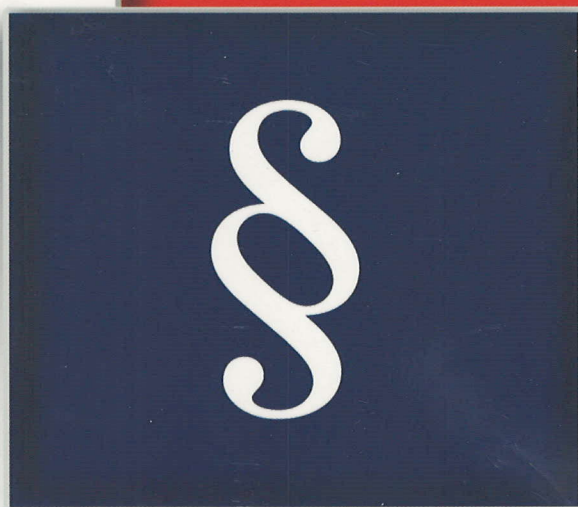


Prokuratura i Prawo

NR 5/maj 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Małgorzata BEDNAREK, Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELĆ, Marek WOŹNIAK, Krzysztof WÓJCİK

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

prof. dr hab. Romuald Kmieciak, Lublin

Prokurator „stronniczą” czy „bezstronną” stroną w postępowaniu sądowym?	5
<i>Are prosecutors “partial” or “impartial” parties to court proceedings?</i>	10

dr Michał Kurowski, prokurator Prokuratury Okręgowej w Łodzi del. do Departamentu do Spraw Przeszeczności Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej

Immunitet parlamentarny a gromadzenie dowodów w postępowaniu karnym	11
<i>Parliamentary immunity versus collection of evidence in criminal proceedings</i>	28

dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego

Kara pozbawienia wolności do 20 lat	30
<i>Sentence of up to 20 years imprisonment</i>	42

dr Damian Wąsik, prokurator Prokuratury Rejonowej Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku, asystent Collegium Medicum UMK w Bydgoszczy

Błędy w sztuce lekarskiej w praktyce lekarza medycyny rodzinnej – aspekty prawnokarne i prawnomedyczne	43
<i>Medical errors in family practice: criminal law and medical law aspects</i>	61

dr Julia Kosonoga-Zygmunt, UKSW w Warszawie

Zgoda rodziców na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi	62
<i>Parental consent to medical treatment for a minor child</i>	93

Adam Roch, Zastępca Prokuratora Regionalnego w Katowicach

Zmiana przepisów przejściowych dotyczących przedawnienia w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów	95
<i>Change in temporary provisions governing a statute of limitations for disciplinary proceedings against prosecutors</i>	110

dr Grzegorz Maroń, adiunkt Uniwersytetu Rzeszowskiego	
Zabójstwo „z rozkazu Boga” a niepoczytalność sprawcy w świetle orzecznictwa sądów USA	111
<i>Murder on the command of God versus a perpetrator’s insanity in the light the case law of U.S. courts</i>	134

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

Kazimierz Postulski, sędzia Sądu Apelacyjnego w Lublinie w stanie spoczynku	
Udział prokuratora w postępowaniu wykonawczym po ostatnich zmianach Kodeksu karnego wykonawczego	135
<i>Prosecutor’s participation in enforcement proceedings following recent amendments to the Executive Penal Code</i>	156
Aleksandra Hyła, aplikantka adwokacka w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Katowicach	
Analiza śladów cyfrowych	157
<i>Analysis of digital traces</i>	169

Glosa/*Commentary*

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r., sygn. III KK 349/16 (dot. kradzieży z włamaniem) – oprac. prof. dr hab. Arkadiusz Lach	170
<i>to the Supreme Court judgment of 22 March 2017, ref. no.: III KK 349/16 (concerns burglary and theft) – by Prof. Arkadiusz Lach</i>	175

ARTYKUŁY

Romuald Kmiecik

Prokurator „stronniczą” czy „bezstronną” stroną w postępowaniu sądowym?

Streszczenie

Artykuł zawiera krytyczną analizę takich wyrażen jak „bezstronna strona” (oksymoron) i „strona stronnicza” (pleonazm). Prokurator występując w postępowaniu sądowym w charakterze strony powinien zachować obiektywizm wobec swoich przeciwników procesowych, opowiadając się równocześnie „po stronie” interesu publicznego, jeżeli partykularne interesy innych stron są sprzeczne z interesem publicznym.

Zagadnienie „bezstronności”, względnie „stronniczości” prokuratora jako oskarżyciela publicznego i strony w postępowaniu karnym przed sądem, wykazuje niemałe znaczenie praktyczne w codziennej działalności prokuratora po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu. Zachęca także do rozważań natury teoretycznej, zwłaszcza że stało się ostatnio źródłem kontrowersji i polemiki na łamach „Prokuratury i Prawa”¹. O ile bowiem zarówno w świetle art. 4 jak i art. 16 §1 i §2 k.p.k. obowiązek zachowania bezstronności (obiektywizmu)²

¹ Zob. K. Z g r y z e k, Bezstronność prokuratora, osoby prowadzącej postępowanie przygotowawcze oraz innego oskarżyciela publicznego – uprawnienie czy obowiązek?, Prokuratura i Prawo 2017 nr 10, s. 5 i n.; A. H e r z o g, Bezstronność prokuratora – uwagi na marginesie artykułu K. Zgryzka, Prokuratura i Prawo 2017, nr 11, s. 67 i n.

² W języku prawniczym wyrazy „bezstronność” i „obiektywizm” są na tyle bliskoznaczne, że – zdaniem W. Jasińskiego – „uczynienie dystynkcji pomiędzy bezstronnością a obiektywizmem nie wydaje się ani konieczne, ani nawet użyteczne” [W. J a s i ń s k i, (w:) P. W i l i ń s k i (red.), System prawa karnego procesowego, t. III, cz. 2, Warszawa 2014, s. 1206. Tamże

oraz lojalności wobec podejrzanego wydaje się oczywisty w stadium przygotowawczym (śledztwie lub dochodzeniu), gdy prokurator pełni funkcję organu procesowego, o tyle wymienione przepisy nie dotyczą wprost relacji między prokuratorem a oskarżonym, gdy po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu prokurator traci uprawnienia decyzyjne („władcze”) na rzecz sądu i przestaje być organem procesowym prowadzącym postępowanie³. Stając się stroną w znaczeniu funkcjonalnym i wchodząc w stadium sądowym w konflikt procesowy ze swym przeciwnikiem – oskarżonym i jego obrońcą prokurator jako oskarżyciel publiczny może działać głównie poprzez udział w przesłuchaniach oraz akty woli (wnioski lub inne oświadczenia), które nie mają jednak charakteru imperatywnego, lecz co najwyżej postulatywny – nie są bowiem decyzjami. Decyzje w stadium jurysdykcyjnym (wyroki, postanowienia, zarządzenia) należą do właściwości funkcjonalnej organów sądowych (sądu, prezesa sądu, przewodniczącego składu orzekającego, referendarza sądowego).

Wypada dodać, że obowiązek zachowania obiektywizmu w działalności oskarżycielskiej prokuratora jako strony przed sądem można uzasadnić na podstawie innych przepisów niż wymienione na wstępie, m.in. przewidujących instytucję wyłączenia prokuratora od udziału w sprawie, także wtedy gdy działa w charakterze strony jako oskarżyciel publiczny (art. 48 k.p.k.).

Oceniając w praktyce rozstrzygnięcia sądowe lub decyzje innych organów procesowych wydawane wobec stron konfliktów procesowych nietrudno przypisać im alternatywnie jedną z dwu cech: godną uznania „bezstronność” lub potępianą „stronniczość”. Dużo trudniej natomiast ocenić w tych kategoriach działalność stron, których wnioski lub inne oświadczenia odzwierciedla-

rozważania o zasadzie bezstronności sądu, s. 1204 i n.]. Jednakże w teorii procesu karnego *communis opinio* nie traktuje tych wyrazów jako w pełni synonimicznych, funkcjonują bowiem w różnych płaszczyznach znaczeniowych, co potwierdza szczególnie charakter działalności oskarżycielskiej prokuratora jako strony w postępowaniu sądowym; *sui generis* „stronniczość” oskarżyciela publicznego jako strony nie zwalnia go wszakże od obowiązku zachowania obiektywizmu. Zob. też m.in. M. C i e ś l a k, Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1984, s. 318.

³ K.p.k. zawiera kilka synonimicznych określeń dla tego samego desygnatu: „organ procesowy” (art. 9); „organ prowadzący postępowanie karne” (art. 4, art. 15 § 2); „organ prowadzący postępowanie” (art. 16 § 1 i § 2); „organ postępowania” (art. 7). Cechą organów procesowych jest prawo wydawania decyzji. Po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu prokurator tracąc status kierowniczego organu procesowego i stając się stroną bez prawa wydawania decyzji, może jednak wyjątkowo – w myśl art. 396a § 2 k.p.k. – wydać polecenie Policji bądź zarządzić wezwanie np. świadka na przesłuchanie, choć zapewne bez prawa stosowania środków przymusu, skoro sprawa pozostaje wciąż zawisła przed sądem, jako organem prowadzącym postępowanie, uprawnionym do wydawania postanowień procesowych. Krytycznie o pozycji prokuratora w świetle unormowania z art. 396a k.p.k. nadającego mu jako stronie charakter *quasi* organu pomocniczego (wykonawczego?) sądu – zob. R. K m i e c i k, Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2, s. 23 (przypis 27).

ją ich przeciwstawne nieraz interesy. Chociażby z tego powodu nie sposób oczekiwać, aby strony nie były w jakimś stopniu „stronnicze”. Pojęcie „stronniczości” można rozumieć w różny sposób, nie zawsze jednak i niekoniecznie zasługujący na potępienie, zwłaszcza w języku prawniczym. Zagadnienie „bezstronności” bądź „stronniczości” prokuratora jako strony przed sądem wiąże się także z kwestią natury językowej (terminologicznej) i zawiera rodzaj semantycznej pułapki, która może sprowadzić rozważania na fałszywe tory prowadzące do błędnej konkluzji, jakoby prokurator przed sądem mógł pozwolić sobie na „stronniczość”, w powszechnym słownikowym, mocno pejoratywnym znaczeniu tego słowa.

Stronniczość zwłaszcza w odniesieniu do organu rozstrzygającego w sposób imperatywny, w szczególności sądu stanowi wysoce naganne, porównywalne z korupcją zachowanie będące zaprzeczeniem obiektywizmu, sprawiedliwości, uczciwości, słowem – oczekiwanej zwłaszcza od sądu bezstronności, to jest tej cechy rozpoznawania i rozstrzygania spraw karnych, która podniesiona została do rangi gwarancji konstytucyjnej (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Bezstronność powinna charakteryzować także inne organy procesowe, zwłaszcza gdy u podstawy rozstrzygnięcia występują naruszone lub zagrożone przeciwstawne interesy stron pozostających w konflikcie procesowym.

Z kolei „stronniczość” w słownikowym znaczeniu oznacza brak obiektywizmu, „bycie stronniczym”, „nieobiektywnym”, zaś przymiotnik „stronniczy” znaczy tyle co kierowanie się „nie obiektywizmem, ale własnymi sympatiami, własnym interesem; będący wyrazem takiej postawy, nieobiektywny, tendencyjny, uprzedzony, niesprawiedliwy”⁴.

Nie wydaje się, aby tak pojmowaną „stronniczość” prokuratora jako oskarżyciela publicznego miał na uwadze prof. K. Zgryzek, gdy pisał – raczej w konwencji języka prawniczego, niż potocznego (powszechnego) – o „uprawnieniu prokuratora do funkcjonowania w postępowaniu jurysdykcyjnym w charakterze »stronniczej« strony procesowej”⁵ albo gdy uznał „stronniczość” za „immanentną cechę strony”⁶. Gdyby cytowany Autor pojmował „stronniczość” prokuratora przed sądem w znaczeniu słownikowym trudno byłoby nie przyłączyć się do polemicznej wypowiedzi prokuratora A. Herzoga, który zakwestionował tezę o uprawnieniu prokuratora do „stronniczości” w działaniu przed sądem wskazując na obowiązek zachowania „bezstronności” obciążający prokuratora nie tylko w postępowaniu jurysdykcyjnym ale

⁴ Zob. E. W i e r z b i c k a (red. nauk.), Słownik współczesnego języka polskiego, t. 2, Warszawa 1998, s. 361.

⁵ K. Z g r y z e k, Bezstronność prokuratora, osoby prowadzącej postępowanie przygotowawcze oraz innego oskarżyciela publicznego – uprawnienie czy obowiązek?, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 10, s. 17–18.

⁶ Tamże, s. 14.

nawet w stadium wykonawczym⁷, gdy zasada domniemania niewinności oskarżonego już nie funkcjonuje. Rzecz w tym jednak, że o ile w stosunku do sądu lub każdego organu procesowego uprawnionego do władczych rozstrzygnięć (m.in. prokuratora w postępowaniu przygotowawczym) takie pojęcia jak „bezstronność” lub „stronniczość” zachowują w języku prawniczym znaczenie niemal identyczne z powszechnym (słownikowym) pojmowaniem tych wyrazów z języku polskim, o tyle w stosunku do stron procesu karnego, w tym również oskarżyciela publicznego działającego przed sądem, zarówno „bezstronność”, jak i „stronniczość” w języku prawniczym ulegają semantycznej modyfikacji, a „stronniczość” traci swój negatywny wydźwięk.

Jeżeli – jak pisze prof. Z. Zgryzek – immanentną cechą strony jest jej „stronniczość”, to oznaczać to może jedynie – i nic ponadto – że strona realizuje przed sądem swój „własny” interes prawny zwykle pozostający w sprzeczności z interesem innych stron. W wypadku prokuratora jako oskarżyciela publicznego „stronniczość” może oznaczać, że realizuje on przed sądem interes publiczny oraz broni go rzetelnie i uczciwie, jeżeli pozostaje w sprzeczności z interesem indywidualnym oskarżonego lub pokrzywdzonego, natomiast jeżeli jest zgodny – wówczas prokurator wspiera również interesy indywidualne pozostałych stron działając nawet z korzyścią dla oskarżonego. W tym sensie „stronniczość” strony ma charakter moralnie i prawnie neutralny, a „stronniczość” prokuratora nie zwalnia go od zachowania obiektywizmu, m.in. także w postępowaniu dowodowym przed sądem.

W literaturze niemieckiej nie brak jest głosów kwestionujących w ogóle charakter prokuratora przed sądem jako „strony”⁸. Jest to pogląd skrajny odzwierciedlający przekonanie, że kontynentalny proces karny publicznoskargowy nie jest „procesem stron”, ponieważ nie jest jakoby procesem kontradyktoryjnym. Co więcej jednak – i co trudniej zakwestionować – koncepcję prokuratora jako „bezstronnej strony” sprowadza się, jeśli nie *ad absurdum*, to do językowej antylogii, z uwagi na wewnętrzną sprzeczność tego wyrażenia (*contradictio in adiecto*)⁹.

Wyrażenie „bezstronna strona” jest oksymoronem w stosunku do każdej strony nie wyłączając oskarżyciela publicznego, a z kolei „strona stronnicza” jest czymś w rodzaju pleonazmu, niczym „biała biel” lub „słodka słodycz”. Dlatego nie wydaje się, aby w języku prawniczym należało kwalifikować działalność oskarżycielską prokuratora przed sądem jako „bezstronną” lub „stronniczą”, zwłaszcza gdyby równocześnie przypisać tym przymiotnikom

⁷ A. H e r z o g, Bezstronność prokuratora – uwagi na marginesie artykułu K. Zgryzka, Prokuratura i Prawo 2017, nr 11, s. 68.

⁸ M.in. H. H e n k e l, Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1968, s. 105; E. T i e d e, Die Stellung des Nebenklägers in Strafverfahrensrecht (...), Hamburg 1960, s. 111.

⁹ Zob. H. H e n k e l, tamże, s. 107.

znaczenie zaczerpnięte z języka potocznego. Co najwyżej w języku prawniczym można by im przypisać znaczenie szczególne, niekoniecznie zgodne z ich słownikowym pierwowzorem. Będąc stroną przed sądem jako oskarżyciel publiczny prokurator powinien bezwzględnie przestrzegać obowiązującego prawa zachowując lojalną, rzetelną i obiektywną postawę nie tylko wobec przeciwników procesowych, ale także wobec sądu, wytykając mu dostrzeżone błędy już w toku rozprawy, a nie dopiero po ogłoszeniu wyroku z intencją poprawienia wskaźnika uwzględnionych apelacji. Kierując się interesem publicznym prokurator powinien w konkretnych sytuacjach – jak już wspomniano – działać także na korzyść oskarżonego, co znajduje uzasadnienie w unormowaniach procesowych, które przytoczył w swojej polemice A. Herzog. Nie ma jednak powodu, aby kwestionować prawo oskarżyciela publicznego do działania zgodnego – jak to określa profesor K. Zgryzek – z „immanentną cechą” stronniczości (w sensie prawniczym, a nie słownikowo-potocznym) o „nachyleniu” oskarżycielskim, o ile nie jest ono sprzeczne z postulatem obiektywizmu i „bezstronności” pojmowanej w sposób właściwy semantyce języka powszechnego. „Stronniczość” prokuratora analizowana w płaszczyźnie znaczeniowej języka prawniczego, nie wyklucza bowiem obowiązku zachowania obiektywizmu, w szczególności w zakresie oceny *in concreto* interesu publicznego, który powinien być jedynym wyznacznikiem jego stosunku do pozostałych stron konfliktu procesowego i ich partykularnych interesów. Jego „stronniczość” – inaczej mówiąc – może polegać na tym, że w sposób możliwie „zobiektywizowany” powinien w kwestiach merytorycznych i procesowych opowiadać się po „stronie” interesu publicznego.

Z uwagi jednak na niejednoznaczność takich określeń jak „bezstronność” a zwłaszcza „stronniczość”, należałoby raczej ich unikać w rozważaniach prawniczych odnoszących się do stron procesu karnego, a zachowując je tylko dla oceny aktywności sądów i innych organów procesowych uprawnionych do podejmowania decyzji, w tym również prokuratora w stadium postępowania przygotowawczego. Tym bardziej, że „bezstronność” i „stronniczość” to określenia, które – w powiązaniu z działalnością stron przed sądem – rażą także w sensie logiczno-językowym swą wyraźną antylogią („bezstronna strona”) lub tautologią („strona stronnicza”). W praktycznej działalności prokurator, jako rzecznik interesu publicznego, w żadnym stadium procesu karnego nie może pozwolić sobie – co wydaje się oczywiste – na „stronniczość” w powszechnym lub potocznym tego słowa znaczeniu.

Are prosecutors “partial” or “impartial” parties to court proceedings?

Abstract

This paper offers a critical analysis of terms such as “impartial party” (oxymoron) and “partial party” (pleonasm). When being a party to proceedings, a prosecutor should exercise objectivity towards their adversaries in proceedings, and, at the same time, cultivate the public interest where particularistic interests of other parties are in conflict with such public interest.

Michał Kurowski

Immunitet parlamentarny a gromadzenie dowodów w postępowaniu karnym

Streszczenie

Dowodowe czynności poszukiwawcze stanowią niezwykle skomplikowaną problematykę. Z jednej bowiem strony wpływają na prawa obywatelskie uregulowane w Konstytucji RP, z drugiej zaś jednocześnie niezbędne są dla zapewnienia możliwości dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych. Dodatkowo sytuację komplikuje istnienie szeregu okoliczności określających specjalne zasady, czy też wyłączenia od możliwości skorzystania z niektórych z ich form. W niniejszym opracowaniu przedstawiono możliwy zakres działania organów ścigania (dowodowych czynności poszukiwawczych) wobec osoby, która korzysta z immunitetu formalnego w postaci immunitetu parlamentarnego w kontekście zakresu dozwolonych czynności, o których mowa w art. 17 § 2 k.p.k., w sytuacji gdy ściganie karne ma dotyczyć takiej osoby.

Niezwykle istotny wpływ na tok postępowania karnego mają przesłanki procesowe. Rzutuż one nie tylko na samą możliwość prowadzenia postępowania, ale również na wiele innych kwestii. Ich działanie w szczególności ujawnia się na płaszczyźnie dowodowych czynności poszukiwawczych. Szczególną rolę odgrywa tu unormowanie art. 17 § 2 k.p.k. odnoszące się do sytuacji uzyskania zezwolenia na ściganie. Ta norma prawna wyraźnie wskazuje, że możliwe jest podjęcie określonych działań procesowych w celu opracowania stosownego wniosku o zezwolenie na ściganie. Rozważania w niniejszym opracowaniu przedstawię w oparciu o konstrukcję immunitetu parlamentarnego.

Pierwszym elementem istotnym z punktu widzenia omawianej tematyki jest umiejscowienie prawnej konstrukcji immunitetu formalnego w systemie przesłanek procesowych. Należy zauważyć, iż przesłanki procesowe nie są w nauce i doktrynie rozumiane jednolicie. Jak zauważyła Z. Świda-Łagiewska¹ wyróżnić można dwa podstawowe nurty. Większość doktryny identyfikuje przesłanki z warunkami dopuszczalności postępowania karnego.

¹ Z. Świda-Łagiewska, Przesłanki dopuszczalności postępowania wykonawczego, NP. 1973, nr 1, s. 65.

Jednakże niektórzy autorzy uznają, że są to określone stany, z którymi prawo karne procesowe łączy dopuszczalność albo niedopuszczalność postępowania. Ostatni z przedstawionych poglądów reprezentowany był przez M. Cieślaka². Inną definicję tego pojęcia przedstawił J. Haber³, który uznał iż mianem przesłanek obejmuje się całość warunków, od istnienia których zależy możliwość merytorycznego rozpoznania i merytorycznego rozstrzygnięcia określonego przedmiotu procesu na określonej drodze procesowej. W mojej ocenie należy przychylić się do zdania J. Tylmana⁴, iż przesłanki procesowe to warunki dopuszczalności postępowania karnego. Pojęcie przesłanki procesowej można zatem używać zamiennie z pojęciem warunku dopuszczalności procesu, albowiem ich zakres znaczeniowy jest tożsamy. Przy takim ujęciu tego pojęcia należy odróżnić instytucję przesłanek określonych czynności procesowych⁵ – czyli swoistych warunków niezbędnych dla dokonania danej czynności – np. podstawy dla stosowania środków zabezpieczających.

Samo określenie przesłanek procesowych, szczególnie tak ogólne, nie może rozwiązać wszelkich problemów związanych zarówno z teoretycznymi, jak i praktycznymi konsekwencjami pewnych stanowisk w tej kwestii. Proces karny w przypadku stwierdzenia sytuacji braku przesłanek procesowych staje się procesem nieprawidłowym, w którym nie można rozstrzygać o przedmiocie procesu i prowadzić musi do jego zakończenia poprzez wydanie decyzji o charakterze formalnym. Z tej przyczyny niezwykle ważnym staje się precyzyjne określenie charakteru danej przesłanki procesowej w ujęciu abstrakcyjnym. Wskazać należy, iż w doktrynie aktualny jest spór co do możliwego charakteru przesłanek procesowych, który w konsekwencji przekłada się na przyjmowane podziały tych okoliczności. I tak wyróżnić można następujące koncepcje dotyczące omawianego problemu.

Pierwsza, najbardziej restrykcyjna grupa poglądów uznaje, że przesłanki są to okoliczności tylko o procesowym charakterze⁶. W mojej ocenie nie do zaakceptowania jest proponowany w ramach tej grupy poglądów podział na podział na przesłanki *sensu stricto* i *sensu largo*. Nie można przyjąć, zatem za zasadne uznawania, że przesłanki o charakterze procesowym to przesłanki *sensu stricto*, a pozostałe winny być zaliczane do kategorii *sensu largo*.

² M. Cieślak, Polska procedura karna, Warszawa 1971, s. 402–423, przyjęty został zresztą słusznie J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, s. 183; tenże, Instytucja czynności sprawdzających w postępowaniu karnym, Łódź 1984, s. 36 i powołana tam literatura.

³ J. Haber, Pojęcie i istota przesłanek procesu karnego, PiP 1967, nr 2, s. 14.

⁴ J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie..., s. 180.

⁵ S. Waltoś, Proces..., s. 445.

⁶ J. Haber, *op. cit.*, s. 219 – autor uważa, iż przesłanki mają wyłącznie procesowy charakter, nawet wtedy gdy stanowią odbicie określonych norm materialno-prawnych; S. Śliwiński, Proces karny. Zasady ogólne, Warszawa 1947, s. 150 i nast.

Drugą koncepcją przyjętą w doktrynie jest określenie przesłanki jako warunku prawnego decydującego o prawnej dopuszczalności procesu. Ten pogląd wyłącza z grona przesłanek kwestie dowodowej niemożliwości prowadzenia postępowania⁷. Jego zwolennicy dzielą okoliczności skutkujące umorzeniem postępowania na przesłanki procesowe *sensu stricto* i merytoryczne podstawy umorzenia postępowania (art. 11 pkt 1 i 2 k.p.k. z 1969 r. – art. 17 § 1 pkt 1–4 k.p.k. z 1997 r.) Podzielić należy zdanie zarówno J. Tylmana, jak i S. Waltoś⁸, iż również ta koncepcja jakkolwiek obejmująca zarówno warunki formalne jak i materialne, nie wyczerpuje całokształtu okoliczności mogących rzutować na kwestię dopuszczalności procesu.

Ostatnia najpełniejsza zakresowo koncepcja charakteru przesłanek procesowych opiera się o rozróżnianie trzech ich kategorii, a mianowicie przesłanek formalnoprawnych, materialnoprawnych i mieszanych⁹. Jest to więc pogląd, który obejmuje znacznie szerszy zakres warunków dopuszczalności procesu karnego. Stanowisko powyższe oparte jest na definicji przesłanek procesowych opracowanej przez M. Cieślaka, którą przedstawiłem na wstępie niniejszego opracowania. Takie ujęcie przesłanek procesowych nie pozostawia poza swoim zakresem znaczeniowym żadnej z podstaw umorzenia związanych z niedopuszczalnością postępowania karnego.

W tym kontekście wskazać należy na problematykę uregulowania zawartego w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. We powołanej normie prawnej zawarte są dwie przesłanki procesowe, a mianowicie: brak wniosku o ściganie oraz brak zezwolenia na ściganie. Obie te okoliczności zaliczane są do negatywnych względnych przesłanek procesowych, gdyż mogą zostać one uchylone w wyniku podjęcia działań przez właściwy podmiot¹⁰. Przesłanka braku zezwolenia na ściganie kojarzona jest z instytucją immunitetu formalnego.

⁷ Koncepcja ta związana była ze stanowiskiem wywodzącym się jeszcze sprzed nowelizacji k.p.k. w 1950, kiedy to uważano, iż brak cech przestępstwa nie należy do dziedziny przesłanek procesowych. Następnie wprowadzona nowelizacja spowodowała znaczne problemy interpretacyjne dla wskazanej teorii W. Daszkiewicza, który postulował nawet o wykreślenie z projektu k.p.k. art. 11 pkt. 1 – W. Daszkiewicz, *Przestępczość czynu jako przesłanka procesu* (Uwagi w związku z projektem k.p.k.), PIP 1968, nr 12, s. 954–967; zob. też W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 1999, s. 128–130).

⁸ J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*, s. 180; S. Waltoś, *Proces...*, s. 440.

⁹ Za takim rozwiązaniem opowiadają się M. Cieślak, *Proces karny*, Kraków 1953, t. II, s. 243 i następne; tenże *poliska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 447; L. Schaff, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, s. 18 i następne; tenże, *Proces...*, s. 219 i następne, R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2002, s. 202–203; S. Waltoś, *Proces...*, s. 442–444; J. Tylman, *Instytucja czynności sprawdzających w postępowaniu karnym*, s. 37–40.

¹⁰ M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 143.

Z uwagi na złożoność tej instytucji immunitetu parlamentarnego nie można jednakże stwierdzić, że zakresy tych pojęć są tożsame. Tym samym niezbędne jest określenie zakresu treściowego pojęcia immunitet parlamentarny, tak aby możliwe stało się zdekodowanie dopuszczalnego zakresu czynności dowodowych w zależności od ustalonej przestrzeni działania immunitetu.

W piśmiennictwie¹¹ wskazuje się, że immunitet parlamentarny określają cztery normy prawne:

- 1) (immunitet materialny) zakazującą w każdym czasie pociągnięcia do odpowiedzialności deputowanego (posła, senatora) za działalność wchodzącą w zakres sprawowanego mandatu poselskiego, która nie narusza praw osób trzecich,
- 2) (immunitet formalny) zakazującą bez zgody Sejmu (Senatu) pociągnięcia do odpowiedzialności sądowej za działalność wchodzącą w zakres sprawowanego mandatu, która narusza prawa osób trzecich,
- 3) (immunitet formalny) zakazującą w czasie sprawowania mandatu bez zgody Sejmu (Senatu) pociągnięcia do odpowiedzialności karnej,
- 4) (przywilej nietykalności) zakazującą zatrzymania lub aresztowania deputowanego bez zgody Sejmu (Senatu), z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku, wtedy, gdy jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania.

Zaznaczyć należy, iż dowodowe czynności poszukiwawcze (w szczególności przeszukanie), jako ingerujące w różne sfery wolności i praw parlamentarzysty, przez różnych autorów wiązane są z różnymi aspektami immunitetu¹². Kwestia ta jest o tyle istotna, że od rodzaju zgody uprawnionego organu (na uchylenie immunitetu formalnego lub na uchylenie przywileju nietykalności) zależy może dalszy zakres dopuszczalnych czynności procesowych wobec deputowanego.

Należy wskazać, iż czynności dowodowe poszukiwawcze nie mogą być prowadzone w zakresie czynów objętych immunitetem materialnym posła lub senatora, gdyż wiąże się on z materialnym immunitetem parlamentarnym

¹¹ K. Grajewski i M. Nowakowska, Immunitety i nietykalność parlamentarna w świetle projektów zmian normatywnych ustawy z dnia 26 czerwca 2003 r., Gd. St. Praw. 2004, t. XII, s. 69; zob. też J. Grajewski, K. Grajewski, Immunitet parlamentarny na tle obowiązujących przepisów prawa karnego procesowego (Część II), PS 1993, nr 2, s. 14–15; Z. Czeszejko-Sochacki, Prawo parlamentarne w Polsce, Warszawa 1997, s. 80. W piśmiennictwie znaleźć jednakże można pogląd, iż jako jedną z gwarancji niezależności podaje się obok immunitetu formalnego i materialnego nietykalność osobistą – tak np. L. Garlicki, Polskie prawo konstytucyjne, Warszawa 2000, s. 225; P. Winczorek, Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2002, s. 178–182.

¹² M. Chmaj, W sprawie dopuszczalności przeszukania pokoju zajmowanego przez posła w hotelu sejmowym, Przegląd Sejmowy 2014, nr 6, s. 105–109; W. Odroważ-Sypniewski, tamże s. 118, odmiennie S. Stainborn, który zalicza ww. do przywileju nietykalności, tamże s. 124 oraz K. Grajewski, tamże, s. 134).

tw. przywilejem nieodpowiedzialności¹³. Immunitet parlamentarny nie stanowi indywidualnego przywileju posła lub senatora, lecz przyznany został instytucji. Nie jest on zatem prawem podmiotowym lecz instytucjonalnym i jako taki musi być interpretowany zgodnie ze stosownymi normami Konstytucji¹⁴. Jak słusznie zauważył Trybunał Konstytucyjny wynika z tego, iż musi on być interpretowany (jego zakres) poprzez pryzmat ochronny przed bezprawną ingerencją w działalność parlamentu. Jest to immunitet o charakterze bezwzględny, nie może zostać uchylony, a działa niezależnie od decyzji jakiegokolwiek organu. Z uwagi jednocześnie na jego wyżej wskazaną funkcję, nie jest możliwe jego zrzeczenie się przez członka parlamentu¹⁵.

Pomimo, iż immunitet parlamentarny występuje w obu podstawowych formach, jak zauważono wcześniej, to z punktu widzenia przesłanki stypizowanej w art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. znaczenie podstawowe ma jego materialna odmiana, która do polskiego porządku prawnego ponownie wprowadzona została ustawą konstytucyjną z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym¹⁶.

Art. 105 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, iż poseł nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za swoją działalność wchodzącą w zakres sprawowania mandatu poselskiego ani w czasie jego trwania, ani po jego wygaśnięciu. Za taką działalność poseł odpowiada wyłącznie przed Sejmem, a w przypadku naruszenia praw osób trzecich może być pociągnięty do odpowie-

¹³ Nazwa taka jest powszechnie używana dla określenia pojęcia immunitetu materialnego o charakterze materialnym w odróżnieniu od immunitetu formalnego określanego mianem „nietykalności” – tak np. B. Banaśzak, Immunitet parlamentarny *de lege lata* i *de lege ferenda*, PiP 1994, nr 4, s. 43.

¹⁴ Zobacz Informacja o istotnych problemach działalności wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2001 r. część IV. Immunitet parlamentarny; przedłożona na zasadzie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 z późn. zm.) w dniu 10 kwietnia 2002 r.; dostępna www.senat.gov.pl; podobne stanowisko wyraża J. Mordwiłko, Immunitet parlamentarny (Analiza krytyczna instytucji), PiP 1996, nr 6, s. 28

¹⁵ Ponadto podkreśla się, iż jest to immunitet uchylający karalność czynu – a zatem wola sprawcy jest w tym wypadku bez znaczenia prawnego – tak W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe..., s. 145.

¹⁶ Dz. U. z 1992 r., Nr 84, poz. 426 – ustawa ta zwana Małą Konstytucją przewidywała w art. 7, że poseł nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za działania wynikające z wykonywania mandatu ani w czasie trwania mandatu, ani po jego wygaśnięciu, chyba że narusza dobra osobiste innych osób. Natomiast poprzez art. 24 ustawy przepis ten odpowiednio stosować należało do senatorów. O historycznym rozwoju materialnego immunitetu parlamentarnego zobacz J. Mordwiłko, Zakres immunitetu parlamentarnego w świetle „małej konstytucji”, PiP 1993, nr 6, s. 41–42 – ogólnie ujmując instytucja ta była znana rozwiązaniom międzywojennym, usunięta następnie przez Konstytucję z 1952, przywrócona została wyżej wskazaną ustawą konstytucyjną. Zobacz też komentarz do art. 105 Konstytucji – W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2002.

działności sądowej tylko za zgodą Sejmu. Poprzez art. 108 Konstytucji przepis ten stosuje się do senatorów. Zauważyć należy, iż ustawa przewiduje, konieczność kumulatywnego spełnienia kilku warunków dla uznania, iż zachowanie posła (senatora) odbyło się w granicach immunitetu materialnego, są to:

- działalność wchodząca w zakres sprawowania mandatu parlamentarnego,
- nienaruszanie praw osób trzecich.

Pierwszą z przesłanek rozumie się na tyle szeroko, iż przy jej dekodowaniu należy uwzględniać każdą działalność wchodzącą w zakres sprawowania mandatu poselskiego (senatorskiego), a więc zarówno działalność parlamentarną jak i pozaparlamentarną. Pierwszy z przedstawionych zakresów działalności, na który składają się uczestnictwo w ustawodawczej i kontrolnej funkcji parlamentu, nie budzi zastrzeżeń. Pewne wątpliwości w piśmiennictwie pojawiają się przy interpretacji zakresu tego pojęcia, gdy chodzi o element zachowania pozaparlamentarnego. Jak zauważa R. A. Stefański¹⁷, działania wchodzące w zakres tego pojęcia ujęte zostały w definicji ustawowej – art. 6 ust. 2 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora¹⁸. Przepis ten przewiduje, iż działalność ta, „obejmuje zgłaszanie wniosków, wystąpienia lub głosowania na posiedzeniach Sejmu, Senatu lub Zgromadzenia Narodowego oraz ich organów, na posiedzeniach klubów, kół i zespołów poselskich, senackich lub parlamentarnych, a także inną działalność związaną nieodłącznie ze sprawowaniem mandatu (podkreślenie autora)”. Tłumaczenie pojęcia za pomocą tego samego pojęcia stanowi naruszenie podstawowej zasady wyjaśniania wątpliwości i zmusza do odwołania się do innych metod interpretacyjnych. Nawet taka definicja może jednak być przydatna. Wprowadza ona dodatkowy element w postaci „nieodłączności” powiązania pomiędzy podejmowanymi działaniami a sprawowaniem mandatu. Zauważyć należy, iż wątpliwości odnośnie rozumienia tego pojęcia podnieszone były już w okresie międzywojennym¹⁹. Odnośnie „działalności parlamentarnej”, na gruncie art. 7 „małej konstytucji” swoje stanowisko zajął Sąd

¹⁷ R. A. Stefański, Karnoprocesowe aspekty zgody parlamentarzysty na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, Prok. i Pr. 2002, nr 6, s. 16.

¹⁸ Ustawa z dnia 9 maja 1996 r. Dz. U. Nr 73, poz. 350, ostatnia zmiana Dz. U. z 2003 r., Nr 173 poz. 1301.

¹⁹ Jak wcześniej podniesiono, Konstytucja Marcowa przewidywała immunitet parlamentarny o charakterze materialnym (zob. przypis 176). Ten akt prawny posługiwał się również stwierdzeniem „działalność wchodząca w zakres wykonywania mandatu posła”. Odnośnie tego pojęcia wypowiedział się m.in. W. Komaracki, Polskie prawo polityczne (Geneza i system), Warszawa 1922, s. 455. Podkreślił on konieczność odwołania się do unormowań samej Konstytucji, z której przepisów wyinterpretował, iż jedynym pozaparlamentarnym zachowaniem związanym z tym pojęciem jest uczestnictwo w nadzwyczajnych komisjach wyłonionych dla zbadania poszczególnych spraw.

Najwyższy²⁰. Wyrażono wówczas pogląd, że nie tylko działania w Sejmie (Senacie) wyczerpują zakres interpretowanego pojęcia, ale również immunitet funkcjonuje przy działalności zewnętrznej pod zawężającym warunkiem – „mieszczania się” w granicach realizacji funkcji członka parlamentu. W pełni podzielam stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w powołanej uchwale, iż: „z samej istoty tego mandatu – piastowanego przez posła w imieniu i z wyboru Narodu – wynika, że musi on być wykonywany przy użyciu godziwych metod postępowania (podkreślenie autora), nie naruszających zasad dobrej wiary ze strony społeczeństwa do tego, kto go posiada”. Takie stanowisko pozwoliło na rozstrzygnięcie wątpliwości podnoszonych w literaturze, a mianowicie czy czyny stanowiące wykroczenia przeciwko izbie (głosowanie za nieobecnego członka parlamentu) czy inne, jak bójki w obrębie parlamentu, mieszczą się w zakresie znaczeniowym pojęcia „wynikających z wykonywania mandatu”²¹ – kategorycznie wykluczając je z zakresu immunitetu. Przyjmując zatem interpretację pojęcia przedstawioną przez Sąd Najwyższy – mimo, iż dotyczącą „małej konstytucji” – wobec błędu *idem per idem* definicji ustawowej, pozostałe niewymienione w art. 6 ust. 2 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora czynności muszą być interpretowane poprzez pryzmat wskazanych w uchwale zasad. Nie można jednakże *a priori* wykluczyć, iż określone zachowanie nie będzie wiązało się z wykonywaniem mandatu posła lub senatora. Taki wniosek może wynikać dopiero z analizy postępowania *in concreto*.

Odnosnie drugiej z przesłanek podkreślić należy, iż wyróżnić można trzy podstawowe elementy decydujące o jej charakterze. Są to następujące pojęcia: osoba trzecia, naruszenie i dobro osobiste.

Określenie „osoby trzeciej” może budzić pewne wątpliwości, albowiem jego rozumienie może być dwojakie. Po pierwsze jako osoby z poza parlamentu, a po drugie jako każda inna osoba, niż naruszający dobro parlamentarzysty. Powszechnie przyjęło się, iż chodzi o ochronę wszelkich osób. Wyłączanie z tego kręgu tylko z powodu posiadania przez określoną osobę statusu parlamentarzysty byłoby niesłuszne. Skutkiem przyjęcia takiej interpretacji jest możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności parlamentarzysty za naruszenie dóbr osobistych innego parlamentarzysty²².

²⁰ Uchwała z dnia 16 lutego 1994 r., sygn. I KZP 40/93, OSNKW 1994, nr 3–4 poz. 18.

²¹ E. Gudlewicz, W. Orłowski, Sejm i Senat, (w:) Zarys prawa konstytucyjnego, Lublin–Rzeszów 1993, s. 86.

²² L. Garlicki, Opinia prawna w sprawie zakresu podmiotowego „osoby trzeciej” z art. 105 ust. 1 Konstytucji, Biuro Studiów i Ekspertyz Sejmu, Warszawa 2002, s. 1–3, za R. A. Stefańskiego, Karnoprocesowe aspekty zgody parlamentarzysty na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, Prok. i Pr. 2002, nr 6, s. 17. L. Garlicki w powołanym przez R. A. Stefańskiego opracowaniu szerzej omawia ten problem wskazując na inne jeszcze elementy przemawiające za takim rozumieniem tego pojęcia.

Kwestia „naruszenia” sprowadza się do dwóch aspektów – jego bezpośredniości oraz zagrożenia naruszeniem. Odnośnie kwestii bezpośredniości i jej ewentualnego naruszenia podzielam pogląd R. Kmiecika²³, iż należy odróżnić kwestię odpowiedzialności cywilnej, dla której wystarczającym jest nawet pośredniość naruszenia, od karnej – interpretowanej poprzez wymóg bezpośredniości naruszenia dobra – art. 49 § 1 k.p.k. Przepis ten wymaga dla nabycia statusu pokrzywdzonego „bezpośredniości naruszenia dobra prawnego”. Z uwagi na podstawowy cel, jaki ma wyłączenie działania immunitetu parlamentarnego (ochrona osób trzecich), uznać należy, iż brak bezpośredniości powoduje nie nabycie przez uprawnionego statusu pokrzywdzonego. Posła (senatora) chroni immunitet materialny w zakresie czynów karnych. Odnośnie natomiast pojęcia „naruszenia” to istotnym dla określenia zakresu immunitetu jest ustalenie, czy samo zagrożenie dobra jest wystarczające dla uchylenia tego przywileju. Niewątpliwie pojęcia te nie są ze sobą tożsame. Jednakże to konkretny przepis prawa będzie rozstrzygał o tym, jaką formę musi przybrać zachowanie sprawcy. Niewykluczone, iż wystarczającym będzie samo zagrożenie.

Pojęcie dóbr osobistych określone zostało w art. 23 i 24 k.c. i w zakresie tej przesłanki interpretację prowadzić należy poprzez pryzmat tych artykułów.

Stwierdzenie, iż działalność posła lub senatora wykracza poza zakres sprawowania mandatu parlamentarnego lub narusza dobra osobiste osób trzecich powoduje, iż zachowanie parlamentarzysty nie jest objęte immunitetem materialnym. Tym niemniej pociągnięcie do odpowiedzialności wymaga uchylenia immunitetu formalnego. Taka interpretacja ma odniesienie do sporu, który pojawił się na gruncie rozpoznawania wniosków Prokuratora Generalnego o uchylenie immunitetu parlamentarzysty. Nie można pogodzić się ze zdaniem, iż gdyby w ocenie Prezydium Sejmu wniosek zmierzał do uchylenia immunitetu materialnego, można byłoby go zwrócić wnioskodawcy bez rozpoznania²⁴.

²³ R. Kmiecik, Immunitet czy kontratyp bezwzględny? (W związku z problematyką materialnego immunitetu parlamentarnego), PiP 1996, nr 10, s. 69–70. Odnośnie kwestii, czy naruszenie dobra osobistego uchyla immunitet w zakresie odpowiedzialności karnej czy cywilnej, zdanie wyraził J. Mordwiłko, Zakres immunitetu parlamentarnego w świetle „małej konstytucji”, PiP 1993, nr 6, s. 43, który uznał, iż możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności cywilno sądowej, pomijając aspekt karny. Takie stanowisko moim zdaniem nie jest słuszne i dlatego przy zbiegu czynu karalnego z naruszeniem dobra osobistego uchylony jest immunitet co do całości, a więc zarówno część karna, jak i cywilna.

²⁴ J. Mordwiłko, Immunitet parlamentarny (Analiza krytyczna instytucji), PiP 1996, nr 6, s. 28–29; podzielić należy pogląd R. Kmiecika, (w:) Immunitet czy kontratyp bezwzględny? (W związku z problematyką materialnego immunitetu parlamentarnego), PiP 1996, nr 10, s. 71, iż z powołanych względów każdy wniosek, nawet taki, który zmierza do uchylenia immunitetu materialnego, powinien zostać rozpoznany, gdyż Prokurator Generalny jako podmiot fachowy nie skierowałby oczywiście bezpodstawnego wniosku.

Zrzeczenie się immunitetu a zrzeczenie się przywileju nietykalności

Podkreślić należy, iż niewątpliwie parlamentarzysta może zrzec się immunitetu formalnego (arg. z art. 105 ust. 4 Konstytucji), wątpliwie jest jednak, czy może on zrzec się przywileju nietykalności. Art. 7. ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora²⁵ stanowi, iż od dnia ogłoszenia wyników wyborów do dnia wygaśnięcia mandatu poseł lub senator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej bez zgody Sejmu lub Senatu, z zastrzeżeniem art. 8. Po pierwsze należy zauważyć, iż ograniczenie tego przywileju występuje dwustronnie, dotyczy on jedynie odpowiedzialności karnej²⁶ oraz nie wkracza w zakres sprawowania mandatu. Po drugie możliwe jest zgodnie z art. 8 powołanej ustawy uprzedzenie reakcji Parlamentu poprzez zrzeczenie się przez uprawnionego immunitetu, co następuje przez złożenie oświadczenia o poddaniu się odpowiedzialności karnej. Pewne problemy budzi natomiast określenie zakresu przedmiotowego zgody parlamentarzysty oraz kolizji zgody posła (senatora) przy odmownej decyzji izby. Z jednej strony immunitet parlamentarny przynależy jest instytucji jako takiej, a nie poszczególnym posłom, z drugiej zaś ustawa dopuszcza możliwość zrzeczenia się go przez poszczególnych jej członków. Niewątpliwie zakres immunitetu formalnego jest niejednolity. Składają się nań bowiem niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i tzw. nietykalność poselska (senatorska). Ten drugi aspekt związany jest ściśle z przywilejem izby mającym za celu realizację czynności sprawowania mandatu parlamentarzysty i jako taka stanowi dobro, którego dysponentem nie jest poszczególny jej członek. Podobnie należy zauważyć, iż niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności obejmuje nie tylko przestępstwa pospolite czy skarbowe, ale również te sytuacje, gdy wykonywanie mandatu wiąże się z naruszeniem praw osób trzecich (wówczas, jak to podniesiono, immunitet materialny przekształca się w formalny). Ten drugi „składnik” nie może pozostawać w wyłącznej kompetencji posła (senatora). Oceny wymaga tu bowiem nie tylko to, czy dana czynność jest sprawowaniem mandatu, ale również to, czy doszło do naruszenia praw osób trzecich. Ocena istnienia wskazanych okoliczności powinna zostać pozostawiona decyzji odpowiedniej izby. Z tych przyczyn należy uznać za słuszne rozumowanie R. A. Stefańskiego²⁷ wykluczające możliwość zrzeczenia się w tym zakresie immunitetu. Odnośnie ko-

²⁵ Dz. U. z 1996 r., Nr 73, poz. 350.

²⁶ J. Grajewski, K. Grajewski, Immunitet parlamentarny tle obowiązujących przepisów prawa karnego procesowego (Część I), PS z 1993, nr 1, s. 5; B. Banaszak, Immunitet parlamentarny *de lege lata* i *de lege ferenda*, s. 43, z tym że wniosek ten dotyczy wszystkich przestępstw, a nie tylko związanych z wykonywaniem funkcji.

²⁷ R. A. Stefański, Karnoprocesowe aspekty zgody parlamentarzysty na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, Prok. i Pr. 2002, nr 6, s. 21–23.

lizji decyzji izby i jej członka co do zezwolenia na ściganie, to przyjęć należy, że w zakresie, w jakim poseł (senator) jest dysponentem dobra, może się go zrzec. Odmierna decyzja izby, a więc odmowa udzielenia zezwolenia, może być w dowolnym momencie uchylona decyzją parlamentarzysty. Natomiast wyrażona przez izbę zgoda na ściganie wyłącza jakąkolwiek możliwość interwencji posła (senatora). Nie może on bowiem poprzez swe działanie uchylić się od odpowiedzialności. Nie ma znaczenia zgoda członka izby w sytuacji, gdy nie dysponuje dobrem, a więc wówczas, gdy w wyniku jego decyzji dojść miałyby do uchylecia przywileju nietykalności.

Jak można zauważyć zakres czasowy omawianej instytucji został również określony przez przepisy prawa. Wskazany art. 7 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora stanowi bowiem, iż działa on „od dnia ogłoszenia wyników wyborów do dnia wygaśnięcia mandatu.”

Poważne wątpliwości powodował natomiast art. 8 ust. 1 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora w brzmieniu przed nowelizacją z dnia 21 sierpnia 2003 r. w związku z art. 105 ust. 3 Konstytucji. Wymuszona orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego²⁸ zmiana art. 8 ustawy zyskała aprobatę, a możliwość prowadzenia postępowania karnego wszczętego przed dniem wyboru na posła (senatora) do czasu złożenia żądania przez odpowiednią izbę nie budzi wątpliwości i jest również zgodna z brzmieniem art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. – jest to bowiem sytuacja, kiedy ustawa stanowi inaczej.

Podzielam pogląd B. Janusz-Pohl²⁹, że przywilej nietykalności stanowi jedynie składnik immunitetu parlamentarnego i polega on na zakazie aresztowania lub ograniczania w inny sposób wolności deputowanego, ponadto przywilej nietykalność nie służy ochronie deputowanego przed postępowaniem karnym lub innym rodzajem postępowania, którego celem jest zastosowanie wobec parlamentarzysty sankcji. Powołana autorka przeprowadza szeroką interpretację wzajemnych zależności pomiędzy pojęciem immunitet formalny (chroniący przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej) a przywilej niekaralności³⁰.

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 listopada 2001 r. w sprawie o sygn. K 36/01 OTK 2001, nr 8, poz. 255, zobacz też P. Mikula, M. Żurek, Glosa do wyroku TK z dnia 28 listopada 2001 r., sygn. K 36/01, PS 2002, nr 6, s.123 i n. Wskazani autorzy dodatkowo słusznie podkreślają konieczność pouczenia podmiotu (w postępowaniu przygotowawczym podejrzanego – tak moim zdaniem należy rozumieć pojęcie wszczęcie postępowania jako przedstawienie zarzutów) o uprawnieniu Parlamentu do żądania zawieszenia postępowania.

²⁹ B. Janusz-Pohl, Immunitety w polskim postępowaniu karnym, Rozdział II Charakterystyka wybranych immunitetów występujących w prawie polskim, 3. Immunitet parlamentarny, 3.2. Immunitet a nietykalność, wersja el/LEX – z powołanym tam stanowiskiem K. Grajewskiego.

³⁰ Zob. pogląd B. Janusz-Pohl, Immunitety w polskim postępowaniu karnym, Rozdział IV Immunitety w postępowaniu przygotowawczym, 7. Środki przymusu a ochrona immunitetowa, 7.2. Środki przymusu a nietykalność osobista, el/LEX), z krytyką niektórych twierdzeń piśmiennictwa i zasadnie wykazuje, że konieczne jest ustalenie charakteru danego środka

Na wstępie bez rozstrzygnięcia co do możliwości podejmowania działań bez uchylenia immunitetu warto przypomnieć podział dokonany przez wskazaną B. Janusz-Pohl³¹ na rodzaje środków przymusu, co pozwoli w dalszej części opracowania odpowiedzieć na postawione na wstępie pytanie. Z uwagi na jego zakres zbędne jest omawianie środków przymusu stosowanych wobec innych podmiotów niż strony (np. ukarania świadka za niestawienie). Powołana Autorka proponuje następujący podział – przy przyjęciu, że środki przymusu to nie tylko środki zabezpieczające, ale te wszystkie instytucje procesowe, z którymi wiąże się przymus:

- środki przymusu o charakterze izolacyjnym: ujęcie (art. 243 k.p.k.), zatrzymanie procesowe (art. 244 k.p.k.) oraz zatrzymania pozaprosesowe prewencyjne i administracyjnoprawne, zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie (art. 247 oraz art. 75 § 2, art. 285 § 2 k.p.k.), tymczasowe aresztowanie (art. 258 k.p.k.), obserwacja w zakładzie leczniczym (art. 203 k.p.k.), kara aresztu porządkowego na czas nieprzekraczający 30 dni (art. 287 § 2 k.p.k.), kara aresztu porządkowego do 14 dni za naruszenie powagi sądu (art. 49 § 1 pr. u.s.p.),
- nieizolacyjnie środki przymusu polegające na:
 - 1) ograniczeniu wolności osobistej: dozór policyjny (art. 275 k.p.k.), zawieszenie w czynnościach (art. 276 k.p.k.) oraz zakaz opuszczania kraju (art. 277 k.p.k.),
 - 2) ograniczeniu nietykalności cielesnej: przeszukanie osoby (art. 223 k.p.k. – czasem połączone z oględzinami art. 208 k.p.k.), oględziny zewnętrzne oraz badania i przymusowe wykonanie określonych czynności na osobie (art. 74, 192 i 192a k.p.k.),
 - 3) ograniczeniu nienaruszalności mieszkania: przeszukanie (art. 219 k.p.k.),
 - 4) „inne” środki przymusu o charakterze nieizolacyjnym. np. poręczenia, zabezpieczenie majątkowe, odebranie i zatrzymanie rzeczy, wydanie korespondencji i innych przedmiotów, kontrola i utrwalanie rozmów.

Takie ujęcie zatem, przy założeniu uzyskania zgody na ściganie, oznacza że wolno stosować wszystkie nieizolacyjne środki przymusu, a dopiero zgoda wyrażona odnośnie przywileju nietykalności otwiera drogę do stosowania środków godzących w wolność deputowanego. Zaznaczyć należy, iż choć Sąd Najwyższy początkowo wyrażał (na gruncie immunitetu sędziowskiego) odmienne zdanie, albowiem wskazał, że nie jest niezbędne dla zastosowania tymczasowego aresztowania wyjednywanie kolejnej zgody, a wystarczy

przymusu w celu ustalenia, czy wiąże się on z przywilejem nietykalności czy z immunitetem formalnym.

³¹ B. Janusz-Pohl, Immunitety w polskim postępowaniu karnym, Rozdział IV Immunitety w postępowaniu przygotowawczym, 7. Środki przymusu a ochrona immunitetowa, 7.2. Środki przymusu w prawie polskim, e/LEX.

zgoda na ściganie, to jednak w uchwale 7 sędziów z dnia 20 września 2007 r.³² podkreślił, że każde pozbawienie wolności sędziego wymaga odrębnego zezwolenia sądu dyscyplinarnego; wyjątek stanowi zatrzymanie przewidziane w art. 181 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz w art. 80 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.), będące konsekwencją ujęcia sędziego na gorącym uczynku przestępstwa.

Teza ta pozwala na przyjęcie, że przywilej nietykalności niewątpliwie wiąże się z pierwszą grupą instytucji wymienionych powyżej, a zatem uprawniony może zrzec się immunitetu w zakresie pozostałych czynności, jak i immunitetu w całości w zakresie ścigania karnego.

W dalszej części przedstawione zostaną możliwe do stosowania środki procesowe w sytuacji, gdy nie doszło jeszcze do uchylenia immunitetu parlamentarnego *sensu largo* (immunitet i przywilej nietykalności).

Immunitet jest uznawany za względną przesłankę procesową, a jej usunięcie następuje poprzez uzyskanie określonego zezwolenia. W omawianym przypadku zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności posła wyraża Sejm (art. 105 ust. 2 Konstytucji), senatora zaś Senat (art. 105 ust. 2 w zw. z art. 108 Konstytucji). Abstrahując od dokonywania szczegółowych analiz okoliczności stanowiących negatywne przesłanki procesowe wskazać należy, iż zasadą jest konieczność odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania w sytuacji stwierdzenia ich istnienia. Wyjątek ustawodawca przewidział w dwóch przepisach art. 17 § 4 (nie ma znaczenia w zakresie omawianej problematyki, albowiem dotyczy przesłanek z art. 17 § 1 pkt 4–6) oraz § 2 przepisu. Zgodnie ze wskazaną normą do chwili otrzymania wniosku lub zezwolenia władzy, od których ustawa uzależnia ściganie, organy procesowe dokonują tylko czynności niecierpiących zwłoki w celu zabezpieczenia śladów i dowodów, a także czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy wniosek będzie złożony lub zezwolenie będzie wydane. Co prawda z konstrukcji względnych przesłanek procesowych oraz obowiązku legalizmu można postawić tezę, że w omawianym zakresie dopiero wówczas organy prokuratury mogą zaniechać ścigania na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k., gdy uzyskają stanowisko negatywne w przedmiocie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności, a nie wówczas, gdy stwierdzą, że przesłanka ta zachodzi³³. Niezależnie od powyższego stanowiska zakres dopuszczalnych czynności procesowych będzie determinowany przez art. 17 § 2 k.p.k. oraz przez instytucję z art. 313 k.p.k.

W mojej ocenie ważne dla określenia dopuszczalnego zakresu postępowania w trybie art. 17 § 2 k.p.k. jest orzeczenie Sądu Najwyższego, z tego

³² Uchwała z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 21/07.

³³ R. A. S t e f a ń s k i, Karnoprocesowe aspekty zgody parlamentarzysty na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, Prok. i Pr. 2002, nr 6, s. 16 i następne).

powodu poniżej podaję jego główną tezę³⁴. Z treści wyżej przedstawionych dokumentów procesowych jednoznacznie wynika, że śledztwo w sprawie Prezesa Sądu Wojskowego, sędziego płk. S. P., nie było w istocie prowadzone w fazie *in rem*, a od pierwszej czynności procesowej w tej sprawie, tj. od postanowienia z dnia 15 marca 2007 r. o wyłączeniu z akt śledztwa Po.Śl. 28/06 materiałów dotyczących „nadużycia uprawnień przez Prezesa Sądu Wojskowego” oraz wydania polecenia adresowanego do ppłk. T. N., by przeprowadził śledztwo, było prowadzone w fazie *in personam*, przeciwko indywidualnie wskazanemu sędziemu. Wszystkie czynności procesowe przeprowadzone w okresie ponad rocznego śledztwa dotyczyły wyłącznie Prezesa Wojskowego Sądu Okręgowego w W. – sędziego płk. S. P. Tych śledczych czynności nie można utożsamiać z prowadzeniem dochodzenia w niezbędnym zakresie, o którym mowa w art. 308 k.p.k., czy też z czynnościami niecierpiącymi zwłoki, o których mowa w art. 17 § 2 k.p.k., zwłaszcza gdy chodzi o osoby, do ścigania których konieczne jest uzyskanie zezwolenia władzy (art. 13 k.p.k.). Jedynie na marginesie tych rozważań, ponieważ nie jest to niezbędne w niniejszej sprawie, podnieść należy, że w sytuacji, w której postępowanie karne prowadzone jest o określony czyn, o popełnienie którego podejrzewa się zindywidualizowanego sędziego, dopuszczalne jest dokonywanie czynności wymienionych w art. 17 § 2 k.p.k. Gdy jednak prokurator prowadzący lub nadzorujący to postępowanie, wbrew obowiązującemu prawu nie występuje z wnioskiem o pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, a nadal dokonuje czynności śledczych, sędziemu w tym postępowaniu przysługują uprawnienia podejrzanego, niezależnie od dalszych poczynań prowadzącego lub nadzorującego to postępowanie. Nie może bowiem być tak, że sędzia, przeciwko któremu jest prowadzone *de facto* postępowanie karne pozostaje w gorszej sytuacji procesowej niż podejrzany tylko dlatego, że prowadzący lub nadzorujący to postępowanie uchybia w sposób rażący obowiązującemu prawu.

Wskazane orzeczenie w mojej ocenie zbyt ograniczania zakres dopuszczalnych czynności, o których mowa w art. 17 § 2 k.p.k. Słusznie podkreśla się w piśmiennictwie³⁵, że nie można zgodzić się z interpretacją Sądu Najwyższego, zgodnie z którą art. 17 § 2 k.p.k. ograniczałby zakres postępowania przygotowawczego prowadzonego w fazie *in rem*, wówczas, gdy osobą podejrzaną byłby beneficjent immunitetu. Granicą prowadzenia postępowania przygotowawczego w sprawie jest bowiem moment, w którym organ prowadzący śledztwo lub dochodzenie uznaje, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, że istnieje dostatecznie uzasadnione podejrzenie, iż czyn, w przedmiocie którego toczy się postępowanie, popełniła konkretna

³⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2009 r., WSP 1/09.

³⁵ B. Janusz-Pohl, Głosa do postanowienia SN z dnia 21 lipca 2009, WSP 1/09, WPP 2011, nr 1, s. 127–138.

osoba (art. 313 k.p.k.). Jak słusznie wskazała B. Janusz-Pohl, samo tylko podejrzenie, że został popełniony przez oznaczoną osobę czyn zabroniony, i że stanowi on przestępstwo, wówczas, gdy osobą podejrzaną jest beneficjent immunitetu, determinuje jedynie wszczęcie i prowadzenie postępowania przygotowawczego w sprawie (art. 303 k.p.k.) oraz determinuje jego formę (art. 309 pkt 2 k.p.k.).

Wydaje się możliwym postawienie tezy, iż nie jest zasadnym niezwłoczne kierowanie wniosku o uchylenie immunitetu, ale winno to nastąpić dopiero wówczas, gdy zgromadzone dowody pozwalają na przekształcenie postępowania w postępowanie *in personam* poprzez skorzystanie z instytucji z art. 313 k.p.k., co pozwala na postawienie ogólnej tezy, iż czynności dowodowe o charakterze poszukiwawczym mogą być co do zasady prowadzone w tej fazie postępowania. Bardziej szczegółowego rozróżnienia dokonam na kanwie istniejącego piśmiennictwa i orzecznictwa oraz na gruncie zaistniałej sprawy posła na Sejm RP, w toku którego to postępowania dokonano przeszukania pokoju zajmowanego przez parlamentarzystę w domu poselskim oraz nieruchomości należących do deputowanego. W przedmiotowej sprawie zasięgnięto opinii szeregu podmiotów i tak:

M. Chmaj wyraża pogląd: Przeszukanie pomieszczeń zajmowanych przez parlamentarzystę bez uprzedniej zgody właściwej izby na uchylenie immunitetu jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie art. 105 ust. 2 Konstytucji³⁶.

W. Odrowąż-Sypniewski: przeszukanie pomieszczeń zajmowanych przez posła – w sytuacji gdy prokurator zgromadził już wystarczający materiał dowodowy, uzasadniający postawienie posłowi zarzutów, a Sejm nie wyraził zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej – stanowiłoby naruszenie art. 105 ust. 2 Konstytucji. Należy jednocześnie podkreślić, iż autor ten wskazuje, że nie istnieje coś takiego jak eksterytorialność Sejmu, a zatem nie jest niezbędne wyjednywanie zgody kogokolwiek dla przeszukiwania terenu Sejmu – traktuje jednolicie prywatne mieszkanie jak pokój sejmowy³⁷.

Całkowicie neguje możliwość przeszukania: niezależnie od formy postępowania i kierunku czynności R. Piotrowski³⁸, który wskazuje, że przeszukiwanie pomieszczeń zajmowanych przez parlamentarzystę bez uprzedniej zgody izby na uchylenie immunitetu jest niezgodne z art. 7 i 105 ust. 2 w związku z art. 105 ust. 5 Konstytucji oraz art. 10 ust. 2 u.w.m.p.s. Autor ten odwołuje się przy swojej interpretacji do brzmienia ustawy z dnia 8 kwietnia 1919 r. o nietykalności członków Sejmu Ustawodawczego³⁹. Art. 3 tej ustawy stanowił, że „mieszkanie członków Sejmu Ustawodawczego jest nietykalne. Wkroczenie do mieszkania, rewizja domowa i zatrzymanie papierów może

³⁶ M. Chmaj, *op. cit.*, s. 110.

³⁷ W. Odrowąż-Sypniewski, *op. cit.*, s. 118.

³⁸ R. Piotrowski, *op. cit.*, s. 122.

