Wyrok SA w Krakowie z dnia 5 września 1996 r., sygn. I ACr 286/96, LEX nr 45632. Analogiczne stanowisko jest prezentowane również w doktrynie, zob.: K. A. Dadańska, Komentarz do art. 312 Kodeksu cywilnego, (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe, LEX 2012, wyd. II; E. Bałan-Gonciarz, H. Cieplą, *op. cit.*, s. 114–115.

³³ Zob. wyrok SN z dnia 11 maja 2007 r., sygn. I CSK 70/07, LEX nr 287785.

³⁴ Por. wyrok SN z dnia 26 maja 1983 r., sygn. II CR 32/83, LEX nr 8539; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Komentarz do art. 83 k.c., (w:) P. Księżak (red.), M. Pyziak-Szafrnicka (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, wyd. II, LEX 2014.

³⁵ Wyrok SN z dnia 29 maja 2000 r., sygn. III CKN 246/00, LEX nr 41955; S. Rudnicki, Komentarz do art. 157 Kodeksu cywilnego, (w:) S. Rudnicki, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe, LexisNexis 2006, wyd. VI.

³⁶ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. IV CSK 432/09, LEX nr 564991.

odwołanego pełnomocnictwa do zawarcia umowy przeniesienia własności nieruchomości po ziszczeniu się warunku (lub umowy przyrzeczonej).

Zawarcie umowy rozporządzającej (lub przyrzeczonej) stwarza dla dłużnika realne zagrożenie utraty nieruchomości na etapie zaspokojenia wierzyciela. Wskazuje to na potrzebę rozważania, czy została zachowana proporcja między wysokością długu, a możliwym do uzyskania przez wierzyciela świadczeniem (wartością zabezpieczenia). Stwierdzenie, że dana umowa prowadzi do wystąpienia nadmiernego zabezpieczenia i w efekcie nadmiernego zaspokojenia wierzyciela, któremu dłużnik nie jest w stanie zapobiec, zaś wierzyciel nie ma prawnego obowiązku zwrotu nadpłaty, może być przyczyną stwierdzenia jej nieważności w oparciu o art. 58 § 1 lub 2 k.c.³⁷

Kolejnym sposobem zabezpieczenia wierzytelności jest udzielane pożyczkodawcom pełnomocnictwo do sprzedaży nieruchomości dłużnika (tzw. pełnomocnictwo dla zabezpieczenia).

W typowej sytuacji pełnomocnictwa udziela się z uwagi na majątkowy interes reprezentowanego (działanie w jego interesie uznawane jest za cechę paradygmatyczną przedstawicielstwa). Instytucja pełnomocnictwa może być jednak wykorzystana w celu zabezpieczenia wierzytelności (pełnomocnictwo atypowe). W nauce prawa bankowego, dla tej funkcji ukuto pojęcie tzw. pełnomocnictwa dla zabezpieczenia³⁸. Pełnomocnictwo takie umożliwia pozaegzekucyjne zaspokojenie się wierzyciela. Jego realność może zostać wsparta przez zobowiązanie dłużnika do nieprzenoszenia i nieobciążania prawa własności rzeczy do czasu zaspokojenia należności wierzyciela oraz zrzeczenia się odwołania pełnomocnictwa³⁹. W praktyce jest ono zazwyczaj niegasnące w przypadku śmierci mocodawcy i nieodwołalne przed dniem całkowitej spłaty pożyczki wraz z odsetkami (lub wykupu weksli), skuteczne od dnia wymagalności wierzytelności, przed którym mocodawca zobowiązuje się nie sprzedawać swojej nieruchomości.

Zgodnie z treścią art. 101 § 1 k.c. mocodawca może się zrzec odwołania pełnomocnictwa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Zrzeczenie się odwołalności pełnomocnictwa dotyczy więc tylko takich przypadków, gdy mocodawcę łączy z pełnomocnikiem – oprócz stosunku pełnomocnictwa – również stosunek podstawowy, wyłączone jest natomiast, gdy takiego stosunku podstawowego brak⁴⁰. Możliwość taką unicestwi także wynikająca ze sprzeczności z prawem nieważność stosunku podstawowego (np. umowy lichwiarskiej pożycz-

³⁷ Wyrok SN z dnia 12 października 2011 r., sygn. II CSK 690/10, LEX nr 951583.

³⁸ M. Smyk, Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego, Oficyna 2010, s. 77 i powołana tam literatura.

³⁹ *Ibidem*, s. 79.

⁴⁰ K. Kopaczyńska-Pieczniak, Komentarz do art. 101 k.c., (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II, WKP 2012.

ki). Podobnie jak zobowiązanie się dłużnika do nieprzenoszenia i nieobciążania prawa własności rzeczy, tego rodzaju zastrzeżenie (nieodwołalności pełnomocnictwa) rodzi wyłącznie skutki obligacyjne⁴¹.

Ustanowienie pełnomocnictwa dla zabezpieczenia wiarytelności nie jest samo w sobie sprzeczne z prawem⁴². Uzyskanie takiego pełnomocnictwa przez wierzyciela nie zwalnia go jednak z dbałości o interesy majątkowe mocodawcy, w szczególności nie upoważnia go do działania na jego szkodę. Z faktu, że strony łączy stosunek pełnomocniczy wypływa wniosek o ciążącym na pełnomocniku obowiązku starannego działania. Należy go rozumieć w ten sposób, że w wykonaniu pełnomocnictwa do sprzedaży powinien on zrealizować go z maksymalnym zaspokojeniem interesów mocodawcy. W myśl art. 355 § 1 i 2 k.c., dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), którą w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego jej charakteru. Niespełnienie lub nienależyte spełnienie świadczenia jest zachowaniem bezprawnym, a jeżeli było spowodowane niezachowaniem należytej staranności, dłużnik może ponosić za nie odpowiedzialność (art. 472 k.c.)⁴³.

Nadmienić należy, że przepis art. 296 k.k. nie dopuszcza, aby źródłem uprawnień i obowiązków, przez nadużycie lub niedopełnienie których następuje wyrządzenie szkody majątkowej osobie fizycznej, prawnej albo jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, była jednostronna czynność prawna, jaką jest pełnomocnictwo. Gdy jednak wynika ono z istniejącego między mocodawcą a upoważnionym stosunku podstawowego np. umowy zlecenia, to podstawę uprawnień i obowiązków pełnomocnika na gruncie art. 296 k.k. stanowił będzie ów stosunek podstawowy⁴⁴.

W praktyce zdarza się, że cenę sprzedaży w pełnomocnictwie określa się jako „nie niższą” od kwoty pożyczki. Tego rodzaju klauzula nie zwalnia oczywiście pełnomocnika od obowiązku uzyskania jak najwyższej ceny, gdyby jednak działał na szkodę mocodawcy, może to utrudnić temu drugiemu dowodzenie w procesie. Jeśli cena określona w pełnomocnictwie pozo-

⁴¹ W. Robaczyński, Komentarz do art. 101 k.c., (w:) P. Księżak (red.), M. Pyziak-Szafrnicka (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, wyd. II, LEX 2014.

⁴² Nie jest to jednak pogląd niekontrowersyjny. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. II CKN 832/97, LEX 34572: „pełnomocnictwo nie jest instytucją prawną przewidzianą do zabezpieczenia roszczeń, lecz do reprezentowania mocodawcy”. Zob. też: J. Ciszewski, Kilka uwag o pełnomocnictwie nieodwołalnym i niegasnącym ze śmiercią mocodawcy, Gdańskie Studia Prawnicze 2005, t. XIV, s. 798 i n.; S. Rejman, Glosa do uchwały SN z dnia 26 października 1954 r., sygn. II CO 49/54, Państwo i Prawo 1956, nr 10, s. 722 i n.

⁴³ Por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 lipca 2012 r., sygn. I ACa 703/12 (niepublikowany).

⁴⁴ Zob. A. Zientara, Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego, Oficyna 2010, s. 94.

staje w rażącej dysproporcji do wartości nieruchomości, wskazywać to może, że strony lub jedna z nich zmierzają do zawarcia umowy o przepadek. Sytuacja, w której sprzedaż nieruchomości na podstawie pełnomocnictwa nastąpić ma bez uwzględnienia różnicy pomiędzy wielkością długu a wartością zabezpieczenia i bez jakiegokolwiek jej rozliczenia, winna podlegać wnikliwej analizie z perspektywy treści art. 58 § 1 lub 2 k.c. Jak już wskazywano, rezultat zakazany w przepisach art. 312 k.c. i art. 75 ustawy o księgach wieczystych i hipotece może być bowiem osiągnięty nie tylko bezpośrednio, tj. poprzez zawarcie umowy o przepadek przedmiotu zabezpieczenia, ale także pośrednio, w drodze dokonania czynności prawnej „samej w sobie” dozwolonej, ale podjętej w celu osiągnięcia niedozwolonego rezultatu. W takiej sytuacji mamy do czynienia z czynnościami skierowanymi na obejście prawa, polegającymi na użyciu dozwolonych środków w celu osiągnięcia rezultatu identycznego z rezultatem zakazanym. Rodzaj środków użytych w celu naruszenia zakazu umowy o przepadek ma jedynie techniczne znaczenie, a tym samym ich formalna nawet zgodność z prawem pozostaje bez znaczenia dla oceny działania *contra legem*⁴⁵.

W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że czynności upoważniające – a za takie uznaje się udzielenie pełnomocnictwa – same przez się nie realizują korzystnej dla upoważnionego zmiany jego majątku, stąd nie mieszczą się w klasie ani czynności rozporządzających, ani zobowiązujących, ani przysporzeń⁴⁶. Odnosząc się do tego zagadnienia wskazać należy, że dla rozporządzenia mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. nie ma znaczenia cywilnoprawna charakterystyka zrealizowanej przez pokrzywdzonego czynności, relewantne jest jedynie to, aby jej konsekwencje odnosiły się do szeroko rozumianego mienia⁴⁷. Jak wskazał Sąd Najwyższy: „Jakkolwiek oczywistym jest, że normy prawa cywilnego muszą determinować ocenę cywilnoprawnych skutków czynności podejmowanych przez sprawcę przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., to jednak nie mogą one samodzielnie kreować wykładni przesłanek jego odpowiedzialności karnej za to przestępstwo. Treść normatywna przepisu art. 286 § 1 k.k. nie pozwala na redukowanie skutku oszustwa wyłącznie do przeniesienia prawa majątkowego. Określając skutek działania sprawcy przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. ustawodawca nie odwołał się, tak jak np. w art. 284 § 1 k.k., do pojęcia prawa majątkowego, lecz posłużył się pojęciem niekorzystnego rozporządzenia mieniem, które musi być rozumiane jako wszelkie czynności prowadzące do pogorszenia sytuacji ma-

⁴⁵ Zob. wyrok SN z dnia 4 listopada 1997 r., sygn. II CKN 423/97, LEX nr 64086.

⁴⁶ M. Smyk, Pełnomocnictwo..., *op. cit.*, s. 148.

⁴⁷ Por.: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Komentarz do art. 286 Kodeksu karnego, (w:) A. Zol (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2006.

jątkowej pokrzywdzonego⁴⁸. W konsekwencji nie jest wykluczone uznanie czynności prawnej udzielenia pełnomocnictwa za mieszczącą się w karno-prawnym pojęciu rozporządzenia mieniem, będącego skutkiem przestępczego działania sprawcy. Jak wskazał Sąd Najwyższy: „każde przysporzenie, a więc również przysporzenie uprawnienia do oddziaływania na cudzą sferę majątkową, będzie normalnie dokonywane z pewnej przyczyny, która ma znaczenie pod względem prawnym, a tylko wyjątkowo dokonuje się przysporzenia w oderwaniu od przyczyny”⁴⁹. Zagadnienie to z pewnością wymaga dalszej szczegółowej analizy, która przekracza ramy niniejszej pracy.

Udzieleniu pełnomocnictwa dla zabezpieczenia towarzyszy stosunek obligacyjny mocodawcy i pełnomocnika. Jeśli uzyskujący pełnomocnictwo, w momencie zawązania tego stosunku, nie ma zamiaru spełnić świadczenia, do którego się zobowiązał, nie mamy tu do czynienia z wyłudzeniem pełnomocnictwa lecz z wyłudzeniem określonej wierzytelności, którą art. 353 k.c. określa bardzo ogólnie jako możliwość żądania od dłużnika świadczenia (wierzytelnością tą może być np. zwrot ceny, ewentualnie różnicy pomiędzy uzyskaną ceną a wysokością długu mocodawcy).

Jednostronna czynność prawna udzielenia pełnomocnictwa może także ukrywać stosunek obligacyjny stron. Gdy przybiera on postać umowy o przepadek, dotknięty jest sankcją nieważności z mocy art. 58 § 1 k.c. Jeśli co do tego charakteru kontraktu (lub innych jego elementów) mocodawca został wprowadzony w błąd, konieczne jest dokonanie oceny zachowania sprawcy z perspektywy wyczerpania znamion art. 286 § 1 k.k. Nie mamy tu jednak do czynienia z czynnością upoważniającą lecz zobowiązującą. Jej skutek następuje z chwilą podjęcia decyzji o dyspozycji mieniem (w dniu zawarcia umowy). Samo jej wykonanie jest dalszym skutkiem (skutkiem rozporządzenia mieniem) i ma wpływ na określenie wysokości ewentualnej szkody⁵⁰. Do uznania określonego zachowania za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. nie jest przy tym istotne, czy czynność prawna była ważna i skuteczna. Nie jest także konieczne, aby była to czynność zgodna z prawem.

Sprawy egzekucyjne należą do właściwości sądów rejonowych i działających przy tych sądach komorników (art. 758 k.p.c.). Egzekucja świadczeń pieniężnych uregulowana została w Tytule II Części III k.p.c. – art. 844 k.p.c. – art. 1040 k.p.c. Egzekucję świadczeń pieniężnych z nieruchomości regulują przepisy art. 921–1013 k.p.c. Jest ona w zasadzie wyłącznym sposobem przymusowego zaspokojenia roszczeń pieniężnych z mienia dłużnika, jakim

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 17 maja 2012 r., sygn. V KK 322/11, LEX nr 1212390; T. O c z k o w s k i, Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, s. 64–65.

⁴⁹ Uchwała SN z dnia 26 października 1954 r., sygn. I CO 49/54, LEX nr 1634004.

⁵⁰ Zob. wyrok SN z dnia 16 maja 2008 r., sygn. II KK 354/07, LEX nr 435363.

jest nieruchomość⁵¹. Sformalizowany proces egzekucji zapewnić ma poszanowanie praw dłużnika. Do najważniejszych jego elementów należy konieczność oszacowania zajętej nieruchomości przez biegłego oraz ustawowe określenie najniższej ceny, za którą można ją sprzedać. Egzekucja świadczeń niepieniężnych została uregulowana w Tytule III Części III k.p.c. – art. 1041–1088 k.p.c.

Zabezpieczenia w postaci: przewłaszczenia na zabezpieczenie, sprzedaży, zobowiązania do sprzedaży lub umowy przedwstępnej sprzedaży albo pełnomocnictwa do sprzedaży nieruchomości (dodatkowo zaopatrzonego w klauzulę z art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c. o poddaniu mocodawcy egzekucji z aktu notarialnego w zakresie wykonania obowiązków wynikających z jego treści), poprzez ich realizację przez wierzyciela, przekształcają egzekucję roszczeń pieniężnych w egzekucję roszczeń niepieniężnych, tj. przymusową realizację tytułów wykonawczych polegających na wydaniu nieruchomości albo na opróżnieniu pomieszczenia, w tym również lokalu mieszkalnego (art. 1046 k.p.c.). W konsekwencji dłużnik nie może korzystać z szeregu uprawnień, w tym wyżej wskazanych, przysługujących mu w przypadku egzekucji świadczeń pieniężnych z nieruchomości. Może to skutkować zapoznaniem interesów majątkowych dłużnika, spowodowaniem nieusprawiedliwionej straty w jego majątku i całkowitego zaprzeczenia zasad odpowiedzialności majątkowej. W tym kontekście podkreślić należy, że racją zakazu *lex commissoria* jest nie tylko ochrona dłużnika przed ryzykiem straty majątkowej dysproporcjonalnej wobec wysokości zabezpieczonej wierzytelności oraz ryzykiem nadużycia przez wierzyciela silniejszej względem dłużnika pozycji w celu zawłaszczenia przedmiotu zabezpieczenia, ale także ochrona interesu ogólnego uzasadniającego wyłączność kompetencji organów państwowych w dziedzinie egzekucji zobowiązań. Wyposażenie wierzyciela, w drodze umowy, w niepodlegającą kontroli sądowej kompetencję do samodzielnego zaspokojenia zabezpieczonej wierzytelności, w konsekwencji prowadzić może do realizacji interesów sprzecznych z funkcją odpowiedzialności majątkowej⁵².

Opisane wyżej dyspozycje majątkowe pożyczkobiorców (o charakterze obligacyjnym, rzeczowym i upoważniającym) pozostają w zainteresowaniu prawa karnego, kiedy ich dokonanie jest wynikiem oszukańczych zabiegów osób oferujących finansowanie, a nadto znamionuje je niekorzystność. Odnosząc się do pierwszej kwestii, zwrócić należy uwagę na charakterystyczne cechy ofiar nieuczciwych „przedsiębiorców” jak i specyficzne metody działania tych ostatnich.

⁵¹ H. Cieplą, Komentarz do art. 921 Kodeksu postępowania cywilnego, (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom IV. Artykuły 730–1088, LEX 2014, wyd. II.

⁵² Zob. Wyrok SA w Krakowie z dnia 5 września 1996 r., sygn. I ACr 286/96, LEX nr 45632.

Pokrzywdzonymi tego rodzaju przestępstwami stają się najczęściej osoby w trudnej sytuacji finansowej, w podeszłym wieku, nieporadne życiowo, skrajnie łatwowierne, naiwne, obdarzające innych nadmiernym zaufaniem, o nikłym doświadczeniu życiowym, niemające rozeznania w zakresie regulacji prawnych czy zjawisk ekonomicznych. Sprawcy prezentują się natomiast jako biznesmeni, o dużym doświadczeniu zawodowym, znajomościach w świecie finansowym, doskonale poruszający się w meandrach prawa cywilnego. Posługują się nomenklaturą prawniczą lub pseudoprawniczą.

Do typowych sposobów wprowadzenia w błąd należą: przekazanie nieprawdziwych informacji co do istoty zaciąganych zobowiązań i charakteru ich zabezpieczeń, a także konsekwencji niewywiązania się z umów w terminie, w szczególności zaś zatajenie celu zawarcia kontraktu, którym nie jest odpłatne udzielenie środków finansowych, a przejęcie nieruchomości pożyczkobiorcy za ułamek jej wartości (względnie uzyskanie wierzytelności odpowiadającej wartości tej nieruchomości). Często zawierane umowy stanowią jedynie część przedsięwzięcia służącego ułatwieniu uzyskania przez kontrahenta kredytu bankowego lub restrukturyzacji jego zadłużenia, co pozwala na wprowadzenie do nich dodatkowych elementów komplikujących ustalenie wzajemnych praw i obowiązków stron. Zazwyczaj przy tej okazji sprawcy, jeśli nie zapewniają, to co najmniej sugerują, że są w stanie pozyskać taki kredyt, nawet z pominięciem procedur bankowych. Ukrywają jednocześnie przed klientami, że ci nie mają żadnych szans na uzyskanie tego rodzaju wsparcia. Nadmienić należy, że zachowanie sprawcy polegające na zobowiązaniu się do określonego działania, z którego nie ma on zamiaru wywiązać się w chwili składania przyrzeczenia osobie pokrzywdzonej, uznaje się za wprowadzenie w błąd na gruncie przestępstwa oszustwa. Istota błędu nie dotyczy bowiem okoliczności, która ma nastąpić w przyszłości, lecz zdarzenia, które poprzedza dokonanie dyspozycji majątkowej przez adresata oświadczeń (postanowień i zamiarów sprawcy na przyszłość)⁵³. Zdarza się, że sprawcy zatają przed pokrzywdzonymi rzeczywistą wysokość pożyczki (od której naliczają odsetki, i która jest podstawą ustanawianych zabezpieczeń) poprzez potrącanie z jej kwoty spłaty części rat, a także prowizji i innych kosztów własnych, o czym pożyczkobiorcy nie są uprzednio informowani.

W tym kontekście przypomnieć należy, że „wprowadzenie w błąd nie zawsze musi się wiązać z użyciem szczególnego podstępu lub być przejawem szczególnego sprytu ze strony sprawcy (...). Za wprowadzenie w błąd może być uznane każde działanie sprawcy, które może powodować błędną ocenę rzeczywistości przez adresata podstępnych zabiegów i w konse-

⁵³ Zob. wyrok SN z dnia 29 listopada 1933 r., sygn. II K 1007/33, OSN(K) 1934, nr 3, poz. 52; T. Oc z k o w s k i, *Oszustwo...*, *op. cit.*, s. 45.

kwencji doprowadzić go do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. (...) dla bytu przestępstwa oszustwa jest obojętne, czy pokrzywdzony mógł lub powinien był sprawdzić prawdziwość twierdzeń sprawcy, nie jest nawet istotne, że pokrzywdzony mógł wykryć błąd przy dołożeniu znikomej nawet staranności; podobnie bezkrytyczność i łatwowierność pokrzywdzonego nie wyłącza karygodności wprowadzenia w błąd⁵⁴. Brak należytej ostrożności, a nawet lekkomyślność pokrzywdzonego nie ma więc żadnego znaczenia dla bytu przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i w żadnym wypadku nie ekskulpuje oskarżonego⁵⁵. Wielokrotnie zdarza się natomiast, że opierając się wyłącznie na treści związanych z transakcjami dokumentów, organy ochrony prawnej poprzestają na stwierdzeniu cywilnoprawnego charakteru zdarzeń.

Charakterystyczną formą wykonawczą omawianych oszustw jest wyzyskanie niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Niezdolność ta zazwyczaj przy tym nie wynika z czynników o charakterze endogennym (np. choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego) czy też niedostatecznej socjalizacji, lecz prawnej i ekonomicznej ignorancji. Jak wskazuje się w doktrynie „w skomplikowanych relacjach socjalnych, stanowiących przykładowo przedmiot regulacji prawa handlowego (szerzej: cywilnego), bankowego lub prawa papierów wartościowych, dla przyjęcia niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania niekoniecznie musi występować po stronie pokrzywdzonego jakaś anomalia. Często bowiem osoby w pełni zdrowe i zsocjalizowane nie potrafią zrozumieć znaczenia wykonywanych przez siebie czynności konwencjonalnych”⁵⁶. Ustawa nie ogranicza przesłanek niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, może więc ona wynikać także z ciemnoty, zabobonu lub naiwności osoby pokrzywdzonej⁵⁷. Dla uznania, że sprawca wykorzystał tę niezdolność wystarcza, jeśli zostanie ustalone, że w czasie rozporządzenia mieniem osoba dokonująca tej czynności nie zdawała sobie sprawy z tego, jaką czynność prawną zawiera i jakie skutki prawne lub ekonomiczne wynikają lub mogą wynikać z tej czynności⁵⁸.

Nadmienić należy, że w realiach tego samego stanu faktycznego, poszczególne formy wykonawcze oszustwa (wprowadzenie w błąd, wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działa-

⁵⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 4 marca 2015 r., sygn. II AKa 267/14, LEX nr 1665810; zob. też T. Oczkowski, *Oszustwo...*, *op. cit.*, s. 56.

⁵⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 3 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 80/13, LEX nr 1322875.

⁵⁶ G. Łabuda, *Komentarz do art. 286 Kodeksu karnego*, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2014, wyd. I.

⁵⁷ A. Marek, *Komentarz do art. 286 Kodeksu karnego*, (w:) A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010, wyd. V.

⁵⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 286 Kodeksu karnego...*, *op. cit.*

nia) mogą wystąpić razem, ale nie co do tej samej okoliczności⁵⁹. Z reguły zachowania sprawców nie ograniczają się jednak do jednorazowego kłamstwa, lecz przybierają formę zespołu nieprawdziwych oświadczeń, przeplatanych z przemilczeniem pewnych okoliczności, a także wykorzystywaniem niezdolności drugiej strony do prawidłowej oceny poszczególnych jej działań.

Niekorzystne rozporządzenie mieniem, jako skutek oszustwa, oznacza pogorszenie sytuacji majątkowej pokrzywdzonego. Obejmuje zarówno rzeczywiste uszczerbki w jego majątku (*damnum emergens*), jak i spodziewane, a utracone w wyniku zachowania sprawcy, korzyści (*lucrum cessans*). Powstanie szkody majątkowej w mieniu nie jest warunkiem koniecznym uznania rozporządzenia za niekorzystne. Niekorzystność nie oznacza bowiem ani konieczności wyrządzenia rzeczywistej szkody, ani też jej niepowetowalności. Niekorzystne rozporządzenie mieniem to pojęcie szersze od terminów „szkoda” i „strata”⁶⁰. Do tego rodzaju zmiany sytuacji majątkowej może więc zostać zaliczone nadmierne lub niezgodne z umową zabezpieczenie zobowiązania, prowadzące np. do pogorszenia lub wykluczenia szans na uzyskanie przez pokrzywdzonego nowego kredytu.

W określonych okolicznościach faktycznych nie można wykluczyć zakwalifikowania zachowania sprawców jako przywłaszczenia prawa własności nieruchomości. Stypizowane w art. 284 § 1 k.k. przestępstwo przywłaszczenia polega na rozporządzeniu jak swoją własnością cudzą rzeczą ruchomą lub cudzym prawem majątkowym z wykluczeniem osoby uprawnionej. Towarzyszy mu zamiar zatrzymania cudzej rzeczy lub innego mienia dla siebie lub innej osoby (*animus rem sibi habendi*). W przypadku prawa majątkowego warunkiem przywłaszczenia nie jest uprzednie posiadanie rzeczy. W realiach polskiego systemu prawa wymóg taki nie jest możliwy do spełnienia. Praw majątkowych nie da się bowiem posiadać zarówno w rozumieniu prawa cywilnego, jak i prawa karnego materialnego. Posiadanie, jako instytucja prawa rzeczowego, oznacza stan faktyczny, polegający na władaniu określoną rzeczą przez posiadacza (art. 336 k.c.). W prawie cywilnym nie istnieje instytucja posiadania prawa majątkowego. Kodeks karny przewiduje jedynie posiadanie dokumentu stwierdzającego konkretne prawo majątkowe. Wymóg uprzedniego posiadania dotyczy więc jedynie cudzej rzeczy ruchomej⁶¹.

Z uwagi na to, że do ustanowienia opisanych wyżej zabezpieczeń na nieruchomości dłużnika niezbędne jest zachowanie formy aktu notarialnego,

⁵⁹ Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. II AKa 268/12, LEX 1378232.

⁶⁰ Por. wyrok SA w Łodzi z dnia 29 stycznia 2001 r., sygn. II Aka 74/01, Prok. i Pr. 2002, nr 10, poz. 16; wyrok SN z dnia 30 sierpnia 2000 r., sygn. V KKN 267/00 z glosą aprobującą J. S at k o, OSP 2001, nr 3.

⁶¹ Zob.: postanowienie SN z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. IV KK 3/09, LEX 496136; wyrok SA w Szczecinie z dnia 9 stycznia 2013 r., sygn. II AKa 235/12, LEX nr 1259761.

przy tego rodzaju czynnościach prawnych pierwszorzędne znaczenie ma prawidłowe zachowanie notariusza, który w zakresie swoich uprawnień działa jako osoba zaufania publicznego (art 2 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie – dalej: „pr. o not.”).

Państwo przeniosło na notariusza część swoich kompetencji w zakresie czynności, które uznało za doniosłe pod względem prawnym i ogólnospołecznym. Notariusz sprawuje jurysdykcję prewencyjną, oddziałując na zainteresowanych kontrahentów tak, aby swoje stosunki prawne ukształtowali zgodnie z prawem i zasadami współżycia społecznego⁶². Jako „strażnik” obowiązującego porządku prawnego powinien gwarantować ich bezpieczeństwo i prawidłowość, eliminując bądź ograniczając ryzyko przyszłego sporu przed sądem, a jeśli by do niego doszło, usprawnić postępowanie przez dostarczenie jednoznacznych dowodów. Czyni tak zarówno w interesie publicznym, jak i w interesie samych stron⁶³.

Przy wykonywaniu czynności notarialnych notariusz zobowiązany jest do zachowania szczególnej staranności (art. 49 pr. o not.). Ma ona charakter staranności zawodowej, nakładającej na niego wyższe standardy niż „zwykła” należyta staranność. Winna przejawiać się w fachowości i uzasadnionej dociekliwości notariusza, a także w zachowaniu całkowitej bezstronności wobec uczestników czynności notarialnej, którzy powinni mieć do notariusza pełne zaufanie i poczucie, że nie reprezentuje on interesów tylko jednej ze stron. Jej niezachowanie jest formą zawinienia zwaną niedbalstwem⁶⁴. Notariusz powinien uważnie baczyć, by jego autorytet nie został wykorzystany przez nieuczciwych przedsiębiorców dla uspienia czujności pożyczkobiorców, którzy w zaufaniu do jego wiedzy i staranności powierzyli mu sporządzenie czynności notarialnych.

Ustawa pr. o not. zawiera szereg przepisów nakładających na notariusza obowiązki względem stron, przez pryzmat których należy oceniać jego odpowiedzialność prawną, w tym odpowiedzialność karną. W szczególności przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesom stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne (art. 80 § 2). Notariusz jest obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej (art. 80 § 3). Akt notarialny przed podpisaniem powinien być odczytany przez notariusza lub przez inną osobę w jego obecności. Przy odczytaniu aktu notariusz powinien się przekonać, że osoby biorące udział w czynności dokładnie rozumieją treść oraz znaczenie aktu, a akt jest zgodny z ich wolą. Na żądanie powinny być od-

⁶² Zob.: uchwała SN z dnia 29 maja 1990 r., sygn. III CZP 29/90, OSNC 1990, nr 12, poz. 150; wyrok SN z dnia 5 lutego 2004 r., sygn. III CK 271/02, LEX nr 602711.

⁶³ Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. III CZP 82/13, LEX 1405247.

⁶⁴ P. Langowski, *Notariat*, LEX 1998, wyd. I, s. 26, 35.

czytane również załączniki do aktu (art. 94 § 1). Notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 81).

W celu realizacji tych obowiązków, notariusz powinien uzyskać pełną wiedzę co do stanu faktycznego będącego przedmiotem zawieranej umowy (innej czynności prawnej), przeanalizować dokumenty stanowiące jej podstawę oraz dokonać jego właściwej oceny, nie ograniczając się do ewentualnych nieprawidłowości tkwiących w samej treści umowy, determinowanej jej elementami przedmiotowo istotnymi⁶⁵. Obowiązek wyjaśniająco-doradczy nie sprowadza się bowiem do formalnych pouczeń. Z pewnością też, przekonanie się notariusza o zrozumieniu treści i znaczenia aktu przez stronę czynności, nie wyczerpuje się w uzyskaniu od niej werbalnego potwierdzenia tego faktu. Co oczywiste, zrozumieniem winien być objęty cały akt notarialny, a zatem i treści inkorporowane do niego na podstawie art. 92 § 1 pkt 5 pr. o not. W przypadku czynności, które mogą budzić wątpliwości choćby w świetle doświadczenia zawodowego notariusza (np. określenie w umowie sprzedaży albo w pełnomocnictwie ceny nieprzystającej do warunków rynkowych), powinien on nie tylko przekonać się o stopniu świadomości stron, ale także poznać motywy jakimi się kierują (w przypadku pełnomocnictwa uświadomić także mocodawcy, że przeniesienie własności nieruchomości nastąpi bez jego udziału)⁶⁶. Poznanie celu, jaki strony zamierzają osiągnąć, a także wszystkich koniecznych elementów konstrukcyjnych stosunku prawnego, pozwoli zazwyczaj ustalić, czy strony lub jedna z nich nie zmierzają do wywołania skutku prawnego, który jest zakazany przez przepisy bezwzględnie obowiązujące, za pomocą takiego ukształtowania czynności prawnej, że zewnętrznie, formalnie ma ona cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu (działanie *in fraudem legis*).

Podkreślić należy, że „sprzeczność z prawem”, o której mowa w art. 81 pr. o not., w doktrynie i orzecznictwie jest interpretowana szeroko. Zwraca się uwagę na to, że ustawodawca celowo nie posłużył się innymi terminami, jak sprzeczność z ustawą, z przepisem ustawy czy z przepisem prawa, chcąc objąć tym przepisem również prawo zwyczajowe oraz zasady współżycia społecznego⁶⁷. „Czynność notarialna sprzeczna z prawem” to zatem także czynność mającą na celu obejście ustawy lub sprzeczna z zasadami

⁶⁵ R. Greszta, Staranność zawodowa a podstawy odpowiedzialności prawnej notariusza, Rejent 2009, nr 9, s. 27; A. Oleszko, Wpływ bezskuteczności względnej czynności prawnej na sytuację stron oraz pokrzywdzonego wierzyciela w postępowaniu wieczysto księgowym, Rejent 2001, nr 10, s. 21–22; A. Oleszko, Staranność zawodowa notariusza w świetle art. 80 prawa o notariacie, Rejent 1997, nr 9, s. 9 i n.; uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. III CZP 82/13, LEX 1405247.

⁶⁶ A. Oleszko, Odpowiedzialność karna notariusza za niedopełnienie obowiązków z art. 86 Prawa o notariacie, (w:) Odpowiedzialność karna notariusza, A. Oleszko (red.), Warszawa 2010, s. 91.

⁶⁷ Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. III CZP 82/13, LEX 1405247.

współzycia społecznego⁶⁸. Jak pisze M. Kuryłowicz, w takim ujęciu należy treść art. 81 pr. o not. rozumieć m.in. w ten sposób, że notariusz ma w każdym razie obowiązek odmówić dokonania czynności notarialnej, która dotyczyłaby jednocześnie czynności nieważnej w świetle prawa materialnego (art. 58 k.c.)⁶⁹. Notariusz nie może więc działać „w dobrej wierze” i powinien odmówić sporządzenia aktu notarialnego także w wypadku pozorności czystej, kiedy strony dokonując czynności prawnej, nie mają zamiaru wywołania żadnych skutków prawnych, jak i pozorności kwalifikowanej, jeżeli w wyniku pozornej czynności prawnej dochodziłoby do zawarcia umowy sprzecznej z prawem, z uwagi na jej treść lub formę⁷⁰. Przez odmowę dokonania czynności notarialnej notariusz zapobiega zaangażowaniu się stron w przedsięwzięcie, które może zostać później uznane za prawnie wadliwe. Na ocenę odpowiedzialności notariusza w związku z naruszeniem art. 81 pr. o not. nie ma wpływu postawa kontrahentów, jak i udzielenie przez niego wyczerpujących wyjaśnień, co do prawnych zagrożeń związanych z transakcją⁷¹.

