



Prokuratura i Prawo

NR 10-11/październik-listopad 2020



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 SZCZAŚKA, Włodzimierz WRÓBEL, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE
PROKURATURA KRAJOWA
Adres Redakcji:
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
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. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

dr hab. Grzegorz Maroń, profesor Uniwersytetu Rzeszowskiego

- Sędziowie jako „arbitrzy moralni” i „moralisci” na przykładzie wybranych orzeczeń sądów karnych** 5
Judges as “moral arbiters” and “moralists” on the example of selected decisions of criminal courts 37

dr Damian Wąsik, adiunkt w Katedrze Podstaw Prawa Medycznego Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

- Złośliwe lub uporczywe naruszanie praw pracowniczych członków personelu medycznego (art. 218 § 1a k.k.) – problematyka prawokarna** 39
Malicious or persistent violation of employee rights of medical staff (Penal Code, Article 218, §1a): criminal-law issues 64

dr Damian Krakowiak, sędzia Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi delegowany do Sądu Okręgowego w Łodzi

- Trwała niezdolność oskarżonego do udziału w postępowaniu jako „inna okoliczność wyłączająca ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.)** 65
Defendant’s permanent inability to participate in proceedings as “other circumstance precluding prosecution” (Code of Criminal Procedure, Art. 17, section 1, item 11) 83

Wojciech Wassermann, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie

- Przesłanki zatrzymania prokuratorskiego w oparciu o art. 247 k.p.k.** 84
Criteria for apprehension on a prosecutor’s order under the Code of Criminal Procedure, Article 247 95

dr Mikołaj Grzesik, prokurator Prokuratury Rejonowej w Tarnowie

- Przedstawienie zarzutów w postępowaniu karnym a przedłużenie terminu przedawnienia wykroczenia w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem (studium przypadku)** 96
Charges against the person in a criminal proceeding as a moment prolonging a limitation period with regard to the same act considered as a *mideamenaur* (case study) 114

dr Piotr Poniatowski, asystent Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

- Odpowiedzialność karna za niepodjęcie działań zmierzających do ochrony przed ponadnormatywnym hałasem drogowym** 115
Criminal liability for failure to take steps protecting from excessive road noise 133

dr hab. Iwona Sepiolo-Jankowska, profesor Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu	
Wpływ prawa unijnego na polskie rozwiązania w zakresie prawnokarnej ochrony interesów finansowych w Unii Europejskiej	134
<i>Impact of EU law on Polish criminal-law solutions for protecting financial interests in the European Union</i>	159
Jan Kluza, doktorant Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant sędziowski w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury	
Zasady orzekania kary łącznej na skutek wyroków Trybunału Konstytucyjnego K 14/17 i P 20/17	160
<i>Rules of imposing a total penalty as a result of judgments of the Constitutional Tribunal K 14/17 and P 20/17</i>	176
Łukasz Duško, doktorant Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant adwokacki przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Krakowie	
Posłużenie się informacjami konfidencjonalnymi w toku procesu cywilnego przez bank – stronę postępowania. Rozważania na tle przestępstwa sprzeniewierzenia się tajemnicy bankowej	177
<i>Use of information covered by the banking secrecy in the course of civil proceedings by the bank – a party to the proceedings. Deliberations on the breach of banking secrecy crime</i>	193
Materiały szkoleniowe/Training material	
dr Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie delegowany do Prokuratury Krajowej; Amelia Choroszevska, Główny Specjalista w Wydziale Europejskiego i Międzynarodowego Prawa Karnego Departamentu Legistycznego Prawa Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości	
Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II)	194
<i>Obtaining digital evidence abroad – existing legislation and amendments under way (Part II)</i>	225
Glosy/Commentaries	
do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. V KK 353/18 (dot. kary zastępczej) – oprac. dr Marcin Janusz Szewczyk	
<i>to the decision of the Supreme Court of 18 July 2019, file ref. V KK 353/18 (regarding substitute punishment) – by Marcin Janusz Szewczyk, Ph.D.</i>	239

Grzegorz Maroń*

Sędziowie jako „arbitrzy moralni” i „moralisci” na przykładzie wybranych orzeczeń sądów karnych

Streszczenie

W artykule przedstawiono problematykę rozumowania moralnego sędziów w rozpoznawaniu i rozstrzyganiu spraw karnych. W dwóch pierwszych punktach opracowania przybliżono tytułowe pojęcia sędziego – „arbitra moralnego” i sędziego – „moralisty” oraz dokonano systematyzacji przypadków wykorzystywania ocen moralnych w sądowym procesie decyzyjnym i argumentacyjnym. Następnie przez pryzmat poczynionych ustaleń konceptualnych i typologizacyjnych poddano analizie uzasadnienia orzeczeń zapadłych w pięciu sprawach karnych, w większości w sprawach o wykroczenie. Studium wybranych judykatów pokazuje zagrożenia implikowane sędziowskim moralizatorstwem, które trudno pogodzić nie tylko z zasadą trójpodziału władzy i demokratycznej formy rządów, ale także z wymogiem sędziowskiej bezstronności i obiektywizmu, spójnością orzecznictwa czy równością podsądnych wobec prawa. Pełnieniu przez sędziów roli arbitrów moralnych i moralistów towarzyszą takie niepokojące zjawiska jak: wykraczanie poza przedmiot rozpoznawanej sprawy; przedstawianie pokrzywdzonych w kategoriach faktycznych oskarżonych czy obwinionych; pochwalanie a nawet zachęcanie do naśladowania bezprawnych zachowań; pozalegislacyjne przeformułowywanie norm prawno-karnych oraz zawężanie zakresu konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Przywołane sądowe kazusy dostarczają argumentów za potrzebą dalece posuniętej powściągliwości wobec sędziowskiego moralizatorstwa.

W artykule podjęto się omówienia kwestii wchodzenia sędziów sądów karnych w rolę arbitra moralnego i moralisty. Poczynione rozważania są głównie filozoficzno-prawnej natury, choć nie brakuje i uwag dogmatycznoprawnych z zakresu prawa karnego. W dwóch pierwszych punktach opracowania przybliżono tytułowe pojęcia, wskazano kontrowersje towa-

* Dr hab. Grzegorz Maroń, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Katedra Nauk Historyczno i Teoretycznoprawnych, Instytut Nauk Prawnych, ORCID: 0000-0002-3861-9103.

rzyszające rozumowaniu moralnemu sędziów oraz dokonano typologii sędziowskich odwołań do ocen moralnych ze szczególnym uwzględnieniem spraw karnych. Przez pryzmat poczynionych ustaleń konceptualnych i typologizacyjnych w punkcie trzecim artykułu poddano krytycznej ocenie uzasadnienia egzemplifikacyjnie wybranych orzeczeń sądowych. Uwag podniesionych wobec uzasadnień kilku judykatów nie należy traktować w kategoriach kompletnego komentarza do poszczególnych wyroków i postanowień na podobieństwo naukowej glosy. Zamierzeniem badawczym jest zidentyfikowanie i zanalizowanie tych fragmentów orzeczeń, które świadczą o zajęciu przez sąd stanowiska w sporze etycznym, które – jak się wydaje – nie odpowiada osądowi moralnemu prawodawcy.

Poza ramy opracowania wykracza problematyka reprezentatywności tekstów orzeczeń dla przebiegu sądowego procesu decyzyjnego. Jako niemiarodajne należy traktować dwa skrajne stanowiska, według których odpowiednio uzasadnienie judykatu zawsze stanowi wierne lustrzane odbicie sędziowskiego rozumowania w sprawie, albo też uzasadnieniu temu odmawia się jakiegokolwiek wartości sprawozdawczej w myśl przeświadczenia, że sędziowie „zawsze kłamią”¹. Powszechnie przyjętym standardem w nauce prawa jest badanie praktyki adjudykacyjnej w oparciu o treść wyroków i postanowień, uznając takie podejście badawcze za co prawda niedoskonałe², ale zarazem pragmatycznie optymalne. Przeprowadzona analiza orzecznictwa przyjmuje formułę studium przypadków. Ocenie poddano uzasadnienia judykatów zapadłych w ostatnich kilku latach w pięciu medialnie rozpoznawalnych sprawach sądowych, w większości w sprawach o wykroczenia.

1. Doktryna prawnicza o roli sędziego jako arbitra moralnego i moralisty

W znaczeniu słownikowym „arbiter” to osoba „decydująca o czymś, rozstrzygająca coś”, a zarazem „znawca i autorytet w jakiejś dziedzinie”. Z kolei „moralista” to człowiek „głoszący surowe zasady moralne i wzywający do ich przestrzegania” czy „lubiący prawić morały”, czyli „karcące uwagi i umoralniające pouczenia”³. Określenie „arbiter moralny” najogól-

¹ M. Shapiro, *Judges As Liars*, Harvard Journal of Law & Public Policy 1994, vol. 17, s. 156.

² O sędziowskiej szczerości zob. M. Schwartzman, *Judicial Sincerity*, Virginia Law Review 2008, vol. 94, nr 4.

³ Hasło „moralista”, <https://sjp.pl/moralista>; Hasło „arbiter”, <https://sjp.pwn.pl/sjp/arbiter;2441095.html> i <https://sjp.pl/arbiter>.

niej odnosi się do sędziów podejmujących się przy udziale ocen moralnych rozstrzygnięć prawnie relewantnych kwestii. Termin arbiter suponuje istnienie sporu w sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia, z kolei przymiotnik „moralny” wskazuje, że spór ten jest natury aksjologicznej, co jednak nie wyklucza jednocześnie i innych jego wymiarów, np. politycznego, ekonomicznego czy religijnego. Problematyczność roli sędziego jako arbitra moralnego najjaskrawiej uwidacznia się w sytuacji, gdy w rezultacie przeprowadzonego rozumowania moralnego formułuje wnioski sprzeczne z tymi, do jakich doszedł prawodawca i jakie niedwuznacznie wyraził w przepisach prawa. Nie chodzi przy tym o zastąpienie osądu moralnego prawodawcy czysto idiosynkratycznymi przekonaniem moralnymi sędziego, lecz nieodosobnionymi przekonaniem moralnymi podzielanymi przez część, a nawet większość, społeczeństwa. Nieco innego charakteru jest tytułowy arbiter moralny, który dokonując osądu moralnego nie konfrontuje się z prawodawcą, lecz zastępuje go, gdy ten nie zajął stanowiska w jakiejś prawnie doniosłej i aksjologicznie naznaczonej kwestii. W tzw. „trudnym przypadku” – bo o niego tutaj chodzi – w obliczu niezdecydowania wyniku procedowanej sprawy przez prawo, sędzia w swojej deliberacji wykracza poza nie i z pomocą racji *extra legem*, zwłaszcza racji moralnych, dochodzi do rozstrzygnięcia. O wystąpieniu sprawy trudnej nie przesądza samo zaistnienie luki, lecz to że jej usunięcie wymaga poczynienia nieoczywistych, tj. będących przedmiotem społecznego sporu – preferencji aksjologicznych. W końcu, w kategoriach arbitra moralnego można postrzegać sędziego decydującego o aplikowaniu przepisów prawnych zawierających aksjologicznie nacechowane terminy do niejednorodnych w swej etycznej ocenie okoliczności sprawy. W każdym z trzech przypadków – w punkcie drugim opracowania szerzej omówionych – czynnikiem sprawczym dla podjęcia przez sędziego takiego, a nie innego rozstrzygnięcia było opowiedzenie się po jednej ze stron sporu etycznego.

O ile pojęcie arbitra moralnego kładzie nacisk na aspekt rozstrzygania sporów z zakresu moralności, o tyle pojęcie moralisty jest w artykule adresowane do sędziów pouczających w uzasadnieniu orzeczenia oskarżonego czy obwinionego, jak ma postępować w swoim życiu oraz wypominających czy potępiających czyny podsądnych uznane za nieetyczne. Formułowanie przez sędziów umoralniających pouczeń nie jest z założenia czymś złym⁴, choć niekiedy przypisuje się mu pejoratywy wydzwięk⁵.

⁴ O ile jedni autorzy twierdzą, że język uzasadnienia wyroku sądu karnego nie może być moralizatorski (E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2013, LEX nr 369307120), o tyle inni trafniej wskazują, że nie powinien za-

Nierzadko wpisuje się w funkcję wychowawczą, epideiktyczną czy edukacyjną uzasadnienia judykatu. Problem pojawia się wówczas, gdy moralistyczne uwagi sędziego wykraczają poza aksjologię obowiązującego prawa, formułowane są w sposób stawiający w wątpliwość bezstronność sądu bądź wyrażono je w języku napastliwym. Sędzia nie powinien pouczać podsądnego odnośnie do zachowań prawem nieunormowanych, jak i nie wolno mu władczo moralizować w formie prawem nieprzewidzianej.