³⁹ Dz. Pr. P. P. Nr 31, poz. 263.

mieć miejsce jedynie na podstawie nakazu władzy sądowej w tych wypadkach, w których członkowie rodziny posła, wspólnie z nim mieszkający, lub domownicy ścigani są z powodu popełnienia czynów karygodnych, i powinno być wyłącznie do tych osób ograniczone”. Mieszkanie spełniało wówczas z reguły także funkcję biura. Powołanie przez ww. treści wskazanego aktu prawnego w mojej ocenie stanowi jednak o wręcz przeciwnej tezie. Skoro ustawodawca nie powtarza takiego zapisu, mogłoby to świadczyć, że dopuszcza przeszukanie w każdej sytuacji, a nie tylko enumeratywnie wymienionej w przepisie.

S. Steinborn⁴⁰ przyjmuje, że immunitet formalny posła określony w art. 105 ust. 2 Konstytucji obejmuje zakaz pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, a więc podejmowania jakichkolwiek działań karnoprocesowych wobec osoby nim objętej, które są przejawem jej ścigania w związku z podejrzeniem popełnienia przez nią przestępstwa. Konkludując przedstawia on dwie tezy:

- niedopuszczalne jest przeszukanie pomieszczeń należących lub zajmowanych przez posła, którego obejmuje immunitet parlamentarny, jeżeli organ postępowania przygotowawczego uznaje posła za osobę podejrzaną, a więc ma wobec niego podejrzenie, że popełnił on określone przestępstwo; celem przeszukania jest zaś uzyskanie rzeczy mogących stanowić dowody na ten fakt. W pozostałych sytuacjach przeszukanie jest dopuszczalne,
- przepis art. 17 § 2 k.p.k. nie stanowi wyjątkowej podstawy przeprowadzenia – jako czynności niecierpiącej zwłoki – przeszukania pomieszczeń należących lub zajmowanych przez posła chronionego immunitetem parlamentarnym.

K. Grajewski⁴¹ wskazuje, że przywilej nietykalności jest nieprzenoszalny na inne osoby czy rzeczy, co powoduje, że przeszukania muszą być rozważane w kontekście immunitetu formalnego. W trybie 308 k.p.k. dopuszcza wszelkie czynności w tym połączone z przymusem (jak np. oględziny ciała s. 136). Uznaje z odwołaniem się do uregulowań immunitetów dyplomatycznych (słusznie), że nieruchomości bądź ruchomości pozostające w dyspozycji parlamentarzysty nie cieszą się zatem przymiotem podobnym do nietykalności misji dyplomatycznej, ponieważ w żadnym z obowiązujących przepisów normujących instytucję szeroko rozumianego immunitetu parlamentarnego nie wprowadzono takiego rozwiązania. Oznacza to, że w kontekście przepisów konstytucji i ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora dopuszczalne jest dokonanie np. przeszukania mieszkania czy też biura parlamentarzysty. Należy wszak zaznaczyć, że wszystkie czynności organów

⁴⁰ S. Steinborn, *op. cit.*, s. 126, 128–129.

⁴¹ K. Grajewski, *op. cit.*, s. 134.

procesowych powinny być dokonywane z powołaniem się na odpowiednie przepisy regulujące procedurę karną. Jednakże zastrzega, że stanowiłoby naruszenie przepisów statuujących parlamentarny immunitet formalny tylko i wyłącznie wówczas, gdy prokurator lub Policja już w momencie zarządzenia lub dokonywania przeszukania miały przekonanie i wiedzę, że podejrzanym (oskarżonym) w sprawie będzie parlamentarzysta. W takiej sytuacji organy procesowe tylko formalnie, pozornie prowadziłyby postępowanie *in rem*, co stanowiłoby oczywiste naruszenie konstytucji i ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora. Autor odwołuje się tu zatem do koncepcji podniesionej w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2009 r., WSP 1/09⁴², to jest faktycznego przekształcenia postępowania prowadzonego *in rem* w postępowanie przeciwko osobie. K. Grajewski w innych opracowaniach z wcześniejszych lat wskazywał analogicznie, a mianowicie, że: „nie można w ogóle prowadzić postępowania karnego, gdy już od pierwszej chwili wiadomo, że to właśnie parlamentarzysta podejrzany jest o popełnienie przestępstwa. Prowadzenie śledztwa lub dochodzenia pozornie tylko *in rem*, a faktycznie przeciwko posłowi lub senatorowi, bez wydania wobec niego postanowienia o postawieniu zarzutów, stanowiłoby naruszenie przepisów konstytucyjnych o immunitecie formalnym oraz przepisów postępowania karnego, które nakazują postawienie osoby podejrzanej o przestępstwo w sytuacji prawnej podejrzanego⁴³.”

J. Szymanek⁴⁴ formułuje tezę o całkowitej niemożliwości przeszukania oraz absurdalnie twierdzi o autonomii w rozumieniu eksterytorialności obszaru Sejmu.

Wskazać należy, iż w żadnej z opinii nie wyrażono twierdzenia o dopuszczalności przeszukania w sytuacji, gdy zebrany jest już materiał dowodowy umożliwiający wystąpienie z wnioskiem o uchylenie immunitetu.

Należy wskazać, że niezależnie od sporządzenia powyższych opinii prawnych zakres działania organów ścigania poddany został ocenie sądu. W postanowieniu Sądu Rejonowego dla Warszawy Woli w Warszawie III Wydziału Karnego⁴⁵ wskazano, iż przeszukania miały na celu, zdaniem Sądu, dopiero ustalenie, czy jest on (parlamentarzysta) w posiadaniu jakichkolwiek przedmiotów, zwłaszcza dokumentów, które mogłyby stanowić dowód w sprawie przeciwko innym osobom, a tym samym ustalić jego ewentualną rolę w zdarzeniach objętych tymże postępowaniem. Sąd jednoznacznie przychylił się jednak do stanowiska piśmiennictwa⁴⁶, stosownie do którego

⁴² OSNKW 2009, nr 9, poz. 79.

⁴³ K. Grajewski, Immunitet parlamentarny w prawie polskim, Warszawa 2001.

⁴⁴ J. Szymanek, *op. cit.*

⁴⁵ Postanowienie Sądu Rejonowego dla Warszawy Woli w Warszawie III Wydziału Karnego z dnia 10 września 2014 r. (sygn. III Kp 1302/14).

⁴⁶ A. Kaznowski, Immunitet formalny a przeszukiwanie, WPP 2010, s. 40–51.

dopiero wówczas, gdy zebrany materiał dowodowy uzasadnia pociągnięcie danej osoby do odpowiedzialności karnej, powinno się występować z wnioskiem o uchylenie immunitetu. Jak wskazał bowiem sąd, gdyby przyjąć odmienne rozwiązanie, prowadziłoby to do paraliżu toczącego się postępowania karnego, braku możliwości poczynienia jakichkolwiek ustaleń z powodu niemożności prowadzenia czynności zmierzających do pozyskania dowodów. Lecz jednocześnie organ ten podkreślił, że przeszukanie pomieszczeń zajmowanych przez posła, w sytuacji gdy prokurator zgromadził już wystarczający materiał dowodowy uzasadniający postawienie posłowi zarzutów bez uchylenia immunitetu, stanowiłoby naruszenie art. 105 ust. 3 Konstytucji RP. W konkretnej analizowanej sprawie brak było jednak podstawy do uznania, że przed wydaniem zaskarżonych postanowień i dokonaniem przeszukań zgromadzono materiał dowodowy wystarczający do postawienia zarzutów parlamentarzysty. Pogląd ten został zaaprobowany w piśmiennictwie⁴⁷.

W tym miejscu wskazać należy, iż co prawda w piśmiennictwie znana jest teza, zgodnie z którą pomimo przyjęcia przez polskie przepisy szerokiego rozumienia przywileju nietykalności parlamentarnej, należy wyraźnie podkreślić, że nie ma on jednak zakresu nieograniczonego. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że zarówno z redakcji przepisu konstytucyjnego, jak i uregulowań ustawowych wynika, że nietykalność parlamentarna służy wyłącznie ochronie osoby deputowanego. Nie ma ona zatem zastosowania do mieszkania lub biura parlamentarzysty, ani znajdujących się tam dokumentów. Nie oznacza to jednak, że mieszkanie lub inne lokale używane przez parlamentarzystę nie podlegają żadnej ochronie – będzie ona wynikać z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i będzie miała taki sam zakres, jak w przypadku wszystkich obywateli⁴⁸.

Konkludując ten wątek wskazać należy, iż w piśmiennictwie, pomimo kilku głosów odrębnych, generalnie przeważa pogląd o dopuszczalności przeszukania lokalu posła/senatora, z tym zastrzeżeniem, że nie jest to dopuszczalne po zgromadzeniu materiału dowodowego uzasadniającego przedstawienie zarzutów, a tym samym takie zaawansowanie sprawy, które uzasadnia wystąpienie z wnioskiem o uchylenie immunitetu.

Tu jednak pojawia się pytanie, co oznacza istnienie podstaw do przedstawienia zarzutów dla przyjęcia niemożliwości podejmowania czynności,

⁴⁷ A. S a k o w i c z, Glosa do postanowienia Sądu Rejonowego dla Warszawy Woli w Warszawie III Wydziału Karnego z dnia 10 września 2014 r. (sygn. III Kp 1302/14), *Przeгляд Sejmu* z 2014, s. 170–176.

⁴⁸ M. Z u b i k, Zakres przywileju nietykalności parlamentarnej, (w:) Status posła, cz. I, Wybór ekspertów prawnych do art. 1–24 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2199 ze zm.), Warszawa 2007, s. 299; B. J a n u s z - P o h l, Immunitety w polskim..., s. 116) – tak K. Grajewski, J. Stelina, P. U z i ę b ł o, Komentarz do ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora el/LEX 2014, teza 5.

gdyż uznane mogłoby to być za naruszające zakres dozwolonych czynności wskazanych w art. 17 § 2 k.p.k. Ustawodawca wskazuje w przedmiotowej normie, że celem podejmowanych działań jest uzyskanie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Jak już było to omawiane na kanwie zakresu immunitetu parlamentarnego, generalnie wiązane jest to z możliwością przekształcenia postępowania w fazę *in personam*. Co zatem w sytuacji, gdy organy prokuratury wiedzą o istniejącym dowodzie, który będzie wzmacniał tezę o możliwości zastosowania instytucji z art. 313 § 1 k.p.k., a co w sytuacji, gdy wręcz przeciwnie – spowoduje, że teza ta zostanie obalona? Zagadnienie to jest niezwykle sporne, gdyż niewątpliwie nikt nie ma obowiązku obrony, ale to przecież dowody (arg. z art. 313 k.p.k.) mają wskazywać na prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa przez wskazaną osobę.

W takim ujęciu wydaje się, że przepis art. 17 § 2 k.p.k. nie wprowadza jednak żadnego zakazu i pozwala na podjęcie czynności poszukiwawczych, tak długo jak nie wkraczają w zakres przywileju nietykalności i zmierzają do weryfikacji istnienia przesłanki dla wykorzystania instytucji z art. 313 k.p.k. Podkreślić tu należy, iż dodatkowym argumentem pozwalającym na rozszerzenie zakresu dopuszczalnych czynności dowodowych jest odwołanie się do wykładni literalnej art. 17 § 2 k.p.k. Niewątpliwie bowiem ustawodawca przewiduje tu prawo działania w dwóch kierunkach, a mianowicie, co było przedmiotem omówienia, wyjaśnienia, czy zezwolenie na ściganie zostanie uzyskane oraz pojęcia czynności niecierpiących zwłoki w celu zabezpieczenia dowodów. Odwołanie się do wykładni *a rubrica* (art. 308 k.p.k.) powoduje konieczność postawienia tezy, że o zakresie zabezpieczenia dowodów w ramach czynności niecierpiących zwłoki decydują okoliczności danej sprawy i zagrożenia dla możliwości utraty lub zniekształcenia tych dowodów.

Parliamentary immunity versus collection of evidence in criminal proceedings

Abstract

Evidence search activities consisting constitute a highly complicated issue. On the one hand, they affect civil rights covered by the Constitution of the Republic of Poland, on the other hand, however, they are necessary to make findings of fact. In addition, various circumstances require the adoption of specific rules for, or the exclusion of some forms of search activities. In the context of the lawful activities referred to in Article 17, § 2

of the Code of Criminal Procedure, this study presents a possible scope of operation of law enforcement agencies (evidence search) against an individual who enjoys parliamentary immunity but is to be subject to criminal prosecution.

Blanka Julita Stefańska

Kara pozbawienia wolności do 20 lat

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest wprowadzona do kodeksu karnego ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny możliwość wymierzenia kary do 20 lat pozbawienia wolności w razie nadzwyczajnego obstrzeżenia kary (art. 38 § 2 k.k.), obowiązku wymierzenia kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia za przestępstwo zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności (art. 38 § 3 k.k.) lub kary łącznej (art. 86 § 1 in fine k.k.). Autorka dowodzi, że jest to nowy rodzaj kary pozbawienia wolności w rozmiarze od 15 lat i miesiąca do 20 lat, mimo że nie została dodana do katalogu kar w art. 32 k.k.

I. Wprowadzenie

Tradycyjnie w polskich kodeksach karnych kara pozbawienia wolności występuje jako: 1) kara rozpięta w czasie o ustawowo określonych dolnej i górnej granicach; 2) kara o określonej jednej sztywnej granicy; 3) kara bezterminowa.

W literaturze pierwsza z nich jest określana jako ogólna kara pozbawienia wolności¹, zwykła kara pozbawienia wolności² lub terminowa kara pozbawienia wolności³. Żadne z tych określeń nie jest adekwatne do istoty tej ka-

¹ T. Leśko, System środków karnych, Warszawa 1974, s. 39.

² V. Konarska-Wrzošek, Długoterminowe kary pozbawienia wolności w systemie polskiego prawa karnego i dyrektywy ich orzekania *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) W. Zalewski (red.), Długoterminowe kary pozbawienia wolności w teorii i praktyce, Gdańsk 2015, s. 138. A. Ziółkowska, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 233.

³ T. Bojarski, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 90; R. A. Stefański, Prawo karne materialne, Część ogólna, Warszawa 2008, s. 260; M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 2006, s. 356; W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2014, s. 435; L. Tyszkiewicz, (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), Prawo karne. Część ogólna, szczególnie i wojskowa, Warszawa 2014, s. 203; M. Małecki, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s. 313; J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz, do zmian 2015, Warszawa 2015, s. 105; tenże, (w:) W. Wróbel, A. Zoll

ry, która polega na tym, że jest rozpięta w czasie. Ze względu na to, że taka kara pozbawienia wolności w sankcjach przepisów typizujących przestępstwa występuje prawie powszechnie oraz fakt, że kara 25 lat pozbawienia wolności i dożywotniego pozbawienia wolności uznawane są za kary wyjątkowe z uwagi na ich występowanie w niewielkiej liczbie sankcji oraz zajmowanie ostatnich miejsc w katalogu kar⁴, najwłaściwsze byłoby jej nazwanie podstawową karą pozbawienia wolności. Jednakże mając na uwadze, że prawie powszechnie jest określana jako kara terminowa, mimo że również terminową jest kara 25 lat pozbawienia wolności, skoro jest określona jej górna granica, to aby nie wprowadzać niepotrzebnego zamieszania terminologicznego, można zaaprobować jej nazwę „terminowa kara pozbawienia wolności”.

Drugą z kar można określić mianem kary bezwzględnie oznaczonej; jest nią kara 25 lat pozbawienia wolności, która może być orzeczona tylko w takim wymiarze, a nie niższym lub wyższym.

Trzecią karą jest dożywotnie pozbawienie wolności, które nie jest określone w latach, a co do zasady trwa aż do śmierci skazanego. Z tego też powodu słusznie jest uznawana za karę bezterminową⁵.

II. Kształtowanie się kary pozbawienia wolności w polskich kodeksach karnych

W kodeksie karnym z 1932 r. kara pozbawienia wolności występowała w dwóch formach: kary aresztu od tygodnia do 5 lat (art. 40 § 1) oraz kary więzienia od 6 miesięcy do 15 lat (art. 39 § 1). Kodeks ten dopuszczał także karę dożywotniego więzienia, która nie była umieszczona w katalogu kar, a istniała możliwość jej orzeczenia, jeżeli ustawa ją przewidywała (art. 39 § 1 *in fine*).

Kodeks karny z 1969 r. przewidywał karę pozbawienia wolności w rozmiarze od 3 miesięcy do 15 lat (art. 32 § 1). W katalogu kar nie była wymieniona kara 25 lat pozbawienia wolności, którą jednak można było orzec za przestępstwo zagrożone karą śmierci oraz w innych wypadkach przewidzianych w ustawie (art. 30 § 3). Ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Ko-

(red.), Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz od art.1–52, t. I, cz.1, Warszawa 2016, s. 673; L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2017, s. 173.

⁴ L. Wilk, Kara dożywotniego pozbawienia wolności i problemy jej łagodzenia, PiP 1998, nr 6, s. 22–11; K. Buchała, Niektóre problemy wymiaru kar najsurowszych, PiP 1976, nr 11, s. 40–41; J. Zagórski, Kara dożywotniego pozbawienia wolności – aspekty prawnokarne i penitencyjne, PiP 200, nr 10, s. 77; J. Lachowski, Zasady wymierzania kar 25 lat oraz dożywotniego pozbawienia wolności i według k.k. z 1997 r., (w:) T. Gardocka (red.), Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonanie. Warunkowe zwolnienia, Warszawa 2006, s. 25–26.

⁵ J. Korecki, Kara 25 lat pozbawienia wolności w Polsce, Warszawa 1988, s. 15.

deksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym⁶ wprowadzono możliwość orzeczenia, oprócz kary 25 lat pozbawienia wolności, także kary zasadniczej dożywotniego pozbawienia wolności za przestępstwo zagrożone karą śmierci oraz w innych wypadkach przewidzianych w ustawie (art. 30 § 3).

Katalog kar w kodeksie karnym z 1997 r. przewiduje pozbawienie wolności, 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywotnie pozbawienie wolności (art. 32 pkt 3–5). Kara pozbawienia wolności trwa najkrócej miesiąc, a najdłużej 15 lat (art. 37).

O ile w powyższych kodeksach zmieniała się dolna granica kary pozbawienia wolności, to górna granica pozostawała na niezmienionym poziomie – 15 lat. Tradycyjnie więc w polskich kodeksach karnych występowała kara pozbawienia wolności w rozmiarze do 15 lat.

III. Kara pozbawienia wolności do 20 lat

Co do tego, czy nadal górnym progiem terminowej kary pozbawienia wolności jest 15 lat, rodzą się wątpliwości ze względu na to, że ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁷ wprowadzono rozwiązanie, iż w wypadku:

- nadzwyczajnego obostrzenia kary pozbawienia wolności nie może ona przekroczyć 20 lat (art. 38 § 2 k.k.);
- obowiązku wymierzenia kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia, kara wymierzona za przestępstwo zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności nie może przekroczyć 20 lat (art. 38 § 3 k.k.);
- kara łączna pozbawienia wolności nie może przekroczyć 20 lat (art. 86 § 1 *in fine* k.k.).

1. Charakter prawny

Ze względu na to, że kara ta nie została zamieszczona w art. 32 k.k., zawierającym katalog kar, rodzi się wątpliwość co do jej charakteru prawnego.

Jej źródłem – jak twierdzi się w literaturze – są różne podstawy jej orzekania⁸. Przyjmuje się, że nadzwyczajne obostrzenie kary (art. 38 § 2 k.k.) oraz kara łączna (art. 86 § 1 k.k.) dotyczą wymiaru kary⁹, a art. 38 § 3 k.k. nie jest przepisem z zakresu wymiaru kary, lecz modyfikuje górną granicę ustawowego zagrożenia, a tym samym nie chodzi w nim o sposób wymiaru

⁶ Dz. U. Nr 5, poz. 475.

⁷ Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

⁸ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat pozbawienia wolności, *Palestra* 2018, nr 1–2, s. 23.

⁹ M. Małecki, (w:) *Nowelizacja prawa karnego...*, s. 313 i 314.

kary, a o karę¹⁰. Takie też stanowisko zajął Sąd Najwyższy, uznając, że: „Przepis art. 10 § 3 k.k., z którego wywodzi swoje stanowisko autorka kasacji, istotnie stanowi o obligatoryjnym obniżeniu górnej granicy ustawowego zagrożenia w odniesieniu do sprawców odpowiadających w warunkach określonych w art. 10 § 2 k.k. na podstawie kodeksu karnego”¹¹.

Jest to pogląd nietrafny, gdyż nakaz wymierzenia kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia nie powoduje zmiany granic ustawowego zagrożenia. Ustawowym zagrożeniem jest to, które zawarte jest w sankcji przepisu statuującego dane przestępstwo i nie mają na niego wpływu instytucje części ogólnej kodeksu karnego, przewidujące nadzwyczajny wymiar kary¹². Wszystkie zaś modyfikacje kary, tak w górnym, jak i dolnym progu

¹⁰ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Kara 20 lat...*, s. 23.

¹¹ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2006 r., sygn. III KK 83/05, Prok. i Pr. 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 3. Tak też postanowienie SA w Warszawie z dnia 23 października 1998 r., sygn. II AKz 470/98, Apelacja, SA w Warszawie 1999, nr 2, poz. K-10 z glosą krytyczną J. Kuleszy, Pal. 2000, nr 11-12, s. 232-239.

¹² Uchwała składu 7 sędziów SN z 19 marca 1970 r., sygn. VI KZP 27/69, OSNKW 1970, nr 4-5, poz. 33, z aprobującą glosą M. Cieślaka, PiP 1970, nr 11, s. 831 i n.; Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 29 lipca 1970 r., sygn. VI KZP 26/70, OSNKW 1970, nr 10, poz. 116; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 29 lipca 1970 r., sygn. VI KZP 32/70, OSNKW 1970, nr 10, poz. 117; uchwała SN z dnia 18 lutego 1971 r., sygn. VI KZP 77/70, OSNKW 1971, nr 5, poz. 64; uchwała SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 28/73, OSNKW 1973, nr 12, poz. 152; uchwała SN z dnia 29 marca 1976 r., sygn. VI KZP 46/75, OSNKW 1976, nr 4-5, poz. 53; uchwała SN z dnia 20 maja 1992 r., sygn. I KZP 16/92, OSNKW 1992, nr 9-10, poz. 65; uchwała SN z dnia 24 lutego 1999 r., sygn. I KZP 27/98, OSNKW 1999, nr 3-4, poz. 11; wyrok SN z dnia 13 marca 1970 r., sygn. Rw 180/70, OSNKW 1970, nr 6, poz. 60; uchwała składu 7 sędziów z dnia 19 sierpnia 1971 r., sygn. RNw 96/71, OSNKW 1971, nr 11, poz. 178; wyrok SN z dnia 4 maja 1971 r., sygn. V KRN 128/71, OSNPG 1971, nr 7-8, poz. 116; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 28/73, OSNKW 1973, nr 12, poz. 152 z glosą W. Daszkiewiczza, OSP 1974, nr 9, poz. 175; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 18 września 1975 r., sygn. VI KZP 2/75, OSNKW 1975, nr 10-11, poz. 135, z glosami S. Podmostki, NP 1976, nr 7-8, s. 1189 i n.; K. Buchały, PiP 1976, nr 8-9, s. 264 i n., Z. Cwiąkałskiego, M. Tarnawskiego, OSPiKA 1976, nr 10, poz. 184; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 29 marca 1976 r., sygn. VI KZP 46/75, OSNKW 1976, nr 4-5, poz. 53; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 21 maja 1976 r., sygn. VII KZP 6/76, OSNKW 1976, nr 7-8, poz. 88; uchwała SN z dnia 26 stycznia 1978 r., sygn. VII KZP 53/77, OSNKW 1978, nr 2-3, poz. 18; uchwała połączonych Izby Karnej i Wojskowej SN z dnia 22 grudnia 1978 r., sygn. VII KZP 23/77, OSNKW 1979, nr 1-2, poz. 1, z glosą W. Kubali, Pal. 1979, nr 11-12, s. 108 i n.; uchwała SN z dnia 7 sierpnia 1982 r., sygn. VI KZP 19/82, OSNKW 1982, nr 10-11, poz. 68; uchwała SN z dnia 20 maja 1992 r., sygn. I KZP 16/92, OSNKW 1992, nr 9-10, poz. 65, z glosami: aprobującą A. R. Światłowskiego, Pal. 1994, nr 7-8, s. 220 i n., krytyczną J. Rybaka, OSP 1993, nr 9, poz. 171, i uwagami aprobującymi R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za lata 1991-1993, WPP 1995, nr 2, s. 64-65; uchwała SN z dnia 24 lutego 1999 r., sygn. I KZP 27/98, OSNKW 1999, nr 3-4, poz. 11, z aprobującą glosą S. Paweli, OSP 1999, nr 10, poz. 178, i takimi uwagami R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 1999 r., WPP 2000, nr 1, s. 93-96; uchwała

zagrożenia, zarówno zaostrzające, jak i łagodzące jej wymiar, nie zmieniają ustawowego zagrożenia, które jest niezmiennie w ramach przyjętej w ustawie typizacji przestępstw¹³. Wprawdzie rozumie się je także szeroko, że chodzi nie tylko o kary występujące w sankcji przepisu typizującego przestępstwo, lecz także o ich modyfikacje związane z obostrzeniem lub złago-

SN z dnia 16 marca 1999 r., sygn. I KZP 4/99, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 27, z aprobującymi głosami A. Zolla, OSP 1999, nr 11, s. 560–561, K. Szmidta, Prok. i Pr. 2001, nr 3, s. 115–126; A. Uruszczaka, Studenckie Zeszyty Prawnicze Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ 2001, nr 5, s. 83–87, i aprobującymi uwagami R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 1999 r., WPP 2000, nr 1, s. 78–80; uchwała SN z dnia 16 marca 1999 r., sygn. I KZP 4/99, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 27; uchwała SN z dnia 13 maja 1999 r., sygn. I KZP 16/99, LEX nr 82291; wyrok SN z dnia 22 września 1999 r., sygn. III KKN 195/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 73; postanowienie SN z dnia 6 września 2000 r., sygn. III KKN 337/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 81, z aprobującą głosą J. Długozimy, PiP 2001, nr 5, s. 113–116; uchwała SN z dnia 25 października 2000 r., sygn. I KZP 30/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 97, z częściowo krytyczną głosą M. Płahty, OSP 2001, nr 5, poz. 74, i uwagami aprobującymi R. A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2000 r., WPP 2001, nr 2, s. 140; postanowienie SN z dnia 11 lutego 2004 r., sygn. III KK 304/03, OSNwSK 2004, poz. 298; postanowienie SN z dnia 26 maja 2004 r., sygn. V KK 67/04, LEX nr 109508; postanowienie SN z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. V KK 344/04, OSNwSK 2004, poz. 2319; postanowienie SN z dnia 14 lutego 2005 r., sygn. II KK 486/04, LEX nr 146196.

¹³ R. Kokot, Nadzwyczajny wymiar kary – kilka uwag i kontrowersji, (w:) I. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. XXV, Wrocław 2009, s. 114–115; W. Wolter, Nadzwyczajne złagodzenie kary przestępcom powrotnym, PiP 1970, nr 12, s. 983; tenże, Uwagi o łagodzeniu i zaostrzeniu kary, PiP 1973, nr 1, s. 50; tenże, Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 29 marca 1976 r., sygn. VI KZP 46/75, NP 1976, nr 9, s. 1335–1338; K. Daszkiewicz, Nadzwyczajne złagodzenie kary w polskim kodeksie karnym, Warszawa 1976, s. 10–25 i 27; taż, Dożywotnie pozbawienie wolności, Prok. i Pr. 2000, nr 6, s. 8–9; W. Daszkiewicz, Glosa do uchwały SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 28/73, OSPiKA 1974, nr 9, s. 370–371; Z. Cwiakański, Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej, Warszawa 1982, s. 147–148; A. Kabał, Glosa do uchwały SN z dnia 15 kwietnia 1986 r., sygn. VI KZP 55/85, NP 1987, nr 1, s. 116–118; M. Tarnawski, Nadzwyczajne złagodzenie kary a nadzwyczajne obostrzenie kary, RPEiS 1976, nr 2, s. 23; K. Janczukowicz, O pojęciu „zagrożenia karą” w świetle obowiązującego prawa karnego, NP 1990, nr 1–3, s. 35; J. Rybak, Glosa do uchwały SN z dnia 20 maja 1992 r., sygn. I KZP 16/92, OSP 1993, nr 9, poz. 171; M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1994, s. 448; A. R. Światłowski, Komentarz do uchwały SN z dnia 20 maja 1992 r., sygn. I KZP 16/92, EP 1994, nr 8, s. 190–191; M. Hudzik, H. Kuczyńska, Glosa do postanowień SN: z dnia 11 lutego 2004 r., sygn. III KK 304/03; z dnia 26 maja 2004 r., sygn. V KK 67/04; z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. V KK 344/04, PS 2005, nr 3, s. 107; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2007, s. 79; J. Kosonoga, Dozór Policji jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym, Warszawa 2008, s. 207; J. Majewski, O ustawowym zagrożeniu i innych pojęciach związanych z nadzwyczajnym złagodzeniem kary (w języku kodeksu karnego), (w:) J. Majewski (red.), Nadzwyczajny wymiar kary, Toruń 2009, s. 16 i nast.; W. Wróbel, A. Zol, Polskie prawo karne..., s. 497.

dzeniem¹⁴, lecz pogląd ten jest nielicznie reprezentowany, a argumenty na jego poparcie nieprzekonujące.

Górną granicą ustawowego zagrożenia, o której mowa w art. 38 § 3 k.k., jest górna granica ustawowego zagrożenia przewidzianego za przestępstwo określonego typu.

Wprawdzie pogląd, że w art. 38 § 3 k.k. chodzi o zmianę ustawowego zagrożenia ma silne uzasadnienie językowe w tym przepisie, w którym jest mowa o przewidywaniu przez ustawę obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia, lecz problem w tym, że żaden inny przepis kodeksu karnego, a zwłaszcza przewidujący orzeczenie kary poniżej tej granicy, nie posługuje się takim określeniem. Zawarty w art. 38 § 3 k.k. zwrot: „obniżenie górnej granicy ustawowego zagrożenia” trzeba zatem rozumieć jako wymierzenie kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia. Trafnie w doktrynie wskazuje się, że art. 38 § 3 k.k. normuje sytuacje, w których ustawa przewiduje obowiązek wymierzenia kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia i jest w nim zawarta dyrektywa techniczna¹⁵ lub przewiduje zasady łagodzenia najsurowszych kar¹⁶. Zasadnie twierdzi się, że obniżeniu podlega nie granica ustawowego zagrożenia, lecz wymierzana sprawcy kara¹⁷.

Kodeks karny przewiduje obligatoryjne wymierzenie kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia w stosunku do nieletniego odpowiadającego na zasadach określonych w kodeksie karnym (art. 10 § 2 k.k.). Chodzi o nieletniego, który po ukończeniu 15 lat dopuszcza się czynu zabronionego

¹⁴ I. Nowiński, Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 19 lutego 1976 r., sygn. VI KZP 29/75, OSPIKA 1979, nr 11, poz. 34; K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 kodeksu karnego, Kraków 1998, s. 71; J. Raglewski, Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego. Analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym, Kraków 2008, s. 31.

¹⁵ J. Majewski, Czy wolno wymierzyć nieletniemu karę 25 lat pozbawienia wolności?, (w:) V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), Węzłowe problemy prawa karnego kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana prof. A. Markowi, Warszawa 2010, s. 288–389; tenże, Kodeks karny. Komentarz do zmian..., s. 105; tenże, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52, t. I, cz. 1, Warszawa 2016, s. 765 i 766; G. Łabuda, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 299; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 129; R. Góral, Kodeks karny..., s. 79.

¹⁶ M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 138; J. Szumski, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 2005, s. 455.

¹⁷ M. Królikowski, R. Zawłocki, Prawo karne, Warszawa 2015, s. 352; E. Hryniewicz-Lach, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116, Warszawa 2017, s. 645; J. Kosonoga-Zygmunt, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 345 i 347; A. Grześkowiak, (w:) A. Grześkowiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, s. 358.

określonego w art. 134, art. 148 § 1, 2 lub 3, art. 156 § 1 lub 3, art. 163 § 1 lub 3, art. 166, art. 173 § 1 lub 3, art. 197 § 3 lub 4, art. 223 § 2, art. 252 § 1 lub 2 oraz w art. 280, który może odpowiadać na zasadach określonych w tym kodeksie, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne (art. 10 § 2 k.k.). W myśl art. 10 § 3 k.k. w takim wypadku orzeczona kara nie może przekroczyć dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia, przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo, a także sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Sformułowanie tego przepisu nie budzi wątpliwości, że nie powoduje obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia, a jest szczególną dyrektywą wymiaru kary wobec takiego nieletniego.

Art. 38 § 3 k.k. nie dotyczy każdego ustawowego zagrożenia, ale tylko takiego, w którym przewidziana jest kara dożywotniego pozbawienia wolności lub kara 25 lat pozbawienia wolności. W wypadku nieletniego, o którym jest mowa w art. 10 § 2 k.k., przepis ten może mieć zastosowanie tylko do kary 25 lat pozbawienia wolności, gdyż – zgodnie z art. 54 § 2 k.k. – wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 lat, nie orzeka się kary dożywotniego pozbawienia wolności. Nie znajduje normatywnego uzasadnienia pogląd, że art. 38 § 3 k.k. nie ma zastosowania do nieletniego odpowiadającego na podstawie art. 10 § 2 k.k., gdyż orzeczona wobec niego kara nie może przekroczyć 2/3 górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo, a taki ułamkowy sposób limitowania kar dotyczy jedynie kar dających się w ten sposób dozować, tj. tylko kar ujętych w art. 32 pkt 1–3 k.k.¹⁸ Nie budzi wątpliwości, że w wypadku kary 25 lat pozbawienia wolności granica 25 lat jest maksymalną, a zatem dwie trzecie tej górnej granicy wynosi 16 lat i 8 miesięcy. Problem jest jednak w tym, że w doktrynie, ze względu na treść art. 54 § 2 k.k., podzielone są zdania co do możliwości orzeczenia względem takiego nieletniego kary 25 lat pozbawienia wolności. Twierdzi się, że wynikają one z braku synchronizacji pomiędzy treścią art. 10 § 3 i art. 38 § 3 k.k.¹⁹

Przyjmuje się, że jest niedopuszczalne orzeczenie wobec takiego nieletniego kary 25 lat pozbawienia wolności, gdyż art. 54 § 2 k.k. prowadzi do redukcji z sankcji dożywotniego pozbawienia wolności, a w związku z tym pozostaje kara 25 lat pozbawienia wolności, którą – na podstawie art. 10 § 3 i art. 38 § 3 k.k. – wymierza się do 20 lat pozbawienia wolności²⁰. Dopusz-

¹⁸ A. Ziółkowska, (w:) Kodeks karny..., s. 234.

¹⁹ Z. Sienkiewicz, (w:) T. Kaczmarek (red.), System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, t. 5, Warszawa 2017, s. 387.

²⁰ G. Rejman, (w:) G. Rejman (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s.483–484; J. Kułesza, Glosa do postanowienia SA w Warszawie z dnia 23 paź-

cza się taką możliwość, wywodząc, że przepisy o nadzwyczajnym złagodzeniu lub obostrzeniu kary, w tym także art. 54 § 2 k.k. nie zmieniają ustawowego zagrożenia²¹. Przyjmując taką możliwość zauważa się, że rodzi to wątpliwość co do zgodności takiego rozwiązania z art. 3 ust. 1 Karty Praw Dziecka²², jest sprzeczne z zasadą, że nieletniość obniża winę oraz ze standardami karania nieletnich w krajach Unii Europejskiej²³ oraz ze względu na to, że kara 25 lat pozbawienia wolności ma charakter wybitnie represyjny i nie powinna być stosowana wobec nieletnich²⁴.

Mając na uwadze różne podstawy orzekania tej kary przyjmuje się dwiistość charakteru tej kary, a mianowicie, że w art. 38 § 3 k.k. jest przewidziana kara względnie oznaczona, za czym przemawia także wykładnia historyczna. W poprzedniej wersji art. 38 § 3 k.k. przewidywał wymierzenie kary za przestępstwo zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności w rozmiarze nieprzekraczającym 15 lat pozbawienia wolności, która to konstrukcja jest taka sama obecnie. W związku z tym argumentuje się, że byłoby sprzeczne z zasadami logiki przyjęcie, że sens tego sformułowania w poprzednim i nowym brzmieniu jest różny²⁵; uznaje się ją za swoistą karę²⁶, jak też za karę pozbawienia wolności określoną w art. 32 pkt 3 k.k.²⁷

Twierdzi się, że wymierzana na podstawie art. 38 § 2 lub art. 86 § 1 k.k. kara ta nie ma samodzielnego bytu, a jest ciągiem kary przewidzianej w art.

dziennika 1999 r., sygn. II AKz 470/98, Pal. 2000, nr 11–12, s. 236 i nast.; R. Paprzycki, Glosa do wyroku SN z dnia 22 września 1999 r., sygn. III KKN 195/99, Pal. 2000, nr 2–3, s. 232 i nast.

²¹ J. Majewski, Czy wolno wymierzyć nieletniemu karę 25 lat pozbawienia wolności?..., s. 383–391; R. G. Hałas, Odpowiedzialność karna nieletniego na tle Kodeksu Karnego z 1997 roku, Lublin 2006, s. 122–131. V. Konarska-Wrzošek, Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym, Toruń 2002, s. 159–160; A. Walczak-Żochowska, Kilka uwag o kształtowaniu się odpowiedzialności karnej nieletnich w polskim prawie karnym, (w:) L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Żochowska (red.), *Gaudium in litteris est*. Księga ofiarowana Pani Prof. G. Rejman z okazji osiemdziesiątych urodzin, Warszawa 2006, s. 378–379; B. J. Stefańska, (w:) Kodeks karny..., s. 348; wyrok SN z dnia 22 września 1999 r., sygn. III KKN 195/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 73; postanowienie SN z dnia 4 maja 2005 r., sygn. II KK 454/04, LEX nr 149647; wyrok SN z dnia 4 stycznia 2006 r., sygn. III KK 83/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 24; postanowienie SN z dnia 11 października 2006 r., sygn. IV KK 164/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1910.

²² A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52, t. I, cz. 1, Warszawa 2016, s. 184–185.

²³ A. Marek, Kodeks karny..., s. 46; B. Stańdo-Kawęcka, Prawo karne nieletnich (od opieki do odpowiedzialności), Warszawa 2007, s. 140 i nast.

²⁴ V. Konarska-Wrzošek, Projektowane zmiany w zakresie postępowania z nieletnimi w Polsce, PiP 2011, nr 4, s. 33; też, Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce, Warszawa 2013, s. 132–133.

²⁵ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 24 i 25.

²⁶ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 24.

²⁷ M. Małeckki, (w:) Nowelizacja prawa karnego..., s. 313.

32 pkt 3 k.k. i jest wymierzana od miesiąca do 20 lat²⁸; nie jest nowym rodzajem kary pozbawienia wolności, a nowym sposobem wymiaru kary. W związku z tym przyjmuje się, że dochodzi do wyjścia ponad górną granicę terminowej kary pozbawienia wolności, wymierzonej w granicach do 15 lat, a zatem przepis ten nie kreuje nowego rodzaju kary pozbawienia wolności, a wymierzona kara pozbawienia wolności przekraczająca 15 lat pozbawienia wolności pozostaje rodzajową karą pozbawienia wolności wymienioną w art. 32 pkt 3 k.k.²⁹

Takie rozróżnienie charakteru tej kary jest nieuzasadnione, gdyż – jak wyżej wykazano – art. 38 § 2, art. 38 § 3 i art. 86 § 1 k.k. zawierają dyrektywy wymiaru kary w wymienionych w nich wypadkach. Zarówno w razie nadzwyczajnego obostrzenia kary (art. 38 § 2 k.k.), jak i wymierzenia kary łącznej (art. 86 § 1 k.k.), jej wymierzenie w rozmiarze powyżej 15 lat pozbawienia wolności nie prowadzi do wymierzenia kary określonej w art. 32 pkt 3 k.k., gdyż jej górną granicą jest 15 lat, a orzekany jest nowy rodzaj kary. Nie różni się ona od tej, jaka jest orzekana na podstawie art. 38 § 3 k.k.

Niezależnie od podstawy jej wymiaru jest nowym rodzajem kary terminowej, wymierzonej w granicach od powyżej 15 lat do 20 lat pozbawienia wolności. Nie znajduje normatywnego uzasadnienia uznanie jej za terminową karę pozbawienia wolności określoną w art. 32 pkt 3 k.k. do 20 lat³⁰.

Wydawać by się mogło, że uznaniu kary do 20 lat pozbawienia wolności za nowy rodzaj kary stoi na przeszkodzie niewymienienie jej w art. 32 k.k., zawierającym katalog kar. W doktrynie zwraca się uwagę, że do noweli z dnia 20 lutego 2015 r. przyjmowano, iż katalog kar w art. 32 k.k. ma charakter zamknięty, a wyliczenie w nim jest enumeratywne (*numerus clausus*), w związku z czym rozważano, czy nie jest to kara nieznaną ustawie, lecz zasadnie odrzucono tę supozycję, słusznie argumentując, że ustawodawca wyraźnie przewidział ją w ustawie³¹. Z faktu niewymienienia tej kary w art. 32 k.k. nie można wyprowadzać wniosku, że nie jest to nowa kara.

Nie jest to kara bezwzględnie oznaczona, bowiem treść wyżej wymienionych przepisów dowodzi, że jest to jej górna granica³². Trafnie zauważa się w doktrynie, że ustawodawca przełamał tym samym przestrzegana konsekwentnie w dotychczasowych kodeksach regułę, iż tzw. terminowej kary pozbawienia wolności nie orzeka się na dłużej niż 15 lat³³.

²⁸ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 26.

²⁹ M. Małeck i, (w:) Nowelizacja prawa karnego..., s. 313 i 314.

³⁰ L. Gardocki, Prawo karne..., s. 173.

³¹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 23.

³² M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 25. Odstępuję więc od poglądu, że kara ta jest wymierzana tylko w wysokości 20 lat (B. J. Stefańska, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 220).

³³ J. Majewski, (w:) Kodeks karny..., s. 762.

2. Granice kary

Dookreślenie w tych przepisach, że kara ta nie może przekroczyć 20 lat wskazuje, iż może być ona wymierzona do 20 lat. W literaturze błędnie jest określana mianem kary 20 lat pozbawienia wolności, co zawiera w sobie *implicitę* sugestię, że jej granica jest bezwzględnie określona na takim poziomie, chociaż wskazuje się jednocześnie, iż jest względnie oznaczona³⁴. Za tym, że jest bezwzględnie oznaczona ma przemawiać art. 37 k.k., który określa granice dolną i górną. Trafnie zwraca się uwagę, że określenie jej tylko na poziomie 20 lat prowadziło do tego, iż na podstawie art. 38 § 3 k.k., w wypadku występowania w zagrożeniu ustawowym kary 25 lat pozbawienia wolności, można byłoby wymierzyć tylko karę 15 lat albo 20 lat pozbawienia wolności, a nie karę pomiędzy 15 a 20 lat³⁵.

Jeśli chodzi o jej dolną granicę, to nie została ona wyraźnie określona. Mając jednak na uwadze, że górna granica terminowej kary pozbawienia wolności wynosi 15 lat, trzeba uznać, iż jej dolny próg jest wyższy od 15 lat. Nie jest nią 15 lat, gdyż jeżeli wystarczyłoby wymierzenie kary 15 lat pozbawienia wolności, nie byłoby potrzeby sięgania po tę nową karę. Kara ta została wprowadzona po to, by w razie nadzwyczajnego obostrzenia kary lub wymierzania kary łącznej, albo wypadku ustawowego obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia, umożliwić orzeczenie kary w rozmiarze wyższym niż 15 lat. Jej dolną granicą jest 15 lat i miesiąc. Takie jej określenie wynika z faktu, że wymierza się ją w miesiącach i latach.

Co do jednostek czasowych jej wymiaru *in genere*, w literaturze pojawiły się wątpliwości, wynikające z tego, że w art. 38 § 2 i art. 86 § 1 k.k. wyraźnie wskazano, iż wymierza się ją w miesiącach i latach, a w art. 38 § 3 brak jest takiego postanowienia. W związku z tym w piśmiennictwie proponuje się w tym zakresie stosować *per analogiam* art. 38 § 2 k.k.³⁶ Sięganie po ten sposób rozumowania jest zbędne, tak jak nie było potrzeby regulowania tej kwestii w art. 38 § 2 *in fine* i art. 86 § 1 *in fine* k.k., gdyż – jak trafnie wskazuje się w literaturze – jednostki kary pozbawienia wolności w kodeksie karnym są określone jako miesiące i lata³⁷. Wydawać by się mogło, że stwierdzenie to jest wątpliwe ze względu na to, iż zasada ta wynika z art. 37 k.k., który dotyczy kary określonej w art. 32 pkt 3 k.k., a w tym wypadku chodzi o inny rodzaj kary, a mianowicie karę do 20 lat pozbawienia wolności. Wątpliwość ta ma charakter pozorny, bowiem we wszystkich tych wypadkach chodzi o karę pozbawienia wolności określoną granicami dolną i górną. Podzielić

³⁴ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 23 i 24.

³⁵ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 24.

³⁶ M. Małecki, (w:) Nowelizacja prawa karnego..., s. 313.

³⁷ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, Kara 20 lat..., s. 26.

zatem należy poglądn, że w art. 38 § 2 k.k. niepotrzebnie powtórzono zasadę wyrażoną w art. 37 *in fine* k.k.³⁸

IV. Zasadność wprowadzenia kary pozbawienia wolności do 20 lat

Wprowadzenie nowego rodzaju kary w postaci kary pozbawienia wolności w granicach powyżej 15 lat do 20 lat wypada ocenić pozytywnie, gdyż umożliwia sądowni dostosowanie represji do okoliczności konkretnego wypadku wymagającego wymierzenia kary nadzwyczajnie obostrzonej lub kary łącznej w wyższym rozmiarze niż 15 lat pozbawienia wolności, zwłaszcza w sytuacji, gdy kara 15 lat powinna być orzeczona w ramach zwykłego sądownego wymiaru kary lub była wymierzona karą jednostkową podlegającą łączeniu. Do nowelizacji art. 38 i art. 86 k.k. ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. w takich wypadkach można było orzekać karę nadzwyczajnie obostrzoną lub łączną w rozmiarze 15 lat (art. 38 § 2, art. 86 § 1 k.k.). W zakresie kary łącznej była i jest nadal możliwość wymierzenia kary 25 lat pozbawienia wolności w wypadku, gdy suma orzeczonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat albo więcej, a chociażby jedna z podlegających łączeniu kar wynosi nie mniej niż 10 lat (art. 86 § 1a k.k.)³⁹.

Wprowadzona zmiana wychodzi częściowo naprzeciw oczekiwaniom doktryny, w której proponowano wprowadzenie w miejsce kary 25 lat pozbawienia wolności kary pozbawienia wolności w granicach od 20 do 30 lat⁴⁰ albo podwyższenie górnej granicy kary pozbawienia wolności z 15 do 25 lat⁴¹. Tę ostatnią propozycję poddano krytyce, podkreślając, że jej wprowa-

³⁸ J. Majewski, Kodeks karny..., s. 761.

³⁹ Możliwość taka została wprowadzona ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589).

⁴⁰ L. Tyszkiewicz, Co i jak zmienić w nowym kodeksie karnym, Pal. 1999–2000, nr 12–13, s. 29–30; tenże, Rzut oka na niektóre aktualne problemy prawa karnego, polityki kryminalnej i kryminologii, (w:) Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej, T. Dukiet-Nagórska (red.), Bielsko-Biała 2006, s. 19; V. Konarska-Wrzošek, (w:) P. Czarniecki, B. Wiraszka-Bereza (red.), Konferencja. Kary, środki karne i kara łączna w Kodeksie karnym – bilans pokonferencyjnych rozważań, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2011, nr 3, s. 193–194; tenże, Propozycja zmian katalogu kar w Kodeksie karnym z 1997 r. w zakresie kar pozbawienia wolności oraz dolegliwości związanych z niektórymi rodzajami kar wolnościowych, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Prof. A. Zolla, t. II, Warszawa 2012, s. 858–864; tenże Długoterminowe kary..., s. 138–139.

⁴¹ Z. Sienkiewicz, Ocena obowiązujących rozwiązań w zakresie kar, środków karnych, środków probacyjnych oraz wymiaru kary łącznej, Konferencja. Kary, środki karne i kara łączna w Kodeksie karnym – bilans pokonferencyjnych rozważań, P. Czarniecki, B. Wiraszka-Bereza (red.), Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego 2011, nr 3,

dzenie w życie spowodowałoby wzrost represyjności w działalności orzeczniczej sądów, a tym samym zbędne obciążenie finansów publicznych państwa, przy jednocześnie miernych korzyściach w zakresie przeciwdziałania przestępczości i przyczynienia się do lepszej adaptacji społecznej sprawców⁴². Ponadto na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. sugerowano wprowadzenie kary pozbawienia wolności do 20 lat w miejsce dożywotniego pozbawienia wolności, wskazując, że spowodowałoby to wzmocnienie represyjności i ograniczenie orzekania kary śmierci⁴³.

V. Wnioski

1. Wprowadzenie do kodeksu karnego ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny możliwości wymierzenia kary do 20 lat pozbawienia wolności w razie nadzwyczajnego obostrzenia (art. 38 § 2 k.k.), obowiązku wymierzenia kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia za przestępstwo zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności (art. 38 § 3 k.k.) oraz kary łącznej (art. 86 § 1 *in fine* k.k.) dało sądowi możliwość dostosowania wymiaru kary do konkretnych okoliczności sprawy.

2. Ustawodawca dopuścił taką możliwość w wyżej wymienionych przepisach, ale nie dodał tej kary do katalogu kar w art. 32 k.k., co wzbudza wątpliwości co do jej charakteru. W literaturze przyjmuje się, że wymierzana na podstawie art. 38 § 3 k.k. jest swoistą karą względnie oznaczoną, a na podstawie art. 38 § 2 lub art. 86 § 1 k.k. nie ma samodzielnego bytu, a jest ciągiem kary przewidzianej w art. 32 pkt 3 k.k. i jest wymierzana od miesiąca do 20 lat.

3. Są to poglądy niesłuszne, gdyż art. 38 § 3, art. 38 § 3 i art. 86 § 1 k.k. zawierają dyrektywy wymiaru kary w wymienionych w nich wypadkach. Zarówno w razie nadzwyczajnego obostrzenia kary (art. 38 § 2 k.k.), jak i wymierzenia kary łącznej (art. 86 § 1 k.k.), jej orzeczenie w rozmiarze powyżej 15 lat pozbawienia wolności nie prowadzi do wymierzenia kary określonej w art. 32 pkt 3 k.k., skoro jej górną granicą jest 15 lat.

4. Jest to nowy rodzaj kary pozbawienia wolności, której dolną granicą jest 15 lat i miesiąc, a górną – 20 lat. Jest wymierzana w miesiącach i latach.

s.116–118; te j ż e, Niektóre propozycje zmian w regulacji kar, środków karnych i środków probacyjnych, PiP 2012, nr 4, s. 31.

⁴² V. K o n a r s k a - W r z o s e k, Długoterminowe kary..., s. 139.

⁴³ J. W ą s i k, Kara dożywotniego więzienia w Polsce, Warszawa 1963, s. 179.

Sentence of up to 20 years imprisonment

Abstract

This paper discusses an option introduced to the Penal Code by the Act of 20 February 2015 amending the Act – Penal Code, which allows for a sentence of up to 20 years imprisonment in the case of: extraordinary aggravation of a penalty (Penal Code, Article 38, § 2); an obligation to sentence to less than the statutory maximum for an offence punishable by up to 25 years in prison (Penal Code, Article 38, § 3); or an aggregate sentence (Penal Code, Article 86, § 1 in fine). It is demonstrated that the option actually constitutes a new type of penalty from 15 years and a month up to 20 years in prison, although such new type has not been listed among penalties in Article 32 of the Penal Code.

Damian Wąsik

Błędy w sztuce lekarskiej w praktyce lekarza medycyny rodzinnej – aspekty prawnokarne i prawnomedyczne

Streszczenie

Zasadniczym celem niniejszego opracowania jest przedstawienie specyfiki błędów w sztuce lekarskiej stwierdzanych w praktyce wykonywania profesji lekarza rodzinnego, z uwzględnieniem możliwych przyczyn wymienionych uchybień, ich rodzajów oraz skutków. Zaprezentowana tematyka może przełożyć się na efektywność ścigania przestępstw z art. 160 k.k., w których pacjenci zostali pokrzywdzeni nieprawidłowym działaniem lekarzy – specjalistów medycyny rodzinnej.

1. Wprowadzenie

Podstawowa opieka zdrowotna powszechnie uznawana jest za jeden z fundamentów całego systemu ochrony zdrowia, której sprawność i skuteczność determinuje efektywność wysokospecjalistycznych świadczeń opieki zdrowotnej. Prawidłowe funkcjonowanie podstawowej opieki zdrowotnej, opartej przede wszystkim na medycynie rodzinnej, jest warunkiem dostępności większości świadczeń profilaktycznych, diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych czy pielęgnacyjnych. Podstawowa opieka zdrowotna jako integralna i centralna część systemu ochrony zdrowia jest ściśle związana z ogólnym rozwojem społeczno-ekonomicznym państwa oraz jego obywateli.

W badaniach nad problematyką prawnokarnych aspektów błędów w sztuce lekarskiej zagadnienie podstawowej opieki zdrowotnej jest często bagatelizowane lub nawet w ogóle pomijane. Wynika to z przekonania, że pacjenci doznają najbardziej dotkliwych szkód w wyniku niewłaściwego działania personelu medycznego na etapie opieki szpitalnej, np. podczas zabiegów chirurgicznych. Tymczasem uchybienia lekarzy rodzinnych popełnione na tzw. pierwszym poziomie kontaktu z pacjentem, zwłaszcza w obszarze diagnostyki, mogą skutkować bezpośrednim zagrożeniem nie tylko zdrowia, ale również życia chorego.

Zasadniczym celem niniejszego opracowania jest przedstawienie specyfiki błędów w sztuce lekarskich stwierdzanych w praktyce wykonywania profesji lekarza rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem możliwych przyczyn wymienionych uchybień, ich rodzajów oraz skutków. Zaprezentowana tematyka może przełożyć się na efektywność ścigania przestępstw z art. 160 k.k. w skomplikowanych pod względem dowodowym sprawach, w których pacjenci zostali pokrzywdzeni nieprawidłowym działaniem lekarzy – specjalistów medycyny rodzinnej, ewentualnie popełnione przez nich błędy medyczne poprzedzały lub były przyczyną szeregu innych nieprawidłowości stwierdzonych w toku postępowania terapeutycznego lub diagnostycznego.

2. Uwarunkowania prawne udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej

Medycyna rodzinna – w ujęciu normatywnym – stanowi jedną ze specjalizacji lekarskich¹. W piśmiennictwie słusznie wskazuje się, że lekarz rodzinny jest na ogół pierwszym fachowym pracownikiem ochrony zdrowia, któremu pacjenci zgłaszają swoje problemy. Medycyna rodzinna występuje w różnych formach niemalże we wszystkich krajowych systemach opieki zdrowotnej, przy czym systemy, w których podstawowa opieka zdrowotna jest słabo rozwinięta, są kosztowne i mało efektywne. Lekarz rodzinny obejmuje długotrwałą opieką zarówno osoby zdrowe, jak i chore, z fizycznymi i psychicznymi zaburzeniami zdrowia, niezależnie od płci i wieku².

Pracę lekarza rodzinnego charakteryzuje przede wszystkim różnorodność zgłaszanych problemów, współwystępowanie dolegliwości o podłożu biologicznym z problemami o podłożu psychologicznym i społecznym, a także występowanie chorób we wczesnym okresie – trudnym do różnicowania. Co więcej, w medycynie rodzinnej szczególnie wyeksponowane są rola opieki nad osobą zdrową (profilaktyka zdrowia) oraz zwykle długotrwały, a nie epizodyczny kontakt z pacjentem³.

Problematykę celów i organizacji podstawowej opieki zdrowotnej oraz zasad zapewnienia odpowiedniej jakości świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej określają przepisy ustawy z dnia 27 października 2017 r. o podstawowej opiece zdrowotnej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2217), dalej jako „u.p.o.z.”

¹ Zob. punkt 43 Załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 stycznia 2013 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystów (Dz. U. z 2013 r., poz. 26).

² S. Chłabicz, Istota pracy lekarza rodzinnego, (w:) L. Marcinowicz, S. Chłabicz (red.), Jak skutecznie rozmawiać z pacjentem i jego rodziną? Praktyka lekarza rodzinnego, Warszawa 2014, s. 1.

³ *Ibidem*, s. 1–2.

Zgodnie z art. 2 u.p.o.z., wprowadzającym legalną definicję podstawowej opieki zdrowotnej, pod pojęciem tym należy rozumieć miejsce pierwszego kontaktu świadczeniobiorcy z systemem ochrony zdrowia (z wyłączeniem sytuacji, w których świadczeniobiorca znajduje się w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego lub udzielane są mu świadczenia, o których mowa w art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1938 ze zm.), dalej jako „u.ś.o.z.”, w ramach którego jest zapewniony dostęp do profilaktycznych, diagnostycznych, leczniczych, pielęgnacyjnych oraz rehabilitacyjnych świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zasadnicze cele podstawowej opieki zdrowotnej określa natomiast art. 3 u.p.o.z. Ustawa zalicza do nich: 1) zapewnienie opieki zdrowotnej nad świadczeniobiorcą i jego rodziną; 2) koordynację opieki zdrowotnej nad świadczeniobiorcą w systemie ochrony zdrowia; 3) ocenę potrzeb oraz ustalenie priorytetów zdrowotnych populacji objętej opieką oraz wdrażanie działań profilaktycznych; 4) rozpoznawanie, eliminowanie lub ograniczanie zagrożeń i problemów zdrowia fizycznego i psychicznego; 5) zapewnienie profilaktycznej opieki zdrowotnej oraz promocji zdrowia dostosowanych do potrzeb różnych grup społeczeństwa; 6) zapewnienie edukacji świadczeniobiorcy w zakresie odpowiedzialności za własne zdrowie i kształtowanie świadomości prozdrowotnej.

W myśl art. 6 u.p.o.z. lekarzem podstawowej opieki zdrowotnej może być lekarz, który: 1) posiada tytuł specjalisty w dziedzinie medycyny rodzinnej albo 2) odbywa szkolenie specjalizacyjne w dziedzinie medycyny rodzinnej, albo 3) posiada specjalizację II stopnia w dziedzinie medycyny ogólnej, albo 4) posiada specjalizację I lub II stopnia lub tytuł specjalisty w dziedzinie pediatrii, pod warunkiem ukończenia kursu w dziedzinie medycyny rodzinnej. Warunkiem wykonywania wymienionej praktyki jest uprzednie zawarcie z Narodowym Funduszem Zdrowia umowy o udzielanie świadczeń z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej, względnie wykonywanie zawodu u świadczeniodawcy, z którym Narodowy Fundusz Zdrowia zawarł określoną umowę i został wybrany przez świadczeniobiorcę⁴.

Zgodnie z art. 11 ust. 1–3 u.p.o.z. zadania z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej realizuje zespół podstawowej opieki zdrowotnej, w skład którego wchodzi: lekarz podstawowej opieki zdrowotnej, pielęgniarka podstawowej opieki zdrowotnej i położna podstawowej opieki zdrowotnej. Pracę zespołu

⁴ W art. 6 ust. 2 u.p.o.z. przewidziano ponadto, że lekarzem podstawowej opieki zdrowotnej może być także lekarz: 1) posiadający specjalizację I stopnia w dziedzinie medycyny ogólnej lub 2) posiadający specjalizację I lub II stopnia, lub tytuł specjalisty w dziedzinie chorób wewnętrznych – udzielający świadczeń zdrowotnych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej przed dniem 31 grudnia 2024 r., pod warunkiem ukończenia kursu, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, z zastrzeżeniem art. 14 u.ś.o.z.

koordynuje lekarz, który rozstrzyga o sposobie planowania i realizacji postępowania diagnostyczno-leczniczego nad świadczeniobiorcą. Stosownie do art. 13 ust. 1 u.p.o.z. planuje on i realizuje opiekę lekarską nad świadczeniobiorcą, w zakresie działań mających na celu zachowanie zdrowia, profilaktykę chorób, rozpoznawanie i leczenie chorób oraz rehabilitację świadczeniobiorcy. Lekarz podstawowej opieki zdrowotnej wybrany przez świadczeniobiorcę wydaje ponadto skierowania na realizację zabiegów i procedur medycznych, w zakresie posiadanych kompetencji (art. 13 ust 4 u.p.o.z.). Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 24 września 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2016 r., poz. 86) świadczenia gwarantowane lekarza podstawowej opieki zdrowotnej obejmują: 1) poradę lekarską udzielaną w warunkach ambulatoryjnych; 2) poradę lekarską udzielaną w domu świadczeniobiorcy w przypadkach uzasadnionych medycznie; 3) świadczenia w ramach profilaktyki chorób układu krążenia; 4) poradę patronażową; 5) badania bilansowe, w tym badania przesiewowe; 6) świadczenia medycznej diagnostyki laboratoryjnej lub diagnostyki obrazowej i nieobrazowej⁵; 7) szczepienia ochronne realizowane zgodnie z za-

⁵ Chodzi o następujące świadczenia zdrowotne: I. badania hematologiczne: morfologia krwi obwodowej z płytkami krwi, morfologia krwi obwodowej z wzorem odsetkowym i płytkami krwi, retikulocyty oraz odczyn opadania krwinek czerwonych (OB); II. badania biochemiczne i immunochemiczne: sód, potas, wapń zjonizowany, żelazo, żelazo – całkowita zdolność wiązania (TIBC), stężenie transferyny, stężenie hemoglobiny glikowanej (HbA1c), mocznik, kreatynina, glukoza, test obciążenia glukozą, białko całkowite, proteinogram, albumina, białko C-reaktywne (CRP), kwas moczowy, cholesterol całkowity, cholesterol-HDL, cholesterol-LDL, triglicerydy (TG), bilirubina całkowita, bilirubina bezpośrednia, fosfataza alkaliczna (ALP), aminotransferaza asparaginianowa (AST), aminotransferaza alaninowa (ALT); gammaglutamylotranspeptydaza (GGTP), amylaza, kinaza kreatynowa (CK), fosfataza kwaśna całkowita (ACP), czynnik reumatoidalny (RF), miano antystreptolizyn O (ASO), hormon tyreotropowy (TSH), antygen Hbs-AgHBs, VDRL, FT3, FT4 oraz PSA – Antygen swoisty dla stercza całkowity; III. badania moczu: ogólne badanie moczu z oceną właściwości fizycznych, chemicznych oraz oceną mikroskopową osadu, ilościowe oznaczanie białka, ilościowe oznaczanie glukozy, ilościowe oznaczanie wapnia oraz ilościowe oznaczanie amylazy; IV. badania kału: badanie ogólne, pasożyty oraz krew utajona – metodą immunochemiczną; V. badania układu krzepnięcia: wskaźnik protrombinowy (INR), czas kaolinowo-kefalinowy (APTT) oraz fibrynogen; VI. badania mikrobiologiczne: posiew moczu z antybiogramem, posiew wymazu z gardła z antybiogramem oraz posiew kału w kierunku pałeczek Salmonella i Shigella; VII. badanie elektrokardiograficzne (EKG) w spoczynku; VIII. diagnostyka ultrasonograficzna: 88.713 USG tarczycy i przytarczyc; 88.717 USG ślinianek; 88.752 USG nerek, moczowodów, pęcherza moczowego; brzucha i przestrzeni zaotrzewnowej, w tym wstępnej oceny gruczołu krokowego (88.761 USG brzucha i przestrzeni zaotrzewnowej) oraz obwodowych węzłów chłonnych (88.790 USG węzłów chłonnych); IX. Spirometria; X. zdjęcia radiologiczne: zdjęcie klatki piersiowej w projekcji AP i bocznej, zdjęcia kostne – w przypadku kręgosłupa; kończyn i miednicy w projekcji AP i bocznej, zdjęcie czaszki, zdjęcie zatok oraz zdjęcie przeglądowe jamy brzusznej. Lekarz podstawowej opieki zdrowotnej może też wystawiać skierowanie na badania endoskopowe – gastroskopię i kolonoskopię.

sadami określonymi w przepisach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.