Notariusz, jako funkcjonariusz publiczny (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.), może być podmiotem czynów zabronionych z art. 231 § 1–3 k.k. Ujęte w art. 231 k.k. przestępstwa urzędnicze godzą w autorytet oraz zaufanie społeczne do władz i instytucji, a także w konkretne interesy publiczne lub prywatne, zagrożone lub naruszone przestępnym zachowaniem⁷². Z przekroczeniem uprawnień mamy do czynienia wtedy, gdy funkcjonariusz publiczny podejmuje czynność wykraczającą poza jego uprawnienia służbowe (wychodzi poza zakres swoich kompetencji) lub gdy podejmuje działania w ramach uprawnień, ale niezgodnie z przepisami prawa, statutem czy ciążącymi na funkcjonariuszu publicznym obowiązkami (do podjęcia czynności nie było podstawy faktycznej lub prawnej). Niedopełnienie obowiązków obejmuje zarówno zaniechanie podjęcia nałożonego na funkcjonariusza publicznego obowiązku, jak i niewłaściwe jego wykonanie (sprzeczne z istotą lub charakterem danego obowiązku)⁷³.

⁶⁸ Postanowienie SA w Białymstoku z dnia 23 marca 2011 r., sygn. I ACz 191/11, LEX nr 787374; P. Malinowski, Uwagi na temat formy oświadczeń woli i czynności prawnych dokonywanych między jednoosobową spółką a jej wspólnikiem, Rejent 2005, nr 5, s. 99; T. Szanciło, Odpowiedzialność cywilna notariusza w przypadku dokonania czynności sprzecznej z prawem, Rejent 2015, nr 8, s. 91–92.

⁶⁹ M. Kuryłowicz, Etyczne podstawy notariatu, Rejent 2001, nr 5, s. 110.

⁷⁰ A. Oleszko, Staranność zawodowa notariusza jako przesłanka odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej, Rejent 1999, nr 11, s. 123–124.

⁷¹ Uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. III CZP 82/13, LEX nr 1405247.

⁷² Por. J. Giezek, Komentarz do art. 231 Kodeksu karnego, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, LEX, 2014, wyd. I.

⁷³ Por. *Ibidem*; A. Marek, Komentarz do art. 231 Kodeksu karnego, (w:) tenże, Kodeks karny. Komentarz, LEX, 2010, wyd. V.

W tych kategoriach oceniać należy zachowanie notariusza, który nie dopełnia obowiązku informacyjnego, sporządza umowy o przepadek przedmiotu zabezpieczenia lub inne oświadczenia, które ze względu na swoją funkcję stanowią ich wyraz (np. pełnomocnictwo dla zabezpieczenia), oświadczenia o ustanowieniu hipotek służących zabezpieczeniu nieważnych umów (np. zastrzegających karę za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania pieniężnego, przewidujących sprzeczne z prawem odsetki), oświadczeń o poddaniu się dłużnika egzekucji w akcie notarialnym (art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c.) co do świadczenia wynikającego z takich umów⁷⁴, a także inne oświadczenia jawnie naruszające interesy majątkowe osoby stającej do aktu. Zachowania takie godzą nie tylko w konkretny interes prywatny stron, ale nadto w interes publiczny, powodując utratę zaufania obywateli do państwa i jego struktur, a także do stanowionego przez nie prawa. Spowodowanie narażenia autorytetu określonego organu władzy publicznej, czy też narażenie utraty dobrego imienia oraz zaufania w zakresie bezstronności, uczciwości, profesjonalności, staranności w wykonywaniu władzy spełnia kryterium działania na szkodę interesu publicznego traktowanego jako ogólny interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa lub samorządu i życia społecznego⁷⁵.

Typem kwalifikowanym przestępstwa opisanym w art. 231 § 2 k.k. jest działanie funkcjonariusza w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, tj. korzyści dla siebie, jak i dla kogoś innego (art. 115 § 4 k.k.). Uzyskanie przez notariusza zapłaty za dokonanie czynności notarialnej nie może jednak samo przez się przesądzać o towarzyszącym mu celu działania. Przestępstwo to może zostać bowiem popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim. Sprawca swoją świadomością musi zatem obejmować także fakt bezprawności owej korzyści, a więc, że zwiększa ona w sposób niegodziwy jego dochody⁷⁶.

Niedopełnienie przez notariusza opisanych wyżej obowiązków skutkować może nie tylko odpowiedzialnością za przestępstwo urzędnicze, ale także za pomocnictwo do oszustwa. Pomocnictwo przez zaniechanie określonego prawem działania stanowi przestępstwo indywidualne (*delicta propria*). Cechą indywidualizującą podmiot pomocnictwa z zaniechania jest ciążący na nim prawny, szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę. Przywołane wyżej przepisy pr. o not. stanowią wprost o istnieniu po stronie notariusza owego szczególnego prawne-

⁷⁴ Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. V ACa 411/10 (niepublikowany); wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. I C 41/13 (niepublikowany).

⁷⁵ Por. wyrok SN z dnia 4 grudnia 2013 r., sygn. III KK 298/13, LEX nr 1402635.

⁷⁶ Por. uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r., sygn. VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24.

go obowiązku⁷⁷. Znamię czynnościowe tej postaci pomocnictwa ogranicza się do niepodjęcia czynności zmierzających do niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego⁷⁸. Jak pisze M. Kulik „w przypadku notariusza sporządzającego umowę (...) stosunkowo łatwo może zaistnieć odpowiedzialność za pomocnictwo do oszustwa. Może tak być w przypadku, kiedy notariusz sam nie wprowadzi strony umowy w błąd, ani błędu, bądź niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego zachowania nie wyzyska. Czynności te wykona inna osoba, najczęściej jedna ze stron umowy. Jednak notariusz w takiej sytuacji może ponieść odpowiedzialność karną, jeżeli wiedział o tego rodzaju zachowaniach strony i im nie przeciwdziałał”⁷⁹.

Pojęcie „zamiaru” użyte w art. 18 § 3 k.k. należy interpretować zgodnie ze znaczeniem nadanym mu przez art. 9 § 1 k.k., a więc jako zamiar bezpośredni lub ewentualny. Dla przypisania sprawcy odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa oszustwa w jego formie zjawiskowej pomocnictwa wystarcza więc, aby współdziałający (pomocnik) swym zachowaniem (działaniem lub zaniechaniem) obiektywnie ułatwił innej osobie popełnienie czynu zabronionego i aby mając tego świadomość co najmniej godził się na to. Przestępstwo to jest dokonane w momencie wystąpienia sytuacji, w której faktycznie dochodzi do ułatwienia popełnienia czynu zabronionego, nie zaś w chwili niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego. Wynika to bowiem z nieakcesoryjnego charakteru odpowiedzialności karnej pomocnika⁸⁰.

Na zakończenie wskazać należy, że w przypadku ujawnienia zawarcia przez strony umów (lub ustanowienia ich zabezpieczeń) sprzecznych z prawem, organy ścigania nie powinny poprzestawać na badaniu materialnoprawnych przesłanek odpowiedzialności karnej, ale podejmować również aktywne działania na płaszczyźnie cywilnej. Wytaczanie powództw w sprawach cywilnych oraz składanie wniosków i udział w postępowaniu sądowym w sprawach cywilnych, jeżeli tego wymaga ochrona praworządności, interesu społecznego, własności lub praw obywateli należy do ustawowych obowiązków Prokuratury (art. 3 § 1 pkt 2 w zw. z art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia

⁷⁷ Zob. M. Kulik, Odpowiedzialność karna osoby pełniącej funkcję publiczną ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności notariusza, (w:) A. Oleszko (red.), Odpowiedzialność karna notariusza, Warszawa 2010, s. 233–234.

⁷⁸ Por. wyrok SA w Łodzi z dnia 17 kwietnia 2007 r., sygn. II AKa 58/07, KZS 2008, nr 5, poz. 77.

⁷⁹ Zob. M. Kulik, Odpowiedzialność karna..., *op. cit.*, s. 233–234.

⁸⁰ Zob.: wyrok SN z dnia 27 marca 2013 r., sygn. III KK 308/12, LEX nr 1308127; wyrok SN z dnia 15 października 2013 r., sygn. III KK 184/13, LEX nr 1388228; wyrok SA w Warszawie z dnia 11 października 2012 r., sygn. II AKa 261/12, LEX nr 1238284; wyrok SA w Katowicach z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. II AKa 407/12, LEX nr 1236442; J. Bodio, Komentarz do art. 7 Kodeksu postępowania cywilnego, (w:) A. Jakubicki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, WKP, 2012, wyd. V.

2016 r. – Prawo o prokuraturze, Dz. U. poz. 177). W każdej tego rodzaju sprawie prokurator może żądać wszczęcia postępowania, jak również wziąć udział w każdym toczącym się już postępowaniu (art. 7 zd. 1 k.p.c.). Zgłoszenie udziału prokuratora w postępowaniu sądowym jest wskazane zwłaszcza w sprawach, których okoliczności wskazują na to, że postępowanie dotyczy oświadczenia woli złożonego dla pozoru lub dla ukrycia innej czynności prawnej, albo że strony mają na celu obejście ustawy, a także o stwierdzenie nieważności czynności prawnej skutkującej przeniesieniem własności lub obciążeniem nieruchomości (§ 360 ust. 1 punkty 1 i 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrzznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz. U. z 2016 r., poz. 508 – dalej „Regulamin”). Jeśli prokurator wytacza powództwo na rzecz określonej osoby wskazanej w pozwie (art. 55 k.p.c.) jego kompetencje nie są w pełni autonomiczne. Powinien on wtedy wykazać interes prawny nie własny, lecz osoby, na rzecz której wytoczył powództwo⁸¹. Powodem w znaczeniu materialnym pozostaje zastępowana strona i prokurator nie może samodzielnie rozporządzać przedmiotem sporu (art. 56 k.p.c.). Prokurator może jednak wytoczyć powództwo samodzielne na podstawie art. 57 k.p.c., pozywając wszystkie osoby będące stronami stosunku prawnego, którego dotyczy powództwo. Działa wówczas w interesie publicznym dla ochrony praworządności, a przesłanki tego działania nie podlegają kontroli ani ocenie sądu⁸². Powództwo przewidziane w art. 57 k.p.c. można wytoczyć zwłaszcza wtedy, gdy zachodzi potrzeba ustalenia, na podstawie art. 189 k.p.c., nieważności czynności prawnych z przyczyn określonych w art. 58 k.c. (§ 358 Regulaminu). Eliminowanie nieważnych umów z obrotu prawnego ma samoistną wartość, gdyż są one zagrożeniem dla uczestników obrotu działających zgodnie z prawem. Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych (art. 5 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece) nie zawsze działa i nie chroni każdego nabywcy (por. art. 6 i 7 cyt. ustawy). Prokurator często bywa także jedynym podmio-

⁸¹ Zob. wyrok SN z dnia 9 marca 1993 r., sygn. I CR 3/93, OSNC 1993, nr 9, poz. 165. Interes prawny zachodzi, jeżeli sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości. Powód nie ma interesu prawnego w domaganiu się ustalenia, jeżeli może osiągnąć ochronę swych praw w drodze wytoczenia powództwa o świadczenie lub o ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego (wyrok SA w Łodzi z dnia 9 października 2015 r., sygn. I ACa 465/15, LEX nr 1927564 i powołane tam orzecznictwo); zob. też: T. Żyznowski, Komentarz do art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego, (w:) H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366, LEX 2013, wyd. II.

⁸² Por.: wyrok SN z dnia 9 marca 1993 r., sygn. I CR 3/93, OSNCP 1993, nr 9, poz. 165; wyrok SN z dnia 2 sierpnia 2007 r., sygn. V CSK 109/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 107.

tem uprawnionym do skutecznego kwestionowania takich umów⁸³. Jego bierność w tego rodzaju sprawach nie tylko osłabia zaufanie obywateli do organów państwa, ale wpływa także negatywnie na społeczny wizerunek prokuratury.

Unlawful seizure of debtors' real estate

Abstract

This contribution provides an overview of legal mechanisms used by entities which, acting under the guise of awarding cash loans, seek to appropriate borrowers' real estate that serves as collateral for relevant loan agreements. Fundamental types of incriminated obligation relationships, ways to secure debts, and the nature of most frequent defects in debts are discussed. Also, victims of real estate seizures as well as unlawful methods used by dishonest entrepreneurs are described. Moreover, duties and accountabilities of attorneys-in-fact drawing up relevant real estate deeds, and responsibilities of prosecutors as upholders of law and order are considered.

⁸³ Zob.: wyrok SN z dnia 2 sierpnia 2007 r., sygn. V CSK 109/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 107; wyrok SN z dnia 24 stycznia 2002 r., sygn. III CKN 405/99, OSNC 2002, nr 11, poz. 142; wyrok SN z dnia 23 października 2002 r., sygn. I CKN 550/01, LEX nr 77035; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. I C 490/13, LEX nr 1719247.

Grzegorz Maroń

Argumentacja biblijna w rozważaniach ławy przysięgłych o karze śmierci dla oskarżonego w świetle orzecznictwa sądów USA

Streszczenie

Artykuł omawia jeden z rodzajów argumentów pojawiających się – nie często, ale i też nie sporadycznie – w rozważaniach ławy przysięgłych w procesie karnym w USA, w którym oskarżonemu grozi kara śmierci, tj. argumentację odwołującą się do Pisma Świętego. Celem studium orzecznictwa sądów stanowych i federalnych jest ustalenie tego, na ile analizowanie przez przysięgłych nauczania biblijnego pozostaje w zgodzie z poszanowaniem prawa oskarżonego do rzetelnego procesu przed bezstronną ławą przysięgłych. Amerykańska judykatura nie jest w pełni zgodna w traktowaniu sięgania przez przysięgłych do argumentacji biblijnej jako uchybienia procesowego. Większość sądów stoi na stanowisku, że kolektywne rozważanie Pisma Świętego podczas obrad ławy przysięgłych oraz kontaktowanie się przysięgłego z osobą trzecią (np. członkiem swojej rodziny lub duchownym) w kwestii stosunku Biblii do kary śmierci stanowi nadużycie czy błąd procesowy. Jednocześnie amerykańskie orzecznictwo zasadnie przyjmuje, że błąd ten tylko wtedy może być przyczyną uchylania kary śmierci, gdy in concreto był on szkodliwy dla oskarżonego. Warunkiem uchylenia wyroku jest wykazanie istotnego lub racjonalnego prawdopodobieństwa, że przy braku argumentacji biblijnej w akcie deliberacji przysięgłych, ława wydałaby inny werdykt niż ten zaskarżony. Sądy odwoławcze trafnie uznają, że nie każde posiłkowanie się Biblią przez przysięgłych może być zrównane z niedopuszczalnym zastąpieniem obowiązującego prawa normami religijnymi. Skoro – jak zauważa Sąd Najwyższy USA – decyzja w przedmiocie kary śmierci jest rezultatem mieszczącego się w granicach prawa moralnego osądu, to poszukiwanie przez przysięgłych w Piśmie Świętym duchowego i intelektualnego wsparcia do dokonania tego osądu nie przeczy per se zasadzie rzetelnego procesu. Uczynienie jednak Biblii podstawą decyzji ławy, np. przez przekonywanie przysięgłych, że Pismo Święte każdorazowo wymaga kary śmierci dla mordercy, oznacza naruszenie praw oskarżonego, skutkujące koniecznością uchylenia wyroku w odniesieniu do kary.

1. Wstęp

Jedną z podstawowych instytucji amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości, zarówno na szczeblu federalnym jak i stanowym, jest ława przysięgłych (*jury*). Wyróżnia się wielką ławę przysięgłych (*grand jury*), ławę przysięgłych w procesie karnym (*petit jury*, *trial jury*) i ławę przysięgłych w postępowaniu cywilnym (*civil jury*). Wielka ława przysięgłych, licząca od 16 do 23 członków, rozstrzyga, czy prokuratura zgromadziła wystarczający materiał dowodowy do wniesienia aktu oskarżenia. Ława przysięgłych w postępowaniu cywilnym decyduje o tym, czy pozwany wyrządził szeroko rozumianą szkodę powodowi.

Ława przysięgłych w procesie karnym zwykle liczy 12 osób¹, zawsze jednak nie mniej niż 6, i rozstrzyga jednomyślnie o winie oskarżonego. Oskarżony ma prawo do rozpoznania jego sprawy przez ławę przysięgłych, jeśli grozi mu kara powyżej sześciu miesięcy pozbawienia wolności. Prawo to znajduje swoje umocowanie w art. 3 Konstytucji USA, szóstej i siódmej poprawce do federalnej ustawy zasadniczej oraz w poszczególnych konstytucjach stanowych. W sprawach mniej poważnych udział ławy przysięgłych w procesie karnym zależy od tego, czy taką możliwość przewiduje prawo stanowe.

Sprawami karnymi o największym ciężarze gatunkowym rozpoznawanymi przez ławę przysięgłych w 32 stanach i na szczeblu federalnym, są te, w których oskarżonemu grozi, głównie za morderstwo, kara śmierci (*capital cases*). W sprawach tego typu ława przysięgłych rozstrzyga nie tylko o winie oskarżonego, ale zwykle też stwierdza istnienie oraz dokonuje wyważenia ustawowych okoliczności zaostrzających i łagodzących (*aggravating/mitigating factors*) warunkujących możliwość wymierzenia kary śmierci. W 28 stanach to ława przysięgłych, a nie sędzia, decyduje o karze śmierci, z czego z wyjątkiem jednego stanu (Floryda)² werdykt ławy musi być jednomyślny³. W przypadku braku jednomyślności (*hung jury*) w 21 stanach oraz w sądach federalnych wymierza się wówczas karę dożywotniego pozbawienia wolności, w dwóch stanach o karze decyduje wtedy sędzia, a w czterech innych stanach przeprowadza się nowy proces w przedmiocie kary przed inną ławą przysięgłych.

Celem opracowania jest dokonanie oceny argumentacji biblijnej (*argumentum ad Scripturam*) w procesie decyzyjnym przysięgłych w sprawach,

¹ W jednej ze spraw sąd uzasadniając liczbę 12 przysięgłych odwołał się do wymowy tej liczby i jej przykładów w Biblii: *Attorney General v. Montgomery*, 275 Mich. 504 (Mich. 1936).

² Do wymierzenia kary śmierci wystarczy, jeśli zagłosuje za nią co najmniej 10 przysięgłych. W przeciwnym wypadku oskarżonego skazuje się na karę dożywotniego pozbawienia wolności.

³ W czterech stanach wymierzenie kary śmierci jest kompetencją sędziego (Alabama, Delaware, Montana) lub trzyosobowego składu sędziowskiego (Nebraska).

gdzie oskarżonemu wymierzono karę śmierci⁴. Studium orzecznictwa pokazuje niejednoczne stanowisko sądów odwoławczych w kwestii wpływu rozważania Biblii przez przysięgłych podczas narady lub konsultowania się przysięgłego z osobą trzecią w przedmiocie biblijnego nauczania na temat kary śmierci, na poszanowanie prawa oskarżonego do rzetelnego procesu. W pierwszej kolejności ogólnie przedstawiono zagadnienie dopuszczalnych i niedopuszczalnych czynników determinujących proces deliberacji ławy przysięgłych *in gremio* i autorefleksji pojedynczego przysięgłego. W tym celu poczyniono dystynkcję na tzw. „zewnętrzne” i „wewnętrzne” źródła oddziaływania na przysięgłego. Następnie omówiono zróżnicowane podejście tak sądów federalnych jak i stanowych w odniesieniu do obecności *argumentum ad Scripturam* w pracach ławy przysięgłych. W szczególności dokonano systematyzacji kryteriów oceny szkodliwości odwoływania się do Pisma Świętego przez przysięgłych, stosowanych przez sądy odwoławcze⁵. W kolejnym punkcie opracowania przybliżono sądową argumentację z czterech spraw, w których odniesienia biblijne będące udziałem przysięgłego/przysięgłych skutkowały uchyleniem wyroku kary śmierci. W ostatniej części artykułu zaproponowano kryteria, którymi należy – według autora – kierować się, oceniając zgodność sięgania do Pisma Świętego przez przysięgłego z zasadą rzetelnego procesu i gwarancjami procesowymi oskarżonego.

2. „Zewnętrzne” i „wewnętrzne” źródła oddziaływania na przysięgłego

Konstytucyjnym uprawnieniem oskarżonego jest wyrażone w szóstej poprawce do ustawy zasadniczej USA prawo do rozpoznania jego sprawy przez „bezstronną ławę”, wydającą werdykt na podstawie dowodów przedstawionych w procesie i instrukcji prawnych przekazanych przez sędziego, bez opierania się na „zewnętrznych materiałach / informacjach”.

Jednocześnie prawo federalne stoi na straży tajności przebiegu narady ławy przysięgłych. Troska o poszanowanie autonomii i prywatności rozwa-

⁴ Zob. M. Miller, J. Dimitrow, B. Bernstein, A. Zarker-Sorensen, *Bibles in the Jury Room: Psychological Theories Question Judicial Assumptions*, Ohio Northern University Law Review 2013, vol. 39, s. 579–625; T. Liu, *The Use of Religious Material by Juries in Capital Sentencing Deliberations: Coping with Religion in the Jury Room*, University Of Detroit Mercy Law Review Online 2012, vol. 1, s. 1–17; K. Rupp, *Capital Hypocrisy: Does Compelling Jurors to Impose the Death Penalty Without Spiritual Guidance Violate Jurors' First Amendment Rights?*, American Criminal Law Review 2011, vol. 48, nr 1, s. 217–241; T. Eglund, *Prejudiced by the Presence of God. Keeping Religious Material Out of Death Penalty Deliberations*, Capital Defence Journal 2004, vol. 16, nr 2, s. 337–366.

⁵ Pomocniczo w opracowaniu kilkakrotnie przywołano sądowe orzeczenia także z innych spraw karnych, aniżeli *capital cases*.

żeń ławy zabrania po wydaniu wyroku dochodzenia w sprawach wewnętrznego rozumowania poszczególnych przysięgłych, jak i deliberacji całej ławy. Zgodnie z art. 606 (b) Federalnego Prawa Dowodowego w ramach kontroli legalności wyroku sądowego nie można przesłuchać przysięgłego na okoliczność:

- wypowiedzi czy zachowań mających miejsce podczas obrad ławy,
- wpływu jakiegokolwiek czynnika na głosowanie przysięgłego,
- rozumowania przysięgłego dotyczącego wyroku.

Od powyższego generalnego zakazu przewidziano jednak trzy wyjątki. Przysięgły może zeznawać czy:

- „zewnętrzna szkodliwa (*prejudicial*) informacja została nieprawidłowo poddana pod uwagę ławy”,
- „jakikolwiek przysięgły został nieprawidłowo poddany zewnętrznemu wpływowi”,
- „został popełniony błąd w wydawaniu werdyktu co do formy werdyktu”.

Zgodnie z art. 606 (b) można więc ustalać takie okoliczności jak: obecność zewnętrznych materiałów w pracach ławy, źródło zewnętrznej informacji, kto zainicjował poszukiwanie zewnętrznej informacji, treść zewnętrznej informacji oraz czy zewnętrzny materiał został użyty przez ławę, a jeśli tak, to w jakiej fazie postępowania.

Najczęściej sądy rozpoznając zarzut o naruszenie szóstej poprawki do konstytucji uciekają się do dwustopniowego testu. Po pierwsze weryfikacji podlega to, czy kwestionowany materiał stanowił „wewnętrzny” czy „zewnętrzny” wpływ. Do materiałów zewnętrznych zalicza się:

„1) zewnętrzną szkodliwą informację, tj. informację, która nie została włączona do materiału dowodowego, a mimo to dotyczy faktu spornego w danej sprawie, albo

2) zewnętrzny wpływ na stronniczość ławy, taki jak «prywatne porozumiewanie się, kontakt czy niepokojenie przysięgłego»⁶.

Po drugie, jeśli dany materiał zostanie zakwalifikowany jako „zewnętrzny”, wówczas sądy oceniają czy posłużenie się nim przez ławę bądź przez pojedynczego przysięgłego stanowi „szkodliwy” czy „nieszkodliwy” błąd. Materiał zewnętrzny jest szkodliwy, gdy miał „istotny i krzywdzący efekt bądź wpływ na określenie decyzji ławy”⁷. Ważną rolę w tych ustaleniach przypisano oskarżonemu. „Oskarżony musi uczynić więcej niż spekulowanie, musi pokazać jasny, silny, istotny i bezsporny dowód, (...) że konkretna, a nie spekulatywna nieprawidłowość, miała miejsce”⁸.

⁶ Robinson v. Polk, 438 F.3d 350, 363 (4th Cir. 2006).

⁷ Brecht v. Abrahamson, 507 U.S. 619, 637 (1993).

⁸ United States v. Cuthel, 903 F.2d 1381, 1383 (11th Cir. 1990).

Według Sądu Najwyższego USA „Domniemuje się, z oczywistych względów, szkodliwość jakiegokolwiek prywatnego komunikowania się, kontaktu czy niepokojenia – bezpośrednio lub pośrednio – przysięgłego podczas procesu odnośnie do kwestii zawistej przed ławą, jeśli nie dokonuje się to podczas realizowania znanych norm postępowania sądowego oraz instrukcji i wskazówek sądu poczynionych podczas procesu za pełną wiedzą stron. Domniemanie to nie ma charakteru rozstrzygającego, a na władzy spoczywa ciężar dowodu – po powiadomieniu i przesłuchaniu oskarżonego – że taki kontakt z przysięgłym był niekrywdzący dla oskarżonego”⁹. Jednocześnie Sąd Najwyższy podkreśla, iż zewnętrzny materiał nie jest dozwolony w pokoju narad ławy.

Amerykańskie sądy, zwłaszcza stanowe, w różny sposób kwalifikują te same materiały. Większość z nich za „zewnętrzny wpływ” uznała analizowanie przez ławę np. słowników, prac medycznych dotyczących grup krwi i lekarstw, książek poświęconych kwestiom technicznym objętych opinią biegłego, książek i artykułów naukowych z zakresu prawa, opracowań quasi-prawniczych, np. poradników prawnych, czy prasy codziennej krytycznie przedstawiającej oskarżonego.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA szósta poprawka do konstytucji zakazuje zewnętrznego oddziaływania na ławę podczas obrad przysięgłych. Zakaz ten narusza np. łapówka dla przysięgłego, kontaktowanie się z przysięgłym przez osobę trzecią, wspólne posiłkowanie się przysięgłego ze świadkiem, czytanie przez przysięgłego artykułu prasowego o rozpoznawanej sprawie. Sąd ten oceniając zewnętrzny bądź wewnętrzny charakter wpływu uwzględnia „naturę tego wpływu”, a nie „czy miał on miejsce w sali narad ławy czy poza nią”¹⁰.

Wskazana szósta poprawka nie odnosi się natomiast do „wewnętrznego wpływu”, czyli stanu fizycznego, psychicznego bądź intelektualnego przysięgłego, np. stan nietrzeźwości przysięgłego, problem ze słuchem, niedostateczna znajomość języka angielskiego, niepoczytalność. Elementem wewnętrznego oddziaływania są także wiedza, życiowe doświadczenie, jak również przekonania filozoficzne i światopoglądowe przysięgłego¹¹. „Nie oczekuje się od przysięgłych, że wchodząc do ławy pozostawiają za sobą wszystko to, co nauczyło ich ludzkie doświadczenie”¹². Wręcz przeciwnie

⁹ Remmer v. United States, 347 U.S. 227, 229 (1954).

¹⁰ Tanner v. United States, 483 U.S. 107, 117 (1987).

¹¹ Zob. D. Sanderford, The Sixth Amendment, Rule 606(B), and the Intrusion into Jury Deliberations of Religious Principles of Decision, Tennessee Law Review 2007, vol. 74, nr 2, s. 167–197; G. Ashley, Theology in the Jury Room: Religious Discussion as "Extraneous Material" in the Course of Capital Punishment Deliberations, Vanderbilt Law Review 2002, vol. 55, nr 1, s. 127–163.

¹² J. E. B. v. Alabama ex rel. T.B., 511 U.S. 127, 149 (1994) – zdanie polemiczne sędzi O'Connor.

„można spodziewać się, że przysięgli wniosą swoje życiowe doświadczenia i przełożą je na fakty sprawy”¹³. Ważne jest zatem, aby „informację, która potencjalnie skaża werdykt ławy przysięgłych, starannie oddzielić od powszechnej wiedzy, opinii, uczuć i uprzedzeń, jakie każdy przysięgły wnosi na salę narad ławy przysięgłych”¹⁴. Określona aksjologia wyznawana przez poszczególnych przysięgłych nie jest przeszkodą do wydawania zgodnych z prawem werdyktów. Ława „musi być zdolna do udzielenia uzasadnionej moralnie odpowiedzi wobec dowodów przedłożonych przez oskarżonego na swoją korzyść”¹⁵. System sprawiedliwości karnej „w dużym stopniu opiera się na ufności w sumienne rozważania przysięgłego i w pilność przysięgłego”¹⁶.

W sprawach, gdzie oskarżonemu grozi kara śmierci, ława pełni rolę „społecznego sumienia w fundamentalnej kwestii życia i śmierci”¹⁷. Jak zauważa jeden z sędziów Sądu Najwyższego USA „o ile kwestia niewinności czy winy pozostaje zasadniczo kwestią faktu, wybór pomiędzy karą dożywotniego pozbawienia wolności, a karą śmierci jest zarówno kwestią faktów, jak i uzasadnionego moralnego osądu”¹⁸.

Trafnie zauważa Sąd Najwyższy Kalifornii, iż nie każde uwzględnienie treści, które *prima facie* jawią się jako „zewnętrzne prawo” należy poczytywać za nadużycie. „Ława przysięgłych jest instytucją zasadniczo prawną, ale także zasadniczo ludzką. Przysięgli wnoszą do swoich rozważań wiedzę i przekonania o ogólnych kwestiach prawa i faktach, których źródłem jest codzienne życie i doświadczenie. To, że to czynią, jest jedną z zalet instytucji ławy przysięgłych. Jednocześnie jest to jedna z jej słabości: rodzi ryzyko podważenia ustaleń, które powinny być czynione wyłącznie w oparciu o dowody przedłożone przez strony i instrukcje udzielone przez sąd. Słabość ta musi być jednak tolerowana”¹⁹. Sąd ten dodaje, iż „W fazie decydowania o karze przysięgły ma dokonać normatywnej oceny, która koniecznie obejmuje moralne i etyczne rozważania obliczone na odzwierciedlenie społecznych wartości”²⁰.

Sąd Apelacyjny dla 5 Okręgu podkreśla, że „pełna dezynfekcja sali narad ławy przysięgłych jest niemożliwa. Nie jesteśmy w stanie usunąć z rozważań

¹³ Hard v. Burlington N.R.R. Co., 870 F.2d 1454, 1462 (9th Cir. 1989).

¹⁴ *Ibidem*, 1461.

¹⁵ Brewer v. Quarterman, 550 U.S. 286, 289 (2007).

¹⁶ Stockton v. Virginia, 852 F.2d 740, 744 (4th Cir. 1988).

¹⁷ Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510, 519 (1968).

¹⁸ Sawyer v. Whitley, 505 U.S. 333, 370 (1992) – zdanie polemiczne sędziego Stevensa. Sąd Najwyższy USA wielokrotnie podkreślał, iż indywidualna ocena odpowiedniości kary śmierci jest moralnej natury: California v. Brown, 479 U.S. 538, 545 (1987) – zdanie polemiczne sędzi O'Connor; McKoy v. North Carolina, 494 U.S. 433, 454 (1990) – zdanie polemiczne sędziego Kennedy'ego.

¹⁹ People v. Riel, 22 Cal.4th 1153, 1219 (Cal. 2000).

²⁰ People v. Danks, 32 Cal.4th 269, 311 (Cal. 2004).

ławy subiektywnych opinii przysięgłych, ich postaw, filozofii. One stanowią czynnik ludzki, który współtworzy siłę naszego systemu ławniczego. Nie możemy i nie powinniśmy ich wyłączać z rozważań ławy²¹.

Przekonania religijne, podobnie jak inne przekonania osobiście wyznawane przez daną osobą, w pewnych jednak przypadkach stanowią przeszkodę w pełnieniu funkcji przysięgłego. W procedurze wyłaniania przysięgłych (*voir dire*) weryfikuje się, na ile te przekonania mogą wpłynąć na zdolność przysięgłego do przestrzegania i stosowania obowiązującego prawa. Zgodne z prawem jest np. wykluczenie potencjalnego przysięgłego, który twierdzi lub daje do zrozumienia, że jego przekonania religijne oparte na Biblii nie pozwoliłyby mu na opowiedzenie się za karą śmierci dla oskarżonego, pomimo spełnienia wszystkich prawem przewidzianych przesłanek do wymierzenia tej właśnie kary²². „Przysięgli mają obowiązek stosowania prawa; prawo w pewnych okolicznościach nakazuje karę śmierci. Przysięgli nie mogą ignorować swojej przysięgi i obowiązku stosowania prawa, wybierając odrzucenie kary śmierci ze względu na religijny sprzeciw (...). Obowiązkiem ławy nie jest decydowanie o odpowiedniości czy moralności kary śmierci *in generale*, ale decydowanie o odpowiedniości kary śmierci w okolicznościach konkretnej sprawy”²³.

3. Odwoływanie się do Pisma Świętego przez przysięgłego/przysięgłych jako „zewnętrzne oddziaływanie”

Udział argumentacji biblijnej w rozważaniach przysięgłych jest podnoszony przez obronę w środку odwoławczym, jako okoliczność wskazująca na naruszenie konstytucyjnego prawa oskarżonego do bezstronnej ławy i prawa do konfrontacji (VI poprawka). Niekiedy w apelacji obrona zarzuca, iż niniejsza argumentacja pogwałca też zakaz okrutnych kar (VIII poprawka) oraz zasadę rozdziału kościoła od państwa (I poprawka).