Dla Marka Safjana „sędzia moralista” to sędzia „skłonny do poszukiwania odpowiedzi w regułach pozasystemowych, próbując je podciągnąć czy podłączyć pod ogólne wartości systemu prawnego, zawarte w zasadach podstawowych i niedookreślonych klauzulach generalnych”. Sędzia tego typu „jest najbardziej otwarty na kreowanie nowej normy prawnej w ramach sędziowskiego wymiaru sprawiedliwości, ale jest zarazem najbardziej narażony na pułapki subiektywizmu i w konsekwencji woluntaryzmu w formułowanych ocenach”⁶.

W doktrynie prawniczej nie ma zgody w ocenie sędziów jako arbitrów moralnych i moralistów. Część autorów stoi na stanowisku, że „sędziowie nie mogą nie być arbitrami moralnymi”⁷, „ciągle wzywani są do pełnienia roli moralnego arbitra”, a „społeczeństwo polega (świadomie czy nieświadomie) na sędziach czyniących właśnie to”⁸. Inni przedstawiciele jurysprudencej jakkolwiek uważają podobnie, że „sędzia nie jest w stanie uniknąć roli moralnego arbitra”, to jednocześnie rolę tę przypisują nie judykatywie jako całości, lecz wyłącznie czy przede wszystkim sędziom sądów konstytucyjnych bądź generalnie sędziom oceniającym konstytucyjność przepisów prawa (np. w państwach, w których praktykuje się *judicial review*)⁹.

wierać elementów „zbędnego moralizatorstwa” (P. Hofmański, S. Zabłocki, Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych, Warszawa 2011, s. 278).

⁵ Andrzej Wąsek uważa, że moralizatorstwo trąci „faryzeizmem, wywyższaniem się moralnym i jednostronnością ujęcia problematyki moralnej”. A. Wąsek, Prawo karne – minimum moralności?, *Annales UMCS. Sectio Ius* 1984, t. 31, nr 3, s. 37.

⁶ M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 204.

⁷ T. Chirkowska-Smolak, M. Smolak, *Oceny moralne w rozumowaniu sędziowskim*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2017, nr 2, s. 31.

⁸ C. Maxwell, *Equity and good conscience: The judge as moral arbiter and the regulation of modern commerce*, s. 8, https://www.supremecourt.vic.gov.au/sites/default/files/2019-08/vlf_equity_and_good_conscience_-_web_1.pdf.

⁹ S. Mancini, M. Rosenfeld, *The Judge as Moral Arbiter? The Case of Abortion*, (w:) A. Sajó, R. Uitz (red.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Haga 2011, s. 300. Zob. M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003.

Nie tylko przeciwnicy, ale i zwolennicy sędziowskiego moralizatorstwa świadomi są łączonych z nim obiekcji. Jeden z najbardziej rozpoznawalnych przedstawicieli drugiego ze stronnictw, Ronald Dworkin, przyznaje że powierzenie „niewybieralnym sędziom władzy i powinności nakładania własnych moralnych przekonań na naród” czy też „władzy i powinności moralizowania” rodzi zarzut sprzeniewierzenia się demokratycznej formie rządów w państwie. Zarzutu tego nie podziela, ale zarazem unika jego bagatelizowania czy odpierania kontrfaktycznymi założeniami. Po pierwsze podnosi, że nie sposób uzasadniać zgodności roli sędziów jako arbitrów moralnych z demokracją w oparciu o powszechną społeczną akceptację dla takiej roli. „Sędziowskie moralizatorstwo jest wysoce kontrowersyjne, nawet dla ludzi rozumiejących, że jest ono czymś koniecznym dla orzecznictwa konstytucyjnego”. Po drugie, Dworkin odrzuca twierdzenie, jakoby sądowe rozstrzyganie sporów z zakresu moralności politycznej było ulepszeniem czystej demokracji w interesie ochrony praw jednostki. Uzasadnienie takie podważa bowiem istotę demokracji jako „politycznej równości”. Dworkin legitymizuje status sędziego jako moralnego arbitra, sięgając do koncepcji demokracji rozumianej w kategoriach „uczciwych rządów większości” zależnych od spełnienia takich warunków, jak zwłaszcza wolność ekspresji, dostęp do mediów, prawo do prywatności. Sędziowskie moralizatorstwo jest dla niego jednym ze środków urzeczywistniania „uczciwych rządów większości”. W czym większym stopniu temu sprzyja, tym bardziej jest demokratyczne¹⁰.

Wielu przedstawicieli środowiska akademickiego pozostaje jednak na stanowisku, że „czymś z natury niedemokratycznym” i przejawem „sędziowskiej sędziokracji” jest zezwolić małej niewybieralnej grupie sędziów na zastępowanie własnymi poglądami poglądów demokratycznie wybranego parlamentu na wysoce sporne moralne i społeczne kwestie. Nie ma to nic wspólnego ze stosowaniem prawa, będąc „nakładaniem własnych moralnych uprzedzeń na resztę nas”¹¹. Nieposiadający demokratycznego mandatu sędziowie nie są władni wypowiadać się w imieniu obywateli. Opłacani są nie za moralizowanie, lecz za „wymierzanie sprawiedliwości według prawa”¹².

Drugą główną oś doktrynalnego sporu stanowi kwestia predysponowania sędziów do dokonywania wiążących dla innych osądów moralnych. Autorzy afirmujący sędziowskie moralizatorstwo twierdzą, że sę-

¹⁰ R. Dworkin, *Secular papacy*, (w:) R. Badinter, S. G. Breyer (red.), *Judges in contemporary democracy: an international conversation*, New York 2004, s. 82.

¹¹ J. Smillie, *Who wants Juristocracy?*, *Otago Law Review* 2006, vol. 11, nr 2, s. 184.

¹² J. Archibald Coutts, *Law and Public Morality*, Saskatoon 1964, s. 4.

dziowie rozstrzygając kwestie moralne dochodzą zwykle do właściwych odpowiedzi, w rozumieniu lepszych czy trafniejszych od tych będących udziałem prawodawcy. Wskazują, że ramy instytucjonalne judykatury, sądowy model decyzyjny, doświadczenie i wiedza prawnicza sędziów oraz ich osobiste przymioty dają właśnie im legitymację do angażowania się w moralne rozumowanie. W swojej aktywności zawodowej sędziowie, inaczej niż parlamentarzyści, są wprawiani do wystrzegania się czy eliminowania własnych uprzedzeń, dawania odporu zewnętrznej presji, wykształca się u nich nawyk wysłuchania i wnikliwego rozważenia racji obu stron, orzekając kolegialnie wymieniają się argumentami między sobą, jednym słowem rozpoznają sprawę w sposób dyskursywny i deliberatywny¹³.

Nie brakuje jednak i głosów przeciwnych. Sędzia Antonin Scalia twierdzi, że „sędziowie nie posiadają kwalifikacji, by udzielać ludziom odpowiedzi na pytania moralne”. Wykształcony w prawie sędzia nie jest większym ekspertem w dziedzinie moralności niż lekarz, inżynier, etyk czy zwykły Jan Kowalski¹⁴. Część autorów idzie jeszcze dalej, podnosząc że sędziowie nie tylko nie są lepiej przygotowani do rozstrzygania kwestii etycznych, ale nawet na tle innych – *in concreto* parlamentarzystów – mogą wypadać gorzej. Jak przekonuje Jeremy Waldron, ramy instytucjonalne w których działają sędziowie i istota obranego przez nich zawodu wymagają od nich rozważania kwestii praw jednostki w „legalistyczny sposób”, który w rzeczywistości „czasami utrudnia a nie ułatwia zidentyfikowanie i rozpatrzenie istotnych moralnych problemów”¹⁵. Sędziowie nie przeprowadzają swojego moralnego rozumowania w tych samych warunkach co filozofowie moralności, ani też tymi filozofami nie są. Przeciętnemu sędziemu daleko do Dworkinowskiego idealnego sędziego Herkulesa¹⁶. Jego rozumowanie zawsze odbywa się w odniesieniu do ograniczających go przepisów prawnych i wcześniejszego orzecznictwa, a ponadto nie jest czynione na własne rachunek, lecz w imieniu państwa i społeczeństwa. John Smillie uważa, że przygotowanie zawodowe sędziów, ich społeczne pochodzenie i życiowe doświadczenie oraz ograniczony dostęp do relewantnych danych społecznych w warunkach

¹³ I. Samet, *Equity. Conscience Goes to Market*, Oxford, 2018, s. 206–207; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford 1985, s. 25; J. Raz, *Disagreement in Politics*, *The American Journal of Jurisprudence* 1998, vol. 43, nr 1, s. 47; J. Waldron, *Judges as Moral Reasoners*, *International Journal of Constitutional Law* 2009, vol. 7, nr 1, s. 4.

¹⁴ A. Scalia, *Mułowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf>.

¹⁵ J. Waldron, *Judges...*, s. 2. Zob. tenże, *Refining the question about judges' moral capacity*, *International Journal of Constitutional Law* 2009, vol. 7, nr 1, s. 69–82.

¹⁶ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 230–240.

kontradyktoryjności procesu czyni z nich osoby nienadające się do rozstrzygnięcia sporów etycznych¹⁷. Ponadto rozpoznawanie wielu spraw przez sąd w składzie jednoosobowym nie sprzyja dyskursywności i deliberatywności procesu orzeczniczego¹⁸.

Jurisprudencja formułuje różne wskazówki co do wypełniania przez sędziów roli arbitrów w kwestiach etycznych, których trzymanie się ma ograniczyć dowolność ich moralizatorstwa. Nieostrość i ocenność wskazań pozbawia je jednak, a co najmniej istotnie osłabia, wartości instruktażowej. W tych kategoriach można rozpatrywać np. postulat responsywności sędziego wobec moralnego pluralizmu, który wymaga „czynienia miejsca dla współistnienia tak wielu różnych koncepcji dobra, jakie da się pogodzić z zachowaniem równych warunków szacunku dla każdego zwolennika konkretnej koncepcji i z kierowaniem się przez tego zwolennika jego własną koncepcją”¹⁹. Postulat ten wpisuje się w retorykę dyskursu akademickiego, lecz nie przystaje do realiów funkcjonowania judykatury, zwłaszcza na poziomie sądów powszechnych.

Spór o to, „czy i w jakim stopniu kwestie moralne mogą w ogóle być przedmiotem sędziowskiej deliberacji i czy tych kwestii nie powinien rozstrzygać wyłącznie ustawodawca?” nie jest łatwy do rozstrzygnięcia. „Mamy bowiem do czynienia z materią niezwykle skomplikowaną i wszelkie skrajności są niebezpieczne: z jednej strony grożą nadmierną symplifikacją i ignorancją moralną, z drugiej zaś – nadmiernym moralnym arbitralizmem i subiektywizmem”²⁰. Omówione w punkcie 3 uzasadnienia kilku orzeczeń są egzemplifikacją tej drugiej kategorii zagrożeń.

2. Rozumowanie moralne sędziów

Doktryna prawa, nie tylko prawa karnego, w Polsce jak i za granicą poświęciła sporo uwagi związkowi tej gałęzi prawa z moralnością²¹. Jakkolwiek w jurisprudencji wskazuje się, że „prawo karne jest najbardziej

¹⁷ J. Smillie, *Who...*, s. 184.

¹⁸ P. Mazur, *Uwagi o ustaleniu przez sąd społecznej opłacalności poświęcenia dóbr prawnych (na przykładzie instytucji stanu wyższej konieczności)*, *Prawo w Działaniu. Sprawy Karne* 2019, t. 39, s. 164.

¹⁹ S. Mancini, M. Rosenfeld, *The Judge...*, s. 314. Por. J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 2012, s. 323–324.

²⁰ J. Zajądło, *Sumienie sędziego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2017, nr 4, s. 40.