Istotne znaczenie z punktu widzenia celów i założeń niniejszego opracowania ma określenie uprawnień lekarza – specjalisty medycyny rodzinnej udzielającego świadczeń z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej. Kwestię tę normują przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 września 2016 r. w sprawie zakresu zadań lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, pielęgniarki podstawowej opieki zdrowotnej i położnej podstawowej opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1567). Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 1 do wymienionego rozporządzenia lekarz podstawowej opieki zdrowotnej planuje i realizuje opiekę lekarską nad świadczeniobiorcą w zakresie udzielanych przez niego świadczeń opieki zdrowotnej, z uwzględnieniem miejsca udzielania świadczenia (w warunkach ambulatoryjnych i domowych). Koordynuje on udzielanie świadczeń podstawowej opieki zdrowotnej w zakresie posiadanych kompetencji. W ramach udzielania świadczeń opieki zdrowotnej lekarz współpracuje z pielęgniarką podstawowej opieki zdrowotnej i położną podstawowej opieki zdrowotnej, pielęgniarką środowiska nauczania i wychowania, innymi świadczeniodawcami (zgodnie z potrzebami świadczeniobiorców) oraz z przedstawicielami organizacji i instytucji działających na rzecz zdrowia.

W zakresie działań mających na celu zachowanie zdrowia świadczeniobiorcy lekarz podstawowej opieki zdrowotnej: 1) prowadzi edukację zdrowotną; 2) prowadzi systematyczną i okresową ocenę stanu zdrowia w ramach badań bilansowych, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami; 3) uczestniczy w realizacji programów zdrowotnych i programów polityki zdrowotnej, działając na rzecz zachowania zdrowia w społeczności lokalnej; jak również 4) rozpoznaje środowisko świadczeniobiorcy.

Wśród działań ukierunkowanych na profilaktykę chorób lekarz podstawowej opieki zdrowotnej: 1) identyfikuje czynniki ryzyka oraz zagrożenia zdrowotne świadczeniobiorcy, a także podejmuje działania ukierunkowane na ich ograniczenie; 2) koordynuje wykonanie i dokonuje kwalifikacji do obowiązkowych szczepień ochronnych świadczeniobiorcy, zapewnia wykonywanie szczepień oraz informuje o szczepieniach zalecanych; 3) uczestniczy w realizacji programów profilaktycznych; 4) prowadzi systematyczną i okresową ocenę stanu zdrowia w ramach badań przesiewowych.

Działania mające na celu rozpoznanie chorób obejmują: 1) planowanie i koordynowanie postępowania diagnostycznego, stosownie do stanu zdrowia świadczeniobiorcy; 2) informowanie świadczeniobiorcy o możliwościach postępowania diagnostycznego w odniesieniu do jego stanu zdrowia oraz wskazywanie podmiotów właściwych do jego przeprowadzenia; 3) przeprowadzanie badań podmiotowych świadczeniobiorcy zgodnie z wiedzą medyczną; 4) przeprowadzanie badań przedmiotowych z wykorzystaniem tech-

nik dostępnych w warunkach podstawowej opieki zdrowotnej; 5) wykonywanie testów lub zlecenie wykonania badań dodatkowych, w szczególności laboratoryjnych i obrazowych; 6) kierowanie świadczeniobiorców na konsultacje specjalistyczne w celu dalszej diagnostyki i leczenia, w przypadku gdy uzna to za konieczne; 7) kierowanie świadczeniobiorców do jednostek lecznictwa zamkniętego w celu dalszej diagnostyki i leczenia, w przypadku uznania tego za konieczne; 8) dokonywanie interpretacji wyników badań i konsultacji wykonanych przez innych świadczeniodawców; jak również 9) orzekanie o stanie zdrowia świadczeniobiorcy w oparciu o osobiste badanie i dokumentację medyczną.

W zakresie działań mających na celu leczenie chorób lekarz podstawowej opieki zdrowotnej: 1) planuje i uzgadnia ze świadczeniobiorcą postępowanie terapeutyczne, stosownie do jego problemów zdrowotnych oraz zgodnie z aktualną wiedzą medyczną; 2) planuje i uzgadnia ze świadczeniobiorcą działania edukacyjne mające na celu ograniczenie lub wyeliminowanie stanu będącego przyczyną choroby świadczeniobiorcy; 3) zleca i monitoruje leczenie farmakologiczne; 4) wykonuje lub zleca wykonanie zabiegów i procedur medycznych; 5) kieruje świadczeniobiorcę do wykonania zabiegów i procedur medycznych do innych świadczeniodawców; 6) kieruje do oddziałów udzielających stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej; 7) kieruje do pielęgniarskiej długoterminowej opieki domowej; 8) kieruje do leczenia uzdrowskiego; 9) orzeka o czasowej niezdolności do pracy lub nauki oraz 10) integruje, koordynuje lub kontynuuje działania lecznicze podejmowane w odniesieniu do jego świadczeniobiorcy przez innych świadczeniodawców w ramach swoich kompetencji zawodowych, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną.

Działania ukierunkowane na usprawnianie świadczeniobiorcy obejmują: zlecenie wykonywania zabiegów rehabilitacyjnych przez świadczeniodawców, wykonywanie stosownie do posiadanych kompetencji i zgodnie z aktualną wiedzą medyczną zabiegów i procedur rehabilitacyjnych, jak również zlecenie wydania świadczeniobiorcy wyrobów medycznych.

Biorąc pod uwagę przedstawione regulacje prawne trafne wydają się wnioski formułowane w piśmiennictwie medycznym, że istota pracy lekarza rodzinnego – wynikająca ze specyfiki specjalizacji w zakresie medycyny rodzinnej – sprowadza się głównie do rozwiązywania problemów, z którymi zgłasza się pacjent oraz aktywnym promowaniu zachowań służących zachowaniu zdrowia (profilaktyki pierwotnej i wtórnej). Z tego względu od lekarzy rodzinnych wymaga się posiadania wiedzy i umiejętności w trzech obszarach: umiejętności komunikowania się z pacjentem, wiedzy i umiejętności klinicznych oraz znajomości skutecznych działań profilaktycznych⁶.

⁶ S. Chlabcz, Istota pracy lekarza rodzinnego, s. 2.

3. Błędy w sztuce lekarskiej a praktyka lekarza rodzinnego – wybrane przykłady

Zgodnie z art. 160 § 1–2 k.k. kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3, z tym wyjątkiem, że jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Należy pamiętać, że w myśl § 3 wymienionego przepisu, jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (w tej sytuacji ściganie przestępstwa następuje na wniosek pokrzywdzonego). Unormowanie art. 160 § 4 k.k. przewiduje natomiast, że nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1–3 sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo.

W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym lekarz może odpowiadać karnie za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta w związku z zabiegiem leczniczym tylko w razie zawinionego błędu sztuki lekarskiej. Ustalenie błędu w sztuce lekarskiej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował albo mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej⁷.

Błędy w sztuce lekarskiej występujące w praktyce lekarza rodzinnego na ogół przybierają formę tzw. błędów diagnostycznych. W piśmiennictwie prawnokarnym wyrażany jest pogląd, że błąd diagnostyczny polega na wyciągnięciu z objawów chorobowych wniosków innych niż te, które podyktowane są wiedzą medyczną. Do błędów tego rodzaju zalicza się również nierozpoznanie w ogóle pewnych objawów, a także wadliwe przeprowadzenie samych badań służących postawieniu diagnozy bądź w ogóle pominięcie takich badań. Błąd diagnostyczny, będący często wynikiem błędu organizacyjnego, niejednokrotnie pociąga ze sobą błędy terapeutyczne. Częstą przyczyną błędu diagnostycznego jest przeoczenie przez lekarza objawów choroby i niewykorzystanie stojących do jego dyspozycji środków służących do ustalenia tych objawów, np. wtedy, gdy lekarz niedokładnie zbadał pacjenta, nie zebrał wszystkich danych o pacjencie i nie uwzględnił w diagnozie zebranego już wywiadu⁸.

⁷ Por. wyrok SN z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. II KK 124/12, LEX nr 1277697.

⁸ A. Zołł, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 63–64; D. Wąsik, *Mors in tabula w teorii i praktyce śledczej*, Bydgoszcz 2016, s. 136–137. W przedmiocie błędów medycznych zobacz również m.in. M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, PiM 1999, nr 3, s. 33 i nast. W przedmiocie

cie błędu w sztuce lekarskiej zobacz również M. Banasiewicz, R. Kokot, Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej, (w:) L. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. 24, Wrocław 2009, s. 101–119; J. Bukowski, J. Kocur, Odpowiedzialność lekarza za błąd w sztuce lekarskiej, WPP 1995, nr 2, s. 29–31; P. Daniluk, Błąd w sztuce lekarskiej – wybrane problemy, PiM 2004, nr 4, s. 45–57; I. Dziekońska-Staśkiewicz, Tak zwany błąd w sztuce lekarskiej. (Definicje, zakres pojęcia, propozycje), Stud.Krymin. 1974, t. 1, s. 233–240; M. Filar, Lekarskie prawo karne, Kraków 2000; E. Jęczmionka-Kopińska, Błąd w sztuce i niepowodzenie medyczne w polskim systemie prawnym. Prawnoetyczne uwarunkowania zabiegów medycznych, Poznań 2013; P. Kardas, Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi, PS 2005, nr 10, s. 55 i nast.; L. Kubicki, Błąd w sztuce w toku interdyscyplinarnego postępowania leczniczego, PiM 2001, nr 9, s. 33–37; A. Warakomska, Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej, (w:) I. Zgoliński (red.), Oblicza Temidy. Medycyna przez pryzmat prawa, Bydgoszcz 2012, s. 91–100; R. Augustyn, Zarys metodyki obrony lekarza w postępowaniu karnym w sprawach o błąd medyczny, Poznań 2010; E. Baran, K. Jaegermann, Z. Marek, Błąd medyczny i odpowiedzialność prawna, Przegląd Lekarski 1984, nr 12, s. 709–713; Z. Marek, Błąd medyczny, Kraków 1999; *idem*, Błąd medyczny. Odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza, Kraków 2007; J. Przybojewski, Niektóre aspekty odpowiedzialności karnej za błąd medyczny, WPP 1987, nr 3, s. 280–290; T. Ślipko, Błąd medyczny w świetle etyki, Arch.Med.Sąd.Krym. 1990, nr 1, s. 1–7; B. Świątek, Błąd medyczny w praktyce medyka sądowego, (w:) R. Jaworski, M. Szostak, Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kęgla; Wrocław 2005, s. 517–526; M. Boratyńska, Odpowiedzialność karna lekarza, (w:) L. Kubicki (red.), Prawo medyczne, Wrocław 2003, s. 161–165; Z. Gądzik, Prawo pacjenta do samostanowienia a odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia, (w:) R. Tabaszeński (red.), Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność, Lublin 2013, s. 137–149; J. Jaroszek, Odpowiedzialność karna lekarza, Służba Zdrowia 1987, nr 31; R. Kędziora, Odpowiedzialność karna lekarza za przestępne nieudzielenie pomocy, Stud.lur.Lublin. 2006, t. 8, s. 83–102; J. Kulesza, Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechania pomocy, PiM 2008, nr 1, s. 14–25; K. Olbrychtowicz-Śmiełowska, Odpowiedzialność karna lekarza stomatologa w związku z wykonywaniem zawodu, Czasopismo Stomatologiczne 1970, nr 8, s. 1011–1015; G. Rejman, Odpowiedzialność karna lekarza, Warszawa 1991; W. Witczak, Odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w stanach zagrożenia życia, (w:) A. Dębiniński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex*. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza, Lublin 2002, s. 81–85; M. Nesterowicz, Kilka uwag o związku przyczynowym na tle procesów lekarskich, Palestra 1968, nr 7–8, s. 47–52; *idem*, Ciężar dowodu winy w procesach lekarskich, PiP 1968, nr 4–5, s. 675–682; *idem*, Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”, PiP 2005, nr 3, s. 5–17; *idem*, Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy, Poznań 1972; *idem*, Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych, Warszawa 2012; M. Nesterowicz, M. Śliwka, Prawo medyczne, Toruń 2013; D. Wąsik, B. Sygit, The idea of human rights in conditions of hospital treatment, (w:) K. Leksowski, A. Rosiek (ed.), Organizational Culture and Ethics in Modern Medicine, IGI Global 2015, s. 236–254; B. Sygit, D. Wąsik, Patients' rights and medical personnel duties in the field of hospital care, (w:) K. Leksowski, A. Rosiek (ed.), Organizational Culture and Ethics in Modern Medicine, IGI Global 2015, s. 281–296; D. Wąsik, Rozważania o odpowiedzialności karnej sprawców za błędy i zaniedbania popełnione przy zabiegu przetoczenia krwi, (w:) J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), Meandry prawa karnego I kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. Stanisława Pikulskiego, Szczytno 2015, s. 281–287; D. Wąsik,

Przykładem typowego błędu diagnostycznego w praktyce zawodowej lekarza rodzinnego może być zdarzenie objęte postępowaniem prowadzonym kolejno przez Sąd Rejonowy w K. (sygn. II K 78/15), a następnie Sąd Okręgowy w K. (sygn. II Ka 329/15). W sprawie tej lekarzowi rodzinemu X zarzucono popełnienie przestępstwa z art. 160 § 3 k.k., polegającego na tym, że w okresie od 12 do 15 października (...) roku, będąc wezwanym w ramach wizyty domowej do chorego Y, pomimo utrzymywania się od 6 października (...) roku dolegliwości bólowych i braku poprawy zdrowia, w wyniku uprzednio stosowanej terapii przeciwbólowej, nieprawidłowo kontynuował dalsze leczenie przeciwbólowe, podczas gdy istniały wskazania do hospitalizacji chorego w warunkach szpitalnych. Oskarżony X miał również zaniechać skierowania pacjenta na oddział szpitalny celem wdrożenia szczegółowej diagnostyki różnicowej i ustalenia przyczyny braku poprawy zdrowia pomimo stosowania leczenia. W toku wymienionego postępowania zwracano uwagę m.in. na takie okoliczności, jak niewłaściwe zachowania się oskarżonego X podczas przeprowadzenia wywiadu lekarskiego. Oskarżony X był lekarzem rodzinnym pacjenta Y i w przeciągu 10 dni trzykrotnie miał z nim kontakt, dlatego powinien zaobserwować zachodzące u niego zmiany, choćby w wyglądzie zewnętrznym. Przemawiał za tym choćby fakt, że brat Y kilka godzin po wizycie oskarżonego X ocenił stan chorego, jako znacznie pogarszający się i zawiózł go osobiście do szpitala, gdzie stwierdzono stan

B. Sygit, Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.) a zasada *ultima ratio* prawa karnego, (w:) S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 239–253; D. Wąsik, B. Sygit, Biegli sądowi w nowych realiach procesu karnego na przykładzie opiniowania sądowo-lekarskiego w sprawach o tzw. błędy w sztuce lekarskiej, (w:) M. Goc, T. Tomaszewski, R. Lewandowski (red.), *Kryminalistyka. Jedność nauki i praktyki*, Warszawa 2016, s. 115–126; D. Wąsik, B. Sygit, Orzekanie zakazu wykonywania zawodu lekarza z perspektywy kierunku aktualnej polityki karnej, (w:) T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016*. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej, Warszawa 2016; D. Wąsik, Zasady odpowiedzialności karnej za błędy w sztuce lekarskiej w kulturach prawnych judaizmu i islamu, (w:) A. Wedeł-Domarańska, A. Purat (red.), *Wybrane problemy kary i karalności*, Bydgoszcz 2016, s. 49–68; D. Wąsik, B. Sygit, Zbędne zabiegi chirurgiczne – wybrane aspekty medyczne i prawne, (w:) B. Hołyst (red.), *Przyszłość prawa. Księga pamiątkowa XX-lecia Wydziału Prawa i Administracji*, Warszawa 2017, s. 523–528; D. Wąsik, Śmierć na stole operacyjnym (*Mors in tabula*) jako konsekwencja błędu w sztuce lekarskiej, *Prok. i Pr.* 2016, nr 12, s. 41–62; D. Wąsik, B. Sygit, Odpowiedzialność za narażenie pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia a procedury anestetyczne, *Prok. i Pr.* 2017, nr 2, s. 32–60; D. Wąsik, Odpowiedzialność karna lekarza dentystry za błąd medyczny, *Prok. i Pr.* 2017, nr 3, s. 5–32; *idem*, Ocena prawna zakaza w szpitalu, *Prok. i Pr.* 2017, nr 4, s. 40–60; *idem*, Opiniowanie sądowo-lekarskie w sprawach dotyczących zgonów okołoperacyjnych, *Prok. i Pr.* 2017, nr 7–8, s. 149–167; *idem*, Prawne aspekty wytwarzania i obrotu wyrobami medycznymi, *Prok. i Pr.* 2017, nr 9, s. 105–138, *idem*, Tajemnica lekarska – wybrane aspekty praktyczne, *Prok. i Pr.* 2018, nr 1, s. 125–137.

krytyczny. Oskarżony X stwierdził podwyższoną temperaturę u Y zarówno podczas badania 5 października (...) roku jak i podczas badania 12 października (...) roku. Podanie Y leku o działaniu przeciwzapalnym i przeciwgorączkowym rzeczywiście mogło obniżyć temperaturę ciała chorego, co jest oczywiste, ale utrzymująca się gorączka powinna jednak skłaniać oskarżonego X do innego działania, nie tylko do leczenia objawowego. Tym bardziej, że 10 października (...) roku chory miał również podawane leki o działaniu przeciwgorączkowym, kiedy stwierdzono u niego wysoką temperaturę. Sąd II instancji – w oparciu o sporządzone w sprawie opinie sądownolekarskie – wskazywał, że oskarżony X powinien zwrócić uwagę na fakt, że w rwie kulszowej nie towarzyszy wysoka temperatura. Nietypowym objawem przy bólu okolicy łędźwiowej pleców, przy podejrzeniu zapalenia rwy kulszowej, była bowiem wysoka temperatura, i później brak gorączki przy stwierdzonym ropnym zapaleniu gardła.

Błędy diagnostyczne jako błędy w sztuce lekarskiej stwierdzane niekiedy w medycynie rodzinnej mogą pozostawać w zbiegu z błędami medycznymi lekarzy innych specjalności, co jest dostrzegalne w sytuacjach, w których leczenie pacjenta przybiera formę wielowymiarową, np. jest on hospitalizowany jedno- lub kilkakrotnie, na różnych oddziałach szpitalnych. Warto podkreślić, że w tych przypadkach błąd diagnostyczny lekarza rodzinnego poprzedza błędy i uchybienia innych lekarzy, przy czym może on być pierwotną przyczyną (źródłem) kolejnych nieprawidłowości (dzieje się tak wówczas, gdy pacjent zostanie skierowany do lekarza niewłaściwej specjalizacji lub na niewłaściwe badanie, zaś lekarz specjalista udzielający świadczenia zdrowotnego nie stwierdzi w odpowiednim czasie pomyłki wystawcy skierowania i nie skoryguje kierunku terapii lub diagnozy), tudzież nieprawidłowości w działaniu lekarza rodzinnego i innych specjalistów są wprawdzie niezależne od siebie, ale pozostają ze sobą w ścisłej korelacji, tzn. badanie pacjenta i stawiana diagnoza determinowana jest uprzednimi, chybnymi ustaleniami medycznymi. Drugi z przypadków występuje najczęściej wówczas, gdy lekarz rodzinny kieruje pacjenta na właściwe rodzajowo badanie (w odniesieniu do zgłaszanych przez chorego dolegliwości), lekarz wykonujący badanie przeprowadza je lub przedstawia jego wyniki w sposób niejednoznaczny albo nieprawidłowy, po czym lekarz rodzinny zapoznając się z dostarczoną przez pacjenta dokumentacją medyczną i wynikami diagnostyki odstępuje od leczenia schorzenia lub stosuje niewystarczającą terapię.

Przykładem drugiej z wymienionych sytuacji jest postępowanie sygn. II K 577/15 rozpatrywane przez Sąd Rejonowy w P. W stanie faktycznym powyższej sprawy do oskarżonego X udzielającego świadczeń zdrowotnych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej w NZOZ w P. zgłosił się wieloletni pacjent, uskarżający się na utrzymujący się od kilku miesięcy kaszel oraz wykrztuszanie białej wydzieliny. Po konsultacji X skierował pacjenta na wy-

konanie zdjęcia RTG klatki piersiowej. Po wykonanym badaniu pacjent ponownie zgłosił się do X ze zdjęciem oraz opisem wykonanym przez lekarza radiologa – Z. Lekarz radiolog zawarł w sporządzonym przez siebie formularzu następujący zapis „dyskretne zacinienie ogniskowe 16 mm (przypadkowy układ cieni?) na tle górnego bieguna wnęki płuca lewego, do dalszej obserwacji”. Po zapoznaniu się z wymienioną dokumentacją medyczną X nie poszerzył czynności diagnostycznych w kierunku ustalenia etiologii zmiany w płucu lewym pacjenta. Oskarżony X ograniczył się jedynie do zapisania pacjentowi antybiotyku. Podczas kolejnych wizyt pacjenta u X stwierdzona zmiana na płucu lewym nie była przedmiotem postępowania medycznego. Po upływie kolejnych tygodni pacjent był hospitalizowany w związku z postępującą utratą wagi. Podczas wykonanych w szpitalu badań stwierdzono u pacjenta rozległą zmianę patologiczną 50x55 mm w górnym biegunie wnęki płuca lewego. Poza tym stwierdzono zmiany w nadnerczach. Mimo podjętego leczenia po upływie około 5 miesięcy pacjent zmarł w wyniku zaawansowanej choroby nowotworowej. Sąd Rejonowy w P. rozpatrując wymienioną sprawę słusznie wskazał, że niejednoznaczna zmiana, opisana w wyniku badania RTG, powinna wzbudzić zainteresowanie ze strony X, albowiem jako lekarz prowadzący od wielu lat tego pacjenta posiadał on wiedzę, że pacjent znajdował się w grupie osób wysokiego ryzyka nowotworów układu oddechowego. Pacjent będący w wieku 68 lat był wieloletnim palaczem papierosów z przewlekłym kaszlem i nawracającymi infekcjami górnych dróg oddechowych. X jako lekarz rodzinny, nie podejmując dalszych czynności diagnostycznych ukierunkowanych na wykrycie u pacjenta choroby nowotworowej płuca lewego naraził go w sposób nieumyślny na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia⁹. Sąd – uwzględniając

⁹ Oskarżony X nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu. Wyjaśnił, że pacjent faktycznie od wielu lat pozostawał pod jego opieką. Każda wizyta w gabinecie była związana z badaniem przedmiotowym, wówczas ordynowane były leki. Co więcej, pacjent kierowany był na liczne konsultacje specjalistyczne, jeśli takowe były potrzebne, był zadowolony z wizyt, a ponadto pomiędzy X a pacjentem nawiązała się relacja bliskości, przyjaźni. Oskarżony X wyjaśniał, że pacjent mógł zmienić lekarza, ale tego nie uczynił. W odniesieniu do postawionego zarzutu X podał, że pacjent nie zgłaszał żadnych objawów typowych dla raka płuc. W odniesieniu do interpretacji opisu zdjęcia X wyjaśniał, że korzysta z opisów zdjęć radiologicznych Z od około 20 lat i był przyzwyczajony do jego opisu. Jeśli Z zaobserwował na zdjęciu cokolwiek niepokojącego zawsze dawał dodatkowe sugestie, które trzeba było wykonać. W przedmiotowej sprawie czytając, że jest to dyskretne zacinienie, możliwość przypadkowego układu cieni, oskarżony X nie odniósł wrażenia, że jest to coś poważnego. X wyjaśniał, że nie otrzymał zdjęcia z opisem, że jest to zmiana guzowata. Gdyby tak było natychmiast skierowałby pacjenta do pulmonologa, ewentualnie do szpitala. W czasie następnych wizyt pacjent zgłaszał się z innymi dolegliwościami, a X udzielał porad stosownie do zgłaszanych przez pacjenta dolegliwości. Oskarżony stwierdził, że w ciągu następnych wizyt nie było objawów alarmowych typowych dla raka płuc. Co ciekawe, w czasie przeprowadzonych badań przedmiotowych oskarżony pisał, że płuca były osłuchowo bez zmian. Tymczasem lekarz radiolog Z – przesłuchiwany w charakterze świadka zeznał, że w opisie zdjęcia istotne wątpli-

wnioski sporządzonych w sprawie opinii sądowo-lekarskich – stwierdził, że nieprawidłowości w postępowaniu medycznym, wdrożonym wobec pacjenta przez lekarzy X i Z, skutkowały przeniesieniem go w stan bardziej niebezpieczny od wyjściowo istniejącego, nieuchylenia istniejącego niebezpieczeństwa oraz pomniejszenia szans leczniczych i niewątpliwego pogorszenia rokowania. Wykazane nieprawidłowości mieszczące się w pojęciu błędu diagnostycznego oraz decyzyjnego niewątpliwie uniemożliwiły podjęcie skutecznej próby uchylenia stanu niebezpieczeństwa, w jakim pacjent znajdował się – niezależnie od uzyskanego efektu terapeutycznego oraz ostatecznego skutku, jaki nastąpiłby. Wobec uzyskania opisu zdjęcia RTG, stwierdzającego obecność zacinienia w obrębie wnęki płuca lewego (obraz niejednoznaczny), u wieloletniego palacza i z przewlekłym kaszlem, należało bezwzględnie pogłębić czynności diagnostyczne. Na lekarzu rodzinnym prowadzącym pacjenta spoczywa bowiem obowiązek krytycznego ustosunkowania się do uzyskanego opisu badania radiologicznego i wyciągnięcia dalszych wniosków diagnostyczno-terapeutycznych. Oskarżony X powinien skonsultować się z opisującym zdjęcie radiologiem Z pod kątem poszerzenia diagnostyki obrazowej, ewentualnie skierować pacjenta na konsultację pulmonologiczną. Nie podejmując żadnych działań w tym zakresie oskarżony spowodował opóźnienie w podjęciu leczenia choroby nowotworowej u pacjenta o około 8 miesięcy. Według Sądu, nawet przy założeniu, że już w chwili zlecenia wykonania zdjęcia RTG nowotwór był rozsiany w organizmie chorego, zaniechanie poszerzenia diagnostyki radiologicznej zmniejszyło szanse terapeutyczne co najmniej na przedłużenie życia pacjenta. Błąd diagnostyczny X polegał w opisywanej sprawie na przyjęciu niewłaściwych przesłanek diagnozy postawionej przez lekarza. Zdaniem Sądu mogło to być spowodowane powierzchownością badania pacjenta lub wręcz zaniechaniem przeprowadzenia badania, nieprzeprowadzeniem badań dodatkowych, specjalistycznych, wymaganych zgodnie z wiedzą medyczną, złą interpretacją wyników badań. Opiniujący w sprawie zespół biegłych wskazał, że standardem w rozpatrywanej sytuacji powinno być pogłębienie diagnostyki, względnie dodatkowa konsultacja z lekarzem wykonującym zdjęcie RTG, czego oskarżony zaniechał. Tym samym oskarżony dopuścił się błędu, skutkującego pomniejszeniem szans leczniczych pacjenta i niewątpliwym pogorszeniem rokowania. Reasumując Sąd Rejonowy w P. uznał oskarżonego X za winnego popełnienia występku z art. 160 § 2 w zw. z § 3 k.k. W opisanym przypadku niewątpliwie błąd diagnostyczny oskarżonego X determinowany był nieprawidłowym, enigmatycznym opisem badania dokonany przez lekarza radiologa Z.

wości zostały w sposób wystarczający wyartykułowane. Pacjent wymagał wzmożonej obserwacji, jak również należało wykonać kontrolne zdjęcie, przeprowadzić wywiad, zlecić badania dodatkowe, wykonać zdjęcia dodatkowe, a także wdrożyć pilną konsultację pulmonologiczną.

Błąd w sztuce lekarskiej popełniony przez lekarza rodzinnego – gdy wziąć pod uwagę cały przebieg leczenia pacjenta w odniesieniu do danego schorzenia – może być też niezależny od błędów popełnionych przez innych lekarzy. W orzecznictwie zauważa się, że lekarz, który przejął opiekę nad pacjentem w sytuacji, gdy ten znajdował się już w stanie bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia, nie może ponieść odpowiedzialności karnej z art. 160 § 2 lub 3 k.k. w sytuacji, gdy pożądane zachowanie alternatywne, to znaczy zabieg lekarski (operacja) nie stwarzał realnej możliwości nawet na zmniejszenie tego stanu zagrożenia dla życia pacjenta¹⁰. Tym samym, jeżeli uchybienie specjalisty medycyny rodzinnej doprowadziło do takiego opóźnienia leczenia pacjenta, w którym lekarze innych specjalności – po przejściu chorego – decydują się na odstąpienie od zabiegu wskazanego do wykonania w danym przypadku klinicznym z racji wysokiego prawdopodobieństwa jego nieskuteczności, zwiększenia ryzyka powikłań lub obciążonego ryzykiem zgonu pacjenta, ewentualne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 160 k.k. uzasadnione będzie wyłącznie w odniesieniu do lekarza rodzinnego. Z drugiej jednak strony, lekarz rodzinny, nawet w sytuacji stwierdzenia własnych nieprawidłowości, nie może odpowiadać za zaniechania lekarzy przejmujących proces terapeutyczny nad chorym, wynikające np. z niedostatków wiedzy medycznej, braku umiejętności czy lekceważenia reguł ostrożności w opiece nad pacjentem.

Przykładem ostatniego przypadku i konieczności indywidualizacji winy lekarzy różnych specjalności za zaniechania w sprawowaniu opieki nad chorym jest sprawa rozpatrywana przez Sąd Rejonowy w S. (sygn. VII K 165/14), w której X przedstawił zarzut tego, że pełniąc funkcję lekarza podstawowej opieki zdrowotnej w NZOZ w Ł. – Poradni Lekarza Rodzinnego, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi opieki nad pacjentem Y, przeprowadzając badanie podmiotowe wymieniony nie zachował należytej ostrożności lekarskiej i wbrew sztuce medycznej, rozpoznał u chorego z bólami brzucha, wzdęciami brzucha oraz bolesnością uciskową w śródbrzuszu zaburzenia czynnościowe przewodu pokarmowego w przebiegu infekcji wirusowej i nie zlecił poszerzenia diagnostyki poprzez skierowanie go na badania laboratoryjne krwi, badanie ultrasonograficzne jamy brzusznej oraz niezwłocznie nie skierował go na konsultację chirurgiczną, celem przeprowadzenia badania kompleksowego chorego z nagłymi bólami brzucha. Zaniechania te stanowiły opóźnienie w postawieniu właściwego rozpoznania w postaci zapalenia otrzewnej i wdrożeniu prawidłowego, właściwego leczenia. Tym samym X nieumyślnie naraził Y na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia i dopuścił się przestępstwa z art. 160 § 3 k.k. w zw. z art. 160 § 2 k.k. W stanie faktycznym wymienionej sprawy Y w dniu 30 stycznia (...) r. w godzinach

¹⁰ Por. postanowienie SN z dnia 19 maja 2015 r., sygn. II KK 236/14, LEX nr 1729282.

rannyh zaczął wymiotować i doszedł do wniosku, iż „prawdopodobnie ma gripę żołądkową”, zwłaszcza, że w okresie wcześniejszym pozostali członkowie rodziny również na nią chorowali. W związku z tym, iż bóle brzucha nie ustępowały w dniu 1 lutego (...) roku chory zgłosił się do X – lekarza podstawowej opieki zdrowotnej oraz zarazem specjalisty chorób wewnętrznych i specjalisty medycyny rodzinnej. Oskarżony X po przeprowadzonym badaniu rozpoznał (i odnotował w dokumentacji lekarskiej) „Bóle brzucha, wzdęcie brzucha okresowo. Brzuch miękki, bolesny uciskowo w śródbrzuszu. Objawów otrzewnowych nie stwierdza się”. W związku z tym, że dolegliwości zdrowotne w dalszym ciągu utrzymywały w dniu 3 lutego (...) r. matka Y zgłosiła się do X, który zalecił konsultację chirurgiczną i wystawił skierowanie do Poradni Chirurgicznej w związku z bólami brzucha jej syna. Po zgłoszeniu się do Izby Przyjęć Szpitala w Ł. pacjent Y został w trybie nagłym przyjęty na Oddział Chirurgiczny SPZOZ w Ł., w którym jako rozpoznanie wstępne przyjęto „podejrzanie niedrożności”, stwierdzając przy tym w trakcie wywiadu, iż: „Chory lat 21 przyjęty do Oddziału z powodu bólów brzucha. Dolegliwości utrzymują się od pięciu dni. Dwa razy wymiotował w domu. Od dwóch dni nie przyjmował posiłków”. Po wykonaniu badań laboratoryjnych i EKG pacjenta Y zakwalifikowano do pilnej operacji, którą wykonano w znieczuleniu ogólnym. W momencie znieczulania Y zachłysnął się treścią żołądkową. W trakcie zabiegu operacyjnego usunięto wyrostek robaczkowy, opłukano jamę otrzewnową, odessano treść ropną z jamy brzusznej, wyrostek zaopatrzone podwiązaniem krezki wyrostka podwiązką i kapciuchem. Rozpoznanie pooperacyjne ustalono następująco: „perforacja ostrego zapalenia wyrostka robaczkowego zgorzelinowo zmienionego, rozlane zapalenie otrzewnej, ropień zachyłka pęcherzowo-odbytniczego, niedrożność porażenna jelit”. Początkowo w dniu 4 lutego (...) roku stan Y był dobry, niemniej jednak tego samego dnia ok. godz. 11–11.30 u Y pojawiła się duszność, która była wskazaniem do leczenia na oddziale intensywnej terapii. Na Oddziale Anestezjologii i Intensywnej Terapii, do którego Y został przyjęty ok. godz. 16.50, stan pacjenta określono jako ciężki, z niewydolnością oddechową. Y został monitorowany, zaintubowany, podłączony do respiratora i wentylowany. W trakcie pobytu Y w Oddziale Intensywnej Terapii jego stan zdrowotny nie uległ poprawie w związku z czym został on przetransportowany do innego szpitala. Przez cały okres leczenia chorego Y w Wojewódzkim Szpitalu w B. nie uzyskano poprawy jego stanu, zaś w dniu 23 lutego (...) r. o godz. 17.05 zmarł on wśród objawów niewydolności wielonarządowej. W dniu 25 lutego (...) roku przeprowadzona patomorfologiczna sekcja zwłok Y w zakresie rozpoznania anatomopatologicznego wykazała „obustronne odoskrzelowe zapalenie płuc, zapalenie węzłów chłonnych wnęki płuc i śródpiersia, śledziona septyczna, septyczne zapalenie wątroby, zapalenie otrzewnej – zrosty w miednicy małej oraz wokół kątnicy, zapalenie krwotocz-

ne błony śluzowej żołądka, masywny obrzęk mózgu, zastój żylny w obrębie wszystkich narządów”. Jak wskazywali biegli sporządzający opinię sądowo-lekarską w wymienionej sprawie oskarżony X badając chorego Y w dniu 1 lutego (...) roku nie zachował należytej ostrożności lekarskiej. Rozpoznanie u chorego z bólami brzucha, wzdęciami brzucha oraz bolesnością uciskową w śródbrzuszu zaburzeń czynnościowych przewodu pokarmowego w przebiegu infekcji wirusowej było nieuzasadnione. Chory nie miał objawów tzw. „grypy żołądkowej” czy „jelitowej”. Dalej biegli wskazali, iż każdy chory z nagłymi bólami brzucha, wzdęciami, bolesnością brzucha przy badaniu palpacyjnym wymaga weryfikacji celem ustalenia, czy są to bóle brzucha spowodowane tzw. „chorobami chirurgicznymi” wymagającymi hospitalizacji i pilnej operacji, czy są to bóle spowodowane tzw. „chorobami internistycznymi” niewymagającymi operacji. Takie zróżnicowanie wymaga prowadzenia dokładnego badania nie tylko podmiotowego, ale również wykonania badań laboratoryjnych krwi – morfologicznych z oznaczeniem białka, ultrasonograficznego badania jamy brzusznej oraz niezwłocznej konsultacji chirurgicznej. W tej sytuacji chorego Y należało skierować do Izby Przyjęć w SPZOZ w Ł., gdzie istnieją warunki do przeprowadzenia tzw. badania kompleksowego chorego z nagłymi bólami brzucha. W ocenie biegłych wydanie skierowania do Poradni Chirurgicznej celem konsultacji dopiero w trzecim dniu od pierwszej wizyty u lekarza X było opóźnieniem postawienia właściwego rozpoznania i właściwego leczenia. Niemniej jednak niezachowanie przez lekarza X należytej ostrożności (staranności) lekarskiej nie było bezpośrednią przyczyną zgonu Y, ale opóźniło udzielenie choremu prawidłowego, właściwego leczenia chirurgicznego. Dalej biegli zaopiniowali, że lekarz anestezjolog nie zachował należytej ostrożności lekarskiej, gdyż nie przeprowadził przed znieczuleniem zabiegu odessania treści żołądkowej, co skutkowało zachłystnięciem się chorego z następowym zachłystowym zapaleniem płuc.

W orzecznictwie wskazuje się, że odpowiedzialność lekarza gwaranta na płaszczyźnie art. 160 k.k. nie musi polegać tylko na popełnieniu przez niego błędu diagnostycznego czy medycznego. Mogą to być różne inne podejmowane albo zaniechane przez niego czynności, narażające człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu¹¹. Na lekarzu ciąży obowiązek gwaranta w zakresie zapobiegania bezpośredniemu niebezpieczeństwu wystąpienia skutków określonych w art. 160 § 1 k.k. Obowiązki te aktualizują się w momencie wystąpienia niebezpieczeństwa, przy czym musi być ono obiektywnie rozpoznawalne *ex ante*, czyli w zależności od zakresu informacji rzeczywiście posiadanych przez lekarzy stawiających diagnozę czy dostępnych dla nich przy odpowiednim staraniu. Obejmują one przeprowadzenie czynności diagnostycznych, po-

¹¹ Por. wyrok SN z dnia 3 września 2013 r., sygn. WK 14/13, LEX nr 1375270.

zwalających lekarzowi na ustalenie, czy występuje zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjenta oraz podjęcie stosownych czynności terapeutycznych, zmniejszających owo zagrożenie, o ile obiektywnie to jest możliwe¹².

Sprawy karne dotyczące błędów w sztuce lekarskiej popełnianych przez lekarzy – specjalistów medycyny rodzinnej, niewątpliwie są skomplikowane pod względem dowodowym. Przesądza o tym fakt, że wiele konsultacji z pokrzywdzonym odbywa się *ad hoc*, zaś nie wszystkie szczegóły wizyt (zwłaszcza, jeżeli mają one charakter wielokrotny w krótkich odstępach czasu) bywają odnotowywane w dokumentacji medycznej. W tej sytuacji organy ścigania powinny przede wszystkim zgromadzić materiał dowodowy pozwalający na poczynienie ustaleń w takich obszarach, jak początki głównych dolegliwości (objawów), w związku z którymi pacjent otrzymał skierowanie do lekarza specjalisty, wcześniejszego przebiegu choroby (chronologii wydarzeń, długości przerw pomiędzy nawrotami, okresowości, czasu trwania i częstotliwości objawów), nasilenia schorzenia, jego umiejscowienia (promieniowania bólu), czynników wywołujących i modyfikujących dolegliwości, objawów towarzyszących, dolegliwości ze strony innych narządów i układów, przebytych uprzednio chorób, istnienia chorób przewlekłych, przyjmowanych leków, szczepień, zleconych badań profilaktycznych, alergii i nietolerancji leków, a także chorób istniejących wśród członków rodziny (choroby zakaźne, genetyczne i nowotworowe)¹³. Dopiero po uzyskaniu wymienionych danych powinna nastąpić szczegółowa analiza i ocena prawidłowości działań lekarza rodzinnego w odniesieniu do danego pacjenta.

4. Wnioski

W piśmiennictwie zauważa się, że wiedza i umiejętności kliniczne lekarza rodzinnego pozwalają na rozpoznawanie i leczenie częstych schorzeń ostrych i przewlekłych, podjęcie działań w stanach nagłych i w sytuacji schorzeń terminalnych. Postawienie rozpoznania w medycynie rodzinnej nie zawsze jednak jest możliwe ani nawet konieczne ze względu na fakt, że wiele zgłaszanych problemów nie ma podłoża biologicznego. W medycynie rodzinnej należy bowiem uwzględniać biopsychospołeczny (holistyczny) model zdrowia i choroby¹⁴. Świadczenia zdrowotne udzielane przez lekarza rodzinnego, w szczególności udzielane przez niego porady, mają charakter *stricte* konsultacyjny. Skuteczność konsultacji zależy od zintegrowania wiedzy me-

¹² Por. postanowienie SN z dnia 6 października 2016 r., sygn. V KK 94/16, OSNKW 2017, nr 1, poz. 3.

¹³ Por. D. Wąsik, *Mors in tabula...*, s. 279.

¹⁴ S. Chlabicz, *Istota pracy lekarza rodzinnego*, s. 3.

dycznej, umiejętności porozumiewania się, rozwiązywania problemów i przeprowadzania badania fizykalnego¹⁵.

Błędy w sztuce lekarskiej w praktyce wykonywania zawodu lekarza o specjalizacji w zakresie medycyny rodzinnej mogą wystąpić przede wszystkim w obszarach profilaktyki chorób (np. nieprawidłowa interpretacja wyników badań przesiewowych), rozpoznania chorób (np. niewydanie skierowania na przeprowadzenie badań specjalistycznych lub dodatkowych, w tym laboratoryjnych lub obrazowych), a także działań terapeutycznych (np. zastosowanie niewłaściwej farmakoterapii).

Na podstawie analizowanych przypadków orzeczniczych uzasadnionym wydaje się poszukiwanie przyczyn powyższych uchybień w następujących okolicznościach: 1) odstąpieniu przez lekarza od analizy dokumentacji medycznej lub wybiórczym zapoznaniu się z nią podczas konsultacji; 2) nierzetelnym sporządzaniu dokumentacji medycznej i niewpisywaniu wszystkich stwierdzonych i zaobserwowanych objawów chorobowych i dolegliwości, w szczególności mających charakter przewlekły; 3) rutynowym podejściu do pacjenta (zwłaszcza zaliczanego do tzw. grupy pacjentów dyspanseryjnych), wynikającym z wieloletniego sprawowania opieki medycznej nad chorym oraz bagatelizowaniu zgłaszanych przez chorego objawów (w tym brak aktywnego oferowania opieki i porzucenie na spełnianiu oczekiwań pacjenta co do rodzaju leczenia farmakologicznego lub skierowań na określone badania specjalistyczne); 4) niewłaściwym przeprowadzeniu wywiadu z pacjentem, w tym nieustalenie lub nieodnotowanie informacji na temat początku głównych dolegliwości, chronologii wydarzeń, długości przerw pomiędzy ewentualnymi nawrotami, nasilenia dolegliwości, umiejscowienia bólu, czynników wywołujących i modyfikujących, jak również objawów towarzyszących; 5) nieuwzględnienie tzw. przeszłości medycznej pacjenta w stawianiu diagnozy i podejmowaniu decyzji co do dalszego kierunku leczenia, w tym przebytych chorób, hospitalizacji, zabiegów operacyjnych, doznanych urazów, chorób przewlekłych, przyjmowania leków (ich rodzaju, dawkowania, czy sposobu podawania), chorób stwierdzonych u członków rodziny, alergii i nietolerancji leków (w tym stwierdzonych alergenów środowiskowych czy pokarmowych, a także reakcji anafilaktycznych na leki). Dodatkowo wskazać należy, że w piśmiennictwie wśród błędów popełnianych przez lekarzy rodzinnych konsultujących pacjentów, skutkujących nieprawidłową diagnozą, zalicza się np. autorytaryzm, paternalizm czy dominację, przekonanie o swojej nieomyślności i ograniczenie się do poszukiwania odchyłeń w badaniach dodatkowych w sytuacji, gdy pacjent jest uległy lub pasywny¹⁶.

¹⁵ A. M. Ołtarze wska, Konsultacja lekarska, (w:) L. Marcinowicz, S. Chłabicz (red.), Jak skutecznie rozmawiać z pacjentem i jego rodziną? Praktyka lekarza rodzinnego, Warszawa 2014, s. 6–7.

¹⁶ Zob. A. M. Ołtarze wska, Konsultacja lekarska..., s. 27.

Błędy w sztuce lekarskiej stwierdzone przy wykonywaniu profesji lekarza rodzinnego mogą skutkować zaniechaniem postępowania diagnostycznego i niewykryciem jednostki chorobowej powodującej dolegliwości zdrowotne pacjenta, opóźnieniem wdrożenia właściwego postępowania terapeutycznego i pogorszeniem stanu zdrowia, a jeżeli dany przypadek kliniczny wymaga pilnego podjęcia określonych procedur medycznych (np. zabiegu chirurgicznego) pośrednio – zgonem pacjenta.

Zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie dobrem chronionym przepisami art. 155 k.k. i art. 160 § 1–3 k.k. jest życie i zdrowie człowieka. Relacja prawna jaka zachodzi między lekarzem i pacjentem jest typowa dla zaistnienia warunków odpowiedzialności karnej gwaranta jako podmiotu zobowiązanego do podejmowania zachowań skierowanych przeciwko skutkowi. Podstawową powinnością prawną gwaranta jest, nawiązując do treści art. 9 § 2 k.k., zachowanie „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”¹⁷. Warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej za realizację znamion przestępstwa z art. 160 § 1–3 k.k. przez zaniechanie jest naruszenie prawnego, szczególnego obowiązku zapobieżenia niebezpieczeństwu śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, albo uchylenia lub zminimalizowania tego niebezpieczeństwa (art. 2 k.k.)¹⁸. Skutkiem należącym do znamion strony podmiotowej występku z art. 160 § 2 i 3 k.k. jest nie tylko wywołanie takiej sytuacji, w której pacjent znajduje się, nie będąc uprzednio, w położeniu grożącym mu bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia, ale również na utrzymaniu (nieodwróceniu, niezminimalizowaniu) istniejącego już poziomu tego niebezpieczeństwa w czasie, kiedy urzeczywistnił się obowiązek działania lekarza-gwaranta. Co więcej, przestępstwo jest dokonane z chwilą narażenia na niebezpieczeństwo, chociażby osoba narażona nie doznała żadnej krzywdy. Dlatego nie ma znaczenia dla bytu odpowiedzialności za występki z art. 160 § 2 i 3 k.k. okoliczność, czy ostatecznie zaniechane przez sprawcę działanie było w stanie całkowicie odwrócić niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia pacjenta (zapobiec naruszeniu chronionego dobra)¹⁹. Dla realizacji znamienia tego występku wystarczające jest wystąpienie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego, nie zaś jego naruszenie. Skoro więc skutkiem przestępstwa jest samo „narażenie” na niebezpieczeństwo (sprowadzenie już samej możliwości wystąpienia określonych niebezpiecznych dla zdrowia lub życia następstw), to odpowiedzialności karnej z art. 160 k.k. podlega lekarz-gwarant, który w wyniku zaniechania udzielenia właściwego świadczenia zdrowotnego zdynamiczował swą bezczynnością przebieg i rozwój procesów chorobowych u pacjenta w ten sposób, że zaczęły one bezpośrednio zagrażać jego życiu

¹⁷ Zob. wyrok SN z dnia 8 lutego 2018 r., sygn. III KK 226/16, LEX nr 2224610.

¹⁸ Zob. postanowienie SN z dnia 2 lutego 2017 r., sygn. II KK 306/16, LEX nr 2278308.

¹⁹ Zob. wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. IV KK 43/13, LEX nr 1318212.

i zdrowiu²⁰. Co szczególnie istotne, odpowiedzialność lekarza gwaranta musi być definiowana w odniesieniu do momentu czasowego, w którym on działał²¹.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania odpowiedzialność karną lekarza rodzinnego jako gwaranta w rozumieniu art. 160 k.k. należy rozpatrywać w odniesieniu do czasu przeprowadzania konsultacji medycznej. Jeżeli w chwili udzielania porady pacjent wymagał natychmiastowej interwencji lekarza określonej specjalizacji (np. chirurga), natomiast lekarz rodzinny po zapoznaniu się z objawami nie wdrożył właściwego postępowania diagnostycznego lub terapeutycznego (np. nie wydał pacjentowi wymaganego skierowania) wskutek czego doszłoby do zgonu pacjenta (np. z powodu spóźnionej hospitalizacji), traktowanie lekarza rodzinnego jako gwaranta bezpieczeństwa zdrowia chorego byłoby uzasadnione. W pozostałych przypadkach ustalenie tej okoliczności wymagałoby każdorazowej, szczegółowej analizy dokumentacji medycznej pacjenta, zarówno z okresu świadczenia podstawowej opieki zdrowotnej, jak i ewentualnego, późniejszego leczenia szpitalnego.

Medical errors in family physicians' practice: criminal law and medical law aspects

Abstract

The primary purpose of this contribution is to present the specificity of medical errors in family physicians' practices, with due consideration given to possible reasons for, types and consequences of malpractices. The aspects addressed by this paper are believed to be translatable into a more effective prosecution response to offences under Article 160 of the Penal Code, whereby patients have been harmed by malpractice of family practitioners.

²⁰ Zob. wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. IV KK 42/12, LEX nr 1220930.

²¹ Zob. wyrok SR w Ostródzie z dnia 3 lutego 2016 r., sygn. II K 451/15, LEX nr 2108144.

Julia Kosonoga-Zygmunt

Zgoda rodziców na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problematyka zgody rodziców na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi. Tytułowe zagadnienie zaprezentowano na szerokim tle prawnorodzinnym, prawnomedycznym oraz prawnokarnym. Zasadniczą część rozważań poświęcono zakresowi kompetencji rodziców jako przedstawicieli ustawowych dziecka w zakresie poddawania go interwencjom medycznym. Poruszono m.in. takie kwestie jak: wpływ modyfikacji zakresu władzy rodzicielskiej na prawo do podejmowania decyzji medycznych dotyczących małoletniego pacjenta, sposób postępowania w przypadku kolizji stanowisk podmiotów uczestniczących w postępowaniu leczniczym, czy dopuszczalność udzielenia pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na udzielenie małoletniemu świadczenia zdrowotnego. Odrębny wątek stanowiła problematyka prawnokarnej ochrony autonomii rodziców małoletniego w zakresie decyzji medycznych go dotyczących (art. 192 k.k.).

1. Istota i charakter prawny zgody pacjenta

Uzależnienie ingerencji medycznej od zgody pacjenta jest nie tylko przejawem jego upodmiotowienia, ale przede wszystkim stanowi wyraz poszanowania takich wartości jak samodecydowanie o swoim życiu osobistym, czy nietykalność cielesna. Jest to więc zagadnienie o doniosłym znaczeniu aksjologicznym, ściśle wiążące się z szeroko rozumianą wolnością osobistą człowieka. Wymóg ten ma swoje podstawy normatywne zarówno w ogólnych zasadach Konstytucji RP¹, jak i aktach prawa międzynarodowego².

¹ W szczególności wymóg ten wyprowadzany jest z art. 41 Konstytucji, który zapewnia każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą. Ogólna gwarancja samostanowienia (autonomii) jednostki zawarta została w art. 47 Konstytucji, zgodnie z którym każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Pojęcie wolności osobistej i ochrony życia osobistego jest przy tym interpretowane szeroko, również jako prawo do decydowania o interwencji medycznej (na ten temat zob. np.: T. D u k i e t - N a g ó r s k a, O istocie przestępstwa z art. 192 k.k., (w:) Ł. P o h l (red.), Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin

Przed wszystkim jednak warunkiem uzyskania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego wyrażony został wprost w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry³ – w art. 32 ust. 1 na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych oraz w art. 34 ust. 1 – na wykonanie zabiegu operacyjnego albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Podobne zapisy znalazły się także w ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴. Wyraźne odejście od paternalistycznego wzorca stosunków pacjent – lekarz widoczne jest także w unormowaniach przewidzianych w Kodeksie Etyki Lekarskiej⁵.

W literaturze i orzecznictwie sądowym eksponuje się dwie podstawowe cechy zgody pacjenta. Po pierwsze, zgoda oznacza zezwolenie udzielone lekarzowi na ingerencję w sferę wolności i nietykalności cielesnej pacjenta. Wyrażając zgodę na daną interwencję zezwala on na naruszenie dóbr osobistych, co powoduje wyłączenie bezprawności takiej interwencji⁶. Po drugie, istotnym elementem zgody jest akceptacja przez pacjenta ryzyka zabiegu i przejście go na siebie (działanie na własne ryzyko)⁷.

Profesora Andrzeja J. Szwarca, Poznań 2009, s. 113; R. Kubiak, Prawo medyczne, Warszawa 2010, s. 338).

² Zob. m. in. art. 17 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167; art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.; art. 5 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z dnia 4 kwietnia 1997 r. (nieratyfikowana przez Polskę).

³ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 617 ze zm., zwana dalej: „u. zaw. lek.”

⁴ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1318 ze zm., zwana dalej: „u.p.p.”

⁵ Zob. art. 15 ust. 1 KEL, który wprowadza wymóg zgody pacjenta na postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze.

⁶ Zob. J. Ignaczewski, Zgoda pacjenta na leczenie, Warszawa 2003, s. 14; M. Śliwka, Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawno-porównawczym, Toruń 2010, s. 155 oraz powołana tam literatura; L. Kubicki, Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.), PiM 2000, nr 8, s. 36; S. Niemczyk, A. Łazarska, K. Niemczyk, O granicach zgody pacjenta na czynność medyczną podwyższonego ryzyka, PiM 2007, nr 4, s. 50 i n.

⁷ Zob. J. Ignaczewski, Zgoda pacjenta na leczenie..., s. 14; P. Dziennis, Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia, PS 2001, nr 11–12, s. 79; J. Ciszewski, Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre szkody medyczne, Gdańsk 2002, s. 48; M. Śliwka, Prawa pacjenta w prawie polskim..., s. 157 i n. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo. Przykładowo w wyroku z dnia 28 sierpnia 1972 r., sygn. II CR 296/72 (OSNCP 1973, nr 5, poz. 86) SN stwierdził, że pacjent, który wyraża zgodę na dokonanie zabiegu operacyjnego (resekcję płuca) bierze na siebie ryzyko związane z zabiegiem, tj. jego bezpośrednie, typowe, zwykłe skutki, o których możliwości powinien być stosownie do okoliczności pouczony. Brak pouczenia w ogóle, lub pouczenie nie o wszystkich normalnie możliwych skutkach zabiegu stanowi o bezskuteczności zgody i oznacza dokonanie zabiegu ope-

Zgoda, aby można było jej przypisać znaczenie prawne, musi spełniać określone warunki. Podzielić je można na: ogólne, odnoszące się uniwersalnie do wszelkich możliwych przypadków oraz szczególne, odnoszące się jedynie do określonych zabiegów czy czynności (np. eksperyment badawczy, przeszczepy itp.) lub określonego rodzaju osób (np. małoletni). Nie ulega wątpliwości, że ogólne warunki wyrażania prawnie skutecznej, niewadliwej zgody należy odnieść także do zgody udzielanej przez przedstawiciela ustawowego. Za warunki ogólne niewadliwej zgody uznaje się następujące okoliczności:

- osoba udzielająca zgody musi być do tego uprawniona,
- czynność stanowiąca przedmiot zgody nie sprzeciwia się ustawie lub zasadom współżycia społecznego,
- zgoda musi być rezultatem integralnej i swobodnej decyzji, powstałej na gruncie należytego rozpoznania okoliczności faktycznych (tzw. zgoda poinformowana – *informed consent*),
- zgoda musi być wyrażona w stosownej przewidzianej prawem formie⁸.

Podstawową przesłanką wprowadzającą ograniczenia w zakresie możliwości podejmowania decyzji co do świadczeń zdrowotnych jest wiek pacjenta⁹. W świetle przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, możliwość samodzielnego wyrażenia przez pacjenta zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego dotyczy jedynie pacjentów pełnoletnich, którzy nie są ubezwłasnowolnieni i są zdolni do świadomego wyrażenia takiej zgody. Pełnoletność

racyjnego z naruszeniem art. 17 ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz. U., Nr 50 poz. 458 ze zm.); por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. V ACa 146/16, Legalis, nr 1575704. Jednocześnie w orzecznictwie sądowym konsekwentnie podkreśla się, że zgoda pacjenta nie jest równoznaczna z wzięciem na siebie wszelkiego rodzaju ryzyka związanego z zabiegiem. Ryzyko, jakie bierze na siebie pacjent, wyrażając zgodę na zabieg operacyjny, obejmuje tylko zwykłe powikłania pooperacyjne. Nie można uznać, że taka zgoda obejmuje również komplikacje powstałe wskutek pomocy lekarza (zob. m.in.: wyrok SN z dnia 29 października 2003 r., sygn. III CK 34/02, OSP 2005, nr 4, poz. 54, s. 225; wyrok SN z dnia 19 października 1971 r., sygn. II CR 421/71, Legalis, nr 15752; wyrok SN z dnia 9 grudnia 1970 r., sygn. II CR 556/70, Legalis, nr 15016; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2012 r., sygn. I ACa 477/11, Legalis, nr 730893).

⁸ Zob. M. Filar, Postępowanie lecznicze w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody, PiM 2003, nr 5, s. 42; tenże, Lekarskie prawo karne, Kraków 2000, s. 248 i n.

⁹ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. pacjentem jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Szerzej na temat pojęcia „pacjent małoletni” w prawie medycznym zob. R. Patrzn, Trudności interpretacyjne pojęcia „pacjent małoletni” w prawie medycznym, PiM 2010, nr 3, s. 73–79, a na temat definicji pacjenta na gruncie art. 192 k.k. R. Rejmank, Problemy interpretacyjne wybranych pojęć zawartych w art. 192 k.k., CzPKiNP 2012, nr 4, s. 66 i n.; P. Daniluk, O pojęciach „zabieg leczniczy” i „pacjent” w rozumieniu art. 192 § 1 k.k., PiM 2011, nr 4, s. 77 i n.

nabywa się wraz z ukończeniem osiemnastego roku życia (zob. art. 10 § 1 k.c.). Przy czym wiek człowieka oblicza się według zasad określonych w art. 112 zd. 2 k.c. Wyjątek od przewidzianego w powołanym art. 10 § 1 k.c. formalnego kryterium pełnoletności wprowadza § 2 tego artykułu. W jego świetle małoletni uzyskuje pełnoletność przez zawarcie małżeństwa oraz nie traci on jej w razie jego unieważnienia¹⁰.

W odniesieniu do pacjentów małoletnich wymagana jest zgoda kumulatywna¹¹ (zwana także: zgodą podwójną¹², łączną¹³, równoległą¹⁴) pacjenta i innego uprawnionego podmiotu lub tzw. zgoda zastępcza (zwana także substytucyjną), wyrażana wyłącznie przez inny podmiot. W przypadku małoletniego zgodę wyraża co do zasady przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny (dotyczy jedynie przeprowadzenia badania)¹⁵. W przypadku, gdy pacjent ma ukończone 16 lat (a nie ukończył 18 lat) i jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody obok zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego wymagana jest zgoda małoletniego pacjenta. Dodatkowa zgoda małoletniego jest konieczna zarówno w odniesieniu do zwykłego badania, udzielenia innych świadczeń zdrowotnych (art. 32 ust. 5 u. zaw. lek., a także art. 17 ust. 1 u.p.p.), jak i zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko (art. 34 ust. 4 u. zaw. lek., a także art. 18 ust. 1 u.p.p.). Należy przy tym zaznaczyć, że w sytuacji, gdy pacjent małoletni nie ma przedstawiciela ustawowego lub

¹⁰ W doktrynie prawa cywilnego brak jest jednolitości poglądów co do zakresu podmiotowego wyjątku z art. 10 § 2 k.c. Rozbieżność dotyczy tego, czy możliwość trwałego uzyskania w ten sposób zdolności do czynności prawnych dotyczy osób o ograniczonej zdolności prawnej, czy również osób nieposiadających w ogóle zdolności do czynności prawnych. Wedle stanowiska mniejszościowego do skorzystania z wyjątku, o którym mowa w art. 10 § 2 k.c. konieczne jest ukończenie trzynastego roku życia. Osoba, która nie ma ukończonych 13 lat, nie może zatem nabyć zdolności do czynności prawnych przez zawarcie małżeństwa, niezależnie od tego, czy nastąpi unieważnienie małżeństwa (tak np. S. Grzybowski, System prawa cywilnego, t. I, Ossolineum 1974, s. 340; M. Gutowski, Nieważność czynności prawnej, Warszawa 2012, s. 107–109). Pogląd opozycyjny przyjmuje ważność małżeństwa, choćby zawarła je osoba pozbawiona całkowicie zdolności do czynności prawnych (zob. M. Pazdan, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹¹, t. I, Warszawa 2005, s. 85; M. Watrakiewicz, Wiek a zdolność do czynności prawnych, KPP 2003, nr 3, s. 508–512; E. Drozd, Uzyskanie pełnoletności przez zawarcie małżeństwa, NP 1969, nr 7–8, s. 1109–1121).

¹¹ Tak np. J. Ignaczewski, Zgoda pacjenta na leczenie..., s. 18; M. Świdorska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 62; R. Kubiak, Prawo medyczne..., s. 351 i n.; M. Śliwka, Prawa pacjenta w prawie polskim..., s. 243 i n.

¹² Tak np. B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie systemowe, Warszawa 2013, s. 504 i n.; M. Świdorska, Zgoda pacjenta..., s. 62.

¹³ Tak np. K. Michałowska, Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny, Warszawa 2014, s. 110 i n.

¹⁴ Tak np. M. Kapko, (w:) E. Zielińska (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz, Warszawa 2008, s. 472.

¹⁵ Zob. art. 32 ust. 2 i 3 oraz art. 34 ust. 1 u. zaw. lek., a także art. 17 ust. 2 i art. 18 ust. 1 u.p.p.

porozumienie się z nim jest niemożliwe, konieczne jest zezwolenie sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 2 i art. 34 ust. 3 u. zaw. lek.). Takie rozwiązanie przewidziano w odniesieniu do zwykłych świadczeń zdrowotnych i zabiegów poważniejszych, zarówno w przypadku zgody zastępczej, jak i kumulatywnej.

Zgoda przedstawiciela ustawowego na udzielenie świadczenia zdrowotnego nie stanowi przejawu reprezentacji pacjenta, a jest raczej wyrazem jego własnego prawa do wyrażenia zgody¹⁶. Za takim stanowiskiem przemawia w szczególności treść art. 17 ust. 2 u.p.p., który wprost stanowi, że „przedstawiciel ustawy pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, ma prawo do wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 1 (...)”. Nie bez znaczenia jest także konstrukcja zgody podwójnej, w przypadku której każdy z uprawnionych podmiotów, tj. pacjent oraz jego przedstawiciel ustawowy, składa własne oświadczenie w przedmiocie zgody¹⁷.

Tytułowe zagadnienie generuje szereg problemów interpretacyjnych, stąd też dalsze rozważania poświęcone zostały wyłącznie problematyce zgody rodziców małoletniego pacjenta na udzielenie mu świadczenia zdrowotnego. Poza zakresem opracowania pozostawiono natomiast takie kwestie jak np. status prawny i zakres kompetencji przysposabiającego, opiekuna, czy kuratora małoletniego. Zastrzec należy także, że analizie poddano jedynie wybrane uregulowania ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jak również ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Pominięto natomiast regulacje szczególne dotyczące m.in. zgody na: postępowanie lecznicze wobec osób z zaburzeniami psychicznymi¹⁸, czy zabiegi niemające wyłącznie charakteru terapeutycznego (np. eksperymenty medyczne¹⁹, przerwanie ciąży²⁰, pobranie krwi²¹, pobranie komórek, tkanek i narządów w celu ich przeszczepienia²²).

Na potrzeby dalszych rozważań należy także wyjaśnić, iż posługiwanie się w opracowaniu pojęciami „świadczenie zdrowotne” oraz – zamiennie – „czynność (interwencja) medyczna²³” jest uzasadnione siatką terminologiczną wy-

¹⁶ Tak trafnie B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 500, przypis 261.

¹⁷ Szerzej na ten temat zob. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 500 i n.; J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1235.

¹⁸ Zob. ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, tekst jedn. Dz. U. 2017 r., poz. 882 ze zm.

¹⁹ Zob. rozdział 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

²⁰ Zob. ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz. U., Nr 17, poz. 78 ze zm.

²¹ Zob. ustawa o publicznej służbie krwi z dnia 22 sierpnia 1997 r., tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1371.

²² Zob. ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1000.

²³ Na gruncie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty pojęcie „czynności medycznych” jest używane w zestawieniu ze zwrotem „badanie i udzielanie innych świadczeń zdrowotnych” (zob. np. art. 32–33 u. zaw. lek.). Powyższe upoważnia do stwierdzenia, że pojęcie

stępującą na gruncie analizowanych aktów normatywnych. „Świadczenia zdrowotne” oraz „czynności medyczne” są bowiem podstawowymi pojęciami do których odwołują się unormowania dotyczące zgody pacjenta. Zgodnie z definicją legalną, zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej²⁴ świadczenia zdrowotne obejmują „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”. Pojęciem świadczeń zdrowotnych posługuje się także ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych²⁵. W świetle art. 5 pkt 40 tejże ustawy świadczeniami zdrowotnymi są działania służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania.