Wyróżnić można kilka przejawów „obecności” Biblii w procesie karnym z udziałem przysięgłych (*jury trial*). Najmniej kontrowersji wywołuje indywidualne czytanie z własnej inicjatywy Biblii przez przysięgłego poza salą narad ławy²⁴. Zasadniczo zachowanie takie nie uchodzi za naruszenie prawa. Prywatne studium Pisma Świętego jest traktowane jako forma duchowej pomocy i jednocześnie realizowanie przez przysięgłego własnej wolności

²¹ United States v. McKinney, 429 F.2d 1019, 1022–23 (5th Cir. 1970).

²² Wainwright v. Witt, 469 U.S. 412 (1985). Zob. też State v. Rogers, 355 N.C. 420 (N.C. 2002); People v. Uppole, 591 N.E.2d 898 (Ill. App. Ct. 1992).

²³ Com. v. Daniels, 537 Pa. 464, 481 (Pa 1994).

²⁴ Za potencjalnie niewłaściwe może natomiast uchodzić czytanie w domu przez przysięgłego cytatów biblijnych wskazanych mu przez osobę trzecią, np. współmałżonka. People v. Danks (304).

religijnej umocowanej w pierwszej poprawce do Konstytucji USA (*Free Exercise Clause*). Sąd Apelacyjny dla 4 Okręgu uważa, iż sięganie przez przysięgłego do Pisma Świętego w domu bądź w hotelu celem wsparcia swojego procesu decyzyjnego nie rodzi domniemania stronniczości czy uprzedzeń wobec oskarżonego. Analizowanie Biblii na osobności i poza salą narad nie może być zrównane z niedozwolonym kontaktowaniem się z osobą trzecią w przedmiocie sprawy zawisłej przed ławą, nawet jeśli lektura Pisma Świętego wpłynęła na myślenie przysięgłego o danej sprawie²⁵. Zwykle sama fizyczna obecność Biblii w pokoju narad ławy przysięgłych również nie skutkuje uchynieniem wyroku, gdyż nie jest racjonalnie prawdopodobne, aby okoliczność ta *per se* mogła zdeterminować werdykt ławy²⁶.

Najwięcej obiekcji wzbudza przywoływanie Pisma Świętego podczas narady przysięgłych poprzez cytowanie z pamięci bądź odczytywanie fragmentów Biblii. Amerykańskie sądy nie są zgodne w ocenie tej praktyki. Niektóre uznają, iż odwoływanie się do Biblii w trakcie obrad ławy nie stanowi w ogóle niedozwolonego „zewnętrznego oddziaływania” (a). Inne postrzegają *argumentum ad Scripturam* jako nieprawidłowe zewnętrzne oddziaływanie, niekiedy obejmowane też domniemaniem szkodliwości (b). Kolejne sądy badają szkodliwość biblijnych odniesień przy braku przesądzania, czy stanowią one bezprawne zewnętrzne oddziaływanie (c).

a) Sąd Apelacyjny dla 4 Okręgu przyjmuje, że przywołanie Pisma Świętego podczas obrad ławy z inicjatywy samych przysięgłych nie stanowi „zewnętrznego oddziaływania/wpływu” skutkującego pogwałceniem praw oskarżonego. Stanowisko to dotyczy zarówno przypadków, gdy fragmenty biblijne były recytowane przez przysięgłego z pamięci, jak i odczytywane z egzemplarza Pisma Świętego lub notatek, nawet jeśli Biblię na salę obrad wniósł woźny sądowy na prośbę przewodniczącego ławy²⁷.

Sięganie do biblijnych cytatów podczas narady przysięgłych stanowi artikulację „ludowej mądrości bądź norm kulturowych”, a nie „niewłaściwe komunikowanie się”²⁸. W przeciwieństwie do zdarzeń wywierających presję na

²⁵ Billings v. Polk, 441 F. 3d 238 (4th Cir. 2006). Zob. też State v. Franklin, 98 Ohio St.3d 1422 (Ohio 2003); Franklin v. Bradshaw (S.D. Ohio Mar 09, 2009).

²⁶ Ackerman v. State, 737 So.2d 1145 (Fla. 1st DCA 1999). Sąd Najwyższy Kentucky w jednej ze spraw nie podjął się odpowiedzi na pytanie, czy zarzut samego posiadania Biblii przez niektórych przysięgłych w pokoju narad uzasadnia uchylene wyroku. Stwierdził jednak, że w ponownym procesie – nakazanym z innych przyczyn – przysięgłym nie powinno zezwalać się na zabieranie Pisma Świętego do pokoju obrad. Grooms v. Com. 756 S.W.2d 131 (Ky. 1988).

²⁷ Zachowanie woźnego sąd określił mianem „niewinnej ingerencji w obrady ławy”. Robinson v. Polk (366).

²⁸ Burch v. Corcoran, 273 F. 3d 577, 591 (4th Cir. 2001). Zob. D. De Laney, Burch v. Corcoran 273 F.3d 577 (4th Cir. 2001), Capital Defense Journal 2002, vol. 14, nr 2, s. 375–381.

przysięgłego z zewnątrz „czytanie Biblii zaprasza słuchacza do zbadania swego wewnętrznego sumienia”²⁹.

Sąd Apelacyjny dla 4 Okręgu zauważa, że granica pomiędzy zewnętrznym a wewnętrznym wpływem jest niewielka, a czasami ulega zatarciu. Biblia pojmowana fizykalnie jako taka jest „zewnątrzna” wobec przysięgłych. Niemniej jednak ta formalistyczna analiza kłóci się z powyżej wspomnianym standardem przyjętym przez Sąd Najwyższy, że o wewnętrznym lub zewnętrznym wpływie decyduje „natura” kwestionowanego zachowania, a nie jego *prima facie* postać.

Sąd podkreślił, że zajmowane przez niego stanowisko „nie opiera się na przekonaniu, że Biblia nie jest w stanie wpłynąć na przysięgłego, ale na przekonaniu, że właśnie dlatego, iż Biblia zajmuje unikalne miejsce w życiu moralnym tych, którzy w nią wierzą, jej nauczanie nie może być beztrzesko zrównane z prywatnym komunikowaniem się, kontaktem czy niepokojeniem przysięgłego”³⁰.

Samego faktu przywołania przez jednego czy kilku przysięgłych Pisma Świętego podczas obrad ławy nie należy interpretować jako sugerowania pozostałym przysięgłym zlekceważenia prawa stanowego i zastosowania konkurencyjnego prawa religijnego. Nie można antycypować, że takie zachowanie przysięgłych w sposób konieczny wpływa szkodliwie na proces wyrokowania, w szczególności na wyważenie ustawowych okoliczności łagodzących i zaostrzających wymiar kary.

Podobne do powyższego stanowisko przyjmują federalne sądy okręgowe podległe jurysdykcji Sądowi Apelacyjnemu dla 4 Okręgu³¹ oraz niektóre sądy stanowe. Dla Sądu Apelacyjnego stanu Oklahoma nie jest zaskakujące, że „sumienni ludzie w obliczu decyzji o życiu i śmierci uciekają się do swoich religijnych obaw, dochodząc do niniejszej decyzji. Taka głęboka introspekcja nie pogwałca zasad sprawiedliwości ani nie krzywdzi oskarżonego”³². Dyskutowanie przez przysięgłych o stosowności kary śmierci według Biblii czy dzielenie się swoimi religijnymi przekonaniami w tej kwestii nie stwarza, w ocenie sądu, domniemania rozważania „zewnątrznego materiału” przy wydawaniu werdyktu i traktowania Pisma Świętego jako alternatywnego wobec prawa źródła norm wiążących ławę. Ocenę tę podzielił Sąd Apelacyjny ds. Karnych stanu Teksas, dla którego „Gdy obywatele są wybierani do ławy, prawo nie prosi ich o odłożenie na bok jakiegokolwiek dyrektywy osobistej czy moralnej, której oni są wierni, nie będzie też tego czynił ten sąd

²⁹ Robinson v. Polk (363).

³⁰ *Ibidem* (366).

³¹ Atkins v. Moore (D.S.C. Jun 10, 1997); Alkebulanyahh v. Byars (D.S.C. May 18, 2015).

³² Young v. State, 12 P.3d 20, 48–49 (Okla. Crim. App. 2000). Tak samo: Bieghler v. State, 690 N.E.2d 188, 203 (Ind. 1998).

stwierdzając, że odniesienie się do takiej dyrektywy podczas obrad ławy jest niewłaściwe”³³.

b) Większość amerykańskich sądów stoi na stanowisku, że odwoływanie się do Biblii podczas obrad ławy jest nieprawidłowym zewnętrznym oddziaływaniem na przysięgłych, gdyż Pismo Święte nie zalicza się ani do obowiązującego prawa, ani do dowodów. Uchybienie to (*misconduct*) skutkuje uchynieniem wyroku tylko wtedy, gdy zostanie ocenione jako szkodliwe, tj. jako rodzące *in concreto* istotne czy racjonalne prawdopodobieństwo wpłynięcia na werdykt ławy przysięgłych³⁴. Niektóre sądy przyjmują przy tym domniemanie szkodliwości sięgnięcia przez przysięgłych do Pisma Świętego, które można obalić, wykazując, iż nadużycie to nie przełożyło się na sposób głosowania choćby jednego przysięgłego³⁵.

c) Kilka sądów uważa, iż ocenienie szkodliwości rozważania przez przysięgłych Pisma Świętego nie wymaga przesądzania o zasadności zaliczania Biblii do kategorii „zewnętrznego materiału”. Bez względu na to czy przywołane przez przysięgłego podczas obrad ławy biblijne fragmenty zakwalifikować za zewnętrzną informację czy też za powszechną wiedzę, o skutkach procesowych takiego zachowania decyduje każdorazowo to, czy miało ono *in concreto* istotny i szkodliwy efekt bądź wpływ na werdykt ławy³⁶.

Równie wiele kontrowersji co rozważanie Biblii podczas obrad ławy wzbudzają przypadki rozmowy przysięgłego z osobą trzecią o biblijnym podejściu do kary śmierci. Amerykańskie sądy kwalifikują tego typu zachowanie za „zewnętrzny kontakt” stanowiący nadużycie. Warunkiem jednak uchynienia wyroku skazującego z tego powodu jest – podobnie jak w przypadku kolektywnego rozważania przez przysięgłych biblijnego nauczania – uznanie nadużycia za szkodliwe, tj. mające wpływ na werdykt ławy. Czasami sądy antycypują szkodliwość kontaktu, weryfikowaną w postępowaniu dowodowym.

³³ Cruz-Garcia v. State (Ct. Cr. App. Tex., 28 October. 2015).

³⁴ Oliver v. Quarterman, 541 F.3d 329, 331 (5th Cir. 2008); Perkins v. State, 144 So.3d 457, 496 (Ala. Crim. App. 2014).

³⁵ McNair v. Campbell, 416 F. 3d 1291, 1308–1309 (11th Cir. 2005); People v. Danks (302); People v. Mincey, 2 Cal.4th 408, 467 (Cal. 1992); People v. Williams, 40 Cal.4th 287, 333 (Cal. 2006).

³⁶ Fields v. Brown, 503 F.3d 755, 780 (9th Cir. 2007); Lucero v. State, 246 S.W.3d 86, 95 (Tex. Crim. App. 2008); Crittenden v. Ayers, 624 F.3d 943, 973 (9th Cir. 2010); State v. Robinsons, No. 90.196 (Kans. November 6, 2015); People v. Castaneda, 2d Crim. No. B249571 (Cal. Ct. App. August 19, 2015).

4. Kryteria oceny szkodliwości biblijnej argumentacji w rozważaniach ławy przysięgłych oraz kontaktowania się przysięgłego z osobą trzecią

Jak powyżej wskazano, na gruncie *case law* kluczowe jest nie tyle zaliczenie Pisma Świętego do „zewnątrznego materiału”, co ustalenie szkodliwości *argumentum ad Scripturam* w konkretnej sprawie. Sądy biorą pod uwagę różne okoliczności, określając wpływ biblijnych odniesień na proces decyzyjny ławy przysięgłych, ich zdolność do zniesienia lub osłabienia poczucia osobistej odpowiedzialności przysięgłych za podjęty werdykt.

Po pierwsze uwzględnia się – przy ograniczeniach zakazu dowodowego z art. 606 (b) – opinię samych przysięgłych czy w ogóle i ewentualnie w jakim stopniu argumentacja biblijna lub rozmowa z osobą trzecią zdeterminowała ich decyzję w przedmiocie kary dla oskarżonego. Zeznania przysięgłych są pomocne w ustalaniu czy któryś z nich błędnie postrzegał Biblię jako dowód w sprawie lub relewantne w sprawie prawo, albo tym bardziej widział w niej prawo wyższego rzędu wobec ustawodawstwa federalnego bądź stanowego³⁷. Istotne jest zarazem to, na ile dowody dotyczące konsultowania przez ławę przysięgłych Biblii pozostają spójne, tzn. czy relacje przysięgłych w tej kwestii są zgodne czy też w większym lub mniejszym stopniu ujawniają rozbieżności.

Przykładowo w sprawie *State v. Robinsons* Sąd Najwyższy Kansas dał wiarę zeznaniom przysięgłego, iż analiza Pisma Świętego nie skłoniła go do zagłosowania za karą śmierci, a jedynie po jej lekturze nadal podtrzymywał swoje uprzednio już powzięte stanowisko w tym przedmiocie³⁸. Na rolę tłumaczeń przysięgłych kontaktujących się z pastorem, zwrócił uwagę Sąd Najwyższy Kalifornii w sprawie *People v. Danks*. Jedną z przysięgłych pod wpływem sugestii męża przeczytała w domu cytat z Księgi Liczb (Lb 35:16–25 i 30–31). Za zachętą współmałżonka podczas wizyty niedzielnej w kościele porozmawiała też z pastorem. Pastor powiedział jej, iż wskazany cytat był odpowiedni w kontekście jej dylematów jako przysięgłej, a on sam nałożyłby karę śmierci na oskarżonego. Przysięgła podkreśliła, iż samo przeczytanie cytatu dało jej wewnętrzne uspokojenie, tak że w zasadzie nie potrzebowała następnie rozmawiać z pastorem o sprawie. Inna przysięgła z tej samej ławy też rozmawiała z pastorem w przedmiocie kary śmierci, pytając się go czy w Biblii jest fragment przeciwko karze śmierci. Duchowny zapewnił ją, iż Pismo Święte nie jest przeciwko karze śmierci, a on na jej miejscu wymierzyłby karę śmierci. Sąd kwestionując szkodliwość uchybienia, zwrócił uwagę

³⁷ *Lenz v. Washington*, 444 F. 3d 295, 310–12 (4th Cir. 2006).

³⁸ *State v. Robinsons*.

na okoliczność, iż według tłumaczeń przysięgłej, w chwili rozmowy z pastorem podjęła ona już decyzję, jak będzie głosować.

Sądy odwoławcze rozważają również treść wykorzystanych przez przysięgłych fragmentów biblijnych czy naznaczonych religijnie rozmów przysięgłych z osobami trzecimi, zwłaszcza kategoryczność ich przesłania. Sąd Apelacyjny stanu Teksas zauważył, iż fragment Listu do Rzymian (Rz 13:1–6) potwierdzał obowiązek przysięgłych kierowania się prawem ludzkim, czyli w danej sprawie prawem stanowym³⁹. Dla Sądu Najwyższego Kalifornii ten sam cytat wraz z dwoma innymi (1 Kor 5:1–5; 1 Kor 6:1–3) nie komunikowały alternatywnych zbiorów norm odnośnie do nakładania kary śmierci, ale „jedynie postulowały szacunek dla władzy oraz potwierdzały legitymację do osądzania innych ludzi według prawa”. Nie były więc narzędziem artykulacji „religijnie motywowanego argumentu za karą śmierci dla oskarżonego”, lecz służyły rozwianiu wątpliwości konkretnej przysięgłej czy Biblia akceptuje jej rolę w procesie wymierzania sprawiedliwości⁴⁰. Za nieszkodliwe Sąd Apelacyjny dla 11 Okręgu uznał słowa Psalmu 121 oraz zdania z Ewangelii Łukasza „Nie sądzcie, a nie będziecie sądzeni; nie potępiajcie, a nie będziecie potępieni; odpuszczajcie, a będzie wam odpuszczone” (Łk 6:37). Fragmenty te nie sugerowały przysięgłym uznania oskarżonego winnym, ani nie rekomendowały dla niego kary śmierci. „Miały one jedynie efekt zachęcenia przysięgłych do poważnego traktowania swoich obowiązków i do rozstrzygnięcia kwestii winy czy niewinności wyłącznie w oparciu o dowody”⁴¹. Dla Sądu Apelacyjnego dla 9 Okręgu biblijne wersety (Rdz 9:6; Wj 21:12; Rz 13:1–5) „eksponowały dobrze znane kwestie”, stanowiąc „powszechną wiedzę w tym sensie, że są one częścią zasobu informacji, będących w posiadaniu wielu osób”. Cytaty te odnoszą się do „pojęć z powszechnego obiegu, które objaśniają moralny osąd, jaki w sprawach o karę śmierci przysięgli mają czynić”⁴². Za zbieżne z obowiązującym prawem Sąd Apelacyjny Kalifornii uznał z kolei przesłanie biblijnej sceny zabicia przez Boga dzieci naśmiewających się z tysego proroka Eliasza (2 Krl 2:23–24) przywołanej przez przewodniczącego ławy. Przewodniczący ławy opowiedział niniejszą historię biblijną, widząc iż niektórzy przysięgli mają rozterki po zagłosowaniu za winą dla dwóch młodych oskarżonych. W ten obrazowy sposób wyjaśnił im, że nawet Bóg czynił dzieci odpowiedzialne za swoje czyny. W ocenie sądu biblijna opowieść jedynie potwierdzała wymogi prawa, zgodnie z którymi przysięgli nie mogą kierować się wiekiem oskarżonych, decydując o ich winie lub

³⁹ Lucero v. State (95).

⁴⁰ People v. Williams (335).

⁴¹ McNair v. Campbell (1309).

⁴² Fields v. Brown (780). Zob. C. R. Baron, An Eye for an Eye Leaves Everyone Blind: Fields v. Brown and the Case for Keeping the Bible out of Capital Sentencing Deliberations, Northwestern University Law Review 2009, vol. 103, nr 1, s. 369–399.

niewinności⁴³. Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Kalifornii przyjął nieszkodliwość kontaktowania się przysięgłej z pastorem dlatego, że pisemna odpowiedź (1,5 strony) pastora na rozterki przysięgłej była generalnie treściowo tożsama z instrukcjami sędziego kierowanymi do ławy. Duchowny wyjaśniał przysięgłej, że to ludzie ustanawiają prawa, które określają co jest przestępstwem i jakie kary należy za nie wymierzać. Pastor sugerował zatem przysięgłej jedynie kierowanie się prawem stanowym⁴⁴. Podobnie treść rozmowy przysięgłej z pastorem przed rozpoczęciem obrad ławy (*seat*), a po jej wyłonieniu (*voir dire*) zdecydowała o uznaniu przez Sąd Okręgowy dla Dystryktu Południowa Karolina, iż zachowanie przysięgłej choć niewłaściwe było *in concreto* nieszkodliwe dla oskarżonego. W trakcie spotkania przysięgła prosiła duchownego o wyjaśnienie tego, jak jej religia postrzega karę śmierci. Obawiała się, że Bóg może jej nie przebaczyć, gdy zagłosuje za karą śmierci dla oskarżonego. Pastor powiedział jej, że powinna kierować się prawem, a zgodną z prawem decyzję Bóg przebaczy jej. Nie dyskutowali o samej sprawie, okoliczności której na tym etapie postępowania przysięgła jeszcze nie знаła⁴⁵.

Ocena wymowy biblijnego cytatu nie zawsze jest oczywista. Za kontrowersyjne należy uznać określenie przez Sąd Apelacyjny dla 9 Okręgu w sprawie, w której oskarżonego skazano na karę śmierci, mianem „niewinnych” słów: „(Jeśli) kto przeleje krew ludzką, przez ludzi ma być przelana krew jego, bo człowiek został stworzony na obraz Boga” (Rdz 9:6)⁴⁶.

Weryfikując szkodliwość *argumentum ad Scripturam* w rozważaniach przysięgłych uwzględnia się ponadto, czy przesłanie wykorzystanych biblijnych odniesień było jednoznacznie sprofilowane na rzecz kary śmierci dla zabójcy, czy też Pismo Święte przedstawiono neutralnie jako źródło argumentów zarówno za karą śmierci, jak i przeciwko niej.

Dla części sądów istotne jest to, czy cytaty biblijne zostały przywołane przez przysięgłego z pamięci czy też odczytane z wniesionego na salę narad Pisma Świętego lub notatek. W ocenie Sądu Najwyższego Kolorado „Słowo pisane przekonująco przekazuje autentyczne brzmienie wiarygodnej władzy w stopniu, w jakim słowo mówione tego nie czyni. Niektórzy przysięgli mogą postrzegać teksty, jak cytat z księgi Kapłańskiej, jako faktyczną reprezentację woli Boga. Tekst może być również postrzegany jako instrukcja prawna wydawana przez Boga wymagająca konkretnej i obligatoryjnej kary za morderstwo”⁴⁷. Inne sądy odrzucają prawną relewantność dystynkcji na

⁴³ People v. Castaneda.

⁴⁴ Frye v. Warden (E.D. Cal. Jan 21, 2015).

⁴⁵ Alkebulanyahh v. Byars.

⁴⁶ Crittenden v. Ayers (974).

⁴⁷ People v. Harlan, 109 P.3d 616, 632 (Colo. 2005).

wyrecytowanie z pamięci i odczytanie biblijnych treści⁴⁸, uznając natomiast doniosłość rozróżnienia cytowania przez przysięgłego Biblii od przedstawiania przez niego własnej interpretacji Pisma Świętego⁴⁹. Ponadto zwraca się uwagę na to, czy w trakcie obrad ławy oznaczono dokładnie użyty cytat biblijny, ogólnie wskazano na biblijne pochodzenie przywoływanych słów czy też w ogóle nie zasygnalizowano ich biblijnego rodowodu.

Nie bez znaczenia dla sądów odwoławczych pozostaje fakt, że wykorzystane przez przysięgłych cytaty biblijne dotyczyły dowodów w sprawie lub prawa znajdującego zastosowanie w danej sprawie. W jednym z orzeczeń zwrócono uwagę, iż przywołany fragment biblijny (Lb 35:16–19) opisywał fakty rozpoznawanej sprawy, konkretnie odnosił się do sposobu popełnienia morderstwa przez oskarżonego⁵⁰. Zarazem nieustalenie konkretnych fragmentów Pisma Świętego analizowanych przez przysięgłych doprowadziło niektóre sądy do wniosku, iż skoro nie ma pewności czy *argumentum ad Scripturam* dotyczył kwestii zawistej przed ławą, to nie sposób też przyjąć jego szkodliwości⁵¹.

Na ocenę szkodliwości posiłkowania się Pismem Świętym w pracach ławy przysięgłych wpływ może mieć okoliczność, iż obrońca lub oskarżony, względnie prokurator, również odwoływali się w swej argumentacji do Biblii⁵². Przykładowo Sąd Najwyższy Georgii przyjął, że obecność Biblii w sali narad ławy za zgodą sądu podczas debaty nad karą to nieszkodliwy błąd, skoro obrońca używał biblijnych odniesień w mowie końcowej, podkreślając zmianę w podejściu do kary śmierci w Starym i w Nowym Testamencie⁵³. Z kolei Sąd Najwyższy Kalifornii nie zgodził się z tezą prokuratora, że to argumentacja obrony skłoniła ławę do analizowania Biblii. W jego ocenie uży-

⁴⁸ Fields v. Brown (780).

⁴⁹ State v. Robinsons.

⁵⁰ Oliver v. Quarterman (331). Zob. A. Shoffel, The Theocratic Jury Room. Oliver v. Quarterman and the Burgeoning Circuit Split on Biblical Reference and Influence in Capital Sentencing, New England Journal on Criminal & Civil Confinement 2010, vol. 36, nr 1, s. 113–132.

⁵¹ Lenz v. Warden, 267 Va. 318 (Va. 2004).

⁵² W sprawie Barnes v. Joyner obrońca w mowie końcowej przestrzegł przysięgłych, że jeśli zagłosują za karą śmierci, to pewnego dnia na Sądzie Bożym odpowiedzą za zamordowanie oskarżonego. Jeden z przysięgłych rzekomo konsultował się ze swoim pastorem odnośnie do argumentu obrońcy. Pastor wskazał przysięgłemu cytat przeciwny do tego, którym operował obrońca, a przysięgły ten podzielił się niniejszym cytatem z innymi przysięgłymi podczas narady. Barnes v. Joyner, 751 F.3d 229 (4th Cir. 2014).

⁵³ Jones v. Francis, 252 Ga. 60 (Ga. 1984). Obrońca w mowie końcowej porównał relacje oskarżonego i jego ojca do historii Abrahama i Izaaka. To bowiem ojciec oskarżonego dostarczył policji dowodu obciążającego własnego syna, pomimo, że go kochał. Tak jak Bóg okazał miłosierdzie Abrahamowi i Izaakowi, tak również według obrońcy ława powinna okazać miłosierdzie oskarżonemu i jego ojcu, pozwalając oskarżonemu zachować życie. Obrońca odwoływał się też do troski o duszę oskarżonego i jego nawyku czytania Biblii wraz z ojcem. Według stanowego Sądu Najwyższego obrońca był legitymowany prosić o miłosierdzie dla oskarżonego.

wanie biblijnych aluzji przez obrońcę nie jest zachętą ani usprawiedliwieniem wprowadzenia Biblii do pokoju narad ławy przysięgłych⁵⁴. Jednocześnie z samego faktu posłużenia się przez obrońcę biblijnymi odniesieniami w mowie końcowej nie można domniemywać wniesienia Biblii do pokoju narad ławy i uczynienia jej przedmiotem rozważań przysięgłych. Spekulowanie czy prognozowanie w tej kwestii, choćby racjonalne, jest niewystarczające⁵⁵. Nie sposób też przyjąć, iż obrońca oskarżonego dopuścił się nieefektywnej obrony, nie składając wniosku o wyłączenie z ławy przysięgłego, który wniósł na salę obrad Biblię, skoro sam obrońca posługiwał się biblijną argumentacją⁵⁶.

Sądy odwoławcze biorą pod uwagę również to, czy sędzia prowadzący sprawę poinstruował ławę – zwłaszcza po ujawnieniu korzystania przez przysięgłych z Biblii, a przed głosowaniem – o obowiązku kierowania się prawem i dowodami oraz w ramach tzw. środków naprawczych (*curative measures*) wprost zabronił jej zastępowania obowiązującego prawa argumentami religijnymi⁵⁷.

Kolejną relewantną okolicznością jest to, kto wniósł Biblię na salę obrad oraz czy odbyło się to za wiedzą i zgodą sędziego prowadzącego sprawę. Sądy odwoławcze większą szkodliwość łączą z ingerencją osób trzecich w rozważania ławy oraz z wyraźnym przyzwoleniem sędziego na posłużenie się przez przysięgłych Biblią, niż z posiłkowaniem się Pismem Świętym przez przysięgłych wyłącznie z własnej inicjatywy.

Nie bez znaczenia pozostaje to, w jakim stadium postępowania przysięgli sięgnęli do Pisma Świętego. Zwykle odwołania biblijne pojawiają się w fazie decydowania o karze, rzadziej w fazie rozstrzygania o winie oskarżonego. W jednej ze spraw przyjęto, iż analizowanie przez przysięgłych na sali narad broszury zawierającej biblijne wzmianki o karze śmierci nie mogło wpłynąć na głosowanie ławy o winie oskarżonego, skoro fragmenty biblijne odnosiły się wyłącznie do sankcji⁵⁸. W innej sprawie za nieszkodliwością odniesień biblijnych przemawiał fakt, iż przysięgły już po zagłosowaniu przez ławę za karą śmierci podzielił się z innym przysięgłym swoim wyobrażeniem miłosierdzia wynikającym z lektury Pisma Świętego, jaką poczynił w pokoju hotelowym. Konkretnie stwierdził, iż zgodnie z Biblią można okazać miłosierdzie temu, kto o to poprosi, żałuje i przebacza⁵⁹.

⁵⁴ People v. Harlan (633).

⁵⁵ U.S. v. Battle, 264 F.Supp.2d 1088, 1192 (N.D. Ga. 2003).

⁵⁶ People v. Mincey (468). Obrońca przekonywał przysięgłych, że prawa Boże są absolutne, a piąte przykazanie „Nie będziesz zabijał” wiąże także władze stanu Kalifornia.

⁵⁷ Cross v. Com., 2009 WL 4251649 (Ky. 2009).

⁵⁸ State v. Kelly, 331 S.C. 132, 142 (S.C. 1998).

⁵⁹ State v. Robinsons.

Do oceny wpływu *argumentum ad Scripturam* na werdykt ławy bierze się również pod uwagę stopień rozbudowania tego typu argumentacji. Za niską szkodliwością biblijnych wzmianek przemawia ich krótkość i marginalność. Ważne jest także, czy przywołane w trakcie obrad ławy cytaty biblijne uczyniono przedmiotem dalszych rozważań przysięgłych i ile czasu oraz uwagi temu zagadnieniu poświęcono.

Przedmiotem ustaleń sądów odwoławczych jest ponadto okoliczność, czy ława miała problem w podjęciu jednomyślnego rozstrzygnięcia i czy bezpośrednio po sięgnięciu do argumentacji biblijnej wynik kolejnego głosowania uległ zmianie.

W końcu ważna jest siła wszystkich dowodów w sprawie przemawiających przeciwko oskarżonemu. Czym silniejsze dowody na niekorzyść oskarżonego, tym mniejsza *prima facie* szkodliwość biblijnych odniesień i niższe prawdopodobieństwo, że przy braku rozważania Biblii werdykt ławy byłby inny niż ten faktycznie podjęty⁶⁰.

Amerykańskie sądy nie tylko nie wykształciły jednolitych standardów weryfikacji rzekomo niewłaściwego oddziaływania Biblii na ławę przysięgłych, ale także nie wypracowały spójnych kryteriów oceny prawidłowości reakcji sądu pierwszej instancji na informacje, że Biblię wniesiono na salę narad ławy i/lub uczyniono ją przedmiotem rozważań przysięgłych.

W niektórych sprawach sądy odwoławcze szanując „świętość pokoju ławy” uznały, iż wystarczające dla ustalenia, że Pismo Święte nie zdeterminowało procesu decyzyjnego ławy było przesłuchanie przez sędziego prowadzącego sprawę jedynie przewodniczącego ławy⁶¹ czy też pouczenie przysięgłych przez sędziego o konieczności kierowania się przez nich prawem i dowodami⁶².

W innych sprawach wskazano na potrzebę przeprowadzenia wnikliwego postępowania dowodowego z uwzględnieniem kryteriów powyżej omówionych, skoro nie obowiązuje żadna „reguła *per se*, że omawianie przez przysięgłego Biblii w sali narad podczas debaty ławy skutkuje nieuleczalną skazą”⁶³. Konieczność rzetelnego postępowania dowodowego podnoszono także w sytuacji kontaktowania się przysięgłego z osobą trzecią (duchownym, członkiem rodziny), która rzekomo przedstawiła mu stanowisko Pisma Świętego w odniesieniu do kary śmierci⁶⁴.

⁶⁰ Por. *Vigil v. Zavaras*, 298 F.3d 935, 940 (10 th 2002).

⁶¹ *U.S. v. Rodriguez*, 675 F.3d 48 (1st Cir. 2012).

⁶² *State v. Barnes*, 345 N.C. 184 (N.C. 1997); *State v. Kleypas*, 272 Kan. 894, 970 (Kan. 2001).

⁶³ *U.S. v. Lara-Ramirez*, 519 F.3d 76, 88–89 (1st Cir. 2008).

⁶⁴ *Barnes v. Joyner* (253); *Hurst v. Joyner*, 757 F.3d 389 (4th Cir. 2014).

5. Argumentacja biblijna przysięgłych jako przyczyna uchylenia wyroku kary śmierci

W większości spraw sądy odwoławcze przyjęły, iż przywoływanie Pisma Świętego podczas obrad ławy lub rozmawianie przysięgłego z osobą trzecią o biblijnej właściwości kary śmierci za zabójstwo nie miały *in concreto* wpływu na werdykt ławy⁶⁵. W co najmniej jednak czterech sprawach w powyższych zachowaniach przysięgłego/przysięgłych doszukiwano się przyczyn uchylenia zaskarżonego wyroku w odniesieniu do kary śmierci⁶⁶.

Sąd Okręgowy dla Północnego Dystryktu Georgii w sprawie Jones v. Kemp uchylił wyrok co do kary śmierci ze względu na to, iż sędzia sądu pierwszej instancji na pytanie jednego z przysięgłych wyraźnie zezwolił ławie na zabranie ze sobą do sali narad Biblii.

Zwraca uwagę kategoryczność tez wyrażonych w uzasadnianiu orzeczenia, nie do końca adekwatna jednak do ustalonego stanu faktycznego, który nie tylko nie wskazuje, aby Biblia została *de facto* użyta przez przysięgłych, a tym bardziej wpłynęła na werdykt ławy. Argumentacja sądu nie jest też do końca spójna. Z jednej strony stanowczo podkreśla, iż „religia nie może odgrywać roli w procesie wymierzania kary”⁶⁷. Z drugiej zaś „w żaden sposób nie zamierza sugerować, że przysięgli nie mogą opierać się na swojej osobistej wierze i głęboko zakorzenionych przekonaniach w obliczu strasznej decyzji czy nałożyć karę śmierci na współobywatela. Nie chodzi w tej sprawie o posiadanie, choćby w sali narad, własnych biblii, być może nawet analizowanych dla osobistej – nie grupowej – inspiracji czy duchowego przewodnictwa”⁶⁸.

Według sądu okręgowego do pogwałcenia praw oskarżonego doszło dlatego, że „sąd [pierwszej instancji], choćby implikatywnie, zaaprobował grupowe odniesienie się przez ławę do pozasądowej władzy – chrześcijańskiej Biblii, jako wskazówki w rozstrzyganiu” zawisłej przed nią sprawy⁶⁹. Sąd odwoławczy nie poprzestał na artykulacji niniejszej tezy, lecz skoncentrował się na scharakteryzowaniu Pisma Świętego czy szerzej religii jako istotnych zagrożeń dla rzetelnego procesu sądowego. Uwagi poczynione w tym przed-

⁶⁵ Perkins v. State (496).