²¹ Zob. M. Peno, *Aspekty moralne odpowiedzialności w prawie karnym*, *Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica* 2015, nr 75, s. 141–158.

bezpośrednim wyrazem ocen moralnych ustawodawcy”²², czy też że „prawo karne nie tylko nie może abstrahować zupełnie od ocen moralnych, lecz jest w nich głęboko zakorzenione”²³, to zarazem nie ma zgody co do pożądanego zakresu pozytywizacji norm moralnych w prawie karnym²⁴. Nieszczególnie naukowo eksplorowanym zagadnieniem z obszaru relacji prawa karnego i moralności jest kwestia wykorzystywania ocen moralnych w procesie sądowego stosowania prawa karnego. Rozważania karnistyki odnośnie do tej problematyki, zwykle abstrahują od jej teoretyczno i filozoficzno-prawnych aspektów. Karniści dostrzegają, że „organy wymiaru sprawiedliwości wydają decyzje wymagające ocen moralnych”²⁵, ale z reguły nie podejmują się szerszych rozważań, co do natury rozumowania moralnego sądów karnych. Studium nad rolą ocen moralnych w procesie orzecznym, w tym w sprawach karnych, jest udziałem głównie reprezentantów ogólnych nauk prawnych²⁶.

Sędziowskie moralizatorstwo łączy się z takimi krzyżującym się zjawiskami – i o wiele częściej będącymi przedmiotem naukowej refleksji – jak sędziowski aktywizm i sędziowskie prawotwórstwo. Lech Morawski definiuje sędziowski aktywizm przy pomocy trzech cech: 1) Sędzia nie musi się ściśle trzymać litery prawa, może odwołać się bezpośrednio do względów słuszności czy sprawiedliwości, jeśli uzna, że jest to konieczne dla ochrony swobód obywatelskich. 2) Z tych samych względów sędzia może korygować istniejące reguły, a nawet tworzyć reguły całkowicie nowe. 3) Sędzia może i powinien angażować się politycznie w obronę naczelných wartości konstytucyjnych²⁷. Charakterystykę tę można uzupełnić o stwierdzenie, że twórcza interpretacja prawa często odbywa się przy wykorzystaniu właśnie ocen i argumentów moralnych.

²² A. Grześkowiak, *Prawo karne Wartości. Wybrane problemy*, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, tom II, Warszawa 2012, LEX nr 369254752. Zob. B. Wróblewski, *Prawo karne a moralność. Szkoła humanistyczna prawa karnego*, Warszawa 1927.

²³ J. Kulesza, *Společne niebezpieczeństwo czynu jako warunek kryminalizacji*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2017, t. XLIII, s. 329.

²⁴ A. Wąsek, *Prawo...*, s. 35–66; tenże, *W kwestii tzw. odmoralizowania prawa karnego*, *Studia Filozoficzne* 1985, nr 2–3, s. 225–241.

²⁵ A. Grześkowiak, *Prawo...*

²⁶ P. Mazur, *Uwagi...*, s. 163–164; Z. Ziemiński, *Moralność jako czynnik kształtujący stosowanie prawa*, *Etyka* 1969, nr 5, s. 104–105.

²⁷ L. Morawski, *Aktywizm sędziowski a sprawy polskie*, *Prawo i Więź* 2016, nr 2, s. 10. Por. A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, s. 144.

Akceptowalny zakres wskazanych zjawisk w orzecznictwie zależy m.in. od gałęzi prawa²⁸. Jest on najszerszy w kontekście stosowania konstytucji. Jakkolwiek nie należy całkowicie kwestionować aktywistycznego podejścia sądów w stosowaniu prawa karnego, to zarazem „znaleźć musi [ono] swoje granice”²⁹. Ze względu na specyfikę prawa karnego wskazane jest powściągnięcie aktywizmu sędziowskiego w tym obszarze. Przemawia za tym gwarancyjna i represyjna funkcja prawa karnego, zasada określoności przepisów karnych, nakaz ich rygorystycznej interpretacji, zasada pewności prawa czy zakaz stosowania analogii³⁰. Przykładowo trafnie w doktrynie podnosi się, że prawo karne jest „najbardziej wrażliwe” na posługiwanie się generalnymi klauzulami odsyłającymi³¹.

Przypadki czynienia przez sędziów użytku z ocen moralnych można pod kątem funkcjonalnym ująć w co najmniej trzy główne kategorie. Ich delimitacja jest płynna i wysoce kontekstualna. Po pierwsze, sędzia opierając się na ocenach moralnych dochodzi do rozstrzygnięcia stojącego w opozycji do obowiązującego prawa. Przyjmuje wówczas postawę sędziowskiego nieposłuszeństwa. Polega ono na tym, że w obliczu zastosowania w konkretnej sprawie prawa postrzeganego za niemoralne czy prowadzącego do niemoralnych rezultatów wydaje świadomie wyrok wprost *contra legem* lub z faktycznym obejściem prawa. Rzadko zdarza się, że jawnie i manifestacyjnie odmawia zastosowania prawa uważanego za niemoralne. W praktyce częściej poprzez „twórczą” interpretację przypisuje temu prawu znaczenie odpowiadające preferowanym ocenom moralnym, przy pełnej świadomości, iż obiektywne znaczenie tego prawa zdeterminowane ocenami moralnymi prawodawcy jest inne niż to przez niego przyjęte.

W przypadku sądów konstytucyjnych i najwyższych obranie takiej postawy przez skład orzekający rodzi formalnie czy *de facto* skutki wykraczające poza konkretną sprawę, polegające na wprowadzeniu do systemu prawnego jednej normy prawnej w miejsce drugiej. Ma wówczas

²⁸ Z. Czarnik, Prawotwórcza rola sądu a dyskrejonalność sędziowska, (w:) M. Dębiński, R. Pelewicz, T. Rakoczy (red.), Dyskrejonalna władza sędziego, Tarnobrzeg 2012, s. 19.

²⁹ J. Wyrembak, Zasadnicza wykładnia znamion przestępstw. Pozycja metody językowej oraz rezultatów jej użycia, Warszawa 2009, s. 222.

³⁰ L. Morawski, Kilka uwag w sprawie sędziowskiego aktywizmu, (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), Dyskrejonalność w prawie, Warszawa 2010, s. 99. M. Rams, Specyfika wykładni prawa karnego w kontekście brzmienia i celu prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2016, LEX nr 369395152.

³¹ L. Leszczyński, Generalne klauzule odsyłające – ujęcie teoretycznoprawne, Annales UMCS Sectio G 2016, nr 2, s. 24.

miejsce sądowe prawotwórstwo konkurencyjne wobec legislacji i będące „ostatnim słowem”. Sąd koryguje decyzje parlamentu, uznając ustanowione przez niego prawo jako *ab initio* niemoralne (niesprawiedliwe) w stopniu nietolerowanym lub niemoralne (niesprawiedliwe) na skutek upływu czasu i zaistniałych zmian społecznych.

Po drugie, doniosłość ocen moralnych dla orzecznictwa ujawniają sprawy trudne (*hard cases*). Nauka prawa nie jest zgodna w przedmiocie ich pojmowania³². Nie należy definiować ich zbyt szeroko. W szczególności niezasadnym jest łączyć status „sprawy trudnej” *per se* z każdą sprawą, gdzie zachodzi potrzeba interpretacji nieostrych czy wieloznacznych terminów języka prawnego. *Hard cases* to sprawy na gruncie których przejawia się niekonkluzywność prawa. Formalne źródła prawa autonomicznie nie dostarczają – nawet poddane wykładni systemowej i funkcjonalnej – rozstrzygnięcia kwestii stanowiącej przedmiot sądowego postępowania. Sprawom trudnym towarzyszy potrzeba wyważania konkurencyjnych i pozostających w kolizji norm, wartości czy interesów prawnych. Często sprawy tego typu angażują kontrowersyjne, a zarazem fundamentalne kwestie etyczne w kontekście praw podstawowych jednostki. Sędzia musi wówczas w swoim rozumowaniu wyjść poza prawo. Posiłkowanie się normami i wartościami pozaprawnymi, zwłaszcza moralnymi, jest w *hard case* kwestią konieczności. Bez sięgnięcia do nich sędzia nie byłby w stanie rozstrzygnąć sprawy i wydać wyroku. Poleganie wówczas jedynie na prawie doprowadziłoby go do decyzyjnego impasu.

Nie oznacza to jednak, że mówiąc o rozstrzygnięciu *hard case* „na podstawie” racji moralnych, kwestionuje się relewantność samego prawa. Racje pozaprawne zwykle determinują przyjęte dla potrzeb rozpoznawanej sprawy znaczenie prawa bądź przesądzają o kierunku wyważenia pozostających *in concreto* w kolizji wartości prawnych. Z reguły nie stanowią wyłącznej podstawy rozstrzygnięcia, lecz konstytuują tę podstawę wraz z obowiązującymi przepisami prawnymi i *de iure* czy *de facto* precedensowymi orzeczeniami. Nie chodzi zatem o to, że racje pozaprawne pomogły „odkryć” istniejące niezależnie od nich samej jedyne znaczenie prawa oraz „monopolistycznie” wyznaczoną tym prawem i ustalonym stanem faktycznym treść decyzji stosowania prawa, ale że twórczo współdeterminowały najpierw podstawę rozstrzygnięcia, a następnie i jego treść.

Wydane na podstawie moralności rozstrzygnięcie ma treściowo „wpiśwać się” w aktualne *corpus iuris*. Nawiązując do integralnej filozofii

³² Zob. J. Zajadło, Co to są *hard cases*?, (w:) *tenże* (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 7–18.

prawa Dworkina, można mówić o konieczności „dopasowania” (*requirement of fit*) rozstrzygnięcia sprawy finalnie umocowanego w moralności do aktów normatywnych i orzecznictwa, które jakkolwiek bezpośrednio nie determinują samego rozstrzygnięcia – skoro normy prawne w nich zakodowane nie obejmują stanu faktycznego sprawy czy nie łączą się wprost z problemem prawnym będącym przedmiotem sądowego sporu – to pośrednio wyznaczają jego granice. Wyrok w *hard cases* nie powinien burzyć zakładanej spójności całego systemu prawnego w sensie zarówno logicznym, teleologicznym, jak i aksjologicznym³³.

Jak zaznaczono, *hard cases* łączą z przypadkami niekonkluzywności prawa, a nie tyle z samymi wątpliwościami co do słuszności treściowo relatywnie niewątpliwego obowiązującego prawa. Nie wyklucza to sytuacji, gdy sprawa trudna jest następstwem braku pełnej konkluzywności prawa, a zarazem implikuje wysoce sporne kwestie natury etycznej. Wykorzystywanie przez sędziego racji moralnych do korygowania aksjologicznie nieoptymalnego czy wprost w jego przekonaniu złego – choć interpretacyjnie nieambivalentnego – prawa wpisuje się w postawę sędziowskiego nieposłuszeństwa i prawotwórstwa.

Po trzecie, odwoływanie się do ocen moralnych w sądowym procesie decyzyjnym może być wyraźnie czy implikatywnie scedowane na judykaturę przez samego prawodawcę. Prawodawca nadając przepisowi postać generalnej klauzuli odsyłającej upoważnia organ stosowania prawa do sięgnięcia do pozasystemowych, zwykle moralnych, norm, ocen i wartości. Podobnie posłużenie się w języku prawnym znaczeniowo nieostrymi terminami o wyraźnej konotacji moralnej zmusza sąd na etapie stosowania prawa do poczynienia ocen moralnych. Nie sposób bez uwzględniania moralności ustalić czy coś *in concreto* jest desygnatem danego pojęcia bądź oszacować stopień (natężenie) wystąpienia określonego stanu.

Najczęściej sędziowie w sprawach karnych sięgają do rozumowania moralnego właśnie w tym kontekście, choć orzecznictwo karne nie jest również wolne od *hard cases*³⁴ oraz prawotwórstwa³⁵. „Ocenianie czy też wartościowanie moralne w procesie karnym jawi się jako czynność nieodzowna choćby z uwagi na otwartość semantyczną języka prawnego,

³³ G. Maroń, Integralność religijna sędziego oraz argumentacja religijna w amerykańskim procesie orzecznictwym, Rzeszów 2018, s. 321–323.

³⁴ Zob. T. Snarski, Trudne przypadki w prawie karnym, filozofia prawa i bezpośrednie stosowanie norm konstytucyjnych, Kwartalnik o Prawach Człowieka 2017, nr 3–4, s. 18–25.