2. Rodzaje zgody udzielanej przez przedstawiciela ustawowego małoletniego

Jak już wspomniano przedstawiciel ustawowy (w odniesieniu do badania także opiekun faktyczny) małoletniego, w zależności od konkretnych uwarunkowań, może wyrazić zgodę jako wyłącznie uprawniony (zgoda zastępcza) albo jako współuprawniony do decydowania o interwencji medycznej (zgoda kumulatywna).

2.1. Zgoda zastępcza (substytucyjna)

Obowiązywanie modelu zgody zastępczej uzasadnia się dobrem małoletniego. Przyjmuje się, że nie jest on w stanie samodzielnie uzmysłowić sobie istoty zabiegu i w konsekwencji nie może poprawnie wyrazić zgody. W takiej sytuacji o interesy małoletniego musi zadbać inny podmiot²⁶. Konstrukcja zgody zastępczej dotyczy małoletnich poniżej 16 roku życia. Wówczas zgodę na podjęcie względem nich interwencji medycznej wyraża przedstawiciel ustawowy²⁷. Oświadczenie woli przedstawiciela ustawowego zastępuje w takim przypadku oświadczenie woli małoletniego i czyni je zbędnym²⁸.

czynności medycznych jest traktowane przez ustawę jako tożsame z określeniem „świadczenia zdrowotne”, tak trafnie R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 30.

²⁴ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 160 ze zm.

²⁵ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1938 ze zm.

²⁶ Tak M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim...*, s. 228 i n.

²⁷ Zob. art. 17 ust. 2 u.p.p. oraz art. 32 ust. 2 oraz art. 34 ust. 3 u. zaw. lek.

²⁸ M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...*, s. 43.

Małoletniemu w wieku poniżej 16 lat nie przysługuje uprawnienie do wyrażenia zgody, jak również sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego. Nie mają przy tym znaczenia stopień indywidualnego rozwoju małoletniego, jak również inne czynniki wpływające na rzeczywistą zdolność do świadomego wyrażania zgody.

W literaturze zasadnie jednak wskazuje się, że ważnym elementem powodzenia terapii jest odpowiednia postawa samego pacjenta. Kształtowaniu takiej postawy sprzyja włączenie go w proces podejmowania przez przedstawiciela ustawowego decyzji w przedmiocie zgody²⁹. Z tych względów szczególnego znaczenia nabiera obowiązek wysłuchania dziecka przez rodziców, który bez wątplenia aktualizuje się także w przypadku wyrażenia lub odmowy zgody na poddanie małoletniego poniżej 16 roku życia interwencji medycznej. Obowiązek taki nakłada na rodziców art. 95 § 4 k.r.o., w świetle którego „rodzice przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka powinni je wysłuchać, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala, oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia”³⁰. Także w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw trafnie podniesiono, iż obowiązek wysłuchania dziecka przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących jego osoby lub majątku został sformułowany w nawiązaniu do art. 72 ust. 3 Konstytucji RP. Wskazany przepis Konstytucji RP nakazuje m.in. osobom odpowiedzialnym za dziecko wysłuchanie go w toku ustalania jego praw, jak również w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka. Słusznie jednak w literaturze zwraca się uwagę na niestanowczy charakter tego instrumentu oddziaływania małoletniego na dotyczące go działania rodziców³¹.

2.2. Zgoda kumulatywna (równoległa)

Konstrukcja zgody kumulatywnej zakłada, że dla podjęcia interwencji medycznej przez lekarza konieczne jest uzyskanie dwóch zgodnych, równoważnościowych oświadczeń o wyrażeniu zgody³². Każde z oświadczeń podlega samodzielnej ocenie pod kątem zachowania formy oraz spełnienia przesłanek prawnej skuteczności zgody³³.

²⁹ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 476 i n.

³⁰ Przepis art. 95 § 4 k.r.o. został dodany na podstawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 6 listopada 2008 r., Dz. U., Nr 220, poz. 1431.

³¹ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 476 i n.

³² Zob. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 505–506, s. 508 i n.

³³ Tak trafnie B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 508.

Trafnie zauważa się w literaturze, że celem wprowadzenia do systemu prawa konstrukcji zgody podwójnej jest przede wszystkim włączenie pacjenta do procesu decydowania o podejmowanych względem niego działaniach medycznych³⁴. Omawiana instytucja stanowi wyraz tendencji do wzmocnienia ochrony autonomii woli pacjenta w oderwaniu od jego możliwości samodzielnego działania w obrocie (tj. pełnej zdolności do czynności prawnych)³⁵.

Wymóg zgody podwójnej dotyczy pacjenta małoletniego, który ukończył 16 lat³⁶ i jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody. W razie braku takiej zdolności, pomimo spełnienia kryterium wieku przez pacjenta małoletniego, przedstawiciel ustawowy jest wyłącznie uprawniony do wypowiedzania się w przedmiocie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Trafnie zauważa się w literaturze, że niemożność wyrażenia zgody przez osobę małoletnią powyżej 16 roku życia ze względu na niezdolność do świadomego wyrażenia zgody nie powoduje automatycznie konieczności wystąpienia do sądu o uzyskanie zgody w sprawie interwencji medycznej³⁷.

³⁴ Tamże, s. 504.

³⁵ M. Świderska, *Zgoda pacjenta...*, s. 62.

³⁶ Na marginesie należy wskazać, iż w odniesieniu do osób niepełnoletnich ustawodawca posługuje się kryterium wieku w sposób niejednolity. W systemie prawa obowiązuje szereg regulacji szczególnych przewidujących odmienne uregulowanie sytuacji małoletnich. Pośród licznych wyjątków występujących w aktach zaliczanych do prawa medycznego należy w szczególności wymienić: 1) art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, który wymaga zgody małoletniego powyżej lat 13 na pobranie od niego szpiku; 2) art. 4a ust. 4 zd. 3 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, który wprowadza granicę 13 lat na usunięcie ciąży osoby małoletniej. W przypadku małoletniej powyżej 13 roku życia wymagana jest również pisemna zgoda tej osoby. W przypadku małoletniej poniżej 13 roku życia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, a małoletnia ma prawo do wyrażenia własnej opinii; 3) art. 306 k.p.c., który przewiduje możliwość pobrania krwi w celach dowodowych w toku postępowania cywilnego wyłącznie za zgodą osoby, której krew ma być pobrana, a jeżeli osoba ta nie ukończyła trzynastu lat – za zgodą jej przedstawiciela ustawowego; 4) art. 25 ust. 2 u. zaw. lek., który dopuszcza udział małoletniego w eksperymencie medycznym za jego pisemną zgodą, jeżeli małoletni ukończył 16 lat lub nie ukończył 16 lat i jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie; 5) art. 15 ust. 2 ustawy o publicznej służbie krwi z dnia 22 sierpnia 1997 r., który stanowi, że jeżeli przemawiają za tym względy fizjologiczne lub lecznicze, kandydatem na dawcę krwi lub dawcą krwi może zostać również osoba nieposiadająca pełnej zdolności do czynności prawnych, powyżej 17 roku życia, po wyrażeniu przez nią oraz przez jej przedstawiciela ustawowego, w obecności lekarza, w formie pisemnej, zgody na pobranie.

³⁷ M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 55; zob. także B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 504; Ł. Caban, M. Urbańska, (w:) M. Kopeć (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry...*, s. 676–677; M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim...*, s. 243. Odmienne wypowiedzi są D. Karkowska, której zdaniem sąd powinien wyrażać zgodę również w przypadku braku faktycznej możliwości jej wyrażenia przez osobę, która ukończyła 16 lat, mimo zgody przedstawiciela ustawowego, zob. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 335.

3. Rodzice jako przedstawiciele ustawowi małoletniego

Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty stanowi o zgodzie przedstawiciela ustawowego małoletniego, a nie o zgodzie rodziców. Rodzice są przedstawicielami ustawowymi swojego dziecka tylko wtedy, gdy przysługuje im władza rodzicielska (zob. art. 98 § 1 k.r.o.). Władza rodzicielska trwa aż do pełnoletności dziecka co oznacza, że z chwilą jej uzyskania wygasa ona *ex lege*³⁸. Władza rodzicielska nie może ulec przedłużeniu ponad okres małoletności dziecka. Jeśli dziecko, mimo osiągnięcia pełnoletności, nie uzyskało jeszcze pełnej dojrzałości, w związku z czym potrzebna jest mu nadal pomoc, może być ona świadczona w drodze ubezwłasnowolnienia i ustanowienia w zależności od rodzaju ubezwłasnowolnienia kuratora lub opiekuna.

Artykuł 93 § 1 k.r.o. statuuje zasadę przysługiwania władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom. Pełna władza rodzicielska przysługuje tylko jednemu z rodziców, gdy: drugie z rodziców nie żyje; brak pełnej zdolności do czynności prawnych drugiego z rodziców; nastąpiła ingerencja sądu opiekuńczego we władzę drugiego z rodziców poprzez ograniczenie władzy rodzicielskiej (zob. art. 58, art. 107 i art. 109 k.r.o.), zawieszenie władzy rodzicielskiej (art. 110 k.r.o.), pozbawienie władzy rodzicielskiej (art. 111 k.r.o.); ojciec jest nieznany³⁹.

Jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, każde z nich jest obowiązane i uprawnione do jej wykonywania (art. 97 § 1 k.r.o.). Podzielić należy zapatrywanie, iż zasada przynależności władzy rodzicielskiej do obojga rodziców nie oznacza, że władza ta przysługuje im wspólnie, a więc, że akty jej wykonywania mogą podejmować tylko razem. Każdy z rodziców może samodzielnie podejmować czynności dotyczące osoby i majątku dziecka, w tym także występować w jego imieniu na zewnątrz⁴⁰.

W odniesieniu do istotnych spraw dziecka przewidziano zasadę wspólnego rozstrzygania przez rodziców (art. 97 § 1 k.r.o.). Wskazuje się, że rodzice obowiązani są porozumiewać się co do sposobu załatwienia poszczególnych spraw, mają też obowiązek uzgadniania ogólnego kierunku wychowa-

³⁸ Od tej reguły zachodzi jednak szereg wyjątków. Wśród przyczyn ustania władzy rodzicielskiej wymienia się: 1) zdarzenia niezależne od woli podmiotów władzy rodzicielskiej, np. ukończenie przez dziecko 18 lat lub wcześniejsze skuteczne zawarcie przez nie małżeństwa, śmierć małoletniego dziecka. Zgon jednego z rodziców prowadzi jedynie do ustania władzy rodzicielskiej, która przysługiwała do tej pory zmarłemu; w razie śmierci obojga rodziców dla małoletniego dziecka ustanawia się opiekę. Do takiej samej konsekwencji prowadzi śmierć jednego rodzica, któremu przysługiwała dotąd władza rodzicielska; 2) orzeczenia sądowe skutkujące pośrednio ustaniem władzy rodzicielskiej, w tym orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu rodziców lub dotyczące zmiany stanu cywilnego dziecka; 3) pozbawienie władzy rodzicielskiej [zob. J. Strzebińczyk, (w:) T. Smoczyński (red.), System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze, t. XII, Warszawa 2011, s. 349–355].

³⁹ Por. K. Gromek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2016, s. 593.

⁴⁰ J. Gajda, Komentarz do art. 97 k.r.o., Nb 1, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018.

nia dziecka i załatwiania innych jego spraw, o ile mają one charakter spraw istotnych⁴¹. W braku porozumienia między rodzicami rozstrzyga sąd opiekuńczy (art. 97 § 2 k.r.o.).

Zasadnie wskazuje się w literaturze, że wymóg uzyskania zgody rodzica na interwencję medyczną jest zależny od sposobu ukształtowania jego władzy rodzicielskiej w konkretnym przypadku. Pomimo tego, że przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry łączą prawo do wyrażenia zgody z samym statusem przedstawicielstwa ustawowego, rodzic, którego władza rodzicielska nie obejmuje czynności związanych z opieką zdrowotną nad dzieckiem, nie może skutecznie wyrazić zgody w tym zakresie⁴².

Do zmodyfikowania zakresu władzy rodzicielskiej może dojść na podstawie art. 58 § 1a zd. 2 k.r.o., którego istotą jest powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, z jednoczesnym ograniczeniem władzy rodzicielskiej drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka. Sąd może z tej kompetencji skorzystać, jeżeli dobro dziecka za tym przemawia. Zbliżony do wskazanego unormowania model rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej przewidziany jest w art. 107 § 2 zd. 2 k.r.o. określającym sposób ukształtowania władzy rodzicielskiej rodziców żyjących w rozłączeniu⁴³.

Wskazać należy także na możliwość ograniczenia władzy rodzicielskiej na podstawie art. 109 k.r.o. Sąd opiekuńczy jest uprawniony do wydania odpowiedniego zarządzenia, jakiego w danych okolicznościach wymaga dobro dziecka. Mogą być to zarówno zarządzenia doraźne, jak i o skutkach trwałych. Ich wydanie prowadzi do ograniczenia autonomii rodziców w wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Wyliczenie zarządzeń ograniczających władzę rodzicielską zawarte w art. 109 § 2 k.r.o. ma charakter przykładowy. Jak zasadnie wskazuje się w doktrynie ograniczenie władzy rodzicielskiej na podstawie art. 58 § 1a zd. 2 k.r.o. przede wszystkim tym różni się od jej ograniczenia na podstawie art. 109 k.r.o., że w pierwszym wypadku wprost wskazuje się, jakie uprawnienia rodzicowi będą przysługiwały, a w drugim eliminuje jego określone uprawnienia z władzy rodzicielskiej⁴⁴. W szczególności na podstawie art. 109 § 2 pkt 2 k.r.o. sąd może określić, jakie czynności nie mogą być przez rodziców dokonywane bez zezwolenia sądu, albo poddać rodziców innym

⁴¹ J. Gajda, Komentarz do art. 97 k.r.o., Nb 2, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018.

⁴² Tak J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry), Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne 2016, nr 25, s. 156–157.

⁴³ Zob. J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego..., s. 157.

⁴⁴ J. Pawliczak, Komentarz do art. 58 k.r.o., teza 106, (w:) K. Osajda (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018.

ograniczeniom, jakim podlega opiekun⁴⁵. Zarówno w jednym, jak i drugim przypadku dojść może natomiast do ograniczenia uprawnień rodzica w zakresie decydowania o interwencji medycznej wobec małoletniego.

Nie bez znaczenia dla ustalenia zakresu uprawnień rodziców jest także umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka albo w instytucjonalnej pieczy zastępczej lub w zakładzie opiekuńczo–lecniczym, zakładzie pielęgnacyjno – opiekuńczym lub w zakładzie rehabilitacji leczniczej (art. 109 § 5 k.r.o.)⁴⁶. Artykuł 112¹ k.r.o. przewiduje rozdział obowiązków i praw wynikających z władzy rodzicielskiej między rodziną zastępczą, prowadzącym rodzinny dom dziecka albo kierującym wymienionymi placówkami a rodzicami małoletniego. Podmiotom tym przysługują w stosunku do dziecka tylko obowiązki i prawa w nim wymienione, w pozostałym natomiast zakresie wykonywanie władzy rodzicielskiej należy nadal do rodziców. Do takich obowiązków i uprawnień zaliczono wykonywanie bieżącej pieczy nad osobą małoletniego, łącznie z jego wychowywaniem oraz jego reprezentowanie w tych sprawach, a w szczególności w dochodzeniu świadczeń alimentacyjnych. Z kolei do rodziców dziecka należy piecza nad osobą dziecka niemająca charakteru bieżącej, w całości zarząd majątkiem dziecka (z wyłączeniem jednak przedmiotów codziennego użytku) oraz reprezentacja dziecka w sprawach wykraczających poza zakres bieżącej pieczy⁴⁷. W piśmiennictwie wskazuje się, że wymienione w art. 112¹ k.r.o. podmioty uzyskują status przedstawiciela ustawowego dziecka. Problemy interpretacyjne dotyczą natomiast określenia zakresu tego przedstawicielstwa⁴⁸.

Z punktu widzenia unormowań dotyczących zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi kluczowe jest pojęcie pieczy bieżącej, a w szczególności kwestia tego, czy obejmuje ona decyzje dotyczące leczenia dziecka. Pojęcie pieczy bieżącej nie zostało prawnie zdefiniowane. W doktrynie wskazuje się, że piecza bieżąca, ujmowana jako element składowy pieczy nad osobą dziecka, to piecza faktyczna nad dzieckiem, czyli troska związana z oddziaływaniem na nie w trakcie zwykłych codziennych czynności życiowych. Swoim zakresem obejmuje m.in.: zagwarantowanie bezpieczeństwa, opieki lekarskiej, racjonalnego żywienia, kulturalnych warunków bytu⁴⁹. Z drugiej strony podnosi się, że „bieżąca piecza nad osobą dziecka to codzienna troska o jego naukę, spędzanie przezeń wolnego czasu, wy-

⁴⁵ Szerzej na ten temat zob. J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego..., s. 157.

⁴⁶ Na aspekt ten zwraca uwagę także J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego..., s. 157–158.

⁴⁷ Tak J. Gajda, Komentarz do art. 112¹ k.r.o., Nb 1, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018.

⁴⁸ Tak J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 1307.

⁴⁹ M. Andrzejewski, (w:) T. Smoczyński (red.), System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze, t. XII, Warszawa 2011, s. 436.

bór rozrywek itp., natomiast piecza wykraczająca poza ten zakres obejmuje przykładowo takie decyzje, jak (...) sposób jego leczenia itp.”⁵⁰

Na aprobatę zasługuje zapatrywanie, iż zakres bieżącej pieczy nie powinien być ujmowany zbyt wąsko, w przeciwnym bowiem razie rodzina zastępcza nie mogłaby realizować celów, dla których została ustanowiona⁵¹. Określenie spraw jako bieżące nie przesądza samo w sobie o ich wadze⁵². Reprezentacja w sprawach bieżącej pieczy i wychowywania dziecka może zatem obejmować także bieżące decyzje w sprawach leczenia dziecka⁵³. Ze względów celowościowych do zakresu bieżącej pieczy należy zaliczyć zatem takie działania z zakresu opieki zdrowotnej nad dzieckiem, które warunkują właściwe wywiązywanie się z obowiązków przez osoby sprawujące pieczę zastępczą (np. diagnozowanie i leczenie lżejszych chorób, profilaktyka zdrowotna, badania okresowe, rehabilitacja)⁵⁴, w tym mające charakter spraw istotnych, jak choćby decyzja w przedmiocie poddania dziecka szczepieniom ochronnym.

4. Leczenie dziecka jako sprawa istotna w rozumieniu art. 97 § 2 k.r.o.

Jak już wspomniano zgodnie z art. 97 § 2 k.r.o. o istotnych sprawach dziecka rodzice rozstrzygają wspólnie; w przypadku braku porozumienia między nimi rozstrzyga sąd opiekuńczy. W świetle tej regulacji kluczowe znaczenie ma ustalenie, które z decyzji dotyczących małoletniego pacjenta można zaliczyć do kategorii „istotnych spraw”. Generalnie decyzje dotyczące leczenia dziecka zasadniczo zalicza się do spraw istotnych. Brak natomiast jednolitości poglądów co do tego, czy chodzi ogólnie o szeroko rozumiane „leczenie dziecka”⁵⁵, czy jedynie poważniejsze zabiegi medyczne i bada-

⁵⁰ J. Gajda, Komentarz do 112¹ k.r.o., Nb 2, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018.

⁵¹ R. Zegadło, Komentarz do art. 112¹ k.r.o., teza 2, (w:) J. Wierciński (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Lex/el 2018.

⁵² Tak trafnie spostrzega J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego..., s. 158.

⁵³ R. Zegadło, Komentarz do art. 112¹ k.r.o., teza 2, (w:) J. Wierciński (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Lex/el 2018.

⁵⁴ Tak J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego..., s. 158.

⁵⁵ Tak m. in. A. Zieliński, Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich, Warszawa 1975, s. 218; B. Dobrzański, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 1975, s. 666; E. Trybuńska-Skoczelaś, Komentarz do art. 97 k.r.o., teza 2, (w:) J. Wierciński (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Lex 2018; J. Gajda, Komentarz do art. 97 k.r.o., teza 3, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018. Także M. Kapko do istotnych spraw dziecka zalicza leczenie, dodając, „szczególnie gdy zachodzi potrzeba przeprowadzenia metody diagnostycznej lub zabiegu stwarzającego ryzyko”, zob. M. Kapko, (w:) E. Zielińska (red.), Ustawa o zawodach ..., s. 470 i powołana tam literatura. Z kolei R. Kubiak wskazuje na „decyzje

nia⁵⁶. W doktrynie wyrażono także pogląd, że decyzja dotycząca leczenia dziecka może być sprawą istotną, w zależności od rodzaju choroby, stanu zdrowia dziecka, czy rozmiaru interwencji lekarza⁵⁷.

Bez wątplenia do spraw istotnych należy zaliczyć zabiegi operacyjne, zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko, ale również zwykłe świadczenia zdrowotne, o ile za uznaniem ich za taką sprawę przemawiają uwarunkowania konkretnej interwencji medycznej, a w szczególności rodzaj choroby czy stan zdrowia dziecka. Do spraw istotnych zaliczyć należy także decyzje co do poddania dziecka szczepieniom ochronnym, z którymi mogą wiązać się nieprzewidziane konsekwencje, np. w postaci niepożądanego odczynu poszczepiennego⁵⁸. W piśmiennictwie niejednolicie oceniana jest kwestia tego, czy w świetle obowiązujących regulacji prawnych wymagana jest zgoda rodzica małoletniego na obowiązkowe szczepienie ochronne⁵⁹. Bez wątplenia natomiast w polskim systemie prawnym istnieje konieczność wyrażania przez przedstawicieli ustawowych zgody na zalecane szczepienia ochronne u dzieci, z uwagi na brak prawnego obowiązku poddania się im. Swoboda przedstawicieli ustawowych dotyczy może także wyboru dostępnych preparatów szczepionkowych⁶⁰.

o leczeniu dziecka, a zwłaszcza o zabiegu operacyjnym”, tenże, *Prawo medyczne...*, s. 346. M. Świdorska za sprawy istotne uznaje „sprawy diagnozowania i terapii, zwłaszcza jeśli mają charakter związany z podwyższonym ryzykiem”, zob. M. Świdorska, (w:) M. Nesterowicz (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 169.

⁵⁶ M. Śliwka zdaje się uznawać, że nie stanowią spraw istotnych dziecka zwykle czynności lecznicze, tj. badanie, na które zgodę wyrazić może nawet opiekun faktyczny pozbawiony władzy rodzicielskiej, jak również rutynowe świadczenia niezwiązane z ryzykiem dla małoletniego, zob. tenże, *Prawa pacjenta...*, s. 235–236. D. Karkowska do spraw istotnych dziecka zalicza podejmowanie decyzji co do leczenia dziecka w wypadku poważniejszej choroby. Autorka powołuje jednocześnie wyrok SN z dnia 6 lutego 1969 r., sygn. V KRN 728/68, OSNPG 1969, nr 6, poz. 91, w którym przyznano rodzicom prawo do udzielania zezwolenia na takie czynności dotyczące dziecka jak np. zabieg operacyjny czy pobranie krwi, zob. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 330.

⁵⁷ Tak H. Haak, *Władza rodzicielska. Komentarz*, Toruń 1995, s. 59; aprobująco także wypowiedzi się J. Słyk, *Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka w przypadku braku porozumienia rodziców* (art. 97 § 2 k.r.o.), *Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne* 2013, nr 14, s. 78.

⁵⁸ Zob. I. Jaworska, *Odmowa zaszczepienia dziecka i jej konsekwencje prawne*, *Przegląd Prawa Publicznego* 2017, nr 3, s. 66, jednakże zdaniem Autorki skoro wykonanie szczepienia jest sprawą istotną dla dziecka, to wymaga „zgody obojga rodziców”.

⁵⁹ Szerzej na ten temat J. Kosonoga-Zygmunt, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2016 r.*, sygn. V KK 306/15, *Prok. i Pr.* 2016, nr 11, s. 170–181 oraz przywołane tam zestawienie poglądów doktryny oraz orzecznictwo; zob. także I. Jaworska, *Odmowa zaszczepienia dziecka...*, s. 60 i n.; M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej*. Uwagi na tle wyroku NSA, *PiM* 2013, nr 3–4, s. 68 i n.; P. Daniel, *Egzekucja obowiązku poddania małoletniego dziecka szczepieniu ochronnemu w orzecznictwie sądów administracyjnych*, *Przegląd Prawa Publicznego* 2014, nr 4, s. 45 i n.

⁶⁰ Tak trafnie M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne małoletnich...*, s. 74.

Na gruncie analizowanych uregulowań prawnomedycznych sporne jest to, czy w przypadku świadczeń zdrowotnych podejmowanych wobec małoletniego pacjenta lekarz powinien uzyskać zgodę obojga rodziców, czy wystarczy jest oświadczenie jednego z nich. W tym zakresie widoczna jest wyraźna polaryzacja stanowisk.

Zdaniem części autorów, każdorazowo wymagane jest wprawdzie uzgadnianie stanowiska przez oboje uprawnionych, lecz wystarczające jest złożenie oświadczenia przez jednego z rodziców⁶¹. Wyrażenie zgody na taką czynność mimo niezyskania porozumienia nie świadczy o nieskuteczności złożonego oświadczenia, ale może stanowić ewentualnie podstawę do uznania, że rodzic, który wyraził zgodę, nie uzgadniając tego z drugim rodzicem, nienależycie wykonuje władzę rodzicielską⁶².

W opozycji do przedstawionego stanowiska podnosi się, że w przypadku poważniejszych interwencji medycznych (zabiegi operacyjne lub podjęcie czynności medycznych niosących za sobą podwyższone ryzyko dla pacjenta) wymagana jest zgoda obojga rodziców⁶³. W wyjątkowych sytuacjach (brak kontaktu z jednym z rodziców, który np. wyjechał, zaginął, jest chory, nieprzytomny) uznaje się za wystarczającą decyzję rodzica obecnego przy dziecku⁶⁴.

W literaturze wyrażono także dalej idący pogląd, iż lekarz powinien zasadniczo w każdym przypadku uzyskać zgodę obojga rodziców. Ze względów praktycznych dopuszcza się jednak w odniesieniu do zabiegów prostych uzyskanie zgody tylko jednego rodzica, chyba że oboje rodzice są na miejscu⁶⁵.

Odnotować należy także zapatrywanie przyjmujące, iż w zakresie świadczeń zdrowotnych, o których mowa w art. 32 u. zaw. lek. wystarczające jest oświadczenie jednego rodzica z zastrzeżeniem, że drugi nie wnosi sprzeciwu. Natomiast w odniesieniu do poważniejszych czynności medycznych wymaga się od rodziców pisemnej zgody na interwencję⁶⁶. Wskazuje się

⁶¹ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 514; D. Karkowska, Ustawa o prawach pacjenta..., s. 330; por. J. Ignaczewski, Zgoda pacjenta na leczenie..., s. 51; A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, Dopuszczalność prowadzenia postępowania diagnostyczno-terapeutycznego na podstawie upoważnienia ustawowego przy sprzeciwie osoby uprawnionej do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne – analiza wybranych regulacji prawnych, PiM 2014, nr 1, s. 66; T. Rek, (w:) H. Izdebski, M. Dercz, T. Rek, Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca. Poradnik prawny, Lex/el. 2018.

⁶² B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 514, zob. także przypis 288.

⁶³ Ł. Caban, M. Urbńska, (w:) M. Kopeć (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty..., s. 677; tak również A. Fiutak, Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem, Warszawa 2012, s. 88.

⁶⁴ A. Fiutak, Prawo medyczne w orzecznictwie..., s. 88.

⁶⁵ R. Kubiak, Prawo medyczne..., s. 346. Ze względów praktycznych Autor dopuszcza jednak w odniesieniu do zabiegów prostych uzyskanie zgody tylko jednego rodzica, chyba że oboje rodzice są na miejscu.

⁶⁶ M. Śliwka, Prawa pacjenta w prawie polskim..., s. 200–201.

przy tym, że nie sposób uznać za doniosłą prawnie deklaracji jednego rodzica co do tego, że drugi z rodziców też zgodę taką wyraża⁶⁷.

Przekonuje pierwsze z przedstawionych stanowisk przyjmujące, iż dla zgodnego z prawem podjęcia świadczenia zdrowotnego wobec małoletniego dziecka wystarczająca jest zgoda jednego z rodziców. Jeżeli zatem lekarz ma kontakt tylko z jednym rodzicem – przedstawicielem ustawowym – to taka osoba może samodzielnie wyrażać zgodę. Nie ma natomiast obowiązku poszukiwania drugiego z rodziców, aby mógł wyrazić zgodę.

Nie oznacza to jednak, że w rodzinie istnieją dwa ośrodki decyzyjne, na zewnątrz bowiem rodzice są obowiązani swoje decyzje uzgadniać⁶⁸. Znajduje to wyraz w art. 97 § 2 k.r.o. według którego „o istotnych sprawach dziecka rodzice rozstrzygają wspólnie”. Powołana regulacja odwołuje się do „wspólnego rozstrzygnięcia” przez rodziców o istotnych sprawach dziecka, a nie do konieczności złożenia dwóch samodzielnych oświadczeń w przedmiocie zgody. W literaturze zasadnie wskazuje się w związku z tym, że wymóg podjęcia decyzji (rozstrzygnięcia) wspólnie nie eliminuje możliwości podejmowania konkretnych czynności samodzielnie przez rodziców⁶⁹.

Wymogu uzyskania zgody obojga rodziców nie sposób wywieść także z przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jak również ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, w których mowa o wykonywaniu określonych funkcji przez „przedstawiciela ustawowego” – w liczbie pojedynczej, a nie o „przedstawicielach ustawowych” – w liczbie mnogiej⁷⁰.

W razie zaaprobowania odmiennego kierunku interpretacji, należałoby uznać, że w każdym przypadku braku możliwości kontaktu z drugim rodzicem powstawałby stan tożsamy z niemożnością uzyskania drugiego oświadczenia i konieczne byłoby sięganie do rozwiązań wyjątkowych, przewidzianych na wypadek braku możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym dziecka (art. 32 ust. 2, art. 33 ust. 1, art. 34 ust. 3 u. zaw. lek.)⁷¹.

Wydaje się, że aprobowanemu tu kierunkowi interpretacyjnemu dał wyraz także Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 25 października 2012 r., podnosząc, że „oczywiście jeżeli dziecko pozostaje pod władzą rodzicielską obojga rodziców, każde z nich może działać samodzielnie jako przedstawiciel ustawowy dziecka. Także w istotnych sprawach dziecka (art. 97 § 2 k.r.o.) każdy z przedstawicieli ustawowych jest umocowany do złożenia oświadczenia woli odnośnie małoletniego. Czym innym

⁶⁷ Zob. J. Mazurkiewicz, (w:) O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, Lex/el. 2017.

⁶⁸ Tak trafnie D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 330.

⁶⁹ Tak np. J. Słyk, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 1227 oraz powołane tam orzecznictwo i literatura.

⁷⁰ Tak również T. Rek, (w:) H. Izdebski, M. Dercz, T. Rek, *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca. Poradnik prawny*, Lex/el. 2018.

⁷¹ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 514, zob. także przypis 288.

jest bowiem prawo działania w charakterze przedstawiciela ustawowego w relacjach z osobami, urzędami, a czym innym podejmowanie merytorycznego stanowiska w istotnej sprawie dziecka. W tym zakresie musi być uzgodniona wola rodziców, którą oczywiście władny jest skutecznie przedstawić każdy z rodziców. Jednak zawsze odpowiedzialność z uzgodnionej decyzji będą ponosić wspólnie (...)⁷².

Jednocześnie za zbyt kategoryczny należy uznać pogląd przyjmujący, iż „lekarz wahając się, czy zgoda jednego z rodziców w danym przypadku jest wystarczająca, powinien zwrócić uwagę na stosunki panujące w rodzinie i sytuację faktyczną. Wyrażenie zgody przez oboje rodziców może być niemożliwe z powodu oddalenia jednego z nich (np. wyjazdu za granicę, zaginięcia), separacji i braku kontaktu, trwania procedury rozwodowej (...)⁷³. Nie znajduje uzasadnienia obciążanie lekarza obowiązkiem dokonywania ustaleń w zakresie stosunków faktycznych pomiędzy rodzicami dziecka, jak również weryfikowania tego, czy rodzice rzeczywiście wspólnie rozstrzygnęli o istotnej sprawie dziecka. Inaczej należy natomiast ocenić sytuację ujawnienia wobec lekarza sprzeczności stanowisk rodziców co do udzielenia określonego świadczenia zdrowotnego.

5. Leczenie dziecka w przypadku braku porozumienia rodziców

W sytuacji ujawnionej wobec lekarza rozbieżności stanowisk rodziców co do udzielenia świadczenia zdrowotnego lekarz nie może uznać za wystarczającą zgodę jednego z rodziców i udzielić świadczenia zdrowotnego⁷⁴. Rodzice powinni wówczas sami niezwłocznie wystąpić do sądu opiekuńczego o rozstrzygnięcie spornej „istotnej sprawy dziecka”, o takim fakcie może poinformować także lekarz⁷⁵. Jednocześnie lekarz powinien powstrzymać się z podjęciem czynności aż do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez sąd opiekuńczy (art. 97 § 2 k.r.o.). W razie niezwłocznej potrzeby udzielenia pomocy aktualizuje się perspektywa interwencji medycznej na podstawie decyzji lekarza (np. art. 34 ust. 7 u. zaw. lek.). Stan braku oświadczenia o zgodzie, wywołany koniecznością uzyskania rozstrzygnięcia sądu (art. 97 § 2

⁷² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2012 r., sygn. III SA/Kr 1532/11, LEX, nr 1235560; podobnie w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. IV SA/Po 414/17, Legalis, nr 1624891.

⁷³ Tak M. Kapko, (w:) E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach...*, s. 470.

⁷⁴ A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *Praktyczne aspekty postępowania lekarza w razie braku zgody opiekunów prawnych na udzielenie świadczenia zdrowotnego*, *Pediatra Polska* 2013, nr 5, s. 485–490.

⁷⁵ J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta...*, s. 51–52.

k.r.o.⁷⁶⁾ należy bowiem traktować jako uzasadniający działanie „bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta”⁷⁷⁾.

W literaturze zwraca się uwagę na „mediacyjną” rolę sądu opiekuńczego działającego na podstawie art. 97 § 2 k.r.o. Głównym celem działania sądu w takich sprawach jest doprowadzenie do porozumienia między rodzicami. Jeśli jednak porozumienie nie zostanie osiągnięte, konieczne jest wydanie przez sąd stosownego orzeczenia. Trafnie przyjmuje się, że orzeczenie sądu ma szczególny charakter, ponieważ zastępuje ono jedynie brak porozumienia rodziców. Mogą oni po wydaniu orzeczenia dojść do zgodnego wniosku, różnego od treści orzeczenia. Będzie miało to taki skutek, że orzeczenie stanie się wówczas bezprzedmiotowe⁷⁸⁾.

Problematyczna jest kwestia tego, czy brak porozumienia między rodzicami w istotnej sprawie dziecka można potraktować jako sprzeciw wobec interwencji medycznej w rozumieniu art. 34 ust. 6 u. zaw. lek. W doktrynie wyrażono zapatrywanie, iż w razie rozbieżności stanowisk rodziców w odniesieniu do czynności o podwyższonym ryzyku lub zabiegów operacyjnych uzasadnione jest zastosowanie art. 34 ust. 6 u. zaw. lek.⁷⁹⁾ W odniesieniu do pozostałych świadczeń jako podstawę rozstrzygnięcia konfliktu wskazuje się decyzję sądu opiekuńczego wydaną na podstawie art. 97 § 2 k.r.o.⁸⁰⁾ Stanowisko to nie do końca wydaje się uzasadnione. Trafnie zauważono w literaturze, że art. 34 ust. 6 u. zaw. lek. dotyczy niezgadzania się przedstawiciela ustawowego na wykonanie czynności określonych w art. 34 ust. 1 u. zaw. lek., a nie – niezgadzania się „między sobą” rodziców, jako przedstawicieli ustawowych dziecka, w istotnych sprawach wymagających uzyskania porozumienia⁸¹⁾. Orzeczenie sądu opiekuńczego, wydane na podstawie art. 97 § 2 k.r.o., zastępuje brakujące porozumienie między rodzicami. Stwarza więc rodzicowi podstawę do złożenia zbieżnego z treścią postanowienia oświadczenia w przedmiocie zgody. Z kolei orzeczenie wydane na podstawie art. 34 ust. 6 u. zaw. lek., umożliwi wprost podjęcie interwencji leczniczej względem małoletniego⁸²⁾.

⁷⁶⁾ Szerzej na temat funkcjonowania w praktyce przepisu art. 97 § 2 k.r.o. J. Słyk, Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka w przypadku braku porozumienia rodziców (art. 97 § 2 k.r.o.), Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne 2014, nr 14, s. 77–120 oraz powołana tam literatura.

⁷⁷⁾ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 514–515, przypis, nr 288.

⁷⁸⁾ A. Zieliński, Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich, Warszawa 1975, s. 218–219.

⁷⁹⁾ D. Karkowska, Ustawa o prawach pacjenta..., s. 330; zob. także A. Kołodziej, Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, PiM 2002, nr 11, s. 80–81.

⁸⁰⁾ Tak D. Karkowska, Ustawa o prawach pacjenta..., s. 330; por. A. Kołodziej, zdaniem której kwestia podstawy prawnej orzeczenia sądu opiekuńczego jest sporna, t a ż, Stopień autonomii woli pacjenta..., s. 81 oraz powołane tam zestawienie poglądów.

⁸¹⁾ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 515, przypis, nr 292.

⁸²⁾ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 515, przypis, nr 292; zob. także postanowienie SN z dnia 6 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 786/98, Legalis, nr 48427, w którym wskaza-

W konsekwencji uprawnione jest przyjęcie, iż w omawianej sytuacji znajduje zastosowanie art. 97 § 2 k.r.o. Podzielić należy jednocześnie zapatrywanie, iż regulacja ta dotyczyć będzie nie tylko zwykłych, ale również poważniejszych świadczeń zdrowotnych⁸³, w przypadkach zgody wyłącznej przedstawiciela ustawowego, jak i zgody podwójnej⁸⁴.

Na marginesie należy zauważyć, iż art. 97 § 2 k.r.o. znajduje zastosowanie nie tylko wtedy, gdy władza rodzicielska przysługuje w pełni obojgu rodzicom, ale także wówczas, gdy została ona w stosunku do obojga lub jednego z nich ograniczona⁸⁵. Także w judykaturze pokreślono, że „ewentualne różnice zdań rodziców – tak w wypadku, gdy po rozwodzie sprawują oni władzę rodzicielską wspólnie, jak i wówczas, gdy jednemu z rodziców przyznano niektóre tylko uprawnienia z zakresu tej władzy, a sprzeczność tych zdań dotyczy sprawy objętej tymi uprawnieniami – rozstrzyga sąd opiekuńczy na podstawie art. 97 § 2 k.r.o.”⁸⁶

6. Odmowa zgody rodziców małoletniego na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Na szczególną uwagę zasługuje kwestia odmowy zgody rodziców na udzielenie małoletniemu określonych świadczeń zdrowotnych. W praktyce znane są przypadki braku zgody rodziców na wykonanie koniecznego zabiegu operacyjnego lub transfuzji krwi ze względów konfesyjnych, czy wiarę w medycynę naturalną. Odnotować należy także coraz częstsze przypadki braku zgody na obowiązkowe szczepienia ochronne dzieci.

Zagadnienie odmowy zgody rodziców małoletniego dziecka może być analizowane na kilku płaszczyznach, w tym w szczególności prawnomedycznej, prawnorodzinnej, jak i prawnokarnej.

W orzecznictwie i doktrynie prawa karnego przyjmuje się jednolicie, że rodzice są gwarantami życia i zdrowia dziecka. Trudno zakwestionować prawny i szczególny charakter obowiązku rodzicielskiego. Podstaw obowiązku rodziców do działania w celu niedopuszczenia do nastąpienia skutku

no, iż „w opartym na podstawie z art. 97 § 2 k.r.o. postanowieniu sąd nie orzeka o zmianie nazwiska małoletniej i chociaż wiąże organ administracji w tym zakresie, przez to że usuwa brak porozumienia między rodzicami, powodując takie następstwa jakby porozumienie to istniało, nie przesądza w znaczeniu merytorycznym decyzji organu administracji co do zmiany jej nazwiska”.

⁸³ Pogląd taki zdaje się prezentować B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 515, przypis, nr 292; zob. także K. Michałowska, Charakter prawny..., s. 127.

⁸⁴ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 516, przypis, nr 295.

⁸⁵ Tak H. Haak, Władza rodzicielska. Komentarz, Toruń 1995, s. 58; aprobującą także J. Słyk, Rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka..., s. 81.

⁸⁶ Zob. uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej SN z dnia 18 marca 1968 r., sygn. III CZP 70/66, Legalis, nr 13450.

w postaci śmierci dziecka lub naruszenia innych jego dóbr upatruje się w przepisach określających zakres władzy rodzicielskiej, to jest: art. 87, art. 95 i art. 96 k.r.o. Przepis art. 95 § 1 k.r.o. stanowi, że władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka. Z kolei zgodnie z art. 96 § 1 k.r.o., rodzice obowiązani są troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka. W oparciu o wskazane przepisy podnosi się, że władza rodzicielska to zespół obowiązków i praw rodziców względem dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenie jego interesów. W tym ujęciu najbardziej charakterystyczną cechą władzy rodzicielskiej jest jej funkcja ochronna⁸⁷. Ustawodawca nakazuje rodzicom troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka, co oznacza zapewnienie należytego środowiska materialnego, ochronę przed niebezpieczeństwami, jakie mogą dziecku zagrażać, troskę o zdrowie dziecka, mieszkanie oraz odpowiednie do jego wieku rozrywki⁸⁸. Z punktu widzenia analizowanego zagadnienia najistotniejsze znaczenie ma obowiązek dbałości o zdrowie i życie dziecka oraz jego pełną sprawność fizyczną. Nakaz ochrony dziecka przed niebezpieczeństwami obejmuje wszelkie niebezpieczeństwa, zarówno fizyczne, jak i duchowe, niezależnie od źródła zagrożenia⁸⁹.

Autonomia woli rodziców w zakresie decyzji medycznych jest ograniczona. Słusznie zauważa się, że przedstawiciel ustawowy nie może w tych sprawach decydować autonomicznie i zgodnie z osobistymi przekonaniem. Władza rodzicielska nie daje pola do wolnego wyboru, tylko powinna być sprawowana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (art. 95 § 3 k.r.o.)⁹⁰. Rodzice nie mogą zatem z motywacji religijnej sprzeciwiać się działaniom lekarza związanym z ratowaniem życia, poddanego ich pieczy, małoletniego. Jak zauważa się w literaturze, „człowiek ma prawo do własnego światopoglądu, do wyboru i preferowania jednych poglądów, a odrzucania innych, bo to należy do zakresu jego prawnie chronionej wolności. Ta ochrona prawna nie obejmuje jednak działań albo zaniechań, wprawdzie opartych na własnym światopoglądzie jednostki i uznawanym przez nią systemie wartości, lecz godzących w „wolność i prawa innych osób” (jak to formułuje Konstytucja), sprzecznych z zasadami współżycia społecznego, stanowiących nadużycie władzy rodzicielskiej albo opiekuńczej lub co najgor-

⁸⁷ J. Ignatowicz, (w:) J. S. Piątowski (red.), System prawa rodzinnego i opiekuńczego, cz. 1, Ossolineum 1985, s. 798–804.

⁸⁸ H. Ciepła, (w:) H. Ciepła, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piasecki (red.), M. Sychowicz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Warszawa 2009, s. 752.

⁸⁹ Por. J. Ignatowicz, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 874; H. Ciepła, (w:) K. Piasecki (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 753.

⁹⁰ M. Boratyńska, Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA, PiM 2013, nr 3–4, s. 75–76.

sze – wypełniających ustawowe znamiona przestępstw⁹¹. Rodzice nie mogą skutecznie „wyrazić woli”, by ich dziecko umarło wskutek zaniechania koniecznego zabiegu z jakichkolwiek względów z religijnymi włącznie⁹². W piśmiennictwie trafnie podniesiono, że „władza rodzicielska (...) nie sięga (...) prawa do życia podopiecznego”⁹³; „przedstawiciel ustawowy nie ma prawa do dysponowania życiem lub zdrowiem osoby reprezentowanej”⁹⁴.

Odmowę udzielenia zgody przez rodziców na dokonanie interwencji medycznej koniecznej dla ratowania życia dziecka należy uznać za sprzeczną z ustawą i zasadami współżycia społecznego⁹⁵. Ponadto odmowa rodzica na dokonanie zabiegu na osobie dziecka, mimo wyraźnych ku temu zaleceń lekarskich, może być uznana za nadużycie władzy rodzicielskiej, szczególnie gdy chodzi o zabieg konieczny dla ratowania życia lub zdrowia dziecka. Nie wyklucza się zatem w takiej sytuacji wszczęcia przez sąd z urzędu odrębnego postępowania o ograniczenie lub nawet pozbawienie władzy rodzicielskiej⁹⁶.

Kwestia odmowy zgody rodziców małoletniego pacjenta jest także relevantna z punktu widzenia uregulowań prawnomedycznych. Generalnie w sytuacji niezgadzenia się przedstawiciela ustawowego na interwencję medyczną do jej podjęcia, poza sytuacjami nagłymi, wymaga się uzyskania orzeczenia sądu opiekuńczego. Wskazać tu należy w szczególności na art. 29 ust. 2–3 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁹⁷ regulujący przypadki postępowania w razie żądania przez przedstawiciela ustawowego wypisania pacjenta, którego stan zdrowia wymaga dalszego udzielania świadczeń. W takiej sytuacji lekarz może odmówić wypisania pacjenta do czasu wydania w tej sprawie orzeczenia przez właściwy ze względu na miejsce udzielania świadczeń zdrowotnych sąd opiekuńczy. Sądem opiekuńczym jest zgodnie z art. 568 § 1 k.p.c. właściwy sąd rejonowy. W takim przypadku niezwłocznie zawiadamia się właściwy sąd opiekuńczy o odmowie wypisania i jej przyczynach.

Ponadto, w odniesieniu do zabiegów operacyjnych, jak również metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta w art. 34 ust. 6 u. zaw. lek. przewidziano obowiązek zwrócenia się do sądu opiekuńczego. Jeżeli przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego nie

⁹¹ K. Daszkiewicz, Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, *Palestra* 2002, nr 11–12, s. 37–39.

⁹² M. Świderska, *Zgoda pacjenta...*, s. 48.

⁹³ A. Zołł, Granice legalności zabiegu medycznego, *PiM* 1999, nr 1, s. 37; zob. także A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, *PIP* 1997, nr 1, s. 43.

⁹⁴ A. Zołł, (w:) A. Zołł (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, t. II, Kraków 2006, s. 562.

⁹⁵ M. Świderska, *Zgoda pacjenta...*, s. 47 oraz powołana tam literatura.

⁹⁶ J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta...*, s. 52; R. Kubiak, *Prawo medyczne...*, s. 237–238; por. K. Daszkiewicz, *Uchylenie odpowiedzialności lekarza...*, s. 37 i n.

⁹⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 160 ze zm.

zgadza się na wykonanie przez lekarza czynności wymienionych w art. 34 ust. 1 u. zaw. lek., a niezbędnych dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, lekarz może wykonać takie czynności po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego⁹⁸. Unormowanie zawarte w art. 34 ust. 6 u. zaw. lek. dotyczy przypadków niezgadzenia się na interwencję leczniczą przez przedstawiciela ustawowego zarówno wtedy, gdy jest on wyłącznie uprawnionym do podjęcia takiej decyzji, jak i uprawnionym do wyrażenia zgody w konstrukcji zgody podwójnej⁹⁹.

Lekarz może jednak wykonać czynności, o których mowa w art. 34 ust. 1 u. zaw. lek., bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności. O wykonywanych czynnościach lekarz niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd opiekuńczy (art. 34 ust. 7 u. zaw. lek.). Powołane unormowanie (art. 34 ust. 7 u. zaw. lek.), na podstawie odesłania zawartego w art. 32 ust. 9 u. zaw. lek., znajduje odpowiednie zastosowanie także do zwykłych świadczeń zdrowotnych, o ile spełnione są przesłanki w nim określone. Trafnie spostrzega się w literaturze, że w takim wypadku lekarz działa na podstawie własnej oceny sytuacji, bez uprzedniego zbadania jej przez sąd¹⁰⁰. W pozostałym natomiast zakresie (brak pilności podjęcia działań leczniczych) dopuszczalność udzielenia pacjentowi świadczenia zdrowotnego wbrew woli jego przedstawiciela ustawowego jest oceniana niejednolicie.

W ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty brak jest wyraźnego unormowania co do dopuszczalności zainicjowania postępowania sądowego w przypadkach odmowy zgody przedstawiciela ustawowego na przeprowadzenie zwykłych świadczeń zdrowotnych, o których mowa w art. 32 ust. 1 u. zaw. lek., jak również interwencji o podwyższonym ryzyku, ale nie mieszczących w się w zakresie art. 34 ust. 6 u. zaw. lek. (zob. art. 34 ust. 5 u. zaw. lek.). Problematyczne jest w szczególności zagadnienie stosowania w takich sytuacjach art. 32 ust. 6 u. zaw. lek.¹⁰¹, który stanowi, że „jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat (...) sprzeciwia się czynnościom medycznym, po-

⁹⁸ W literaturze określa się ten instrument mianem „następczego nadzoru sądu opiekuńczego”, tak B. J a n i s z e w s k a, *Zgoda na udzielenie...*, s. 512.

⁹⁹ Szerzej na ten temat zob. B. J a n i s z e w s k a, *Zgoda na udzielenie...*, s. 543 i n.

¹⁰⁰ Tak trafnie B. J a n i s z e w s k a, *Zgoda na udzielenie...*, s. 536.

¹⁰¹ Artykuł 32 ust. 6 u. zaw. lek. poprzez odesłanie zawarte w art. 34 ust. 5 u. zaw. lek. znajduje także odpowiednie zastosowanie do zabiegów operacyjnych oraz metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta.

za zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego”. Nie jest jasne, czy konstrukcja ta znajduje zastosowanie także w sytuacji, gdy sprzeciw wyraża przedstawiciel ustawowy a pacjent małoletni zgadza się na udzielenie świadczenia. Wątpliwości wywołuje również kwestia tego, czy powołane unormowanie odnosi się wyłącznie do zgody kumulatywnej czy także zgody zastępczej.

Zdaniem części autorów art. 32 ust. 6 u. zaw. lek. dotyczy także przypadków, gdy zgodzie małoletniego pacjenta towarzyszy sprzeciw przedstawiciela ustawowego. Pogląd taki prezentuje m.in. R. Kubiak¹⁰², M. Śliwka¹⁰³, M. Filar¹⁰⁴, T. Dukiet-Nagórska¹⁰⁵ oraz D. Karkowska¹⁰⁶. Większość zwolenników takiej interpretacji odwołuje się przy tym do wnioskowania *a maiori ad minus*¹⁰⁷. Za dopuszczalnością interwencji sądu opiekuńczego przemawiać ma wzgląd na dobro osoby małoletniej. Negatywny stosunek przedstawiciela ustawowego do propozycji wysuwanej przez lekarza może świadczyć, że kieruje się on innymi względami niż dobro pacjenta¹⁰⁸. Akceptacja koncepcji o możliwości przełamania oporu przedstawiciela ustawowego w każdej konfiguracji sytuacyjnej (sprzeciw przedstawiciela ustawowego i aprobata ze strony podopiecznego oraz podwójny sprzeciw tych podmiotów¹⁰⁹) powoduje, że art. 32 ust. 6 u. zaw. lek. znajduje zastosowanie nie tylko do zgody

¹⁰² R. Kubiak, Prawo medyczne..., s. 354.

¹⁰³ M. Śliwka, Prawa pacjenta..., s. 246. Zdaniem Autora interwencja sądu opiekuńczego jest także niezbędna w przypadku jednoczesnego niewyrażenia zgody zarówno przez małoletniego, jak i przedstawiciela ustawowego. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry nie reguluje sytuacji, w której zgodę wyraża małoletni pacjent przy jednoczesnym sprzeciwie przedstawiciela ustawowego. W myśl *argumentum a maiori ad minus*, trzeba dopuścić tu ingerencję sądu opiekuńczego, skoro czyni się tak przy podwójnym sprzeciwie.

¹⁰⁴ M. Filar, Lekarskie prawo karne..., s. 252.

¹⁰⁵ T. Dukiet-Nagórska, Autonomia pacjenta..., s. 69–70.

¹⁰⁶ D. Karkowska, Ustawa o prawach pacjenta..., s. 326. Zdaniem Autorki w przypadku sprzeciwu przedstawiciela ustawowego wobec jakiegokolwiek ingerencji medycznej lekarz musi wnioskować o zgodę do sądu opiekuńczego (w tym także na badanie) ze względu na dobro osoby małoletniej. Autorka wykorzystuje przy tym model wnioskowania *a maiori ad minus*, czyli skoro można zwrócić się o wyrażenie zgody na interwencję o podwyższonym ryzyku, to tym bardziej lekarz może zwrócić się o wydanie zgody na badanie.

¹⁰⁷ Tak np. T. Dukiet-Nagórska, Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim, PiM 2000, nr 6–7, s. 92; M. Filar, Lekarskie prawo karne..., s. 252; M. Śliwka, Prawa pacjenta..., s. 246. Ł. Cabań, M. Urbńska, (w:) M. Kopeć (red.), Ustawa o zawodach lekarza ..., s. 679.

¹⁰⁸ Tak T. Dukiet-Nagórska, Autonomia pacjenta..., s. 70.

¹⁰⁹ W literaturze krytycznie oceniono jednak możliwość pokonywania podwójnego sprzeciwu (pacjenta i przedstawiciela ustawowego) na mocy orzeczenia sądu. Tak np. A. Liszewska, której zdaniem jest to niedopuszczalne rozszerzenie wyjątku polegającego na ograniczeniu prawa do samostanowienia, też e, Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny, PiM 1999, nr 1, s. 89.

kumulatywnej, ale także do odmowy wyrażenia zgody przez podmiot uprawniony do wyrażenia zgody zastępczej¹¹⁰.

W doktrynie prezentowane jest także odmienne zapatrywanie. Zdaniem A. Kołodziej art. 32 ust. 6 u. zaw. lek. dotyczy małoletnich, którzy ukończyli 16 rok życia. Zastępcza zgoda sądu opiekuńczego, w przypadku sprzeciwu przedstawiciela ustawowego małoletniego, który nie ukończył 16 lat, na badanie, zabieg operacyjny, metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, lecz nie stwarzających zagrożenia dla życia lub zdrowia, powinna być wydana tylko na podstawie art. 97 § 2 k.r.o.¹¹¹ Także B. Janiszewska przyjmuje, że oponowanie przez przedstawiciela ustawowego przeciwko udzieleniu świadczenia zdrowotnego nie uzasadnia stosowania art. 32 ust. 6 w zw. z art. 34 ust. 5 u. zaw. lek. Konstytucyjnym elementem stosowania art. 32 ust. 6 u. zaw. lek. jest bowiem sprzeciw pacjenta. Wyrażona przez przedstawiciela ustawowego dezaprobatą udzielenia pacjentowi świadczenia zdrowotnego, nawet jeśli werbalnie przybiera postać sprzeciwienia się wykonaniu czynności leczniczej, nie stanowi sprzeciwu w rozumieniu powołanego przepisu¹¹². Zdaniem Autorki skutki odmowy zgody przedstawiciela ustawowego powinny być oceniane na podstawie art. 34 ust. 6 u. zaw. lek. (sprzeciw może być uznany za „niezgadzanie się” w rozumieniu tego przepisu), a w okolicznościach określonych w art. 34 ust. 7 w zw. z art. 32 ust. 9 u. zaw. lek. uzasadniać podjęcie interwencji lekarskiej na podstawie decyzji lekarza bez zgody przedstawiciela ustawowego¹¹³.

Wykładnia literalna art. 32 ust. 6 u. zaw. lek. prowadzi do wniosku, iż znajduje on zastosowanie w przypadku zgody kumulatywnej, w tym w odniesieniu do małoletnich pacjentów, którzy ukończyli 16 rok życia. Hipoteza powołanego przepisu obejmuje sytuacje, w których sprzeciw wobec udzielenia świadczenia wyraził małoletni, niezależnie od stanowiska przedstawiciela ustawowego. Więcej wątpliwości wywołuje natomiast ocena przypadku sprzeciwu przedstawiciela ustawowego małoletniego, który nie ukończył 16 lat. W takiej sytuacji nie wydaje się uzasadnione dopuszczanie możliwości ingerencji sądu opiekuńczego na podstawie art. 97 § 2 k.r.o., który dotyczy rozstrzygania o istotnych sprawach dziecka w braku porozumienia między rodzicami. Sprzeciw wyrażony przez przedstawiciela ustawowego małoletniego, niezależnie od jego wieku, jest relewantny na płaszczyźnie stosowania art. 34 ust. 6, jak również art. 34 ust. 7 u. zaw. lek., a w odniesieniu do zwykłych świadczeń zdrowotnych art. 34 ust. 7 w zw. z art. 32 ust. 9 u. zaw. lek. Ponadto w przypad-

¹¹⁰ M.in. R. Kubiak, *Prawo medyczne...*, s. 354–355; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta...*, s. 69–70.

¹¹¹ A. Kołodziej, *Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, PiM 2002, nr 4, s. 81.

¹¹² B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, s. 580.

¹¹³ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie...*, przypis 415, s. 593 oraz przypis 429, s. 601.

kach cechujących się brakiem pilności wystarczające mogą okazać się przewidziane w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym środki ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej. Gdyby okazało się, że niezgadzanie się na udzielenie zwykłego świadczenia zdrowotnego stanowi przejaw nienależytego wykonywania pieczy nad osobą dziecka, sąd mógłby podjąć działania, zmierzające np. do ograniczenia albo pozbawienia władzy rodzicielskiej¹¹⁴.

Na marginesie należy zauważyć, że postępowanie rodziców sprzeciwiających się wykonaniu koniecznego zabiegu leczniczego może narazić ich na odpowiedzialność karną. Odmowa zgody na konieczne, bezzwłoczne ratowanie ludzkiego życia wypełniać może bowiem ustawowe znamiona narażenia innej osoby na niebezpieczeństwo jego utraty albo ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 160 § 2 k.k.)¹¹⁵. Realizacja znamienia narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo w warunkach art. 160 § 2 k.k. może polegać zarówno na wywołaniu takiego stanu, jego zwiększeniu, jak również utrzymaniu, mimo istnienia powinności jego neutralizacji czy choćby zmniejszenia (w przypadku zaniechania)¹¹⁶. Trafnie stwierdza się, że obowiązkiem gwaranta „jest nie tylko podjęcie działań zapobiegających pojawieniu się konkretnego niebezpieczeństwa dla chronionego dobra prawnego, ale także podjęcie wszelkich działań zmierzających do obniżenia stopnia konkretnego niebezpieczeństwa dla dobra istniejącego już w chwili aktualizacji jego obowiązku”¹¹⁷. Postępowanie rodziców sprzeciwiających się podjęciu koniecznej interwencji medycznej może być w pewnych sytuacjach potraktowane także jako podżeganie do nieudzielenia pomocy (art. 162 § 1 k.k. w związku z art. 18 § 2 k.k.)¹¹⁸.

7. Ingerencja sądu opiekuńczego w proces udzielenia zgody na świadczenie zdrowotne

Istotne zadania w zakresie podejmowania decyzji co do udzielania świadczeń zdrowotnych pacjentom małoletnim realizowane są przez sądy

¹¹⁴ Zob. B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 539. Także J. Słyk zwraca uwagę na możliwość doprowadzenia do udzielenia świadczenia zdrowotnego dziecku na skutek zastosowania przewidzianych w k.r.o. środków ingerencji we władzę rodzicielską lub opiekę, zob. J. Słyk, Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego..., s. 155. Za takim rozwiązaniem przemawia także взгляд na spójność systemową. W odróżnieniu od przytoczonych przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jednoznacznie reguluje przypadek „sprzecznych oświadczeń w sprawie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego” osoby małoletniej powyżej 16 roku życia i jej przedstawiciela ustawowego.

¹¹⁵ Zob. K. Daszkiewicz, Uchylenie odpowiedzialności lekarza..., s. 37 i n.

¹¹⁶ R. Kokot, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 937.

¹¹⁷ M. Bielski, Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, PS 2005, nr 4, s. 123 i n.

¹¹⁸ Zob. np. R. Kubiak, Prawo medyczne..., s. 238.

opiekuńcze. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty normuje przypadki, w których wymagane jest zezwolenie lub zgoda sądu opiekuńczego na wykonanie świadczenia zdrowotnego.

Interwencja sądu opiekuńczego w odniesieniu do pacjentów małoletnich przewidziana jest w następujących przypadkach:

- 1) zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku, gdy pacjent jest małoletni i nie ma przedstawiciela ustawowego lub brak jest możliwości porozumienia się z przedstawicielem ustawowym¹¹⁹;
- 2) zgoda sądu opiekuńczego w przypadku braku przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo braku możliwości porozumienia się z nimi, na przystąpienie przez lekarza do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych po przeprowadzeniu badania¹²⁰;
- 3) zezwolenie sądu opiekuńczego w przypadku wyrażenia przez małoletniego pacjenta, który ukończył 16 lat sprzeciwu wobec czynności medycznych¹²¹;
- 4) zgoda sądu opiekuńczego w przypadku, gdy przedstawiciel ustawy małoletniego nie zgadza się na zabieg operacyjny albo metodę leczenia lub diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko, a są one niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia¹²².

Ponadto „w przypadkach, w których starania o zachowanie lub odzyskanie zdrowia stanowią przejaw pieczy nad osobą małoletnią (...) niewykluczone wydaje się także korzystanie przez sąd opiekuńczy ze środków nadzoru, unormowanych przepisami k.r.o.”¹²³ W odniesieniu do rodziców wykonujących władzę rodzicielską nad małoletnim nieubezważnowolnionym dzieckiem, kontrola ich działań w sferze opieki zdrowotnej może mieć miejsce w przypadku braku porozumienia rodziców w istotnej sprawie dziecka (zob. art. 97 § 2 k.r.o.).

Nieco inaczej przedstawia się sytuacja rodziców wykonujących władzę rodzicielską nad małoletnim, ubezważnowolnionym całkowicie dzieckiem. Rodzicom dziecka ubezważnowolnionego całkowicie władza rodzicielska jest pozostawiona, lecz z ograniczeniami odnoszącymi się do opiekuna (zob. art. 108 k.r.o.). W piśmiennictwie wyrażono zapatrywanie, że przewidziane w art. 108 k.r.o. ograniczenie autonomii rodziców w wykonywaniu władzy rodzicielskiej podyktowane jest troską o maksymalne zabezpieczenie intere-

¹¹⁹ Zob. art. 32 ust. 2 oraz art. 34 ust. 3 u. zaw. lek. Zasadnie podnosi się w piśmiennictwie, że uzasadnieniem dla przydania sądowi opiekuńczemu takiej kompetencji jest potrzeba ochrony sytuacji prawnej pacjenta, który wobec braku możliwości uzyskania oświadczenia przedstawiciela ustawowego nie mógłby uzyskać pomocy medycznej, nawet jeśli sam zaaprobowałby udzielenie świadczenia zdrowotnego, tak B. J a n i s z e w s k a, Zgoda na udzielenie..., s. 509.

¹²⁰ Zob. art. 32 ust. 8 u. zaw. lek.

¹²¹ Zob. art. 32 ust. 6 oraz art. 34 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 6 u. zaw. lek.

¹²² Zob. art. 34 ust. 6 u. zaw. lek.

¹²³ B. J a n i s z e w s k a, Zgoda na udzielenie..., s. 566.

sów dziecka, które – w wypadku jego całkowitego ubezwłasnowolnienia – zostaje w pełni uzależnione od osób sprawujących pieczę nad jego osobą i majątkiem¹²⁴. W omawianym przypadku rodzice podlegają przy sprawowaniu władzy rodzicielskiej *ex lege* nadzorowi sądu opiekuńczego (zob. art. 155 § 1 k.r.o.)¹²⁵. Sąd opiekuńczy wykonywa nadzór nad sprawowaniem opieki, zaznajamiając się bieżąco z działalnością opiekuna oraz udzielając mu wskazówek i poleceń. Sąd opiekuńczy może żądać od opiekuna wyjaśnień we wszelkich sprawach należących do zakresu opieki oraz przedstawiania dokumentów związanych z jej sprawowaniem (art. 165 k.r.o.). We wszelkich ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka rodzice powinni uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego (art. 156 k.r.o.). Zasadnie wskazuje się, że art. 156 k.r.o. wprowadza „model prewencyjnej kontroli stanowisk przedstawicieli ustawowych”, który zorientowany jest na zapobieganie powstawaniu niekorzystnych dla pacjenta skutków swobody decyzyjnej osoby wykonującej pieczę¹²⁶.