⁶⁶ Sąd Najwyższy Tennessee oraz Sąd Apelacyjny Oklahomy również przyjęły, iż rozważanie Biblii przez ławę przysięgłych podczas narady nad karą śmierci dla oskarżonego odpowiednio skutkowałoby lub mogłoby skutkować uchyleniem wyroku. Zob. State v. Harrington, 627 S.W. 2d 345, 350 (Tenn. 1981); Glossip v. State 2001 OK CR 21, 605 (Okla. Crim. App. 2001).

⁶⁷ Jones v. Kemp, 706 F. Supp. 1534, 1559 (N.D. Ga. 1989).

⁶⁸ *Ibidem* (1560).

⁶⁹ *Ibidem* (1560).

miocie nie w pełni korespondują jednak z okolicznościami rozpoznawanej sprawy.

W ocenie sądu ława decydując o karze dla oskarżonego miała obowiązek stosowania przedłożonego jej prawa stanowego, „a nie własną interpretację prawa czy własne interpretacje reguł biblijnych, decydując o tym czy powinien on żyć czy umrzeć (...) Sytuacja, w której ława bez nadzoru sądu i bez obserwowania ze strony obrońcy/prokuratora może dojść do rozstrzygnięcia poprzez analizowanie źródła innego niż prawo podane przez sąd i dowody uzyskane przez sąd, jest niedopuszczalna (...) niezależnie od dobrych intencji”⁷⁰. Biblię wyraźnie zaliczono do pozaprawnych „zewnętrznych materiałów”, które nie powinny znaleźć się na sali narad, jak i być rozważane przez przysięgłych. Zdaniem sądu oficjalne zaakceptowanie obecności Pisma Świętego w sali narad miało istotny potencjalny wpływ na rozważania ławy z dwóch powodów. Po pierwsze Biblia to autorytatywny religijny dokument, którego niektóre fragmenty przedstawiają karę śmierci za morderstwo jako jedyną możliwą karę (Rdz 9:6; Kpł 24:17; Pwt 19:21), tym samym dyskredytując miłosierdzie. Ósma poprawka do konstytucji wymaga, aby wyrok kary śmierci był rezultatem zastosowania co prawda dyskrecjonalnej władzy, ale mieszczącej się w granicach określonych przez świeckie prawo. Po drugie za dużym prawdopodobieństwem wpływu Biblii na werdykt ławy przemawia zdaniem sądu to, iż przysięgli to laicy, osoby nie specjalizujące się w prawie⁷¹.

Sąd poniekąd *a priori* przyjął, iż rozważanie przez ławę Biblii jest tożsame z zastąpieniem prawa przez tekst religijny jako podstawą decyzji, bez zweryfikowania okoliczności przybliżonych w punkcie poprzednim opracowania, czyli np. bez ustalenia jakie fragmenty były faktycznie poddane analizie, czy wnikliwie czy marginalnie omawiano Pismo Święte. Selektywnie i *in abstracto* przywołane przez sąd fragmenty Biblii mogą mylnie suponować, iż całe Pismo Święte jest jednoznacznie za karą śmierci dla zabójcy, gdy tymczasem Nowy Testament nie tyle dyskredytuje miłosierdzie, co je postuluje.

Bardziej argumentacyjnie spójne jest stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy Alabamy w sprawie *Ex Parte Troha*. W niniejszym kazusie przysięgły zadzwonił do swojego brata pastora, prosząc go o radę i wskazanie mu biblijnych fragmentów, które ułatwiłyby mu podjęcie właściwej i sprawiedliwej decyzji. Nie ustalono, jakie cytaty biblijne zostały podane przysięgłemu oraz dokładnej treści rozmowy przysięgłego z bratem. Według sądu „Biblia ukazuje Boga jako zarówno mściwego, jak i miłosiernego i przebaczącego. Pastor mógł rekomendować księgi biblijne odzwierciedlające jego spojrzenie na sprawę”. Apelacja została uwzględniona, gdyż zgodnie z linią orzecznictwem Sądu Najwyższego Alabamy zaskarżony wyrok jest uchylany, gdy nadu-

⁷⁰ *Ibidem* (1559–1660).

⁷¹ *Ibidem* (1560).

życie mogło bezprawnie wpłynąć na werdykt ławy. „Nawet dwuznaczny dowód jest wystarczający do spełnienia tego nierygorystycznego warunku”⁷².

Rozmowa przysięgłego z duchownym była też powodem uchylenia kary śmierci przez Sąd Najwyższy Kalifornii w sprawie *People v. Hensley*. Przysięgły konsultował się z pastorem w kwestii miłosierdzia, litości i współczucia, szukając duchowego wsparcia w kontekście podjęcia decyzji co do kary dla oskarżonego. Wspólnie odczytali z Biblii cytaty „Oddajcie Cezarowi to, co należy do Cezara, a Bogu, to, co należy do Boga” (Mt 22:21; Mk 12:17; Łk 20:25). Pastor wyjaśnił przysięgłemu, iż „Cezarem” jest współcześnie prawo stanowione przez państwo. Osoby pełniące różne funkcje publiczne, np. policjant czy przysięgły mają kierować się prawem, wypełniając swoje powinności. Czasami zatem policjant musi na służbie zabić innego człowieka. Pastor powołał się też na fragment Biblii „wszyscy, którzy za miecz chwytają, od miecza giną” (Mt 26:52). Nie omawiano okoliczności samej sprawy. Pastor nie twierdził, iż przysięgły ma obowiązek zagłosować za karą śmierci. Nie określił też mu własnego stanowiska w tej materii. Zdaniem przysięgłego rozmowa z pastorem pomogła mu w podjęciu finalnej decyzji.

W ocenie Sądu Najwyższego Kalifornii pastor przeciwstawiał miłosierdzie i współczucie prawu, w ten sposób sugerując, iż kierowanie się przez przysięgłego prawem wyklucza uwzględnienie miłosierdzia. Według sądu istnieje istotne prawdopodobieństwo, że rozmowa przysięgłego z pastorem wpłynęła na niego i uprzedziła go wobec oskarżonego, a jego głosowanie za karą śmierci nie opierało się tylko na dowodach i instrukcjach sądu⁷³.

Znamienne iż w częściowo analogicznym kazusie ten sam sąd doszedł do innych wniosków. W sprawie *People v. Danks* zauważył „Chociaż niniejsza sprawa obejmuje przekonania religijne, sferę silnie prywatną, nie chcemy przyłączyć się do stereotypu, że przysięgli, którzy otrzymują radę od chrześcijańskich przywódców duchowych, albo są wystawieni na biblijne cytaty *per se* cierpią na zmniejszone poczucie odpowiedzialności za swój werdykt co do kary i automatycznie stają się niezdolni do uczciwej oceny dowodów i prawa (...) Nie twierdzimy, jakoby rozważanie przez przysięgłego osobistych religijnych, filozoficznych czy świeckich normatywnych wartości było niewłaściwe podczas deliberacji w przedmiocie kary”⁷⁴.

Z kolei Sąd Najwyższy Kolorado uchylił wyrok co do kary śmierci w sprawie *People v. Harlan* z tego powodu, iż na salę narad ławy bez zgody sędziego wniesiono materiały biblijne (Biblia, indeks Biblii, notatki z cytatami biblijnymi), które stanowiły przedmiot rozważań przysięgłych. Materiały biblijne zakwalifikowano jako niedozwoloną i szkodliwą zewnętrzną informację

⁷² *Ex Parte Troha*, 462 So.2d 953 (Ala. 1984). Zob. *Roan v. State*, 225 Ala. 428, 435 (Ala. 1932).

⁷³ *People v. Hensley*, 330 P.3d 296 (Cal. 2014).

⁷⁴ *People v. Danks* (311).

wprowadzoną do obrad ławy. W ocenie sądu istnieje racjonalne prawdopodobieństwo, że cytaty z Księgi Kapłańskiej (Kpł 24:20–21) oraz z Listu do Rzymian (Rz 13:1) mogły wpłynąć na typowego przysięgłego w podjęciu decyzji o karze śmierci dla oskarżonego, niezależnie od tego, czy miało to rzeczywiście miejsce w tej konkretnej sprawie. Do takiego wniosku zaprowadziła go ocena stopnia „autorytatywności” Pisma Świętego. Sąd przyjął, że Biblia jest powszechnie postrzegana za kodeks prawny we współczesnym społeczeństwie, z którego wywodzą się także przysięgli. Prawo oskarżonego do rzetelnego procesu zostało naruszone „użyciem nieautoryzowanego zewnętrznego tekstu wymagającego nałożenia kary śmierci za morderstwo” wbrew prawu stanowemu. Tekst biblijny mógł uwolnić przysięgłego z osobistej odpowiedzialności za skazanie na karę śmierci, skoro to Bóg nakazał niniejszą karę⁷⁵.

Sąd nie zakwestionował jednak całkowicie udziału wartości religijnych w procesie decyzyjnym ławy. „Nie twierdzimy, że pojedynczy przysięgły nie może polegać na czy dyskutować z innymi przysięgłymi podczas narady o swoim religijnym wychowaniu, edukacji i przekonaniach w podejmowaniu szczególnie trudnego «racjonalnego osądu» bądź «moralnej decyzji» (...) Spodziewamy się, że przysięgli wniosą swoją przeszłość i przekonania do swoich rozważań, ale tylko do rozważenia przedłożonych faktów i wskazanego prawa (...) Przysięgli muszą naradzać się w atmosferze wolnej od pomocy czy rozproszenia ze strony zewnętrznych tekstów, które mogą szkodliwie wpłynąć na werdykt”⁷⁶.

6. Podsumowanie

Nie łatwo wyznaczyć kryteria dopuszczalności odwoływania się do Biblii przez ławę przysięgłych czy przez poszczególnych przysięgłych. Należy odrzucić stanowiska skrajne. Błędne jest podejście, w myśl którego każde sięgnięcie do Pisma Świętego przez przysięgłego stanowi błąd skutkujący potrzebą uchylenia wyroku wydanego w postępowaniu dotkniętym tym uchybieniem. Byłoby „po prostu nierealistycznie uważać, że Biblię można usunąć z umysłów przysięgłych i sędziów poprzez nie odwoływanie się do niej

⁷⁵ People v. Harlan (633).

⁷⁶ *Ibidem* (632). Zob. C. Spiller, People v. Harlan: The Colorado Supreme Court Takes a Step Toward Eliminating Religious Influence on Juries, *Denver University Law Review* 2005, vol. 83, nr 2, s. 613–638; D. L. Hudson, The Bible Tells Them So: Making Biblical References at Trial May Be Grounds for Reversal Source, *ABA Journal* 2005, vol. 91, nr 7, s. 14–15.

w argumentacji czy wyrokowaniu⁷⁷. Nie do zaakceptowania jest jednak również podejście, które w *argumentum ad Scripturam* nie doszukuje się jakichkolwiek zagrożeń dla konstytucyjnych praw oskarżonego.

Podzielić należy stanowisko większości sądów amerykańskich, że uchylenie wyroku kary śmierci z powodu odwoływania się przez przysięgłych do Pisma Świętego zależy od *in concreto* szkodliwości takiej praktyki, a nie tyle od zakwalifikowania treści biblijnych jako zewnętrznego materiału. Jeśli przyjąć, iż treści te składają się na powszechną wiedzę czy tożsamość danej kultury, to wówczas można postrzegać je jako uprawniony wpływ wewnętrzny. Ponadto biblijne nakazy komunikują normy o nie tylko religijnej naturze, ale także i te o bardziej uniwersalnym charakterze. Zasada, np. „oko za oko”, dla jednej osoby uchodzi za normę religijną i osoba ta akceptuje ją właśnie dlatego, iż została ona wyrażona w Biblii, dla innej osoby zasada ta pozostaje normą świecką, a jej internalizacja była niezależna od tego, że także Pismo Święte ją artykułuje⁷⁸. Pozbawioną większej doniosłości jest delimitacja na przypadki cytowania z pamięci fragmentów Biblii i ich odczytywania z egzemplarza Pisma Świętego. Nośnik poszczególnych treści jest wtórny względem ich przesłania.

Sądy powinny w większym stopniu koncentrować się na obiektywnej wymowie konkretnych biblijnych fragmentów użytych podczas obrad ławy, a mniejszą wagę przyznawać autodeklaracjom samych przysięgłych, co do oddziaływania argumentacji biblijnej na ich głosowanie. Żadne z kryteriów omówionych w punkcie czwartym opracowania nie może samodzielnie przesądzać o szkodliwości lub braku szkodliwości posilkowania się przez przysięgłych Pismem Świętym. Ustalenie wpływu *argumentum ad Scripturam* na werdykt ławy wymaga analizy kontekstualnej uwzględniającej chronologię i następstwa poszczególnych powiązanych ze sobą zachowań przysięgłych. Refleksja kontekstualna pozwala osłabić ryzyko przeszacowania lub niedoszacowania roli partykularnych kryteriów. Przykładowo w sprawie *Lynch v. Polk* w fazie decydowania o karze w trakcie pierwszego głosowania za karą śmierci było 11 z 12 przysięgłych. Przewodniczący ławy poprowadził wówczas wspólną modlitwę oraz odczytał na głos biblijny cytat: „Jeśli kto przeleje krew ludzką, przez ludzi ma być przelana krew jego, bo człowiek został stworzony na obraz Boga” (Rdz 9:6). W kolejnym głosowaniu wszyscy przysięgli zagłosowali za karą śmierci. Sąd Apelacyjny dla 4 Okręgu orzekając, iż nie naruszono praw oskarżonego odwołał się do faktu, iż niezdecydowana przysięgła po usłyszeniu cytatu powiedziała, że nie uznaje współcze-

⁷⁷ L. W i e h l, Judges and Lawyers Are Not Singing from the Same Hymnal When It Comes to Allowing the Bible in the Courtroom, *American Journal of Trial Advocacy* 2000, vol. 24, s. 294.

⁷⁸ W sprawie *People v. Castaneda* sąd pierwszej instancji prawidłowo zauważył, że przysięgli zamiast wzmiankować o Biblii, mógł równie dobrze zacytować Sokratesa czy Platona.

snej relewantności Starego Testamentu. Wydaje się, iż sąd w swoim rozumowaniu zbyt silnie oparł się na oświadczeniu przysięgłej, bagatelizując kategoryczność biblijnego cytatu, a zwłaszcza sekwencję kolejnych głosowań ławy⁷⁹.

Godną rozważenia propozycję delimitacji dopuszczalnego i niedopuszczalnego posiłkowania się przez przysięgłych Biblią przedstawił w jednym z orzeczeń sędzia federalnego sądu apelacyjnego James Harvie Wilkinson. Wlikinson odróżnia „osobiste” i „deliberatywne” użycie biblijnego tekstu, czyli oddziela posłużenie się Pismem Świętym do „osobistego wsparcia i refleksji” od „grupowego opierania się na niej w celu zdecydowania o losie oskarżonego, któremu grozi kara śmierci”⁸⁰.

Rację ma twierdząc, że obecność Biblii w pokoju narad ławy nie jest *per se* sprzeczna z konstytucją. Pismo Święte dla wielu obywateli Stanów Zjednoczonych, w tym przysięgłych, pełni rolę narzędzia kształtującego sumienie. Amerykanie to „ludzie religijni, których instytucje presuponują Istotę Najwyższą”⁸¹. Elementem wolności religijnej przysięgłego jest możliwość sięgania do Biblii „dla osobistej siły i wsparcia” czy dla „prywatnej kontemplacji”⁸². Takie użycie Pisma Świętego „nie pozostaje w żadnym związku z narzucaniem prawa bożego czy z wyznoszeniem religijnego osądu ponad prawny”⁸³. Nieracjonalne i nierealne jest antycypowanie możliwości pełnego odcięcia się przysięgłych od swoich religijnych przekonań, czego też nie wymaga konstytucja. Przekonania te mogą zatem mieć pewien rezonans przy ocenie moralnych kwestii towarzyszących karze śmierci. Ustawa zasadnicza nakazuje jedynie, aby refleksja religijna nie zastąpiła rozważań prawnych.

Biblia od początków amerykańskiej państwowości zajmuje szczególne miejsce w życiu publicznym, czego przykładem jest wykorzystywanie jej w ramach zaprzysiężenia urzędników publicznych czy podczas przysięgi sądowej. „Tak jak uczestnik procesu może celebrować swoją przysięgę z Biblią, przysięgły może przechowywać Biblię w sali ławy, aby przypominała mu o doniosłości jego obowiązku, którego przysięgał wykonać. Nie budzi to większych obiekcji niż posiadanie przez prezydenta Biblii w Gabinetcie Ovalnym czy przez sędziego⁸⁴ w swoim gabinecie. W żadnej z tych spraw nie byłoby właściwe zakładać, że Biblia bardziej zastępuje niż przypomina o indywidualnej przysiędze do przestrzegania i stosowania prawa. Poza podkreśleniem ważnej natury dyskusji ławy, Biblia może również pomagać

⁷⁹ Lynch v. Polk, 204 Fed. Appx. 167 (4th Cir. 2006).

⁸⁰ Robinson v. Polk, 444 F.3d 225, 226 (4th Cir. 2006).

⁸¹ Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306, 313 (1952).

⁸² Robinson v. Polk (227–228).

⁸³ *Ibidem* (228).

⁸⁴ O wykorzystywaniu argumentacji biblijnej w uzasadnieniach sądowych orzeczeń zob. G. Maroń, Odwołania do Pisma Świętego w orzeczeniach sądów USA, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Seria Prawnicza 2016, nr 18, s. 130-164.

przysięgiemu w zachowaniu wiary w trudnych a nawet burzliwych czasach. Dla niektórych przysięgłych codzienne rozważanie Biblii czy po prostu posiadanie Biblii w pobliżu tworzy decydujący aspekt osobistej tożsamości. A nawet ten, kto nie często analizuje Biblię może pożądać tego w obliczu ciężkiego wyboru pomiędzy karą pozbawienia wolności a śmiercią. Prawo nie odmawia ludziom narzędzi wiary, kiedy ci ich najbardziej potrzebują. Dla tych, którzy znajdują schronienie w jej nauce, Biblia może dać siłę do nałożenia jakiejkolwiek kary wymaganej przez prawo. Nasz system prawny wyświadczyłby niedźwiedzią przysługę wierzącym Amerykanom zakładając, że pocieszenie, jakie oni odnajdują w Biblii, wpływa na ich bezstronność jako przysięgłych⁸⁵. Religijność nie może być kryterium dyskwalifikującym daną osobę w zakresie pełnienia obowiązków przysięgłego. Nie można też zniechęcać osób wierzących do zasiadania w ławie przysięgłych, wymagając od nich wyrzeczenia się Biblii jako osobistego wsparcia.

Inne stanowisko sędzieja Wilkinson zajmuje wobec wykorzystywania Pisma Świętego jako „przedmiotu uwagi w rozważaniach ławy przysięgłych nad życiem i śmiercią”⁸⁶. Główna obiekcja przeciwko kolektywnemu sięganiu do Biblii przez ławę przysięgłych wiąże się z zagrożeniem, iż wymogi prawa ustąpią finalnie miejsca autorytatywnemu źródłu pozaprawnemu podczas decydowania o karze śmierci. Ryzyko to pozostaje skorelowane z naturą Pisma Świętego. Biblia „jest nie tylko dziełem o ogromnej literackiej i historycznej doniosłości. Ona jest świętym i władczym wyrazem judeochrześcijańskiej tradycji oraz żydowskiej i chrześcijańskiej wiary”. Jej autorytatywność czy autorytet „jest tak silny, że grozi wyparciem zindywidualizowanej analizy w przedmiocie natury i następstw przestępstwa oraz okoliczności łagodzących i obciążających wskazanych w materiale dowodowym”⁸⁷.

Opieranie się na Biblii podczas rozważań w przedmiocie kary śmierci negatywnie wpływa na zdolność argumentacyjną i perswazyjną wymiaru sprawiedliwości oraz jego społeczne postrzeganie. Oskarżonemu skazanemu na karę śmierci nie powinno dostarczać się powodów do przypuszczania, iż wyrok w jego sprawie zapadł pod wpływem norm religijnych, zwłaszcza tych nie podzielanych przez niego samego. Podobnie też rodziny i przyjaciele mordercy oraz ofiary nie powinny sądzić, że werdykt – niezależnie jaki by nie był – został zdeterminowany biblijnymi rozważaniami. Instytucja ławy przysięgłych ma umocowanie w demokratycznych rządach prawa, ponieważ pomimo wielości wierzeń przysięgłych, są oni zjednoczeni wspólnym zadaniem wydania zgodnego z prawem osądu.

Wilkinson zwraca też uwagę, iż jakkolwiek wymowa Biblii w dużym stopniu jest uniwersalna, to jednak pozostaje ona teologiczną podstawą tylko dla

⁸⁵ Robinson v. Polk (229–230).

⁸⁶ *Ibidem* (226).

⁸⁷ *Ibidem* (227).

pewnych religii. Zezwolenie na uczynienie z niej przedmiotu dyskusji przysięgłych o karze ostatecznej skutkowałoby tym, że przysięgli innych wyznań wprowadziliby inne święte teksty do swoich rozważań. „Sala narad nie jest miejscem debaty o poszczególnych zaletach Biblii, Koranu, Tory czy innych religijnych ksiąg, które czczą Amerykanie, ani nie jest właściwym forum dla walki pomiędzy wiarą a niewiarą. Te dyskusje byłyby dzielące i mogłyby odbiegać od właściwych rozważań co do prawa i faktów. W pluralistycznej Ameryce sala narad musi pozostać miejscem wspólnej płaszczyzny zakorzenionej w prawie, bez względu na głębokie i szczerze wyznawane religijne odmienności”⁸⁸.

Zasadność obiekcji sędziego Wilkinsona należy podzielić. Wydaje się jednak, że sytuacja, gdy ława przysięgłych *in gremio* rozważała Biblię tylko wówczas powinna skutkować uchyleniem wyroku kary śmierci, jeśli w świetle wszystkich okoliczności sprawy zachodzi istotne czy racjonalne prawdopodobieństwo, że Pismo Święte „napędzało zbiorową dyskusję i czyniło wyrok rezultatem religijnego nakazu” (podkr. autora)⁸⁹.

Nie wszystkie przypadki sięgania w toku obrad ławy do Pisma Świętego należy oceniać jednakowo i łączyć z nimi te same skutki procesowe. Czym innym jest przekonywanie przez przysięgłych innego przysięgłego do zagłosowania za karą śmierci, gdyż wymaga tego Biblia, a czym innym powołanie się na Pismo Święte celem wyjaśnienia przysięgłemu – mającemu zastrzeżenia natury religijnej co do dopuszczalności kary śmierci – że święta księga chrześcijaństwa nie stoi na przeszkodzie stosowaniu kary śmierci. Prawo oskarżonego do rzetelnego procesu przed bezstronną ławą w pierwszym przypadku zostaje naruszone, skoro Biblię przedstawiono jako prawo wyższego rzędu – wobec prawa federalnego lub stanowego – wiążącego przysięgłych. Sugerowanie, że to Pismo Święte powinno być determinantem stosowanej kary dla oskarżonego, bez względu na unormowania prawa państwowego, pozbawia proces sądowy przymiotów sprawiedliwości i legalności. W drugiej natomiast sytuacji posiłkowanie się Pismem Świętym nie służyło do zanegowania czy zbagatelizowania obowiązującego prawa. Wręcz przeciwnie, tłumaczenie przysięgłemu, iż Biblia ani nie żąda bezwzględnie kary śmierci dla zabójcy, ani nie zakazuje niniejszej kary, zasadniczo komunikuje status prawny kary śmierci w prawie federalnym czy stanowym. Bez znaczenia pozostaje to, czy taka interpretacja wymowy Pisma Świętego jest teologicznie poprawna. Zbyt rygorystycznym podejściem byłoby kwestionowanie werdyktu kary śmierci dlatego, iż przysięgli przy pomocy „niestandardowych” środków – tj. argumentacji biblijnej – skłonili innego przysięgłego do kierowania się w swej decyzji obowiązującym prawem i nie czynienia użytku z przekonań religijnych w sposób *contra legem*.

⁸⁸ *Ibidem* (227–228).

⁸⁹ *Ibidem* (227).

Kontekstualnie należy także oceniać kontaktowanie się przysięgłego z osobą trzecią (np. duchownym, członkiem rodziny) w przedmiocie biblijnego postrzegania kary śmierci. Kara śmierci powinna zostać uchylona, ilekroć okazałoby się, iż osoba trzecia przekonywała przysięgłego, że tylko zagłosowanie za karą śmierci dla mordercy uczyni zadość prawu biblijnemu. Do przyjęcia błędu wymagającego uchYLENIA wyroku wystarczy przy tym choćby implikatywny charakter powyższej sugestii, np. osoba trzecia w odpowiedzi na duchowe i moralne rozterki przysięgłego poleca mu przeczytanie wyłącznie tych fragmentów Pisma Świętego, które w myśl zasady talionu obligują do ukarania mordercy śmiercią. Niezasadne jednak byłoby przyjmować szkodliwość zewnętrznego oddziaływania, ilekroć osoba trzecia poprzestała jedynie na podkreśleniu dopuszczalności kary śmierci w świetle biblijnego nauczania oraz ewentualnie dodatkowo wyjaśniła – z powołaniem się np. na rozdział 13 Listu św. Pawła do Rzymian – iż Pismo Święte oczekuje od przysięgłego kierowania się prawem państwowym.

Powyższe propozycje oceny skutków procesowych sięgania przez przysięgłych do Pisma Świętego mają charakter uwag natury ogólnej czy teoretyczno-prawnej. W praktyce jurysdykcyjnej niniejsza ocena jest często determinowana prawem precedensowym danego stanu. Przykładowo, zgodnym z *case-law* stanu Alabama był przywoływany wyrok w sprawie *Ex Parte Troha*, mocą którego uchylono karę śmierci z powodu komunikowania się przysięgłego z pastorem. Według linii orzeczniczej judykatury tego stanu wyrok jest uchylany, gdy zachodzi choćby możliwość, że nadużycie wpłynęło na werdykt ławy. Prawidłowo zatem – w myśl tego nierygorystycznego warunku – zakwestionowano karę śmierci, pomimo tego, że nie poznano treści rozmowy przysięgłego z kapłanem. Orzecznictwo popełnia natomiast błąd, gdy do ustalania zarówno istnienia zewnętrznego oddziaływania jak i do oszacowania stopnia jego szkodliwości stosuje podwójne standardy w zależności od „natury” poszczególnych rzekomych uchybień. Osobisty stosunek sędziów do religii i do Pisma Świętego w szczególności nie powinien przekładać się czy to na laksyzm czy to na rygoryzm i puryzm w ocenie wpływu *argumentum ad Scripturam* na poszanowanie gwarancji procesowych oskarżonego.

Trafnie sędzia Wilkinson zauważa, że „Posługiwanie w ławie przysięgłych nie jest przeciwne religijnym przekonaniom, a przysięgli nie potrzebują sprawdzać przedmiotów swojej wiary w drzwiach sądu. Nie wymagamy, na przykład, pozbycia się różańca, jarmułka czy zakonnego habitu jako przeszkody w pełnieniu funkcji przysięgłego. Taki ekwipunek świadczy o oddaniu, a nie przesądzie. Prosić przysięgłych, aby wchodząc do sali obrad stali się ludźmi zasadniczo innymi, jest nie do pogodzenia z ideą, że ława ma być przekrojem społeczeństwa”⁹⁰. Jednocześnie jednak sędzia ten równie zasad-

⁹⁰ *Ibidem* (229–230).

nie przestrzega, że „Biblia nie może stać się katalizatorem do przekształcenia rozważań przysięgłych w religijną debatę”, stanowiąc „podstawę decyzji w sprawie życia i śmierci (podkr. autora)”⁹¹.

Biblical arguments in a jury's death penalty deliberations in the light of decisions issued by courts of the United States

Abstract

This paper discusses a specific type of arguments which are raised neither frequently nor occasionally by a death-qualified jury in criminal proceedings in the U.S., i.e. arguments that rely on the Holy Bible. The purpose of the herein contained study into the state and federal courts' decisions is to establish the extent to which the jury's analysis of the biblical teachings complies with a defendant's right to a fair trial before an impartial jury. The American judicature is not fully unanimous in their perception of the jury resorting to Biblical arguments as a procedural fault. Most courts share the view that collective deliberations on the Holy Bible at jury sessions, and any contact between a member of the jury and any third party (e.g. family member or clergyman) on the biblical approach to a death penalty, constitute an abuse or procedural error. At the same time, it is reasonably adopted in American judicial decisions that the said error could only be the reason for abrogating the death penalty if the error was, in concreto, harmful to the defendant. A judgment can be overturned on condition that it is proved that there is substantial or reasonable likelihood that, with no biblical arguments raised, the jury's deliberations would have resulted in a verdict other than the one which is appealed. Courts of appeal correctly recognize that not every instance of the jury resorting to the biblical code can be considered an unacceptable substitution of applicable law for religious norms. As noted by the Supreme Court of the United States, since a decision on capital punishment results from moral judgment, the jury's seeking biblical spiritual and intellectual support for their judgment does not per se negate the right to a fair trial. However, where the Bible becomes the basis for the jury's decision, e.g. with members of the jury arguing that the Holy Bibles each time requests a death penalty for a murderer, a defendant's rights are violated and, consequently, the penalty judgment must be overturned.

⁹¹ *Ibidem* (227–228).

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Robert Szostak, Ireneusz Sołtyszewski

Odpowiedzialność karna za błąd opiniodawczy – studium przypadku

Streszczenie

Artykuł opisuje przypadek błędu opiniodawczego, w którym nieprawidłowo wykonana sekcja oraz źle sporządzony protokół z tej czynności doprowadził do przyjęcia błędnej wersji zdarzenia, niezgodnej ze stanem faktycznym. W konsekwencji obducentowi postawiono zarzut z art. 233 § 4 k.k. i art. 271 § 1 k.k. Przedstawione studium przypadku zwraca również uwagę na współodpowiedzialność prokuratora za prawidłowość i precyzyność ustaleń poczynionych podczas oględzin i sekcji zwłok.

1.Stan faktyczny

W dniu 3 maja 2009 r. o godzinie 7.42 pogotowie ratunkowe przyjęło zgłoszenie o utracie przytomności przez 45-letnią Annę K. Przybyła do miejsca jej zamieszkania załoga karetki reanimacyjnej, po przeprowadzeniu badań podmiotowych i przedmiotowych, o godzinie 7.58 stwierdziła zgon kobiety. Zgodnie z obowiązującymi procedurami, lekarz pogotowia poinformował jednostkę policji o zgonie kobiety z nieustalonych przyczyn. Na miejsce przybył prokurator, grupa operacyjna policji oraz biegły sądowy z zakresu medycyny sądowej, który stwierdził co następuje: „stężenia pośmiertnego brak we wszystkich grupach mięśniowych, plamy opadowe sinoczerwone, średnioobfite, średnio wysycane, bledną przy ucisku i powracają po 10 sek. Cech wysychania nie stwierdzono. Zmiany gnilne brak. Ewentualne przebarwienia pośmiertne brak. Obrażenia ujawnione w zwłokach brak. Przy-

puszczalny czas zgonu około 3.5 godz.". Wyżej wymienione cechy śmierci odnotowano o godzinie 10²⁰, oględziny przeprowadzono w temperaturze otoczenia 23°C. Temperatury zwłok nie zmierzono. Na podstawie przeprowadzonych oględzin biegły nie był w stanie ustalić przyczyny zgonu. W związku z powyższym prokurator zlecił przeprowadzenie sekcji zwłok.

Sekcję przeprowadził obducent, który nie uczestniczył w oględzinach zwłok w miejscu ich ujawnienia. W części B (oględziny wewnętrzne) protokołu oględzin i otwarcia zwłok obducent opisał między innymi tętnicę główną, tętnicę wieńcową, trzustkę, żołądek oraz wyrostek robaczkowy, w których nie stwierdził zmian chorobowych. We wnioskach protokołu oględzin i otwarcia zwłok z dnia 4 maja 2009 r. biegły sporządził opinię, że „nic nie sprzeciwia się przyjęciu, że przyczyną zgonu Anny K. stało się uduszenie gwałtowne wskutek zadławienia”. W dniu 8 maja 2009 r. obducent w trakcie przesłuchania w charakterze biegłego uzupełnił swoje wnioski po uzyskaniu wyników badań histopatologicznych i toksykologicznych. Biegły zeznał, że „uduszenie gwałtowne, które było przyczyną zgonu Anny K. powstało w złożonym mechanizmie jednoczesnego dławienia i zatkania dróg oddechowych przedmiotem miękkim typu np. poduszka, złożony gruby ręcznik lub inna tkanina np. odzieżowa przytrzymywana ręką sprawcy, który jednocześnie dociskał w/w przedmiot do twarzy denatki...”. W trakcie oględzin zewnętrznych biegły opisał obrażenia zewnętrzne w postaci sińców na różnym etapie rozwoju o różnym czasie powstania. Niektóre wykazywały cechy świeżości, inne cechy gojenia. Na wniosek biegłego prokurator zlecił zrobienie dokumentacji fotograficznej. Obrażenia zostały zwymiarowane, a ich lokalizacja opisana. Przesłuchany w charakterze biegłego lekarz, który przeprowadził oględziny zewnętrzne zwłok w miejscu ich ujawnienia, potwierdził tezy zawarte w protokole oględzin i sekcji zwłok Anny K. Jego zdaniem wyniki sekcji przemawiały za uduszeniem gwałtownym w wyniku dławienia i zamykania otworów oddechowych. Na podstawie powyższej wniosków prokurator postawił zarzut mężowi denatki o popełnienie przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. Na mocy postanowienia sądu rejonowego mężczyzna został tymczasowo aresztowany na okres 1 miesiąca.

W związku z okolicznościami sprawy prokurator prowadzący zlecił ponowną sekcję, która została wykonana w innym zakładzie medycyny sądowej. W dniu 11 maja 2009 r. zespół biegłych przeprowadził powtórnie oględziny i otwarcie zwłok Anny K., w której opisali między innymi miażdżycę tętnic wieńcowych serca o średnim stopniu nasilenia, zwężenie światła tętnic o ok. 50% oraz ognisko zblednięcia w mięśniu przedniej ściany lewej komory serca. Biegli stwierdzili, że w trakcie pierwszej sekcji obducent nie dokonał otwarcia tętnic wieńcowych oraz dokonał tylko częściowego otwarcia tętnicy głównej, co w konsekwencji doprowadziło do ujawnienia blaszek miażdżycowych oraz cech miażdżycy. Ponadto biegli nie stwierdzili wykonania sekcji żołądka i trzustki. Opis wyrostka robaczkowego również nie był zgodny ze

stanem faktycznym, bowiem organ ten był usunięty. We wstępnej opinii sądo-wo-lekarskiej biegli wykluczyli śmierć gwałtowną wskazując, iż „charakter zmian morfologicznych stwierdzonych w trakcie powtórnej sekcji zwłok oraz wyników badań histopatologicznych nie dają podstaw do przyjęcia, że śmierć Anny K. jest następstwem uduszenia gwałtownego wskutek zagardlenia”.