³⁵ Zob. *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

w którym powstają kodeksy karne³⁶. Przykładowo wykładnia operatywna terminów takich jak „znieważa” (art. 216 k.k.³⁷) czy „treści pornograficzne” (art. 202 k.k.) wymaga uwzględnienia przez sąd moralności. Oceny moralne istotne są też przy ustalaniu społecznej szkodliwości czynu³⁸. Wymiar moralny posiada zarówno sama kategoria społecznej szkodliwości czynu, jak i kodeksowe okoliczności brane pod uwagę przy szacowaniu jej stopnia (art. 115 § 2 k.k., art. 47 § k.w.³⁹).

Nierzadko w konkretnym przypadku dyskusyjne będzie to, czy oparcie się przez sąd na ocenach moralnych wpisywało się w akt sędziowskiego nieposłuszeństwa, rozstrzygnięcia sprawy trudnej, czy rekonstrukcji znaczenia aksjologicznie nacechowanych terminów języka prawnego i jego aplikowania do okoliczności sprawy. Kategoryzacja ta zależy bowiem od wielu założeń, w tym i tak rudymenarnych a zarazem filozoficznoprawnych w swej naturze, jak rozumienie samego prawa, trójpodziału władzy, kognicji sądów itp. Jeśli uznać, że sprawy trudne wiążą się także z nieostrością i ocennością języka prawnego, to wówczas zaciera się granica pomiędzy drugim i trzecim typem. Jeśli z kolei moralność traktować jako wewnątrzsystemowe kryterium walidacyjnej oceny prawa – np. jako element Hartowskiej „reguły uznania”⁴⁰ – to wówczas słusznościowo motywowane sądowe rozstrzygnięcie sprzeczne z literą prawa nie musi uchodzić za akt sędziowskiego nieposłuszeństwa.

Mówiąc o dokonywaniu przez sędziego ocen moralnych rodzi się pytanie, o czyjej moralności mówimy: prawodawcy, społeczeństwa czy sędziego. W dwóch pierwszych wyróżnionych przypadkach nie jest nią moralność prawodawcy, skoro odpowiednio dochodzi do przeciwstawiania się jego osądowi moralnemu lub ma miejsce sytuacja, gdy sam prawodawca takiego osądu w kontekście danej problematyki wyraźnie nie poczynił czy nie uzewnętrznił. Nieoczywista jest też relacja pomiędzy moralnością prawodawcy a moralnością społeczeństwa. Przyjmując, że prawodawca reprezentuje społeczną większość, ciesząc się demokratycznym mandatem pochodzącym z wyborów powszechnych, można zakładać iż prawo oddaje przekonania moralne społecznej większości. Rozumowanie takie jest jednak zbyt uproszczeniem. Po pierwsze, może

³⁶ P. Mazur, Oceny moralne w procesie wyrokowania przez sąd karny, *Ethics in Progress* 2013, vol. 4, nr 2, s. 140.

³⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444.

³⁸ E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 75–93.

³⁹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 821.

⁴⁰ Zob. A. Grabowski, *Zawartość reguły uznania w koncepcji H. L. A. Harta*, (w:) M. Borucka-Arctowa (red.), *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka*. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego, Toruń 2006, s. 127–135.

ono tracić aktualność w odniesieniu do prawa ustanowionego przez parlament minionych kadencji, np. ustawa uchwalona przez prawicową parlamentarną większość może nie być reprezentatywna dla poglądów obywateli kilkanaście lat później, gdy większość z nich żywi już w danej kwestii przekonania liberalno-lewicowe. Po drugie, zdarzają się przypadki, gdy ustawodawca, a nawet ustrojodawca stanowi prawo sprzeczne z moralnością suwerena, np. znosi czy zakazuje kary śmierci.

Zwykle w doktrynie prawniczej wskazuje się, że sędziowie w swoim rozumowaniu powinni kierować się moralnością społeczną. Zważywszy na społeczny pluralizm aksjologiczny przez moralność obywateli należy rozumieć moralność społecznej większości. Nierzadko jednak społeczeństwo jest wysoce podzielone w moralnej ocenie jakiejś kwestii tak, że brak wyraźnie dominującego stanowiska. Ponadto własna moralność sędziego jest swoistym „filtrem”, przez który w większym lub mniejszym stopniu oceniana jest moralność społeczna. Niektórzy autorzy wprost wskazują, że w sądowym rozumowaniu *nolens volens* chodzi o moralność osób będących sędziami. Ronald Dworkin twierdzi, że „gdy sędziowie odwołują się do moralnych przekonań, co też muszą, to odwołanie to jest zasadniczo odwołaniem się do ich własnych osobistych moralnych przekonań”⁴¹. Podzielanie tej opinii tylko wzmacnia obiekcje wobec sędziowskiego moralizatorstwa.

Można odnieść wrażenie, że podnoszone tak w polskiej jak i zagranicznej doktrynie prawniczej obawy towarzyszące sięganiu przez sędziów w sprawach karnych do ocen moralnych podyktowane są przede wszystkim zasadną troską o poszanowanie praw oskarżonego⁴². Z pola widzenia schodzą natomiast sytuacje, gdy sędziowskie moralizatorstwo prowadzi do uniewinnienia osób, dopuszczających się czynów kryminalnych. Następuje to zwłaszcza poprzez zakwestionowanie w oparciu o oceny moralne sędziego społecznej szkodliwości czynu czy nawet jego bezprawności. Trzy spośród pięciu poniżej przeanalizowanych orzeczeń

⁴¹ R. Dworkin, *The secular...*, s. 81. Podobnie tenże, *The Judge's New Role. Should Personal Convictions Count?*, *Journal of International Criminal Justice* 2003, vol. 1, nr 1, s. 8–10.

⁴² Przykładowo Leszek Leszczyński podnosi, że na gruncie prawa karnego „wykluczone jest uzależnienie przypisania określonego zachowaniu charakteru przestępstwa z powodu naruszenia kryteriów określonych w klauzulach (odsyłających)”. L. Leszczyński, *Generalne...*, s. 24. Andrew Horwitz potępia z kolei stan rzeczy, gdy system sprawiedliwości karnej „zezwała indywidualnemu sędziemu na nałożenie jego osobistej moralności na oskarżonego”. A. Horwitz, *Coercion, Pop-Psychology, and Judicial Moralizing: Some Proposals for Curbing Judicial Abuse of Probation Conditions*, *Washington & Lee Law Review* 2000, vol. 57, nr 1, s. 162.

dotyczy takich właśnie przypadków. Im bardziej poczyniony przez sędziego osąd moralny odbiega od ocen moralnych prawodawcy i w im większym stopniu w rozumowaniu moralnym sędziego występuje deficyt bezstronności i obiektywizmu⁴³, tym bardziej zarzucalne staje podjęte przez niego rozstrzygnięcie.

3. Studium wybranych orzeczeń będących egzemplifikacją sędziowskiego moralizatorstwa

3.1. Sprawa „łódzkiego drukarza” jako *hard case*

Przykładem sprawy trudnej, w której dwa sądy w uzasadnieniach swoich orzeczeń obrały rolę moralisty czy arbitra moralnego jest kazus tzw. „łódzkiego drukarza”. Właściciel drukarni odmawiając z powodu swoich przekonań religijnych świadczenia usługi wykonania *roll-up* z logotypem fundacji LGBT Business Forum został uznany winnym popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w.⁴⁴, choć jednocześnie odstąpiono od wymierzenia mu kary. Kwestią dyskusyjną było to, czy przekonania religijne mogą uchodzić za podstawę usprawiedliwionego uchylecia się od stosowania się do prawa antydyskryminacyjnego. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, sąd stawał przed koniecznością rozstrzygnięcia czy *in concreto* przekonania religijne obwinionego taką podstawę stanowiły. Mówiąc o przekonaniach religijnych tak drukarz, jak i sądy mieli na uwadze nie kwestie teologiczno-dogmatyczne, lecz stosunek etyki chrześcijańskiej do homoseksualizmu, traktowania osób homoseksualnych i propagowania postulatów środowisk LGBT.

Źródłem obiekcji wobec Sądu Okręgowego w Łodzi⁴⁵ jako sądu odwoławczego w sprawie jest nie tyle to, że nie potraktował przekonań religij-

⁴³ Podzielam stanowisko, „że poglądy sędziego mogą być obecne w jego orzecznictwie, jednakże nie mogą one spowodować wypaczenia jego obiektywizmu i bezstronności”. M. Dąbrowski, *Domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Olsztyn 2017, s. 99. Podobnie Paweł Mazur podkreślając, że sędzia „dokonujący ocen moralnych musi przestrzegać zasady bezstronności”. P. Mazur, *Oceny...*, s. 143.

⁴⁴ Art. 138 k.w. w części zawierającej słowa „albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany” został uznany za niezgodny z Konstytucją RP wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r. (sygn. K 16/17) i z dniem 4 lipca 2019 r. utracił moc w tym zakresie.

⁴⁵ W tym i pozostałych omawianych sądowych kazusach mówiąc o „sądzie” mam na uwadze konkretnego „sędziego” zasiadającego, zwykle jednoosobowo, w składzie orzekającym. W polskim piśmiennictwie prawniczym – inaczej niż w amerykańskim –

nych za uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, ale że poczynił krytyczną charakterystykę religii, zawęził zakres konstytucyjnej wolności religijnej i zakwestionował religijną integralność obwinionego. Uwagi w tym przedmiocie miały charakter moralizatorski.

Sąd stwierdził: „Historia wskazuje, że i w chrześcijaństwie zdarzały się takie interpretacje doktryny wiary, które prowadziły do wojen religijnych, wypraw krzyżowych, świętej inkwizycji i palenia ludzi na stosie, a w niedawnej historii żołnierze hitlerowscy mieli na klamrach pasów zawołanie «bóg jest z nami»”. W oparciu o powyższy ogląd religii doszedł do wniosku, że „Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane”. Ponadto podniósł, iż „Ortodoksyjne rozumienie fragmentów Pisma Świętego winno prowadzić do przekonania, że drukowanie wizerunków bardzo skąpo odzianych kobiet może być zachętą do grzechu nieczystości. Jest niewątpliwe, że drukarnia (...) s.c. wizerunki takie wcześniej drukowała, nie powołując się na żadne ograniczenia wynikające z przekonań religijnych właścicieli, czy pracowników”⁴⁶.

Wszystkie trzy powyższe cytaty są wysoce kontrowersyjne. Przedstawienie chrześcijaństwa w przywołany sposób w oderwaniu od szerszego i złożonego kontekstu (historycznego, politycznego, kulturowego) można uznać za jednostronne i rodzące wrażenie uprzedzeń wobec religii i jej wyznawców. Odrębną kwestią jest poprawność poczynionej charakterystyki chrześcijaństwa, np. sugerowanie, że niemiecki nazizm był emanacją doktryny chrześcijańskiej. Orzecznictwo amerykańskie pokazuje, iż uprzedzenia funkcjonariusza publicznego względem religii ujawnione w rozstrzyganej przez niego sprawie angażującej wolność religijną jednostki mogą być podstawą do uchylenia wydanego rozstrzygnięcia, bez względu na jego merytoryczną prawidłowość. W sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uchylił decyzję Komisji Praw Obywatelskich stanu Kolorado stwierdzającą, że cukiernik naruszył stanowe prawo antidyskryminacyjne, odmawiając z powodu swoich przekonań religijnych przygotowania i sprzedaży weselnego tortu dla homoseksualnej pary⁴⁷.

przyjęło się w kontekście analizy orzecznictwa posługiwać raczej nazewnictwem zinstytucjonalizowanym niż spersonalizowanym. Nie wyłamując się z tej konwencji, nie podaję z imienia i nazwiska sędziów będących autorami konkretnych judykatów.

⁴⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r., sygn. V Ka 557/17, LEX nr 2301814.

⁴⁷ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n*, 584 U. S. (2018).

U podstaw takiego wyroku stała okoliczność, że Komisja rozpatrując sprawę nie zachowała neutralności (bezstronności), religijnej sprzecznie z I Poprawką do konstytucji USA. Jeden z komisarzy w czasie posiedzenia Komisji nakreślił krytyczny obraz religii, częściowo analogiczny do tego, jakim posłużył się sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi: „Wolność religii i religię wykorzystywano do uzasadniania na przestrzeni historii wszelkich rodzajów dyskryminacji, jak w przypadku niewolnictwa czy holokaustu. Możemy wymienić setki sytuacji, gdy wolnością religii usprawiedliwiano dyskryminację. Dla mnie jest to najbardziej podła retoryka do jakiej ludzie mogą sięgnąć, tj. posłużyć się swoją religią do krzywdzenia innych”. W ocenie Sądu Najwyższego przywołany komentarz wyraża „wrogość” komisarza wobec religii. Religijną wiarę potraktowano jako coś nieistotnego i nieszczerego. Zrównanie przekonań religijnych cukiernika z holokaustem i niewolnictwem zrodziło wrażenie braku zdolności i gotowości Komisji do uczciwego i bezstronnego rozpatrzenia sprawy⁴⁸.