Instrumentem oddziaływania sądu opiekuńczego może być także wydanie odpowiednich zarządzeń, jeżeli dobro dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską jest zagrożone (art. 109 k.r.o.). Zagrożenie takie może wiązać się zarówno z wyrażeniem zgody na czynność diagnostyczną lub terapeutyczną, która – mimo pewnej celowości – jest niewspółmiernie ryzykowna, jak i z niewyrażeniem zgody na udzielenie dziecku koniecznych świadczeń zdrowotnych¹²⁷.

8. Udzielenie przez rodzica małoletniego pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne

Dla omawianej problematyki istotne znaczenie ma kwestia dopuszczalności udzielenia przez rodzica małoletniego dziecka w ramach wykonywania władzy rodzicielskiej pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne. Do rozważań w tym zakresie inspirowane jest niedawna wypowiedź Sądu Najwyższego, zgodnie z którą „przedstawiciel ustawy małoletniego dziecka może udzielić pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody przewidzianej w art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz.

¹²⁴ J. Strzebinczyk, (w:) T. Smyczyński (red.), System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze..., s. 326.

¹²⁵ Szerzej na ten temat zob. m.in. J. Gajda, Komentarz do art. 108 k.r.o., teza 2, (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Legalis 2018; J. Strzebinczyk, (w:) T. Smyczyński (red.), System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze..., s. 325 i n.

¹²⁶ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 519.

¹²⁷ B. Janiszewska, Zgoda na udzielenie..., s. 479–480.

464)¹²⁸. Przywołana w tezie judykatu podstawa prawna dotyczy zatem wprost poważniejszych świadczeń zdrowotnych, czyli zabiegu operacyjnego albo metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Jednocześnie Sąd Najwyższy opowiedział się za niedopuszczalnością udzielenia przez rodzica pełnomocnictwa ogólnego do wykonywania wszelkich czynności z zakresu władzy rodzicielskiej (w tym blankietowej zgody na wykonywanie zabiegów medycznych).

W uzasadnieniu swego stanowiska Sąd Najwyższy podniósł, że wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna przepisów kodeksu cywilnego regulujących przedstawicielstwo oraz przepisów kodeksu rodzinnego dotyczących władzy rodzicielskiej z uwzględnieniem Konwencji o prawach Dziecka przyjętej w dniu 20 listopada 1989 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych¹²⁹ przemawia za dopuszczalnością udzielenia przez rodzica dziecku pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na wykonanie zabiegów, o których mowa w art. 34 ust. 1 u. zaw. lek. Pełnomocnictwo takie może mieć charakter zarówno pełnomocnictwa do poszczególnych czynności, jak i pełnomocnictwa rodzajowego w przypadku leczenia periodycznego, wymagającego powtarzalnych zabiegów lub diagnostyki, z tym że ich charakter musi być ściśle określony. Zdaniem Sądu Najwyższego „brak wskazania w ustępie trzecim tego przepisu pełnomocnika jako osoby, która może udzielić zgody na zabieg, nie oznacza zakazu udzielenia pełnomocnictwa; jego wprowadzenie musiałoby mieć wyraźną podstawę ustawową (...)”. Według tego stanowiska czynność wyrażenia zgody na zabieg medyczny nie ma charakteru czynności osobistej z punktu widzenia osoby, której dotyczy zgoda, skoro ustawa umożliwia jej udzielenie przedstawicielowi ustawowemu. Ponadto za dopuszczalnością udzielania przez przedstawiciela ustawowego pełnomocnictwa do wyrażania zgody na zabieg przemawiać ma wynikająca z przepisów kodeksu rodzinnego oraz art. 3 Konwencji o Prawach Dziecka, zasada uwzględnienia interesu i dobra dziecka jako wartości nadrzędnych przy wykładni przepisów prawa oraz przy jego stosowaniu przez sądy. Zastrzeżono jednocześnie, że udzielenie pełnomocnictwa nie oznacza ograniczenia władzy rodzicielskiej, bowiem rodzice zachowują kontrolę nad czynnościami pełnomocnika, zwłaszcza że art. 34 ust. 3 i 6 u. zaw. lek. wymaga w pierwszej kolejności porozumienia się z nimi w razie konieczności wykonania zabiegu.

Stanowisko Sądu Najwyższego wywołuje szereg wątpliwości, zgłaszanych już w literaturze. W szczególności nie jest jasne, czy mówiąc o „pełnomocnictwie do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na wykonanie zabiegów, o których mowa w art. 34 ust. 1 u. zaw. lek.” Sąd Najwyższy zaa-

¹²⁸ Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 13 maja 2015 r., sygn. III CZP 19/15, Legalis, nr 1231865.

¹²⁹ Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526.

próbował możliwość umocowania pełnomocnika do decydowania o tego typu interwencjach medycznych względem małoletniego dziecka, czy dopuścić jedynie możliwość złożenia przez pełnomocnika zgodnego z wolą rodzica stosownego oświadczenia w kwestii konkretnej interwencji¹³⁰.

Zważywszy na treść art. 95 § 1 k.c., z którego wywodzi się ogólną regułę dopuszczalności dokonania czynności prawnej przez przedstawiciela, kwestia właściwości zgody zdaje się mieć znaczenie rozstrzygające. Zasadą jest bowiem dopuszczalność dokonania każdej czynności prawnej przez przedstawiciela, chyba że skorzystanie z przedstawiciela wyklucza przepis albo właściwość danej czynności prawnej. Jak zasadnie wskazuje się w literaturze, generalna klauzula właściwości czynności prawnej nie odwołuje się do jasnych kryteriów. Co do zasady, chodzi tu o wszelkie czynności, które z różnych względów można uznać za ściśle osobiste¹³¹. Dyskusyjne wydaje się stanowisko, iż zgoda przedstawiciela ustawowego małoletniego na udzielenie świadczenia zdrowotnego nie ma charakteru czynności osobistej. W pełni należy podzielić zapatrywanie, iż decydując o udzieleniu świadczenia zdrowotnego małoletniemu dziecku, przedstawiciel ustawowy wykonuje własne, przewidziane przepisami art. 32 ust. 2 lub art. 34 ust. 3 u. zaw. lek. oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 u.p.p. uprawnienie do wyrażenia albo odmowy zgody na podjęcie interwencji medycznych, mieszczących się w zakresie pieczy nad osobą pacjenta. Zasadnie podnosi B. Janiszewska, że „w ocenie charakteru zgody medycznej właściwym punktem odniesienia wydaje się więc nie osoba pacjenta, lecz przedstawiciela ustawowego, jako podmiotu uprawnionego do decydowania o wykonaniu świadczeń zdrowotnych względem swego dziecka lub podopiecznego. Tymczasem wydaje się, że SN uznał, iż uprawnienie do wyrażenia zgody przysługuje wyłącznie pacjentowi, „którego dotyczy zgoda”, jedynie reprezentowanemu przez przedstawiciela ustawowego (...)”¹³².

Nie przekonuje argumentacja Sądu Najwyższego, iż rodzice zachowują kontrolę nad czynnościami pełnomocnika, zwłaszcza że art. 34 ust. 3 i 6 u. zaw. lek. wymaga w pierwszej kolejności porozumienia się z nimi w razie konieczności wykonania zabiegu. Możliwe jest więc potwierdzenie pełnomocnictwa albo uzyskanie zgody rodziców lub sądu opiekuńczego jeżeli

¹³⁰ Wątpliwości takie podniosła już B. Janiszewska, Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Zagadnienia prawne w praktyce SN, MOP 2015, nr 15, s. 819 i n.

¹³¹ Zob. J. Grykiel, Komentarz do art. 95 k.c., teza 18, (w:) M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹¹, Legalis 2017.

¹³² B. Janiszewska, O udzielaniu pełnomocnictwa medycznego – uwagi na tle uchwały III CZP 19/15. Zagadnienia prawne w praktyce SN, MOP 2015, nr 19, s. 1046 i n.

pełnomocnik nie zgadza się na zabieg. Aprobata tego zapatrywania podważałaby sens udzielania pełnomocnictwa¹³³.

Zgodzić należy się, że wyrażenie zgody na określoną pomoc lekarską jest jedynie finałem pewnego procesu decyzyjnego. Ustawodawca tworzy bowiem spójną kategorię prawną w postaci zgody uświadomionej. Jeśli uprawnienie do uzyskania wiedzy na temat uwarunkowań pomocy lekarskiej ma wymiar osobisty, to charakter ten posiada również sama zgoda¹³⁴. Trafnie podnosi T. Zimna, że niewypełnienie obowiązku informacyjnego względem rodzica skutkuje bezskutecznością zgody na leczenie dziecka zarówno udzielonej przez rodzica działającego osobiście, jak i przez pełnomocnika. Rodzic musi wiedzieć, na co się godzi u swojego dziecka lub mieć świadomość, do czego kompetencję powierzył pełnomocnikowi¹³⁵.

Na marginesie należy zauważyć, że ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry przewiduje określony mechanizm uzyskiwania zgody na świadczenia zdrowotne. Stosownie do art. 34 ust. 3 u. zaw. lek., lekarz może wykonać zabieg lub zastosować metodę, o której mowa w ust. 1, wobec pacjenta małoletniego po uzyskaniu zgody jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe – po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego. Trafnie wskazuje się, że dopuszczenie w takiej sytuacji konstrukcji pełnomocnika medycznego obniżałoby standardy wyznaczone dla ochrony dobra dziecka¹³⁶.

W aprobowanym tu ujęciu wyrażenie przez przedstawiciela ustawowego zgody w procesie leczniczym odnoszącym się do osoby małoletniej ma charakter czynności osobistej przedstawiciela ustawowego – co wyklucza ustanowienie przez niego w tym zakresie pełnomocnika, który byłby umocowany do podejmowania decyzji o konkretnej interwencji medycznej względem małoletniego pacjenta. Rozwiązanie dopuszczające ustanawianie pełnomocników medycznych wymagałoby zmiany systemu udzielania zgody¹³⁷.

¹³³ Na aspekt ten trafnie zwraca także uwagę Z. Janiewicz, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., sygn. III CZP 19/15, Roczniki Nauk Prawnych 2015, nr 4, s. 194.

¹³⁴ A. Kallaus, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 r., sygn. III CZP 19/15, PiM 2015, nr 4, s. 127–128.

¹³⁵ T. Zimna, Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., sygn. III CZP 19/15, LEX/el. 2015.

¹³⁶ Tak trafnie A. Kallaus, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego..., s. 131.

¹³⁷ Jak zauważa B. Janiszewska wymagałoby to wprowadzenia prawnych gwarancji uzyskania przez pełnomocnika informacji medycznych, ukształtowania sądowego systemu nadzoru nad jego decyzjami, jak również unormowania skutków niemożliwości porozumienia się z pełnomocnikiem, zob. B. Janiszewska, Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Zagadnienia prawne w praktyce SN, MOP 2015, nr 15, s. 821. Także T. Zimna podnosi, że obowiązujące przepisy nie pozwalają na przekazanie decyzji o zgodzie na związane z podwyższonym ryzykiem leczenie dziecka pełnomocnikowi ds. zdrowotnych ustanowionemu przez przedstawiciela ustawowego dziecka,

9. Prawnokarna ochrona autonomii rodziców małoletniego w zakresie decyzji medycznych (art. 192 k.k.)

Z punktu widzenia podjętej w opracowaniu problematyki istotne znaczenie ma ustalenie, czy art. 192 k.k.¹³⁸ typizujący przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego¹³⁹ bez zgody pacjenta kryminalizuje także uchybienie wymogowi uzyskania innej zgody niż samodzielna zgoda pacjenta, w szczególności zgody zastępczej lub zgody kumulatywnej wyrażanej przez rodzica. Kwestia ta jest niejednolicie oceniana w doktrynie.

Dominuje szerokie rozumienie znamienia „bez zgody”. Zwolennicy tego ujęcia, odwołując się do *ratio legis* art. 192 § 1 k.k., który ma stać na straży autonomii pacjenta, jak również względów celowościowych, przyjmują, iż obejmuje ono swym zakresem każdy przypadek braku wymaganej zgody,

z powodu właściwości czynności zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych (art. 95 § 1 k.c.). Jednakże zdaniem Glosatorki, „jeśli wola rodzica na temat leczenia dziecka została skonkretyzowana poprzez wskazanie w pełnomocnictwie czynności leczniczej lub ściśle określenie charakteru leczenia świadomie aprobowanego przez rodzica, nie stoi na przeszkodzie, aby dla dobra dziecka była realizowana przez ustanowionego w tym celu pełnomocnika. Taki sposób sprawowania władzy rodzicielskiej polega jedynie na formalnoprawnym posłużeniu się pełnomocnikiem w celu złożenia zgodnego z wolą rodzica pisemnego oświadczenia do dokumentacji medycznej, wobec braku możliwości uczynienia tego osobiście przez rodzica”, T. Z i m n a, Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., sygn. III CZP 19/15, LEX/el. 2015.

¹³⁸ „Art. 192 § 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

¹³⁹ W odróżnieniu od analizowanych dotychczas ustaw Kodeks karny w art. 192 posługuje się pojęciem „zabiegu leczniczego”, a nie „świadczenia zdrowotnego” (szerzej na temat relacji w jakiej pozostają te pojęcia zob. m.in. R. R e j m a n i a k, Problemy interpretacyjne wybranych pojęć zawartych w art. 192 k.k., CzoPKiNP 2012, nr 4, s. 74). W doktrynie brak jest zgodności co do tego, jak należy rozumieć zabieg leczniczy, o którym mowa w art. 192 k.k. W piśmiennictwie prezentowane są skrajnie rozbieżne sposoby interpretacji tego pojęcia. Sporne jest to, czy dyspozycja art. 192 k.k. dotyczy jedynie interwencji o charakterze leczniczym (terapeutycznym), czy przeciwnie, odnosi się także do zabiegów nieterapeutycznych. Dominuje szerokie ujęcie tego pojęcia jako obejmujące nie tylko szeroko rozumiane zabiegi lecznicze o charakterze profilaktycznym, diagnostycznym, terapeutycznym i rehabilitacyjnym, ale także zabiegi medyczne niespełniające funkcji leczniczej *sensu stricto*. Szerzej na ten temat zob. m.in. R. K ę d z i o r a, Odpowiedzialność karna lekarza..., s. 38 i n.; L. K u b i c k i, Nowy rodzaj odpowiedzialności karnego lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.), PiM 2000, nr 8, s. 43; M. F i l a r, Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody, PiM 2002, nr 13, s. 41; t e n ż e, Lekarskie prawo karne..., s. 247–248; P. D a n i l u k, Recenzja książki Teresy D u k i e t - N a g ó r s k i e j, Autonomia pacjenta a polskie prawo karne, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 179, Prok. i Pr. 2009, nr 10, s. 142 i n.; t e n ż e, Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa, PiM 2005, nr 2, s. 37 i n., por. również powołaną tam literaturę; R. K u b i a k, Prawo medyczne..., s. 444; T. D u k i e t - N a g ó r s k a, Autonomia pacjenta..., s. 17 i n.; R. R e j m a n i a k, Problemy interpretacyjne..., s. 71–74.

niezależnie od tego, czy należało pozyskać zgodę pacjenta czy innego podmiotu¹⁴⁰. Wydaje się, że podobny kierunek interpretacyjny przyjął także Sąd Najwyższy, wyrażając zapatrywanie, że określające typ przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. znamię „bez zgody” ma w pewnym sensie charakter blankietowy. Wobec wielości udzielanych pacjentom świadczeń medycznych oraz wobec różnorodności unormowań zgody na czynności medyczne, jak też zniesienia jej wymogu w różnych regulacjach – niezbędnym jest każdorazowe skonkretyzowanie treści tego znamienia w przepisach prawa medycznego, mających zastosowanie do ocenianego zdarzenia¹⁴¹.

Wedle poglądu opozycyjnego art. 192 § 1 k.k. zabrania pod groźbą kary wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Chodzi zatem o takie sytuacje, w których warunkiem legalności zabiegu leczniczego jest uzyskanie uprzedniej zgody pacjenta. Znamię zgody pacjenta obejmuje jedynie zgodę udzielaną przez pacjenta samodzielnie, jak i jego zgodę wyrażaną obok zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego (kumulatywna). Ważkie argumenty na rzecz tego stanowiska przedstawił P. Daniluk¹⁴².

W literaturze wyrażono również pogląd pośredni przyjmujący, iż nie tylko brak zgody pacjenta, ale i zgody zastępczej powoduje odpowiedzialność karną lekarza z art. 192 k.k. W takim przypadku brak jest zgody pacjenta, jak również zgody zastępczej uprawnionego podmiotu, która miała zalegalizować brak zgody pacjenta. Z kolei w odniesieniu do zgody kumulatywnej stwierdza się, że w razie braku jedynie zgody przedstawiciela ustawowego i wykonania zabiegu przez lekarza jego zachowanie nie realizuje znamion typu czynu zabronionego z art. 192 k.k., gdyż brak jest tylko zgody innego uprawnionego podmiotu, natomiast zgoda samego pacjenta wystąpiła. Za-

¹⁴⁰ Zob. T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta...*, s. 157; tejże, *O istocie przestępstwa z art. 192 k.k.*, (w:) Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego...*, s. 128; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.)*, PiM 2000, nr 3, s. 42; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 130.

¹⁴¹ Tak SN w postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. III KK 14/15, OSNKW 2015, nr 9, poz. 77, s. 41.

¹⁴² Autor wskazuje, że nie ma dostatecznie uzasadnionych podstaw, aby twierdzić, że celem wprowadzenia do polskiego systemu prawnego art. 192 § 1 k.k. było udzielenie ochrony także zgodzie zastępczej, kumulatywnej i sądowej. Ponadto zarzuca, iż ustalenie zakresu czynu zabronionego z art. 192 § 1 k.k. poprzez odstępowanie od literalnego brzmienia wydaje się sprzeczne z zakazem wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Kluczowy jest także problem nieadekwatności zakresu art. 192 § 1 k.k. do jego przedmiotu ochrony. Autor podnosi, iż decydowanie o życiu osobistym danej osoby – pacjenta przez jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego nie mieści się w art. 47 Konstytucji, zob. P. Daniluk, *Przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (dwa problemy interpretacyjne)*, PiP 2013, nr 2, s. 50–54; zob. także R. Kubiak, *Prawo medyczne...*, s. 445.

chowanie lekarza można rozpatrywać tylko przez pryzmat odpowiedzialności zawodowej¹⁴³.

Przekonuje pogląd prezentowany przez P. Daniluka. Rację ma Autor, co przyznają także jego oponenty¹⁴⁴, że szerokie ujmowanie zakresu art. 192 § 1 k.k. odstępujące od jego literalnego brzmienia jest sprzeczne z zakazem wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy wynikającym z zasady *nullum crimen sine lege*. Powoduje ono bowiem niedopuszczalne rozszerzenie pola penalizacji. Jeśli zatem wolą ustawodawcy jest kryminalizacja wykonania zabiegu leczniczego bez zgody innego niż pacjent uprawnionego do jej wyrażenia podmiotu, to konieczna jest zmiana brzmienia art. 192 § 1 k.k. ukierunkowana na jego doprecyzowanie¹⁴⁵. Nie wydaje się uzasadnione czynienie w tym zakresie wyjątku np. dla zgody zastępczej. Zasadnie podnosi się bowiem, że z legalizującej funkcji zgody zastępczej w określonych sytuacjach nie wynika, że art. 192 § 1 k.k. chroni również ten rodzaj zgody¹⁴⁶.

Parental consent to medical treatment for a minor child

Abstract

This paper addresses issues pertaining to parental consent to medical treatment for a minor patient. The issues are presented in the broad context of family law, medical law and criminal law. The major part of considerations relates to the scope of authority of parents as statutory representatives of a child as far as medical interventions for a child are concerned. The follow-

¹⁴³ A. Złotek, Granice odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, CzoPKiNP 2008, nr 2, s. 188–189.

¹⁴⁴ Na problem ten zwraca uwagę T. Dukiet-Nagórska, Autonomia pacjenta..., s. 157; te j ż e, O istocie przestępstwa z art. 192 k.k., (w:) Ł. Pohl (red.), Aktualne problemy prawa karnego..., s. 128; A. Złotek, Granice odpowiedzialności karnej lekarza..., s. 189.

¹⁴⁵ T. Dukiet-Nagórska zgłosiła postulat ujęcia typizacji zawartej w art. 192 § 1 k.k. w następujący sposób: „Kto wykonuje zabieg leczniczy bez poprzedzenia go prawnie skuteczzną zgodą”; te j ż e, Autonomia pacjenta..., s. 157; O istocie przestępstwa z art. 192 k.k., (w:) Ł. Pohl (red.), Aktualne problemy prawa karnego..., s. 128. Z kolei zdaniem A. Złotka art. 192 k.k. mógłby otrzymać następujące brzmienie: „Art. 192 § 1 k.k. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta lub innego uprawnionego podmiotu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2: „Ściganie przestępstwa określonego w § 1 następuje na wniosek pokrzywdzonego”, te n ż e, Granice odpowiedzialności karnej lekarza..., s. 194.

¹⁴⁶ P. Daniluk, Przestępstwo wykonania zabiegu leczniczego..., s. 54; odmiennie A. Złotek, Granice odpowiedzialności karnej lekarza..., s. 188.

ing issues are tackled: impact of the modified scope of parental powers on the right to take medical decisions concerning a minor patient; procedures to follow in the case of colliding opinions of actors participating in a medical process; or admissibility of authorizations to give consent to medical treatment for a minor. As a separate issue, a problem of criminal-law protection of autonomy of parents of a minor in terms of medical decisions concerning such minor (Penal Code, Article 192).

Adam Roch

Zmiana przepisów przejściowych dotyczących przedawnienia w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów

Streszczenie

Artykuł ma na celu omówienie problemów powstałych po nowelizacji ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze, a mianowicie umieszczeniu w niej normy art. 64a. W praktyce pojawiły się bowiem rozbieżności odnoszące się do ram temporalnych obowiązywania tego przepisu i jego wpływu na treść wydawanych przez sądy dyscyplinarne wobec prokuratorów orzeczeń. Autor, dokonując analizy obowiązujących przepisów sięga także do innych podobnych regulacji prawnych, omawiając również bieżące orzecznictwo dyscyplinarne w tym zakresie, a wykorzystując dotychczasowy dorobek orzeczniczy Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, artykułuje własny pogląd w sprawie.

Normy prawne zawarte w ustawie z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze¹ inkorporowane zostały do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 28 stycznia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze². Zgodnie z regulacjami zawartymi w art. 74 i 75 tej ostatniej, z dniem 4 marca 2016 r. straciła moc ustawa z dnia 20 czerwca 1985 roku o prokuraturze³, a w jej miejsce obowiązywać zaczęły normy określone w pr. o prok.

W zakresie postępowania dyscyplinarnego, jedną ze zmian wprowadzonych nowym aktem prawnym było wydłużenie okresów przedawnienia karalności przewinień dyscyplinarnych oraz służbowych, z 3 (art. 68 ust. 1 u.o.p.) do 5 lat (art. 141 § 1 pr. o prok.), a po wszczęciu postępowania dyscyplinarnego – z lat 5 (art. 68 ust. 3 u.o.p.) do 8 (art. 141 § 2 zd. 1 pr. o prok.). „Przedawnienie w postępowaniu dyscyplinarnym, podobnie jak i w postępowaniu karnym, to instytucja prawa materialnego, która określa skutki upływu czasu dla kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej. (...) Zasadniczą funkcją przedawnienia

¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 177, z późn. zm., dalej w skrócie „pr. o prok.”.

² Dz. U. z 2016 r., poz. 178, z późn. zm., dalej w skrócie „p. wpr. pr. o prok.”.

³ Tekst jedn. Dz. U. Nr 270, poz. 1599 z 2011 r., z późn. zm., dalej w skrócie „ustawa o prokuraturze” lub „u.o.p.”.

w prawie karnym jest uchylenie karalności czynu zabronionego lub wykonalności orzeczonej kary⁴.

Nowa ustawa, wzorem obowiązującego wówczas (do dnia 5 stycznia 2017 r.) przepisu art. 108 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵ wprowadziła rozwiązanie, zgodnie z którym postępowanie dyscyplinarne wszczęte przed przedawnieniem karalności czynu, musi zostać zakończone wydaniem orzeczenia merytorycznego – albo skazaniem, albo uniewinnieniem, względnie uznaniem winy prokuratora i umorzeniem postępowania w zakresie wymiaru kary. Umorzeniu co do *meriti* podlegać będzie wyłącznie postępowanie dyscyplinarne wszczęte po upływie 5 lat od chwili czynu, oczywiście niebędącego przestępstwem⁶. Jeżeli bowiem przewinienie dyscyplinarne wyczerpuje znamiona przestępstwa, przedawnienie karalności dyscyplinarnej nie może nastąpić wcześniej niż przedawnienie karalności tegoż czynu zabronionego.

Przepisy zawarte w art. 64 p. wpr. pr. o prok. zawierały w szczególności normy intertemporalne, zgodnie z którymi postępowania wyjaśniające i dyscyplinarne prowadzone przeciwko prokuratorom i asesorum prokuratury w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury, prokuratorom i asesorum wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury oraz prokuratorom Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, niezakończone prawomocnie do dnia wejścia w życie ustawy Prawo o prokuraturze, toczyć się miały odpowiednio przed rzecznikiem dyscyplinarnym oraz sądem dyscyplinarnym – właściwymi zgodnie z nowymi normami pr. o prok. Do czasu wyboru członków sądów dyscyplinarnych oraz rzeczników dyscyplinarnych na podstawie wchodzącej w życie ustawy, swoją działalność kontynuować miały sądy dyscyplinarne działające przy Prokuratorze Generalnym, utworzone na podstawie przepisów dotychczasowych, a także Rzecznik Dyscyplinarny Prokuratora Generalnego oraz rzecznicy dyscyplinarni prokuratorów apelacyjnych wyznaczeni na podstawie przepisów dotychczasowych. W 2016 roku powołano nowych, wybranych przez zebranie prokuratorów Prokuratury Krajowej i zgromadzenia prokuratorów w prokuraturach regionalnych, członków sądów dyscyplinarnych, po czym Prokurator Generalny z dniem 12 października 2016 r. powołał Przewodniczącego Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego i Zastępcę Przewodniczącego oraz z dniem 13 października 2016 r. Przewodniczącego Sądu Dyscyplinar-

⁴ W. Kozielowicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy, Warszawa 2012, s. 58.

⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2015 r., poz. 133 tekst jedn. z dnia 26 stycznia 2015 r., dalej w skrócie „P.o.u.s.p.”

⁶ T. Janeczka, A. Roch, Odpowiedzialność służbowa i dyscyplinarna prokuratorów w świetle Prawa o prokuraturze, Prok. i Prawo 2017, nr 3, s. 58.

nego i Zastępcę Przewodniczącego⁷, co zgodnie z art. 145 § 3 pr. o prok. rozpoczęło 4-letnią kadencję członków tych sądów dyscyplinarnych.

Ani ustawa Prawo o prokuraturze, ani ustawa Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze nie zawierały jednak przepisów intertemporalnych, regulujących kwestię stosowania właściwej ustawy dla ustalenia momentu przedawnienia karalności konkretnych przewinień dyscyplinarnych lub służbowych, zaistniałych przed dniem 4 marca 2016 roku.

Dla porównania, art. 12 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw⁸, wydłużającej, w oparciu o art. 1 pkt 2, okresy przedawnienia deliktów dyscyplinarnych sędziów analogicznie do regulacji zawartych w pr. o prok., wskazywał⁹, iż do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy ustawy o przedawnieniu dyscyplinarnym w brzmieniu nadanym ustawą nową, chyba że termin przedawnienia już upłynął¹⁰. Regulacji takiej zabrakło wszakże w odniesieniu do nowych przepisów o przedawnieniu, dotyczących deliktów dyscyplinarnych i służbowych prokuratorów.

Problematyka ta stała się zatem przedmiotem rozstrzygnięć podjętych przez orzekający w prokuratorskich sprawach dyscyplinarnych Sąd Najwyższy, który trafnie, podobnie jak część doktryny¹¹, odpowiedzialność dyscyplinarną, i tym samym przepisy do niej się odnoszące, lokując w sferze prawa represyjnego, uznał, iż zasada stosowania względem sprawców czynów zabronionych ustawy dla nich względniejszej, sformułowana w art. 4 § 1 Kodeksu karnego¹² znajduje, na mocy art. 171 pkt 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, odpowiednie zastosowanie także w odniesieniu do kwestii przedawnienia przewinień dyscyplinarnych prokuratorów¹³. Pogląd

⁷ Za stroną internetową Prokuratury Krajowej <http://pk.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-krajowej/podziekowania-prokuratora-krajowego-dla-sedziow-sadow-dyscyplinarnych.html#WAV0xuiLRhF>.

⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 2103, z dnia 22 grudnia 2016 r.

⁹ Poprzez zmianę brzmienia art. 108 § 1–2 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2016 r., poz. 2062, z dnia 19 grudnia 2016 roku.

¹⁰ „Do czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1 o przedawnieniu dyscyplinarnym, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął”.

¹¹ Por. P. Czarniecki, Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego, Warszawa 2013, s. 475–476; P. Czarniecki, Przewinienie dyscyplinarne mniejszej wagi w prawie polskim, Białostockie Studia Prawnicze 2017, vol. 22, nr 1, s. 29; K. Mamiak, Konstytucyjne wyznaczniki postępowania represyjnego, (w:) P. Czarniecki (red.), Postępowanie karne a inne postępowania represyjne, Warszawa 2016, s. 4, 9; A. Roch, Odpowiedzialność służbowa prokuratorów, Prok. i Prawo 2017, nr 11, s. 105.

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 tekst jedn. z dnia 29 lipca 2016 r., dalej w skrócie „k.k.” lub „Kodeks karny”.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. SDI 57/16, OSNKW 2017, nr 3, poz. 16; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. SDI 66/16, LEX nr 2169502.

o materialnym lub mieszanym, materialno-procesowym charakterze instytucji przedawnienia formułowany był już we wcześniejszym orzecznictwie¹⁴, a jednoznacznie podzielono go także w doktrynie, wraz ze skutkami z tego wynikającymi w omawianym zakresie¹⁵. Z chwilą zatem wejścia w życie pr. o prok., niemożność stosowania przepisów o przedawnieniu karalności przewinień dyscyplinarnych lub służbowych do czynów popełnionych przed dniem 4 marca 2016 r. w oparciu o tę ustawę była bezsporna.

Przeciwdziałać temu miało inkorporowanie z dniem 12 sierpnia 2017 r. do ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze nowej normy, to jest art. 64a, zgodnie z którą do przewinień dyscyplinarnych popełnionych przed dniem wejścia w życie ustawy Prawo o prokuraturze (a zatem 4 marca 2016 r.), stosuje się przepisy o przedawnieniu karalności przewinień dyscyplinarnych w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął¹⁶.

Składając drukiem sejmowym nr 1491¹⁷ wskazany wyżej projekt zmiany ustawy, w uzasadnieniu omawianej części wskazano, iż „w ustawie – Prawo o prokuraturze ustawodawca dokonał modyfikacji terminów przedawnienia przewinień dyscyplinarnych, w szczególności w odniesieniu do przypadków, w których nastąpiło wszczęcie postępowania dyscyplinarnego (art. 141). Brak przepisu stanowiącego podstawę do zastosowania nowych terminów przedawnienia do czynów popełnionych uprzednio stanowi deficyt obowiązującego stanu prawnego, na który wskazywano m.in. w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych. Z tej przyczyny konieczne jest wprowadzenie do ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze przepisu art. 64a, wskazującego jednoznacznie na obowiązek stosowania prawa nowego do tych czynów, których termin przedawnienia jeszcze nie upłynął.” Jasno zatem sam projektodawca wskazał, iż wprowadzany przepis dotyczyć ma wyłącznie przewinień dyscyplinarnych, których karalność jeszcze nie uległa przedawnieniu.

Analizując orzecznictwo dyscyplinarne, mające stanowić przyczynę dokonanej zmiany legislacyjnej, stwierdzić należy co następuje.

Poczynając od rozstrzygnięć wydawanych w sprawach dyscyplinarnych przez Sąd Najwyższy, wskazać należy ponownie na już przywoływany wyrok

¹⁴ Por. przykładowo z uzasadnieniem uchwały Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 14 kwietnia 1987 r., sygn. VI KZP 1/87, OSNKW 1987, nr 7–8, poz. 58, LEX nr 20220.

¹⁵ A. H e r z o g, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze, Prok. i Prawo 2016, nr 7–8, s. 200; T. J a n e c z e k, A. R o c h, Odpowiedzialność służbowa i dyscyplinarna..., s. 56.

¹⁶ Przez art. 11 ustawy z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 1452), wchodzący w życie z dniem 12 sierpnia 2017 r.

¹⁷ [Http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0607FAECB2502632C12581070067DFE6/%24File/1491.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0607FAECB2502632C12581070067DFE6/%24File/1491.pdf).

z dnia 2 listopada 2016 r., o sygn. SDI 57/16¹⁸. Rozpoznajęcy wniesione na korzyść skazanego kasacje, Sąd Najwyższy z urzędu (na podst. art. 536 Kodeksu postępowania karnego¹⁹) odniósł się pozytywnie do podniesionej na rozprawie kasacyjnej bezwzględnej przyczyny odwoławczej (art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 171 pkt 1 pr. o. prok.) stwierdzając, że – w sytuacji wywołanego koniecznością zastosowania art. 4 § 1 k.k. przyjęcia terminów przedawnienia regulowanych ustawą obowiązującą w chwili zaistnienia czynów objętych przedmiotem postępowania (a zatem ustawą o prokuraturze) – Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny, zamiast uchylić orzeczenie sądu pierwszej instancji i umorzyć w tym zakresie postępowanie, błędnie orzekł merytorycznie, utrzymując w mocy orzeczenie sądu dyscyplinarnego pierwszej instancji. Ocenę tę potwierdził Sąd Najwyższy również w postanowieniu z dnia 1 grudnia 2016 r., o sygn. SDI 66/16²⁰, jasno artykułując swoje stanowisko, iż sformułowana w art. 4 § 1 k.k. zasada intertemporalna powinna być odpowiednio stosowana w odniesieniu do kwestii przedawnienia przewinień dyscyplinarnych prokuratorów, a nie ulega jakiegokolwiek wątpliwości, że zawarte w art. 68 ustawy o prokuraturze z dnia 20 czerwca 1985 r. unormowanie dotyczące przedawnienia dyscyplinarnego (3 lata od chwili czynu, a w sytuacji wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przed upływem tego terminu, 5 lat od popełnienia czynu) jest dla obwinionego względniejsze niż to zawarte w art. 141 obowiązującej obecnie ustawy Prawo o prokuraturze (5 lat od chwili czynu, a w sytuacji wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przed upływem tego terminu, 8 lat od popełnienia czynu).

Dokonano także przeglądu orzecznictwa sądów dyscyplinarnych dla prokuratorów I i II instancji, w zakresie podejmowanych rozstrzygnięć związanych z problematyką przedawnienia, których analiza pozwoliła stwierdzić co następuje.

W sprawie Sądu Dyscyplinarnego dla Prokuratorów o sygn. PK I SD 12.2016, orzeczeniem z dnia 22 sierpnia 2016 r. uznano winę prokuratora za przewinienie dyscyplinarne zaistniałe w dniu 12 sierpnia 2011 r., nie odnosząc się w pisemnym uzasadnieniu do kwestii przedawnienia karalności czynu. W złożonym na niekorzyść obwinionego odwołaniu, zastępca rzecznika dyscyplinarnego nie poruszył tej kwestii. Natomiast w złożonych przez obwinionego i jego obrońcę pisemnych środkach odwoławczych wskazano w szczególności na obrazę art. 4 § 1 k.k. poprzez zastosowanie przepisów Prawa o prokuraturze, zamiast korzystniejszych rozwiązań, w szczególności o przedawnieniu czynu, normowanych ustawą obowiązującą w czasie czynu

¹⁸ OSNKW 2017, nr 3, poz. 16.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 tekst jedn. z dnia 24 października 2016 r., dalej w skrócie „k.p.k.” lub „Kodeks postępowania karnego”.

²⁰ LEX nr 2169502.

– ustawą o prokuraturze. Na poparcie stawianych zarzutów skarżący powołał się na poglądy doktryny oraz dotychczasowe orzecznictwo, w tym Sądu Najwyższego (np. w sprawach o sygn.: V KK 447/11, V K 199/05, IV K 319/15, V K 112/08) oraz Trybunału Konstytucyjnego (sprawa o sygn. SK 44/03). Orzeczeniem wydanym w dniu 4 stycznia 2017 r., w sprawie o sygn. PK I OSD 35.2016, Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny działając m.in. na podst. art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 68 ust. 3 u.o.p.²¹ w zw. z art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 171 pkt 1 i 2 pr. o prok. uchylił zaskarżone orzeczenie i umorzył postępowanie w sprawie.

W dniu 7 marca 2017 r., w sprawie o sygn. PK I SD 20.2016, Sąd Dyscyplinarny dla Prokuratorów umorzył postępowanie dyscyplinarne wobec prokuratora obwinionego o popełnienie deliktów dyscyplinarnych zaistniałych w dniach 24 października 2011 r. i 2 listopada 2011 r., akcentując w pisemnym uzasadnieniu, w szczególności, że wobec braku we wprowadzanej do porządku prawnego ustawie normy nakazującej stosowanie nowych, surowszych przepisów o przedawnieniu do czynów popełnionych przed jej wejściem w życie, należy stosować przepisy korzystniejsze dla sprawców, a zatem te zawarte w ustawie o prokuraturze. Sąd I instancji, w ślad za wnioskiem obrońcy, na potwierdzenie swojego stanowiska przytoczył stosowne orzecznictwo i poglądy doktryny. Decyzja ta uprawomocniła się w I instancji.

Orzeczeniem wydanym w dniu 26 kwietnia 2017 r., w sprawie o sygn. PK I SD 10.2016, orzekając w sprawie prokuratora obwinionego o zachowania zakończone w dniu 30 grudnia 2011 r., Sąd Dyscyplinarny dla Prokuratorów umorzył postępowanie na podst. art. 68 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 pkt 1 u.o.p. i art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. W uzasadnieniu postanowienia, sąd *a quo*, oprócz przywołania stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy²², wskazał w szczególności na okoliczność, iż zarówno ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, jak i ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo o prokuraturze, nie zawierają regulacji szczególnej odnoszącej się do skutków wejścia w życie art. 141 pr. o prok. Spowodowało to bezspornie przyjęcie, że przepisy art. 68 u.o.p. są korzystniejsze dla obwinionego od tych zawartych w art. 141 pr. o prok., co z kolei doprowadziło do wniosku, iż w sprawie doszło do przedawnienia karalności zarzucanych prokuratorowi zachowań.

Orzeczenie to zostało zaskarżone przez Prokuratora Generalnego i przekazane Odwoławczemu Sądowi Dyscyplinarnemu, który w dniu 24 kwietnia 2018 r., w sprawie o sygn. PK I OSD 41.2017, utrzymał je w mocy, nie uwzględniając złożonego środka odwoławczego.

²¹ Zgodnie z którym przedawnienie następuje z upływem pięciu lat od chwili popełnienia czynu.

²² Omówionych wcześniej w niniejszej pracy – wyroku z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. SDI 57/16, OSNKW 2017, nr 3, poz. 16 oraz postanowieniu z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. SDI 66/16, LEX nr 2169502.

Istotnie zatem, brak ustawowego nakazu stosowania przepisów dotyczących przedawnienia karalności, zawartych w pr. o prok., do zdarzeń zaistniałych przed dniem 4 marca 2016 r., spowodował umorzenie kilku postępowań dyscyplinarnych właśnie z powodu przedawnienia karalności zarzuconych obwinionym czynów, przy zastosowaniu stosowanego odpowiednio przepisu art. 4 § 1 k.k. Potwierdzić zatem należy, że wskazane w uzasadnieniu projektu powody zainicjowania zmian legislacyjnych niewątpliwie w orzecznictwie dyscyplinarnym istniały.

Analizując orzeczenia dyscyplinarne zapadłe po dniu 11 sierpnia 2017 r., a zatem po wejściu w życie omawianej noweli ustawy p. wpr. pr. o prok., stwierdzić należy, że sądy dyscyplinarne obu instancji wyrażały w omawianym zakresie niejednoznaczłą ocenę.

W dniu 10 października 2017 r., w sprawie o sygn. PK I SD 78.2017, Sąd Dyscyplinarny rozpoznawał odwołanie I Zastępcy Prokuratora Generalnego – Prokuratora Krajowego od postanowienia zastępcy rzecznika dyscyplinarnego²³, który odmówił wszczęcia postępowania dyscyplinarnego za czyny popełnione w dniu 21 października 2013 roku. Zastępca rzecznika wskazał w pisemnym uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 22 sierpnia 2017 r., iż stosując art. 4 § 1 k.k. należy przyjąć, iż w postępowaniu doszło do przedawnienia karalności. Rzecznik nie odniósł się w uzasadnieniu w żaden sposób do wprowadzonej do porządku prawnego regulacji art. 64a p. wpr. pr. o prok. Skarżący orzeczeniu temu zarzucił obrazę prawa materialnego, a to art. 141 § 1 pr. o prok. polegającą na jego niezastosowaniu i niezasadnym przyjęciu, że doszło do przedawnienia przewinień dyscyplinarnych na podst. art. 68 u.o.p. Jako uzasadnienie zarzutu wskazano, iż błąd rzecznika polegał na nieuwzględnieniu zapisów przywoływanej wyżej ustawy z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw. Sąd Dyscyplinarny rozpoznając środek odwoławczy uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę zastępcy rzecznika do ponownego rozpoznania, uzasadniając swoją decyzję brakiem odniesienia się w uzasadnieniu decyzji rzecznika do obowiązującego przepisu art. 64a p. wpr. pr. o prok. Wskazał także w szczególności, iż „w treści uzasadnienia powinna być zawarta pogłębiona analiza prawna przepisów dotyczących okresów przedawnienia deliktów dyscyplinarnych, a następnie odpowiednie zastosowanie tych przepisów do ustalonego w sprawie stanu faktycznego. (...) zaskarżona decyzja procesowa jako nieprawidłowa nie może się ostać i należy ją uchylić celem kontynuowania postępowania wyjaśniającego i podjęcia prawidłowej decyzji merytorycznej”. Jakkolwiek więc Sąd Dyscyplinarny wprost tego nie wskazał, to biorąc jednak pod uwagę zacytowane fragmenty jego uzasadnienia, w powiązaniu z treścią (zarzutem)

²³ Postanowienie zastępcy rzecznika dyscyplinarnego dla katowickiego okręgu regionalnego z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. RP III RD 18.2016.

złożonego odwołania, a także mając na uwadze normy wynikające z odpowiednio stosowanych choćby art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. i art. 442 § 3 k.p.k., należy przyjąć, iż uznał on orzeczenie rzecznika za niezasadne co do *meritum*.

Wydający však powtórnie, w dniu 30 stycznia 2018 r., decyzję merytoryczną, zastępca rzecznika dyscyplinarnego ponownie odmówił wszczęcia postępowania²⁴, stwierdzając, iż doszło do przedawnienia karalności czynów, tym razem opisując jednak w uzasadnieniu postanowienia także kwestie wynikające z wprowadzenia art. 64a p. wpr. pr. o prok., powołując się na argumenty przedstawione w orzeczeniach dyscyplinarnych Sądu Najwyższego wydanych w poprzedzających podjęte rozstrzygnięcia miesiącach, a omówione powyżej. Orzeczenie to nie zostało zaskarżone i uprawomocniło się.

W dniu 19 października 2017 r., orzekając w sprawie o sygn. PK I SD 59.2017, co do zarzuconych obwinionemu czynów, mających mieć miejsce w dniach 6 lutego 2012 r. i 16 marca 2012 r., Sąd Dyscyplinarny umorzył prowadzone postępowanie dyscyplinarne stwierdzając, iż zastosowanie w sprawie winien mieć art. 68 ust. 3 u.o.p., która to obowiązująca poprzednio ustawa jest względniejsza dla sprawcy. Sąd *a quo* w pisemnym uzasadnieniu wskazał, iż „przepis art. 64a regulujący kwestie intertemporalne, w tym przedawnienia deliktów dyscyplinarnych, wprowadzono do ustawy wprowadzającej przepisy ustawy Prawo o prokuraturze nowelą, która weszła w życie dopiero w dniu 12 sierpnia 2017 roku. Stosownie do treści tego przepisu, do przewinień dyscyplinarnych popełnionych przed dniem wejścia w życie ustawy Prawo o prokuraturze, stosuje się przepisy o przedawnieniu karalności przewinień dyscyplinarnych w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął. Sąd Dyscyplinarny stwierdził, że w tym czasie delikty, które by można zarzucić obwinionemu prokuratorowi uległy już przedawnieniu na mocy przepisów obowiązujących dotychczas. Prawo karne nie zna instytucji przywrócenia biegu okresu przedawnienia, stąd do czynów będących przedmiotem postępowania należało stosować przepisy poprzedniej ustawy, chyba że do dnia wejścia w życie art. 64a nie uległyby one jeszcze przedawnieniu. (...) delikty zostały popełnione w dniach 6 lutego 2012 i 16 marca 2012 r., a więc uległy przedawnieniu odpowiednio w dniach 6 lutego 2017 r. i 16 marca 2017 r.”

Odwołanie od powyższego orzeczenia wniósł zastępca rzecznika dyscyplinarnego dla gdańskiego okręgu regionalnego, zarzucając obrazę przepisu prawa materialnego, a to art. 141 § 2 ustawy – Prawo o prokuraturze, polegającą na jego niezastosowaniu i niezasadnym przyjęciu, że doszło do przedawnienia wymienionego w zaskarżonym postanowieniu przewinienia dyscyplinarnego na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r.

²⁴ Postanowienie zastępcy rzecznika dyscyplinarnego dla katowickiego okręgu regionalnego z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. RP III RD 60.2017.

o prokuraturze, podczas gdy określony w art. 141 § 2 ustawy – Prawo o prokuraturze okres przedawnienia wynosi 8 lat od chwili czynu i upływa w dniu 16 marca 2020 r. W uzasadnieniu odwołano się do treści art. 141 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, jak i ustawy z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, na podstawie której w ustawie z dnia 28 stycznia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo o prokuraturze dodano art. 64a.

Orzeczeniem z dnia 28 listopada 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. PK I OSD 37.2017, Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny nie uwzględnił wniesionego odwołania i zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy. W obszernym uzasadnieniu Sąd II instancji przyjął, iż uwzględnienie środka odwoławczego rzecznika oskarżenia powodowałoby doprowadzenie do akceptacji sytuacji, w której rezultatem zmian ustawodawczych byłoby uchylene skutków przedawnienia i przywrócenie karalności określonych zachowań, co naruszałoby zasady wynikające z konstrukcji państwa prawnego, zawartej w art. 2 Konstytucji. Na poparcie tej tezy sąd *ad quem* stwierdził, w ślad za tezami Trybunału Konstytucyjnego zawartymi w wyroku z dnia 15 października 2008 r., o sygn. P 32/06, że „ustawa wprowadzająca ponowną karalność czynu zabronionego, pomimo upływu terminu przedawnienia, jest więc z tego powodu niedopuszczalna i narusza zasadę ochrony zaufania oraz wynikającą z niej zakaz retroaktywności”²⁵. Sąd odwoławczy przyjął, w ramach rozpoznawania przedmiotowej sprawy, iż termin przedawnienia, korzystając z regulacji wynikającej z treści art. 4 § 1 k.k., upłynął w dniach 7 lutego i 17 marca 2017 r. Tym samym zastosowanie powinna mieć negatywna przesłanka zawarta w art. 64a zdanie końcowe, wykluczająca możliwość stosowania w niniejszej sprawie przepisów o przedawnieniu wynikających z brzmienia art. 141 ustawy – Prawo o prokuraturze. Finalnie Odwoławczy Sąd Dyscyplinarny stwierdził więc, że dokonana ustawą z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw zmiana ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo o prokuraturze, poprzez dodanie nowego przepisu art. 64a, w którym zawarto sformułowanie „chyba że termin przedawnienia już upłynął” oznacza, iż przepisu tego nie stosuje się, jeżeli do dnia wejścia w życie tej ustawy, tj. do dnia 12 sierpnia 2017 r. upłynął już termin przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego, określony w art. 68 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze. Jeżeli natomiast przed dniem 12 sierpnia 2017 r. na podstawie dotychczasowych przepisów, tj. art. 68 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, nie nastąpiło przedawnienie, kwestię przedawnienia karalności należy oceniać według art. 141 ustawy Prawo o prokuraturze, albowiem dopiero z tą datą weszły w życie regulacje prawne rozciągające do-

²⁵ Dz. U. z 2008 r., Nr 190, poz. 1172, a także OTK-A 2008, nr 8, poz. 138.

puszczalność orzekania w oparciu o przepisy mniej korzystne dla obwinionych aniżeli obowiązujące w dacie popełnionego przez nich deliktu²⁶.

Orzeczenie to nie zostało zaskarżone do Sądu Najwyższego kasacją opartą o art. 163 § 1 pr. o prok. ani przez strony postępowania, ani przez Prokuratora Generalnego.

O ile więc pogląd co do potrzeby stosowania w postępowaniu dyscyplinarnym regulacji art. 4 § 1 k.k.²⁷, odnoszącej się do oceny względności ustawy także w części obejmującej przedawnienie, w okresie do 12 sierpnia 2017 r., nie budzi jakichkolwiek wątpliwości i nie wywołał w praktyce żadnych rozbieżności, o tyle ocena odnosząca się do konsekwencji wprowadzenia z dniem 12 sierpnia 2017 roku do porządku prawnego art. 64a p. wpr. pr. o prok. nie jest istotnie jednoznaczna.

Trudno wszak ocenić faktyczne przyczyny, dla których Sąd Dyscyplinarny orzekający w sprawie o sygn. PK I SD 78.2017 podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania, albowiem sporządzone uzasadnienie nie daje jasnej w tym przedmiocie odpowiedzi. Wydaje się, że Sąd mógł uznać, iż skoro wprowadzony został przepis intertemporalny do ustawy, która weszła w życie w dniu 4 marca 2016 r., to przepis ten wiąże od tej daty.

Jest to jednak stanowisko błędne.

Art. 11 ustawy z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, wprowadzający normę art. 64a do p. wpr. pr. o prok., zgodnie z jej art. 27, wszedł w omawianym zakresie w życie 14 dni od ogłoszenia²⁸, to jest w dniu 12 sierpnia 2017 r.

Wprowadzony przy tym omawianą nowelą przepis art. 64a p. wpr. pr. o prok. należy odczytywać w całości, a brzmi on: „Do przewinień dyscyplinarnych popełnionych przed dniem wejścia w życie ustawy, o której mowa w art. 1, stosuje się przepisy o przedawnieniu karalności przewinień dyscyplinarnych w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął”. Kluczowe znaczenie dla rozwiązania przedstawionego problemu zdaje się mieć zawarte *in fine* badanej normy sformułowanie – chyba że termin przedawnienia już upłynął. Stosując wykładnię językową nie sposób wysunąć innego wniosku aniżeli taki, że nową ustawę co do przewinienia deliktów dyscyplinarnych i służbowych popełnionych przez prokuratorów (ze szczególnym uwzględnieniem przewidzianych tam wydłużonych terminów przedawnienia, ale także i nieznaną wcześniej prokuratorowskiemu sądownic-

²⁶ Przywołując na poparcie swojego stanowiska pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 listopada 2005 r. sygn. V KK 300/05, LEX nr 164314, a także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 25/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 53.

²⁷ Będąca pozytywnie ocenianym tak w praktyce, jak i doktrynie, efektem nowatorskiego brzmienia art. 171 pkt 1 pr. o prok.

²⁸ Co nastąpiło po opublikowaniu w Dzienniku Ustaw Nr 1452 z dnia 28 lipca 2017 r.

twu dyscyplinarnemu²⁹ normy przewidzianej w art. 141 § 2 zd. 2 pr. o prok.) stosuje się wyłącznie do czynów nieprzedawnionych w dniu 12 sierpnia 2017 roku. Delikty, których karalność przedawniła się wcześniej, nie mogą stać się ponownie karalne, podkreślić bowiem należy, iż co do nich aktualizuje się część końcowa przepisu – termin przedawnienia już upłynął.

Przypomnieć zatem trzeba, że co do zasady „ustawa wprowadzająca ponowną karalność czynu zabronionego, pomimo upływu terminu przedawnienia, jest (...) niedopuszczalna i narusza zasadę ochrony zaufania oraz wynikający z niej zakaz retroaktywności. Jest to bowiem sytuacja retroaktywności dotycząca zamkniętych stanów faktycznych, wykazująca podobieństwo do wprowadzenia z mocą wsteczną karalności określonych zachowań”³⁰.

Problematyka ta była przedmiotem orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego także w innych sprawach, w których aktualizowała się konieczność rozstrzygnięcia wątpliwości dotyczących zgodności z ustawą zasadniczą norm związanych ze zmianami dokonywanymi w obszarze przedawnień³¹. W oparciu o ich analizę, za ugruntowany należy przyjąć pogląd, zgodnie z którym „przepisy przedłużające przedawnienie karalności czynów, których termin przedawnienia jeszcze nie upłynął, nie naruszają zasady *lex severior poenali retro non agit*. Natomiast przepisy, które wprowadzają ponowną karalność czynów zabronionych, mimo upływu terminu przedawnienia, naruszają zasadę ochrony zaufania obywateli i wynikający z niej zakaz retroaktywności”. Uznać więc należy, iż ponowna karalność raz już przedawnionych czynów musiałaby być uznana za niezgodną z Konstytucją.

Nie stoi to przy tym w sprzeczności z treścią aktualnie obowiązującego art. 105 k.k. Jak bowiem trafnie przyjął rozstrzygając przedstawiony problem Sąd Najwyższy, „okres przedawnienia, który raz upłynął, nie może odżyć na skutek zmiany przepisów, chyba że ustawodawca wyłącza w ogóle stosowanie przedawnienia do określonej kategorii przestępstw. Takie unormowanie wprowadzono w art. 109 k.k. z 1969 r., jak i obecnie w art. 105 § 1 i 2 k.k. oraz w art. 4 ust. 1 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, jako implementację norm prawa międzynarodowego o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości”³².

²⁹ Por. T. J a n e c z e k, A. R o c h, Odpowiedzialność służbowa i dyscyplinarna..., s. 58.

³⁰ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2008 r., sygn. P 32/06.

³¹ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 października 2009 r., sygn. P 4/08, OTK-A 2009, nr 9, poz. 133, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5/A, poz. 46, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5/A, poz. 46.

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2009 r., sygn. III KK 322/08, OSNKW 2009, nr 8, poz. 64, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2011 r., sygn. V KK 162/11, LEX nr 955045.

Także w piśmiennictwie przyjęto, że art. 105 § 2 k.k., a w szczególności przesłanki jego wprowadzenia, jak i jego warstwa normatywna, nie naruszają Konstytucji RP³³.

Szczególne uregulowania dotyczące możliwości ścigania sprawców przestępstw, których karalność już się na pewnym etapie przedawniła, przewidywał także art. 9³⁴ ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Przepisy wprowadzające Kodeks karny³⁵. W tym zakresie Trybunał Konstytucyjny uznał, że artykuł 9 § 2 tej ustawy jest zgodny z art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przyjmując, iż wyłącza on (zawiesza) bieg przedawnienia określonych przedmiotowo, podmiotowo i temporalnie przestępstw popełnionych w całym okresie poprzedniej formacji ustrojowej (art. 9 § 1 przep. wpr. k.k. w zw. z art. 101 i nast. k.k.); Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 9 § 2 przep. wpr. k.k. pozostaje w zgodzie z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, która m.in. wymaga w szczególności efektywnego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych³⁶.

Podobnie uznał także Sąd Najwyższy³⁷, stwierdzając że „wbrew regule z art. 2 § 1 k.k., do dnia 1 stycznia 1990 r. przedawnienie w stosunku do kategorii przestępstw wymienionych w art. 108 § 2 k.k. po prostu nie biegło. (...) Z powodu mających miejsce nadużyć władzy wprowadzono co do tej kategorii przestępstw niejako „zawieszenie” biegu przedawnienia do 1 stycznia 1990 r. Działa ono wstecz i niezależnie od tego, czy postępowanie w sprawie z katalogu tych wymienionych w art. 108 § 2 k.k. wszczęto jeszcze przed tym dniem czy też nie”.

Trzeba przy tym wszakże nadmienić, że wprowadzenie ponownej karalności przez uchylene skutków przedawnienia, amnestii lub abolicji wobec sprawców zbrodni stalinowskich przez część doktryny uznane zostało za niezgodne z Konstytucją³⁸.

³³ R. Zawłocki, Wyłączenie przedawnienia przestępstw funkcjonariuszy PRL, RPEiS 2012, nr 3, poz. 111–121.

³⁴ § 1. Bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Przepis art. 4 § 1 Kodeksu karnego nie ma w takich wypadkach zastosowania. § 2. W stosunku do sprawców czynów określonych w § 1 nie stosuje się wydanych przed dniem 7 grudnia 1989 r. przepisów ustaw i dekretów, które przewidują amnestię lub abolicję.

³⁵ Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 554, z późn. zm., dalej w skrócie przep. wpr. k.k.

³⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 1999 r., sygn. P 2/99, OTK 1999, nr 5, poz. 103.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1999 r., sygn. II KKN 526/08, LEX nr 1635368.

³⁸ P. Tułaja, W. Wróbel, Z zagadnień wprowadzenia ponownej karalności, PiP 1994, nr 1, poz. 68–76.

Nie zmienia to jednak niekwestionowanej zasady, iż nie ma prawa osobistego do przedawnienia i nie ma w związku z tym ekspektatywy przedawnienia przysługującej sprawcy przestępstwa. Konstytucja nigdzie prawa do przedawnienia nie wypowiada. Ustawodawca zwykły ma swobodę w kształtowaniu instytucji przedawnienia związanej z polityką karną (celowością karaną), a nie z prawami osobistymi sprawcy przestępstwa. Teoretycznie rzecz biorąc, mógłby w ogóle wyłączyć przedawnienie, bez konstytucyjnego upoważnienia, np. wszystkich zbrodni. Artykuły 43 i 44 Konstytucji zawierają normy wprowadzające rozwiązania minimalne. Ustawodawca musi wyłączyć przedawnienie w odniesieniu do zbrodni wojennych i przeciwko ludzkości (art. 43) i przynajmniej zawiesić bieg przedawnienia w zakresie określonym w art. 44. Takie rozumienie instytucji przedawnienia i sensu art. 43 i 44 Konstytucji pozwala na potraktowanie art. 105 § 1 i 2 k.k. za zgodne z Konstytucją³⁹.

Sytuując zaś szeroko rozumiane prawo dyscyplinarne i odpowiedzialność za przewinienia dyscyplinarne i służbowe w sferze prawa represyjnego, podobne zabiegi legislacyjne należy uznać za dopuszczalne także co do norm regulujących odpowiedzialność zawodową prawników, w szczególności sędziów i prokuratorów.

Godzi się więc w tym miejscu również nadmienić, iż instytucję zbliżoną do powyżej omówionych rozwiązań, zawieszającą bieg przedawnienia części przewinień dyscyplinarnych sędziów, wprowadzono w art. 108 § 5 zd. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁴⁰. Dotyczyć ona będzie jednak z pewnością wyłącznie tych przewinień, co do których przedawnienie karalności jeszcze nie nastąpiło, na co wskazuje treść art. 122 § 1 pkt 9 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym⁴¹.

Podsumowując powyższe rozważania wskazać należy, iż w dotychczasowej praktyce legislacyjnej ustawodawca wprowadzając surowsze przepisy dotyczące przedawnienia karalności określonych czynów, każdorazowo wskazywał wprost w ustawie na konieczność stosowania przepisów nowych, ale pod warunkiem, że nie doszło do przedawnienia pod rządami przepisów dotychczasowych, dla sprawców korzystniejszych. Brak takiej normy w Przepisach wprowadzających Prawo o prokuraturze spowodował konieczność stosowania w tym zakresie, w oparciu o art. 4 § 1 k.k., łagodniejszych dla sprawców norm uchylonej ustawy o prokuraturze. Naprawienie owego

³⁹ A. Z o l l, Nowa kodyfikacja karna w świetle Konstytucji, Cz.PKINP 1997, nr 2, poz. 97, podobnie też W. K o z i e l e w i c z, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów..., s. 59–60; por. także z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2007 r., sygn. V KK 304/07, LEX nr 340563.

⁴⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2015 r., poz. 133, tekst jedn. z dnia 26 stycznia 2015 r., dalej w skrócie „P.o.u.s.p.”, w brzmieniu po zmianach wynikających z art. 108 pkt 13 ppkt b ustawy z dnia 8 grudnia 2017 roku o Sądzie Najwyższym, wchodzących w życie w dniu 3 kwietnia 2018 r.

⁴¹ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, Dz. U. z 2018 r., poz. 5.

błędu legislacyjnego nastąpiło mocą przywoływanego w niniejszym tekście art. 11 ustawy z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw. Wprowadzenie jednak nowego przepisu do ustawy zawierającej zasadniczo przepisy normujące sytuację przejściową, związaną z utratą mocy przepisów uchylanej ustawy o prokuraturze i rozpoczęciem obowiązywania norm pr. o prok., doprowadziła, jak się wydaje, do powstania pewnych wątpliwości dotyczących ustalenia okresu, w jakim nowy art. 64a rozpoczął obowiązywać, czy też, innymi słowy, do czynów popełnionych w jakich ramach czasowych może on być zastosowany.

Przyjąć więc stanowczo należy, iż pogląd, zgodnie z którym norma art. 64a przepisów wprowadzających prawo o prokuraturze może mieć zastosowanie do czynów popełnionych pod rządami ustawy o prokuraturze jest poprawny, ale wyłącznie w zakresie ograniczonym jego częścią końcową, tj. w sytuacjach, w których w chwili wejścia w życie tegoż przepisu termin przedawnienia nie upłynął.

Sposób rozumienia tej normy, a szczególnie sformułowania „chyba że termin przedawnienia już upłynął” należy przy tym przyjmować w sposób zgodny z utrwalonym orzecznictwem. Przykładowo, w postanowieniu z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 25/99, Sąd Najwyższy wskazał, iż „sformułowanie „chyba że termin przedawnienia już upłynął”, użyte w art. 15 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.) oznacza, iż przepisu tego nie stosuje się, jeżeli do dnia wejścia w życie tej ustawy oraz kodeksu karnego z 1997 r., tj. do dnia 1 września 1998 r., upłynął już termin przedawnienia karalności, określony w art. 105 d.k.k.⁴², a gdy w okresie tym wszczęto postępowanie, także termin wskazany w art. 106 d.k.k. Jeżeli przed dniem 1 września 1998 r. na podstawie dotychczasowych przepisów, tj. art. 105 i 106 d.k.k., nie nastąpiło przedawnienie, kwestię przedawnienia karalności ocenia się według art. 101 i 102 k.k., i to także wtedy, gdy do oceny prawnej konkretnego zachowania stosuje się – z uwagi na treść art. 4 § 1 k.k. – przepisy kodeksu karnego z 1969 r., jako ustawę względniejszą⁴³. Z kolei w wyroku z dnia 9 listopada 2005 r. o sygn. V KK 300/05⁴⁴, Sąd Najwyższy także trafnie wskazał, że „sformułowanie «chyba że termin przedawnienia już upłynął» oznacza, iż przepisu tego nie stosuje się, jeżeli do dnia wejścia w życie tej ustawy, tj. do

⁴² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 13 z 1969 r., poz. 94 z późn. zm., w tekście określanej w skrócie „d.k.k.”

⁴³ Orzeczenie dotyczy co prawda ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.), jednak zachowuje aktualność co do omawianego przypadku; OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 53, LEX nr 37478.