W dniu 15 kwietnia 2010 r. biegli przedstawili kompleksową opinię sądo-wo-lekarską, w której w oparciu wyniki sekcji zwłok oraz badań histopatolo-gicznych i badań chemiczno-toksykologicznych stwierdzili, że śmierć Anny K. nastąpiła z przyczyn chorobowych, a bezpośrednią przyczyną zgonu była ostra sercowopochodna niewydolność krążenia. W opinii uzupełniającej z dnia 14 lipca 2010 r. zespół biegłych potwierdził, że nie stwierdzono zmian morfologicznych charakterystycznych dla śmierci wskutek uduszenia, spo-wodowanego uciskiem na narządy szyi. Charakter stwierdzonych w czasie sekcji zwłok zmian urazowych w narządach szyi w postaci niewielkiego wy-lewu pod omięsną (torebka łącznotkankowa otaczająca mięsień) lewego mięśnia mostkowo-obojczykowo-sutkowego oraz pod torebką prawej śli-nianki podżuchwowej (bez uszkodzenia kości gnykowej i chrząstek krtani) wskazuje, że mogły powstać w czasie reanimacji prowadzonej przez męża denatki, z zawodu lekarza. Biegli odnieśli się również do pytania czy postę-powanie męża denatki w trakcie reanimacji było prawidłowe, adekwatne do poziomu jego wiedzy medycznej. Na to pytanie biegli odpowiedzieli nega-tywnie wskazując, że „lekarz działał niezgodnie z obowiązującymi wytycz-nymi BLS (*Basic Life Support*) z 2005 r.”. Biegli również wykluczyli możli-wość wystąpienia zbiegu przyczyn o charakterze chorobowym z działaniem osób trzecich mogących przybrać postać szeroko pojętej agresji fizycznej oraz podaniem określonych środków farmakologicznych.

Kolejne pytanie dotyczyło możliwości precyzyjnego ustalenia czasu zgonu przez biegłego z zakresu medycyny sądowej w trakcie oględzin zewnętrz-nych zwłok. Biegli zwrócili uwagę, że ustalenie czasu zgonu na podstawie znamion śmierci nie pozwala na jego precyzyjne ustalenie. Aktualnie czas zgonu oblicza się na podstawie pomiaru temperatury zwłok w odbytnicy i w pomieszczeniu oraz masy ciała denata. Dysponując tymi wartościami można wykorzystać monogram Henszego do obliczenia czasu śmierci, co przy krótkim czasie, jaki upłynął od chwili zgonu do oględzin umożliwia obiektywne ustalenie czasu zgonu i jest obarczone najmniejszym błędem¹.

W związku z fundamentalnymi sprzecznościami występującymi w wyżej wymienionych opiniach prokurator zlecił wydanie opinii na podstawie akt sprawy kolejnemu zakładowi medycyny sądowej. W opinii z dnia 29 sierpnia 2011 r. sporządzonej przez biegłych z tego zakładu stwierdzono, zgon mógł

¹ J. Berent, Ustalanie czasu zgonu na podstawie temperatury. Część II. Wyniki badań od lat siedemdziesiątych końca dwudziestego wieku, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2006, nr LVI, s. 103–109.

nastąpić w mechanizmie ostrej niewydolności krążenia, o czym mogą świadczyć między innymi zwężenie światła prawej tętnicy wieńcowej przez liczne blaszki miażdżycowe. W badaniach histopatologicznych mięśnia sercowego stwierdzono cechy martwicy skrzepowej z tzw. „węzłami skurczu”, co jest symptomem tzw. zawału mięśnia sercowego. Biegli stwierdzili również, że jedną z możliwych przyczyn powstania obrażeń na szyi denatki może być wywieranie nacisku narzędziem o ograniczonej powierzchni (ręką) na narządy szyi. Jednak w takich przypadkach rozległemu podbiegnięciu krwawemu w wewnętrznych tkankach miękkich towarzyszą widoczne zewnętrznie obrażenia na skórze szyi w postaci otarć i sińców (powstałe od opuszek palców i paznokci wywierającej ucisk ręki obcej). U denatki takich obrażeń nie stwierdzono. Biegli wykluczyli również możliwość ewentualnego zbiegu przyczyn o charakterze chorobowym z działaniem osób trzecich. W uzupełniającej opinii sądowo-lekarskiej z dnia 17 sierpnia 2015 r. zespół biegłych odniósł się do opinii z dnia 11 maja 2009 r. sporządzonej przez zespół biegłych, stwierdzając, że patologiczne zmiany stwierdzone u zmarłej podzielone zostały na urazowe i chorobowe. Zmiany urazowe zasadniczo miały charakter „świeży” i powstały na krótko przed jej zgonem. W odniesieniu do zmian chorobowych istniejących w organizmie Anny K. to czas ich powstania powinien być rozpatrywany przy uwzględnieniu wyników badań histopatologicznych. Z medyczno-sądowego punktu widzenia za kluczowe w określeniu przyczyny i mechanizmu zgonu Anny K. uznać można zmiany patologiczne w układzie sercowo-naczyniowym (miażdżycę prawej tętnicy wieńcowej) w średnim stopniu zwężającą jej światło z dwoma ogniskami zblednięcia zlokalizowanymi śródściennie w przedniej ścianie lewej komory oraz w przegrodzie międzykomorowej. Wyniki badania histopatologicznego potwierdziły i poszerzyły rozpoznanie sekcyjne. Biegli zauważyli również, że opisane zmiany miały charakter przewlekły, a do ich rozwoju mogło dojść nawet w okresie kilkunastoletnim. Zmiany te mogły manifestować się różnymi dolegliwościami klinicznymi, niemniej zdarza się, że przez dłuższy czas pozostają one „nieme” klinicznie, a pierwszym objawem niedokrwienia mięśnia sercowego jest jego zawał. Proces martwicy skrzepowej i rozpoznanego na tej podstawie zawału mięśnia sercowego wynosił od kilkunastu do ok. 24 godzin. W opinii biegłych charakter zmian morfologicznych, wyniki badań histologicznych nie dały podstaw do przyjęcia, że śmierć Anny K. była następstwem uduszenia gwałtownego wskutek zagardlenia, w tym zadławienia rozpoznanego w przez obducenta w trakcie pierwszej sekcji.

2. Błąd opiniodawczy

W systematyce błędów medycznych wymienia się błąd opiniodawczy, który zaproponował Z. Marek na użytek opiniowania sądowo-lekarskiego

zarówno w sprawach karnych, jak i cywilnych Błąd opiniodawczy może popełnić lekarz lub zespół lekarzy, jeśli jego nieprawidłowa opinia może wpływać z niedostatku wiedzy fachowej, nieprawidłowego badania osób, zwłok, a także mających charakter dowodowy rzeczy, nieprawidłowej lub niepełnej interpretacji wyników badań i własnych spostrzeżeń oraz wysnucia niesłusznego wniosku przyczynowo-skutkowego². Do typowych błędów opiniodawczych w przypadku sekcji zwłok należy nieprawidłowo sporządzona dokumentacja oględzin, nieprawidłowo wykonana sekcja, nieprawidłowe ustalenie przyczyny zgonu lub zlecenie badań dodatkowych laboratoriom nie posiadającym odpowiednich kompetencji³. W tym kontekście błąd opiniodawczy może być powiązany z błędem technicznym. Nie można również wykluczyć, że w pewnych kategoriach spraw istnieje wyraźny związek błędu opiniodawczego i technicznego z błędem organizacyjnym. Problematyka błędu opiniodawczego rzadko jest poruszana w literaturze, co nie oznacza, że tego typu przypadki występują incydentalnie. Trudno się zgodzić z opinią niektórych, że błędy opiniodawcze dotyczą przede wszystkim indywidualnych biegłych⁴.

3. Sądowo-lekarska sekcja zwłok

Zgodnie z wykładnią art. 209 § 1 k.p.k., w każdym przypadku podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci należy dokonać oględzin zewnętrznych zwłok, a następnie ich otwarcia. Otwarcia zwłok dokonuje biegły w obecności organu procesowego, a czynność ta jest wykonywana po wydaniu postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego⁵. Celem sądowo-lekarskiej sekcji zwłok jest ustalenie mechanizmu i przyczyny zgonu oraz potwierdzenie lub wykluczenie, że został popełniony czyn zabroniony. Zadaniem sekcji zwłok jest również ustalenie czasu zgonu, związku przyczynowego między stwierdzonymi obrażeniami a zgonem, czasu i kolejności powstawania obrażeń ciała, rodzaju użytego narzędzia itp.⁶

Zgodnie z klasyczną definicją „sekcja zwłok (*sectio cadaveris*) polega na otwarciu odpowiednimi cięciami co najmniej trzech głównych jam ciała i zbadanie zawartych w nich narządów w celu ustalenia przyczyny śmierci i oko-

² Z. Marek, Błąd medyczny, Wydawnictwo Medyczne, Kraków 2007, s. 101–106.

³ J. Kunz, Błąd w opiniach sądowo-lekarskich w sprawach przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, Prawo i Medycyna 2004, nr 16(3) s.

⁴ J. Kunz, D. Bujak, Rozbieżności a błąd opiniodawczy w opiniach kompetentnych biegłych z zakresu medycyny sądowej, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 1998, nr XLVIII, s. 215–219.

⁵ Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r., Nr 89 poz. 555 ze zm.).

⁶ Z. Grzeszczyk-Ożarowski, Cz. Chowaniec, Sądowo-lekarska sekcja zwłok – wybrane zagadnienia prawne: Rozporządzenie z 1929 r. o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2010, nr LX, s. 59–62.

liczności jej towarzyszących”⁷. Procedura przeprowadzenia sądowolekarskiej sekcji zwłok ewoluowała wraz z pogłębieniem się wiedzy lekarskiej i postępowaniem naukowo-technicznym i technologicznym w naukach medycznych. Pierwsze całościowe ujęcie techniki sekcyjnej zawdzięczamy R. Virchowowi, który w 1876 r. opublikował podręcznik „Die Sektions-Technik im Leichenhause des Charite-Krankenhauses”, który był pierwszym kompleksowym ujęciem tej problematyki (technika *in tabula*). Od tego czasu do praktyki wdrożono szereg nowych technik i ich modyfikacje, np. K. Rokitański’ego (*in situ*), Zenkera (*en bloc*) i Letulle (*en masse*). Aktualnie stosowane są trzy techniki wykonywania sekcji. Technika *in tabula* w której badanie narządów wewnętrznych odbywa się po ich wycięciu i wyjęciu ze zwłok, technika *in situ* polegająca na badaniu narządów w ich anatomicznym ułożeniu. Trzecia technika pośrednia polegająca na badaniu narządów poza zwłokami, ale w pewnych zespołach np. narządy szyi i klatki piersiowej itd. W kolejnych latach klasyczne techniki sekcyjne zostały rozszerzone o tzw. techniki sekcyjne dodatkowe, np. postępowanie w przypadku z zagardlenia. Do rutynowej praktyki włączono wykonywanie zdjęć rentgenowskich⁸.

Technika sekcyjna obejmuje szereg czynności, do których należy między innymi: technika cięć powłok miękkich, wydobycie narządów wewnętrznych, zważenie, wykonanie ich pomiarów i dokonanie ich przekrojów. Mierzy się również objętość treści płynów zawartych np. w żołądku i pęcherzu moczowym. W razie potrzeby wykonuje się dodatkowe badania, takie jak histopatologiczne, toksykologiczne, genetyczne itp. Integralną częścią sekcji są również oględziny zewnętrzne zwłok, w trakcie których opisuje się między innymi obrażenia ciała. W przypadku na przykład otarć naskórka i sińców, do obowiązków biegłego należy precyzyjne opisanie ich lokalizacji według stałych punktów lub linii anatomicznych, rozmiarów, kształtu i barwy. W tych miejscach należy dokonać nacięcia powłok i stwierdzić obecność lub brak podbiegnięć krwawych w tkankach położonych głębiej pod otarciem lub sińcem. Dzięki tej procedurze biegły jest w stanie określić czy obrażenia te powstały przyżyciowo. Na przełomie XX i XXI wieku techniki sekcyjne zostały uzupełnione o laserowe skanowanie powierzchni zwłok, fotogrametrię 3D, badania przy wykorzystaniu tomografii komputerowej, rezonansu magnetycznego i spektroskopii⁹.

⁷ S. Raszeja, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, Medycyna sądowa, Wydawnictwo PWZL Warszawa, 1990, s. 71.

⁸ R. Skowronek, Cz. Chowaniec, Ewolucja techniki sekcyjnej – od Virchowa do Virtopsy, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2010, nr LX, s. 48–54.

⁹ K. Woźniak, A. Moskała, A. Urbanik, M. Kłys, Pośmiertne badania obrazowe TK z rekonstrukcją 3D u ofiar wypadków drogowych, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2009, nr LIX, s. 93–100.

Końcowym elementem działań biegłego lub zespołu biegłych jest sporządzenie protokołu, w którym powinny być zawarte wszystkie obserwacje z oględzin zewnętrznych i otwarcia zwłok. Protokół składa się z części formalnej i wywodu z oględzin. Podsumowaniem tych czynności oraz w oparciu o badania dodatkowe jest opinia sądowo-lekarska, która powinna zawierać ustalenia dotyczące przyczyny i charakter zgonu oraz odpowiedzi w miarę możliwości na pytania zawarte w postanowieniu¹⁰. Wartość sekcji zwłok zależy zarówno od dokładności w jej przeprowadzeniu, jak i udokumentowaniu, tym bardziej, że jest to co do zasady czynność niepowtarzalna¹¹. W tym celu protokołowanie spostrzeżeń poczynionych przez obducenta powinno odbywać się bezpośrednio w toku przeprowadzonej sekcji, a czynność tę powinna wykonywać np. sekretarka medyczna. Opinia sądowo-lekarska prezentująca przebieg i wyniki badania *post mortem* w wielu sprawach ma kluczowe znaczenie dla organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości oraz stron postępowania. Nieprawidłowo wykonane otwarcie zwłok oraz źle sporządzony protokół z tej czynności może prowadzić do przyjęcia błędnej wersji zdarzenia, niezgodnej ze stanem faktycznym.

Aktualnie nie ma przepisów, które normowałyby zasady postępowania w czasie sądowo-lekarskiej sekcji zwłok. W związku z powyższym szczegółowa technika sekcyjna i podstawy diagnostyki pośmiertnej znajdują się w podręcznikach akademickich pochodzących nierzadko sprzed ponad 50 lat¹². Pewnym punktem odniesienia mogą być przepisy Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 15 lipca 1929 r. o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok ludzkich, które w warstwie merytorycznej są zbieżne z aktualnymi zaleceniami Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącymi harmonizacji przeprowadzania sądowo-lekarskich sekcji zwłok¹³. Wyżej wymienione rozporządzenie nie tylko regulowało kwestie techniczne wykonywania oględzin i sekcji zwłok, ale również zwracało uwagę na kwestie warunków lokalowych oraz wyposażenia w odpowiedni sprzęt sekcyjny. W świetle aktualnego stanu prawnego, poza art. 209 k.p.k., nie ma przepisów regulujących przebieg wykonania sekcji zwłok.

¹⁰ V. J. Di Maio, D. Di Maio, Medycyna sądowa, B. Świątek i Z. Przybylski (red.), Wydawnictwo Urban&Partner, Wrocław 2003, s. 21.

¹¹ E. Chróścielewski, S. Raszeja, Sekcja zwłok Technika z uwzględnieniem metodyki sądowo-lekarskiej i wskazówek diagnostycznych, Wydawnictwo PZWL, Warszawa 1982.

¹² J. S. Olbrycht, J. Kowalczykowa, Diagnostyka sekcyjna anatomo-patologiczna i sądowo-lekarska, Wydawnictwo PZWL, Warszawa 1953.

¹³ Zalecenie nr R(99)3 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie harmonizacji zasad przeprowadzania sądowo-lekarskich sekcji zwłok.

4. Ocena karno-materialna

Karnomaterialna ocena opisywanego przypadku opiera się na analizie dwóch przepisów kodeksu karnego (art. 233 § 4 k.k. i art. 271 § 1 k.k.), które stanowiły podstawę do wysunięcia zarzutów wobec biegłego obducenta. Prokurator uznał, iż działanie przestępne biegłego polegało na działaniu w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu złożenia fałszywej opinii pisemnej i poświadczenia w niej nieprawdy w zakresie okoliczności mających znaczenie prawne dla prowadzonego śledztwa. Inkryminowane zachowanie biegłego dotyczyło okoliczności związanych z sekcją zmarłej kobiety i prowadzonym w związku z tym postępowaniem o przestępstwo z art. 148 § 1 k.k.¹⁴

Czynności objęte zarzutem miały polegać na opisanu tętnicy głównej, podczas gdy biegły dokonał jedynie częściowego jej otwarcia, co zdaniem oskarżenia przyczyniło się do niestwierdzenia zmian miażdżycowych, które – jak się później okazało – mogły mieć istotny wpływ na zgon kobiety. Ponadto prokurator zarzucił biegłemu: opisanie błon wewnętrznych tętnic, podczas gdy biegły nie dokonał ich otwarcia; opisanie stanu trzustki, podczas gdy biegły nie sekcjonował tego organu; opisanie stanu wyrostka, podczas gdy denatka miała ten organ wcześniej usunięty. Akt oskarżenia zawierał również zarzut bezpodstawnego i niezgodnego z aktualnym stanem wiedzy przedstawienia oceny przyczyny zgonu sekcjonowanej osoby. Zarówno oskarżyciel publiczny jak i oskarżyciel posiłkowy usiłował od początku postępowania wykazać, iż działanie biegłego było celowe i ukierunkowane na wydanie fałszywej opinii lub, że biegły co najmniej godził się na przedstawienie fałszywej opinii w sprawie śmierci sekcjonowanej przez niego kobiety. Całokształt wadliwego zdaniem prokuratora zachowania biegłego dało podstawę do sformułowania zarzutu na podstawie art. 233 § 4 k.k. w zb. z art. 271 § 1 k.k. w zw. z 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

5. Zbieg przestępstw przedłożenia fałszywej opinii i fałszu intelektualnego dokumentu

W pierwszej kolejności należy pokrótce odnieść się do kumulatywnej kwalifikacji przyjętej w przedmiotowej sprawie. Z całą pewnością pomiędzy przepisami art. 271 § 1 k.k. oraz art. 233 § 4 k.k. może zachodzić stosunek krzyżowania, prowadzący do kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy – art. 11 § 2 k.k. W przypadku występu z art. 271 § 1 k.k. rodzajowym przedmiotem ochrony jest wiarygodność dokumentów, zaś przedmiotem ochrony

¹⁴ Sygn. V Ds. 3/11.

w przypadku art. 233 § 4 k.k. – ogólnie pojęty wymiar sprawiedliwości. Już ta ogólna i powierzchowna analiza przedmiotu ochrony obu przepisów prowadzi do wniosku, że każde poświadczenie nieprawdy co do okoliczności mających znaczenie prawne w sporządzanej przez biegłego opinii wypełnia znamiona przedstawienia fałszywej opinii, natomiast nie każde przedstawienie fałszywej opinii wypełnia znamiona poświadczenia nieprawdy¹⁵. Sformułowanie „opinia fałszywa”, ma szersze znaczenie, niż zwrot „poświadczenie nieprawdy co do okoliczności mającej znaczenie prawne”, co nasuwa wniosek o krzyżowaniu się norm ujętych w obu przepisach.

6. Znamiona przestępstwa fałszu intelektualnego dokumentu

Przestępstwo stypizowane w art. 271 § 1 k.k. można popełnić wyłącznie umyślnie, zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i ewentualnym. Umyślność obejmuje wolę i świadomość sprawcy, który w pewnym sensie jest gwarantem treści merytorycznej wystawianego dokumentu. Świadczy o tym znamię sformułowane w słowie „poświadcza”. Słusznie więc zauważa J. Piórkowska-Flieger – „*sprawca nie oświadcza a poświadcza nieprawdę* co do okoliczności mających znaczenie prawne”¹⁶ – czyli poręcza, potwierdza i jednocześnie zaświadcza o prawdziwości dokumentu (np. wiarygodności jego treści). Jak już wcześniej wspomniano przedmiotem ochrony jest wiarygodność dokumentów w aspekcie dowodowym, prawdziwość jego treści, czyli treści dokumentu z rzeczywistym stanem rzeczy, a w konsekwencji – znaczenie dowodowe dokumentu. Przedmiotem wykonawczym czynu z art. 271 k.k. jest autentyczny dokument, który musi nie tylko odpowiadać cechom wymienionym w art. 115 § 14 k.k., lecz także musi być wystawiony przez funkcjonariusza publicznego lub inną osobę do tego uprawnioną i zawierać w swojej treści poświadczenie, któremu przysługuje cecha zaufania publicznego, a w związku z tym domniemanie prawdziwości¹⁷. Dość bogate orzecznictwo w zakresie art. 271 § 1 k.k. ugruntowało pogląd, iż odpowiedzialność karna biegłego za przestępstwo tzw. fałszu intelektualnego dotyczy poświadczenia faktów, które poddają się weryfikacji z punktu widzenia ich prawdziwości lub fałszu, natomiast nie obejmuje samych ocen¹⁸, co nie wy-

¹⁵ Postanowienie z dnia 23 września 2008 r., sygn. I KZP 18/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa 2008, nr 10, poz. 79.

¹⁶ J. Piórkowska-Flieger, Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów Rozdział XXXIV, (w:) T. Bojarski (red), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2012, Lexis Nexis, s. 725.

¹⁷ A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, (LEGALIS) wyd. 4, 2016.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2001 r., sygn. IV KKN 563/97, OSNKW 2002, nr 3–4, poz. 17.

klucza zbiegu art. 233 § 4 k.k. i 271 § 1 k.k., czy naruszenia art. 233 § 4 k.k. w razie zastosowania przez biegłego nieprawidłowej metody badawczej¹⁹.

7. Znamiona przestępstwa przedłożenia fałszywej opinii

Przepis art. 233 § 4 k.k. reguluje zachowania, w których osoba wykonująca czynności jako biegły, rzeczoznawca lub tłumacz (przestępstwo charakteryzujące się podmiotem indywidualnym)²⁰ przedstawia fałszywą opinię lub tłumaczenie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy. Sprawcy tych czynów podlegają karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 (przed nowelizacją z dnia 11 marca 2016 r. do 3 lat)²¹. Biegły może przedstawić zarówno opinię pisemnie, jak i ustnie, a co więcej, mogą pojawić się obie formy dotyczące tej samej kwestii i wówczas mowa jest o opinii tzw. uzupełniającej²². Znamię „przedstawia” jest na tyle pojemnym sformułowaniem, że może obejmować zarówno czynności w postaci złożenia pisemnej opinii, jak i formy ustnego jej wypowiedzenia. Z kolei znamię „fałszywa” sugeruje, iż zarzut przestępności czynu może zostać postawiony w sytuacji gdy w opinii potwierdzono nieprawdę lub zatajono prawdę. Natomiast włączenie w zakres tego znamienia zachowań polegających na sporządzeniu opinii zawierających nieścisłości, braki oraz opinii sporządzonych niezgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i normami pozwala postawić z kolei zarzut nieumyślnego sporządzenia fałszywej opinii, określonego w art. 233 § 4a k.k. Z fałszywością opinii będziemy mieć zatem do czynienia gdy zostaną spełnione, niekoniecznie łącznie następujące przesłanki: ocena wyrażona w opinii będzie pozostawać w oczywistej i wyraźnej sprzeczności z aktualnym stanem wiedzy w dziedzinie, której opina dotyczy; metodyka sporządzania opinii była wadliwa lub/i opinia została sporządzona w oparciu o błędne metody badawcze²³.

Celem regulacji ujętych w art. 233 § 4 k.k. jest ochrona prawidłowego funkcjonowania i wiarygodność wymiaru sprawiedliwości, a także kontrola wniosków i ustaleń dokonywanych w postępowaniach prowadzonych

¹⁹ Postanowienie SN z dnia 23 września 2008 r., sygn. I KZP 18/08, OSNKW 2008, nr 10, poz. 79, (LEGALIS).

²⁰ Tamże, J. Piórkowska-Flieger..., s. 607.

²¹ USTAWA z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, (Dz. U. z 2016 r., poz. 437), która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r.

²² Zob. M. Budyn-Kulik, Opinia dotycząca wprowadzenia karalności sporządzenia przez biegłego opinii nierzetelnej lub bez zachowania należytej staranności, Źródło: <https://www.iws.org.pl/pliki/.../biegli%20Opinia%20Magdalena%20Budyn-Kulik.doc>.

²³ Szerzej na ten temat: J. Dzierżanowska, J. Studzińska, Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów powszechnych i sądu najwyższego, *Roczniki Nauk Prawnych* 2015, Tom XXV, nr 2, s. 21–47.

z udziałem biegłych, a zatem sporządzanie fałszywych opinii, które następnie można podważyć i które ulegają uchyleniu godzi w stabilność i doniosłość wymiaru sprawiedliwości²⁴. Sformułowanie „w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy”, które ustawodawca zawarł w opisie znamion przestępstwa pozwala zastosować przepis § 4 do każdego postępowania sądowego i na każdym jego etapie. Nie chodzi tylko o postępowania karne, ale także o każde postępowanie cywilne, administracyjne, dyscyplinarne itd.

Do czasu nowelizacji z kodeksu karnego z dnia 11 marca 2016 r.²⁵ przestępstwo przedstawienia fałszywej opinii można było popełnić jedynie umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym²⁶. Nowela kodeksu karnego wprowadziła do art. 233 przepis § 4a, który reguluje także nieumyślną formę występkę przedstawienia fałszywej opinii, zagrożoną karą do 3 lat pozbawienia wolności. Ustawodawca uzasadniał konieczność penalizowania nieumyślnych zachowań polegających na przedstawieniu nieprawdziwej opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia potrzebą przeciwdziałania częstej praktyce sporządzania nierzetelnych opinii²⁷.

8. Istota oceny strony podmiotowej przestępstwa z art. 233 § 4 k.k. w kontekście sporządzenia przez biegłego fałszywej opinii

Analizowane postępowanie karne i przypadek biegłego obducenta oskarżonego o przedstawienie fałszywej opinii i poświadczenie w niej nieprawdy nawiązuje do stanu prawnego sprzed marcowej nowelizacji, która wprowadziła do kodeksu karnego nieumyślność pierwszego z wymienionych zachowań przestępnych, czyli przedłożenia fałszywej opinii. Sąd mógł rozpatrywać zatem inkryminowane zachowania biegłego obducenta jedynie przez pryzmat jego działania lub zaniechania w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, a w przypadku drugiego zarzutu – poświadczenia nieprawdy (art. 217 § 1 k.k.) – wyłącznie w zamiarze bezpośrednim. Problematyka podjęta w niniejszym opracowaniu oraz kwestie sporne, które były przedmiotem postępowania karnego, na bazie analizy którego opracowanie powstało, oscy-

²⁴ M. Mozgawa (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 643.

²⁵ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437).

²⁶ M. Filar (red.), Kodeks karny, s. 1080–1081; L. Tyszkiewicz uważa, że przestępstwa fałszywych zeznań i przedstawienia fałszywej opinii albo fałszywego tłumaczenia mogą być popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim.

²⁷ Zob. <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgsknr/NKK-9>, cyt. za: A. Grześkowiak, K. Wiak, Kodeks karny. Komentarz, (LEGALIS), wyd. 4, 2016.

lują wokół oceny strony podmiotowej działania biegłego, oskarżonego o złożenie fałszywej opinii pisemnej w przedmiocie przyczyn zgonu sekcjonowanej kobiety i poświadczenia w treści opinii nieprawdy. Biegły, według opisu stanu faktycznego zawartego w aktach sprawy karnej złożył także opinię ustną, uzupełniającą, która – jak się później okazało – również była niezgodna z aktualnym stanem wiedzy z dziedziny medycyny sądowej. Ponadto przedstawił w niej wnioski co do przyczyny zgonu denatki w oparciu o trzy ślady podbiegnięć krwawych, przy jednoczesnym braku występowania innych charakterystycznych wykładników przyjętych przez biegłego przyczyn śmierci. W ocenie oskarżyciela oraz w świetle późniejszych opinii niezasadne było przyjęcie przez biegłego takich właśnie wniosków. Tak więc istotą sprawy była z jednej strony ocena zachowania w postaci złożenia opinii zawierającej nieprawdziwe wnioski co do przyczyn zgonu, z drugiej zaś, ustalenie okoliczności poświadczenia nieuprawnionych wniosków o przyczynie zgonu zmarłej osoby. Aby czyn biegłego można było zakwalifikować jako przestępstwo z art. 233 § 4 k.k. konieczne było zatem wykazanie, że działał on w zamiarze bezpośrednim, czyli chciał sporządzić fałszywą opinię i zmierzał bezpośrednio do tego, ewentualnie godził się na to oraz chciał w niej poświadczyć nieprawdę. Skoro oskarżenie przyjęło, że obducent działał w zamiarze bezpośrednim, to jest miał cel w tym, by sporządzić fałszywą opinię, ewentualnie godził się na to, a także chciał poświadczyć w opinii nieprawdę, konieczne było udowodnienie zamierzonego działania biegłego obducenta. Biegły obducent jako podejrzany, już na etapie postępowania przygotowawczego wyjaśnił, że według całej posiadanej przez niego wiedzy, w chwili popełnienia inkryminowanego czynu, tj. w czasie dokonywania sekcji zwłok zmarłej Anny K. i sporządzania wniosków z tej sekcji, a także na etapie wydania opinii pisemnej i następnie opinii ustnej, nie miał podstaw do wyprowadzenia innych wniosków niż te, które stały się podstawą do postawienia zarzutów sporządzenia fałszywej opinii i poświadczenia w niej nieprawdy. Na ów brak podstaw złożył się szereg zdarzeń, z których część była wynikiem błędów w sztuce biegłego i braku jego staranności w prowadzeniu czynności sekcyjnych²⁸, a część z nich była niezależna od biegłego, jak chociażby błędne wyniki badań histopatologicznych, potwierdzające przyjętą

²⁸ Dla przypomnienia autorzy przytaczają o jakie błędy i uchybienia chodziło: biegła w części sprawozdawczej opinii opisała stan tętnicy głównej podczas gdy dokonała jedynie częściowego jej otwarcia ograniczonego do aorty wstępującej z zaniechaniem otwarcia aorty zstępującej i łuku aorty, nie stwierdzając w konsekwencji cech miażdżycy o umiarkowanym nasileniu; opisała ponadto stan błon wewnętrznych tętnic wieńcowych, podczas gdy nie dokonała ich otwarcia, nie stwierdzając w konsekwencji zwężenia światła prawej tętnicy wieńcowej o około 50% przez liczne blaszki miażdżycowe oraz cech miażdżycy o umiarkowanym nasileniu lewej tętnicy wieńcowej; opisała stan trzustki, podczas gdy nie sekcjonowała tego organu; opisała stan żołądka, podczas gdy nie sekcjonowała tego organu; opisała stan wyrostka robaczkowego, podczas gdy denatka miała ten organ usunięty.

przez biegłego tezę o śmierci sekcjonowanej osoby w następstwie zagardlenia poprzez zadławienie. Oskarżony uzyskał informacje o występowaniu u denatki trzech podbiegnięć krwawych, dwóch w obszarze mięśni obojczykowo-sutkowych i jednego w okolicy kości gnykowej. Z kolei oskarżenie (zarówno oskarżyciel publiczny jak i pełnomocnik pokrzywdzonego, występującego w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego) uznało, że za umyślnością w działaniu biegłego przemawiają takie determinanty jak zbyt wczesne i pochopne stwierdzenie przyczyny śmierci sekcjonowanej osoby, bez zgromadzenia pełnej dokumentacji lekarskiej, która zawierałaby opis stanu zdrowia sekcjonowanej osoby do chwili śmierci. Nie wykazano jednak, że oskarżony zdawał sobie sprawę z pochopności wyprowadzonych wniosków i godził się na to, że w opinii mogą znaleźć się wnioski i informacje nieprawdziwe, niezgodne ze stanem faktycznym.

Przytoczone powyżej zachowania nie mogą jednak stanowić jeszcze o zamiarze bezpośrednim czy ewentualnym sprawcy. Dają jedynie podstawę do twierdzenia, iż biegły obducent, oskarżony o przedstawienie fałszywej opinii działał w okolicznościach niezachowania należytej staranności oraz braku ostrożności niezbędnej dla przyjęcia przez niego właściwych wniosków. Zarówno niezachowanie należytej staranności jak i brak wymaganej w danym przypadku ostrożności są znamionami nieumyślności, a więc kwalifikacja zachowania biegłego jako przestępstwa z art. 233 § 4 k.k., a także przestępstwa z art. 271 § 1 k.k. była nieuzasadniona.