Sąd Okręgowy w Łodzi selektywnie łącząc chrześcijaństwo z wojnami religijnymi, wyprawami krzyżowymi i paleniem ludzi na stosach przez inkwizycję postawił swoją bezstronność w wątpliwość. Podobną konkluzję należałoby przyjąć, gdyby drukarz powołując się na swoje szczerze przekonania ateistyczne odmówił podjęcia się usługi wydrukowania materiałów z zakresu apologetyki religijnej krytycznych wobec ateizmu, a sąd rozpatrując jego sprawę pod kątem naruszenia art. 138 k.w. zestawiał przekonania ateistyczne drukarza ze zbrodniami rządów komunistycznych mających za oficjalną ideologię ateistyczny marksizm i komunizm.

Z punktu widzenia procedowanej sprawy oraz problematyki niniejszego artykułu kluczowy jest drugi i trzeci z przywołanych fragmentów uzasadnienia orzeczenia. Sąd okręgowy kwestionując możliwość „kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii”, istotnie redukuje zakres konstytucyjnie chronionej wolności religijnej, opowiada się po jednej ze stron filozoficzno-politycznego sporu o miejsce religii i moralności religijnej w sferze publicznej oraz sytuuje się w roli strażnika konfesyjnej ortodoksji. Po pierwsze, sąd zdaje się nie zauważać, że w myśl art. 25 ust. 2 ustawy zasadniczej⁴⁹ władze publiczne zobowiązane są do zapewnienia swobody wyrażania przekonań religijnych, światopoglądowych i filozo-

⁴⁸G. Maroń, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, Przegląd Sejmowy 2018, nr 6, s. 219.

⁴⁹Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

ficznych „w życiu publicznym”. Z kolei art. 53 ust. 1 stanowi, że wolność religii obejmuje uzewnętrznianie „publicznie lub prywatnie, swojej religii” poprzez m.in. „praktykowanie”. Po drugie, sąd odmawiając miejsca dla kierowania się przekonaniem religijnym w przestrzeni publicznej opowiada się za prywatystyczną wizją religii popularną we współczesnej myśli liberalnej, co już samo w sobie wydaje się podważać konstytucyjny wymóg bezstronności światopoglądowej władz publicznych. Po trzecie, sąd kontestując „subiektywne rozumienie wyznawanej religii” *volens volens* odmawia pełnego zakresu wolności religijnej osobom arbitralnie zaliczonym do heretyków czy schizmatyków, a sam staje się recenzentem prawowierności. Co jednak kluczowe, w żaden sposób nie uzasadnia, dlaczego niechęć do choćby pośredniego promowania agendy środowisk LGBT jest rzekomo sprzeczna z etyką katolicką, z którą obwiniony się utożsamia. Powyższe uwagi nie są afirmacją przekonań religijnych jako blankietowej podstawy do prawnie legitymowanego uchylania się od poszczególnych obowiązków prawnych, lecz polemiką z naznaczonym światopoglądowo czy filozoficznie uzewnętrznionym stosunkiem sądu do religii i moralności religijnej.

W końcu, sąd okręgowy zarzucił obwinionemu hipokryzję i nieszczerłość, a co najmniej niespójność w kierowaniu się wyznawaną wiarą lub nieznaną jej zasad. Zaliczenie do swojej kognicji rozstrzygnięcia o szczerości czyichkolwiek przekonań religijnych jest wysoce problematyczne⁵⁰. Sąd sugerując, że obwiniony nie powinien żywić religijnego sprzeciwu przed opublikowaniem plakatu promującego treści bliskie środowiskom LGBT, skoro „drukował wizerunki bardzo skąpo odzianych kobiet” wszedł na „grząskie” pole oceny racjonalności przekonań religijnych i podyktowanych nimi zachowań⁵¹. Stosując tok rozumowania sądu, można dojść do wniosków absurdalnych, np. zarzucić brak integralności religijnej krawcowej, która z powodu przekonań religijnych odmówiła wykonania kostiumu fetyszystowskiego BDSM, ale nie miała religijnych oporów szyć dla kobiet spodni, chociaż biblijna Księga Powtórzonego Prawa stanowi „Kobieta nie będzie nosiła ubioru mężczyzny ani mężczyzna ubioru kobiety; gdyż każdy, kto tak postępuje, obrzydły jest dla Pana, Boga swego” (Pwt 22:5). Pouczenie obwinionego, że jego przekonania religijne nie powinny stać na przeszkodzie wydrukowania spornego plakatu, skoro „nie zawiera w swej treści żadnych elementów obscenicznych

⁵⁰ A. S u, Judging Religious Sincerity, Oxford Journal of Law and Religion 2016, vol. 5, s. 28–48.

⁵¹ Należy nadmienić, że obwiniony w toku postępowania utrzymywał, że nigdy nie drukował materiałów z treściami erotycznymi.

czy drastycznych” sytuuje sąd w roli moralisty, który rzekomo wie lepiej od samego zainteresowanego, co sprzeciwia się, a co nie etyce katolickiej. Tymczasem treści pozbawione komponentów „obscenicznych czy drastycznych” mogą radykalnie kłócić się z etyką katolicką ze względu na ich przesłanie czy wymowę, np. plakat promujący aborcję przedstawiający elegancką i uśmiechniętą kobietę.

Ze wskazanych powodów uprawnione jest stanowisko adwokata obwinionego, że uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi miało „niedopuszczalny, bardzo moralizatorski charakter, którego treść była uzupełniona o elementy z pogranicza publicystyki społeczno-historycznej” oraz „nie zmierzało do oceny argumentacji prawnej, ale do oceny moralnej postępowania mego klienta”. Mecenas reprezentujący obwinionego na potwierdzenie swojej oceny przywołał właśnie powyżej zacytowane fragmenty judykatu⁵².

Sąd Najwyższy rozpoznając kasację od wyroku sądu okręgowego uznał, że przekonania religijne usługodawcy co do zasady mogą stanowić „uzasadnioną przyczynę” odmowy świadczenia usługi w rozumieniu art. 138 k.w., jednocześnie rozstrzygnął, że *in concreto* nie zachodziła taka przyczyna. W ocenie sądu kasacyjnego celem fundacji, której odmówiono wydrukowania plakatu, było promowanie zasady równego traktowania i niedyskryminacji osób LGBT w miejscu pracy, przekonywanie pracodawców o znaczeniu dostrzegania różnorodności wśród pracowniczek i pracowników oraz upowszechnianie otwartego podejścia do konsumentek i konsumentów należących do LGBT. Jak przekonuje sąd, „Jeżeli te cele zestawimy z poglądami Kościoła katolickiego dotyczącymi traktowania osób o innej orientacji seksualnej – homoseksualistów – to Katechizm Kościoła Katolickiego z 1992 r. w kontekście szóstego przykazania (nie cudzołóż) nakazuje traktowanie tych osób przez członków wspólnoty katolickiej z szacunkiem, współczuciem i delikatnością, przy unikaniu wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji (pkt 2358). Należy zaznaczyć, że Katechizm ów wykląda oficjalną doktrynę wiary i zasady moralne Kościoła katolickiego. To najbardziej w tym zakresie miarodajny dokument”. Ostatecznie sąd doszedł do wniosku, że „powołanie się przez obwinionego na przekonania religijne w oparciu o jego subiektywne odczucia dotyczące głównie osób LGBT przez stwier-

⁵² M. Marosz, Drukarz walczy ze środowiskiem LGBT przed sądem. Na posiedzeniu było o... krzyżakach i Hitlerze, <https://niezalezna.pl/227234-drukarz-walczy-ze-srodowiskiem-lgbt-przed-sadem-na-posiedzeniu-bylo-o-krzyzakach-i-hitlerze> Zob. też Moralizatorska misja sędziów ws. LGBT, <https://gpcodziennie.pl/91354-moralizatorskamisjasedziowwslgbt.html>.

dzenie «Nie przyczyniamy się do promocji ruchów LGBT naszą pracą», w zestawieniu z treścią *roll-upu*, który miał charakter informacyjny i nie propagował treści sprzecznych z doktryną Kościoła katolickiego, nie stanowiło uzasadnionej przyczyny odmowy wykonania świadczenia»⁵³.

Sądowi Najwyższemu udało się uniknąć części błędów, jakie popełnił sąd odwoławczy. W uzasadnieniu jego orzeczenia brak krytycznej charakterystyki religii, czy konkretnie chrześcijaństwa. Sąd kasacyjny nie odmawia też miejsca dla przekonań religijnych w przestrzeni publicznej, jak głosi doktryna prywatyzacji religii. Nie podważa również szczerości przekonań religijnych obwinionego i nie zarzuca mu hipokryzji. O ile w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego mniej dostrzegalny jest ton moralisty – w jaki wyraźnie popada uzasadnienie wyroku sądu okręgowego – o tyle sąd kasacyjny wystąpił w roli arbitra i eksperta co do etyki katolickiej.

Abstrahując od samej prawnej legitymizacji tzw. wyłączeń światopoglądowych⁵⁴ i bez względu na różne zastrzeżenia natury ustrojowej dyktowane brzmieniem art. 25 ust. 2 i ust. 3 Konstytucji RP, należy skonstatować, że sądy w sprawie takiej jak ta łódzkiego drukarza stają przed koniecznością zestawiania religijnie determinowanych przekonań osób odmawiających zastosowania się do przepisów antydyskryminacyjnych z doktryną religijną, na którą się powołują. Przemawia za tym pojmowanie istoty religii z jej komponentem wspólnotowym i doktrynalnym. Jeśli katolik podnosi, że nie może podjąć prawem nakazanego zachowania, gdyż byłoby to niezgodne z etyką katolicką – i jednocześnie uznając, że prawo dopuszcza czy nawet wymaga akomodacji religijnego sprzeciwu sumienia – to naturalnie rodzi się pytanie, czy rzeczywiście doktryna katolicka oponowała danemu zachowaniu. Pomimo niedoskonałości takiego podejścia do problemu, wydaje się być ono funkcjonalnie konieczne, ilekroć prawo antydyskryminacyjne nie ma stać się martwą literą.

Nie należy czynić zarzutu Sądowi Najwyższemu za samo to, że podjął się oceny przystawalności religijnego sprzeciwu sumienia obwinionego do oficjalnej doktryny katolickiej w kwestii homoseksualizmu. Przyczyną obiekcji i krytyki jest natomiast to, że dokonując tej oceny nie zachował bezstronności i obiektywizmu. Jak trafnie podniesiono w piśmiennictwie prawniczym, jeśli „Sąd chciał wykazać się znajomością poglądów Kościoła katolickiego, na które pragnął się powołać, to przytoczył doktrynę Ko-

⁵³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. II KK 333/17, LEX nr 2521644.

⁵⁴ Zob. W. C i s z e w s k i, Wyłączenia światopoglądowe jako przedmiot dyskusji teoretyczno-prawnej – próba systematyzacji, *Forum Prawnicze* 2016, nr 2, s. 59–73.

ścioła rażąco selektywnie, gdyż zacytowany artykuł Katechizmu nie wyczerpuje stosunku Kościoła do homoseksualizmu. Czyny homoseksualne uznaje on za wewnętrznie nieuporządkowane i jako takich nie aprobuje. Postawa ta wynika z podstawowej zasady opartej na związku seksualności z małżeństwem. Sam Kościół wzywa takie osoby do życia w czystości, i zdecydowanie nie poleca uczestnictwa, a tym bardziej promowania kultury LGBT⁵⁵.