⁴⁴ Wyrok dotyczy art. 2 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz. U. Nr 132, poz. 1109), jednak również zachowuje pełną aktualność co do omawianego przypadku; LEX nr 164314.

dnia 3 sierpnia 2005 r. upłynął już termin przedawnienia karalności, określony w art. 101 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 2 sierpnia 2005 r., a gdy w okresie tym wszczęto postępowanie przeciwko osobie, także termin wskazany w art. 102 k.k. – również w brzmieniu obowiązującym przed dniem 3 sierpnia 2005 r. Jeżeli natomiast przed dniem 3 sierpnia 2005 r. na podstawie dotychczasowych przepisów, tj. art. 101 i 102 k.k. w brzmieniu obowiązującym do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, nie nastąpiło przedawnienie, kwestię przedawnienia karalności należy oceniać według art. 101 i 102 k.k. – w brzmieniu obowiązującym od dnia 3 sierpnia 2005 r. i to niezależnie od tego, czy dla oceny prawnej konkretnego zachowania konieczne jest odwołanie się do reguły kolizyjnej określonej w art. 4 § 1 k.k.”

Jednostkowe orzeczenie wydane przez Sąd Dyscyplinarny dla Prokuratorów, w sprawie o sygn. PK I SD 78.2017, ocenić należy jako nietrafne, a poglądy w nim wyrażone jako nieodpowiadające treści przepisów i ich prawidłowej wykładni. Wyrażony pogląd prawny nie wywarł jednak istotnych skutków w prokuratorskiej dyscyplinarnej praktyce orzeczniczej, bowiem w pozostałym przeanalizowanym orzecznictwie nie znalazł on realnego odbicia. Także w postanowieniu wydanym przez rzecznika dyscyplinarnego po ponownym rozpoznaniu sprawy nie podzielono poglądu przedstawionego w tym orzeczeniu, a wymieniona decyzja rzecznika nie została zaskarżona przez uprawnionych oskarżycieli, zyskując walor prawomocności.

Należy zatem stanowczo stwierdzić, że pogląd o możliwości stosowania przepisów dotyczących przedawnienia ścigania czynów dyscyplinarnych i służbowych regulowanych w ustawie z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze do zachowań, których karalność przedawniła się przed dniem wejścia w życie art. 64a przepisów wprowadzających prawo o prokuraturze, jest błędny.

Użycie przez ustawodawcę sformułowania identycznego z wprowadzanymi wcześniej normami, których rozumienie i faktyczna treść uznawane były za niekontrowersyjne i niebudzące wątpliwości, powodować musi uznaniem, w omawianym przypadku, iż przepis art. 64a p. wpr. pr. o prok. może mieć zastosowanie do czynów popełnionych pod rządami u.o.p., ale wyłącznie nieprzedawnionych w chwili wejścia w życie tej normy, a zatem w dniu 12 sierpnia 2017 r.

Change in temporary provisions governing a statute of limitations for disciplinary proceedings against prosecutors

Abstract

This paper aims at discussing issues that have arisen following changes in the Act of 28 January 2016 – Regulations implementing the Act – Law on the Prosecutor's Office, i.e. addition of the norm under Article 64a. Practical application of the norm has revealed discrepancies as regards the temporal validity period of the norm and the impact thereof on the content of decisions on prosecutors, delivered by disciplinary courts. While analysing provisions in force and other similar legal regulations, and discussing relevant current disciplinary decisions of the Supreme Court and Constitutional Tribunal, the author hereof formulates their own view on the matter in question.

Grzegorz Maroń

Zabójstwo „z rozkazu Boga” a niepoczytalność sprawcy w świetle orzecznictwa sądów USA

Streszczenie

W artykule przedstawiono, w oparciu o studium orzecznictwa sądów Stanów Zjednoczonych, tzw. „doktrynę boskiego nakazu” (deific decree doctrine). Zgodnie z nią, sprawcę dopuszczającego się zabójstwa pod wpływem urojenia o wykonywaniu rozkazu Boga należy uznać za niepoczytalnego, a przez to za wyłączonego spod odpowiedzialności karnej. Sprawcy takiemu przypisuje się niezdolność do rozpoznania bezprawności i/lub niemoralności podejmowanego czynu, ewentualnie niezdolność do pokierowania swoim zachowaniem. Autor poddaje doktrynę boskiego nakazu krytycznej ocenie. W jego przekonaniu stanowi ona kolejne źródło niejednorodności i niespójności instytucji niepoczytalności w porządku prawnym USA. Przeczy konstytucyjnej klauzuli rozdziału kościoła i państwa oraz klauzuli równości wobec prawa. Nie znajduje potwierdzenia w ustaleniach współczesnej psychiatrii. Sprzyja niekorzystnemu i nieuprawnionemu wizerunkowi religii i osób wierzących. Autor podziela wysuwane w amerykańskiej nauce prawa postulaty rezygnacji z doktryny boskiego nakazu i stosowania do sprawców doświadczających religijnych urojeń ogólnych zasad instytucji niepoczytalności.

Osobliwym przykładem powiązań prawa, jurysprudencji, religii i psychiatrii jest tzw. „doktryna boskiego nakazu” (*deific decree doctrine*). Zgodnie z nią oskarżonego, który dopuścił się zabójstwa w przeświadczeniu wykonywania polecenia Boga, należy uznać za niewinnego z powodu niepoczytalności, pomimo tego, że sprawca rozumiał istotę i charakter (*nature and quality*) swego czynu oraz wiedział, że czyn ten jest nielegalny i/lub moralnie zły. Subiektywne przekonanie sprawcy, wywołane chorobą czy zaburzeniem psychicznym, o realizowaniu objawionej mu bezpośrednio woli Boga znosi jego odpowiedzialność karną z powodu braku możliwości przypisania mu winy.

W przedkładanym artykule podjęto się scharakteryzowania i krytycznej oceny doktryny boskiego nakazu na tle instytucji niepoczytalności sprawcy w porządku prawnym USA. Podstawowym materiałem badawczym uczyniono orzecznictwo amerykańskich sądów. W pierwszej kolejności przybliżono

ogólne założenia instytucji niepoczytalności w Stanach Zjednoczonych. Następnie przedstawiono genezę i postać doktryny boskiego nakazu. W oparciu o studium *case law* wskazano na daleko posuniętą niejednorodność podejścia judykatury do niniejszej doktryny. W trzeciej części opracowania przedłożono argumenty przeciwko doktrynie boskiego nakazu. Doktryna ta jest zasadniczo niekompatybilna z prawnymi ramami instytucji niepoczytalności, powiększając niespójność praktyki orzeczniczej w kwestii warunków odpowiedzialności karnej sprawcy. Przeczy konstytucyjnym zasadom prawa, takim jak klauzula rozdziału kościoła i państwa (*Establishment Clause*) i klauzula równości wobec prawa (*Equal Protection Clause*). Nie znajduje potwierdzenia w ustaleniach współczesnej psychiatrii. Mimowolnie sprzyja też krytycznemu wizerunkowi religii i osób wierzących.

I

Niepoczytalność oskarżonego w procesach o zbrodnie jest podnoszona w USA przez obronę w około 1% spraw, a stwierdzana przez ławę przysięgłych w 15–25% przypadków¹. Sprawca w następstwie uniewinnienia z powodu niepoczytalności trafia do zakładu psychiatrycznego, w którym przebywa do czasu uznania, że nie stanowi dłużej zagrożenia dla społeczeństwa. Co pewien okres czasu może składać wniosek o ponowną ocenę swojego stanu zdrowia psychicznego.

W kilkunastu stanach, począwszy od stanu Michigan w 1975 r., możliwe jest wydanie werdyktu „winny, ale chory psychicznie”. Oskarżonego skazuje się wówczas i wymierza się mu karę kryminalną, ale rozpoczęcie jej odbywania uzależnia się od poprawy jego stanu zdrowia. Do tego momentu skazany przebywa zwykle nie w zakładzie karnym, ale w ośrodku psychiatrycznym, w którym poddawany jest leczeniu. Niniejszy werdykt komunikuje, że sprawca jest winny zarzucanego mu czynu ponad racjonalną wątpliwość, nie działał w stanie niepoczytalności (w rozumieniu prawa), a jednocześnie w chwili czynu cierpiał na chorobę psychiczną.

Osobną kategorią prawną jest osłabiona czy ograniczona niepoczytalność (*diminished capacity*). Jej stwierdzenie skutkuje łagodniejszymi zarzutami, a w następstwie – przy uznaniu winy oskarżonego i wydaniu wyroku skazującego – łagodniejszym wymiarem kary, np. sprawca odpowiada za uprzywilejowaną postać zabójstwa (*manslaughter*), a nie za morderstwo (*murder*).

Od niepoczytalności sprawcy w chwili czynu odróżnia się jego psychiczną niezdolność do uczestniczenia w procesie. Według Sądu Najwyższego

¹ R. Belt, When God Demands Blood: Unusual Minds and the Troubled Juridical Ties of Religion, Madness, and Culpability, *University of Miami Law Review* 2015, vol. 69, nr 3, s. 785.

oskarżony może brać udział w postępowaniu karnym, jeśli jest w stanie racjonalnie kontaktować się ze swoim obrońcą oraz racjonalnie rozumie toczący się przeciwko niemu proces². O ile o niepoczytalności sprawcy rozstrzyga ława przysięgłych, o tyle o zdolności do uczestniczenia w procesie decydują wyznaczeni przez sąd psychiatrzy. Przy braku możliwości partycypowania w procesie sprawcę kieruje się do zakładu psychiatrycznego.

Obrona przez niepoczytalność (*insanity defense*) służy w amerykańskim prawie i procesie karnym nie tyle rozpoznaniu chorych psychicznie sprawców, ale raczej tych spośród nich, którzy powinni i tych którzy nie powinni ponieść odpowiedzialność karną za swe czyny. Kausalna relacja pomiędzy chorobą psychiczną sprawcy a jego bezprawnym czynem nie przesądza o braku winy oskarżonego. W amerykańskiej jurysprudencji i judykaturze czyni się wyraźną dystynkcję na medyczną i prawną ocenę stanu psychicznego sprawcy. Przejawia się to m.in. w częstym posługiwaniu się sformułowaniem „prawna niepoczytalność” (*legal insanity*). „Niepoczytalność w prawie ma inne znaczenie i inne cele niż pojęcie niepoczytalności na gruncie medycyny”³.

Związki prawa czy prawoznawstwa i psychiatrii na gruncie instytucji niepoczytalności są słabsze w amerykańskim niż w rodzimym porządku prawnym. Kluczową rolę w polskim procesie karnym w ustaleniu niepoczytalności sprawcy odgrywają biegli psychiatrzy. Z kolei w Stanach Zjednoczonych to ława przysięgłych decyduje o tym, czy oskarżony był zdolny odróżnić dobro od zła (przy kognitywnym teście niepoczytalności), ewentualnie dostosować swoje zachowanie do wymogów prawa (na gruncie wolicjonalnego rozumienia niepoczytalności). Opinie psychiatrów mają dla przysięgłych jedynie wartość pomocniczą, z resztą nierzadko obrona i prokuratura powołują się na konkurencyjne i wykluczające się opinie psychiatrów.

Instytucja niepoczytalności sprawcy posiada starożytne korzenie. Jej postać w amerykańskim porządku prawnym pozostawała pod wpływem rozwiązań brytyjskich⁴. Kluczowy dla rozwoju tej instytucji w państwach anglosaskich w czasach nowożytnych był proces sądowy Daniela M'Naghtena oskarżonego o zabójstwo Edwarda Drummonda, do którego sprawca omyłkowo strzelił, biorąc go za brytyjskiego premiera Roberta Peela⁵. Uniewinnienie M'Naghtena z powodu niepoczytalności w 1843 r. wywołało społeczną

² Dusky v. U.S., 362 U.S. 402 (1960).

³ State v. Crenshaw, 98 Wash.2d 789, 793 (Wash. 1983).

⁴ Zob. S. Frankowski, Wina i kara w angielskim prawie karnym, Warszawa 1976; N. Walker, S. McCabe, Crime and Insanity in England, Edynburg 1968. Z polskiej literatury przedmiotu o instytucji niepoczytalności w USA zob. F. Bolechała, Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2009, nr 4, s. 315–317.

⁵ M'Naghten's Case, (1843) 8 Eng. Rep. 722.

krytykę i oburzenie w środowisku politycznym⁶. W reakcji na wyrok, Izba Lordów zwróciła się do przedstawicieli środowiska sędziowskiego o przedłożenie specjalnego raportu, w którym wskazano by wyznaczniki oceny poczytalności sprawcy. Zaprezentowane podczas posiedzenia Izby Lordów rozwiązanie nazwano testem czy regułą M'Naghtena.

Zgodnie z nim sprawca uchodzi za niepoczytalnego, jeśli w chwili czynu „działał pod wpływem takiego upośledzenia rozumu (*defect of mind*), z powodu choroby umysłowej (*disease of mind*), że nie znał natury ani charakteru (*nature and quality*) swego czynu, ewentualnie znając je, nie wiedział, że to co czyni jest złe”. Test M'Naghtena posługuje się dwoma autonomicznymi, choć powiązаныmi ze sobą, kryteriami: znajomości natury i charakteru czynu oraz znajomości zła tego czynu. W praktyce orzeczniczej wątpliwości dotyczą zwykle drugiego z kryteriów, określanego jako test „dobra i zła”.

Test M'Naghtena recypowano do Stanów Zjednoczonych w 1844 r. Obecnie dominuje w prawodawstwie stanowym. Około połowy stanów przyjęło jedną z jego wersji. Od 1984 r. na teście M'Naghtena wzorowana jest też definicja niepoczytalności w prawie federalnym⁷.

Reguła M'Naghtena uchodzi za test kognitywny, który w kontekście niepoczytalności za bezprzedmiotowe traktuje zdolność sprawcy do pokierowania swoim zachowaniem w chwili czynu. Postrzega się go też za test dość „rygorystyczny”, w tym sensie, że obronie stosunkowo trudno przy jego stosowaniu przekonać przysięgłych o niepoczytalności oskarżonego.

W swojej pierwotnej postaci test M'Naghtena nie precyzuje na czym polega „zło” czynu. Interpretacyjny problem skutkuje podnoszeniem przez obronę w postępowaniu odwoławczym zarzutu, że sędzia prowadzący proces (*trial judge*) w przekazywanych przysięgłym instrukcjach błędnie pouczył ich o przesłankach przyjęcia niepoczytalności oskarżonego. Amerykańskiemu orzecznictwu nie udało się usunąć niejasności co do znaczenia terminu „zło” (*wrongfulness*) czynu. Sądy w jego wykładni są podzielone⁸.

Część sądów – będąca jednak w mniejszości – stoi na stanowisku, że test M'Naghtena posługuje się kategorią zła w rozumieniu bezprawności czy kryminalności czynu (tzw. zło prawne)⁹. O niepoczytalności sprawcy można

⁶ Przed testem M'Naghtena brytyjskie sądy w ustalaniu niepoczytalności sprawcy posługiwały się tzw. standardem dzikiej bestii. W sprawie *Rex v. Arnold* z 1724 r. wyrażono stanowisko o konieczności uniewinnienia przez ławę przysięgłych sprawcy, który „będąc całkowicie pozbawiony rozumienia i pamięci, o tym co czyni nie wie więcej niż niemowlę, zwierzę czy dzika bestia”.

⁷ Zob. U.S. Code – Title 18: Crimes and Criminal Procedure, Sec. 17. Insanity Defense.

⁸ Problem z ustaleniem znaczenia terminu „zło” na gruncie testu M'Naghtena występuje także w innych państwach anglosaskich. Zob. *Regina v. Windle*, 2 Q.B. 826 (1952); *Stapleton v. The Queen*, 86 C.L.R. 358 (Austl. 1952).

⁹ Np. *State v. Carreiro*, 988 N.E.2d 21, 26 (Ohio Ct. App. 2013); *State v. Boan*, 686 P.2d 160, 168 i 171 (1984); *State v. Hamann*, 285 N.W.2d 180, 183 (Iowa 1979); *McElroy v. State*, 242 S.W. 883, 884–85 (Tenn. 1922).

mówić wówczas, gdy w związku z chorobą czy zaburzeniem psychicznym (*mental disease or defect*) nie wiedział on w chwili czynu, że jego zachowanie przeczy prawu. W większości stanów judykatura przyjęła, że „zło” czynu obejmuje zarówno zło prawne, jak i moralne¹⁰. Warunkiem wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy z powodu niepoczytalności jest udowodnienie, że w chwili czynu był nieświadomy zarówno jego sprzeczności z prawem, jak i jego niemoralności. Niemoralność czynu rozpatruje się w kategoriach obiektywnych. Moralne zło ustala się z perspektywy „społecznych czy publicznych standardów moralności”¹¹, a nie „osobistej i subiektywnej” aksjologii oskarżonego¹². Oskarżony nie może uniknąć odpowiedzialności, usprawiedliwiając bezprawny, a jednocześnie społecznie potępiany czyn, własnym kodeksem moralnym czy „indywidualną moralnością”¹³.

Zwykle kryminalność czynu koresponduje z jego niemoralnością, w tym sensie, że czyn przestępczy uchodzi za niemoralny w opinii społecznej. W związku z tym w wielu sprawach sądy odwoławcze uznały, że nie doszło do uchybienia procesowego, jeśli sędzia prowadzący proces w instrukcjach przekazanych przysięgłym zdefiniował niepoczytalnego sprawcę, jako tego, który z powodu choroby czy zaburzenia psychicznego był nieświadomy bezprawności swego zachowania. Bezprawność zachowania suponuje bowiem i jego niemoralność. Sprawca świadomy bezprawności czynu z reguły posiada wystarczającą zdolność do zrozumienia, że postępuje również sprzecznie z moralnością społeczeństwa. Zwykle zło prawne współistnieje ze złem moralnym. Rzadko czynowi bezprawnemu nie towarzyszy moralne potępienie. „Prawo jest w dużym stopniu krystalizacją społecznej moralności”¹⁴ czy „wyrazem zbiorowej moralności”¹⁵. Klasycznym przykładem treściowej zbieżności obu porządków normatywnych jest potępienie zabójstwa. Skoro morderstwo przeczy zarówno prawu jak i moralności, to „nie ma praktycznej dystynkcji pomiędzy tym co moralnie i prawnie dobre bądź złe”¹⁶.

Test M'Naghtena jakkolwiek najbardziej popularny w USA, nie jest jedynym testem wykorzystywanym przez amerykański wymiar sprawiedliwości w ustalaniu niepoczytalności sprawcy¹⁷. W opozycji do niego pozostaje tzw.

¹⁰ Np. *State v. Singleton*, 48 A.3d 285, 296 (N.J. 2012); *State v. Pittman*, 647 S.E.2d 144, 170 (S.C. 2007); *State v. Cole*, 755 A.2d 202, 210 (Conn. 2000); *People v. Skinner*, 704 P.2d 752, 761 (Cal. 1985); *State v. Skaggs*, 586 P.2d 1279, 1284 (Ariz. 1978); *Wilson v. State*, 78 N.W.2d 917, 920 (Wis. 1956).

¹¹ *U.S. v. Ewing*, 494 F.3d 607, 620 (7th Cir. 2007).

¹² *People v. Serravo*, 823 P.2d 128, 138 (Colo. 1992).

¹³ *People v. Stress*, 252 Cal.Rptr. 913, 923 (Cal. 1988); *People v. Wood*, 187 N.E.2d 116, 121 (N.Y. 1962).

¹⁴ *State v. Worlock*, 117 N.J. 596, 610 (N.J. 1990).

¹⁵ *Crenshaw*, 98 Wash. 2d 799.

¹⁶ *Hamann*, 285 N.W.2d 183.

¹⁷ Zob. J. Girgenti, *Bridging the Gap Between Law and Psychology: The Deific Decree*, *Rutgers Journal of Law and Religion* 2001, vol. 3.

test „nieodpartego impulsu” (*irresistible impulse test*), po raz pierwszy zastosowany przez Sąd Najwyższy stanu Alabama w 1883 r.¹⁸ Zgodnie z nim sprawca uchodzi za niepoczytalnego, jeśli pomimo świadomości zła prawnego i moralnego własnego czynu, był niezdolny powstrzymać się przed jego podjęciem. „Nieodparty i niekontrolowany impuls” popychający sprawcę do czynu bezprawnego uczynił go wolicjonalnie niezdolnym do przestrzegania *in concreto* prawa. O ile na gruncie testu M'Naghtena niepoczytalny sprawca nie potrafi odróżnić dobra od zła, o tyle w myśl testu nieodpartego impulsu sprawca nie jest w stanie wybrać dobra zamiast zła. Indolencja w zakresie pozostania wiernym prawu musi być jednak kausalnie rezultatem choroby bądź zaburzenia psychicznego dotyczących „rozumu, sumienia i osądu” oskarżonego¹⁹. Niekiedy test ten bywa określany też regułą „policjanta u boku” (*police at the elbow test*). Za niepoczytalnego uznaje się sprawcę, który popełniłby inkryminowany czyn, nawet gdyby tuż obok niego stał policjant.

Test „nieodpartego impulsu” nie cieszy się szerokim poparciem prawodawców i judykatury²⁰. Został wprost zakwestionowany przez federalny Sąd Najwyższy²¹. Podnosi się praktyczne trudności w jego stosowaniu. Zarzuca się mu zbyt silną subiektywizację kwestii niepoczytalności sprawcy. Wyraża się obawy, że posługiwanie się nim doprowadzi do masowych uniewinnień przestępców. Krytycznie do tego testu odnosi się również środowisko amerykańskich psychiatrów.

Trzecim testem weryfikowania niepoczytalności sprawcy znanym amerykańskiemu porządkowi prawnemu jest tzw. test Durhama lub test rezultatu. W orzeczeniu federalnego sądu apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *Durham v. United States* wyrażono stanowisko, w myśl którego „oskarżony nie ponosi odpowiedzialności karnej, jeśli jego bezprawny czyn był rezultatem (*product*) choroby czy zaburzenia psychicznego”²². Test Durhama w większym stopniu niż inne testy w badanie niepoczytalności sprawcy angażuje biegłych psychiatrów. Zdolność sprawcy do poniesienia odpowiedzialności karnej ustala się poprzez analizę całej jego osobowości. Poza Dystryktem Kolumbii przez pewien okres czasu test ten stosowano w stanach Maine i New Hampshire²³. Obecnie nie znajduje zastosowania w żadnej jurysdykcji²⁴. Uznaje się go za zbyt lakoniczny i niedookreślony, a zarazem przyznający psychiatrom zbyt duży wpływ na rezultat procesu karnego.

¹⁸ *Parsons v. State*, 2 So. 854 (Ala. 1883).

¹⁹ *Cecil v. Commw. of Ky.*, 888 S.W.2d 669, 674 (Ky. 1994).

²⁰ *State v. Wilson*, 306 S.C. 498, 506 (S.C. 1992).

²¹ *Leland v. State of Or.*, 343 U.S. 790, 801 (1952).

²² *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862, 874 (D.C. Cir. 1954).

²³ New Hampshire było pierwszym stanem, które odrzuciło regułę M'Naghtena. Zob. *State v. Jones*, 50 N.H. 369 (1871).

²⁴ W Dystrykcie Kolumbii test ten został zniesiony w 1972 r. mocą orzeczenia w sprawie *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (D.C. Cir. 1972).

Kryterium kognitywne i wolicjonalne w ustalaniu zdolności sprawcy do poniesienia odpowiedzialności karnej łączy w sobie definicja niepoczytalności zawarta we Wzorcowym Kodeksie Karnym (*Model Penal Code*) z 1962 r. opracowanym przez Amerykański Instytut Prawa (*American Law Institute*). Aspiruje ona do wyznaczenia złotego środka pomiędzy kognitywnym testem M'Naghtena a wolicjonalnym testem nieodpartego impulsu. Nie stanowi jednak prostego zsumowaniem obu powyższych testów. Według art. 4 ust. 1 Kodeksu, nie ponosi odpowiedzialności karnej osoba, która w chwili czynu „w następstwie choroby czy zaburzenia psychicznego w istotnym stopniu była pozbawiona zdolności zdania sobie sprawy (*appreciate*) z kryminalności (zła) swego postępowania albo dostosowania swego postępowania do wymogów prawa”. Kilkanaście stanów i Dystrykt Columbia przyjęły powyższą definicję niepoczytalności, ewentualnie tylko jedno z dwóch kryteriów, jakim w definicji tej posłużono się.

Nowością tego podejścia jest to, że niepoczytalność zachodzi niekoniecznie wtedy, gdy sprawca całkowicie nie miał świadomości prawnego i/lub moralnego zła czynu czy był całkowicie niezdolny do pokierowania swym postępowaniem, ale już wówczas, gdy jego zdolności kognitywne i/lub wolicjonalne zostały zaburzone w „istotnym” (*substantial*) stopniu. Inną różnicą wobec testu M'Naghtena jest posługiwanie się określeniem o „zdawaniu sobie sprawy” (*appreciate*) z kryminalności swego postępowania, czyli mniej kategorycznym niż termin „zna” (*know*). Wolicjonalny aspekt niepoczytalności został natomiast złagodzony – w porównaniu do testu nieodpartego impulsu – brzmieniem art. 4 ust. 2, który z kategorii osób dotkniętych chorobą bądź zaburzeniem psychicznym wyklucza osoby o osobowości psychopatycznej. Przepis ten stanowi bowiem, że choroba (zaburzenie) psychiczne nie może przejawiać się wyłącznie w powtarzającym się postępowaniu bezprawnym bądź antyspołecznym.

Wolicjonalne kryterium z definicji zawartej we Wzorcowym Kodeksie Karnym wzbudziło te same obawy i krytykę, jakie towarzyszą testowi nieodpartego impulsu. Amerykańskie Stowarzyszenie Prawnicze (*American Bar Association*) i Amerykańskie Stowarzyszenie Psychiatryczne (*American Psychiatric Association*) opowiedziało się za zachowaniem wyłącznie kryterium kognitywnego zaproponowanego przez Amerykański Instytut Prawa. Według obu organizacji sprawcę należy uznać za niepoczytalnego, jeśli „w następstwie choroby czy zaburzenia psychicznego był niezdolny zdać sobie sprawę ze zła postępowania”. W ocenie autorów tej definicji, większą rolę w ocenie stanu świadomości oraz percepcji sprawcy należy przyznać psychiatrom²⁵.

²⁵ American Psychiatric Association Statement on the Insanity Defense, *The American Journal of Psychiatry* 1983, vol. 140, nr 6, s. 681–688.

Cztery stany (Idaho, Kansas, Montana, Utah) nie przewidują obrony z niepoczytalności, wyłączając jednak odpowiedzialność karną oskarżonego za przestępstwo umyślne, jeśli sprawcy ze względu na chorobę psychiczną nie towarzyszył zamiar popełnienia przestępstwa (*mens rea*).

Poczyniona charakterystyka pokazuje niejednorodność i niespójność instytucji niepoczytalności w Stanach Zjednoczonych²⁶. Charakterystyka ta nie oddaje jednak w pełni rzeczywistego stopnia złożoności towarzyszącej zagadnieniu niepoczytalności w amerykańskim prawie. Kompletne studium tytułowej instytucji wymaga odniesienia się bowiem do doktryny boskiego nakazu, będącej źródłem licznych wątpliwości, konfuzji i obiekcji.

II

Geneza doktryny boskiego nakazu w USA wiąże się z inkorporowaniem do amerykańskiego porządku prawnego testu M'Naghtena, co miało miejsce już w 1844 r. Co prawda w sprawie Commonwealth v. Rogers sprawca nie postępował w przeświadczeniu wykonywania rozkazu Boga, ale w *obiter dicta* orzeczenia Przewodniczący Sądu Lemuel Shaw poczynił uwagi dające podwaliny pod *deific decree doctrine* w Stanach Zjednoczonych. Jako przejaw choroby psychicznej skutkującej niepoczytalnością wskazał sytuację, gdy sprawca pod wpływem urojenia był szczerze przekonany, że działa z bezpośredniego nakazu Boga czy „wyższej siły, która wypiera wszelkie ludzkie prawa i prawa natury”²⁷.

Kolejnym etapem w kształtowaniu się *deific decree doctrine* była sprawa United States v. Guiteau z 1882 r. Charles Guiteau zabił Prezydenta USA Jamesa Garfielda, twierdząc w procesie, że kazał mu to uczynić Bóg. Sędzia Walter Cox przekazując ławie przysięgłych instrukcje zdefiniował urojenie prowadzące do niepoczytalności sprawcy jako „nierozumne i niepoprawne przekonanie w istnienie faktów całkowicie niemożliwych, albo co najmniej niemożliwych w konkretnych okolicznościach”. Za egzemplifikację takiego

²⁶ M. Perlin, God Said to Abraham/Kill Me a Son: Why the Insanity Defense and the Incompetency Status Are Compatible with and Required by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Basic Principles of Therapeutic Jurisprudence, *American Criminal Law Review* 2017, vol. 54, s. 491.

²⁷ Commonwealth v. Rogers, 48 Mass. (7 Met.) 500, 503 (1844). Pierwszą brytyjską sprawą, w której uniewinniono sprawcę czynu kryminalnego przy zastosowaniu doktryny boskiego nakazu był proces Jamesa Hadfielda z 1800 r. Napastnik wierząc, że działa z polecenia Boga, próbował zabić króla Jerzego III, strzelając do niego. Po raz pierwszy w brytyjskim *case law* posłużono się wówczas werdyktem „niewinny z powodu niepoczytalności”. W sprawie tej nie zastosowano standardu dzikiej bestii, uznając że niepoczytalny sprawca nie musi być w całości pozbawiony władz umysłowych. Hadfield's Case, 27 How. St. Tr. 1281 (K.B. 1800). Zob. R. Moran, The Origin of Insanity as a Special Verdict: The Trial for Treason of James Hadfield (1800), *Law and Society Review* 1985, vol. 19, nr 3, s. 487–519.

urojenia podał przekonanie o byciu Bogiem bądź Chrystusem, czy też przeświadczenie, że jest się „inspirowanym przez Boga do uczynienia czegoś”. Konkretyzując drugi z przykładów urojenia odwołał się do hipotetycznego kazusu kochającego ojca, która zabija własne dziecko, uważając, że Bóg kazał mu je złożyć w ofierze. Jak wyjaśnił sędzia Cox przysięgłym, w niniejszej sytuacji żadne rozumowanie nie było w stanie odwieść ojca od dzieciobójstwa, skoro nakaz Boga był dla niego „tak realny, jak mój głos obecnie dla was”. Urojenie, którego doświadczył ojciec to „wymysł chorego mózgu”, który „pokonuje, ośmiesza i paraliżuje rozum, oślepia sumienie i burzy porządek wszystkich źródeł ludzkiego działania”. Sędzia Cox pouczył przysięgłych, że gdyby Guiteau rzeczywiście działając pod wpływem urojenia wykonywania nakazu Boga był niezdolny rozpoznać zło swego czynu, to wówczas zasługiwałby na współczucie, a nie na sprawiedliwość²⁸.

Do pełniejszego wykrystalizowania się *deific decree doctrine* doszło w 1915 r. na gruncie sprawy *People v. Schmidt* rozstrzyganej przez Sąd Apelacyjny stanu Nowy York, będącym stanowym sądem najwyższym²⁹. Schmidta oskarżono o zamordowanie kobiety. W trakcie procesu wskazał, że głos od Boga kazał mu zabić ją jako ofiarę pokutną. Obrona podniosła niepoczytalność oskarżonego. W instrukcji skierowanej do ławy przysięgłych sędzia prowadzący proces zdefiniował „zło” czynu z testu M'Naghtena jako sprzeczność czynu z prawem stanowym. Przysięgli uznali Schmidta winnym zabójstwa. W apelacji zarzucono, że sędzia błędnie określił przesłanki niepoczytalności, tym samym pozbawiając oskarżonego prawa do rzetelnego procesu. W czasie postępowania odwoławczego Schmidt przyznał się do zmyślenia wcześniejszych twierdzeń o głosie od Boga celem ukrycia faktu, że śmierć kobiety była następstwem nielegalnej aborcji. Sąd Apelacyjny stanu Nowy York utrzymał zaskarżony wyrok w mocy. W uzasadnieniu orzeczenia sędzia Benjamin Cardozo – późniejszy sędzia federalnego Sądu Najwyższego – stwierdził, że w niniejszej sprawie sąd pierwszej instancji nie postąpił niewłaściwie, skoro oskarżony tylko udawał wykonywanie poleceń Boga. Zarazem jednak dodał, iż gdyby sprawca rzeczywiście działał w przeświadczeniu bycia narzędziem Boga, to uznanie jego poczytalności tylko z racji świadomości bezprawności popełnianego czynu byłoby błędem procesowym. W przypadku mordercy postrzegającego siebie za posłańca Boga kryterium „zła” z testu M'Naghtena nie można ograniczać jedynie do wiedzy sprawcy o nielegalności swego zachowania. Cardozo do zobrazowania tego stanowiska posłużył się hipotetyczną sytuacją matki, która zabija własne dziecko pod wpływem urojenia doznania objawienia Boga nakazującego jej złożyć mu ofiarę ze swego potomstwa. Wiedza matki o naturze i charakterze

²⁸ U.S. v. Guiteau, 10 F. 161, 170–72 i 181(D.D.C. 1882). Zob. też *Cunningham v. State*, 1879 WL 3956 (Miss. 1879).

²⁹ *People v. Schmidt*, 216 N.Y. 324 (N.Y. 1915).

czynu oraz o jego bezprawności nie sprawia, że kobieta ta знаła „zło” swego zachowania. Według Cardozo przyjęcie wówczas poczytalności matki byłoby „szyderstwem” i „odrażające”³⁰.

Od sprawy *People v. Schmidt* doktryna boskiego nakazu zasadniczo nie była stosowana w praktyce orzeczniczej, aż do lat 80³¹. Za sprawą zwłaszcza Sądu Najwyższego stanu Waszyngton powrócono wówczas do rozumowania sędziego Cardozo sprzed blisko 70 lat. Zarówno wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Nowy York, jak późniejsze wyroki ujawniają szereg wątpliwości i niejasności towarzyszących *deific decree doctrine*. Nie tylko, że chronologicznie kolejne orzeczenia nie doprowadziły do klaryfikacji doktryny boskiego nakazu, co wręcz pogłębiły niespójność i dwuznaczności *case law*.

Po pierwsze, zasygnalizowane już wątpliwości co do rozumienia „zła” czynu z testu M'Naghtena na gruncie doktryny boskiego nakazu ulegają zwielokrotnieniu. W omawianej kategorii spraw przedmiotem zarzutu obrony w postępowaniu odwoławczym jest zwykle właśnie błędne zdefiniowanie niepoczytalności przez sędziego prowadzącego proces, a zwłaszcza dokonane przez niego wyjaśnienie przestanki „zła” czynu. Po drugie, od samego początku sięgania do *deific decree doctrine* toczy się spór o to, czy doktryna ta stanowi kognitywny czy wolicjonalny wyjątek wobec testu M'Naghtena. Po trzecie, nieoczywiste pozostaje samo pojęcie „nakazu Boga”. Po czwarte, w kontekście *deific decree doctrine* pojawia się pytanie czy działanie sprawcy w przeświadczeniu wykonywania polecenia Boga rzeczywiście uchodzi w praktyce za w pełni autonomiczne źródło niepoczytalności sprawcy w sensie prawnym? W końcu, w literaturze przedmiotu, jak i w samym orzecznictwie podnoszona jest kwestia zasadności i konstytucyjności przypisywania wyłącznie urojeniom religijnym – i to tylko tym związanym z rozkazującym głosem Boga – szczególnego statusu z punktu widzenia procesowego.

W orzeczeniu z 1915 r. sędzia Cardozo zawrócił uwagę, że istnieją sytuacje, gdy ustawowego terminu „zło” czynu nie można zawężyć do bezprawności tego czynu. Warunkiem odpowiedzialności sprawcy jest nie tylko jego świadomość sprzeczności podejmowanego zachowania z prawem, ale i wiedza o moralnym złu postępowania. Zwykle wiedza sprawcy o bezprawności swego czynu wystarcza do antycypowania, że sprawca wiedział też o niemoralności tego czynu według akceptowanych społecznych standardów. Według Cardozo działanie zabójcy pod wpływem urojenia wykonywania rozkazu Boga wskazuje jednak na to, że sprawca nie był świadomy moralnego zła czynu. Tym samym na gruncie *People v. Schmidt* doktrynę boskiego nakazu potraktowano za kognitywny wyjątek wobec testu M'Naghtena³².

³⁰ Schmidt, 216 N.Y. 339.

³¹ Wśród nielicznych wyjątków zob. *State v. DiPaolo*, 168 A.2d 401 (N.J. 1961).

³² Schmidt, 216 N.Y. 340.

Kilkadziesiąt lat później Sąd Najwyższy stanu Waszyngton w sprawie *State v. Crenshaw* – w której po raz pierwszy użyto w ogóle określenia „boski nakaz” (*deific decree*) – posiłkując się rozumowaniem sędziego Cardozo doszedł jednak do wniosku, że sprawca działając w urojonym przeświadczeniu wypełniania nakazu Boga nie może ponieść odpowiedzialności z powodu braku możliwości kontrolowania swego zachowania. Upatrywanie niepoczytalności sprawcy w tym, że jego wolna wola została podważona w rezultacie przekonania o byciu adresatem boskiego polecenia, wskazywałoby jednoznacznie na przyjęcie wolicjonalnego a nie kognitywnego wyjątku względem testu M'Naghtena. Sąd nie zdecydował się jednak w uzasadnieniu swego orzeczenia sprowadzić *deific decree doctrine* do płaszczyzny wolicjonalnej. Dlatego też doktrynę tę przedstawił jako rzekomo wyjątek wobec „społecznego standardu moralnego zła” czynu. Rozumowanie sądu, a przynajmniej jego zreferowanie w uzasadnieniu orzeczenia, jest wewnętrznie sprzeczne. Sąd najpierw uznał, że warunkiem odpowiedzialności sprawcy jest świadomość zarówno bezprawności czynu, jak i świadomość moralnego zła tego czynu ze społecznego punktu widzenia. Innymi słowy, powtórzył kognitywną przesłankę z testu M'Naghtena, definiując przy tym zło czynu w kategoriach jednocześnie prawnych i etycznych. Następnie sąd stwierdził, że do niespełnienia kognitywnej przesłanki dochodzi w sytuacji, gdy sprawca wie, iż czyn jest moralnie i prawnie zły, ale wierzy z powodu zaburzenia psychicznego, że działanie zostało mu nakazane przez Boga. W końcu, zdaniem sądu błędem byłoby pociągać takiego sprawcę do odpowiedzialności, dlatego że doświadczone przez niego urojenie wpłynęło na jego „wolną wolę”³³. W tej argumentacyjnej sofistycie sąd doktrynę boskiego nakazu potraktował *de facto* jako wyjątek wolicjonalny wobec testu M'Naghtena, co jednak nie przeszkodziło mu przedstawić ją bardziej w kategoriach wyjątku kognitywnego.

W kolejnej sprawie, *State v. Cameron*, Sąd Najwyższy stanu Waszyngton zasadniczo powtórzył swoje rozważania z *State v. Crenshaw*. Sprawa ta uchodzi za pierwszy przypadek, gdy zabójca z powołaniem się na doktrynę boskiego nakazu został uniewinniony z powodu niepoczytalności. Oskarżony twierdził, że mordując macochę wykonywał polecenie Boga. Macocha symbolizowała dla niego „aniola szatana”, „wiedźmę”, „anty-boga” czy „nierządnicę siedzącą na szkarłatnej Bestii”. W trakcie procesu sędzia pouczył przysięgłych, że o niepoczytalności oskarżonego można mówić wówczas, gdy w chwili czynu nie był on świadomy bezprawności swojego zachowania. Ława przysięgłych uznała go za winnego zabójstwa. Stanowy sąd najwyższy uchylił w postępowaniu odwoławczym wyrok skazujący, traktując za błąd utożsamianie „zła” czynu z jego sprzecznością z prawem. W ocenie stano-

³³ Crenshaw, 98 Wash.2d 798.

wego sądu najwyższego, sprawca z powodu religijnego urojenia był niezdolny rozpoznać zło swego czynu, a jego wolna wola została podważona. Aspekt kognitywny skorelowano z aspektem wolicjonalnym, aczkolwiek doktrynę boskiego nakazu przedstawiono jako w pierwszej kolejności wyjątek wobec społecznych standardów moralnego zła czynu. Podobnie jak w *State v. Crenshaw* przyjęto, że sprawca nie jest świadomy zła czynu – pomimo świadomości sprzeczności tego czynu z prawem i społecznymi normami moralnymi – jeśli z powodu zaburzenia psychicznego uważał, że czyn ten jest mu nakazany przez Boga³⁴.

Wydawało się, że Sąd Najwyższy stanu Waszyngton wyrokiem w sprawie, *State v. Rice*, usunie ambiwalentność towarzyszącą doktrynie boskiego nakazu, opowiadając się w jej kontekście za wolicjonalnym rozumieniem niepoczytalności. Sąd wyraził wówczas stanowisko, w myśl którego o niepoczytalności sprawcy można mówić, gdy jego wolna wola została podważona w następstwie przekonania o otrzymaniu od Boga rozkazu³⁵. Prognoza uczynienia *deific decree doctrine* bardziej klarowną i prostolinijną okazała się jednak przedwczesna. Sąd Apelacyjny stanu Waszyngton w sprawie *State v. Potter* uznał bowiem, że doktryna boskiego nakazu odnosi się jedynie do zdolności sprawcy odróżniania dobra od zła, a zatem jest wyjątkiem kognitywnym, a nie wolicjonalnym wobec testu M'Naghtena. Dyskusja o wolnej woli w sprawach *Cameron*, *Crenshaw* i *Rice* dotyczyła rzekomo tylko kwestii kognitywnej, a nie zdolności sprawcy do pokierowania swoim postępowaniem³⁶.

W dwóch kolejnych sprawach sądy odwoławcze ze stanu Waszyngton przyjęły, że w sprawach o zabójstwo popełnione z rozkazu Boga nie zdefiniowanie przez sędziego prowadzącego proces pojęcia „zła” czynu nie stanowiło uchybienia. W obu jednak tych sprawach sędzia sądu pierwszej instancji w instrukcjach kierowanych do przysięgłych odwołał się także do wolnej woli sprawcy. Dlatego też wciąż nieoczywiste pozostaje to, czy w stanie Waszyngton doktryna boskiego nakazu rzeczywiście stanowi tylko wyjątek kognitywny³⁷.

Niespójność i nieklarowność *case law* stanu Waszyngton w odniesieniu do doktryny boskiego nakazu nie jest wyjątkowa. Podobne rozbieżności i niejasności towarzyszą sądowej operacjonalizacji *deific decree doctrine* także w pozostałych stanach, w których doktryna ta zachowuje prawną doniosłość³⁸.

³⁴ *State v. Cameron*, 100 Wash. 2d 520 (Wash. 1983).

³⁵ *State v. Rice*, 110 Wash. 2d 577 (Wash. 1988).

³⁶ *State v. Potter*, 68 Wash. App. 134 (Wash. Ct. App. 1992).

³⁷ *State v. Applin*, 116 Wash. App. 818 (Wash. Ct. App. 2003); *State v. Turgeon*, 120 Wash. App. 1050 (Wash. Ct. App. 2004). Zob. szerzej G. Leong, *Revisiting the Deific-Decree Doctrine in Washington State*, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 2008, vol. 36, nr 1, s. 95–104.

³⁸ *Judykatura w większości stanów nie akceptuje doktryny boskiego nakazu*. S. Ayres, *New-found Religion: Mothers, God, and Infanticide*, *Fordham Urban Law Journal* 2005, vol. 33, nr 2, s. 118.

W części spraw doktrynę boskiego nakazu uznano za wyjątek kognitywny, w innych sprawach za wyjątek wolicjonalny.

Znamienną ewolucję przeszło w tej kwestii orzecznictwo stanu Illinois. W latach 80. i 90. tamtejsze sądy odwoławcze uniewinniły sprawców działających pod wpływem religijnych halucynacji czy urojeń, przyjmując że sprawcy ci byli niezdolni do postąpienia zgodnie z prawem³⁹. Po reformie instytucji niepoczytalności w prawodawstwie Illinois, polegającej na ujęciu niepoczytalności wyłącznie w kategoriach kognitywnych, sądy zaczęły sprawców działających w przeświadczeniu wykonywania rozkazów Boga klasyfikować jako niezdolnych do uznania przestępnego charakteru swego czynu⁴⁰. Jedną i tę samą doktrynę zaczęto więc odtąd interpretować radykalnie odmiennie niż dotychczas.

Wśród sądów odwoławczych nie ma zgody odnośnie tego, jaką definicję „zła” czynu, i czy w ogóle jakkolwiek, powinien podawać przysięgłym sędzia sądu pierwszej instancji. Przyczyną uniewinnienia przez sądy odwoławcze sprawców dokonujących zabójstw w przeświadczeniu wykonywania rozkazów Boga zwykle było to, że sędzia prowadzący proces w instrukcjach kierowanych do przysięgłych nie wyjaśnił „zła” czynu, względnie zło czynu utożsamił z jego bezprawnością, pomijając jego wymiar moralny. Z drugiej jednak strony, w innych analogicznych sprawach, niesprecyzowanie zła czynu przez sędziego prowadzącego proces czy zawężenie tego zła do bezprawności nie potraktowano za błąd procesowy⁴¹.

Sądy nie wypracowały też jednolitego stanowiska w kwestii tego, czy obowiązkiem obrońcy jest podnieść w toku procesu niepoczytalność oskarżonego, w sytuacji gdy sprawca tłumaczy swój czyn kryminalny wykonywaniem polecenia Boga. Można wskazać zarówno orzeczenia, w których nie powołanie się wówczas przez obrońcę na niepoczytalność swojego klienta uznano za nieefektywną obronę skutkującą uchYLENIEM wyroku skazującego⁴², jak i wyroki, gdzie to samo zaniechanie nie potraktowano za błąd adwokata ograniczający prawo oskarżonego do efektywnej obrony wymaganej na gruncie VI poprawki do federalnej konstytucji⁴³. Rozważania sądów w tym przedmiocie są w dużym stopniu kontekstualne. Sądy odwoławcze nie podzielają zarzutu nieefektywnej obrony, ilekroć na gruncie okoliczności konkretnej sprawy do-

³⁹ *People v. Wilhoite*, 592 N.E.2d 48, 58 (Ill. App. Ct. 1991); *People v. Baker*, 625 N.E.2d 719, 732–33 (Ill. App. Ct. 1993).

⁴⁰ *People v. Kando*, 397 Ill.App.3d 165 (Ill. App. Ct. 2009). Zob. *Diestel v. Hines*, 506 F.3d 1249, 1272 (10th Cir. 2007).

⁴¹ *Ivery v. State*, 686 So. 2d 495, 503 (Ala. Crim. App. 1996); *People v. Tally*, 7 P.3d 172, 184 (Colo. App. 1999); *Carreiro*, 988 N.E.2d 28.

⁴² *Galloway v. State*, 698 P.2d 940, 942 (Okla.Crim.App. 1985); *Wilson v. Gaetz*, 608 F.3d 347, 357 (7th Cir. 2010).

⁴³ *Lundgren v. Mitchell*, 440 F.3d 754, 777 (6th Cir. 2006).

chodzą do wniosku, że nawet podniesienie niepoczytalności klienta nie rodziło racjonalnego prawdopodobieństwa sukcesu w procesie⁴⁴.

W praktyce orzeczniczej doktrynę boskiego nakazu stosuje się tylko do tych sprawców, którzy powołują się na doświadczenie usłyszenia głosu Boga wzywającego ich do zabójstwa. Pojmowanie Boga na gruncie *deific decree doctrine* zasadniczo sprowadza się do wyobrażenia o Bogu w chrześcijaństwie czy szerzej w tradycji judeochrześcijańskiej. Do zastosowania omawianej doktryny nie wystarczy, że sprawca czuł się „jak Bóg”, postrzegał się za diabła czy działał w przeświadczeniu wykonywania nakazów szatana bądź innej istoty⁴⁵. Tymczasem jak trafnie zauważył jeden z amerykańskich sędziów stanowych, czynienie zła z nakazu Boga wydaje się być wewnętrznie niespójne i mało wiarygodne. Łatwiej uwierzyć sprawcy, który swoje zachowanie wyjaśnia jako wykonywanie właśnie rozkazu szatana. Wówczas w jego postępowaniu nie ma sprzeczności czy paradoksu, skoro diabeł uchodzi za zło⁴⁶. Co prawda w orzecznictwie wskazuje się, że inne urojenia – niż urojenia działania z rozkazu Boga – teoretycznie mogą wyłączyć poczytalność sprawcy, ale przypadki takie pozostają niesprecyzowane i są „niezmiernie rzadkie”⁴⁷.

W dotychczasowym *case law* nie tylko że wymagano, aby oskarżony działał w przeświadczeniu wykonywania woli Boga, ale jednocześnie sprawca musiał otrzymać rozkaz „bezpośrednio” od Boga. Sądy nie stosują *deific decree doctrine* do sytuacji, gdy sprawca dopuścił się przestępstwa, czyniąc zadość wyznawanym normom religijnym. Obowiązek umocowany w doktrynie religijnej jest bowiem pośrednim, a nie bezpośrednim nakazem. We wspomnianej sprawie *State v. Crenshaw* za poczytalnego uznano sprawcę, który zamordował żonę fałszywie posądzaną o niewierność nie pod wpływem głosu Boga, ale celem uczynienia zadość nakazom swej subiektywnie pojmowanej wiary. W ocenie sądu, *in concreto* nie występowały okoliczności faktyczne aktualizujące doktrynę boskiego nakazu. Podobnie w sprawie *People v. Schmidt* zakresem niniejszej doktryny nie objęto przypadków praktykowania z pobudek religijnych poligamii czy składania ludzkich ofiar.

Sprawca zabójstwa usprawiedliwiający swój czyn nakazem Boga ma niewielkie szanse na uniewinnienie, jeśli przed popełnieniem czynu nie zdia-

⁴⁴ *Robidoux v. O'Brien*, 643 F.3d 334 (1st Cir. 2011).

⁴⁵ *People v. Galimanis*, 944 P.2d 626, 632 (Colo. Ct. App. 1997).

⁴⁶ C. De la n e y, *Abraham on Trial: The Social Legacy of Biblical Myth*, Princeton 1998, s. 45. Zob. B. H o l o y d a, W. N e w m a n, *Between Belief and Delusion: Cult Members and the Insanity Plea*, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 2016, vol. 44, s. 53–62.

⁴⁷ *State v. Singelton*, 48 A.3d 285, 298 (N.J. 2012). Podobnie *State v. Winder*, 200 N.J. 231, 248 (N.J. 2009) Zob. jednak *People v. Garcia* 509 N.E.2d 600, 605 (Ill. App. Ct. 1987), gdzie sąd odwoławczy uniewinnił z powodu niepoczytalności sprawcę zabójstwa, który działał w przeświadczeniu wykonywania rozkazu „Astrosa”, tj. duchów komunikujących się z oskarżonym.

gnozowano u niego choroby czy zaburzenia psychicznego ani nie zaobserwowano u niego dziwnych bądź irracjonalnych zachowań mogących uchodzić za przejaw takiej choroby czy zaburzenia. Poniękąd sądy przyjmują domniemanie faktyczne, że oskarżony bez dotychczasowej historii problemów psychicznych powołujący się na usłyszany głos Boga po prostu kłamie. Z kolei w przypadku oskarżonego legitymującego się taką historią, jego wyjaśnienia o otrzymaniu polecenia od Boga traktowane są jako przejaw właśnie choroby psychicznej.

Okoliczność, czy sprawca rzeczywiście działał w przeświadczeniu wykonywania woli Boga ustala się z uwzględnieniem racjonalności jego zachowań towarzyszących przestępstwu przed i po jego popełnieniu. Przygotowywanie się do zabójstwa, zacieranie dowodów zbrodni czy ukrywanie się po dokonaniu czynu przemawia za poczytalnością napastnika. Jedne sądy w racjonalności działań oskarżonego doszukują się dowodu na to, że sprawca zmyślił historię z głosem Boga dla potrzeb procesu. Inne sądy, bardziej ostrożnie poprzestają wówczas na stwierdzeniu, że nawet gdyby oskarżony rzeczywiście doświadczył tego typu urojenia, to w świetle całokształtu okoliczności sprawy urojenie to nie podważyło zdolności kognitywnych i/lub wolicjonalnych sprawcy.

Interpretację stanu faktycznego w niniejszych sprawach znamionuje ka-
zuistyczność. Za prawnie czy procesowo nierелеwanthny sądy traktowały głos Boga, który sprawca rzekomo słyszał w innym momencie niż chwila dokonywania zabójstwa, np. podczas snu czy w trakcie czytania Pisma Świętego⁴⁸. Głos Boga formułujący rozkaz odróżniano od bodźców, impulsów czy ponagleń (*urges*) umocowanych w nadprzyrodzonym źródle⁴⁹. Przeciwno „obezwładniającemu” charakterowi Bożego rozkazu do dokonania zabójstwa – który by pozbawiał napastnika wolnej woli – przemawiało zdaniem sądów z kolei to, że sprawca czynił zadość tylko niektórym rzekomym poleceniom Boga. Skoro oskarżony według własnych deklaracji był w stanie dać odpór czy odmówić Bogu w jednych sprawach, to był też zdolny – w opinii sądu – okazać niesubordynację wobec głosu wzywającego go do zabójstwa⁵⁰.

Rzadko powołanie się na doktrynę boskiego nakazu prowadzi do uniewinnienia sprawcy⁵¹. W czystej postaci zasadniczo bowiem ona nie funkcjonuje. Rozważania sądów w sprawach, gdy sprawca dopuścił się zabójstwa rzekomo z rozkazu Boga, charakteryzuje wysoka kontekstualność i niuansowość, co rozmywa czy osłabia praktyczną doniosłość *deific decree doctrine*.

⁴⁸ Singleton, 48 A.3d 302.

⁴⁹ Rice, 110 Wash. 2d 604.

⁵⁰ Carreiro, 988 N.E.2d 27.

⁵¹ Np. State v. Cameron, People v. Wilhoite; People v. Serravo, State v. Hudson, 1999 WL 77844 (Tenn.Crim.App. 1999).

III

Koncepcja niepoczytalności w amerykańskim porządku prawnym, w tym doktryna boskiego nakazu, na przestrzeni dziesięcioleci ewoluowała pod wpływem trzech głównych czynników, tj. religii, polityki i psychiatrii. Do 1915 r. postać instytucji niepoczytalności była determinowana chrześcijańskim spojrzeniem na religię, winę i chorobę psychiczną. Psychiatria pozostawała natomiast mało rozwinięta. W dużym stopniu naznaczała ją wówczas religia, co przejawiało się w traktowaniu umysłu jako duszy i postrzeganiu choroby psychicznej jako somatycznego objawu chorej duszy. Niepoczytalności przypisywano zatem bardziej źródła moralne niż fizyczne.

W latach 1915–1982 można zaobserwować proces rozszerzenia na drodze sądowej zakresu pojęcia niepoczytalności. Odbywało się to poprzez swoistą „dechrystianizację” tej instytucji, tj. odejście od norm chrześcijańskich jako głównego wyznacznika pojmowania choroby psychicznej i winy. Rozwój i profesjonalizacja psychiatrii pozwoliły wyzwolić problematykę chorób psychicznych i kwestię niepoczytalności z naleciałości religijnych, jak np. postrzeganie choroby psychicznej jako kary bożej za grzeszne czyny⁵². Co raz większą rolę w procesie karnym zaczęli odgrywać psychiatrzy. Towarzyszyło też temu przyjęcie w orzecznictwie bardziej indywidualistycznego i niekoniecznie teistycznego rozumienia religii⁵³. Pojawienie się testu nieodpartego impulsu, a następnie testu rezultatu na tyle poszerzyło ramy niepoczytalności, że oskarżony i obrońca nie musieli w ogóle uciekać się do doktryny boskiego nakazu, stąd w podanym przedziale czasowym doktryna ta była nieobecna w praktyce orzeczniczej.

W 1982 r. w głośnym procesie uniewinniony z powodu niepoczytalności został zamachowiec na życie prezydenta Ronalda Reagana, John Hinckley. Niepoczytalność Hinckleya ustalono na gruncie definicji autorstwa Amerykańskiego Instytutu Prawa. Społeczne oburzenie wywołane tym werdyktem zapoczątkowało proces zawężania ram instytucji niepoczytalności. Kongres uchwalił *Insanity Defense Reform Act* i *Comprehensive Crime Control Act*. W prawie federalnym powrócono do rozumienia niepoczytalności bliskiemu testowi M'Naghtena. Ciężar udowodnienia niepoczytalności sprawcy przeniesiono na obronę. Zmianie uległ też reżim dowodowy: wymóg „dowodu większej wagi” (*preponderance of evidence*) zastąpiono surowszym standardem „klarownego i przekonującego dowodu” (*clear and convincing evi-*

⁵² Rozwój psychiatrii wpłynął także na interpretację Pisma Świętego. Niektóre przypadki osób opętanych, o których wspomina Nowy Testament, zaczęto tłumaczyć chorobą psychiczną tych osób. G. R a v a s i, Trudne miejsca w Ewangelii. Skandalizujące słowa Jezusa, Kielce 2018, s. 113–115.

⁵³ Zob. *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961); *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965); *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

dence). Zmniejszeniu uległa rola zeznań psychiatrów jako biegłych. W podobnym kierunku poszła reforma instytucji niepoczytalności w niektórych stanach. Na gruncie węższego rozumienia niepoczytalności obrona na nowo zaczęła sięgać do *deific decree doctrine*⁵⁴.

Doktrynę boskiego nakazu należy ocenić krytycznie. Stanowi ona pozostałość czasów, gdy religia i teologia silnie determinowały prawo, naznaczały proces orzecznicy oraz oddziaływały na ustalenia medycyny. Obecnie jawi się jako „dziwny amalgamat prawa i teologii”⁵⁵. W świetle aktualnego dorobku psychiatrii i kryminologii oraz przekształceń społecznych i religijnych jakie zaszły w USA *deific decree doctrine* jest „anachroniczna”⁵⁶. Intelktualnie odpowiada poziomowi XIX wiecznej medycyny i prawa karnego. W pluralistycznych i laicyzujących się społeczeństwach przypomina ponadto tzw. obronę przez kulturę (*defense by culture*). Trudno więc zgodzić się z opinią Sądu Apelacyjnego dla 7 Okręgu, że rozumowanie sędziego Cardozo odnośnie do „doktryny boskiego nakazu” nie utraciło „intelektualnej mocy” na przestrzeni lat⁵⁷. Wydaje się, że gdyby inny sędzia niż słynny Benjamin Cardozo napisał orzeczenie w sprawie *People v Schmidt*, to doktryna boskiego nakazu byłaby współcześnie nieznaną w amerykańskim porządku prawnym.

Patrząc od strony medycznej, u sprawców dopuszczających się zabójstwa pod wpływem urojenia wykonywania rozkazu Boga diagnozowano z reguły schizofrenię paranoidalną. Zwykle sprawcy ci wskazują na głos Boga jako źródło adresowanego do nich nakazu. Prawdopodobnie ta znajduje wyjaśnienie w ustaleniach psychiatrii, dla której słuchowe halucynacje uchodzą za jeden z klinicznych symptomów czy objawów schizofrenii. W najnowszej klasyfikacji zaburzeń psychicznych autorstwa Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, edycja V z 2013 r.) nie wyodrębnia się urojeń czy halucynacji polegających na przekonaniu o byciu wezwanym przez Boga do określonych zachowań. Religijne urojenia są traktowane jako po prostu jeden z rodzajów – ze względu na treść – urojeń, które są udziałem jednostki.

Na gruncie psychiatrii źródło głosu wzywającego osobę do popełnienia czynu kryminalnego jest nieistotne. Z punktu widzenia osoby cierpiącej na schizofrenię paranoidalną, bez znaczenia pozostaje to jaki (czego/kogo) głos, doświadczany w ramach urojeń czy halucynacji słuchowych, zdeterminował jej zachowanie. Doktryna boskiego nakazu zdaje się postrzegać sprawców dopuszczających się zabójstw pod wpływem innych urojeń, niż urojenie wykonywania poleceń Boga, jako zdolnych przeciwstawić się ode-

⁵⁴ R. Belt, *When...*, s. 760.

⁵⁵ C. Hawthorne, „Deific Decree”: The Short, Happy Life of a Pseudo-Doctrine, *Loyola of Los Angeles Law Review* 2000, vol. 33, nr 4, s. 1755.

⁵⁶ R. Belt, *When...*, s. 757–58.

⁵⁷ Gaetz, 608 F.3d 355.

brany rozkazom. Założenie to opiera się na niegdysiejszym religijnym przekonaniu, że np. szatan czy inny byt nadprzyrodzony nie posiada takiej siły sprawczej w sterowaniu ludzkim zachowaniem jak Bóg. Dystynkcja ta nie znajduje potwierdzenia w psychiatrii. Psychiatrzy nie odróżniają pod kątem jakościowym religijnych halucynacji i urojeń od tych niereligijnych. Doktryna boskiego nakazu w sposób nieuprawniony faworyzuje więc niektórych chorych psychicznie sprawców. Źródło przekonań legitymujących sprawcę – w subiektywnym jego przeświadczeniu – do czynu bezprawnego powinno być irrelevantne w kontekście nieopczytalności.

Poza ramy opracowania wykracza zagadnienie, czy możliwe w ogóle jest, aby Bóg – w rozumieniu judeochrześcijańskim – rzeczywiście rozkazał komuś dokonać morderstwa. Niekiedy zarówno w orzecznictwie, jak i w jurysprudencji w kontekście doktryny boskiego nakazu przywoływana bywa biblijna historia ofiarowania Izaaka przez jego ojca Abrahama⁵⁸. Wykładnia tego fragmentu Pisma Świętego stanowi przedmiot dociekań teologicznych i filozoficznych, a nie jurydycznych⁵⁹. Z tego powodu nie ma potrzeby ustosunkowania się do niniejszej kwestii w przedkładanym artykule. Jedynie pomocniczo i sprawozdawczo można nadmienić, że w literaturze religijnej i filozoficznej problematyka Boga jako hipotetycznego „podżegacza do zabójstwa” nie doczekała się jednolitej interpretacji, o czym świadczy np. inne podejście Immanuela Kanta i Sørensa Kierkegaarda⁶⁰.

⁵⁸ Księga Rodzaju 22:1–19.

⁵⁹ Nie oznacza to, że prawnicy w ogóle nie podejmują refleksji w tej kwestii. Andrew Demko twierdzi, że sam głos Boga nie jest w stanie skłonić adresata do popełnienia zabójstwa. Podporządkowanie się głosowi Boga wymaga istnienia uprzedniej relacji pomiędzy sprawcą a Bogiem. Sprawca musi być człowiekiem wiary, osobą świadomą historii Abrahama. A. Demko, *Abraham's Deific Defense: Problems with Insanity, Faith, and Knowing Right from Wrong*, *Notre Dame Law Review* 2005, vol. 80, nr 5, s. 1976–77.

⁶⁰ Według Immanuela Kanta nawet gdyby przyjąć, że Bóg rzeczywiście mówi do człowieka, to i tak nigdy człowiek nie wie, czy to Bóg przemawia do niego. Zdaniem filozofa istnieją przypadki, gdy człowiek może być natomiast pewien, że słyszany głos nie pochodzi od Boga. Głos nakazujący uczynić coś sprzecznego z prawem moralnym należy traktować jako urojenie. W opinii filozofa, Abraham powinien oświadczyć Bogu czy głosowi przedstawiającemu się jako Bóg o swojej pewności tego, że nie powinien zamordować umiłowanego syna. I. Kant, *Spór Fakultetów*, Toruń 2011. Z kolei dla Sørensa Kierkegaarda historia ofiarowania Izaaka przez Abrahama obrazuje „zawieszenie etyki” na rzecz pierwszeństwa religii i wiary. S. Kierkegaard, *Bojaźń i drżenie. Choroba na śmierć*, Warszawa 1972. Zob. szerzej T. Kupś, *Ofiarowanie Izaaka w interpretacji Kanta i Kierkegaarda*, (w:) K. Śnieżyński (red.), *Immanuel Kant a Świat Współczesny*. W 200. rocznicę śmierci Immanuela Kanta, Poznań 2004, s. 353–367; M. Szabat, *Syn i ojciec w „Bojaźni i drżeniu” Sørensa Kierkegaarda*, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2013, t. II, nr 1, s. 213–220. Z perspektywy doktryny katolickiej zob. Z. Pawłowski, *Próba Abrahama. Lektura narracyjna Rdz 22*, *Biblica et Patristica Thoruniensia* 2011, nr 4, s. 37–62; W. Kaiser, P. Davids, F. Bruce, M. Brauch, *Trudne fragmenty Biblii*, Warszawa 2011, s. 39–40.

W psychiatrii i jurysprudencji wskazuje się ponadto, że bezpośrednio bądź pośrednio nakazu również nie ma większego znaczenia dla przebiegu rozumowania chorego psychicznie sprawcy czy dla jego zdolności wolicjonalnych⁶¹. Z punktu widzenia procesowego bez znaczenia powinno być to, czy sprawca dokonał zabójstwa w przekonaniu, że czyni zadość wezwaniu zwracającego się do niego osobiście Boga czy też rozkaz Boga został mu zakomunikowany np. przez anioła jako emisariusza Boga. Utrzymywanie tego rozróżnienia skutkuje tym, że w dużym stopniu analogiczne sprawy są odmiennie kwalifikowane prawnie.