Oskarżenie powoływało się ponadto na dwie opinie niezależnych instytutów²⁹, które zostały przygotowane na potrzeby postępowania w sprawie śmierci sekcjonowanej osoby, a które według oskarżenia wskazywały na umyślność działania biegłego w czynnościach składających się na sporządzenie fałszywej opinii i poświadczenia w niej nieprawdy. Opinie te ograniczały się jedynie do ponownego dokonania oględzin i otwarcia zwłok zmarłej, ustalenia faktycznej przyczyny śmierci sekcjonowanej osoby oraz oceny poprawności czynności sekcyjnych dokonanych przez osoby, które jako pierwsze zostały powołane do oględzin i sekcji zmarłej Anny K. Opinie te nie odnosiły się bezpośrednio do problematyki karnoprawnej oceny zachowań oskarżonego biegłego, czego starał się dowieść oskarżyciel. Słusznie więc zawniósł obrońca oskarżonego biegłego o kolejną opinię, która tym razem miała zawierać nie tylko wnioski co do przyczyn śmierci sekcjonowanej osoby, ale również rzetelną ocenę czynności oskarżonego biegłego w kontekście zarzutu przedstawienia opinii fałszywej i/lub niezgodnej z aktualnym na dzień wykonania inkryminowanych czynności sekcyjnych stanem wiedzy

²⁹ W sprawie o przestępstwo z art. 148 § 1, w której biegły obducent przygotowywał inkryminowaną później opinię, zlecono także sporządzenie dwóch niezależnych opinii przez biegłych ekspertów z Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku i Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

w tej dziedzinie. Zlecona przez sąd rozstrzygający sprawę w pierwszej instancji dowodowa opinia uzupełniająca dostarczyła m.in. informacji³⁰ o tym, że biegły winien był zapoznać się z materiałami śledztwa w sprawie śmierci sekcjonowanej osoby, a także z protokołem oględzin zwłok. Opinia ta, podobnie jak wcześniejsze opinie sporządzone na potrzeby postępowania w sprawie o przestępstwo z art. 148 § 1 k.k., określiła, jakie determinanty przemawiały za przyjęciem odmiennej i rzeczywistą przyczyny zgonu sekcjonowanej osoby. Ostatnia opinia została więc przygotowana w oparciu o konkluzje o odmiennej treści w stosunku do konkluzji wywiedzionych przez oskarżonego biegłego. Jednakże w zakresie strony podmiotowej analiza inkryminowanych zachowań biegłego, przy jednoczesnym potwierdzeniu, iż były one wadliwe, niestaranne czy wręcz niechlujne w świetle późniejszych opinii, nie ma podstaw by kategorycznie stwierdzić, iż były to zachowania umyślne. Dodatkowo biegły obducent w chwili sporządzania wadliwej opinii nie dysponował wynikami chemiczno-toksykologicznymi krwi, które wykazały później, iż przyczyną zgonu sekcjonowanej kobiety była ostra sercopochodna niewydolność krążenia wskutek ogniskowego, ostrego uszkodzenia mięśnia serca. Tak samo biegły nie posiadał ujawnionej później informacji o zmianie w ścianie przedniej lewej komory śródściennie zlokalizowanego ogniska zblednięcia oraz podobnego zblednięcia w przegrodzie międzykomorowej. Biegły na skutek swojego niedbalstwa, polegającego na jedynie częściowym otwarciu, ograniczonym do aorty wstępującej i zaniechaniu otwarcia aorty zstępującej i łuku tej aorty, pozbawił się możliwości uzyskania właściwych wniosków, które doprowadziłyby go do stwierdzenia ognisk miażdżycy o umiarkowanym nasileniu i zwężeniu światła prawej tętnicy o 50 procent poprzez liczne blaszki miażdżycowe. Postępowanie sądowe nie doprowadziło jednak do przypisania oskarżonemu działania w zamiarze bezpośrednim ani w zamiarze ewentualnym. Jakkolwiek wydanie opinii było przedwcześnie i opisano w niej sekcjonowanie narządów, których *de facto* nie sekcjonowano, a całość czynności wykonanych przez biegłego oceniono krytycznie pod względem braku dbałości, skrupulatności i spełnienia wymaganych standardów, co niewątpliwie biegły mógł i powinien był przewidzieć gdyby ową staranność zachował podczas sekcji, to w rezultacie przyjęcie wniosku o umyślnym działaniu biegłego, między innymi na skutek działania w stanie niedbalstwa, staje się niemożliwe. Dla przypisania umyślności w tym przypadku konieczne jest, by przedstawiane przez biegłego obducenta fakty i okoliczności, które zawarł w przedłożonej opinii, były objęte jego świadomością. Jeżeli biegły zdawałby sobie sprawę, że składa opinię wbrew swojej najlepszej wiedzy i doświadczeniu, albo przynajmniej przewidywał

³⁰ Opinia uzupełniająca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, sporządzona na wniosek Sądu Rejonowego.

i godził by się na to, że może złożyć opinię nieadekwatną do faktów, okoliczności i swojego stanu wiedzy, wówczas można byłoby mówić o umyślności działania biegłego. W opisywanym przypadku zabrakło jednak ww. elementów, które charakteryzują stronę podmiotową przestępstwa przedłożenia fałszywej opinii. Nie zdołano wykazać w sposób pewny i nie budzący wątpliwości, że jakiegokolwiek zachowania biegłego, objęte aktem oskarżenia, choć bezsprzecznie wadliwe z punktu widzenia nauki medycyny sądowej, były objęte jego świadomością i wolą. Oskarżony dysponował wprawdzie informacjami niewystarczającymi do pewnego stwierdzenia uduszenia jako przyczyny śmierci sekcjonowanej kobiety, jednocześnie na skutek własnego niedbalstwa nie pozyskał innych informacji, które mogłyby ten fakt wyjaśnić, niemniej złożone przez niego wyjaśnienia, w połączeniu z ustalonymi przez sąd okolicznościami, nie dają podstaw do przyjęcia zamiaru bezpośredniego czy też ewentualnego w działaniu czy zaniechaniu biegłego obducenta. Tak więc przy braku pewności co do umyślności zachowań polegających na zaniechaniu sekcjonowania pewnych organów, poświadczeniu nieprawdy co do sekcjonowania organów, które w rzeczywistości sekcjonowane nie były, niepozyskania dodatkowych informacji, które mogłyby uzupełnić wiedzę obducenta, sąd orzekający nie mógł wydać innego rozstrzygnięcia niż wyrok uniewinniający oskarżonego.

9. Słuszność wprowadzenia przepisu penalizującego nieumyślne przedstawienie fałszywej opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia (art. 233 § 4a k.k.)

W świetle przytoczonego stanu faktycznego i jakby mogło się wydawać kontrowersyjnej sprawy biegłego, który na skutek swych nieumyślnych zaniedbań przyczynił się do zastosowania tymczasowego aresztowania wobec niewinnej jak się później okazało osoby, dostrzec można zasadność wprowadzenia przepisu penalizującego nieumyślne zachowania polegające na sporządzeniu fałszywej opinii. Niemniej przepis art. 233 § 4a spotkał się już z krytyką przedstawicieli doktryny prawa karnego i budzi wiele kontrowersji³¹. Uważa się, iż zachodzi zasadnicza sprzeczność między samym pojęciem fałszywości a brakiem umyślności działania. Trudności w praktyce może rodzić rozróżnienie między opinią błędną czy niejasną, bądź niepełną a fałszywą z winy nieumyślnej. Pojawiły się także obawy o możliwość wszczynania postępowań karnych wobec biegłych, których opinie nie odpowiadają oczekiwaniom organów prowadzących postępowanie. Jak już wcześniej wspomniano kryminalizacja lekkomyślności i niedbalstwa w procesie spo-

³¹ Tamże, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny...

rzządzania i przedkładania opinii, tłumaczeń i ekspertyz, wprowadzona wraz z § 4a, ma być odpowiedzią ustawodawcy na sporządzanie przez biegłych nierzetelnych opinii.

10. Rola prokuratora w sekcji i odpowiedzialność

Podsumowując rozważania na temat istoty przestępstwa przedłożenia fałszywej opinii, warto dodać, iż w przedmiotowej sprawie zarzut odpowiedzialności za przestępstwa z art. 233 § 4 k.k. i art. 271 § 1 k.k. został postawiony jedynie biegłemu, podczas gdy kluczową rolę w procesie oględzin i sekcji zwłok pełni prokurator. To przecież prokurator nadzoruje czynności sekcyjne, winien być on nie tylko biernym ale także aktywnym obserwatorem czynności sekcyjnych. W opisywanym przypadku prokurator, według wyjaśnień oskarżonego, nie brał udziału w sekcji zwłok, natomiast podpisał protokół z sekcji, poświadczając tym samym prawidłowość jej wykonania. Prokurator nie jest zwolniony z obowiązku uczestniczenia w czynnościach sekcyjnych, co więcej, przygotowanie prokuratorów do pełnienia ustawowych obowiązków obejmuje kształcenie z zakresu medycyny sądowej, także w zakresie oględzin i sekcji zwłok. Jak wynika z treści przepisu art. 209 § 2 k.p.k. „Oględzin zwłok dokonuje prokurator, a w postępowaniu sądowym sąd, z udziałem biegłego lekarza, w miarę możliwości z zakresu medycyny sądowej”. Przepis ten wskazuje, że to właśnie prokurator inicjuje czynności związane z oceną zwłok ludzkich po kątem ustalenia przyczyny śmierci. Z kolei § 4 stanowi, że „Otwarcia zwłok dokonuje biegły lekarz, w miarę możliwości z zakresu medycyny sądowej, w obecności prokuratora albo sądu”³². Wykładnia przepisu § 4 nakazuje przyjęcie wniosków o obowiązkowym, a nie fakultatywnym uczestnictwie prokuratora w sekcji zwłok, jeżeli podczas sekcji nie jest obecny sąd. Jak słusznie zauważył M. Mozgawa: „Przestrzeganie procesowych wymogów oględzin i otwarcia zwłok jest gwarancją dotarcia do prawdy obiektywnej i realizacji celów postępowania karnego”³³. A *contrario* do przytoczonego twierdzenia – nieprzestrzeganie wymogów, wprawdzie – jak już wspomniano, nieprecyzyjnie i niewyczerpująco określonych przez ustawodawcę – prowadzić może do sytuacji, jaka miała miejsce w opisywanym przypadku biegłego obducenta. Z całą pewnością obecność prokuratora podczas sekcji zwłok, jego aktywny udział i zaangażowanie w czynności sekcyjne, wykonywane przez biegłego obducenta pomogłyby uniknąć oczywistych błędów i pomyłek, takich jak wskazanie w protokole faktu sekcjono-

³² Ustawa z dnia 6 czerwca 1996 r. – Kodeks postępowania karnego, (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

³³ K. Witkowska, Procesowe, kryminalistyczne i sądowo-lekarskie aspekty oględzin zwłok, Prokuratura i Prawo 2012, nr 6, s. 153–175.

wania trzustki czy też wyrostka, którego zmarła nie posiadała od wielu lat. O odpowiedzialności prokuratora za prawidłowość przebiegu czynności procesu oględzin i sekcji zwłok świadczyć może również fakt, iż z sekcji sporządza się nie tylko opinię, ale także protokół, przy czym biegły obducent jest odpowiedzialny jedynie za opinię. Sporządzenie i zatwierdzenie protokołu należy do obowiązków prokuratora. W wypadku dokonania oględzin i otwarcia zwłok w obecności organu procesowego (prokuratora lub sądu), obligatoryjne jest – niezależnie od opinii biegłego – jednoczesne sporządzenie protokołu, który to protokół nie jest protokołem biegłego³⁴. Współodpowiedzialność prokuratora za prawidłowość i precyzyjność ustaleń poczynionych podczas oględzin i sekcji zwłok wydaje się więc być oczywista, co powinno stać się praktyczną wskazówką, jakich błędów unikać podczas wykonywania tego typu czynności w praktyce. Brak świadomości tej współodpowiedzialności może w swoich konsekwencjach spowodować równie dotkliwe skutki jak błędy medyczne związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych.

Criminal liability for an error in judgment – case study

Abstract

This paper describes the case involving an error of judgment, where the improperly performed autopsy and errors in the autopsy report led to the assumption of an erroneous and factually inaccurate version of the course of the event. Consequently, charges were laid under the Penal Code, Article 233, § 4 and Article 271 § 1, against the performer of the post-mortem procedure. This case study points to the shared responsibility of the prosecutor for accuracy and exactness of findings made during any post-mortem inspection and examination.

³⁴ Tamże.

GLOSY

Józef Gurgul

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2015 r., sygn. II AKa 97/15¹

Streszczenie

Sąd orzekł, że wypowiedzi osoby przesłuchiwanej mogą być streszczane w protokole oraz redagowane w sposób zrozumiały. Dosłowne ujęcie danej relacji mogłoby utrudniać jej zrozumienie. Zdaniem Sądu, protokół może też zawierać słowa i zwroty, których przesłuchiwany nie używał. Tę praktykę aprobuje orzecznictwo, przy czym przepisy procesowe nie określają techniki protokolowania. Glosator dyskutuje z tym stanowiskiem Sądu Apelacyjnego. Nie jest ścisły pogląd, jakoby przepisy pozostawiały wybór sposobu protokolowania do uznania przesłuchującego. Nieumiarkowane streszczanie oraz zastępowanie słownictwa przesłuchiwanego słownictwem prowadzącego konkretną czynność procesową może szkodzić prawdzie i wymiarowi sprawiedliwości.

„Przepisy procesowe nie normują techniki protokolowania. W orzecznictwie aprobuje się, że wypowiedzi osoby przesłuchiwanej są streszczane w protokole, co pozwala formułować tekst w sposób zrozumiały, z pominięciem wypowiedzi nieistotnych dla treści, które utrudniają jej zrozumienie, co mogłoby mieć miejsce przy zapisie dosłownym. Protokół ma utrzymywać treść wypowiedzi w sposób oddający istotę rzeczy, powinien stanowić wierne, ściśle odpowiadające rzeczywistej treści, odbicie wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w zakresie istotnym dla

¹ Wyrok opublikowany w Prokuraturze i Prawie 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 36.

danej sprawy. Protokół może więc zawierać słowa i zwroty, których przesłuchiwany nie używał. Przepis art. 148 § 2 k.p.k. wymaga zamieszczenia w protokole wyjaśnień, zeznań, oświadczeń i wniosków z możliwą dokładnością. Niewątpliwie trafne jest stanowisko, że protokół nie musi stanowić idealnego odzwierciedlenia wypowiedzi przesłuchiwanej, skoro ustawa wymaga umieszczenia w protokole m.in. wyjaśnień „z możliwą dokładnością” (art. 148 § 2), a zatem niedosłownie”.

Z punktu widzenia orzecznictwa i dogmatyki prawa Sądowi Apelacyjnemu w zasadzie nie można odmówić racji. Sęk jednakowoż w tym, że chyba każda sprawa karna, składa się z bez liku rzeczywistości, niechcących dostosować się do wyobrażeń prawników. Donośnie zatem upomina się o wrażliwość polifoniczną, która by uatrakcyjniała utarte ścieżki uzasadniania wydyktów. I domaga się poszukiwania w twórczej kulturze nowych inspiracji i sposobów doskonalenia sztuki protokolowania. Szczególnie trudnej, gdy chodzi w nim o utrwalenie kontekstualnych aspektów psychicznej i fizycznej indywidualności człowieka, zdarzeń oraz śladów, których wspólną „właściwością” jest nie powtarzać się nigdy w kształtach, odcieniach, pozach i układzie².

Nieco ubocznym, ale wymagającym skomentowania zagadnieniem jest kategoryczność twierdzenia Sądu, że przepisy procesowe nie normują techniki protokolowania. Otóż często nadużywane, wieloznaczne słowo „technika” warto zastępować komunikatywniejszymi nazwami: „metoda” albo swojsko brzmiącym – „sposób”, ma się rozumieć, wykonywania odpowiednich czynności³. Po wtóre, wyjaśnienia, zeznania, oświadczenia i wnioski „zamieszcza się w protokole z możliwą dokładnością” (art. 148 § 2 k.p.k.).

Ustawowe wyrażenie „z możliwą dokładnością” nakazuje więc tak wierne ujęcie danej relacji, jakie realnie da się urzeczywistnić przy dołożeniu należytej staranności. Mówiąc wprost protokół powinien odtwarzać (obrazować) to, co świadek zeznał, oskarżony wyjaśnił, a biegły zaopiniował, względnie oświadczył, nie tylko słowami, lecz także – z naciskiem podkreślam – melodią, barwą głosu, kontekstami, mimiką, ciszą, bezdechem, wyrazem oczu etc. W przeciwnym razie, tzn. gdyby niewerbalne komunikaty nie zawierały treści ważnych dla ferowania wyroku, zanikałby praktyczny aspekt utrzymywania zasad bezpośredniości, ustności, publiczności⁴.

² Cytuję za W. Szymborską, Chwila, wiersz „Chmury”, Wydawnictwo Znak, Kraków 2002, s. 10; zdanie to jest impulsem do napisania i motywem przewodnim głosy.

³ M. Arcta, Słownik wyrazów obcych, Wydawnictwo S. Arcta, Warszawa 1947, s. 363; Nowy słownik poprawnej polszczyzny, A. Markowski (red.), Wydawnictwo PWN, Warszawa 2002, s. 1036.

⁴ Więcej zob. J. Łoś, Krótka gramatyka historyczna języka polskiego. Nakład i własność K. S. Jakubowskiego Spółki z Ogr. Odp., Lwów 1927, s. 8; A. Berger, Przyznanie się, Gazeta Sądowa Warszawska 1931, nr 29; M. Cieślak, Podstawowe zagadnienia protokołów

Godzi się również nadmienić, że technikę (metodę, sposób) protokolowania znacząco dookreśla § 150 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Postanawia w szczególności, że w protokole należy „zamieszczać możliwie dokładnie charakterystyczne określenia lub zwroty użyte przez osobę przesłuchiwaną oraz wzmianki dotyczące szczególnego zachowania się tej osoby”⁵. Widać, że niebanalny to przepis.

Wielowątkowe oraz większej wagi znaki zapytania wywołuje jednak enigmatyczność przyzwolenia na: a) streszczanie wypowiedzi przesłuchiwanego, niechybnie skutkujące zastępowaniem autentycznych komunikatów *quasi* podróbkami, b) formułowanie tekstu w sposób zrozumiały; kwestia dla kogo zrozumiały?, c) pomijanie nieistotnych fragmentów wypowiedzi w celu uprzystępnienia jej; pytanie komu, bo kryteria jasności tekstu mogą być i bywają niejednakowe w przypadku przesłuchiwanego i prawnika oraz biegłego; poza tym przysłowiowego konia z rzędem temu, kto, mimo mroczności stanu faktycznego, zwłaszcza w początkowej fazie śledztwa, bezbłędnie orzeknie, który szczegół werbalny lub niewerbalny ma teraz lub w przyszłości będzie miał cechę istotności⁶, d) zapisywanie depozycji świadka (podejrzanego, biegłego) słowami i zwrotami przezeń nieużyтыми, a mimo to e) nakładanie na przesłuchującego obowiązku wiernego odbicia relacji przesłuchanego w zakresie istotnym dla sprawy. Widoczne są tu niekonsekwencje.

Powyższe, sprzeczne elementy konstrukcji tezy oznaczają obsadzanie przesłuchującego w roli *de facto* tłumacza osobniczego języka przesłuchiwanego na – być może – nieznanym mu żargonie urzędowym, korelującym z wyobrażeniami gospodarza procesu karnego. Nie brano też w rachubę obawy o to, że swoisty przekład, np. wyjaśnień, utrudni instancyjną kontrolę, a podejrzanemu (oskarżonemu) obronę, gdy nie ogarnie treści preparowanego protokołu.

w procesie cywilnym i karnym. Państwo i Prawo 1955, nr 10, s. 590 i *passim*; W. Chłopicki, J. S. Olbrycht, Wypowiedzi na piśmie jako objaw zaburzeń psychicznych, PZWL, Warszawa 1959, s. 7; I. Życiński, Język i metoda, Wydawnictwo Znak, Kraków 1983, s. 35, 40 i 41; J. Parandowski: Alchemia słowa. Czytelnik, Warszawa 1986, s. 126 i 128; J. Gurgul, Przesłuchanie a psychologia, Gazeta Prawnicza 1988, nr 23; S. Waltoś, Naczelne zasady procesu karnego, Wydawnictwo Prawnicze Sp. z o.o., Warszawa 1999, s. 5, 73 oraz 79 i *passim*.

⁵ Dz. U. z 2016 r., Nr 27, poz. 508; dla porządku trzeba by napomknąć o podobnym brzmieniu §§ 124 i 72 Regulaminów urzędowania z lat 2007 i 2014; jako swoistą ciekawostkę dorzucam, że według § 204 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 1929 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów apelacyjnych, okręgowych i grodzkich (Dz. U. RP nr 42. poz. 352) „Protokoły (...) należy pisać czytelnie, bez skrótów utrudniających zrozumienie treści).

⁶ Szerzej o tym J. Gurgul (między innymi): Proces kosztowny, przewlekły, poznawczo niewydolny, Prokuratura i Prawo 2016, nr 1, s. 5–32; tenże, O protokole i nadużywaniu jego nazwy, Problemy Kryminalistyki 2016, nr 291, s. 16–20.

Niepodatnym na uzdrowienie zagadnieniem, prawie 100 lat temu zajmował się znany kryminalistyk, Edmond Locard. I doszedł do dającego do myślenia wniosku, że przesłuchujący policjant niewątpliwie przetłumaczy „szczerze zeznania na język bezbarwny i stereotypowy” oraz „upiękniejszy opowiadanie szeregiem wyjaśniających określeń” etc. Sędzia lub aplikant zaś – pisał Francuz – „wyjaławia zdania zeznającego, tworząc z nich całość zbyt ścisłą i gładką”. W efekcie ma miejsce „podstawianie osobowości przesłuchującego zamiast przeżycia świadka. Nic nie pozostaje (...) ze sprzeczności, z obrazów, jakie znajdowały się w opowiadaniu zeznającego. Zeznanie spisane staje się trupem zmumifikowanym, z którego całkowicie znikło wszystko to, co w nim było żywotne i szczerze”⁷. *Sic!*

Poglądy Dyrektora Laboratorium Technicznego Policji, E. Locarda harmonizują z doświadczeniem zawodowym, ze znaną kazuistyką i spostrzeżeniami innych autorów. Przykładowo, katowicki sędzia E. Stodolak swoje rozważania kwitował jędrną konkluzją, że (cyt. ze skróconej notatki) w protokole utrwała się zeznanie przesłuchującego o zeznaniach przesłuchiwanego⁸ pozbawione oryginalnej kadencji wyrazów i zdań, stylu, składni, chwytów, przenośni, akcentu, słownikowej substancji.... Zresztą, już Platon ganił wady pisma jako środka komunikacji międzyludzkiej (por. A. Szczeklik).

Do stawania po stronie krytyków pisma skłania po pierwsze doświadczenie zawodowe, a po drugie, i to przede wszystkim, dorobek językoznawców, humanistów, ludzi pióra, tłumaczy, medyków itp. przekonujących, że nieusuwalne narzędzie pracy prawnika, czyli język i słowa, mają charakter osobniczy, smak, barwę, objętość i melodię. Ich treść ponadto wzbogacają rozliczne, nieuchwytnie elementy pozasłowne, jak np. milczenie, którego niepodobna „zacytować, (ani – przyp. autora) nie można go sfotografować”. A z oczywistych powodów przecież, język i słowa muszą być tak samo rozumiane przez ich nadawcę i odbiorcę, aby mogły spełniać rolę komunikatorów, ułatwiać społeczeństwu funkcjonowanie, a uczestnikom procesu dialogowanie. W redagowaniu protokołu zatem, choćby z tej racji, że powinien sprzyjać (np.) identyfikacji autora wypowiedzi i oceny jego stanu psychicz-

⁷ E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, w przekładzie sędziów R. Mersona i E. Wiśniewskiego, Księgarnia Powszechna, Warszawa, Łódź 1937, s. 43–44; chyba warto uwiarygodnić te rozważania takim oto przykładem sprawy „grodzkiej”, czyli o kradzież worka nasion koniczyzny we wsi R.G. przez miejscowego leśnika. Rzetelne zeznanie prostej wiejskiej kobiety jako głównego świadka oskarżenia odpowiednio „upiękaczył” st. sierż. MO Stanisław S. Przyparty do muru na sali rozpraw (na szczęście) przyznał, że protokół sporządził „tak, jak mu się wydawało, że powinno tak być”. Leśniczego uniewinniono.

⁸ E. Stodolak, *Technika protokolowania*, *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* 1948, nr 6; por. też tegoż, *Technika przesłuchania* 1948, nr 5; R. Herren, W. B. Bortz, *Das Vernehmungsprotokoll*, *Kriminalistik* 1976, nr 7; E. Kube, *Protokolierungsprobleme bei Vernehmungen durch Polizeibeamte*, *Archiv für Kriminologie* 1979, nr 5–6.

nego, trzeba by optymalnie respektować cechy autentyczności słownictwa będącego wytworem środowiska: rolnika i inteligenta, szewca i poety, sute-nera i recydywisty-grypsera⁹. Poszczególne subjęzyki owocują indywidualnymi reakcjami, odczuciami i przedstawieniami, które swoim niedopasowaniem do oczekiwań i do odpornej na nowe wyobraźni przesłuchującego usilnie kuszą go do usuwania tychże indywidualności przez formułowanie tekstu protokołu „w sposób zrozumiały”¹⁰.

Z tych i przez językoznawców podawanych przyczyn należy tonować rozmaite ciągoty do pomijania lub przerabiania na modłę gustów prawniczych „wypowiedzi (rzekomo? – przyp. autora) nieistotnych dla treści, które utrudniają jej zrozumienie (...) przy zapisie dosłownym”. Nawołujący do szanowania czułych stron języka J. Parandowski pisze, że „słowo jest wielką tajemnicą (...), czymś wymagającym ostrożności. Te same słowa (bowiem – przyp. autora) mogą się złożyć w modlitwę, w wyuzdaną piosenkę, w oszczerstwo i klótnię (...)”. Tak się dzieje w zależności od kontekstów sytuacyjnych, wyrazu twarzy, tzw. puszczenia oka, jako czynników mających kreacyjne zdolności¹¹. Słowa zapisane tracą swoją realność, kontury i ciężar słowa mówionego¹². W praktyce ponadto da się usłyszeć dowcipne, ale nic nieznaczące ni to kalambury, ni przekleństwa, jak słynne Wiecha powiedzonko „A żesz ty bramaputro”. Takich oryginałów nie powinno się tłumaczyć, tylko bez retuszu protokołować, aby nikogo nie narażać na skutki pomyłek.

⁹ Praktyk podziela punkt widzenia, że systematycznie i na różne sposoby trzeba doskonalić sztukę protokołowania; jednocześnie sam doświadczył, że absolutnie wzorcowego protokołu chyba nigdy nie potrafił sporządzić: z długiej perspektywy lepiej to widać.

¹⁰ Por. W. Taszycki, *Obrońcy języka polskiego, wiek XV–XVIII*. Zakład Imienia Ossolińskich, Wydawnictwo PAN, Wrocław 1953, s. 348–349; W. Chłopicki, S. Olbrycht, *Wypowiedzi na piśmie...*, *idem*, s. 7; A. Feluś, *Z zagadnień językoznawstwa kryminalistycznego*, Wyższa Szkoła Pedagogiki i Administracji im. Mieszka I w Poznaniu, Poznań 2011, *passim*: J. Ławski, *Miłosz: kroniki istnienia Sylwy*, Wydział Filologiczny Uniwersytetu w Białymstoku, Białystok 2014, s. 181 i in.: M. Herma, w *Polityce* 2014, nr 38; B. de Barbaro (red.), *Konteksty psychiatrii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego. Kraków 2014, s. 83, 86 i 220; J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Paradygmaty kryminalistyki*, Wydawnictwo UJ, Kraków 2016, s. 174; J. Sobolewska, *Niewidzialny jak tłumacz*, *Polityka* 2016, nr 28; J. Gurgul, *Zabójstwo czy naturalny zgon? Na tle sprawy Iwana Ślezki vel Zygmunta Bielaja*, Wyższa Szkoła Policji, Szczytno 1992, s. 74, 75 oraz 81–86.

¹¹ Z. Klemensiewicz, *Jak charakteryzować język osobniczy? W kręgu języka literackiego i artystycznego*, PWN, Warszawa 1961, s. 204 i *passim*; Z. Łempicki, *Studia z teorii literatury*, PWN, Warszawa 1966, s. 284, 286 oraz 301–306; R. Kapuściński, *Podróże z Herodotem*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2004, s. 175, 176 i 208.

¹² J. Parandowski, *Alchemia słowa...*, *idem*, s. 116, 119 i 126; zob. również K. Brandys, *Nierzeczywistość, „VERBA” Chotomów*, przedruk z paryskiego wydania 1978, s. 15, 116 i 117; E. Gruz, *Okazanie. Problematyka kryminalistyczna*, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 146, 147; V. Kwiatkowska-Daruł, *Przesłuchanie małoletniego świadka w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2007, s. 230–233.

Przykłady, że tak jest lub może być? Bezpruderyjnie przypomnijmy zadowolony w procesie karnym sposób protokolowania rozpanoszonego w naszej kulturze wyrażenia „k....”. Ogromnie pojemny kod tego zaklęcia zastępuje się w protokole dezinformującym zwrotem: „przesłuchiwany użył słowa powszechnie uznanego za «obelżywe» lub «nieprzyzwoite»”. Sęk wszelako w tym, że mowa mówiona i mowa pisana należą do całkiem innych światów. Ich (tzn. mów) sensy byłyby podobne lub nawet tożsame, gdyby obie odbijały ogół związanych z nimi konotacji, odcieni, kontekstów, które decydują przecież o wyniku odczytywania intencji i treści konkretnych haseł.

Mutatis mutandis, a *vista* brzydkie słowo „k...” w rzeczywistości raz wyraża np. pogardę, poniżenie, stygmatyzowanie zarzutem uprawiania prostytucji, a kiedy indziej – nieklamany zachwyt olśniewającą urodą, elegancją czy klasą kobiety nagle dostrzeżoną w ulicznym tłumie. Niejeden tym samym okrzykiem obwieszcza zaskakujące go piękno przyrody, krajobrazu, dzieła sztuki etc.

Inny przykład zawodowych doznań prokuratora. Świadek w zaawansowanym wieku dość natrętnie przeplatał zeznania skrętnie zaprotokołowanymi germanizmami, m.in. „Schuhfetzen” (onuce) i „Brotsack” (chlebak). Na rozprawie swoją relację usiłował deprecjonować. Próba się nie powiodła, ponieważ za wiarygodnością zeznań złożonych w śledztwie przemawiała ich spontaniczność i życiorys świadka, byłego żołnierza austriackiego, weterana I wojny światowej.

Dopuszczanie niemiarkowanych możliwości, a tym bardziej zachęcanie do skracania wypowiedzi, przekładania jej na język zrozumiały i dopełniania zwrotami przez przesłuchiwanego nieużytymi rodzi szereg wątpliwości związanych choćby z kryteriami danych wyborów. W tym zakresie sporo do myślenia dają publikacje językoznawcze, socjologiczne, eksperckie i inne, jak Słownik gwar polskich (1900–1911) i Słownik języka polskiego (1900–1927) L. A. Karłowicza. A. Kryńskiego i W. Niedźwiedzkiego. Na przykład to, że w konkretnych wsiach Podkarpacia i Podlasia te same, konkretne słowa nie zawsze znaczą to samo. Stąd korci, by ciągle przypominać potrzebę zachowania wstrzemięźliwości w przekładaniu zeznań (wyjaśnień) na sądowy metajęzyk.

Uzmysławia się również, że w codziennym obiegu w Polsce, obok języka literackiego i specjalistycznego (m.in. sądowo-lekarskiego), funkcjonują i są akceptowane liczne ich odnogi. Niestrudzony badacz i autor. prof. Kazimierz Nitsch (UJ) dowiódł, że język milionów Polaków – o językach mniejszości narodowych i etnicznych nawet nie wspominając – zasiedlających rozmaite obszary w żadnym razie nie może być jednolity. Z przeróżnych przyczyn ma niepowtarzalne właściwości, cieniowane lokalnymi zabarwieniami, co wyklucza istnienie dwóch osób identycznie mówiących. Mozaika językowa charakteryzuje także pisarzy. W ich dziełach wyławia się ślady dialektów, narzeczy

i gwar. będących emanacjami polskiej mowy. Przy wnikliwszym rozpatrzeniu pozornie analogiczne słowa wykazują choć dyskretne odmienności formalne i znaczeniowe. Więcej, niektóre składniki mowy, jak już przytaczane „A żesz ty bramaputro”, są nieprzekładalne¹³.

Ten tok myślenia jest osadzony w litym doświadczeniu zawodowym i przykładowo, w analizie charakterystycznego wyimka powieści W. Myśliwskiego. Twórca z autopsji znający mieszkańców sandomierskiej wsi rozprawia o subtelnościach kulturowych i swoistego filozofowania jednego z ziomków. Oto na kłopotliwe pytanie o nielegalnego posiadacza broni palnej, indagowany chytrze lawiruje: „A co nam, panie milicjancie, broń. Czy to człowiek wojskowy? Nawet by nie wiedział, jak się z tym obchodzić. Z pługiem, kosą, grabiami – tak, bo nas Pan Bóg przeznaczył. Nie do broni (...). Wroga już nie ma. Sami swoi wszędzie. A między swoimi, jak kto nawet na kogo zawzięty, to się naprzezywa, nazemści, naodgraża. Tam czasem kłonicą. Ale kłonica to nie broń”¹⁴.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że W. Myśliwski istnym majstersztykiem zobrazował sztukę ślizgania się przesłuchiwanego, który za punkt honoru uważa nieujawnienie czegokolwiek, co współziomkowi byłoby nie na rękę. Dlatego mamy tutaj tylko uniki, nieograniczające przestrzeni interpretacji. Przeczytawszy powyższy cytat, chyba każdy prokurator wyrzuci z siebie: przecież nieraz gdzieś to samo usłyszałem. *Deja vu!*

Z kolei w Sądzie Rejonowym w N. wystąpiły jeszcze inne trudności w protokołowaniu podstawowych zeznań w sprawie bójki z udziałem niemal wszystkich gości weselnych. I wzmacniały pogląd, że w miarę możliwości zachowując oryginalną szatę depozycji, można utrwalić więcej nieskażonej wiedzy o zdarzeniu. Prawdopodobnie jedyny nieuwikłany w zajście, rezolutny świadek, na rutynowe pytanie Sądu, wyrecytował, że (cyt. z zapiska) „najpierw był sum (czyli szum pomrukiwania, wzajemnych pretensji – przyp. autora), potem była harmanina (tj. wyższy etap wyzwisk, grózb – przyp. autora), a na ostatku kozdy proł tym, co mioł” (tzn. tym, co miał pod ręką). Związęłe, emocjonalne komunikaty przesłuchiwanego jasno odtwarzały dynamikę i stopniowanie bitewnego starcia, których znaczenie powiększały towarzyszące im bezsłowne przekazy. Sąd słuchem i wzrokiem mógł je bezpośrednio stwierdzać oraz w motywach wyroku powinien był uwzględnić.