Sąd Najwyższy poniekąd zaangażował się w debatę toczoną w Kościele katolickim na temat etycznej oceny aktów homoseksualnych i traktowania osób homoseksualnych. Opowiedział się za tym nieortodoksyjnym i wciąż mniejszościowym stanowiskiem, które jakkolwiek popularne w „progresywnych” kręgach katolickiego duchowieństwa i laikatu, nie ma wystarczającego umocowania w oficjalnej doktrynie i Piśmie Świętym. Arbitralnie przesądził, że właśnie to stanowisko będzie prawnie relewantne dla potrzeb rozpatrywanej sprawy. Dokonał „własnej i powierzchownej interpretacji” fragmentu pkt 2358 Katechizmu. Nie wspomniał, że ten sam punkt określa skłonność homoseksualną za „obiektywnie nieuporządkowaną”. Ponadto w ogóle pominął dwa inne punkty Katechizmu traktujące o homoseksualizmie (pkt 2357 i 2359). Wątpliwe, aby fundacja LGBT Business Forum dzieliła katolickie nauczanie na temat homoseksualizmu⁵⁶.

Sąd nie dysponując specjalistyczną wiedzą, powinien sięgnąć do opinii biegłego. Obrońca obwinionego w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu religioznawstwa m.in. na okoliczność negatywnego stosunku nauczania Kościoła katolickiego do popierania praktyk homoseksualnych i promowania ruchów LGBT. Wniosek taki został oddalony. „Natomiast SN sam postanowił wystąpić w roli eksperta religioznawstwa, wybiórczo jednak traktując nauczania Kościoła katolickiego”⁵⁷. Nie bez powodów w społecznym odbiorze jego rozstrzygnięcie potraktowano w kategoriach sędziowskiego moralizatorstwa, jako „udzielenie lekcji z katechizmu drukarzowi z Łodzi”⁵⁸.

⁵⁵ A. Kotowski, J. Krzewicki, O związkach prawa, wolności i moralności w kontekście dyrektyw wykładni prawa – uwagi na tle sprawy „łódzkiego drukarza”, *Prokuratura i Prawo* 2018, nr 12, s. 113–114.

⁵⁶ J. Potrzeuszcz, *Klauzula sumienia usługodawców*, (w:) G. Blicharz, M. Delijewski (red.), *Wolność sumienia. Perspektywa prawnoporównawcza*, Warszawa 2019, s. 48–49.

⁵⁷ Tamże, s. 50.

⁵⁸ P. Szymaniak, Sąd Najwyższy udziela lekcji z katechizmu drukarzowi z Łodzi, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1137959,sprawa-drukarza-z-lodzi-sn-oddalil-kasacje.html>.

3.2. Sędzia jako recenzent debaty aborcyjnej

Wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2019 r., uniewinniono obwinioną od zarzutów kradzieży rzeczy ruchomej w postaci tabliczki imitującej nekrolog z napisem „Stowarzyszenie Kongres Kobiet promuje zabijanie nienarodzonych dzieci. Pamięci ok. 550 dziewczynek zabitych przed narodzeniem w 2016 r. w Polsce” i przeszkadzania w przebiegu niezakazanego zgromadzenia Fundacji Pro-Prawo do Życia⁵⁹. Do zdarzenia doszło na publicznym chodniku przed jednym z budynków goszczących spotkanie Kongresu Kobiet, z którym powiązana była obwiniona. Organizatorzy pikiety *pro-life* prezentowali baner ze zdjęciem płodu ludzkiego oraz ułożoną na ziemi trumienkę obramowaną palącymi się zniczami.

Sąd doszedł do wniosku o braku społecznej szkodliwości czynu, choć konkluzję tę wyartykułował językowo niezgrabnie i nieprofesjonalnie, stwierdzając, że „społeczna szkodliwość tego czynu nie wypełnia znamion żadnego z przypisanych jej [obwinionej] wykroczeń”⁶⁰. Głównym źródłem kontrowersji jest przedstawiona w uzasadnieniu orzeczenia ocena działania Fundacji Pro-Prawo do Życia. Sąd wbrew własnej deklaracji i zapewnieniu, że nie może „opowiadać się po jednej ze stron konfliktu programowego, który dotyczy w głównej mierze problemu aborcji, gdyż nie jest to zadaniem niniejszego postępowania”, czyni odwrotnie, stawiając w wątpliwość swoją bezstronność. Pikietę *pro-life* określa mianem „niepotrzebnej prowokacji” względem Stowarzyszenia Kongres Kobiet, choć przyznaje, że Kongres Kobiet „od lat stoi na stanowisku, że prawo do aborcji jest niezbywalnym prawem kobiet do autonomii”. Ekspozowanie tabliczki z nekrologiem uznał za „mające postać przestępstwa zniewagi czy też zniesławienia” Stowarzyszenia. Dalej konstatuje, że „nie sposób zaakceptować treści znajdującej się na przedmiotowej karcie papieru, która wprost imputuje przeciwnikom promowanie aborcji czy nawet wielokrotnie popełnione zabójstwo, co należy zdecydowanie odrzucić i potraktować jako oskarżenie niedopuszczalne w cywilizowanym społeczeństwie”.

Czytelnik uzasadnienia wyroku doświadcza pewnej konfuzji. Może odnieść wrażenie, że przedmiotem sprawy jest zniesławienie (art. 212

⁵⁹Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2019 r., sygn. IV Ka 1531/18, LEX nr 2668247.

⁶⁰Poza zakres artykułu wykracza analiza tego fragmentu uzasadnienia orzeczenia, w którym w oparciu o ocenę materiału dowodowego sąd doszedł do wniosku o istotnych i niedających się usunąć wątpliwościach co do sprawstwa obwinionej w zakresie zarzucanego jej czynu.

k.k.) czy naruszenie dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.) na szkodę Stowarzyszenia Kongres Kobiet, a nie kwestia kradzieży i przeszkadzania w przebiegu niezakazanego zgromadzenia (art. 119 § 1 i art. 52 § 2 pkt 1 k.w.) popełnionych przez sympatyczkę tego Stowarzyszenia. Na marginesie należy tylko odnotować, że wbrew twierdzeniu sądu, Stowarzyszenie jako osoba prawna nie może być pokrzywdzonym przestępstwem znieważania (art. 216 k.k.). Sąd podjął się *sua sponte* rozstrzygnięcia kwestii ewentualnie mogących być przedmiotem odrębnych postępowań karnych bądź cywilnych, i do których ustosunkowanie się nie było potrzebne z punktu widzenia procedowanej sprawy. Uzasadnienie orzeczenia w tym zakresie przejawia ton moralizatorski, dając przy tym wyraz zajęcia przez sąd stanowiska w sporze aborcyjnym – jeśli nie co do samej legalności aborcji, to w odniesieniu do standardów debaty aborcyjnej.

Sądowi w ustalaniu społecznej szkodliwości czynu nie wolno samowolnie ingerować w zakres konstytucyjnych praw i wolności jednostki, w tym przypadku zawęzić zakres wolności słowa. Błędne jest twierdzenie, że na gruncie prawa polskiego nie można w debacie publicznej przypisywać środowiskowi *pro choice* „promowania aborcji” czy moralnej współodpowiedzialności za zabijanie dzieci poczętych. Gwoli ścisłości należy zaznaczyć, że o ile napis na ukradzionej tabliczce Fundacji przypisywał Kongresowi Kobiet „promowanie zabijania nienarodzonych dzieci”, o tyle sąd inskrypcję tę odczytał jako imputowanie „wielokrotnego popełnienia zabójstwa”. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2017 r. w sprawie cywilnej o ochronę dóbr osobistych osoby prawnej – szpitala, w którym przeprowadzano zabiegi aborcji – stwierdzono, że „nie jest wykluczone posługiwanie się nawet drastycznymi i wywołującymi kontrowersje formami ekspresji poglądów w kwestiach o doniosłym znaczeniu społecznym”. W ocenie tego sądu traktowanie „haseł mówiących o «zabijaniu dzieci» w szpitalu” jako stawianie szpitalowi zarzutów „że popełniane były (są) u niego przestępstwa w postaci zabójstwa dzieci” jest „poważnym uproszczeniem”, gdyż nie uwzględnia „kontekstu, w którym przedmiotowe sformułowanie było używane”⁶¹. Mylnie pozostaje też przeświadczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, że określanie legalnej aborcji mianem „zabijania dzieci” czy nawet „mordowania dzieci” jest „niedopuszczalne w cywilizowanym społeczeństwie”, chyba że sąd wyraża stanowisko *de lege ferenda* i bazuje na własnej projekcji cywilizowanego społeczeństwa. Akceptując interpretację sądu okręgowego należa-

⁶¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. I CSK 124/16, LEX nr 2248741.

łoby np. społeczeństwo australijskie, kanadyjskie, a zwłaszcza amerykańskie uznać za wysoce „niecywilizowane”⁶².

Wyrok legitymizuje dochodzenie swoich racji w kwestiach będących przedmiotem publicznej debaty nie na drodze prawem przewidzianej, lecz „na własną rękę”, co nie sposób pogodzić z wymogami państwa praworządowego i standardami dyskursu publicznego. Sąd wprost przyznaje obwinionej „moralne prawo poczuć się znieważoną i zniesławioną treścią karty prezentowanej przez działaczy Fundacji Pro-Prawo do Życia i jeśli kartę tą usunęła to nie miało to nic wspólnego z wykroczeniem z art. 119 § 1 k.w., a było wyrazem jej sprzeciwu wobec oczywistego zdaniem Sądu Okręgowego nadużycia prawa do wolności prezentowania swojego światopoglądu”. Tymczasem „moralne prawo poczucia się znieważonym czy zniesławionym” może nie mieć nic wspólnego ze znieważeniem bądź pomówieniem w rozumieniu ustawy karnej. Zakładając, że treść spornego nekrologu miała charakter zniesławiający, to jednak nie wobec obwinionej tylko Stowarzyszenia. Nawet gdyby to jej personalia były wprost podane na tabliczce, to i tak *per se* nie uprawnia to do działań *contra legem*. Niereprezentatywne dla polskiego orzecznictwa jest stanowisko sądu, że przypisywanie organizacjom opowiadającym się za powszechnym dostępem do aborcji „promowania zabijania nienarodzonych dzieci” mieści się poza zakresem wolności słowa, a tym bardziej określanie tego stanowiska mianem „oczywistego”.

3.3. Sędzia jako apologeta posługiwania się wulgaryzmami w debacie publicznej

Nie mniej kontrowersyjne oceny moralne w kontekście społecznej szkodliwości czynu poczynił Sąd Okręgowy w Poznaniu wyroku z dnia 24 września 2018 r. Uniewinnił nim obwinioną od zarzucanego jej wykroczenia polegającego na używaniu słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym (art. 141 k.w.). Obwiniona podczas przemówienia na manifestacji publicznej zorganizowanej w ramach Międzynarodowego Strajku Kobiet posłużyła się słowami, takimi jak „wkurw”, „wkurwiona”, „wkurwione”⁶³.

W osobliwym rozumowaniu sądu, skoro wulgaryzmy stały się współcześnie „wszechobecne w przestrzeni publicznej, we wzajemnym komunikowaniu się dorosłych i młodzieży, «wylewają się» z odbiorników tele-

⁶² G. Maroń, Sąd jako strażnik lub cenzor wolności słowa w państwach *common law* na przykładzie dyskursu aborcyjnego. Aborcja jako „zabójstwo” dziecka, lekarz aborcjonista jako „morderca”, *Prawo i Więź* 2016, nr 3, s. 75–94.

⁶³ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 24 września 2018 r., sygn. IV Ka 818/18, LEX nr 2564204.

wizyjnych, środków masowej komunikacji”, to tym samym „muszą być z założenia traktowane jako mniej szkodliwe społecznie”. Za mniejszą społeczną szkodliwością posługiwania się w wypowiedziach publicznych wulgaryzmami rzekomo przemawia także to, że adresaci tych wypowiedzi je akceptują. Kluczowe jednak dla konkluzji sądu o braku społecznej szkodliwości w zachowaniu obwinionej było uznanie, że jej wypowiedź stanowiła „negatywną reakcję na występujące zagrożenie dla praw obywatelskich grup społecznych w kontekście zmian dokonywanych przez obecną władzę ustawodawczą i wykonawczą”.

Rozważania sądu wpisują się w założenia etyki sytuacyjnej czy utilitarnej i zasady tolerowania, a nawet afirmowania czy propagowania mniejszego zła. Jak to ujął, „wypowiadanie wulgaryzmów w obecności dzieci jest złem, ale jeszcze większym złem, niewspółmiernie większym, jest to, co obecnie się dzieje w Polsce”. Z jednej strony, sąd naiwnie wyraża nadzieję, że wydany wyrok nie będzie traktowany za „przyzwolenie na używanie wulgaryzmów”⁶⁴, z drugiej strony podnosi, że „nieprzyzwoite słowa wypowiedziane przez obwinioną (...) być może były potrzebne”. Sąd zdaje się twierdzić, iż „działanie w wyższym celu, dla zwalczania większego zła, usprawiedliwia czynienie mniejszego zła”, a w konsekwencji, że „pewnym osobom, walczącym z owym złem, wolno z tego tytułu więcej”⁶⁵.