Większość przypadków sądowego stosowania doktryny boskiego nakazu pochodzi z tych jurysdykcji stanowych, w których obowiązuje kognitywna reguła M'Naghtena. Problematyczne jest jednak traktowanie tej doktryny jako wyjątku kognitywnego. Sędzia Cardozo uznał, że osoba działająca w przeświadczeniu wykonywania rozkazu Boga jest nieświadoma moralnego zła swego czynu. Jeśli moralne zło czynu definiować przez pryzmat ocen społecznych, to założenie Cardozo ma charakter arbitralny. W wielu bowiem sprawach oskarżeni przyznawali, że czyniąc zadość wezwaniu Boga, wciąż mieli świadomość sprzeczności swego zachowania z moralnością społeczną⁶².

W sprawie *State v. Crenshaw* opowiedziano się za zastosowaniem doktryny boskiego nakazu, nawet gdyby oskarżony wiedział, że jego czyn pozostawał sprzeczny z prawem i społecznymi normami moralnymi. Na gruncie takiego stanowiska dochodzi do całkowitego zredefiniowania pojęcia „zła” czynu. Wyznacznikiem zła przestaje być wówczas prawo i moralność społeczna, a staje się wola Boga, a właściwie subiektywne wyobrażenie sprawcy o tej woli.

Według Sądu Najwyższego New Jersey o braku zdolności sprawcy – zabijającego ofiarę w posłuszeństwie wobec rozkazu Boga – można mówić, gdy sprawca „w sposób usprawiedliwiony wierzył, że społeczeństwo uzna jego działania za moralnie właściwe”⁶³. Sąd ten nie wyjaśnił jednak, jak rozumie możliwość pogodzenia świadomości sprawcy o sprzeczności swojego czynu ze społeczną moralnością z jednoczesnym przekonaniem sprawcy – i to jeszcze „usprawiedliwionym” – o przychylności społeczeństwa dla jego postępowania.

Nieudane rozwiązanie tego paradoksu zaproponował Sąd Najwyższy Connecticut. W jego ocenie sprawca utracił zdolność do rozpoznania zła czynu, jeśli w chwili dokonywania czynu „prawdziwie wierzył w to, że społeczeństwo – gdyby tylko było świadome okoliczności sprawy, tak jak je on

⁶¹ A. Demko, *Abraham's...*, s. 1970–1979.

⁶² Sąd Najwyższy Kalifornii odrzucił założenie, w myśl którego samo przekonanie sprawcy, że Bóg nakazał mu bezprawny czyn powoduje, iż sprawca staje się niezdolny do uznania moralnego zła swego postępowania. *People v. Coddington*, 23 Cal.4th 529, 627 (Cal. 2000).

⁶³ *Singleton*, 48 A.3d 297.

szczerze postrzegat – wybaczyłoby (*condone*) mu jego działania”⁶⁴. Na gruncie tego stanowiska status niepoczytalnego może uzyskać sprawca, który wiedział, że społeczeństwo *de facto* potępia jego czyn, ale jednocześnie był przekonany, że stanęłoby po jego stronie, gdyby poznało wolę Boga. Sąd do oceny zła czynu każe przyjąć wyobrażenie sprawcy o kontrfaktycznych ocenach społecznych. Stanowisko takie jest problematyczne z dwóch powodów. Po pierwsze, od strony dowodowej nie sposób, a przynajmniej bardzo trudno, wiarygodnie zweryfikować, jakie były przewidywania sprawcy odnośnie do społecznej reakcji na swój czyn w hipotetycznych okolicznościach. Po drugie, merytorycznie wątpliwe jest legitymowanie – w kontekście ustalania niepoczytalności – subiektywnych aktów wartościowania sprawcy przy pomocy sfinansowanej aksjologii społecznej. Przyjmując ten wadliwy tok rozumowania trzeba by za niepoczytalnego uznać np. pedofila, który szczerze sądził, że współobywatele nie potępiłoby jego zachowań, gdyby sami mieli skłonności pedofilskie (*argumentum ad absurdum*).

Wysiłku zharmonizowania doktryny boskiego nakazu – rozumianej w aspekcie kognitywnym – z ogólnymi ramami instytucji niepoczytalności podjął się Sąd Najwyższy Kolorado. Jego zdaniem doktryna ta nie formułuje wyjątku wobec testu społecznego „dobra i zła”, lecz stanowi „integralny czynnik w ocenie kognitywnej zdolności osoby do odróżniania dobra od zła w odniesieniu do zarzucanego jej przestępstwa”⁶⁵. Oznacza to, że wywołane religijnym urojeniem przekonanie sprawcy o boskim nakazie postąpienia w określony sposób *per se* nie wystarczy do przyjęcia jego niepoczytalności. W myśl tego stanowiska nie można mówić o niewinnieniu osoby, która miała świadomość, że jej czyn narusza prawo i normy społeczne, ale osobiście sądziła, że czyn ten jest właściwy. Doktryna boskiego nakazu zachowuje prawną relewantność o tyle, o ile w następstwie religijnego psychotycznego urojenia sprawca był nieświadomy tego, że podjęte przez niego zachowanie jest złe według kryteriów obiektywnych, czyli „istniejących społecznych standardów moralności”, a nie „czysto subiektywnego i osobistego standardu moralności”⁶⁶. Na gruncie tego stanowiska, udało się uczynić doktrynę boskiego nakazu kompatybilną z instytucją niepoczytalności, ale za cenę jednoczesnego pozbawienia tej doktryny praktycznego znaczenia.

⁶⁴ State v. Wilson, 242 Conn. 605, 624 (Conn. 1997). Sąd dodał, że sprawca „działając pod wpływem urojenia o boskiej aprobacie dla swego postępowania” zasadniczo „nie jest w stanie zdać sobie sprawy ze zła tego postępowania”. Zob. W. Sinnott-Armstrong, K. Levy, *Insanity Defenses*, (w:) J. Deigh, D. Dolinko (red.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, New York 2011, s. 305–306.

⁶⁵ Serravo, 823 P.2d 139.

⁶⁶ Serravo, 823 P.2d 130. Zob. M. Clark, *The Immutable Command Meets the Unknowable Mind: Deific Decree Claims and the Insanity Defense after People v. Serravo*, *Denver University Law Review* 1992, vol. 70, nr 1.

Doktryna boskiego nakazu w ujęciu kognitywnym jest trudna do utrzymania. *Prima facie* bardziej wiarygodnym sposobem jej uzasadnienia byłoby rozpatrywanie jej w kontekście przesłanki wolicjonalnej niepoczytalności. Sprawcę dopuszczającego się zabójstwa pod wpływem przeświadczenia wykonywania polecenia Boga traktowanoby wówczas jako pozbawionego możliwości powstrzymania się i dostosowania swojego zachowania do wymogów prawa. Warunkiem jednak stosowania tak rozumianej doktryny jest występowanie na gruncie danego prawodawstwa stanowego pojęcia niepoczytalności operującego kryteriami wolicjonalnymi (test nieodpartego impulsu czy test niepoczytalności z Wzorcowego Kodeksu Karnego). Definiowanie niepoczytalności wyłącznie na gruncie kryteriów kognitywnych (test M'Naghtena) wymusza od sądów chcących posługiwać się *deific decree doctrine* przyjęcie wątpliwego stanowiska, że działanie sprawcy z nakazu Boga pozbawiło go możliwości rozpoznania znaczenia czynu.

Sceptycyzm wobec ujmowania doktryny boskiego nakazu w kategoriach kognitywnych nie oznacza, że interpretacja sposobu myślenia sprawców dopuszczających się zabójstw w przeświadczeniu wykonywania rozkazu Boga jest prosta. Złożoność ich rozumowania obrazuje rozmowa psychologa sądowego z jednym z oskarżonych. Sprawca w rozmowie tej ujawnił, że ma świadomość tego, iż jego czyn przeczy przykazaniu Bożemu, jak i treściowo zbieżnemu z tym przykazaniem prawu stanowemu. Na pytanie psychologa „Czy złamałeś prawo ?” odpowiedział jednak następująco: „I tak i nie. Złamałem je, ponieważ tak stanowi Biblia, ale nie złamałem, ponieważ Bóg mi tak powiedział”⁶⁷. Podobnie inny sprawca oświadczył: „Nie mogę powiedzieć, że przepraszam za to, co uczyniłem z nakazu Boga”⁶⁸.

Nie tylko że doktrynę boskiego nakazu trudno pogodzić ze stosowanymi w USA testami niepoczytalności, ale i nie przystaje ona z dwóch powodów do konstytucyjnej zasady rozdziału kościoła i państwa. Po pierwsze, jak już sygnalizowano, skutkuje ona uprzywilejowaną pozycją procesową sprawców doświadczających konkretnego typu religijnych urojeń czy halucynacji. W ten sposób dochodzi do podważenia zasady religijnej neutralności władzy publicznej i zasady równości wobec prawa⁶⁹.

⁶⁷ A. D e m k o, *Abraham's...*, s. 1973–74.

⁶⁸ Lundgren, 440 F.3d 761.

⁶⁹ Federalny Sąd Apelacyjny dla 7 Okręgu w jednym z orzeczeń podniósł kwestię konstytucyjności doktryny boskiego nakazu. Zwrócił uwagę na możliwą sprzeczność posługiwania się tą doktryną przez prokuraturę i wymiar sprawiedliwości z klauzulą rozdziału kościoła i państwa, choć jednocześnie uchylił się od definitywnego przesądzenia czy *deific decree doctrine* narusza ustawę zasadniczą. Gaetz, 608 F.3d 354. Podobnie B. F e i n s t e i n, *Saving the Deific Decree Exception to the Insanity Defense in Illinois: How a Broad Interpretation of Religious Command May Cure Establishment Clause Concerns*, *John Marshall Law Review* 2013, vol. 46, s. 581–82.

Po drugie, sędziowie oraz przysięgli ustalając i interpretując rozumienie Boga – rzekomo pod wpływem którego sprawca dopuścił się zabójstwa – wydają się naruszać tzw. „doktrynę kwestii religijnej” (*Religious Question Doctrine*)⁷⁰. Zgodnie z nią sądom nie wolno rozstrzygać „kontrowersji dotyczących religijnej doktryny i praktyki”⁷¹. Niejednokrotnie Sąd Najwyższy wskazywał, że sądy zarówno formalnie jak i merytorycznie nie są zdolne właściwie interpretować prawa religijnego, religijnych dogmatów i świętych tekstów⁷². Zwracał uwagę, że decydowanie w sprawach natury religijnej „nie jest właściwym przedmiotem oceny sądów państwowych”⁷³, a czynienie tego „sytuowałoby sądy w roli, której nigdy nie zamierzaliśmy pełnić”⁷⁴.

Weryfikując to, które urojenia mają postać rozkazu Boga, sądy podejmują się rozstrzygnięcia kwestii religijnej. Naruszają wówczas zakaz nadmiernego powiązania (*entanglement*) władzy publicznej z religią wyinterpretowany z *Establishment Clause*⁷⁵.

Granica pomiędzy „zdroworozsądkową” interpretacją stanu faktycznego sprawy, a refleksją religijnej natury nie zawsze jest wyraźna. W jednej ze spraw sąd zakwestionował, aby sprawczyni rzeczywiście wierzyła w to, że to Bóg nakazał jej zabić córkę, skoro oskarżona przed i tuż po oddaniu strzałów do dziecka prosiła o przebaczenie. Zdaniem sądu prośba o przebaczenie dowodzi wiedzy oskarżonej o tym, że dokonane morderstwo było złem i grzechem w oczach Boga. Gdyby *de facto* działała w przeświadczeniu wykonywania boskiego rozkazu, to „nie potrzebowałyby przebaczenia, ponieważ działanie z rozkazu Boga nie stanowiłoby grzechu czy moralnego zła”. Znamienne, iż sąd czyniąc niniejsze wywody odżegnał się od przeprowa-

⁷⁰ Por. G. Morris, A. Haroun, "God Told Me To Kill": Religion or Delusion?, San Diego Law Review 2001, vol. 38, s. 973–1049. Autorzy zwracają uwagę, że uznawanie w toku procesu karnego religijnych przekonań oskarżonego za fałszywe klóci się z orzecznictwem Sądu Najwyższego, który kwestię tę uznaje za wykraczającą poza kognicję sądów.

⁷¹ Presbyterian Church v. Mary Elizabeth Blue Hull Mem'l Presbyterian Church, 393 U.S. 440, 449 (1969). Zob. szerzej: J. Goldstein, Is There a "Religious Question" Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs, Catholic University Law Review 2005, vol. 54, nr 2, s. 497–551.

⁷² Thomas v. Review Board, 450 U.S. 707, 715 (1981); Watson v. Jones, 80 U.S. 679, 729 (1872).

⁷³ Serbian E. Orthodox Diocese for U.S. & Can. v. Milivojevich, 426 U.S. 696, 713 (1976). Podobnie Hernandez v. Commissioner, 490 U.S. 680, 699 (1989).

⁷⁴ Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n, 485 U.S. 439, 458 (1988).

⁷⁵ Sąd Najwyższy wypracował kilka testów, przy pomocy których ocenia konstytucyjność aktów normatywnych i działań władz publicznych na gruncie Establishment Clause. Wśród nich wyróżnia się tzw. Lemon test. Zgodnie z nim przepisy prawne lub praktyka władz publicznych nie przeczą EC jeśli jednocześnie: 1) posiadają świecki cel; 2) ich głównym skutkiem nie jest ani sprzyjanie (*advancing*) ani czynienie przeszkód (*inhibiting*) religii; 3) nie prowadzą do nadmiernego powiązania (*entanglement*) władzy z religią.

dzania „teologicznej analizy rzekomych religijnych przekonań” oskarżonej, oświadczając, że opiera swoje rozumowanie wyłącznie na „logice”⁷⁶.

Posługiwanie się doktryną boskiego nakazu grozi też nadużyciami, w tym sensie, że zdrowi psychicznie a motywowani ideologicznie sprawcy mogą uniknąć odpowiedzialności karnej, powołując się pragmatycznie i taktycznie na głos Boga. Dowodem na niebezpieczeństwo takich obaw są przypadki niewinnienia islamskich fanatyków z powodu ich rzekomej niepoczytalności⁷⁷.

Doktryna boskiego nakazu jest też w końcu szkodliwa dla religii i ludzi wierzących. Co najmniej sugeruje bowiem, że osoby zapewniające o swoich bezpośrednich kontaktach z Bogiem są chore psychicznie⁷⁸. Założenie takie jest krzywdzące dla osób wierzących, petryfikując wizerunek religii jako irracjonalnego zabobonu. Przykładowo kościół katolicki uznaje przypadki Bożych objawień, jak chociażby w odniesieniu do głosicielki Bożego miłosierdzia, św. Faustyny Kowalskiej⁷⁹. Pismo Święte niejednokrotnie wzmiankuje o bezpośrednim zwracaniu się Boga do poszczególnych osób. Amerykańska aktorka i pisarka Jane Wagner wymownie pyta się: „Dlaczego jest tak, że gdy mówimy do Boga, to twierdzi się, że modlimy się, ale gdy Bóg mówi do nas, to uważa się nas za schizofreników?”⁸⁰.

Ze względu na powyżej zasygnalizowane obiekcje w większości stanów doktryna boskiego nakazu nie jest uznawana w orzecznictwie. W tym samym kierunku powinny pójść pozostałe jurysdykcje stanowe, rezygnując z tej „pseudodoktryny”⁸¹, która jedynie powiększa, i tak już wyraźną, niespójność *case law* w Stanach Zjednoczonych. Raz traktuje się ją jako kognitywny wyjątek wobec kognitywnego testu M’Naghtena. Kolejnym razem widzi się w niej wyjątek wolicjonalny w stosunku do kognitywnego testu. Jeszcze innym razem stanowi tylko „czynnik” uwzględniany w rozważaniach nad kognitywnymi sprawnościami sprawcy. Zdolność sprawców – którzy dopuścili się zabójstwa w przeświadczeniu wykonywania rozkazu Boga – do poniesienia odpowiedzialności karnej, należy oceniać w oparciu o ogólne zasady instytucji niepoczytalności z jednoczesnym uwzględnieniem dorobku psychiatrii.

⁷⁶ Archie v. Alabama, 875 So. 2d 336, 337, 343 (Ala. Crim. App. 2003).

⁷⁷ T. Blumefeld, Are Jihadists Crazy?, Middle East Quarterly 2012, Spring, s. 7–8.

⁷⁸ W DSM wyraźnie podkreślono, że religijne urojenia i halucynacje nie są *per se* objawem choroby czy zaburzenia psychicznego. Ocena stanu psychicznego osoby musi uwzględniać właściwe dla niej środowisko kulturowe i religijne. Uwarunkowania religijno-kulturowe są relevantne w ocenie tego, czy konkretne przekonanie bądź wierzenie jest w ogóle urojeniem. „W niektórych kulturach, wizualne bądź słuchowe halucynacje o religijnej treści (np. słyszenie głosu Boga) są normalną częścią religijnego doświadczenia”.

⁷⁹ Podobnie R. Belt, When..., s. 790–91.

⁸⁰ Lily Speaks, <http://classic.lilytomlin.com/lily/quotes.html>.

⁸¹ C. Hawthorne, “Deific...”, s. 1774–75.

Murder on the command of God versus a perpetrator's insanity in the light of the case law of U.S. courts

Abstract

Based on the analysis of the case law of U.S. courts, this paper presents the deific decree doctrine. Following the doctrine, a perpetrator, who commits murder while suffering from a delusion that he or she was acting pursuant to instructions from God, should be considered insane and, as such, should be excused from criminal liability. The perpetrator is then ascribed an inability to recognize illegality and/or immorality of the act, or possibly an inability to control his or her behaviour. This paper challenges the deific decree doctrine and sees it as yet another source for nonuniformity and inconsistency of the insanity concept in the U.S. legal order. The doctrine is considered to be violating the principle of separation of church and state as well as the principle of equality before the law. Moreover, the doctrine is believed to be unsupported by contemporary psychiatry. It is also seen as promoting an unfavourable and unauthorised image of a religion and religious believers. The author hereof shares the demands of American legal scientists that instead of the deific decree doctrine one should apply the general principles of insanity to perpetrators suffering from religious delusions.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Kazimierz Postulski

Udział prokuratora w postępowaniu wykonawczym po ostatnich zmianach Kodeksu karnego wykonawczego

Streszczenie

Kodeks karny wykonawczy określa prokuratora jako stronę, ale tylko w postępowaniu wykonawczym przed sądem. Liczne zmiany tego kodeksu, zwłaszcza w latach 2003–2016, w znaczący sposób modyfikowały zakres kompetencji prokuratora w tym postępowaniu. W artykule, wskazując na te zmiany, autor bardzo szczegółowo analizuje aktualny stan prawny, uwzględniając zwłaszcza aspekt praktyczny omawianego problemu. Zwraca też uwagę na potrzebę i powody zwiększenia aktywności prokuratorów w postępowaniu wykonawczym.

1. Uwagi wstępne

Kodeks karny wykonawczy z 1997 roku zupełnie inaczej, niż poprzedni Kodeks z 1969 roku, uregulował status prokuratora w postępowaniu karnym wykonawczym. Podczas, gdy w myśl art. 2 pkt 6 k.k.w. z 1969 r. prokurator był jednym z organów wykonujących orzeczenie, obecnie, zgodnie z art. 21 k.k.w., jest on tylko „stroną w postępowaniu przed sądem”. W nowym Kodeksie nie ma odpowiedników art. 6 § 1, art. 27, art. 29 i art. 31 k.k.w. z 1969 r., które określały zadania prokuratora w zakresie tzw. nadzoru penitencjarnego. Nastąpiła zatem zasadnicza zmiana jakościowa stanu prawne-

go w tym zakresie, zawężająca znacznie kompetencje prokuratora w postępowaniu wykonawczym.

W brzmieniu obowiązującym od dnia 1 września 1998 r. art. 21 k.k.w. przewidywał, że w postępowaniu przed sądem prokurator jest stroną; w szczególności może składać wnioski i wnosić zażalenia na postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym. Oznaczało to, że prokurator miał prawo m.in. składać zażalenia na wszystkie postanowienia kończące postępowania incydentalne. Natomiast art. 22 § 1 k.k.w. dawał mu prawo do udziału w każdym posiedzeniu sądu. Ten bardzo szeroki zakres kompetencji prokuratora, jako strony w postępowaniu przed sądem, ulegał istotnym zmianom w ramach kolejnych nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego, szczególnie w latach 2003–2016.

Aktualne brzmienie art. 21 k.k.w. przewiduje, że w postępowaniu przed sądem prokurator jest stroną; w szczególności może składać wnioski, a w wypadkach wskazanych w ustawie wnosić zażalenia na postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym. Także do przypadków wskazanych w ustawie ograniczone zostało prawo prokuratora do udziału w posiedzeniach (art. 22 § 1 k.k.w.). W postępowaniu wykonawczym prokurator jest więc obecnie stroną, ale tylko w postępowaniu przed sądem i to o ograniczonych kompetencjach; nie może więc korzystać ze statusu strony przed innymi organami postępowania wykonawczego, wymienionymi w art. 2 k.k.w. W dalszej części artykułu omówione zostaną szczegółowo poszczególne kompetencje prokuratora, tak jak je ukształtowały kolejne nowelizacje Kodeksu karnego wykonawczego.

Natomiast w ramach uwag wstępnych należy jeszcze wskazać na pewne – bardzo ogólne – wskazówki odnośnie do udziału prokuratorów w postępowaniu wykonawczym, jakie znajdujemy w przepisach ustrojowych dotyczących prokuratury.

Ustawa o prokuraturze¹ w zakresie, jaki można odnosić do uczestniczenia prokuratora w postępowaniu wykonawczym, stwierdza jedynie, że udział prokuratora w postępowaniu cywilnym, administracyjnym, w sprawach o wykroczenia oraz w innych postępowaniach określają ustawy (art. 67), a nadto, iż prokurator sprawuje, w granicach przewidzianych ustawami, nadzór nad wykonywaniem postanowień o tymczasowym aresztowaniu i innych decyzji o pozbawieniu wolności (art. 73). Oznacza to, że odpowiedzi na pytanie o kompetencje prokuratora w postępowaniu wykonawczym należy poszukiwać przede wszystkim w Kodeksie karnym wykonawczym. Natomiast regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych

¹ Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1767, z późn. zm.).

prokuratury² przewiduje udział w postępowaniu wykonawczym prokuratorów prokuratur regionalnych (§ 28 pkt 12), okręgowych (§ 30 pkt 11) i rejonowych (§ 36 pkt 4a). Nie wskazuje jednak zakresu kompetencji w postępowaniu wykonawczym prokuratorów poszczególnych szczebli. Oznacza to, że okoliczność, jaką prokuraturę (regionalną, okręgową czy rejonową) reprezentuje prokurator uczestniczący w konkretnym postępowaniu incydentalnym, pozostaje bez wpływu na skuteczność podejmowanych przez niego czynności. W regulaminie tym znajdujemy też przepisy (§ 336–339) nawiązujące do sposobu realizacji tych uprawnień prokuratora w postępowaniu wykonawczym przed sądem, które są przewidziane w Kodeksie karnym wykonawczym. Będzie o tym mowa niżej.

To, co zostało wyżej zasygnalizowane, jest aspektem prawnym problemu wyartykułowanego w tytule. Jest też aspekt faktyczny tego problemu.

Sprowadza się on do konstatacji, że prokuratorzy nie zawsze efektywnie uczestniczą w postępowaniu wykonawczym, nawet w tym okrojonym przez ustawodawcę zakresie. Jeżeli zatem prokurator z reguły bardzo aktywnie uczestniczy w tym stadium postępowania sądowego, w którym dochodzi do wydania wyroku i poprzez swoją aktywność (nie wyłączając korzystania ze środków odwoławczych) ma wpływ na treść wyroku, a więc także na rodzaj i wymiar kary, to uzasadnione wydaje się życzenie, aby ta aktywność przenosiła się również na postępowania incydentalne, toczące się w postępowaniu wykonawczym, w wyniku których dochodzi bądź do modyfikacji wymiaru orzeczonej kary, środka karnego lub środka zabezpieczającego (np. poprzez warunkowe przedterminowe zwolnienie, zwolnienie z reszty kary ograniczenia wolności, uznanie kary ograniczenia wolności za wykonaną, zmianę ilości stawek dziennych grzywny i ich wysokości, umorzenie grzywny, uznanie środka karnego za wykonany, zmiana lub uchylenie środka zabezpieczającego itp.) bądź do istotnej modyfikacji sposobu wykonywania kary (np. poprzez orzekanie zastępczych form wykonania kary grzywny i kary ograniczenia wolności, udzielenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyroku w formie bezwzględnej, zawieszenie postępowania wykonawczego itp.). Niestety, nie zawsze tak jest. Konieczność aktywności prokuratora w postępowaniu wykonawczym wynika z tego jeszcze powodu, że zdarza się, iż nie jest ono wolne od uchybień, na które strony nie reagują.

Potwierdzenie tej, odbiegającej od doskonałości i od oczekiwań, aktywności prokuratorów w postępowaniu wykonawczym znajdujemy w wytycznych sprzed ponad roku, jakie w tej sprawie opracowane zostały w Prokura-

² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1206).

turze Generalnej.³ Podkreśla się w nich, że osobisty udział prokuratorów w posiedzeniach wykonawczych sądu to nie wszystko. Zastępca Prokuratora Generalnego przypomina, że aktywność ta musi przejawiać się też poprzez inicjowanie przez prokuratorów postępowań incydentalnych oraz ocenę wydanych orzeczeń wykonawczych pod kątem ich prawidłowości i ewentualnej potrzeby zaskarżenia. Nie bez racji nawiązuje się też w Wytocznych do zadań prokuratora, jako strażnika praworządności podkreślając, iż postępowanie karne wykonawcze jest w przeważającej części postępowaniem sądowym. W przeciwieństwie do postępowania rozpoznawczego, pokrzywdzeni, ich pełnomocnicy oraz przedstawiciele społeczni nie mają praw strony. Z tych względów mimo – z reguły – braku ustawowego obowiązku, udział prokuratora w postępowaniach dotyczących wykonania kary jest konieczny z uwagi na ochronę interesu społecznego oraz pokrzywdzonych. Dlatego zachodzi konieczność podejmowania kroków organizacyjnych, które zagwarantują właściwy udział prokuratorów w postępowaniu karnym wykonawczym i ich właściwą reakcję na zapadające orzeczenia. Dotyczy to zwłaszcza spraw związanych z wykonywaniem kary pozbawienia wolności. Autor Wytocznych wraca się do prokuratorów o monitorowanie postępowań wykonawczych i przypomina, że szczególnie w sprawach kontrowersyjnych, budzących zainteresowanie opinii publicznej lub gdy stwierdzono rażące naruszenie prawa, prokuratorzy mają uprawnienia do podejmowania z własnej inicjatywy – w trybie ustawy o prokuraturze – interwencji w celu uzyskania orzeczeń zgodnych z prawem oraz ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

Kończąc prezentację uwag ogólnych odnoszących się do udziału prokuratora w postępowaniu wykonawczym należy zwrócić uwagę na pewne odrębności, jakie w tym zakresie wprowadza Kodeks karny skarbowy odnośnie do wykonywania orzeczeń w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. W myśl art. 178 § 2 k.k.s. w tych sprawach przez wyrażenie „prokurator” użyte w przepisach Kodeksu karnego wykonawczego rozumie się także „finansowy organ postępowania przygotowawczego”. Przepis ten nadaje więc finansowym organom postępowania przygotowawczego uprawnienia, jakie na gruncie procesu karnego na etapie postępowania wykonawczego ma prokurator. Należy podkreślić, że uprawnienia te są niezależne od tego, czy organ finansowy prowadził postępowanie przygotowawcze i wnosił akt oskarżenia, czy występował w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem czy też nie. Okoliczność ta z punktu widzenia postępowania wykonawczego nie ma żadnego znaczenia.

Finansowy organ postępowania przygotowawczego na mocy wskazanej regulacji uzyskał samodzielne uprawnienia w każdym postępowaniu wyko-

³ Nawiązanie do Wytocznych w oparciu o: A. Łukasiewicz, Prokuratorzy mają inicjować orzeczenia wykonawcze, Rzeczpospolita z dnia 12 stycznia 2017 r.

nawczym dotyczącym orzeczenia w sprawie o przestępstwo lub wykroczenie skarbowe. Nie oznacza to jednak, że w postępowaniu wykonawczym w sprawie o przestępstwo lub wykroczenie skarbowe prokurator traci swoje uprawnienia. Art. 178 § 2 k.k.s. nie wyłącza prokuratora jako strony w postępowaniu wykonawczym przed sądem w sprawach dotyczących przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, a jedynie wprowadza obok niego (zwrot „także”) – jako stronę w tym postępowaniu – finansowy organ postępowania przygotowawczego.

Wobec tego w postępowaniu wykonawczym zarówno prokurator, jak i finansowy organ postępowania przygotowawczego są samodzielnymi stronami. Może się zatem zdarzyć, że obie te strony w kwestiach wykonania konkretnego orzeczenia będą zajmowały odmienne stanowiska⁴.

Przedstawione rozumienie omawianego przepisu nakłada na sąd m.in. obowiązek zawiadamiania każdego z tych podmiotów o terminie i celu posiedzenia, jeżeli w konkretnym postępowaniu przewidziany jest udział prokuratora w posiedzeniu (art. 22 § 1 k.k.w.), a w przypadku niestawiennictwa któregośkolwiek z nich na posiedzenie – doręczenia mu odpisu postanowienia wraz ze stosownym pouczeniem, jeżeli stronom przysługuje środek odwoławczy (art. 100 § 2 i 6 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.). Określony w art. 460 k.p.k. termin do wniesienia zażalenia biegnie w takim przypadku oddzielnie dla prokuratora i finansowego organu postępowania przygotowawczego.

2. Składanie wniosków

Kompetencja prokuratora do składania wniosków została wyeksponowana w art. 21 k.k.w. na pierwszym miejscu. Jest ona istotnym zadaniem prokuratora w postępowaniu wykonawczym przed sądem. Kodeks karny wykonawczy nie określa ani nie ogranicza zakresu przedmiotowego wniosków, które może składać prokurator. W związku z tym należy przyjąć, że mogą one dotyczyć:

- a) wszczęcia postępowania incydentalnego,
- b) kierunków dalszego postępowania,
- c) przeprowadzenia określonych dowodów,
- d) kwestii formalnych zaistniałych w toku postępowania.

Podstawowe znaczenie ma składanie przez prokuratora wniosków o wszczęcie postępowania incydentalnego.

Prokurator ma prawo składać wnioski o wszczęcie każdego postępowania incydentalnego, ale tylko takiego, które jest dopuszczalne na podstawie przepisów odnoszących się do postępowania wykonawczego. Jeżeli zatem

⁴ Podobnie: W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa, 2007 teza 2 do art. 178 § 2.

prokurator uzna za celowe wystąpienie do sądu o wszczęcie konkretnego postępowania, musi mieć świadomość tego, że przepisy te dopuszczają możliwość procedowania w danym przedmiocie. W przeciwnym przypadku, a więc jeżeli złożony byłby wniosek o wszczęcie postępowania nie przewidzianego prawem, mamy do czynienia z okolicznością wyłączającą to postępowanie, czego obligatoryjną konsekwencją musi być umorzenie postępowania wykonawczego w przedmiocie objętym wnioskiem. Na postanowienie sądu o umorzeniu takiego postępowania przysługuje zażalenie (art. 15 § 1 i 2a k.k.w.).

Podstawowy w omawianej aktualnie materii art. 19 § 1 k.k.w. przewiduje, że sąd orzeka w postępowaniu wykonawczym na wniosek prokuratora, skazanego albo jego obrońcy oraz z urzędu, a jeżeli ustawa tak stanowi – na wniosek innych osób. Przepis ten, realizując zasadę postępowania z urzędu, ogranicza ją w zakresie wszczynania postępowań incydentalnych przed sądem, dając w tym zakresie pierwszeństwo stronom i przewidując możliwość ich wszczynania z urzędu w dalszej kolejności, o ile nie uczynią tego strony lub inne uprawnione podmioty, a zachodzi taka potrzeba. Omawiany przepis oddaje więc inicjatywę wszczynania postępowań incydentalnych stronom, co powinno mobilizować je do większej aktywności w postępowaniu wykonawczym. O taką aktywność należy apelować do wszystkich podmiotów, o których mowa w art. 19 § 1 k.k.w.

Wymóg większej, niż ma to miejsce w praktyce, aktywności w inicjowaniu postępowań incydentalnych, należy kierować do prokuratorów szczególnie w sprawach, w których sąd nie posiada wiedzy o podstawie do wszczęcia postępowania z urzędu, zaś skazany nie ma interesu prawnego, aby składać wniosek o wszczęcie takiego postępowania, natomiast prokurator uzyskuje taką wiedzę w związku z wykonywaniem swoich ustawowych obowiązków.

Jest wiele sytuacji, w których wiedza prokuratora o potrzebie podjęcia przez sąd stosownych decyzji procesowych w postępowaniu wykonawczym powinna materializować się składaniem wniosków. Przykłady wniosków, które powinny być wynikiem powzięcia przez prokuratora takiej wiedzy wymienia § 336 powołanego uprzednio regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Jako szczególnie istotne wymienia się w tym przepisie wnioski o odwołanie odroczenia, przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności lub warunkowego zwolnienia, o podjęciu zawieszono postępowania wykonawczego oraz o zarządzenie wykonania kary warunkowo zawieszono i podjęcie postępowania warunkowo umorzono.

Wyliczenie to nie wyczerpuje, co oczywiste, wszystkich możliwości aktywności prokuratora w omawianym przedmiocie. Podkreślając znaczenie wniosków prokuratora o wszczynanie postępowań wykonawczych, należy zwrócić też uwagę na postępowanie o udzielenie skazanemu zezwolenia na

odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Słusznie podkreślono w piśmiennictwie, że prokuratorzy mają instrumenty prawne, by posiadać z urzędu wiedzę o konkretnych skazanych kwalifikujących się do odbywania kary pozbawienia wolności w tym systemie. Rola prokuratora w systemie dozoru elektronicznego nie jest determinowana wyłącznie uwarunkowaniami procesowymi – w tym rolą oskarżyciela publicznego, lecz także zasadniczym zadaniem prokuratury, wskazanym w art. 2 ustawy o prokuraturze, jakim jest strzeżenie praworządności oraz szczególną pozycją prokuratora w postępowaniu karnym, jako organu ochrony prawnej. Niestety wnioski prokuratora o udzielenie skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego mają charakter śladowy. Badania dotyczące jeszcze okresu obowiązywania ustawy z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego⁵ wykazały, że w 2012 r. prokuratorzy nie złożyli żadnego takiego wniosku, a w I poł. 2013 r. złożyli cztery wnioski⁶.

Nie wydaje się, aby po zmianie, z dniem 15 kwietnia 2016 r., stanu prawnego dotyczącego dozoru elektronicznego, stracił na aktualności postulat wzmożonej aktywności prokuratorów w tym zakresie. W myśl dodanego z tym dniem art. 43lc k.k.w.⁷ 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. Porównanie treści art. 19 § 1 i art. 43lc k.k.w. nakazuje przyjąć, że art. 43lc k.k.w. implikuje zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali*, co oznacza, że wyłącza on 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 skargowości⁸.

Na potrzebę inicjowania przez prokuratorów postępowań wykonawczych zwrócono też uwagę w sygnalizowanych wyżej wytycznych Prokuratora Generalnego skierowanych do prokuratorów wszystkich szczebli⁹.

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 142, poz. 960 z późn. zm.

⁶ R. Pelewicki, Rodzaje aktywności prokuratora w systemie dozoru elektronicznego, *Proba* 2015, nr 2, s. 68.

⁷ Art. 2 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 437).

⁸ R. Pelewicki, Rodzaje aktywności prokuratora..., s. 75.

⁹ A. Łukaszevič, Prokuratorzy mają inicjować...

Problemem jest nie tylko aktywność prokuratorów odnośnie do składania wniosków o wszczynanie postępowań incydentalnych, ale też sprostanie ustawowym wymogom, którym te wnioski mają odpowiadać, będących warunkiem ich skuteczności.

Warunki te określa art. 119 § 1 k.p.k., który ma zastosowanie także w postępowaniu wykonawczym (art. 1 § 2 k.k.w.). W myśl tego przepisu wniosek składany do sądu – jak każde pismo procesowe – powinien zawierać:

- a) oznaczenie organu, do którego jest skierowany oraz sprawy, której dotyczy,
- b) oznaczenie oraz adres wnoszącego pismo,
- c) treść wniosku, w miarę potrzeby z uzasadnieniem,
- d) datę i podpis składającego wniosek.

Wymogi, których dotyczy art. 119 k.p.k. są na tyle oczywiste, a ich sformułowanie niebudzące wątpliwości, że zbędne jest poświęcanie im większej uwagi. Zresztą również w orzecznictwie i piśmiennictwie problem ten nie jest eksponowany, a nieliczne opublikowane judykaty i poglądy doktryny dotyczą w zasadzie wyłącznie kwestii związanych z wymogami stawianymi poszczególnym rodzajom pism procesowych, takich jak kasacja czy wniosek o wznowienie postępowania.

Pozostaje więc jedynie zauważyć, że wskazany w art. 119 § 1 pkt 3 k.p.k. wymóg uzasadnienia wniosku tylko „w miarę potrzeby” w postępowaniu wykonawczym przekształca się w obowiązek sporządzenia uzasadnienia wniosku w każdym przypadku. Będzie o tym mowa niżej.

W razie nieuzupełnienia braku formalnego wniosku, to znaczy nieuzupełnienia braku, który powoduje, że wniosek nie odpowiada wymaganiom przewidzianym w art. 119 k.p.k., a brak jest tego rodzaju, że wniosek nie może otrzymać biegu, mimo wezwania do jego usunięcia, wniosek uznaje się za bezskuteczny (art. 120 § 2 k.p.k.). Decyzję w tym przedmiocie, w formie zarządzenia, podejmuje prezes sądu, przewodniczący wydziału, przewodniczący składu orzekającego, upoważniony sędzia lub referendarz sądowny (art. 93 § 2 i art. 120 § 3 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

Ponieważ podstawą prawną zarządzenia o uznaniu wniosku za bezskuteczny są przepisy Kodeksu postępowania karnego, przepisy tego kodeksu mają zastosowanie także w postępowaniu wykonawczym, gdy chodzi o możliwość jego zaskarżenia (art. 459 w zw. z art. 466 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

Dodatkowe wymagania, jakim muszą odpowiadać wnioski kierowane do sądu w postępowaniu wykonawczym, wprowadzone zostały z dniem 1 stycznia 2012 r. poprzez dodanie art. 19 § 3 k.k.w., w myśl którego składający wniosek jest obowiązany do uzasadnienia zawartych w nim żądań w stopniu umożliwiającym jego rozpoznanie, w szczególności do dołączenia

odpowiednich dokumentów¹⁰. Z brzmienia tego przepisu wynika, że zamieszczony w nim wymóg uzasadnienia żądań zawartych we wniosku odnosi się do wszystkich podmiotów, które mają prawo inicjowania postępowań incydentalnych przed sądem, a więc również do prokuratora.

Ta regulacja tworzy zupełnie nowy obraz problematyki wszczynania postępowań incydentalnych w postępowaniu wykonawczym¹¹. W orzecznictwie uznano słusznie, że rozwiązanie to powoduje, iż sąd nie ma obowiązku samodzielnego ustalania rodzaju przesłanek, w oparciu o które miałyby być uwzględniony wniosek, bowiem z treści art. 19 § 3 k.k.w. wynika konieczność uzasadnienia i należytego wykazania zawartych we wniosku żądań oraz wskazania dowodów na ich poparcie¹².

Dodając art. 19 § 3 k.k.w. ustawodawca przeniósł więc na strony ciężar dowodowy w zakresie składanych wniosków. Rozwiązanie to ma na celu usprawnienie postępowania wykonawczego. Złożenie wniosku bez należytego uzasadnienia zawartych w nim żądań i bez ich udokumentowania może skutkować pozostawieniem go bez rozpoznania.

Ponieważ nieuzasadnienie zawartych we wniosku żądań oraz niewskazanie dowodów na ich poparcie jest 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. Określony w tym przepisie 7-dniowy termin do usunięcia braku nie jest terminem zawitym, który może podlegać ewentualnemu przywróceniu. Wezwanie do usunięcia braków wniosku musi w swej treści zawierać wskazanie terminu, w którym należy to uczynić, gdyż wyraźnie wymaga tego art. 120 § 1 *in fine* k.p.k. Przy braku takiej informacji nie może wchodzić w rachubę uznanie wniosku za bezskuteczny z uwagi na jego uzupełnienie po upływie wskazanego w tym przepisie terminu¹³.

Konieczność uzasadnienia zawartych we wniosku żądań „w stopniu umożliwiającym jego rozpoznanie” i „do dołączenia odpowiednich dokumentów” ma charakter względny, może się bowiem zdarzyć, że sam charakter wniosku uniemożliwia jego udokumentowanie przez prokuratora (np. przez przeprowadzenie dowodu z akt sprawy karnej, którymi dysponuje sąd). W takiej sytuacji konieczne będzie podjęcie przez sąd działań z urzędu (art. 167 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.). Powinny to być jednak sytuacje wyjątkowe. Wydaje się w takim przypadku za niezbędne poinformowanie we

¹⁰ Art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431).

¹¹ Zob. też K. P o s t u l s k i, Postępowanie przed sądem w zmienionym kodeksie karnym wykonawczym, *Prok. i Pr.* 2012, nr 2, s. 116.

¹² Zob. np. postanowienie SA w Lublinie z dnia 16 sierpnia 2012 r., sygn. II AKz w 804/12, OSA 2013, nr 4, s. 35, KZS 2013, nr 5, poz. 91, LEX nr 1313200.

¹³ Postanowienie SN z dnia 22 marca 2012 r., sygn. V KZ 5/12, OSNKW 2012, nr 7, poz. 76.

wniosku o niemożności wywiązania się przez prokuratora z obowiązku wynikającego z art. 19 § 3 k.k.w.¹⁴

W piśmiennictwie zgodne jest stanowisko, że pozostawienie wniosku bez rozpoznania na podstawie art. 19 § 3 k.k.w. jest fakultatywne i wymaga formy postanowienia sądu właściwego do rozpoznania wniosku, które nie podlega zaskarżeniu¹⁵. Postanowienie wydane na podstawie przepisów kodeksu karnego wykonawczego może być bowiem zaskarżone (także przez prokuratora) zażaleniem tylko w przypadkach wskazanych w ustawie (art. 21 k.k.w.).

Możliwe jest jednak ponowne wystąpienie z takim wnioskiem, z tym jednak, że poprzedni wniosek nie wywołuje skutków materialno-prawnych¹⁶.

Uprawnienie prokuratora do złożenia wniosku wiąże się nierozdzielnie z uprawnieniem do jego cofnięcia, co może nastąpić do czasu zajęcia przez sąd stanowiska w jego przedmiocie. Sąd powinien w takiej sytuacji przyjąć do wiadomości oświadczenie woli cofnięcia wniosku i w zależności od własnej oceny potrzeby dokonania wnioskowanej czynności, przeprowadzić tę czynność z urzędu (jeśli jest to dopuszczalne), bądź też odstąpić od prowadzenia dalszego postępowania¹⁷. Takie podejście sądu do cofniętego wniosku uwzględnia podstawowe zasady procesowe: dyspozycyjności i kontryktoryjności, które obowiązują też w postępowaniu wykonawczym. Podniesienie tego problemu wydaje się niezbędne, gdyż pewne wątpliwości w tym przedmiocie może rodzić jednostkowe stanowisko Sądu Najwyższego, iż „wniosek... o warunkowe przedterminowe zwolnienie nie może być skutecznie cofnięty i podlega rozpoznaniu”¹⁸.

Prezentowanie motywów, jakimi kierował się Sąd Najwyższy, wyrażając to stanowisko, wydaje się zbędne, gdyż jest ono odosobnione i spotkało się ze zdecydowaną i jednoznaczną krytyką¹⁹.

¹⁴ Zob. też postanowienie SA w Lublinie z dnia 16 sierpnia 2012 r., sygn. II AKz w 804/12, OSA 2013, nr 4, s. 35–37, LEX nr 1313200, S. Lelental, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 161 i B. Orłowska-Zielińska, K. Szczechowicz, Wykonalność postanowień, udział stron i inne wybrane aspekty nowelizacji kodeksu karnego wykonawczego, Prok. i Pr. 2013, nr 3, s. 111.

¹⁵ S. Lelental, Kodeks karny wykonawczy..., s. 161, K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 182, B. Orłowska-Zielińska, K. Szczechowicz, Wykonalność postanowień..., s. 111.

¹⁶ Postanowienie SN z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. V KZ 93/13, KZS 2011, nr 3, poz. 41, LEX nr 852357.

¹⁷ I. Nowikowski, Odwołalność czynności procesowych stron w polskim procesie karnym, Lublin, 2001, s. 272.

¹⁸ Uchwała SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. I KZP 8/200, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 51.

¹⁹ Zob. m.in. K. Grzegorzczak, Glosa do uchwały SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. I KZP 8/01, WPP 2001, nr 3–4, s. 161; S. Zabłocki, Glosa do uchwały SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. I KZP 8/01, Palestra 2001, nr 9–10, s. 209; R. A. Stefański, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa procesowego za 2001 r., WPP 2002, nr 2, s. 68; K. Postulski, Glosa do uchwały SN z dnia 27 kwietnia 2001 r.,

Także we wcześniejszym piśmiennictwie i orzecznictwie, a więc nie odnoszącym się do powołanego postanowienia Sądu Najwyższego, nie występowały w tym przedmiocie rozbieżności²⁰. Podkreślano w nim, że w postępowaniu wykonawczym jednym z warunków kontrydiktoryjności jest zagwarantowanie przynajmniej minimum dyspozycyjności polegającej na umożliwieniu stronom wyboru takiego zachowania, które uznaje w okolicznościach sprawy za zasadne.²¹

Cofnięcie wniosku jest okolicznością wyłączającą postępowanie w przedmiocie, którego wniosek dotyczy i powoduje umorzenie postępowania wykonawczego w tym zakresie (art. 15 § 1 k.k.w.).

3. Udział w posiedzeniu

Jak pokazuje praktyka, udział prokuratorów w tzw. posiedzeniach wykonawczych jest podstawową formą ich aktywności w postępowaniu wykonawczym. W dostępnych statystykach można znaleźć informację, że w 2015 r. wzięli oni udział łącznie w 233065 posiedzeniach karnych wykonawczych²². Statystyki nie dają natomiast odpowiedzi na pytanie, ile spośród tych posiedzeń było inicjowanych wnioskami prokuratorów o wszczęcie postępowania i jaka była ich aktywność w toku posiedzeń oraz w zakresie zaskarżania wydanych na nich postanowień.

O udziale stron i innych osób w posiedzeniu sądu mowa jest w art. 22 k.k.w. W pierwotnym brzmieniu, obowiązującym od dnia 1 września 1998 r., przepis ten przewidywał, że o terminie i celu każdego posiedzenia sądu zawiadamia się prokuratora, skazanego oraz jego obrońcę lub pełnomocnika, a w razie potrzeby także inne osoby, na wniosek których wszczęto postępowanie incydentalne.

Istotna zmiana brzmienia tego przepisu nastąpiła z dniem 1 stycznia 2012 r.²³ Aktualnie art. 22 § 1 k.k.w. stanowi, że „Prokurator, skazany oraz jego obrońca, sądowy kurator zawodowy, pokrzywdzony, a także inne osoby, o których mowa w art. 19 § 1 k.k.w., mają prawo wziąć udział w posie-

sygn. I KZP 8/01, PWP 2001, nr 32–33, s. 185; J. Hołda, Z. Hołda, *Prawo karne wykonawcze*, Kraków 2004, s. 135.

²⁰ I. Nowikowski, *Odwolalność czynności...*, s.272 i cyt. tam piśmiennictwo oraz orzecznictwo; zob. też postanowienia SA w Krakowie: z dnia 7 stycznia 2013 r., sygn. II AKzW 1481/12, LEX nr 1246707 i z dnia 27 lutego 2015 r., sygn. II AKzW 143/15, KZS 2015, nr 3, poz. 71.

²¹ W. Dańdak, *Kontrydiktoryjność postępowania wykonawczego przed sądem (w:) J. Czap-ska, A. Gaberle, A. Świątłowski, A. Zoll (red.), Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności, (Księga pamiątkowa ku czci profesora Stanisława Waltosia)*, Warszawa 2000, s. 421.

²² A. Łukasiewicz, *Prokuratorzy mają inicjować...*

²³ Art. 1 pkt 14 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych usta (Dz. U. Nr 240, poz. 1431).

dzeniu, gdy ustawa tak stanowi. W posiedzeniu sądu wyższej instancji mają prawo wziąć udział osoby, którym przysługuje prawo do udziału w posiedzeniu sądu pierwszej instancji”.

Intencją wprowadzenia tej zmiany był wzgląd na ekonomikę procesową, a także uwzględnienie zmiany brzmienia art. 96 k.p.k., ograniczającej udział stron w posiedzeniu, przyjętej w 2003 r.²⁴ Autorzy zmiany brzmienia art. 22 k.k.w. z 2011 r. uznali, że istniejąca w postępowaniu wykonawczym zasadnicza różnica dotycząca zasad udziału stron i innych podmiotów w posiedzeniu sądu nie znajduje uzasadnienia.

Niewielka liczba przypadków, w których ustawodawca przewidział z dniem 1 stycznia 2012 r. prawo udziału stron i innych osób w posiedzeniach sądu, ulegała rozszerzaniu w wyniku kolejnych nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego.

Aktualnie obowiązujące przepisy przewidujące odstępstwo od zasady rozpoznawania spraw na posiedzeniu bez udziału stron, a więc dające również prokuratorowi prawo udziału w posiedzeniu, dotyczą spraw w przedmiocie:

- a) zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 46 § 1 k.k.w. (art. 48 k.k.w.);
- b) zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 48a § 2 k.k.w. (art. 48a § 4 k.k.w.);
- c) zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności w sytuacji uchylania się przez skazanego od odbywania kary ograniczenia wolności (art. 65 § 3 k.k.w.);
- d) zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 65a § 2 k.k.w. (art. 65a § 4 k.k.w.);
- e) warunkowego zawieszenia wykonania kary na podstawie art. 152 § 1 k.k.w. (art. 152 § 3 k.k.w.);
- f) odroczenia wykonania kary lub przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności (art. 153a § 1 k.k.w.);
- g) odwołania warunkowego zwolnienia (art. 160 § 6 k.k.w.);
- h) warunkowego zwolnienia (art. 161 § 1 k.k.w.);
- i) zarządzenia wykonania kary warunkowo zawieszanej (art. 178 § 3 k.k.w.);
- j) skrócenia kary, o którym mowa w art. 75 § 3a k.k. (art. 178 § 4 k.k.w.);
- k) orzeczenia, zmiany lub uchylecia środka zabezpieczającego (art. 199b § 3 k.k.w.).

W posiedzeniach mających za przedmiot wymienione sprawy prokurator ma prawo, a nie obowiązek, wziąć udział, co oznacza, że jego niestawien-

²⁴ Art. 1 pkt 31 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 17, poz. 155).

nictwo nie wstrzymuje rozpoznania sprawy, pod warunkiem wszakże, że został prawidłowo zawiadomiony o terminie i celu posiedzenia.

Należy jednak zwrócić uwagę na treść § 337 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, który stanowi, że prokurator bierze udział w posiedzeniach sądu, gdy sąd pierwszej lub drugiej instancji rozstrzyga w przedmiocie:

- a) przerwy w wykonaniu kary, odroczenia wykonania kary oraz warunkowego zawieszenia wykonania kary,
- b) zamiany kary grzywny lub kary ograniczenia wolności na zastępczą karę pozbawienia wolności,
- c) zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszonyj oraz odwołania warunkowego zwolnienia,
- d) udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego oraz uchylenia takiego zezwolenia,
- e) warunkowego zwolnienia:

– jeżeli jest to uzasadnione wagą sprawy lub innymi okolicznościami. W takim przypadku prawo prokuratora do udziału w posiedzeniu sądu przekształca się w obowiązek służbowy takiego udziału. Nadto prokurator powinien rozważyć potrzebę wzięcia udziału w posiedzeniu sądu również w innych sprawach, zwłaszcza zawiłych lub poruszających opinię publiczną (§ 338 powołanego wyżej regulaminu).

W Kodeksie karnym wykonawczym przewidziane są dwa przypadki, w których udział prokuratora w posiedzeniu sądu jest obowiązkowy. I tak: znowelizowany w 2015 r. art. 204 § 2 k.k.w.²⁵ przewiduje obowiązkowy udział prokuratora w posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym, natomiast obowiązujący od dnia 15 kwietnia 2016 r. art. 43le § 3 k.k.w.²⁶ stanowi, że obowiązkowy jest udział prokuratora w posiedzeniu o zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli skazany odbywa już karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym.

Należy też zwrócić uwagę na przepisy, z których wprawdzie w sposób bezpośredni nie wynika obowiązek zawiadomienia przez sąd stron o terminie i celu posiedzenia, chociaż niewątpliwie on istnieje. I tak:

- a) art. 43lg k.k.w. stanowi, że przed wydaniem postanowienia o udzieleniu skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny wysłuchuje skazanego lub jego obrońcę, sądowego kuratora zawodowego, jeżeli składał wniosek

²⁵ Art. 4 pkt 91 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

²⁶ Art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. poz. 428).

- o zezwolenie, o którym mowa w art. 43la § 1k.k.w., oraz przedstawiciela skazanego, o którym mowa w art. 42 k.k.w.; również przed uchyleniem udzielonego zezwolenia sąd penitencjarny, o ile uzna to za konieczne, wysłuchuje wymienione osoby (art. 43lm § 1 k.k.w.);
- b) w myśl art. 74 § 1 k.k., czas i sposób wykonania nałożonych obowiązków wymienionych w art. 72 k.k. sąd określa po wysłuchaniu skazanego; przepis ten ma zastosowanie także w postępowaniu wykonawczym, jeżeli czasu i sposobu wykonania obowiązków sąd nie określił w wyroku warunkowo zawieszającym wykonanie kary lub warunkowo umarzającym postępowanie (art. 74 § 3 k.k.) albo gdy takie obowiązki zostały orzeczone dopiero w postępowaniu wykonawczym na podstawie art. 74 § 2 k.k.;
 - c) ponieważ nałożenie obowiązku probacyjnego poddania się leczeniu (art. 72 § 1 pkt 6 i 6a k.k.) wymaga zgody skazanego, orzeczenie w tym przedmiocie w postępowaniu wykonawczym na podstawie art. 74 § 2 k.k. musi być poprzedzone jego wysłuchaniem;
 - d) to, o czym była mowa w punktach poprzednich, odnieść trzeba także do modyfikacji obowiązków nałożonych na sprawcę, w związku z warunkowym umorzeniem postępowania (art. 67 § 4 k.k.);
 - e) w myśl art. 75a § 3 k.k. w sprawach mających za przedmiot zamianę kary pozbawienia z warunkowym zawieszeniem na karę ograniczenia wolności lub na karę grzywny zamiast zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, sąd w miarę możliwości wysłuchuje skazanego.

Wprawdzie w wymienionych przepisach mówi się tylko o wysłuchaniu skazanego, z czym wiąże się konieczność wezwania go na termin posiedzenia, ale w myśl zasady „równości broni” o terminie i celu posiedzenia, na który został wezwany skazany, należy zawiadomić prokuratora. W okolicznościach konkretnej sprawy niesprostanie przez sąd temu obowiązkowi może być uznane jako obraza przepisów postępowania, mogąca mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.).

Jak już zostało powiedziane, prawo lub obowiązek udziału prokuratora w posiedzeniu w wymienionych wyżej przypadkach nakłada na sąd obowiązek zawiadomienia go o terminie i celu posiedzenia. Podstawową formą zawiadomienia jest doręczenie prokuratorowi wokandy, to jest wykazu spraw, które mają być rozpoznane w danym dniu (art. 135 k.p.k.). Wyjątkowo w przypadkach pilnych ta forma zawiadomienia może być zastąpiona inną (§ 292 ust. 1 zdanie drugie regulaminu urzędowania sądów²⁷).

Niestawiennictwo prokuratora na posiedzeniu nie wstrzymuje rozpoznania sprawy (poza posiedzeniami, o których mowa w art. 43le § 3 i art. 204 § 2 k.k.w.), nakłada jednak na sąd obowiązki wskazane w art. 100 § 4, 6–8

²⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. poz. 2316 z późn. zm.).

k.p.k., tzn. obowiązek doręczenia mu odpisu postanowienia z uzasadnieniem oraz pouczenia o prawie, terminie i sposobie wniesienia zażalenia, jeżeli takie mu przysługuje. Obowiązek taki ciąży na sądzie także w tych przypadkach, w których prokurator nie był zawiadamiany o terminie i celu posiedzenia, natomiast ma prawo zaskarżyć wydane na nim postanowienie.

W § 339 powoływanego już regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury stwierdza się, że biorąc udział w posiedzeniu sądu, prokurator ustosunkowuje się do rozpatrywanych wniosków i kwestii z nimi związanych, a następnie ocenia zasadność orzeczenia sądu oraz potrzebę jego zaskarżenia, jeżeli uznaje je za wadliwe lub niesłuszne.

Eksponując wskazany obowiązek służbowy aktywnego udziału prokuratora w postępowaniu wykonawczym, należy zwrócić uwagę na dwa problemy dotyczące udziału w nim skazanego, które powinny podlegać ocenie prokuratora i być przedmiotem jego aktywności – w razie potrzeby – także w formie zażalenia.

Pierwszy z tych problemów dotyczy przypadków, w których sąd wysłuchuje skazanego (lub jego obrońcę) „o ile uzna to za konieczne” (art. 431m § 1 k.k.w.), „w miarę możliwości” (art. 75a § 3 k.k.) albo „o ile jest to możliwe” (art. 178 § 4 k.k.w.). Wykładnia gramatyczna tych sformułowań nie oznacza bezwzględnego nakazu wysłuchania. Jednakże – z uwagi na przedmiot rozpoznania sądu, z którym wiąże się tak sformułowana ustawowa powinność wysłuchania skazanego – odstępianie od wysłuchania powinno być w wymienionych przypadkach wyjątkowe i ograniczać się zwłaszcza do sytuacji, w których skazany swoim zachowaniem daje podstawy do przyjęcia, iż nie zamierza brać udziału w posiedzeniu, w szczególności nie stawia się na wezwania, nie zawiadamia o zmianie miejsca pobytu czy prowadzi włóczęgowski tryb życia. Fakt nieusprawiedliwionego niestawiennictwa skazanego na posiedzeniu nie rokuje pozytywnie, gdy chodzi o prognozę społeczno-kryminologiczną. Jednak w każdym takim przypadku sąd powinien rozważyć, czy dla pełnego i wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności niezbędnych do rozstrzygnięcia nie należałoby skorzystać z możliwości, jakie daje art. 23 k.k.w. Pomocne w prawidłowym procedowaniu sądu co do tych kwestii powinno być stanowisko prokuratora zaprezentowane w toku posiedzenia sądu.

Jako drugi z zasygnalizowanych problemów, który nie może ująć uwadze prokuratora, należy podnieść istotną kwestię dotyczącą udziału stron w posiedzeniu sądu mającym za przedmiot dalsze stosowania pobytu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym tytułem środka zabezpieczającego. Dotyczący tej kwestii powołany wyżej art. 204 § 2 k.k.w. w brzmieniu nadanym mu

z dniem 1 lipca 2015 r.²⁸ nie przewiduje udziału w posiedzeniu sprawcy, a jedynie mówi o obowiązkowym udziale prokuratora, a obrońcy w wypadkach określonych w art. 8 § 2 k.k.w., chyba, że sąd orzeka na korzyść lub zgodnie z wnioskiem skazanego. Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 22 marca 2017 r.²⁹ orzekł, że art. 204 § 1 i 2 w zw. z art. 22 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim nie przewiduje prawa do osobistego udziału sprawcy, wobec którego stosowany jest środek zabezpieczający polegający na umieszczeniu w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, w posiedzeniu sądu w sprawie dalszego stosowania tego środka zabezpieczającego, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W obszernym uzasadnieniu wyroku Trybunał stwierdził m.in., że wprowadzenie obowiązkowego uczestnictwa obrońcy w posiedzeniu sądu nie może stanowić *per se* uzasadnienia dopuszczalności wyłączenia tego prawa w stosunku do skazanego (sprawcy) umieszczonego w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. Nie może być tak, że decyzja co do stosowania środka prawnego, którego istota polega na pozbawieniu możliwości korzystania z konstytucyjnej wolności osobistej, zapada pod nieobecność osoby, której ta decyzja dotyczy. W ocenie Trybunału wynikające z art. 204 § 1 i 2 w zw. z art. 22 § 1 k.k.w. ograniczenie korzystania z prawa do sądu, polegające na braku gwarancji udziału w posiedzeniu osoby umieszczonej w zakładzie psychiatrycznym tytułem środka zabezpieczającego i wysłuchania jej przez sąd co do okoliczności mających znaczenie dla wszechstronnej oceny kwestii dalszego stosowania internacji psychiatrycznej, nie było „konieczne” w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Rolą sądu w toku postępowania, o którym mowa w art. 204 § 1 k.k.w., jest rozważenie konieczności dalszego faktycznego pozbawienia wolności osobistej sprawcy oraz poddawania go przymusowemu postępowaniu leczniczemu. Sprawiedliwe i jawne w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP rozstrzygnięcie sprawy dalszego stosowania środka wyłączającego możliwość korzystania z wolności osobistej wymaga obecności oraz wysłuchania osoby, o której sytuacji faktyczno-prawnej sąd decyduje, chyba że z uwagi na stan zdrowia tej osoby udział w posiedzeniu byłby bezcelowy lub niewskazany albo osoba ta odmawia udziału w posiedzeniu lub uchyla się od niego, a sąd nie uznaje jej sprowadzenia za konieczne.

Tak więc, zgodnie z powołanym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, art. 204 § 2 k.k.w. stracił moc w zakresie, w jakim nie przewiduje prawa do osobistego udziału sprawcy, wobec którego stosowany jest środek zabezpieczający polegający na umieszczeniu w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, w posiedzeniu sądu mającym za przedmiot dalsze stosowanie

²⁸ Art. 4 pkt 91 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

²⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 marca 2017 r., sygn. SK 13/14, OTK-A 2017/19.

tego środka zabezpieczającego. Powinien o tym pamiętać nie tylko sąd rozpoznający sprawę, ale też prokurator i obrońca.

4. Wnoszenie zażaleń

W brzmieniu obowiązującym od dnia 1 września 1998r. art. 21 k.k.w. przewidywał, że prokurator mógł wnosić zażalenia na wszystkie postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym. Przepis ten został znowelizowany z dnem 1 stycznia 2012 r.³⁰ (podobnie, jak art. 6 § 1 k.k.w. dotyczący skazanego) poprzez ograniczenie prawa wnoszenia zażaleń na postanowienia sądu tylko do przypadków wskazanych w ustawie. W zamierzeniu ustawodawcy ma to usprawnić i przyspieszyć postępowanie wykonawcze, a także upodobnić uprawnienie stron dotyczące wnoszenia zażaleń do obowiązującego w Kodeksie postępowania karnego, nie naruszając jednocześnie konstytucyjnych gwarancji skazanego oraz gwarancji wynikających z europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Trzeba pamiętać, że Konstytucja RP w art. 78 dopuszcza wyłączenie zasady zaskarżalności orzeczeń i decyzji mocą przepisów ustawy, natomiast powołana Konwencja, a w szczególności jej art. 13, a także art. 2 protokołu nr 7 do tej konwencji dotyczą wprawdzie prawa do odwołania się w sprawach karnych, ale wyłącznie w kwestii winy i kary.

Wylizanie w tym miejscu wszystkich postanowień, na które przysługuje zażalenie, wydaje się zbędne, chociażby z uwagi na ich ilość. Wystarczy powiedzieć, że zażalenia przysługują na większość postanowień wydawanych w postępowaniu wykonawczym³¹.