W związku z omawianymi kwestiami równie interesująco przedstawia się relacja wdowy po Kazimierzu Z. zadżganym przez sąsiada Jana L. (oskar-

¹³ J. Łoś, Krótka gramatyka historyczna, *idem*, s. 8; W. Taszycki, Obrońcy języka..., *idem*, s. 38 i 349 i in.; D. Ploetz, Gabriel Garcia Marquez, Wydawnictwo Dolnośląskie, Wrocław 1997, s. 6; T. Dostatni, Złota 9, Wydawca: Warsztaty Kultury w Lublinie, Lublin 2015, s. 15, 41, 50.

¹⁴ W. Myśliwski, Kamień na kamieniu, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1984, s. 96 i 97.

żonego i skazanego z art. 158 § 3 Kodeksu karnego z roku 1969). Szlochającą kobietę prokurator zapewniał, że maksymalnie przyspieszy zbieranie dowodów i wniesienie aktu oskarżenia, by w Sądzie jak najprędzej mogła dochodzić swoich krzywd. Na co pokrzywdzona machnęła ręką i rzekła: „panie prokuratorze, nie o to chodzi, tylko o to, że niedorajda ani razu nie drasnął (nożem – przyp. autora) tego K... Chcemy, żeby wnet wrócił z więzienia, a wtedy wszystko sami z nim załatwimy”. Pragnienie rychłego przywrócenia rodzinie specyficznemu rozumianemu honoru było dlań zagadnieniem nadrzędnym. Gdyby ta żywiołowa riposta została jakkolwiek przeredagowana, doszłoby do uszczuplenia wiedzy o pojmowaniu w danej społeczności uczucia krzywdy tudzież sensu winy, kary i sprawiedliwości.

Protokołując, ciągle zatem trzeba baczyć na praktyczne aspekty zapatrywań K. Nitscha i innych, że w zbiorze znaków językowych niektóre z nich, z powodu określonych kontekstów, pełnią zupełnie inną rolę niż normalnie im przypisywana. W kulturze więziennej, na przykład, używa się słów „pestka” lub „pigulka” niemających związku z owocami. Faktycznie znaczą kula, nabój do broni palnej. „Szperacz” zaś to wytrych itd. Pijący z jednego krążącego kieliszka górale ponoć przepijają do siebie nawzajem gromkim, dyscyplinującym wezwaniem „widze wo!” Na takie *dictum* pisał J. Tuwim – nie odmówi wypicia¹⁵. Dlatego podczas biesiadowania wszystko zdarzyć się może.

Teza Sądu Apelacyjnego i argumentacja glosy łącznie motywują do uwyraźnienia kilku, wprowadzie oklepanych, rzeczy w celu pamiętania o nich w codziennej praktyce. Po to, aby przesłuchujący i przesłuchiwni mogli „być mądrzy przed szkodą”. Otóż przed podpisaniem protokołu należy go uważnie przeczytać, poznać i – co najważniejsze – zrozumieć. We własnym i wymiaru sprawiedliwości interesie przesłuchany powinien się zorientować, co konkretnie z jego wypowiedzi zaprotokołowano. Jak i jakie kryterium istotności zastosował organ procesowy w selekcjonowaniu informacji? Pytanie dotyczy sposobu dokumentowania również komunikatów bezsłownych, dowodowo wartościowych. Na przykład, informacji zakodowanej w pukaniu w czoło. Wszak wtedy, kiedy twarz jest naznaczona złością, a usta zaciśnięte, może ono demonstrować wrogość, szukanie zaczepki, wyzwanie do

¹⁵ Zob. m.in. K. Nitsch, O języku polskim, (I. Gebethner i Sp., Kraków 1921, s. 7 i *passim*; tegoż, Świat mowy polskiej (oprac. K. Urbańczyk), Wydawnictwo Naukowe PAN, Warszawa 1994, s. 38 i 43; Słownik gwar polskich opracowany przez Zakład Dialektologii Instytutu języka Polskiego PAN w Krakowie pod kierunkiem M. Karasia, tom L, Wydawnictwo PAN, Kraków 1979, s. X, XV i *passim*; J. Tuwim, Polski słownik pijacki, Wydawca Prószyński i S-ka SA, Warszawa 2008, s. 272; J. Brodski, Pochwała nudy, Wydawnictwo Znak, Kraków 1996, s. 246; I. Twardowski, Pewność niepewności, Wydawnictwo Archidiecezji Warszawskiej, Warszawa 1998, s. 197; H. Michalski, J. Morawski, Słownik gwary więziennej, Ośrodek Badań Przestępczości Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1971, *passim*.

awantury. I przeciwnie, ta sama czynność uskuteczniiana z obliczem uśmiechniętym, pogodnym może być przejawem przyjaźni do drugiego.

Rekapitułując, pewne, warte zakorzenienia w świadomości praktyków i uwzględniania w redagowaniu protokołu wywody są pokłosiem faktu, że każdy człowiek ma naturalne prawo do posiadania odmiennego poglądu na ważność tej samej informacji¹⁶, o której (tzn. ważności) rozstrzygają też tkwiące w niej aluzje, metafory, symbole oraz konotacje kulturowe, historyczne, krajobrazowe, geograficzne. Odczytując protokół, należy ponadto mieć na oku to, że moc zmiennych niejednorodnych sprawia, iż jakiś zapis, choć nie jest w pełni prawdziwy lub istotny, w rzeczywistości zawiera elementy i prawdy, i istotności¹⁷, wobec czego zasługuje na udokumentowanie.

Po drugie, z uwagi na spopularyzowaną już tezę, że istnieje tyle języków, ile na świecie żyje ludzi, niepodobna tracić z pola uwagi istnienia dokładnie tyluż szans na opaczne zrozumienie słów i/lub czynów innego, stanowiących zaczyn nawet ostrych nieporozumień¹⁸. Na wskroś praktyczne aspekty mają wnioski snute z metaforycznych charakterystyk wad z jednej strony, a z drugiej – z mocy danych słów. Chociażby z przerośnię, że słowa zasłaniają prawdę¹⁹, albo że wszystkie ograniczają widzenie do połowy²⁰. Jeszcze innym zdaniem, którego znaczenia trudno przecenić, fakty stają się takimi, jakimi się je opisze. Tak więc język (słownictwo) tworzy, względnie rekonstruuje rzeczywistość, wobec czego rzecz, ślad, zjawisko, osoba nienazwana po prostu nie istnieją. Nie wolno wreszcie *per non est* traktować zapatrywania, że wobec braku odpowiednich słów tylko częściowo lub wcale nieprzekładalne są w zeznaniach kolory, cisza, pauzy, okropności morderstwa. Równocześnie, przez wybór takiego a nie innego określenia (nazwy) można uskuteczniać podnoszenie bądź zaniżanie znaczenia identyfikowanego obiektu. Następnie, przez połączenie dwóch cech tegoż obiektu jednej z nich subiektywnie można przypisać pierwszeństwo i tym prawie nieuchwytnym sposobem manipulować dowodami²¹.

¹⁶ J. Życiński, *Język i metoda...*, *idem*, s. 41; S. Ossowski, *O osobliwościach nauk społecznych*, PWN, Warszawa 1983, s. 201–206; J. Żakowski (red.), *anty.TINA*, Wydawnictwo Sic!, Warszawa 2005, s. 17 i 294; J. Ławski, *Miłosz: kroniki...*, *idem*, s. 181.

¹⁷ K. Jaegermann, *Intelektualna biegłość lekarza*. Przegląd Lekarski 1984, nr 10, s. 586; tegoż, *Historia naturalna i aktualne trendy rozwoju medycyny sądowej*, AMSiK 1985, tom XXXV, nr 2, 111 i 112; R. H. Popkin, A. Stroll, *Filozofia*, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 1994, s. 27, 499 i *passim*.

¹⁸ K. Nitsch, dzieła cytowane, tamże: B. de Barbaro (red.), *Konteksty psychiatrii...*, *idem*, s. 193.

¹⁹ J. Hen, *Pingpongista*, Wydawnictwo W.A.B., Warszawa 2008, s. 27.

²⁰ J. Twardowski, *Pewność niepewności...*, *idem*, s. 197.

²¹ P. Auster, J. M. Coetzee, *Tu i teraz*, Wydawnictwo Żnak, Kraków 2014, s. 67 i 80; G. Łokol, wywiad w *Gazecie Wyborczej* 2014, nr 195; D. Ugresić, *Kultura kłamstwa*, Wydawnictwo Czarne, Wołowiec 2006, s. 363; R. de Barbaro, wypowiedź w *W O* z dnia 7 maja 2016 r.

Z tych wszystkich racji nie dziwi wniosek, że język to władza! Bo nazwać coś znaczy usankcjonować i nadać temu czemuś stosowne znaczenie i miejsce w hierarchii²². Przykładowo, konkretnemu dowodowi osobowemu lub rzeczowemu w całokształcie ustaleń faktycznych.

Dlatego powstała niniejsza glosa, uzasadniająca, że czynności przesłuchania i protokolowania powinny być rozważne, nieszablonowe, realizowane podług elastycznego algorytmu, *ad hoc* indywidualizowanego.

Commentary to the judgment issued by the Appellate Court in Cracow on 24 September 2015, file no. II Aka 97/15

Abstract

The Court held that statements made by an interviewed person may be summarized or edited in an interview report in such a way as to make them understandable and remove ambiguity and vagueness. Moreover, the Court allowed for a report containing words or expressions that were actually not used by the interviewed person. The Court further found that this approach is reflected in case law, but procedural regulations do not specify a recording technique. This commentary argues with the Appellate Court's view that the regulations leave the choice of the recording method to an interviewer. Any excessive summarization, or any use of the vocabulary of a person conducting any specific action pertaining to a particular case instead of the vocabulary of an interviewed person, are seen as capable of adversely affecting truth and justice.

²² B. de Barbaro (red.), Konteksty psychiatrii..., *idem*, s. 220.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. V KK 103/16¹

Streszczenie

Glosa ma charakter krytyczny. W glosowanym wyroku Sąd Najwyższy uznał, że w wyroku łącznym, łączącym jednostkowe kary pozbawienia wolności, które uprawomocniły się do dnia 30 czerwca 2015 r., konieczne jest stosowanie art. 89 § 1b k.k., który to przepis wszedł w życie od 1 lipca 2015 r. W ocenie glosatora takie stanowisko nie znajduje oparcia w przepisach art. 19 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. Przedstawienie odmiennego stanowiska było konieczne, albowiem kwestia ta jest niezmiernie istotna w praktyce sądów, a glosowany wyrok jest pierwszym orzeczeniem SN, w którym dopuszczono zastosowanie art. 89 § 1b k.k. w takim układzie procesowym.

Rozmiar kary łącznej pozbawienia wolności o charakterze bezwzględnym w wyroku łącznym wydanym po 1 lipca 2015 r., obejmującym co najmniej jedną karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczoną przed tą datą, powinien być – w myśl art. 19 ust. 2 ustawy nowelizacyjnej z dnia 20 lutego 2015 r. – kształtowany według reguły redukcyjnej określonej w art. 89 § 1b k.k.

I. Teza zawarta w wyroku, jak i argumentacja na jej poparcie nie zasługują na akceptację. Na wstępie trzeba przypomnieć, że Sąd Najwyższy rozstrzygał kasację obrońcy skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w P., który orzekając w dniu 13 sierpnia 2015 r. utrzymał w mocy wydany w dniu 5 maja 2015 r. przez Sąd Rejonowy w L. wyrok łączny. Rozstrzygając o karze łącznej sąd pierwszej instancji uznał, że zbieg przestępstw, dający podstawę do orzeczenia kary łącznej, tworzą trzy prawomocne skazania na kary pozbawienia wolności w wymiarze, odpowiednio: rok i 5 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 5 lat (skazanie SR w L. z dnia 28 sierpnia 2014 r. – czyn miał miejsce w dniu 10 marca 2013 r. – uwaga autora), 4 miesiące pozbawienia wolności (SR P. – S.M. i W. w P. z dnia 27 października 2014 r. – czyn 26 czerwca 2014 r.) oraz

¹ <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/v%20kk%20103-16.pdf>.

rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności (SR w L. z dnia 29 stycznia 2015 r. – czyn z dnia 20 stycznia 2014 r.). Jako karę łączną sąd ten orzekł rok i 10 miesięcy pozbawienia wolności, a sąd odwoławczy rozstrzygnięcie to utrzymał w mocy wyrokiem wydanym po wejściu w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw². Ustawa ta wprowadziła w rozdziale IX Kodeksu karnego nie tylko odmienny model kształtowania zbiegu przestępstw, który daje podstawę do orzeczenia kary łącznej (art. 85 k.k.), ale także – co w realiach sprawy rozpoznawanej w kasacji jest istotne – dodała nowy przepis art. 89 § 1b k.k. Przepis ten określa inny sposób kształtowania kary łącznej pozbawienia wolności orzekanej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w układzie, gdy co najmniej jedną z kar podlegających łączeniu była kara pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono. Przepis ten ma zastosowanie tylko przy orzekaniu w trybie wyroku łącznego oraz będzie odnosił się do kar opisanych w art. 89 § 1 i §1a k.k., przy czym trzeba mieć na uwadze, że możliwość orzeczenia kary bezwzględnego pozbawienia wolności jako kary łącznej obejmującej także karę pozbawienia z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest warunkowana prawidłowym zastosowaniem art. 4 § 1 k.k.³ Regulacja zawarta w przepisie art. 89 § 1b k.k. skutkuje tym, że w procesie określenia kary łącznej (bezwzględnej) pozbawienia wolności jeden miesiąc kary warunkowo zawieszony traktuje się jako równy 15 dniom kary pozbawienia wolności bez jej warunkowego zawieszenia. Gdyby zatem przepis ten zastosować⁴ do tych skazań, które stanowiły podstawę do określenia kary łącznej w wyroku Sądu Rejonowego w L. z dnia 5 maja 2015 r., to zakres możliwej do orzeczenia kary pozbawienia wolności kształtowałby się na poziomie maksymalnym – rok i 7 miesięcy (odpowiednio: 6 miesięcy, 4 miesiące i 9 miesięcy), a tymczasem w wyroku orzeczono karę łączną w wymiarze roku i 10 miesięcy. W kasacji obrońcy skazanego na tym właśnie oparto zarzut obrazy art. 86 k.k. w zw. z art. 89 §1b k.k. i w zw. z art. 4 § 2 k.k. i – jak wynika z treści wyroku – tak określony zarzut okazał się skuteczny. Zarzutu takiego obrońca nie mógł podnieść w apelacji.

II. Ustawa lutowa wprowadzająca tak istotne zmiany w obszarze orzekania o karze łącznej zawiera dwa przepisy przejściowe (intertemporalne) dotyczące tego obszaru regulacji. Z założenia, oba te przepisy mają wskazać sposoby rozwiązania problemów intertemporalnych pojawiających się

² Dz. U. z 2015 r., poz. 396 – dalej jako nowela lutowa, bądź ustawa lutowa.

³ Wyroki SN: z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. II KK 108/11, LEX nr 847137; z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. IV KK 186/11, LEX nr 897770; z dnia 16 listopada 2011 r., sygn. III KK 297/11, LEX nr 1055031.

⁴ Oczywiście, możliwe to było tylko na etapie postępowania odwoławczego.

w związku z wejściem w życie nowych regulacji co do kary łącznej⁵. Oba przepisy wymagają omówienia, zanim zostanie wskazana przyczyna krytyki wyrażonego przez Sąd Najwyższy poglądu. W pierwszym z nich, tj. w art. 19 ust. 1 ustawy lutowej ujęto, że przepisów rozdziału IX Kodeksu karnego w brzmieniu nadanym tą właśnie ustawą (z dnia 20 lutego 2015 r.) nie stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie tej noweli, chyba że zachodzi potrzeba orzeczenia kary łącznej w związku z prawomocnym skazaniem po dniu wejścia jej w życie. Stylizacja tego przepisu nie budzi wątpliwości, że dotyczy on orzekania tylko w trybie wyroku łącznego. Nadto, jasne jest, że o ile dotyczy wyłącznie zbiegu kar jednostkowych orzeczonych prawomocnie do dnia 30 czerwca 2015 r., to zawiera on unormowanie, które wyłącza możliwość stosowania art. 4 § 1 k.k. w tej części, a zatem rozstrzyga problem intertemporalny według zasady stosowania prawa dawnego⁶. Reguła dalszego działania prawa dawnego oznacza wkroczenie dawnych przepisów w regulację pewnych faktów zachodzących już pod rządami nowych przepisów merytorycznych⁷. Te fakty zachodzące pod rządami nowego prawa to konieczność orzeczenia kary łącznej już po dniu 1 lipca 2015 r. według „starego” prawa. Ustalenie zasady stosowania prawa dawnego jest w pełni zrozumiałe. Ustawodawca uznał, że proces kształtowania kary łącznej w wyroku łącznym w odniesieniu do skazań jednostkowych, które uprawomocniły się przed zmianą prawa, winien być oparty na tym samym stanie prawnym i określił go jako ten, który obowiązywał do dnia 30 czerwca 2015 r. Oczywiście, tak wskazany stan prawny dotyczy fazy orzekania w tym przedmiocie. Pamiętać bowiem należy, że w trybie orzekania o karze łącznej stosowanie art. 4 § 1 k.k. polega na porównaniu stanu prawnego w dacie czynów objętych tym postępowaniem oraz stanem prawnym w dacie orzekania⁸. Przepis art. 19 ust. 1 ustawy lutowej określa zatem, jaki stan prawny – w jednym z okresów wymienionych w art. 4 § 1 k.k. (data orzekania oraz data popełnienia czynu) – musi zostać przyjęty jako stan z daty orzekania, pomimo, iż orzekanie w trybie wyroku łącznego będzie miało miejsce już pod rządami innych przepisów. Tym samym wszyscy skazani, wobec których orzeczono prawomocnie kary jednostkowe przed 1 lipca

⁵ T. Pietrzykowski, *Podstawy prawa intertemporalnego. Zmiana przepisów a problemy stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 36.

⁶ J. Majewski, *Komentarz do zmian 2015*, LEX 2015, teza 2–3 do art. 19; W. Wróbel, *Aktualne problemy intertemporalne okresu przejściowego po wejściu w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, CzePKiNP 2015, nr 3, s. 6; wyrok SN z dnia 9 marca 2016 r., sygn. V KK 452/15, LEX nr 2007810; postanowienie SA w Katowicach z dnia 29 lipca 2015 r., sygn. II AKz 410/15, LEX nr 1809506.

⁷ T. Pietrzykowski, *Podstawy...*, s. 54 i nast.

⁸ Uchwała SN (7 sędziów) z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. I KZP 13/13, LEX nr 1394021; wyrok SN z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. II KK 84/12, LEX nr 1316081; wyrok SN z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. IV KK 238/11, LEX nr 1163357.

2015 r., będą w tej samej sytuacji prawnej w zakresie „przepisów prawa materialnego w czasie orzekania”, niezależnie od tego, kiedy – przed 1 lipca czy po tej dacie – wszczęto postępowanie (z urzędu czy na wniosek) w przedmiocie wyroku łącznego. Norma zawarta w tym przepisie skutkuje zrównaniem sytuacji prawnej skazanych, a kryterium jej stosowania jest data uprawomocnienia się jednostkowych skazań. Jest to racjonalne rozwiązanie: wszyscy skazani prawomocnymi karami jednostkowymi będą mieli karę łączną określaną według stanu dawnego, tj. obowiązującego do dnia 30 czerwca 2015 r. W tym zakresie nie może zatem dziwić, że tak konstruując zasadę prawa intertemporalnego wyłączono przepis art. 4 § 1 k.k.

III. Przepis art. 19 ust. 1 noweli lutowej jest adresowany do sądu pierwszej i drugiej instancji. Sąd I instancji przepis ten będzie stosował wydając wyrok łączny po dniu 1 lipca 2015 r., niezależnie od tego, czy postępowanie wszczęto przed dniem 1 lipca 2015 r., czy po tej dacie. Sąd odwoławczy normę art. 19 ust. 1 ustawy lutowej będzie uwzględniał orzekając już po dniu 30 czerwca 2015 r. W układzie skazań objętych wyrokiem łącznym wydanym przez Sąd Rejonowy w L. przepis art. 19 ust. 1 ustawy lutowej miał więc zastosowanie tylko do Sądu Okręgowego w P., który orzekał w dniu 13 sierpnia 2015 r. Sąd ten nie mógł więc stosować przepisu art. 89 § 1b k.k. i nie zastosował go. Zabraniał mu tego wprost przepis art. 19 ust. 1 ustawy lutowej. Nie mógł zatem dopuścić się rażącej obrazę art. 89 § 1b k.k., jak też art. 4 § 2 k.k. Podsumowując: z przepisu art. 19 ust. 1 ustawy lutowej wynika, że nieprawomocnie wymierzona kara łączna, łącząca prawomocnie orzeczone przed dniem 1 lipca 2015 r. kary jednostkowe, może być oparta tylko na jednym stanie prawnym – tym obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. Prawo nowe może być – co do zasady – stosowane do takiego zbiegu tylko wtedy, gdy po dniu 30 czerwca 2015 r. uprawomocni się nowe skazanie za czyn, spełnione zostaną warunki do wydania wyroku łącznego, a ocena dokonana w tej fazie (niejako w „drugim kroku”) w ramach art. 4 § 1 k.k. pozwoli na ustalenie, iż to właśnie nowe uregulowanie jest względniejsze dla skazanego⁹. Rezultatem takiej oceny może być tylko jedna kara łączna budowana według jednego schematu, tj. albo stanu prawnego poprzedniego albo nowego.

⁹ Co do tego, że końcowa część tego przepisu nie obliguje do stosowania prawa nowego, a jego wybór musi być poprzedzony rozważaniami w zakresie art. 4 § 1 k.k. – J. Ma je w s k i, Komentarz..., teza 2–3 do art. 19. W. W r ó b e l, Aktualne..., s. 6; w orzecznictwie postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2016 r., sygn. II AKz 124/16, LEX nr 2080913; odmiennie: M. Sławiński, Intertemporalne zagadnienia nowelizacji przepisów o karze łącznej. Wybrane problemy w kontekście art. 19 ustawy nowelizującej z dnia 20 lutego 2015 r., *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 147–148; w orzecznictwie: wyrok SA w Białymstoku z dnia 12 kwietnia 2016 r., sygn. II AKa 25/16, LEX nr 2039694; postanowienie SA w Katowicach z dnia 29 lipca 2015 r., sygn. II AKz 410/15, LEX nr 1809506.

Z uzasadnienia glosowanego wyroku wynika, że Sąd Najwyższy uznał, iż w sprawie tej przepis art. 19 ust. 1 ustawy lutowej nie mógł stanowić podstawy do zastosowania mechanizmu redukcji kary. Przyznał rację argumentacji zawartej w odpowiedzi na kasację, którą sporządził prokurator, wskazując, że przepis art. 19 ust. 1 ustawy nie mógł się stać podstawą prawną do „pomniejszenia” rezultatu sumowania kar jednostkowych, a to dlatego, iż wszystkie kary jednostkowe były prawomocnie orzeczone przed dniem 1 lipca 2015 r. Wobec tego – zdaniem Sądu Najwyższego – z mocy tego unormowania przejściowego nie można było stosować przepisu art. 4 § 1 k.k., a zatem podstawą do orzeczenia kary łącznej były unormowania obowiązujące do dnia 30 czerwca 2015 r.; w tych zaś przepisu art. 89 § 1b k.k. nie było. Wyprzedzając niejako dalsze rozważania, podnieść trzeba, iż na tym stwierdzeniu należało poprzestać i kasację oddalić.

Dalsze rozważania SN przeniósł na grunt przepisu art. 19 ust. 2 noweli lutowej, który nie był wskazany w kasacji jako naruszony (art. 536 k.p.k.). Pomijając tę kwestię jako nieistotną w kontekście wyrażonej tezy wyroku, stwierdzić trzeba, że przepis ten zawiera mechanizm redukcji kary łącznej orzeczonej prawomocnie przed dniem 1 lipca 2015 r. Trzeba go przytoczyć *in extenso*: „Jeżeli prawomocnie orzeczona przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy kara łączna jest wyższa niż górna granica wymiaru kary łącznej określona w ustawie, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, wymierzona karę łączną obniża się do górnej granicy wymiaru kary łącznej określonej w ustawie, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”.

Już ze stylistyki widać, że ten przepis intertemporalny ma zupełnie inny zakres normowania. O ile w ust. 1 art. 19 noweli lutowej zakresem regulacji objęto jednostkowe kary mające status prawomocnych przed dniem 1 lipca 2015 r., o tyle w tym przepisie (art. 19 ust. 2) określono mechanizm redukcji kary łącznej, która uzyskała status prawomocności do dnia 30 czerwca 2015 r. Nie znajdując zatem podstawy do zastosowania normy zawartej w art. 89 § 1b k.k. w przepisie art. 19 ust. 1 noweli lutowej, Sąd Najwyższy uznał, że taką podstawą jest wnioskowanie *a fortiori* w formule określonej zwrotem *a minori ad maius*, zastosowane wobec unormowania art. 19 ust. 2 ustawy lutowej. Schemat tego rozumowania został oparty na założeniu, że jeżeli „przeliczenie”, o którym mowa w art. 89 § 1b k.k., odnosi się do prawomocnych wyroków łącznych zapadłych przed dniem 1 lipca 2015 r., to tym bardziej rozwiązanie to należy stosować przy wydawaniu wyroków łącznych po tej dacie¹⁰. Zastosowanie tego wnioskowania jest konieczne, w ocenie Sądu Najwyższego, aby nie doszło do nierównego traktowania skazanych w zależności od daty procedowania w przedmiocie wyroku łącznego. W istocie,

¹⁰ Uzasadnienie – s. 3 *in fine* oraz s. 4.

co wynika z tzw. tezy, stosując ten rodzaj wnioskowania prawniczego Sąd Najwyższy chciał osiągnąć cel w postaci zrównania sytuacji skazanych w zakresie skorzystania z przepisu art. 89 § 1b k.k., co do których orzeczono kary łączne w trybie wyroku łącznego w oparciu o dotychczasowe brzmienie przepisów (do dnia 30 czerwca 2015 r.), niezależnie od daty jego uprawnomocnienia. Zabieg taki, w mojej ocenie, nie może zasługiwać na aprobatę z kilku powodów.

Po pierwsze przypomnieć należy, że ten rodzaj wnioskowania prawniczego odwołuje się do argumentów aksjologicznych i wymaga jednorodności przesłanek takiego rozumowania¹¹. Rozumowanie to musi zatem przestrzegać „przedmiotowego” zakresu regulacji danego przepisu. Przedmiotem regulacji w art. 19 ust. 2 ustawy lutowej jest redukcja kary łącznej. Rezultaty wnioskowania muszą zatem odnosić się do kary łącznej, a nie do określenia, jakie przepisy prawa obowiązują przy orzekaniu w trybie wyroku łącznego. Ten problem intertemporalny rozwiązany już został w art. 19 ust. 1 ustawy lutowej i nie można pomijać tej okoliczności. Tymczasem Sąd Najwyższy w oparciu o rezultaty tego wnioskowania uznał, że w procesie orzekania w trybie wyroku łącznego w układzie, w którym do zbiegu kar należy kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (prawomocna przed 1 lipca 2015 r.), ma zastosowanie art. 89 § 1b k.k. Takiego wniosku nie można było wyprowadzić z treści art. 19 ust. 2 ustawy lutowej.

Po drugie istotne jest, że ten typ rozumowania *a fortiori* jest oparty na przepisie zakazującym, a wnioskowanie oparte jest na schemacie: „jeżeli jest zakazane mniej, to tym bardziej jest zakazane więcej”¹². Przepis art. 19 ust. 2 noweli lutowej nie ma takiego charakteru. Jest w nim przecież uregulowany, kierowany do sądu, nakaz obniżenia (redukcji) prawomocnie orzeczonej przed dniem 1 lipca 2015 r. kary łącznej w określonej sytuacji, tj. wtedy, gdy według uregulowań nowej ustawy górna granica kary łącznej byłaby niższa niż ta, którą orzeczono prawomocnie na podstawie dotychczasowych przepisów. Warunek redukcji, czyli granica kary łącznej w nowej ustawie, jest okolicznością niezmienną (*constans*) w obszarze tego wnioskowania. Co istotne, przepis ten nie różnicuje w żaden sposób sytuacji osób, które są skazane prawomocnymi karami łącznymi. Jeśli taka kara łączna (orzeczona w trybie wyroku łącznego lub orzeczona w procesie za zbieg przestępstw) prawomocną stała się przed 1 lipca 2015 r., to przecież przesłanka redukcji jest tożsama.

Zważywszy zatem na charakter tego przepisu, ten rodzaj wnioskowania nie jest właściwy. W zakresie przepisów prawa, które dają określone uprawnienia (prawa) lub zawierają nakazy, właściwe jest przecież rozumowanie

¹¹ Wyrok TK z dnia 12 maja 2003 r., sygn. SK38/02, OTK-A 2003, nr 5, poz. 38.

¹² L. Leszczyński, Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, s. 247; L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 220–221.

a maiori ad minus. Jak wskazano powyżej, art. 19 ust. 2 noweli lutowej jest przepisem przejściowym. Norma w nim zawarta winna pozwolić na usunięcie problemu intertemporalnego związanego z wejściem w życie nowego prawa, dotyczącego sytuacji prawnej istniejącej przed wejściem w życie nowego prawa. Przepis art. 19 ust. 2 ustawy lutowej tę sytuację prawną, która winna zostać prawidłowo rozstrzygnięta przy pomocy normy w nim zawartej, określa jako „prawomocnie orzeczone karę łączną”. Powtórzyć należy, że przepis ten określa, kiedy może dojść do redukcji kary łącznej orzeczonej przed wejściem w życie nowego prawa, a nie to, jak należy – według jakiego stanu prawnego – orzekać karę łączną po wejściu tego prawa w życie¹³. To są inne, rozbieżne pola regulacji. Zatem stwierdzenie zaprezentowane w uzasadnieniu głosowanego wyroku: „...jeżeli «przeliczenie», o którym mowa w art. 89 § 1b k.k., odnosi się do prawomocnych wyroków łącznych zapadłych przed 1 lipca 2015 r., to tym bardziej rozwiązanie to należy stosować przy wydawaniu wyroków łącznych po tej dacie” nie jest prawidłowym rezultatem tego rodzaju rozumowania. W największym skrócie, Sąd Najwyższy w tym wyroku mechanizm redukcji kary zawarty w art. 19 ust. 2 ustawy lutowej przeniósł z obszaru „porównania” już istniejących kar łącznych na obszar orzekania o karze łącznej po dniu 1 lipca 2015 r. Ten obszar został już jednak uregulowany w art. 19 ust. 1 ustawy lutowej.

IV. Prawidłowe zastosowanie rozumowania *a maiore ad minus* na tle regulacji przepisu art. 19 ust. 2 mogłoby przebiegać według następującego schematu: „jeżeli podlega redukcji prawomocnie orzeczone karę łączną przed dniem wejścia w życie ustawy, to tym bardziej takiej redukcji podlega karę łączną, którą orzeczono nieprawomocnie”. Taki rezultat tego wnioskowania mógłby mieć uzasadnienie w tym, że w takiej samej sytuacji prawnej (prawo do redukcji kary) winni być skazani, co do których orzeczono prawomocnie karę łączną na podstawie tych samych, tj. dawnych – obowiązujących do dnia 30 czerwca 2015 r. – przepisów, niezależnie od tego, kiedy doszło do uprawomocnienia się takiego orzeczenia, tj. przed, czy po 1 lipca 2015 r. Zaakceptowanie takiego założenia aksjologicznego nie może prowadzić jednak do ewidentnej sprzeczności z prawem¹⁴. Po pierwsze, redukcja kary łącznej orzeczonej nieprawomocnie nie jest możliwa. W zakresie rezultatu tego wnioskowania byłaby zresztą tylko karę łączną nieprawomocnie orzeczoną przed 1 lipca 2015 r., a nie po tej dacie. Według tego schematu wnioskowania ta ostatnia nie podlegałaby redukcji. Ponadto, karę łączną nieprawomocną nie podlega wykonaniu, a więc formalnie nie może być zestawiana z karą, która może być orzekana w oparciu o nowy stan prawny.

¹³ A takie stwierdzenie ujęto w uzasadnieniu wyroku o sygn. V KK 103/16 – s. 3 *in fine* oraz 4.

¹⁴ L. Morawski, *Zasady...*, s. 222.

Kara taka może zostać uchylona lub zmieniona na skutek orzeczenia sądu odwoławczego. Nie można „redukować” kary łącznej w trakcie orzekania o niej, a proces orzekania obejmuje także postępowanie odwoławcze. Orzekając przed dniem 1 lipca 2015 r. karę łączną w wyroku łącznym sąd I instancji musiał przecież stosować przepisy obowiązujące do dnia 30 czerwca 2015 r. Tak samo kara łączna kształtowana była w procesie karnym, w którym przed dniem 1 lipca 2015 r. orzekano za zbieg przestępstw. Sąd odwoławczy orzekając po dniu 1 lipca 2015 r. nie ma zatem podstawy do zastosowania reguły z art. 19 ust. 2 ustawy, dopóki nie wyda wyroku. Trzeba więc zadać pytanie, na jakim etapie i w jakim trybie taka redukcja miałaby być dokonana?

Po drugie, kara łączna orzeczona nieprawomocnie w wyroku łącznym przed dniem 1 lipca 2015 r. obejmuje swoim zakresem kary jednostkowe, które musiały mieć status kar prawomocnych przed wydaniem wyroku (art. 569 § 1 k.p.k.). Gdy wyrok łączny jest wydawany w pierwszej instancji po 1 lipca 2015 r., reguły kształtowania kary łącznej określono w art. 19 ust. 1 noweli lutowej i winny być przestrzegane przez orzekające w sprawie sądy (pierwszej i drugiej instancji). Zatem nie można także stosować przepisu dającego podstawę do redukcji kary, tj. art. 89 § 1b k.k.

V. Cel, jaki przyświecał Sądowi Najwyższemu jest jasny. Sąd ten uznał regulację z art. 19 ust. 2 ustawy lutowej za niesprawiedliwą, choć w płaszczyźnie kręgu osób skazanych prawomocnie karą łączną przepis ten nie wprowadza żadnego zróżnicowania. Ustawa lutowa w art. 19 ust. 2 zróżnicowała prawo do redukcji kary od formalnoprawnego statusu orzeczonej kary łącznej, tj. jej prawomocności. Zastosowanie mechanizmu redukcji jest precyzyjnie określone. Wnioskowanie w formule wskazanej przez Sąd Najwyższy nie daje prawnej podstawy do rozszerzenia mechanizmu redukcji na etap orzekania kary łącznej. Wbrew deklaracjom wyrażonym w uzasadnieniu, wnioskowanie takie prowadzi do zanegowania dyspozycji art. 19 ust. 1 ustawy lutowej; jest więc *contra legem*.