Norma prawna wyrażona w art. 141 k.w. została w uzasadnieniu orzeczenia twórczo przeformułowana do postaci: zabrania się pod groźbą kary używania słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym, chyba że służy to wyrażeniu sprzeciwu wobec „ciężkich naruszeń Konstytucji przez przedstawicieli legislatury i egzekutywy w warunkach bezkarności tych działań”. Dystynkcja na karalne „zwykłe” publiczne posługiwanie się wulgaryzmami i niekaralne posługiwanie się wulgaryzmami jako środkiem politycznej ekspresji przystaje do amerykańskiego⁶⁶, ale już nie polskiego porządku prawnego.

Moralistyczne wywody o braku społecznej szkodliwości czynu nie są jedynym dyskusyjnym fragmentem uzasadnienia orzeczenia. Sąd w sposób pejoratywny scharakteryzował osobę, która zgłosiła organom ścigania zdarzenie z udziałem obwinionej. Przedstawił ją jako „purystę języ-

⁶⁴ Podzielał opinię Jana Kuleszy wyrażoną w głosie do orzeczenia, że „Uzasadnienie głosowanego judykatu stanowi prawdziwą kopalnię fraz, które wulgarystom posłużą, jeśli nie do uniknięcia odpowiedzialności, to choćby znacznego jej złagodzenia”. Orzecznictwo Sądów Polskich 2019, nr 12, s. 80.

⁶⁵ Por. Tamże, s. 78.

⁶⁶ Zob. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). Sąd Najwyższy USA uznał, że noszenie w budynku sądu kurtki z napisem „Fuck the Draft” jest konstytucyjnie chronionym aktem ekspresji, wpisującym się w publiczną debatę wokół wojny w Wietnamie.

kowego” lub jako „osobę wulgarną, na której nieprzyzwoite słownictwo nie ma prawa robić złego wrażenia”. Samo zgłoszenie zaliczył do „negatywnego zjawiska anonimowych donosów o przekraczaniu granic swobody wypowiedzi, powiadomień pochodzących od osób, które tych wypowiedzi nie są adresatami, a z materiałami sprawy zapoznają się najpewniej w wyniku przeszukiwań zawartości Internetu”. W ocenie sądu prawdopodobne jest, że deklarowane przez zgłaszającego oburzenie usłyszonymi wulgaryzmami „stanowi wyłącznie pretekst do bezpośredniego nękania” obwinionej. Powyższa retoryka jest nie do zaakceptowania. Po pierwsze, sąd w swoich ocenach nie bazuje na żadnych faktach, a jedynie spekuluje. Po drugie, poczynionymi uwagami stawia swoją bezstronność i obiektywizm w wątpliwość. Pewnym paradoksem jest sytuacja, w której sąd w autorce publicznych wulgaryzmów upatruje ofiarę „nękania” i „szykanowania”, a w osobie zgorszonej tymi wulgaryzmami nadgorliwego i cynicznego „donosiciela”.

O ile w poprzednio omówionym kazusie sąd w sprawie o kradzież zabrał się za wyznaczanie standardów debaty aborcyjnej, o tyle Sąd Okręgowy w Poznaniu poszedł jeszcze dalej, podejmując się kwestii niebędących przedmiotem postępowania ani w ogóle niepowiązanych ze sprawą. W tych kategoriach należy postrzegać obszerne uwagi o niezależności judykatury, relacjach władzy sądowniczej z ustawodawczą i wykonawczą, publikowaniu orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, odbieraniu słubowania od sędziów TK, stosowaniu przez Prezydenta RP prawa łaski, powołaniu Krajowej Rady Sądownictwa, pytaniach prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, statusie sędziów Sądu Najwyższego, postępowaniach dyscyplinarnych wobec sędziów. Sąd, a w zasadzie sędzia tworzący skład orzekający, w sposób instrumentalny potraktował orzeczenie będące aktem urzędowym jako forum ekspresji swoich własnych zapatrywań na kondycję sądownictwa w Polsce. Obwiniona podczas wypowiedzi, w której padły wulgaryzmy, ani razu nie użyła terminu „sąd”, „sędzia” czy „wymiar sprawiedliwości”. Mówiła natomiast o prawach reprodukcyjnych kobiet, przemocy wobec kobiet, krytykowała Kościół katolicki czy sprzeciwiła się redukowaniu roli kobiet do „dzieci, kuchni i kościoła”. Przejawem argumentacyjnej sofistyki jest wywodzenie braku społecznej szkodliwości użycia wulgaryzmów w ramach retoryki feministycznej z działań legislatury i egzekutywy w odniesieniu do sądownictwa. Rozumowanie to stanowi egzemplifikację nie tyle sędziowskiej dyskrecjonalności, co dowolności.

3.4. Sędzia odmawiający wolności zgromadzeń środowiskom nacjonalistycznym

Rozbudowane wywody o zasadności a nawet konieczności uwzględnienia w procesie stosowania prawa „kontekstu etycznego” w opozycji do „literalnego trzymania się regulacji” z korzyścią dla „wrogów demokracji” poczynił Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w wyroku z dnia 5 marca 2019 r.⁶⁷ Orzeczeniem tym uniewinnił obwinionych od zarzutów usiłowania przeszkadzania w przebiegu niezakazanego zgromadzenia mającego na celu uczczenie zwycięstwa Wojska Polskiego nad bolszewikami w czasie Bitwy Warszawskiej 1920 r. (art. 52 § 2 pkt 1 k.w.), którego faktycznymi organizatorami byli członkowie Młodzieży Wszechpolskiej i Obozu Narodowo-Radykalnego. Obwinieni siadając na ulicy blokowali trasę przemarszu zgromadzenia, określając jego uczestników „faszystami”. W ocenie sądu zachowanie przeciwników marszu „nie można ocenić jako zachowania bezprawnego, faktycznie godzącego w wolność zgromadzeń”⁶⁸. Wniosek ten suponuje twórczą reinterpretację zarówno art. 52 § pkt 1 k.w., jak i art. 57 Konstytucji. Uprawniona krytyczna moralna ocena programu społeczno-politycznego ONR i MW nie dawała sądowi podstaw do ingerencji w zakres norm prawnych wyrażonych w obu przepisach⁶⁹.

Uzasadnienie wyroku sprawia wrażenie swoistego „aktu oskarżenia” wobec ONR i MW. Sąd niebezpiecznie określa je mianem „skrajnych nacjonalistycznych środowisk”, przypisując im antysemityzm, homofobię, rasizm i szowinizm. Charakteryzując oba stowarzyszenia nawiązał do ich genezy, programu i działalności z okresu międzywojennego. Świadomość „kontekstu historycznego” czy „bagażu historyczno-ideowego” stojącego za obiema grupami tłumaczy, w przekonaniu sądu, manifestowanie niezgody na aktywizowanie działalności przez te organizacje. Sąd nie

⁶⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 5 marca 2019 r., sygn. XI W 717/18, LEX nr 2755239.

⁶⁸ Alternatywnie, uznał że nie było ono karygodne (społecznie szkodliwe).

⁶⁹ W drodze analogii przywołać można stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym „W kontekście konstytucyjnej wolności organizowania pokojowych zgromadzeń (art. 57 Konstytucji) nie jest rolą ani organów administracji publicznej ani sądów administracyjnych analizowanie, nienaruszających przepisów obowiązującego prawa, haseł, idei i treści, którym służyć ma zgromadzenie przez pryzmat własnych przekonań moralnych osób działających w imieniu organu administracji, czy też sędziów zasiadających w składzie orzekającym Sądu, bądź też przekonań dominującej większości społeczeństwa. Dokonywanie bowiem takich zabiegów zniweczyłoby konstytucyjną wolność pokojowych zgromadzeń”. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2006 r., sygn. I OSK 329/06, LEX nr 236573.

poprzestaje na uznaniu prawa kontrmanifestantów do wyrażenia swojej dezaprobaty względem ONR i MW, lecz z ich stanowiskiem się utożsamia, mówiąc iż „trudno się dziwić” czy „tym bardziej piętnować” ich protest. Poniekąd nawet przywala na blokowanie w przyszłości zgromadzeń obu organizacji, twierdząc że „kwestionowanie podstaw demokratycznego państwa prawa (...) winno w interesie społeczeństwa obywatelskiego spotkać się z reakcją wolnych, odpowiedzialnych obywateli”.

Abstrahując od treści art. 52 k.w. sąd przyjmuje, że wykroczeniem nie jest utrudnianie przebiegu niezakazanego zgromadzenia poprzez fizyczne blokowanie trasy przemarszu, ilekroć osoby dopuszczające się takiego zachowania komunikowały sprzeciw wobec nie tyle nawet hasel czy treści głoszonych w czasie pochodu, co wobec społeczno-politycznego programu uczestników bądź organizatorów zgromadzenia.

Sąd w oparciu o oceny moralne wyznacza kategorię podmiotów wolności zgromadzeń, podnosząc że wolność ta nie może być „wykorzystywana dla działalności antydemokratycznej osób (organizacji), które demokrację liberalną traktują jako system wrogi, który winien zostać zniesiony”. Stanowisko to oddaje pogląd jakobina Saint-Justa: „nie ma wolności dla wrogów wolności” (fr. *Pas deliberté pour les ennemis de la liberté*). Sąd dezawuuje powoływanie się przez członków ONR i MW na konstytucyjną wolność zgromadzeń, określając to mianem „daleko posuniętej hipokryzji”, skoro oni sami motywowani dyskryminacją i homofobią blokowali kiedyś pochód Parady Równości. Rozumowanie, w myśl którego sąd może autonomicznie bez wyraźnej kompetencji decydować o pozbawieniu kogoś praw podstawowych czy odmówić ich ochrony ze względu na wcześniejsze negatywnie ocenione „działania i postawy” podmiotów tych praw, przyznaje judykatywie niebezpiecznie szeroki zakres władzy.

Trudno pogodzić twierdzenie sądu o „jaskrawym nadużywaniu prawa zgromadzeń, służące w istocie kwestionowaniu demokracji i godzące w wartości, które stanowią podstawę jej istnienia”, z jednoczesnym przyznaniem, że organizatorzy pochodu „dokładali starań, aby w czasie zgromadzenia nie wykorzystywano hasel w sposób jednoznaczny naruszających prawo”. Sąd wyraża przekonanie, iż „nawet jeżeli na zgromadzeniach członkowie ONR i MW nie formułują już wprost bezpośrednich postulatów antysemickich, to nadal w wypowiedziach publicznych swoich przedstawicieli odwołują się do rasizmu i szowinizmu”. Innymi słowy, wniosek o „nadużywaniu prawa zgromadzeń” oparto nie tyle na przebiegu tego zgromadzenia i sprzecznych z prawem zachowaniach w jego trakcie, co na tym, kim byli ci uczestnicy i czyje ideowe dziedzictwo kon-

tynuują. Sąd wprawdzie podkreśla, że uczestnicy przemarszu nie ustrzeżli się od formułowania „treści dyskryminacyjnych i homofobicznych”, ale nie sposób tak ogólnie ujętego zarzutu równać z popełnieniem przez nich przestępstwa.

Uzasadnienie orzeczenia ujawnia deficyt sądowego obiektywizmu. Zasadnym obiektem sądu wobec obecnego w programie ideowym ONR postulatu „etnicznej homogeniczności”, powinno towarzyszyć sprawozdawcze odnotowanie, iż postulat ten poprzedzono zapewnieniem o sprzeciwie stowarzyszenia wobec „biologicznego rasizmu”. Z kolei nawiązanie do postanowienia Sądu Rejonowego w Opolu z dnia 12 października 2009 r., którym rozwiązano lokalną strukturę ONR w Brzegu, należało uzupełnić informacją o tym, że wśród głównych powodów delegalizacji był fakt prawomocnego skazania członków tego stowarzyszenia za czyny z art. 256 k.k.⁷⁰

Ryzykowne jest przyznanie sądom możliwości pozbawiania czy reglamentowania czyjejkolwiek wolności zgromadzeń w oparciu o kryteria historyczne i społecznego przyzwolenia. Ambiwalentnie należy ocenić sięgnięcie przez sąd do kontekstu historycznego powstania i funkcjonowania MW i ONR. Wydaje się, że sąd przyznał tym okolicznościom zbyt dużą wagę w stosunku do przedmiotu sprawy. Konsekwentnie posługując się retoryką sądu, można by zakwestionować wolność zgromadzeń szeregu współczesnych stowarzyszeń czy partii lewicowych, łącząc ich program społeczno-ideowy z historycznymi wypaczeniami komunizmu czy marksizmu, od których się niekoniecznie odżegnują. Dokonywanie prawnokarnej oceny blokowania niezakazanego zgromadzenia przez pryzmat „społecznego tolerowania” takich zachowań jest wysoce zawodne i stanowi niebezpieczną „broń obosieczną”. Stosując kryterium *vox populi* można by dojść do np. mylnego wniosku o braku bezprawności czy braku społecznej szkodliwości blokowania zgromadzeń środowisk LGBT.