Zaskarżeniu nie podlegają jedynie postanowienia niemające zasadniczego wpływu na treść uprawnień i obowiązków skazanego w postępowaniu wykonawczym, takie jak: postanowienie w przedmiocie właściwości sądu (art. 3 § 3a k.k.w.), postanowienie w przedmiocie wstrzymania wykonania orzeczenia (art. 9 § 3 k.k.w.), postanowienia o uchyleniu lub zmianie postanowień wydawane w trybie art. 24 § 1 k.k.w., o ile nie dotyczą postanowień uchylanych lub zmienianych, na które przysługiwało zażalenie (art. 24 § 3 k.k.w.), bądź postanowienia mające wprawdzie wpływ na treść uprawnień i obowiązków skazanego jako strony postępowania wykonawczego, lecz wydawane, co do zasady, na jego korzyść, jak np. postanowienia o zmniejszeniu liczby godzin wykonywanej pracy lub wysokości miesięcznych potrąceń z wynagrodzenia za pracę (art. 61 § 2 k.k.w.).

³⁰ Art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431).

³¹ Wylizanie postanowień, na które przysługuje zażalenie zob. K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 76–78.

Zasada wyrażona w art. 21 k.k.w., dotycząca uprawnień prokuratora do wnoszenia zażaleń jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie, odnosi się wyłącznie do zażaleń na postanowienia wydawane przez sąd w postępowaniu wykonawczym, na podstawie przepisów Kodeksu karnego wykonawczego³². Podstawą prawną postanowień o charakterze procesowym, wydawanych w postępowaniu wykonawczym mogą być w pewnych wypadkach także przepisy Kodeksu postępowania karnego, z których część przewiduje prawo do ich zaskarżania. Wyłącznie postanowienia określone w przepisach Kodeksu postępowania karnego, które takie prawo przewidują, są zaskarżalne także w postępowaniu wykonawczym.

Z uwagi na to, że podstawowym zadaniem prokuratury jest strzeżenie praworządności (art. 2 prawa o prokuraturze), również w postępowaniu wykonawczym prokurator może wnosić zażalenia zarówno na korzyść jak i na niekorzyść skazanego.

Wobec braku odmiennego uregulowania w Kodeksie karnym wykonawczym, do trybu wnoszenia zażaleń na postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania karnego (art. 1 § 2 k.k.w.), w szczególności art. 460 k.p.k., zgodnie z którym zażalenie wnosi się w terminie 7 dni od daty ogłoszenia postanowienia, a jeżeli ustawa nakazuje doręczenie postanowienia – od daty doręczenia. Wskazany w tym przepisie obowiązek doręczenia postanowienia (wraz ze stosownym pouczeniem) przewiduje art. 100 § 2 i 6 k.p.k. w sytuacji, gdy prokurator nie brał udziału w posiedzeniu lub nie był obecny przy ogłoszeniu postanowienia. Zażalenie musi odpowiadać wymogom art. 427 k.p.k., a podnoszone w nim mogą być zarzuty przewidziane w art. 438 i 439 § 1 k.p.k.

Kończąc tę część rozważań należy odpowiedzieć na pytanie, czy prawo prokuratora do zaskarżania decyzji podejmowanych w postępowaniu wykonawczym dotyczy tylko postanowień sądu, czy też obejmuje prawo do wnoszenia skarg na decyzje innych organów postępowania wykonawczego, wymienionych w art. 7 k.k.w. z powodu ich niezgodności z prawem?

Z jednoznacznego brzmienia art. 21 k.k.w. wynika, że prokuratorowi nie przysługuje prawo zaskarżania innych decyzji wydawanych w postępowaniu wykonawczym, niż postanowienia sądu (sądu penitencjarnego). W szczególności nie przysługuje mu prawo składania skarg na decyzje organów wykonujących orzeczenie z powodu ich niezgodności z prawem. Uprawnienie wynikające z treści art. 7 § 1 k.k.w., przepis ten daje jednoznacznie tylko skazanemu. Wymienione ono zostało w tym przepisie niezależnie od przysługującego skazanemu z mocy art. 6 § 1 k.k.w. prawa do wnoszenia zaża-

³² Postanowienie SA w Lublinie z dnia 4 marca 1999 r., sygn. II AKz 66/99, Apel. Lub. 1999, nr 2, poz. 15, LEX nr 36278.

leń. Gdyby intencją ustawodawcy było przyznanie uprawnienia do składania skarg w trybie art. 7 k.k.w. także prokuratorowi, wyraziłby to równie wyraźnie, jak w przypadku skazanego.

Także ze zwrotu „w szczególności” zamieszczonego w art. 21 k.k.w. nie można wyprowadzać wniosku, że prokuratorowi przysługuje również prawo do składania skarg na decyzje, których dotyczy art. 7 k.k.w. Takie rozumienie uprawnień prokuratora, jak zaprezentowane wyżej, wynika także z wykładni celowościowej art. 21 k.k.w. Skoro prokurator jest tylko stroną w postępowaniu wykonawczym przed sądem, a więc został pozbawiony uprawnień w zakresie nadzoru penitencjarnego, a skarga jest jedną z form takiego nadzoru, zrozumiałe jest, że nie przysługuje mu prawo do jej wnoszenia³³.

Przedstawiana argumentacja powoduje, że nie można zgodzić się z poglądem wywodzącym prawo prokuratora do wnoszenia nie tylko zażaleń na postanowienia sądu, ale wszystkich środków zaskarżenia przewidzianych w Kodeksie karnym wykonawczym, z wykładni funkcjonalnej art. 21 k.k.w., uwzględniającej fakt, że prokurator ma za zadanie stać na straży praworządności³⁴.

5. Inne formy aktywności

W Kodeksie karnym wykonawczym znajdujemy kilka przepisów dotyczących aktywności prokuratora w postępowaniu karnym wykonawczym, przejawiającej się w innych formach, niż składanie wniosków, udział w posiedzeniach sądu i wnoszenie zażaleń.

Jednym z takich przepisów jest art. 102 pkt 10 k.k.w., wymieniający prokuratora wśród innych podmiotów (administracji zakładu karnego, kierowników jednostek organizacyjnych Służby Więziennej, sędziego penitencjarnego i Rzecznika Praw Obywatelskich), wobec których skazany ma prawo składania wniosków, skarg i prośb oraz przedstawiania ich, w nieobecności innych osób.

Wynikające z art. 102 pkt 10 k.k.w. prawo skazanego nie daje prokuratorowi żadnych innych uprawnień w postępowaniu wykonawczym, poza dotąd omówionymi. Dotyczy ono bowiem wniosków, skarg i prośb, do których rozpatrzenia jest właściwy prokurator z mocy obowiązujących przepisów. Mogą być one dla prokuratora inspiracją do podejmowania stosownych czynności leżących w sferze jego kompetencji, nie wyłączając składania do sądu stosownych wniosków w postępowaniu wykonawczym na korzyść skazanego.

³³ Zob. też J. Śpiewak, Środki odwoławcze według Kodeksu karnego wykonawczego z 1997 r., PWP 1998, nr 19, s. 3.

³⁴ I. Zgoliński, (w:) J. Lachowski (red.), Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2015, teza 2 do art. 21.

Z wymienioną prerogatywą skazanego, ale też i prokuratora łączy się inne jego uprawnienie, wyartykułowane w art. 8b k.k.w. obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r.³⁵ W myśl tego przepisu do prokuratora wykonującego czynności służbowe ma zastosowanie uprawnienie przysługujące Rzecznikowi Praw Obywatelskich lub osobie przez niego upoważnionej, a mianowicie ma on prawo wstępu w każdym czasie, bez ograniczeń, do zakładów karnych, aresztów śledczych i innych miejsc, w których przebywają osoby pozbawione wolności, oraz poruszania się po ich terenie, przeglądania dokumentów i żądania wyjaśnień od administracji tych jednostek, a także do przeprowadzania podczas nieobecności innych osób rozmów z osobami pozbawionymi wolności oraz badania ich wniosków, skarg i prośb.

W przepisie tym zwraca uwagę wymóg, aby uprawnienie prokuratora, o którym mowa, było związane z wykonywaniem przez niego czynności służbowych. Ma on więc na celu umożliwienie prokuratorowi wykonywania jego ustawowych uprawnień i obowiązków.

Z treści art. 8b i art. 102 pkt 10 k.k.w. nie wynikają żadne uprawnienia władcze prokuratora wobec administracji więziennej, chociażby takie, jakie przysługują sędziemu penitencjarnemu (art. 34 k.k.w.). Nie jest on bowiem organem postępowania wykonawczego w rozumieniu art. 2 pkt 10 k.k.w.

Pamiętać też trzeba o istotnym znaczeniu, jakie ma postawa prokuratora w sprawach o udzielenie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności oraz o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary, w szczególności w sytuacji wydania przez sąd penitencjarny decyzji pozytywnej dla skazanego.

Znowelizowany w 2011 r. art. 154 § 1 k.k.w. przewiduje, że jeżeli prokurator oświadczył, iż sprzeciwia się udzieleniu skazanemu przerwy, postanowienie o udzieleniu przerwy (także dalszej przerwy) staje się wykonalne z chwilą uprawomocnienia. Jest to odstępstwo od ogólnej zasady wyrażonej w art. 9 § 3 k.k.w., zgodnie z którą postanowienie wydane w postępowaniu wykonawczym staje się wykonalne z chwilą wydania; w tym dniu powinno być ono wykonane, co w praktyce oznacza, że w dniu jego wydania należy je skierować do wykonania, a więc w tym dniu skazany powinien być zwolniony z zakładu karnego (§ 369 ust. 1 powołanego uprzednio regulaminu urzędowania sądów powszechnych).

Oświadczenie prokuratora, o którym mówi art. 154 § 1 k.k.w., może być złożone na piśmie lub ustnie na posiedzeniu sądu. W tym drugim przypadku, z uwagi na jego znaczenie prawne, musi ono znaleźć dokładne odzwierciedlenie w treści protokołu posiedzenia (art. 143 § 2 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

³⁵ Art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431).

Zaprezentowanie unormowanie odnosi się też do postępowania w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności (art. 162 § 2 zdanie 2 k.k.w.).

Oświadczenie, którego dotyczy art. 154 § 1 i art. 162 § 2 zdanie 2 k.k.w. ma znaczenie decydujące o sytuacji faktycznej i prawnej skazanego. Dlatego w sprawach o udzielenie przerwy (również – dalszej przerwy) w wykonywaniu kary pozbawienia wolności oraz o udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia udział prokuratora w posiedzeniu sądu penitencjarnego powinien być regułą, jako jego obowiązek służbowy, na co zwraca uwagę powołany już uprzednio § 337 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Nie wydaje się, aby w tego rodzaju sprawach miał odpowiednie zastosowanie art. 96 § 1 k.p.k. (w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.) przewidujący możliwość złożenia oświadczenia bez udziału w posiedzeniu. Wymienionych spraw nie można bowiem uznać za „mniej istotne” zaś o tym, jak należy rozstrzygnąć wniosek, decyduje najczęściej przebieg posiedzenia, w szczególności treść ujawnionych w toku posiedzenia akt osobowych skazanego, jego wyjaśnienia, stanowisko administracji zakładu karnego lub kuratora sądowego.

Oświadczenie prokuratora, że sprzeciwia się wnioskowi o udzielenie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności albo warunkowemu przedterminowemu zwolnieniu z odbycia reszty tej kary nie obliguje go do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu penitencjarnego. Powoduje jedynie, że postanowienie to nie podlega wykonaniu do chwili uprawomocnienia, a więc w zależności od sytuacji: do upływu terminu do wniesienia zażalenia lub do dnia rozpoznania zażalenia przez sąd odwoławczy.

Zażalenie wniesione przez prokuratora w sprawie, w której sprzeciwił się uwzględnieniu wniosku o udzieleniu przerwy lub warunkowego zwolnienia podlega rozpoznaniu w terminie 14 dni (zob. art. 154 § 2 k.k.w.). Termin 14-dniowy, w którym powinno być rozpoznane zażalenie prokuratora, jest terminem instrukcyjnym, a jego przekroczenie nie pociąga za sobą żadnych skutków procesowych. Termin ten należy liczyć od daty wpływu zażalenia do sądu odwoławczego. Jego wprowadzenie ma na celu usprawnienie postępowania w sprawach, w których sąd pierwszej instancji udzielił skazanemu przerwy lub warunkowego zwolnienia, ten jednak nadal przebywa w zakładzie karnym z uwagi na sprzeciw prokuratora i wniesione przez niego zażalenie.

Prosecutor's participation in enforcement proceedings following recent amendments to the Executive Penal Code

Abstract

The Executive Penal Codes defines a prosecutor as a party but only in enforcement proceedings before the court. Numerous amendments to the Code, including specifically those made between 2003 and 2016, have significantly modified the powers of a prosecutor's in enforcement proceedings. While presenting the amendments, this paper offers a very detailed analysis of the current legal regime, with particular consideration given to practical aspects of the issue. Attention is also paid to the need and reasons for having prosecutors' activity levels increased in enforcement proceedings.

Aleksandra Hyla

Analiza śladów cyfrowych

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest wykazanie, że istnieją takie ślady cyfrowe, do analizy których konieczne jest posiadanie wiedzy specjalnej z zakresu technologii informacyjnej oraz takie, do których takowa wiedza nie jest potrzebna. W dobie rozwoju nowoczesnej technologii i łatwości dostępu do niej podstawowe umiejętności z zakresu informatyki posiada każdy użytkownik urządzenia cyfrowego. Wiedza ta umożliwia z kolei odpowiedź na pytania: czym jest analizowany materiał, co było powodem powstania tego materiału, jaką informację możemy z niego pozyskać, by w konsekwencji zgromadzone informacje pozwoliły na sformułowanie hipotez analizowanego zdarzenia.

1. Wprowadzenie do problemu

Śladem zwykło się określać stan rzeczywistości w postaci zjawisk i obiektów materialnych mających związek z badanym zdarzeniem, który jest możliwy i przydatny do badań dla celów kryminalistycznych (wykrywczych i dowodowych)¹; lub wszelkie możliwe do zaobserwowania znaki, wskaźniki lub dane, które uważamy za istotne przy podejmowaniu decyzji o prawidłowości lub nieprawidłowości hipotez, w zakresie, w jakim wnioskujemy².

Ślad cyfrowy można definiować jako zmianę w kodzie binarnym systemu teleinformatycznego, a także urządzenia cyfrowego zdolnego do przetwarzania, wysyłania, gromadzenia pakietów danych, będącą wynikiem ingerencji zewnętrznej (fizycznej) bądź wewnętrznej (zdalnej)³ czy też jako przedmiot cyfrowy, który zawiera wiarygodną informację na poparcie lub odrzucenie postawionych hipotez⁴. Jak wynika z powyższego, ślad cyfrowy może zostawić zarówno sprzęt cyfrowy w wyniku jego prawidłowego funk-

¹ Ślady kryminalistyczne. Ujawnianie, zabezpieczenie, wykorzystanie, pod red. M. Goca, J. Moszczyńskiego, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2007, s. 18.

² G. Tecuci, D. A. Schum, D. Marcu, M. Boicu, Intelligence Analysis as Discovery of Evidence, Hypotheses, and Arguments. Connecting the Dots, Cambridge University Press, 2016, s. 243.

³ W. A. Kasprzak, Ślady cyfrowe. Studium prawnokryminalistyczne, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2005, s. 25.

⁴ B. Carrier, File System Forensic Analysis, Addison Wesley Professional, Indiana, 2005, s. 12; http://www.campus64.com/digital_learning/data/cyber_forensics_essentials/info_file_system_forensic_analysis.pdf (dostęp w dniu 6 grudnia 2017 r.).

cjonowania, jak i osoba korzystająca z urządzenia w sposób legalny lub nielegalny (tj. bez autoryzowanego dostępu).

Określony w definicji system binarny (tzw. dwójkowy system liczbowy) jest systemem liczbowym, do zapisu którego używa się dwóch cyfr: 0 i 1, a podstawą zapisu jest liczba 2. Pozycyjny zapis liczbowy przybiera postać ciągu cyfr, a każda z nich jest mnożną kolejnej potęgi podstawy systemu⁵. Do urządzeń cyfrowych zdolnych do przetwarzania, wysyłania i gromadzenia pakietów danych zaliczyć należy komputery, laptopy, notebooki, telefony komórkowe, modemy, drukarki, faksy, karty płatnicze wyposażone w chipy i mikroprocesory, aparaty fotograficzne, kamery cyfrowe, konsole multimedialne, systemy nawigacji, wewnętrzne systemy bezpieczeństwa czy też nośniki danych. Ilość sprzętu cyfrowego, który umożliwia przetwarzanie, wysyłanie i gromadzenie danych, uświadamia, w jak wielu miejscach może być obecny ślad cyfrowy. Tak ogromna ilość danych – określana często pojęciem metadanych, z jednej strony przyczynia się do zebrania stosowanych do sprawy informacji. Jednak, z drugiej strony, utrudnia odnalezienie śladów właściwych do analizowanej sprawy. Specyfika śladu ma to znaczenie, że tylko odpowiednia jego analiza umożliwi wykorzystanie go w badanej sprawie. Oprócz powyższego, każdy z rodzajów śladów cyfrowych ma własną dla siebie procedurę pozyskania i zabezpieczenia. Jednak wątpliwości w świetle powyższych może budzić fakt, iż ślad cyfrowy jest ze swej istoty jednolity, albowiem jest zapisem cyfrowym składającym się z zapisu sekwencyjnego liczb 0–1, a takowym kodem binarnym posługuje się każde urządzenie cyfrowe. Czy zatem właściwe jest dokonywanie podziałów śladów cyfrowych na podkategorie?

Wyróżnienie typów śladów cyfrowych ma znaczenie czysto teoretyczne, które jednocześnie umożliwia zrozumienie sposobu ich powstania. W nauce dokonuje się następującego podziału:

- ślad jako rezultat normalnej działalności w cyberprzestrzeni;
- ślad jako rezultat celowego naruszenia ładu w cyberprzestrzeni;
- ślad jako rezultat funkcjonowania urządzenia cyfrowego⁶.

Niemniej istotnym podziałem jest pogrupowanie śladów ze względu na źródło ich pochodzenia. Takowe wyróżnienie jest przydatne na etapie poszukiwania i pozyskiwania śladów cyfrowych. Rozróżnienie to grupuje ślady na:

- ślady pochodzące z urządzenia cyfrowego znajdującego się na miejscu zdarzenia;
- ślady pochodzące z urządzenia cyfrowego nieznajdującego się na miejscu zdarzenia;

⁵ https://pl.wikipedia.org/wiki/Dw%C3%B3jkowy_system_liczbowy (dostęp w dniu 6 grudnia 2017 r.).

⁶ Por. J. Kosiński, *Paradygmaty cyberprzestępczości*, Wydawnictwo Difin, Warszawa, 2015, s. 184.

– ślady nie pochodzące bezpośrednio z badanego urządzenia cyfrowego⁷.

Powyżej zaprezentowane wyróżnienie śladów ze względu na rezultat czynności użytkownika czy funkcjonowania urządzenia, można podzielić dodatkowo na żywotność śladu. W konsekwencji, zmiany mogą charakteryzować się trwałością lub jej brakiem, co z kolei wpływa na długość istnienia śladu w cyberprzestrzeni, np. wyróżnia się pliki cookie sesyjne, które są automatycznie usuwane po zamknięciu okna przeglądanej strony, a także pliki cookie trwale pozostające w pamięci systemu na dzień, tydzień, rok. Podział takowy jest istotny z uwagi na właściwą procedurę przede wszystkim zabezpieczenia istniejącego śladu.

Dla porządku terminologicznego należy wskazać, iż do określenia śladu cyfrowego używa się zamiennie innych terminów, a to: „dowód elektroniczny” (*electronic evidence*), „dowód komputerowy” (*computer evidence*), „dowód wygenerowany komputerowo” (*computer – generated evidence*), „dowód utworzony na skutek działania komputera” (*computer – derived evidence*), „dowód IT” (*IT evidence*) czy też „wiadomość elektroniczna” (*data message*)⁸. Podkreślić należy, iż wskazanych synonimów nie należy stosować bezrefleksyjnie. Ślad nie może być odpowiednikiem dowodu (w znaczeniu procesowym, na gruncie postępowania karnego, cywilnego czy administracyjnego)⁹. Jak wskazano powyżej, ślad jest pozostałością po wydarzeniu, po czyjejś obecności czy też jej braku. Natomiast dowodem może być tylko i wyłącznie taki środek, który jest dopuszczalny przez prawo procesowe i służący jednocześnie dokonaniu ustaleń faktycznych badanej sprawy.

Wraz ze wzrastającą ilością sprzętu elektronicznego, łatwością w jego dostępie i w efekcie częstotliwości korzystania z nowoczesnej technologii, zwiększyła się ilość śladów cyfrowych. Współczesny, szybko postępujący rozwój technologiczny doprowadził ponadto do wzrostu przestępczości komputerowej¹⁰.

⁷ Por. W. A. Kasprzak, Ślady cyfrowe..., s. 117.

⁸ A. Lach, Dowody elektroniczne..., s. 28–29.

⁹ A. Gaberle, Dowody w sądowym procesie karnym, Oficyna a Wolters Kluwer business, Kraków 2007, s. 22.

¹⁰ W nauce zwrócono uwagę na zamienne stosowanie pojęć: cyberprzestępczość, przestępczość komputerowa, przestępczość związana z komputerami. Jednakże, niektórzy autorzy postulowali, aby pojęcia cyberprzestępczość i przestępczość komputerowa nie utożsamiać. Por. E. Casey, Digital Evidence and Computer Crime Forensic Science, Computers and the Internet, Third Edition, Academic Press, Baltimore, Maryland, USA 2011, s. 25, M. Siwicki, Cyberprzestępczość, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa, 2013, s. 20–21, A. Lach, Dowody elektroniczne w procesie karnym, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2004.

2. Poszczególne ślady cyfrowe

Ze względu na cel, jaki nieść ma niniejszy artykuł, należy dokonać następującego podziału. Do kategorii śladów cyfrowych, których analiza nie wymaga posiadania wiedzy specjalnej, można zaliczyć m.in.: wiadomość elektroniczną, geolokalizację zdjęcia – przy założeniu, że urządzenie cyfrowe dokonuje automatycznego zapisu miejsca wykonania zdjęcia, wnioskowanie o zainteresowaniach użytkownika urządzenia cyfrowego po przeanalizowaniu odwiedzanych przez niego stron internetowych, a w tym zapisanych plikach cookie, czy też wykonane połączenia telefoniczne¹¹.

Natomiast, wiedza specjalna posiadana przez biegłego z zakresu informatyki umożliwia po pierwsze, dogłębniejszą analizę wyżej wymienionych śladów cyfrowych, a po drugie, pozyskanie niedostępnej dla ogółu informacji. Dla przykładu, czasochłonny zrzut pamięci RAM urządzenia cyfrowego pozwala na odczyt danych różnego rodzaju, a to: haseł, przeglądanych przez użytkownika obrazów, odsłuchiwanym plików mp3, odtwarzanych nagrań czy też częściowo zamkniętych już dokumentów. Biegły przy pomocy specjalistycznych oprogramowań jest w stanie ujawnić, odzyskać i zabezpieczyć informacje skasowane (aczkolwiek tylko wtedy, gdy nie zostaną nadpisane innymi danymi). Ponadto, posiadana przez biegłego wiedza pozwala na właściwe przeszukanie cyberprzestrzeni celem pozyskania informacji ukrytej, a przydatnej do badanej sprawy. Przykładowo, dla plików graficznych tworzone są automatycznie miniaturki ukryte w pliku thumb.db. Pliki te są wyświetlane w czasie przeglądania katalogów ze zdjęciami. Usunięcie zdjęć z dysku urządzenia nie powoduje automatycznego usunięcia miniaturrek – one pozostają niezmiennie. Zatem, wiedza specjalna biegłego nie ogranicza się jedynie do umiejętności analizy zgromadzonych śladów cyfrowych, a również do zdolności przewidywania, w jakich miejscach w cyberprzestrzeni mogą wystąpić owe zmiany cyfrowe.

Komputer będący ułatwieniem dla jego użytkowników jest jednocześnie kopalnią wiedzy o postępowaniu osoby go używającej. Posiadane przez biegłego urządzenie cyfrowe pozwala na dokładny odczyt historii jego użycia. Urządzenie elektroniczne rejestruje działanie użytkownika za pomocą logów. Log files zawierają dane, które to są gromadzone przez systemy komputerowe. Do logów tych można zaliczyć adres IP terminala, który wykonuje daną czynność, URL, identyfikator użytkownika, czas połączenia, informacje o dostępie lub próbach dostępu do systemu czy też o uruchomio-

¹¹ Przez wykonanie połączenia autorka rozumie zarówno połączenie udane (tj. A wykonał połączenie do B, a B połączenie odebrał), jak i nieudane (tj. A wykonał połączenie do B, a B połączenia nie odebrał lub je odrzucił). Połączenia telefoniczne w niniejszych wywodach obejmują zarówno rozmowy telefoniczne, krótkie wiadomości tekstowe (SMS), jak i wideokonferencje.

nych, ściągniętych lub wysłanych plikach. Warto podkreślić, iż wymienione powyżej logi znajdują się nie tylko w pamięci komputera, ale ponadto mogą być dostępne w pamięci routera, firewall czy też serwera. Użytkownik korzystający z systemu informatycznego pozostawia po swojej aktywności zapisy logów. Rejestr zdarzeń dotyczy zarówno działania na systemie lokalnym (działanie na programie, który znajduje się w używanym systemie komputerowym), jak i na systemie zewnętrznym (działanie polegające na przesłaniu plików na interfejs sieciowy, który to w celu poprawnego funkcjonowania musi pozostawiać w relacji kompatybilności jednego urządzenia z drugim; tym samym, pozostawienie śladu w urządzeniu A powoduje automatyczne pojawienie się śladu w urządzeniu B). Pozyskane logi umożliwiają wskazanie informacji o: czasie dokonania zdarzenia – godzina, minuta, sekunda; nazwie użytkownika z jego IP, rodzaju zdarzenia – np. błąd, ostrzeżenie; opisie zdarzenia czy też o danych pobieranych plików. Poniżej autorka prezentuje poglądowne logi systemowych dla Windows 7:

Omówienie

Aby wyświetlić zdarzenia, które wystąpiły na tym komputerze, wybierz odpowiedni węzeł źródła, dziennika lub widoku niestandardowego w drzewie konsoli. Widok niestandardowy Zdarzenia administracyjne zawiera wszystkie zdarzenia administracyjne niezależnie od ich źródła. Poniżej jest wyświetlony widok zagregowany wszystkich dzienników.

Podsumowanie zdarzeń administracyjnych

Typ zdarzenia	Identyfi...	Źródło	Dziennik	Ostatnia g...	24 godziny	7 dni
Krytyczne	-	-	-	0	0	0
Błędy	-	-	-	5	5	13
	36	volsnap	System	0	0	1
	6008	EventLog	System	1	1	3

Ilustracja 1. Widok zagregowanego dziennika błędów.

Źródło: opracowanie własne.

Zdarzenia administracyjne Liczba zdarzeń: 5 837

Liczba zdarzeń: 5 837

Poziom	Data i godzina	Źródło	Identyfikator zdarzenia	Kategoria zadania
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:34:04	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:33:54	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:31:36	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:24:56	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:16:12	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:09:50	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:07:24	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:05:02	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:04:52	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:01:38	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 13:01:24	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 12:59:54	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 12:45:52	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 12:43:28	WHEA-Logger	17	Brak
Ostrzeżenia	2017-12-10 12:39:12	WHEA-Logger	17	Brak

Ilustracja 2. Widok zdarzeń administracyjnych na poziomie ostrzeżenia.

Źródło: opracowanie własne.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zapisy w logach mogą być (i najczęściej są) celowo manipulowane przez crackera, aby w ten sposób utrudnić jego wykrycie. Osoba posiadająca obszerną wiedzę na temat funkcjonowania systemu informatycznego potrafi m.in. sprawdzić czy dany serwer nie ma luk w zabezpieczeniu, stworzyć własne *exploity*¹², czy też usunąć logi w systemie. Tym samym, prowadząc analizę powłamaniową nie należy ograniczać się tylko i wyłącznie do ustalenia, że włamania dokonała osoba łącząca się z serwerem za pomocą protokołu SSH i korzystała z zapisanego w logach adresu IP. Konieczne jest ponadto ustalenie, czy uzyskane podczas procesu analizy dane są zapisem prawdziwych czynności wykonanych na systemie informatycznym czy może obrazem sfalszowanym. Ślady cyfrowe w systemie operacyjnym typu *nix, które świadczą o działaniu użytkownika w systemie, to:

- WTMP – log, który zawiera informację o każdym zalogowaniu się lub wylogowaniu wraz ze wskazaniem momentu działalności oraz adresem zdalnego hosta;
- UTMP – log, który zawiera informację o obecnie zalogowanych użytkownikach wraz ze wskazaniem adresów, z których nastąpiło logowanie;
- LASTLOG – log, który zawiera informację o ostatnich zalogowanych użytkownikach wraz ze wskazaniem adresów, z których nastąpiło logowanie¹³.

Analiza tego typu śladów cyfrowych może być pomocna dla określenia, czy urządzenie było użytkowane, w jakim przedziale czasu ono nastąpiło, czy też do wskazania sposobu działania użytkownika. Zgodnie z zasadą, iż każda aktywność pozostawia ślad na miejscu zdarzenia, także brak owej zmiany informuje o obecności użytkownika. W konsekwencji, jeżeli w zbio-
rach logów zamiast występujących tam liczb pojawia się puste pole, oznacza to, że osoba X intencjonalnie usunęła dane w celu ukrycia swojej obecności w systemie operacyjnym. Profesjonalni crackery zamiast usuwać logi systemowe korzystają z specjalnych oprogramowań modyfikujących logi (np. portal Packet Storm, program ZAP lub ZAP2).

Pliki cookie (HTTP Cookie) zawierają informację o przeglądanych przez użytkowników stronach internetowych. Dane te są wysyłane z serwisów internetowych, a następnie zapisywane na urządzeniu końcowym, z którego użytkownik korzysta odwiedzając daną stronę internetową (na dysku twardej urządzenia). Ciasteczka, pozwalają na zapisanie preferencji użytkownika na danej stronie internetowej (np. wybrany przez użytkownika język stro-

¹² *Exploit* jest to program, który wykorzystuje błędy w oprogramowaniu celem przejęcia kontroli nad działaniem systemu informatycznego.

¹³ W. S m o l, Atak. Zacieranie śladów po włamaniu, HACKIN9 5/2009, https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ww_-3OawR2YJ:https://nfsec.pl/hakin9/cloak.pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl (dostęp w dniu 18 grudnia 2017 r.).

ny lub oglądane przez niego produkty) nawet, jeśli nie jest na stronie zalogowany. Co istotne, z punktu widzenia analizy śledczej, pozyskane dane z plików cookie pozwalają jedynie na wskazanie odwiedzanych stron www, a nie osoby, która w danym momencie była użytkownikiem urządzenia. Podkreślić przy tym należy, iż ciasteczka są, co do zasady, danymi tymczasowymi, a więc automatycznie wygasają po określonym czasie lub mogą być usunięte z pamięci urządzenia. Często pliki cookie wykorzystywane są do tak zwanego utrzymania sesji. Po procesie uwierzytelniania użytkownika (sprawdzenie loginu i hasła użytkownika) serwer wysyła ciasteczko do komputera użytkownika, zawierające klucz sesji (unikalny ciąg znaków potwierdzający, że użytkownik wcześniej poprawnie się zalogował). Dzięki temu użytkownik przemieszczając się po kolejnych zakładkach strony nie musi za każdym razem ponownie podawać swojego hasła. Z mechanizmem tym związane jest realne ryzyko przejęcia klucza sesji z komputerów znajdujących się w tej samej sieci. Takie przejęcie danych może doprowadzić do błędnego wskazania urządzenia elektronicznego łączącego się z danym serwisem internetowym, a w efekcie niewłaściwego określenia użytkownika tegoż urządzenia. Przejęcie przez napastnika danych sesji użytkownika X (*session hijacking*), pozwala na przejęcie informacji zawartych w ciasteczkach. W ten sposób napastnik może pozyskać dane służące użytkownikowi do identyfikacji, tj. przejąć jego sesję i konta, by dokonać dalszych operacji już z poziomu uprawnień zalogowanego użytkownika. Dla poprawnego przeprowadzenia ataku polegającego na przejęciu plików cookie wymagane jest wcześniejsze zalogowanie się do usługi użytkownika właściwego. Po prawidłowym zalogowaniu i przejęciu sesji napastnik może przechowywać i stale uzyskiwać aktualne informacje o działalności użytkownika¹⁴. Atak typu *session hijacking* pozwala na wykorzystanie śladów cyfrowych jednego użytkownika przez drugiego i jednocześnie utrudnia rozdzielenie działalności dokonanej przez użytkownika, od tej dokonanej przez napastnika, jako że napastnik staje się użytkownikiem pierwotnym.

Proste przejście historii odwiedzanych przez użytkownika komputera stron internetowych pozwoli na postawienie wstępnej hipotezy, np. czy użytkownik połączył się ze stroną internetową X lub czy interesował się kupnem broni. Natomiast analiza dokonana przez biegłego umożliwi dodatkowo wskazanie, czy miało miejsce włamanie do badanego systemu informatycznego bądź czy adres IP badanego urządzenia jest zgodny z adresem miejsca, pod którym realnie znajduje się urządzenie cyfrowe.

¹⁴ S. Sivakorn, J. Polakis, A. D. Keronytis, HTTP Cookie Hijacking in the Wild. Security and Privacy Implications, Columbia University, New York, USA 2016, s. 2. <https://www.blackhat.com/docs/us-16/materials/us-16-Sivakorn-HTTP-Cookie-Hijacking-In-The-Wild-Security-And-Privacy-Implications-wp.pdf> (dostęp w dniu 17 grudnia 2017 r.).

Ślad cyfrowy pozostawiają również listy elektroniczne, zarówno ze względu na treść zapisu wiadomości, jak i możliwość lokalizacji urządzenia, z którego wiadomość została wysłana. Pochodzenie wiadomości otrzymanej w Gmailu można zaobserwować poprzez analizę nagłówka wiadomości. Nagłówek wiadomości odczytywany jest po jej otwarciu, kliknięciu na opcję „Więcej”, a następnie w „Pokaż oryginał”. Po wybraniu tej opcji wyświetli się karta zatytułowana „Wiadomość oryginalna”, która wskazuje na: identyfikator wiadomości, czas utworzenia wiadomości, nadawcę, adresata, temat wiadomości i SPF¹⁵. Przez wzgląd na analizę śladów cyfrowych, to SPF zawiera najistotniejszą informację, albowiem wskazuje na adres IP nadawcy wiadomości. Uzyskany w ten sposób adres IP można sprawdzić przy użyciu np. strony: <https://www.adres-ip.pl/sprawdz.html>. Efektem sprawdzenia poprawnie wskazanego adresu IP jest uzyskanie informacji o nazwie hosta, kraju i miasta, w którym znajdował się nadawca wiadomości¹⁶. Ślad cyfrowy stanowiący list elektroniczny jest bogaty w informację o nadawcy, odbiorcy, momencie wysłania i otrzymania wiadomości, jak i numerze IP obu podmiotów. Analizą w tym przypadku jest zwykły odczyt informacji w zaprezentowany powyżej sposób. Aczkolwiek możliwość taka pojawia się wtedy, gdy posiadany jest dostęp do konta nadawcy lub odbiorcy wiadomości i gdy wysłana lub nadana wiadomość znajduje się w skrzynce pocztowej. Jeżeli dostęp do konta jest niemożliwy ze względu na brak hasła, to najczęściej dokonywane jest jego odszyfrowanie – do czego nieodzowna jest wiedza i doświadczenie biegłego. Praca biegłego ponadto daje szansę na odzyskanie usuniętych wiadomości, a w efekcie uzyskanie informacji niedostępnej dla przeciętnego użytkownika komputera.

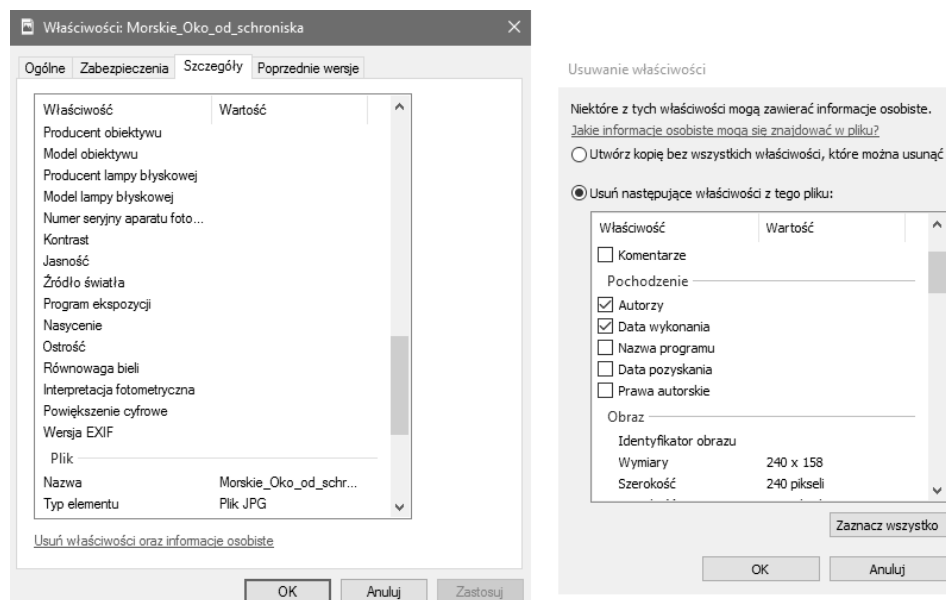
Niezwykle istotnym śladem cyfrowym jest zapis zawierający obraz, a tutaj zaliczyć należy zapisy aparatów fotograficznych, smartfonów, kamer telewizyjnych itd. Ślady tego typu są ważne z dwóch powodów. Po pierwsze, ich analiza pozwala na opis zastanej na zdjęciu sytuacji, a przez to umożliwia identyfikację osoby, miejsca czy przedmiotu. Po drugie, niektóre z zapisów są otagowane, co pozwala na ustalenie, w którym miejscu zapis został wykonany.

Na ilustracji nr 3 widoczne są właściwości odnoszące się do zdjęcia „Morskie oko od schroniska”. Nie zawierają one danych dotyczących miejsca lokalizacyjnego. Brak takowych informacji może być związany z ochroną prywatności osoby wykonującej zdjęcie czy też z zamiarem celowego ukrycia takiej informacji, np. poprzez wykonanie zdjęcia osoby porwanej przy wyłączonyj lokalizacji i jego przesłania do osób poszukujących zaginionej

¹⁵ Rekord SPR (*Sender Policy Framework*) identyfikuje serwery poczty, które są uprawnione do wysyłania poczty elektronicznej w imieniu konkretnej domeny.

¹⁶ Procedura uzyskania informacji o miejscu nadania wiadomości jest idealna, w tym sensie, że autorka nie brała pod uwagę możliwości sfałszowania adresu IP.

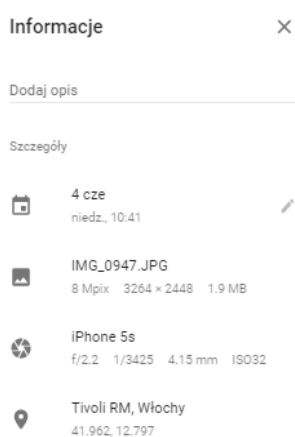
w celu pozyskania okupu. W konsekwencji osoby poszukujące posiadają jedynie informacje o tym, że zdjęcie zostało wykonane, lecz bez wiedzy o tym, w którym miejscu sfotografowano osobę zaginioną.



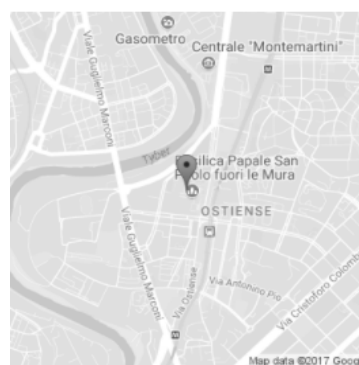
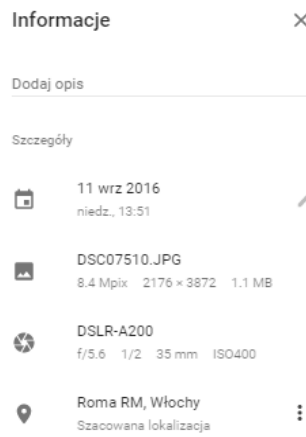
Ilustracja 3. Okienka właściwości zdjęcia.
Źródło: Screen okienek właściwości zdjęcia.

Dane lokalizacyjne mogą być zapisywane automatycznie, bezpośrednio na zdjęciach, a to w sytuacji, gdy urządzenie korzysta z modułu GPS. Informacja lokalizacyjna może być ponadto lokalizacją oszacowaną, a to przy użyciu „Historii lokalizacji” zawartej w koncie Google.

Wykonana choćby w powyższy sposób analiza pozwala na uzyskanie wartościowych informacji. Istotnych dla organów ścigania poszukujących osób zaginionych, osób podejrzewanych czy również dla napastników, którzy mogą wykorzystać zdobyte informacje podczas ataków socjotechnicznych. Natomiast, analiza dokonana przez biegłego pozwala na odkrycie informacji zawartych w obrazie, a niewidocznych gołym okiem. Sytuacja taka ma miejsce, gdy atakujący dokonuje za pomocą tzw. metody najmłodszego bitu zmiany bitu o wartości składowej piksela na bit z wiadomością. Owa manipulacja pozwala na ukrycie komunikatu w stosunkowo prosty sposób. Jednakże, wykrycie podmiany bitów stanowi utrudnienie dla przeciętnego użytkownika urządzeń cyfrowych.



Ilustracja 4. Lokalizacja zdjęcia wykonanego w Tivoli
 Źródło: <https://photos.google.com/>



Ilustracja 5. Szacowana lokalizacja zdjęcia wykonanego w Rzymie
 Źródło: <https://photos.google.com/>

Co jednak w sytuacji, gdy nie ma możliwości penetracji lokalizacyjnej z uwagi np. na usunięcie zdjęcia czy zapisu wideo? Wówczas o obecności osoby X można wnioskować z logowania sprzętu elektronicznego do sieci GSM oraz sieci bezprzewodowych. W konsekwencji do śladów cyfrowych można zaliczyć informacje pojawiające się po wykonanym połączeniu telefonicznym. Samo połączenie opiera się na założeniu, iż jedno urządzenie przesyła drugiemu urządzeniu pakiet danych. Jeden telefon komórkowy, wysyłając żądanie nawiązania połączenia z drugim telefonem, jest nadawcą takiego pakietu danych i jednocześnie zgłasza się do stacji przekaźnikowej BTS¹⁷ informując o nawiązaniu połączenia. Natomiast, drugi aparat telefo-

¹⁷ Stacja BTS (*Base Transceiver Station*) – urządzenie umożliwiające połączenie telekomunikacyjne urządzenia końcowego, używanego w ruchomej sieci telefonicznej, z częścią stałą

niczny, staje się odbiorcą takiego pakietu i również zgłasza się do stacji przekaźnikowej BTS. Co warto podkreślić, samo wykonanie połączenia skierowane do adresata powoduje automatyczne odnalezienie przez stację BTS aparatu telefonicznego adresata. Zatem nie jest wymagane odebranie połączenia, by dokonać lokalizacji aparatu telefonicznego, do którego połączenie jest skierowane. Połączenie telefoniczne pomiędzy urządzeniami, a w efekcie pozostawienie informacji o jego nawiązaniu (lub próbie jego nawiązania) w bilingach telefonicznych stanowi ślad cyfrowy¹⁸. Z punktu widzenia analizy kryminalnej zestaw danych telekomunikacyjnych pozwala na ustalenie m.in. kto jest właścicielem telefonu komórkowego, danych o lokalizacji aparatu telefonicznego, trasy przemieszczania się użytkownika telefonu komórkowego¹⁹. Dane bilingowe zawierają informację o numerze stacji abonenta, adresie abonenta, numerach, z którymi abonent uzyskał połączenie, dacie uzyskania i czasie trwania tego połączenia oraz o jego rodzaju²⁰. Celem analizy śladów cyfrowych, które przybierają formę zapisu w postaci bilingów telefonicznych, jest wykorzystanie tychże bilingów, jako źródła danych geograficznych. Do każdej pozycji w wykazie rozmów przypisane są dwie stacje bazowe (nadajnik BTS): stacja, z którą w danej chwili połączona była telefonująca osoba oraz stacja, z którą połączona była osoba odbierająca telefon²¹.

Co istotne, przekazane przez operatora dane nie wskazują konkretnego miejsca, w którym znajdował się użytkownik telefonu w czasie nawiązywania lub odbierania połączenia. Dane te obrazują jedynie, że telefon logował się w obszarze właściwym dla stacji BTS, a nie pozwalają na identyfikację osoby. Można stwierdzić, iż tak zgromadzone dane są nośnikiem komunikatu, który właściwie przeanalizowany może, choć nie musi, poszerzyć wiedzę o analizowanym zdarzeniu. Uzyskanie dostępu do zapisów bilingów telefonicznych, a następnie ich przetwarzanie i gromadzenie reguluje art. 180a ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne²², w myśl którego operator publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawca publicznie dostępnych usług

tej sieci. § 2 pkt 13 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 28 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowego wykazu danych oraz rodzajów operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązanych do ich zatrzymania i przechowywania, Dz. U. Nr 226, poz. 1828.

¹⁸ Por. W. A. Kasprzak, Ślady cyfrowe..., s. 150.

¹⁹ P. Chlebowicz, J. Kamińska, Operacyjna analiza kryminalna w służbach policyjnych, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2015, s. 100.

²⁰ A. Lach, Dowody elektroniczne..., s. 46.

²¹ J. Dajda, Wizualizacja przemieszczania się osób na podstawie bilingów telefonicznych, (w:) E. Nawarecki, G. Dobrowolski, M. Kisiel-Dorohinicki (red. nauk.), Metody sztucznej inteligencji w działaniach na rzecz bezpieczeństwa publicznego, Wydawnictwo AGH, Kraków 2009, s. 57–66, s. 57–58.

²² Dz. U. Nr 17, poz. 1800, ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne.

telekomunikacyjnych są obowiązani na własny koszt (...) udostępniać dane (...), uprawnionym podmiotom, a także sądom i prokuratorowi, na zasadach i w trybie określonych w przepisach odrębnych; jest ono możliwe tylko dla uprawnionych podmiotów. Tym samym, proces analizy śladów cyfrowych mających postać zapisów bilingów telefonicznych jest ograniczony zarówno przedmiotowo – a to zważając na predyspozycje do pracy z dużą liczbą danych, jak i podmiotowo – z wyżej wymienionego powodu.

Przydatną informacją na temat obecności czy działania czyjejś osoby mogą być emitowane fale radiowe (przy założeniu, że osoba X posiada przy sobie chip)²³. Technologia, która umożliwia automatyczną identyfikację opiera się, co do zasady na dwóch obiektach – znaczniku RFID oraz czytniku RFID z anteną. Znacznik RFID zawiera mikrochip, który połączony jest z anteną, a umieszczony jest na materialnym nośniku. Z kolei, czytnik składa się z anteny, nadajnika i dekodera. Zmienne pole elektromagnetyczne o wysokiej częstotliwości wytwarzane jest wokół anteny czytnika. Umieszczony w chipie kondensator na skutek indukcji elektromagnetycznej zostaje naładowany, co z kolei powoduje wysłanie przez antenę chipa zapisanej w jego pamięci informacji. Taka informacja zostaje odebrana przez antenę czytnika. Następnie, odebrany sygnał radiowy za pomocą dekodera zostaje przetworzony na informację cyfrową. Jeżeli tak przetworzona informacja cyfrowa jest zgodna z hasłem dostępu, procedura weryfikacji przebiegła pomyślnie. Każda tego typu procedura dostępu – zarówno udana, jak i nieudana, zostaje zapisana w pamięci czytnika. Tym samym pozostawiony w ten sposób ślad cyfrowy może być znaczącą informacją o obecności lub jej braku osoby X w miejscu Y. Analiza pamięci czytnika, tj. momentu logowania, pozwala na precyzyjne określenie momentu identyfikacji osoby, wejścia do pomieszczenia czy jego opuszczenia – godziny, minuty i sekundy. W związku z tym, że historia logowań jest rejestrowana i zapisywana dodatkowo, np. w komputerze czy smartfonie połączonym z urządzeniem mobilnym, to analiza tychże śladów cyfrowych jest dostępna dla osoby zarządzającej tymi danymi oraz dla konkretnej dla danego urządzenia centrali.

3. Wnioski

W niniejszym tekście zaprezentowany został podział śladów cyfrowych, który pozwala na stwierdzenie, że:

²³ Problematyka fal radiowych opiera się na technologii RFID (*Radio-frequency identification*), a więc procedurze automatycznej identyfikacji, czyli rozpoznawania obiektu przy użyciu fal radiowych. W chwili obecnej system RFID wykorzystuje się przede wszystkim w logistyce, systemie parkingowym, punktach sprzedaży, imprezach sportowych, a coraz częściej do identyfikacji osób i kontroli dostępu do pomieszczeń czy też obiektów.

- istnieją takie ślady cyfrowe, których poprawne pozyskanie i analiza jest możliwa przy posiadaniu ogólnej wiedzy z zakresu informatyki;
- istnieją takie ślady cyfrowe, dla których poprawność pozyskania i analizy zależy od posiadania wiedzy specjalnej z zakresu informatyki;
- istnieją takie ślady cyfrowe, do których dostęp mają tylko ściśle określone podmioty ze względu np. na ochronę prywatności czy bezpieczeństwo porządku prawnego.

Podsumowując, rozwój technologiczny nie pozostał obojętny dla przestępczości²⁴ i należy pamiętać, iż ślady cyfrowe są zawarte nie tylko w systemach operacyjnych komputerów, lecz również w urządzeniach mobilnych. Wraz z rozwojem technologii informacyjnej to smartfony, a nie komputery, coraz częściej stają się przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa. W związku z powyższymi, niezwykle istotne jest przeszkolenie przez jednostki zatrudniające osób zainteresowanych tematyką śladów cyfrowych.

Analysis of digital traces

Abstract

This paper proves that there are digital traces, whose analysis requires IT expertise, as well as digital traces whose analysis does not require such expertise. In the age of the development of, and easy access to modern technologies, every user of a digital device possesses basic IT skills, which enable them to answer such questions as: what the analysed material is, what was the reason for the material to be created, what information can we derive from the material, and thereby collect information which makes it possible to formulate hypotheses about an event under investigation.

²⁴ C. J. Franklin, J. D., Ph. D, The Investigator's Guide to Computer Crime, Charles C Thomas Publisher, LTD, Springfield, Illinois, USA 1958, s. 5.

GLOSA

Arkadiusz Lach

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r., sygn. III KK 349/16¹

Streszczenie

Glosator podziela stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w tezie pierwszej wyroku, przedstawiając argumenty przemawiające za trafnością stanowiska Sądu Najwyższego. Natomiast krytycznie odniósł się do tezy drugiej przedstawiając argumenty m.in. związane z wykładnią znowelizowanego art. 115 § 9 k.k. również na tle literatury przedmiotu.

1. Włamanie jako sposób działania sprawcy kwalifikowanego typu kradzieży określonej w art. 279 § 1 k.k. nie polega wyłącznie na przeniknięciu sprawcy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania jego zabezpieczeń, lecz może polegać na przełamaniu zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednoznacznie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób.

2. Dokonanie płatności kartą płatniczą w formie tzw. płatności zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.).

Wyrok Sądu Najwyższego dotyczy bardzo aktualnej i równocześnie różnie postrzeganej w orzecznictwie i piśmiennictwie problematyki nieautory-

¹ OSNKW 2017, nr 9, poz. 50.

zwanego wykorzystania funkcji zbliżeniowej karty płatniczej. Powszechność korzystania z tej funkcji² i ryzyko potencjalnych nieautoryzowanych transakcji powodują, że zajęte przez SN stanowisko ma duże implikacje praktyczne.

Jeśli chodzi o pierwszą z tez, to należy ją w całości podzielić. Pojęcie włamania w rozumieniu art. 279 § 1 k.k. powinno ewoluować w kontekście rozwoju technicznego i nowych form popełnienia przestępstw. Nie musi ono polegać na mechanicznym przełamaniu zabezpieczenia, lecz może przyjmować inne formy jego pokonania, w tym przy użyciu narzędzi informatycznych. Inną kwestią jest to, czy zabezpieczenie musi mieć charakter przeszkody materialnej chroniącej dostęp do pomieszczenia³. Wzrastająca rola zabezpieczeń o charakterze elektronicznym czy też informatycznym skłania do negatywnej odpowiedzi na to pytanie⁴. Nie sposób bowiem zaakceptować, aby sprawca pokonujący fizyczne zabezpieczenie elektroniczne w celu zaboru środków zgromadzonych na rachunku bankowym miał odpowiadać jedynie za kradzież zwykłą w sytuacji, kiedy sprawca zabierający rower po usunięciu kłódki do piwnicy odpowiada za kradzież z włamaniem.

Trudno natomiast podzielić drugą z wyrażonych przez SN tez, zgodnie z którą nieuprawnione wykorzystanie funkcji zbliżeniowej karty płatniczej może być zakwalifikowane jako kradzież z włamaniem. Można przytoczyć tu szereg argumentów.

Pierwszym z nich jest to, że aktywując funkcję zbliżeniową posiadacz karty płatniczej rezygnuje z zabezpieczenia karty do określonej kwoty (obecnie w Polsce kwota ta wynosi 50 zł). Czyni tak przede wszystkim dla wygody korzystania z karty, gdyż nie musi każdorazowo wprowadzać i zatwierdzać numeru PIN. Można to porównać do sytuacji, kiedy ktoś rezygnuje z zamykania drzwi do mieszkania czy samochodu na klucz, poprzestając na użyciu klamki, ponieważ w ten sposób może łatwiej z nich korzystać. Sprawca wchodzący do takiego mieszkania i zabierający znajdujące się tam rzeczy nie dopuszcza się kradzieży z włamaniem, lecz kradzieży zwykłej. Karta płatnicza staje się w zakresie funkcji zbliżeniowej swoistą klamką, przy pomocy której sprawca może bez przeszkód „wyjąć” z konta do 50 zł. Można też porównać ją do elektronicznego portfela. Podobnie jak otwarcie prawdziwego

² Z raportu przygotowanego przez firmę Mastercard wynika, że 90% kart bankowych w Polsce ma aktywną funkcję płatniczą, podczas gdy średnia europejska wynosi 43% (np. w Niemczech 17% a w Belgii jedynie 10%). Zob. Mastercard, MASTERINDEX 2017. Pan – European e-commerce and new payment trends, <https://newsroom.mastercard.com/wp-content/uploads/2017/03/Masterindex-2017.pdf>, s. 12.

³ Tak przyjął np. SN w wyroku z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. II KK 259/13, Legalis nr 993238.

⁴ Zob. A. Marek, T. Oczkowski, *Kradzież i przywłaszczenie*, (w:) R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego, tom 9, Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, Warszawa 2015, s. 98–99; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zołł (red.), *Kodeks karny. Część Szczególna, tom III*, Warszawa 2008, s. 83–85.

portfela i zabór z niego banknotu nie stanowi kradzieży z włamaniem, tak nie stanowi jej nieautoryzowane wykorzystanie funkcji zbliżeniowej.

Pogląd ten wspiera zestawienie z sytuacją, kiedy sprawca dokonuje wypłaty z bankomatu lub posługuje się kartą, której użycie jest chronione kodem PIN. To dopiero ten kod jest swoistym kluczem pozwalającym na dostęp do zgromadzonych na koncie środków przy użyciu karty. Nie sposób uznać, że sytuacja, kiedy transakcja jest dokonywana z użyciem kodu PIN i przy pomocy funkcji zbliżeniowej mają być traktowane w ten sam sposób.

Przestępstwo kradzieży z włamaniem składa się z dwóch zachowań. Jednym z nich jest zabór w celu przywłaszczenia, drugim (odróżniającym ją od kradzieży zwykłej), jest włamanie czyli przełamanie zabezpieczeń. W jakiś sposób te dwa elementy muszą być możliwe do wyróżnienia. W sytuacji użycia karty zabezpieczonej kodem PIN, wprowadzenie i zatwierdzenie tego kodu jest momentem, kiedy można przyjąć, że sprawca „włamuje się” (lub usiłuje to zrobić). Natomiast w przypadku funkcji zbliżeniowej tego zachowania nie można wyodrębnić. Zbliżając kartę do czytnika sprawca dokonuje rozporządzenia mieniem, nie sposób natomiast ani od strony semantycznej ani technicznej uznać, że dokonuje on włamania. Odwołując się do przywołanego w uzasadnieniu wyroku przykładu otwarcia drzwi do pokoju hotelowego przy użyciu karty elektronicznej należy zauważyć, że uzyskanie w ten sposób dostępu do pomieszczenia poprzedza ewentualny zabór z tego pokoju rzeczy ruchomych, natomiast samo w sobie nie stanowi przecież kradzieży z włamaniem.

Trzeba zarazem zauważyć, że propozycje różnych kwalifikacji analizowanego zachowania, które czasami sprawiają wrażenie rozpaczliwych wręcz prób podejmowanych w celu uniknięcia kwalifikowania płatności zbliżeniowej jako wykroczenia, mogą utracić uzasadnienie w świetle dokonanej w 2017 r. nowelizacji k.k.

Ustawą z dnia 23 marca 2017 r.⁵ wprowadzono bowiem zmianę do art. 115 § 9 k.k., który dotychczas miał następującą treść: „Rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce”. Po nowelizacji przepis ten brzmi następująco: „Rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy, środek pieniężny zapisany na rachunku oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach, albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce”. Definicja rzeczy ruchomej w rozumieniu k.k. została zatem

⁵ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r., poz. 768.

uzupełniona o środek pieniężny zapisany na rachunku⁶. Zauważyć przy tym trzeba, że analogiczna zmiana nie została wprowadzona do definicji rzeczy ruchomej w kodeksie wykroczeń, zgodnie z którym „Rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce.” (art. 47 § 7 k.w.). Brzmienie definicji z k.w. jest zatem analogiczne jak poprzednie brzmienie definicji z k.k.

Powstaje zatem pytanie, czy wprowadzona zmiana ma znaczenie z punktu widzenia prawnokarnej kwalifikacji płatności zbliżeniowych.

W doktrynie wyrażono pogląd, że dokonana zmiana nie ma znaczenia, gdyż wymieniony w art. 115 § 9 k.k. pieniądz oznacza też pieniądz elektroniczny. Stąd wymienienie dalej środków pieniężnych zapisanych na rachunku stanowi jedynie potwierdzenie dotychczasowego stanu prawnego, a zatem *superfluum*⁷. Przy takiej wykładni pozostaje zakwalifikowanie nieautoryzowanej płatności zbliżeniowej jako wykroczenia kradzieży, chyba że sprawca działając w ramach czynu ciągłego dopuszcza się kilku zachowań, przekraczając tym samym wysokość szkody oddzielającą wykroczenie od przestępstwa.

Możliwa jest wszakże inna wykładnia art. 115 § 9 k.k., opierająca się na założeniu racjonalności ustawodawcy, który nie wprowadza przepisów zbędnych⁸, a tym samym przyjęciu, że ustawodawca wprowadzając do tego przepisu odwołanie do środków pieniężnych zapisanych na rachunku spowodował, że środki takie mieszczą się obecnie tylko w pojęciu rzeczy ruchomej w rozumieniu k.k. W ich zakresie nie ma już zatem przepołowienia czynu zabronionego. Tym samym należałoby uznać, że kradzież, której przedmiotem wykonawczym jest rzecz ruchoma w postaci środka pieniężnego zapisanego na rachunku może być obecnie kwalifikowana jako przestępstwo niezależnie od wysokości wyrządzonej szkody.

Powyższe konstatacje muszą być jednak uzupełnione o rozważenie, czy w przypadku dokonywania płatności kartą płatniczą ma miejsce zabór. Niewątpliwie z sytuacją taką mamy do czynienia, kiedy sprawca wypłaca pieniądze z bankomatu. Płatności elektroniczne dokonywane w sklepach, na stacjach benzynowych czy w punktach usługowych wyglądają jednak nieco

⁶ Na marginesie należy zauważyć, że uzasadnienie zmiany nie było powiązane z kwestią rozszerzenia stosowania art. 278 k.k. Jak podano w uzasadnieniu projektu „Projektowana zmiana ma na celu usunięcie wątpliwości odnośnie tego, czy środki pieniężne znajdujące się na rachunku płatniczym lub bankowym można uznać za rzecz ruchomą, a tym samym za dowód rzeczowy w sprawie”. Zob. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 1186 z dnia 28 grudnia 2016 r., s. 36.

⁷ M. M o z g a w a (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, SIP LEX 2017, uwagi do art. 115.

⁸ Zob. L. M o r a w s k i, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 231–234.

inaczej. Sprawca uzyskuje w ich rezultacie towar lub usługę, nie wchodząc wszakże w bezpośrednie posiadanie środków pieniężnych. Jeśli jednak przyjąć, że „Kradzież jest dokonana w chwili zaboru, tj. objęcia przedmiotu wykonawczego we władztwo sprawcy, i w związku z tym stopień utrwalenia władztwa nad tym mieniem, dalsze losy mienia oraz dalsze zamiary sprawcy względem mienia są obojętne z punktu widzenia oceny prawnej”⁹, z semantycznego punktu widzenia można uznać, że znamię zaboru zostaje wypełnione. Sprawca rozporządza wszak zgromadzonymi na koncie środkami jak właściciel. Pojęcie zaboru musi być zresztą interpretowane w kontekście specyfiki przedmiotu czynności wykonawczej, co widać chociażby dobrze na przykładzie zaboru energii¹⁰.

Po opisaney wyżej nowelizacji można zatem przyjąć, że to art. 278 § 1 k.k. jest właściwym przepisem karnym do kwalifikowania zachowań związanych z wykorzystaniem funkcji zbliżeniowej. Z uwagi na brak wprowadzenia w błąd osoby i dokonania przez nią rozporządzenia mieniem, czyny takie nie wyczerpują co do zasady znamion oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)¹¹. Jeśli zaś chodzi o art. 287 k.k. (tzw. oszustwo komputerowe), to należy uznać, że przepis ten znajduje zastosowanie, gdy przedmiotem czynności wykonawczej jest bezpośrednio zapis danych informatycznych, nie zaś kiedy działanie sprawcy powoduje w rezultacie zmianę tych danych¹².

Na koniec można zadać pytanie, czy dla uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych nie należałoby wprowadzić odrębnego przepisu kryminalizującego nieautoryzowane dokonanie płatności zbliżeniowej. Byłoby to wszakże rozwiązanie kazuistyczne i pojawia się wątpliwość, czy wprowadzenie takiego przepisu jest uzasadnione. Z pewnością skalą korzystania z płatności zbliżeniowych w Polsce może być czynnikiem przemawiającym za należyłą ochroną tego typu płatności. Z drugiej strony nie wydaje się, aby nieautoryzowane płatności zbliżeniowe wymagały zwiększonej ochrony w porównaniu np. kradzieżami sklepowymi czy kieszonkowymi. Trzeba też mieć na względzie, że jednorazowa płatność nie przekracza kwoty 50 zł. Należy zatem wypowiedzieć się negatywnie co do wprowadzenia odrębnej kryminalizacji takich płatności.

⁹ Wyrok SN z dnia 11 stycznia 1988 r., sygn. II KR 343/87, LEX nr 20300.

¹⁰ Zob. L. Wilk, (w:) M. Królikowski, R. Zabłocki (red.), Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, t. II, Warszawa 2017, s. 613.

¹¹ Odmienne P. Opitek, Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 2, s. 92–93.

¹² Na ten aspekt trafnie zwraca uwagę B. Gadecki, Kradzież i użycie karty bankomatowej oraz karty płatniczej (wybrane zagadnienia praktyczne), *Przegląd Policyjny* 2016, nr 1, s. 153.

Commentary to the Supreme Court judgment of 22 March 2017, ref. no.: III KK 349/16

Abstract

The commentator shares and presents arguments in support of the Supreme Court's view included in the first rationale for the judgement. At the same time, the commentator disapproves the second rationale, putting forward arguments, including but not limited to arguments stemming from interpretation of Article 115, § 9 of the Penal Code as amended, as well as from the secondary sources.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

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

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

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

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/ujednociony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

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

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

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

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

Lista recenzentów opiniujących materiały opublikowane w 2017 roku

Aleksander Herzog, Jolanta Jaworska, Kazimierz Klugiewicz, Wojciech Kotowski, Dariusz Kuberski, Bolesław Kurzępa, Beata Mik, Lech K. Paprzycki, Kazimierz Postulski, Tomasz Razowski, Ryszard A. Stefański, Bogusław Sygit, Andrzej Ważny, Damian Wąsik, Jan Wojtasik.