Na zakończenie trzeba odnieść się do tego, czy orzekając karę łączną obejmującą li tylko skazania jednostkowe, które stały się prawomocne przed dniem 1 lipca 2015 r., sąd I lub II instancji może po 1 lipca 2015 r. użyć innego mechanizmu prawnego do „zredukowania”, stosownie do unormowania zawartego w art. 89 § 1b k.k., orzekanej łącznej bezwzględnej kary pozbawienia wolności, w skład której wchodziła kara pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono. Przepis art. 19 ust. 2 ustawy lutowej takiej podstawy nie daje. W piśmiennictwie oraz orzecznictwie wskazuje się, że taka redukcja może być stosowana w oparciu o przepis art. 4 § 2 k.k.¹⁵,

¹⁵ W. Wróbel, Aktualne problemy intertemporalne okresu przejściowego po wejściu w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, część 1, CzoPKiNP 2015, nr 3, s. 74–75; postanowienie SN z dnia 13 listopada 2015 r.,

choć tryb ten określa mechanizm redukcji kary prawomocnej, a w trybie wyroku łącznego orzeka się dopiero o karze łącznej. W formule orzekania o karze łącznej zmiana prawa winna być rozstrzygana zgodnie z treścią art. 4 § 1 k.k., a nie art. 4 § 2 k.k.¹⁶ Z kolei, to sam ustawodawca w wypadku łączenia wszystkich kar, które uprawomocniły się przed 1 lipca 2015 r., przepis art. 4 § 1 k.k. wyłączył, wprowadzając zasadę stosowania prawa dawnego (art. 19 ust. 1 *in principio*). Zatem od strony normatywnej nie ma podstawy do stosowania w takim układzie (orzekanie co do wszystkich kar prawomocnych przed 1 lipca 2015 r.) mechanizmu z art. 4 § 2 k.k. w procedurze wyroku łącznego. Jest to bowiem sfera orzekania dopiero o karze łącznej. Natomiast sąd procedujący w trybie wyroku łącznego może – stosując jako „bazę orzekania” przepisy rozdziału IX w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. – w granicach sądowego wymiaru kary łącznej tak ukształtować karę łączną, aby uwzględnić treść przepisu art. 89 § 1b k.k. Różnica jest jednak istotna. W takim układzie podstawą redukcji kary łącznej nie będzie art. 4 § 2 k.k., ale ocenione właściwie dyrektywy sądowego wymiaru kary łącznej.

Commentary to the Supreme Court judgment of 11 October 2016, file no. V KK 103/16

Abstract

This commentary disapproves the Supreme Court's view that Article 89, § 1b, effective as of 1 July 2015, has to be applied wherever an aggregate sentence is imposed that combines individual sentences of imprisonment, all of them becoming final by 30 June 2015. Moreover, the said view is found groundless under Article 19, clauses 1 and 2 of the Law of 20 February 2015. Therefore, the opposite view is presented which is deemed essential given the importance of the issue for court practices and the fact that the commented judgment is the first ruling in which the Supreme Court allowed for such specific application of Article 89, § 1b.

sygn. III KK 393/15, LEX 1844089; wyrok SN z dnia 9 marca 2016 r., sygn. V KK 452/15, LEX 2007810; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 301/15, OSAW 2016, nr 1, poz. 335; Prok. i Pr. 2016, dodatek Orzecznictwo, nr 6, poz. 26.

¹⁶ A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 4, Warszawa 2016, Nb 25–27 do art. 4 k.k.; J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, LEX/el 2015, teza 1 do art. 4 k.k.; M. Kulik, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny, wyd. 5, s. 51.

Wojciech Kosior

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2011 r., sygn. V KK 135/11

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest zagadnienie uznania za przeszkodę procesową (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.) sytuacji, w której podejrzany będąc poszukiwanym w trybie art. 278 k.p.k. jest jednocześnie osobą ściganą w innej sprawie i po jego przekazaniu, nie zrezygnował z ochrony wynikającej z zasady specjalności (art. 607e k.p.k.), co do czynów popełnionych przed przekazaniem.

I

W sytuacji, gdy ścigany został przekazany do Polski w wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania, który dotyczył innych przestępstw niż objęte postępowaniem i nie złożył w trybie określonym w art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k. oświadczenia o zrzeczeniu się zasady specjalności, ściganiu za te czyny stoi na przeszkodzie negatywna przesłanka procesowa określona w art. 17 § 1 pkt 11 w związku z art. 607e § 1 k.p.k.

Okazję do sięgnięcia do glosowanego wyroku stworzyła konkretna sytuacja w postępowaniu przygotowawczym na gruncie, której pojawiła się wątpliwość, co do podjęcia dalszych czynności.

W pierwszej jednak kolejności dla oczyszczenia przedpola do rozważań związanych ze wspomnianą sytuacją w postępowaniu przygotowawczym zasadne jest przedstawienie stanu faktycznego i prawnego, który legł u podstaw wydania omawianego wyroku Sądu Najwyższego oraz pokrótce przepisów mających zastosowanie w sprawie i innych okoliczności uzasadniających rozstrzygnięcie.

W sprawie zawisłej przed Sądem Najwyższym, Prokurator Generalny skarżył kasacją, wniesioną na podstawie art. 521 k.p.k., wyrok Sądu Rejonowego w P. z dnia 4 sierpnia 2010 r., podnosząc zarzut rażącego i mającego wpływ na treść wyroku naruszenia prawa procesowego, a mianowicie art. 607e § 1 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., polegającego na skazaniu Sławomira P. za czyny określone w punktach 2 i 3 części wstępnej wyroku, zakwalifikowane z art. 18 § 3 k.k. w związku z art. 286 § 1 k.k., pomimo istnienia negatywnej przesłanki procesowej wyłączającej ściganie, gdyż przestęp-

stwa te nie stanowiły podstawy przekazania skazanego do Polski na mocy europejskiego nakazu aresztowania, ani też nie dotyczyło ich zrzeczenie się przez oskarżonego zasady specjalności, określonej w art. 607e § 1 k.p.k. Opierając się na tym zarzucie, autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie rozstrzygnięć zawartych w punktach II i III części dyspozytywnej wyroku i przekazanie sprawy w tej części Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy uznał kasację za zasadną w stopniu oczywistym. Wskazał, że Sławomir P. został przekazany do Polski w dniu 16 września 2009 r., w wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez Sąd Okręgowy w P., przy czym nakaz ten nie dotyczył żadnego z przestępstw, za które oskarżony został skazany zaskarżonym wyrokiem. Na posiedzeniu przed Sądem Rejonowym w P. w dniu 20 stycznia 2010 r. Sławomir P. złożył w trybie określonym w art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k. oświadczenie o zrzeczeniu się zasady specjalności, ale jedynie w odniesieniu do czynów popełnionych w dniach 30 grudnia 2000 r. i 31 stycznia 2003 r. Skazany nigdy nie składał podobnego oświadczenia w zakresie czynów popełnionych w dniach 15 marca 2002 r. i 8 stycznia 2003 r., w związku, z czym ściganiu za te czyny stoi na przeszkodzie negatywna przesłanka procesowa określona w art. 17 § 1 pkt 11 w związku z art. 607e § 1 k.p.k., wynikająca z zasady specjalności, zgodnie z którą osoby przekazanej w wyniku wykonania europejskiego nakazu aresztowania nie można ścigać za przestępstwa inne niż te, które stanowiły podstawę przekazania, chyba, że zachodzi któraś z okoliczności wymienionych w art. 607e § 3 k.p.k.

W związku z powyższym, Sąd Najwyższy uznał, że Sąd Rejonowy w P. nie mógł objąć swoim wyrokiem czynów, co do których oskarżony nie złożył stosownego oświadczenia, ani też co do których nie zaszła inna okoliczność wymieniona w art. 607 § 3 punkty 1–6 lub pkt 8 k.p.k. Uchyleniem objęto jednak także czyn popełniony w dniu 31 stycznia 2003 r., chociaż, co do tego czynu, ściganie było dopuszczalne z uwagi na treść oświadczenia oskarżonego złożonego na podstawie art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k. Rzecz jednak w tym, że Sąd Rejonowy w P. czyn ten ujął jako element ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.) wraz z czynami popełnionymi w dniach 15 marca 2002 r. i 8 stycznia 2003 r., co do których ściganie nie było dopuszczalne. Okoliczność ta przesądziła także o treści orzeczenia następczego o przekazaniu sprawy Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

II

W powyższej sprawie, zatem, rozważania Sądu Najwyższego dotyczyły zasady specjalności i konsekwencji z nią związanych. Zasada specjalności sformułowana w art. 607e § 1 k.p.k. związana jest z przekazaniem osoby

ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania oraz określa wyjątki od tej zasady¹. Stanowi implementację art. 27 decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób pomiędzy państwami członkowskimi (Dz. Urz. WE L 190 z dnia 18 lipca 2002 r., s. 1 z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 6, s. 34). Zasada ta wyraża się w zakazie ścigania osoby przekazanej za inne przestępstwa niż te, które stanowiły podstawę przekazania, jak również w zakazie wykonania orzeczonych wobec osoby przekazanej za te przestępstwa kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności. Ponadto odnosi się wyłącznie do przestępstw popełnionych przez tę osobę przed przekazaniem². Zasada specjalności nie ma charakteru absolutnego, gdyż ustawodawca przewidział pewne konkretne odstępstwa od jej stosowania (607e § 3 punkty 1–8 k.p.k.). W omawianej sprawie zastosowanie miał wyjątek określony w pkt 7. Zgodnie z art. 607e § 3 pkt 7, ochrona wynikająca z zasady specjalności nie ma zastosowania, jeżeli osoba ścigana, po jej przekazaniu, złożyła przed sądem właściwym do rozpoznania sprawy oświadczenie o zrzeczeniu się korzystania z tego prawa w odniesieniu do czynów popełnionych przed przekazaniem.

W głosowanym wyroku, Sąd Najwyższy uznał, iż w sytuacji, w której osoba ścigana nie zrezygnowała z ochrony wynikającej z zasady specjalności z art. 607e § 1 k.p.k. co do czynów popełnionych przed jej przekazaniem na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, to wówczas występuje negatywna przesłanka procesowa określona w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w stosunku do tych przestępstw, które nie stanowiły podstawy przekazania.

W art. 17 § punkty 1–11 k.p.k. ustawodawca wprowadził szereg okoliczności, których wystąpienie uniemożliwia prowadzenie postępowania. W zależności od momentu, w którym któraś z tych przesłanek się zaktualizuje to wówczas należy bądź odmówić wszczęcia postępowania lub je umorzyć. Katalog ten nie ma charakteru zamkniętego, a to z uwagi na fakt, iż ustawodawca przesłankę zawartą w pkt 11 określił jako „inną okoliczność wyłączającą ściganie”. Jak słusznie zauważa D. Świecki, pkt 11 stwarza możliwość dostosowania stanu faktycznego i odpowiedniego zakończenia postępowania

¹ O europejskim nakazie aresztowania, por. przykładowo: P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 17 i n.; A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 2010, s. 15 i n.; M. Czapski, *Właściwość sądu w zakresie Europejskiego Nakazu Aresztowania w postępowaniu wykonawczym*, *Prok. i Pr.* 2010, nr 5, s. 31–36; B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich UE*, *PiP* 2007, nr 5, s. 56–70; A. Serzysko, *Europejski nakaz aresztowania (ENA)*, *Prok. i Pr.* 2005, nr 7–8, s. 70–87.

² D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, wyd. II, 2015 – komentarz do art. 607e k.p.k. (LEX).

nia. Warunkiem jest jednak, aby była to inna okoliczność od wymienionych we wcześniejszych punktach art. 17 § 1, a także by wyłączała ona ściganie. Te dwa elementy muszą stanowić podstawę interpretacyjną przy ocenie, czy dana okoliczność może zostać zaliczona do przesłanek procesowych. Ta przeszkoda procesowa może wynikać nie tylko z prawa krajowego, lecz także z uregulowań międzynarodowych³. Do przykładowych innych okoliczności wyłączających ściganie zaliczają się abolicja, czyli generalny akt łaski oraz konsumpcja skargi publicznej. Pamiętać jednak należy, iż przesłanka ta nie ma charakteru bezwzględnego i tym samym jest ona usuwalna. Oznacza to, że jej wystąpienie stoi na przeszkodzie do prowadzenia postępowania tylko w określonym układzie procesowym, wobec określonej osoby o określony czyn. Tym samym w innym układzie procesowym prowadzenie postępowania będzie już dopuszczalne.

W świetle wszystkich powyższych faktów i rozważań koniecznym jest zadanie pytania, na jakiej podstawie Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku uznał, że niezrzeczenie się przez osobę ściganą europejskim nakazem aresztowania ochrony wynikającej z zasady specjalności, co do czynów popełnionych przez przekazaniem, stanowić może inną okoliczność wyłączającą ściganie, co do tych czynów. Niestety tego Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego orzeczenia nie wyjaśnia, co jednak nie pozbawia możliwości ustalenia, co legło u podstawy takiej decyzji. Drogą dedukcji, bowiem, którą w niniejszym opracowaniu podąża glosator, można dojść do źródła wniosku Sądu Najwyższego, co w efekcie finalnym przełożyło się na zaaprobowanie omawianego orzeczenia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż za słuszością przyjętej przez Sąd Najwyższy konstrukcji prawnej przemawia fakt, iż została ona powtórzona i zaaprobowana w kolejnym, następnym orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. V KK 160/12 (Biul. SN 2013, nr 4, poz. 18–19). W powyższym postanowieniu Sąd Najwyższy wprost uznał, że ponad wszelką wątpliwość wskazane w art. 607e § 1 k.p.k. ograniczenie możliwości ścigania stanowi negatywną przesłankę procesową, o jakiej mowa w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., która może być jednak uchylona.

Po drugie, za poprawnością przyjętego rozwiązania przemawia również fakt, iż ściganie na mocy europejskiego nakazu aresztowania jest zbliżone formą do ekstradycji, co z kolei uzasadnia odwołanie się do dorobku doktryny i praktyki już wypracowanej na tej podstawie⁴. Nie można tracić z pola widzenia, iż sama już procedura przekazania na podstawie europejskiego nakazu aresztowania jest uproszczoną formą ekstradycji. Tym samym zasa-

³ D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, wyd. II, 2015 – komentarz do art. 17 k.p.k. (LEX).

⁴ O ekstradycji w postępowaniu karnym, por.: M. Mozgawa-Saj, Ekstradycja w polskim postępowaniu karnym, Warszawa 2015, s. 17 i n.

da specjalności i związana z nią ochrona funkcjonująca przy europejskim nakazie aresztowania jest analogiczna do tej obowiązującej przy ekstradycji.

W przypadku ekstradycji, zgodnie z dyspozycją art. 596 k.p.k., osoba wydana nie może być bez zgody państwa wydającego ścigana, skazana ani pozbawiona wolności w celu wykonania kary za inne przestępstwo popełnione przed dniem wydania niż to, w związku, z którym nastąpiło wydanie. W przypadku ekstradycji zasada specjalności ogranicza możliwość prowadzenia postępowań wyłącznie do tych, które zostały objęte wnioskiem ekstradycyjnym, a następnie zostały określone w decyzji właściwego organu o wydaniu osoby ściganej. Bazując na powyższym przepisie, zarówno judykatura jak i doktryna stanęły na stanowisku, iż brak zgody państwa wydającego na pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej stanowi przeszkodę w ściganiu i jest tym samym inną okolicznością wyłączającą ściganie (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.)⁵.

Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku instytucji *quasi*-listu żelaznego, o którym mowa w art. 589 k.p.k., stanowiącym, iż wezwany z zagranicy świadek lub biegły niebędący obywatelem polskim, który stawia się dobrowolnie przed sądem, nie może być ani ścigany, ani zatrzymany, ani też tymczasowo aresztowany z powodu przestępstwa będącego przedmiotem danego postępowania karnego i jakiegokolwiek innego przestępstwa popełnionego przed przekroczeniem polskiej granicy państwowej. Nie może być także w stosunku do niego wykonana kara orzeczona za takie przestępstwo⁶. Wobec tego, jak słusznie zauważa D. Świecki, jeżeli w stosunku do takiej osoby legitymującej się *quasi*-listem żelaznym prowadzone jest postępowanie, to przeszkodą do jego kontynuowania jest właśnie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.⁷.

Jak widać zatem z powyższego, w pewnych konkretnych układach procesowych realizacja przekazania w formie ekstradycji czy też wezwanie świadka lub biegłego z zagranicy chronionego *quasi*-listem żelaznym, jest przesłanką negatywną do prowadzenia postępowania karnego wobec takich osób, kwalifikowaną jako inna okoliczność wyłączająca ściganie (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.). Tym samym Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku, w drodze analogii uznał, iż wynikająca z zasady specjalności ochrona osoby przekazanej w efekcie realizacji europejskiego nakazu aresztowania, winna

⁵ Por.: W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. X, Warszawa 2014 – komentarz do artykułu 596 k.p.k. (LEX); wyrok SN z dnia 3 września 2009 r., sygn. V KK 141/2009, Biul.PK 2009, nr 8, poz. 15; wyrok SN z dnia 25 czerwca 2008 r., sygn. IV KK 179/08, (LEX nr 438417); postanowienie SN z dnia 29 sierpnia 2006 r., sygn. V KK 193/06, (LEX nr 196965); wyrok SA w Katowicach z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. II AKA 268/12, Prok. i Pr. 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 2, poz. 29.

⁶ Por.: D. Drajewicz, *Quasi*-list żelazny, Prok. i Pr. 2013, nr 11, s. 146–158.

⁷ D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, wyd. II, 2015 – komentarz do art. 17 k.p.k. (LEX).

być rozpatrywana w tych samych kategoriach i stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie.

III

Przenosząc powyższe rozważania na grunt wspomnianej na wstępie do niniejszej glosy sprawy, wskazać należy, iż wszystkie dotychczas poczynione uwagi należy zaaprobować i jako takie mogą być stosowane w praktyce prokuratorskiej na etapie postępowania przygotowawczego, z pewnymi jednak zastrzeżeniami.

W przytoczonej na początku sprawie, prowadzonej przez prokuratora, na skutek wykonanych czynności uznał on, iż dane zebrane w toku postępowania przygotowawczego uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba i sporządził postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Na przeszkodzie ogłoszenia ich podejrzanemu i przesłuchania go stała okoliczność, iż nie było znane jego miejsce pobytu. W związku z tym, zgodnie z dyspozycją art. 278 k.p.k., prokurator wydał zarządzenie o poszukiwaniu. Następstwem tego, wobec uznania, iż zaszła długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca prowadzenie postępowania, prokurator na podstawie art. 22 § 1 k.p.k. zawiesił postępowanie. Co oczywiste, nadal prowadzono czynności poszukiwawcze wobec podejrzanego w skali ogólnokrajowej. W toku czynności ustalono, iż podejrzany został zatrzymany i przekazany do Polski w efekcie realizacji europejskiego nakazu aresztowania w innej sprawie, co do innych przestępstw niż te będące przedmiotem opisanego postępowania przygotowawczego. W efekcie tego, prokurator wystąpił do sądu właściwego do rozpoznania sprawy z wnioskiem o przesłuchanie podejrzanego pod kątem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k. W toku czynności podejrzany oświadczył, iż nie zrzeka się ochrony prawnej wynikającej z zasady specjalności w stosunku do czynów objętych prowadzonym postępowaniem przygotowawczym. W takim stanie rzeczy pojawiła się konieczność podjęcia stosownych decyzji.

W tym układzie procesowym, co do zasady, prawidłowe rozwiązanie w postaci wydania postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w związku z art. 607e § 1 k.p.k. z powołaniem się na argumentację Sądu Najwyższego z glosowanego wyroku, może być przedwczesne.

Nie można bowiem tracić z pola widzenia, iż złożenie oświadczenia przez osobę ściganą, o którym mowa w art. 607e § 3 k.p.k. jest jednym z ośmiu, przewidzianych przez ustawodawcę odstępstw od ochrony wynikającej z zasady specjalności. Ustawodawca nie przyznał prymatu żadnemu z ww. wyjątków, co tym samym determinuje obowiązek organu prowadzącego postępowanie sprawdzenia wszystkich odstępstw. Zasada specjalności prze-

widziana w § 1 nie ma bowiem charakteru bezwzględnego. Jak sama nazwa wskazuje, zasada „specjalności” ma charakter szczególny i wyjątkowy⁸. Tym samym nie można jej przyznać pierwszeństwa przed jedną z naczelnych zasad postępowania karnego, jakim jest wykrycie sprawcy przestępstwa i pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej. W przeciwnym bądź razie automatyczne umorzenie postępowania w sytuacji, gdzie osoba ścigana korzysta z ochrony specjalności, bez uprzedniego sprawdzenia, czy nie zachodzą odstępstwa od tej ochrony, byłoby zaburzeniem hierarchii zasad i tym samym byłoby niezgodne z intencją racjonalnego ustawodawcy.

Art. 607e k.p.k. w § 3 przewiduje, iż ochrona wynikająca z zasady specjalności przewidziana w § 1 przepisu nie znajduje zastosowania gdy: (pkt 1) państwo wykonania nakazu złożyło oświadczenie o dopuszczalności ścigania lub wykonania kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za wszystkie czyny popełnione przed przekazaniem, chyba że organ sądowy tego państwa w orzeczeniu o przekazaniu postanowił inaczej (pkt 2) osoba przekazana, pomimo takiej możliwości, nie opuściła terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ciągu 45 dni od dnia prawomocnego zakończenia postępowania albo po opuszczeniu terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na nie powróciła (pkt 3) nie została orzeczona kara pozbawienia wolności albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności (pkt 4) postępowanie karne nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności (pkt 5) czyn osoby ściganej jest zagrożony karą lub środkiem niepolegającymi na pozbawieniu wolności (pkt 6) osoba ścigana wyraziła zgodę na przekazanie i zrzekła się korzystania z prawa określonego w § 1 (pkt 7) osoba ścigana, po jej przekazaniu, złożyła przed sądem właściwym do rozpoznania sprawy oświadczenie o zrzeczeniu się korzystania z prawa określonego w § 1 w odniesieniu do czynów popełnionych przed przekazaniem (pkt 8) organ sądowy państwa wykonania nakazu, który przekazał osobę ściganą, na wniosek sądu właściwego do wydania nakazu, wyraził zgodę na ściganie lub wykonanie kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za przestępstwa określone w pkt 1.

Na szczególną uwagę – oprócz punktu 7, któremu poświęcono większość rozważań niniejszej glosy – zasługuje również wyjątek przewidziany w punkcie 8. Z ostrożności wskazać należy, iż szczególne zwrócenie uwagi na te dwa odstępstwa od zasady specjalności, nie oznacza jednocześnie, iż są one nadrzędne nad pozostałymi. Do pochylenia się nad dwoma powyższymi wyjątkami skłania lektura uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. V KK 160/12 (Biul. SN 2013, nr 4, poz. 18–19), a w szczególności jej walory praktyczne.

⁸ L. Drabik, E. Sobol, Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 2015, (s.v.: „specjalny”).

W powyższym orzeczeniu, Sąd Najwyższy stwierdził, iż nie może budzić wątpliwości, że wskazane w art. 607e § 1 k.p.k. ograniczenie możliwości ścigania stanowi negatywną przesłankę procesową, o jakiej mowa w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., która może być jednak uchylona w sytuacjach opisanych w § 3 art. 607e k.p.k., w tym m.in. w wyniku oświadczenia osoby przekazanej, o jakim mowa w pkt 7 powyższego przepisu, czyli o zrzeczeniu się korzystania z zasady specjalności lub przez skuteczne wystąpienie do organu sądowego państwa, który przekazał osobę ściganą, o wyrażenie zgody na ściganie także za inne przestępstwa niż te, które były podstawą przekazania, a popełnione przed tym przekazaniem (art. 607e § 3 pkt 8 k.p.k.).

Sąd Najwyższy analizując relację pomiędzy punktami 8 i 7 § 3 art. 607e k.p.k. zwrócił uwagę na pewną praktykę postępowania. Sąd Najwyższy zauważył, iż co prawda w doktrynie wskazuje się, że zanim nastąpi złożenie oświadczenia o zrzeczeniu to „nie jest dopuszczalne podjęcie czynności w postępowaniu przygotowawczym o inny czyn osoby ściganej niż ten, który stanowił podstawę przekazania”⁹, to mimo wszystko należy zauważyć, że skoro omawiana przeszkoda procesowa, a więc zasada specjalności przewidziana w art. 607e § 1 k.p.k., ma charakter usuwalny, to stanowi ona jedynie ujemną przesłankę względną, a tym samym może być konwalidowana w dalszym toku procesu, podobnie jak inne przeszkody tego rodzaju, np. wniosek o ściganie. Przekładając powyższe na praktykę, należy mieć na uwadze, że niezależnie od zrzeczenia się przewidzianego w punkcie 7 § 3 art. 607e k.p.k. istnieje jeszcze wspomniana wcześniej możliwość wystąpienia do państwa wykonującego nakaz o poszerzenie przedmiotowego zakresu przekazania. Zatem wprowadzie organ ścigania nie powinien występować z oskarżeniem przekazanego o czyny nieobjęte przekazaniem, ale skoro można wystąpić do organu sądowego państwa przekazania o rozszerzenie tego przekazania, to uznać należy, że nie jest wykluczone przedstawienie podejrzanemu dodatkowych zarzutów i w oparciu o uzasadnione podejrzenie, jakie się z tym wiąże, wystąpienie następnie do sądu właściwego do wydania nakazu, aby ten zwrócił się do organu sądowego innego państwa UE z wnioskiem o zgodę na ściganie w zakresie szerszym, niż obejmowało to przekazanie. Przy decyzji negatywnej lub częściowo negatywnej niezbędne będzie wówczas umorzenie postępowania przygotowawczego w stosownym zakresie.

Innymi słowy, Sąd Najwyższy aprobuje praktykę, w której, jeżeli osoba przekazana w wyniku europejskiego nakazu aresztowania nie złoży oświadczenia, że zrzeka się ochrony wynikającej z zasady specjalności, co do czynów nieobjętych europejskim nakazem aresztowania, to wówczas dopusz-

⁹ K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2007, s. 1277 i Warszawa 2012, s. 1318–1319.

czalne jest, aby takiej osobie przedstawić zarzuty¹⁰ (o ile już ich wcześniej nie przedstawiono – przyp. red.) popełnienia tych przestępstw, a następnie wystąpić do sądu właściwego do wydania nakazu, aby ten zwrócił się do organu sądowego innego państwa UE z wnioskiem o zgodę na ściganie w zakresie szerszym, niż obejmowało to przekazanie. Dopiero decyzja negatywna lub częściowo negatywna tego organu uzasadniałaby umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w związku z art. 607e § 1 k.p.k.

Za potwierdzeniem powyższej praktyki przemawia fakt, iż w judykaturze podkreśla się, że umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w związku z art. 607e § 1 k.p.k. bez uprzedniego wystąpienia do organu sądowego innego państwa UE z wnioskiem o zgodę na ściganie w zakresie szerszym, jest błędne, bowiem państwo to nie miało możliwości zajęcia stanowiska w przedmiocie tej zgody¹¹.

W ocenie glosatora, należy również zwrócić uwagę na potrzebę pochylenia się – z punktu widzenia praktyki – nad wyjątkiem od zasady specjalności przewidzianym w art. 607e § 3 pkt 1 k.p.k., w którym mowa o tym, że osoba ścigana nie może korzystać z ochrony, jeżeli państwo wykonania nakazu złożyło oświadczenie o dopuszczalności ścigania lub wykonania kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za wszystkie czyny popełnione przed przekazaniem, chyba, że organ sądowy tego państwa w orzeczeniu o przekazaniu postanowił inaczej. Złożenie takiego oświadczenia zostało przewidziane w art. 27 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. Zgodnie z treścią tej regulacji każde państwo członkowskie może notyfikować Sekretariatowi Generalnemu Rady, że w jego stosunkach z innymi państwami członkowskimi, które wystosowały podobną notyfikację, domniemana jest zgoda na ściganie, skazanie lub zatrzymanie w związku z pozbawieniem wolności lub wykonaniem środka zabezpieczającego za przestępstwo popełnione przed przekazaniem osoby inne niż to, z powodu, którego została przekazana. Podkreślić jednak należy, że wyjątek przewidziany w art. 607e § 3 pkt 1 k.p.k. działa jedynie w relacjach między państwami, które złożyły odpowiednie oświadczenie, a zatem na zasadzie wzajemności¹².

Gdyby bowiem w danej sprawie państwo przekazujące osobę ściganą notyfikowało wraz z Polską wzajemne oświadczenia o dopuszczalności ścigania lub wykonania kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności za wszystkie czyny popełnione przed przekazaniem, wówczas odpadłaby potrzeba odbierania od osoby ściganej

¹⁰ Przy przyjęciu, że istnieje dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba.

¹¹ Postanowienie SA w Warszawie z dnia 25 czerwca 2004 r., sygn. II AKz 284/04, OSA 2005, nr 1, poz. 7.

¹² J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz. Tom II, Warszawa 2010, s. 836.

oświadczenia z pkt 3 czy występowania do organu przekazującego z wnioskiem o zgodę na ściganie w zakresie szerszym, niż obejmowało to przekazanie z pkt 8, bowiem wtedy zasada specjalności nie miałaby zastosowania. Koniecznym byłoby jedynie sprawdzenie, czy organ państwa przekazującego, pomimo złożenia takich oświadczeń przez państwa, nie postanowił w swojej decyzji inaczej.

W świetle całości powyższych rozważań, jako nieprawidłowe bądź nieaktualne jawi się stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 sierpnia 2006 r., sygn. V KK 193/06, w którym wskazano, że w wypadku stwierdzenia braku zgody państwa wydającego na ściganie danej osoby za dany czyn popełniony przed dniem wydania, o którą to zgodę nie występował uprawniony polski organ procesowy, sąd może albo umorzyć postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., albo też je kontynuować i w określonym przez prawo trybie złożyć wniosek o wyrażenie przez państwo obce dodatkowej zgody na ściganie. W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy pozostawia organowi prowadzącemu postępowanie dowolność wyboru pomiędzy umorzeniem postępowania a wystąpieniem do organu sądowego innego państwa UE z wnioskiem o zgodę na ściganie w zakresie szerszym, niż obejmowało to przekazanie, podczas gdy prawidłowe i zgodne z zasadami postępowania karnego będzie uprzednie wystąpienie do takiego organu, a dopiero po otrzymaniu ewentualnej decyzji negatywnej, umorzenie postępowania.

IV

Podsumowując, omawiany judykat Sądu Najwyższego zasługuje na aprobatę, jednakże zastosowane rozwiązanie prawne w postaci proponowanej podstawy umorzenia postępowania w oparciu o art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w związku z art. 607e § 1 k.p.k., nie może być automatycznie stosowane w każdej sytuacji, kiedy ochrona wynikająca z zasady specjalności stanie na drodze prowadzeniu postępowania. Należy wówczas zbadać czy nie zachodzą wyjątki od tej zasady, a w szczególności wyjątki przewidziane w art. 607e § 3 punkty 1, 7, 8 k.p.k. Dopiero bowiem wyczerpanie możliwości zastosowania odstępstw od zasady specjalności otworzy możliwość do umorzenia postępowania karnego w oparciu o art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w związku z art. 607e § 1 k.p.k.

Podkreślenia wymaga przydatność niniejszej glosy dla praktyki prokuratorskiej, w szczególności z punktu widzenia efektywności postępowania karnego – skutecznego ścigania sprawców przebywających poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Tematyka głosowanego orzeczenia jest w pełni aktualna i ma istotny wymiar praktyczny w pracy prokuratora.

Commentary to the Supreme Court judgment of 9 May 2011, file no. V KK 135/11

Abstract

This commentary explores the situation where a suspect is wanted under the Code of Criminal Procedure, Article 278, and, at the same time, the suspected is prosecuted in another case, and, following the surrender, the suspect does not waive their entitlement under the principle of specialty (Code of Criminal Procedure, Article 607e) with regard to offences committed before the surrender. The question underlying this commentary is whether the said situation may be considered to be a bar to proceedings (Code of Criminal Procedure, Article 17, § 1, item 11).

WAŻNA WIADOMOŚĆ

Fundacja „Ochrony zdrowia pracowników Prokuratury Rzeczypospolitej Polskiej” im. Ireny Babińskiej

Fundacja aktywnie pomaga prokuratorom i pracownikom Prokuratury w działaniach na rzecz poprawy zdrowia. Dzięki pomocy finansowej szereg osób może cieszyć się nowym sprzętem rehabilitacyjnym, korzystać z niedostępnych do tej pory kosztownych zabiegów i leczenia. Szczególnym powodem do radości jest efektywna pomoc udzielana dzieciom naszych Koleżanek i Kolegów w pokonywaniu ciężkich chorób.

Nie ma najmniejszej wątpliwości, że należy pielęgnować tę szczytną ideę przez udzielanie wsparcia, aby inni mogli cieszyć się z pomocy, którą niesie im Fundacja. Warto zatem zjednoczyć się w pomocy, wszak liczy się każda złotówka. W związku z powyższym zachęcamy bardzo gorąco do przeznaczania 1% podatku na rzecz Fundacji. Do realizacji zamysłu wystarczy wskazanie KRS numer 0000074709. Można wspomóc również przez dokonanie dobrowolnej wpłaty na rachunek bankowy Fundacji nr:

18 1500 1445 1214 4004 9685 0000

Można również złożyć w księgowości deklarację zawierającą zgodę na comiesięczne potrącanie przez pracodawcę z wynagrodzenia za pracę wskazanej – co oczywiste – dobrowolnej kwoty i przelanie jej na rachunek bankowy Fundacji.

Zapraszamy na stronę internetową Fundacji:

www.fundacja-prokuratura.pl

gdzie zainteresowani znajdą pełną informację o efektach jej działalności, dane teleadresowe oraz Statut Fundacji.

Redakcja

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy nieodpłatnie pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

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

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pk.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie będą publikowane na naszych łamach recenzje książek.