Treść uzasadnienia w większym stopniu przystaje do artykułu naukowego z uwagami *de lege ferenda* niż do aktu stosowania obowiązującego prawa. Podzielając krytyczną ocenę sądu w odniesieniu do niektórych aspektów działalności ONR i MW, jednocześnie z powyżej wskazanych powodów krytycznie oceniam samo rozstrzygnięcie i jego racjonalizację. Sąd poczynił rozważania właściwe dla sprawy o delegalizację obu stowarzyszeń – dochodząc w tym zakresie do wniosków o niekoniecznie na-

⁷⁰ A. Paprocka, *Delegalizacja organizacji skrajnych – dotychczasowe próby i postulaty na przyszłość*, Warszawa 2013, s. 12.

rzucającej się oczywistości⁷¹ – a nie sprawy o utrudnianie niezakazanego zgromadzenia zorganizowanego przez te stowarzyszenia.

Poważne wątpliwości odnośnie do zachowania bezstronności i obiektywizmu rodzi stan rzeczy, gdy ten sam sędzia uznaje osoby blokujące pochod Parady Równości za winne wykroczenia⁷², a zarazem uniewinnia osoby blokujące przemarsz nie tylko zgromadzenia środowisk nacjonalistycznych⁷³, ale także zgromadzenia mającego na celu oddanie hołdu ofiarom katastrofy smoleńskiej⁷⁴. Stosowanie podwójnych standardów w ocenie bezprawności i społecznej szkodliwości analogicznych zachowań jest wypaczeniem roli sędziego, a nie uwzględnianiem „kontekstu etycznego”.

3.5. Sędzia zasadnie moralizujący, lecz w niewłaściwy sposób

Jeszcze inną kategorię sędziowskiego moralizatorstwa obrazuje wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 8 października 2013 r., a mianowicie moralizowanie treściowo w granicach aksjologii obowiązującego prawa, lecz przy użyciu środków prawem nieprzewidzianych. Sąd skazując sprawców publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych i wyznaniowych (art. 256 § 1 k.k.) poprzez wielokrotne wznoszenie na stadionie piłkarskim okrzyku „ Hamas, Hamas, Juden auf den Gas” obok wymierzenia im kary ograniczenia wolności, jednocześnie na podstawie art. 36 § 2 k.k. w zw. z art. 72 § 1 pkt 8 k.k. zobowiązał ich do zapoznania się z filmem pod tytułem „Cud purymowy” w reżyserii Izabelli Cywińskiej. W ocenie sądu, obejrzenie filmu „uzmysłowi oskarżonym, iż historia narodów żydowskiego i polskiego wzajemnie się przeplata od wielu lat. Wszelkie zachowania świadczące o nienawiści nie mają żadnego uzasadnienia, z czego osoby prezentujące postawy antysemitki powinny zdawać sobie sprawę”⁷⁵.

Z jednej strony sąd trafnie podkreśla, że „zachowanie oskarżonych zasługuje na skrajnie negatywne oceny moralne i powinno prowadzić do

⁷¹ Jerzy Stępień w rozmowie z Grzegorzem Rzeczkowskim, „Nie pochwalam burd i hasel, ale to cena demokracji” – były prezes TK o delegalizacji skrajnej prawicy, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1532689,1,nie-pochwalam-burd-i-hasel-ale-to-cena-demokracji-byly-prezes-tk-o-delegalizacji-skrajnej-prawicy.read>.

⁷² Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 19 czerwca 2018 r., sygn. XI W 3072/17, LEX nr 2538232.

⁷³ Zob. też Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 4 października 2019 r., sygn. XI W 2059/17, LEX nr 2669640.

⁷⁴ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. XI W 1258/17, LEX nr 2608999.

⁷⁵ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 8 października 2013 r., sygn. II K 279/12, LEX nr 2133367.

szczególnego napiętnowania”, gdyż „nie można przecież przechodzić obojętnie obok jawnego nawoływania do eksterminacji całego narodu, czy nawet kibiców klubu przeciwnego z tym narodem utożsamianych”. Ocena ta posiada umocowanie nie tylko w art. 256 k.k., ale także znajduje wsparcie np. w art. 13 i 30 Konstytucji RP.

Z drugiej strony, to w pełni jurydycznie i etycznie zasadne stanowisko sądu nie usprawiedliwia rozszerzającej interpretacji kodeksowych przepisów prawa karnego. Nieobowiązujący już art. 36 § 2 k.k., który przywołał sąd, dosłownie stanowił, że „wymierzając karę ograniczenia wolności, sąd może orzec wobec skazanego obowiązki wymienione w art. 72 § 1 pkt 2,3 lub 5 oraz § 2”. Przepis ten nie dawał zatem sądowi w niniejszej sprawie podstawy do zobowiązania skazanych do wymienionego w art. 72 § 1 pkt 8 k.k. „innego stosownego postępowania w okresie próby, jeżeli może to zapobiec popełnieniu ponownie przestępstwa”.

Nie tylko przekroczenie przez sąd kompetencji określonej przez art. 36 § 2 k.k. jest źródłem zastrzeżeń wobec obligowania skazanych do tego i jemu rodzajowo podobnych zachowań nacechowanych moralistycznie. Narzucanie przez sądy percepcji określonych treści, nawet jeśli realizuje cele pedagogiczne, aktualizuje pytanie o poszanowanie wymogu bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych (z art. 25 ust. 2 Konstytucji). Przykładowo, czy sprawcę skazanego za czyn z art. 196 k.k. polegający obrazie uczuć religijnych poprzez publiczne znieważenie krzyżyka można byłoby zobowiązać do zapoznania się z filmem „Pasja” w reżyserii Mela Gibsona?

Podsumowanie

Lektura uzasadnień przywołanych orzeczeń ujawnia szereg niepokojących zjawisk towarzyszących tytułowemu zagadnieniu sędziowskiego moralizatorstwa. Pierwszym z nich jest wychodzenie sędziego w swojej deliberacji i argumentacji poza przedmiot rozpoznawanej sprawy. W kontekście publicznego posłużenia się wulgaryzmem podczas feministycznej manifestacji sędzia podjął się recenzji reformy wymiaru sprawiedliwości. W sprawie o kradzież sędzia zajął się wyznaczaniem standardów debaty aborcyjnej dla środowisk *pro-life*. Z kolei w sprawie o utrudnianie przebiegu niezakazanego zgromadzenia sędzia skupił się na przystawalności działalności nacjonalistycznych stowarzyszeń do zasad liberalnej demokracji.

Po drugie, w uzasadnieniach orzeczeń przedstawiono pokrzywdzonych wysoce pejoratywnie, niemal w kategoriach faktycznych oskarżonych czy obwinionych, albo – odwrotnie – zbyt surowo oceniono formal-

nie obwinionego. Człowieka zgorszonego wulgaryzmem w miejscu publicznym określono jako anonimowego donosiciela nękającego innych ludzi ze szkodą dla publicznej debaty. Okradzionych pokojowych działaczy *pro-life* ukazano jako fanatycznych aktywistów nieprzystających do „cywilizowanego społeczeństwa”, posługujących się zniewagą i pomówieniem. Natomiast drukarza odmawiającego wykonania usługi z powołaniem się na swoje przekonania religijne zestawiono z krzyżowcami, inkwizytorami i nazistami.

Po trzecie, sędziowie nie poprzestali na uznaniu *in concreto* braku społecznej szkodliwości zarzucanych czynów, lecz czyny te spotkały się z ich strony z pochwałą, a nawet zachętą do naśladowania (publiczne używanie wulgaryzmów dla celów politycznych; blokowanie niezakazanych zgromadzeń środowisk nacjonalistycznych; kradzież materiałów *pro-life* obwiniających zwolenników powszechnego dostępu do aborcji o zabijanie dzieci).

Po czwarte, jakkolwiek formalnie omówione orzeczenia wiążą tylko w sprawach, w których zapadły, to jednak w ich uzasadnieniach dano wyraz ogólniejszemu rozumowaniu dotyczącemu nie tyle aplikowania prawa do stanu faktycznego, co pozalegislacyjnej zmiany prawa. W sądowno „skorygowanej” wersji, art. 141 k.w. zakazuje używania w miejscu publicznym słów nieprzyzwoitych, chyba że są one „negatywną reakcją na występujące zagrożenie dla praw obywatelskich grup społecznych w kontekście zmian dokonywanych przez obecną władzę ustawodawczą i wykonawczą”⁷⁶, art. 52 § 2 pkt 1 k.w. zakazuje przeszkadzania w przebiegu niezakazanego zgromadzenia, chyba że za zgromadzeniem tym stoją „wrogowie demokracji”; art. 111 § 1 k.w. zabrania kradzieży cudzej rzeczy ruchomej, chyba że jest nią baner czy afisz o treściach *pro-life* zrównujący prawo do aborcji z zabijaniem dzieci. Tymczasem „należy przyjąć domniemanie, że każdy czyn zabroniony, stypizowany w akcie prawnym o randze ustawy jest jednocześnie w ocenie legislatora społecznie szkodliwy”⁷⁷. Obalenie tego domniemanie na gruncie konkretnej sprawy powinno mieć charakter ekstraordynaryjny, zwłaszcza w odniesieniu do wykroczeń, gdzie przeszkodą do ukarania sprawcy nie jest spadek społecznej szkodliwości do stopnia znikomego, ale jej całkowity brak⁷⁸. Sądowa ocena społecznej szkodliwości czynu nie może polegać na motywowanej przekonaniami moralnymi sędziego ingerencji w zakres

⁷⁶ Sygn. IV Ka 818/18.

⁷⁷ K. Wał a, Głosa do wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu – IV Wydział Karny Odwoławczy z dnia 29 stycznia 2019 r. IV Ka 1173/18, Forum Prawnicze 2019, nr 6, s. 91.

⁷⁸ T. B o j a r s k i, Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu, Warszawa 2003, s. 57.

normowania i zakres zastosowania normy prawnokarnej. „Przejęcie tej funkcji przez sądy zagraża zasadzie trójpodziału władz oraz zasadom gwarancyjnym odnoszącym się do regulacji prawnokarnej. Co więcej, trudno mówić o jednym systemie aksjologicznym w pluralistycznym społeczeństwie, a to oznacza, że o karygodności danych zachowań będą decydowały przekonania moralne i odczucia składów orzekających w danej sprawie. Takie postawienie sprawy prowadzi do woluntaryzmu sędziowskiego. W przypadku ustawodawcy w grę będą także wchodzić przekonania moralne członków parlamentu, ale w przeciwieństwie do sędziów posiadają oni demokratyczną legitymację, a ponadto podejmują decyzję w procedurze mającej zapewnić poszanowanie przekonań różnych grup społecznych”⁷⁹.

W końcu w omawianych orzeczeniach sędziowie dokonali *interpretatio restrictiva* konstytucyjnych praw i wolności jednostki, tj. wolności słowa, wolności zgromadzeń, wolności religii. Jak uważa sędzia Sądu Okręgowego we Wrocławiu, wolność słowa nie obejmuje nazywania aborcji zabijaniem dzieci, czy tym bardziej przypisywania zwolennikom powszechnego dostępu do aborcji moralnej odpowiedzialności za uśmiercanie dzieci nienarodzonych. Wolność zgromadzeń rzekomo nie przysługuje tym, którzy odmawiają jej dla innych, do czego przekonany jest sędzia Sądu Rejonowego w Warszawie. Z kolei wolność religijna rzekomo nie daje „prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii”, jak twierdzi sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi. Ewentualnie można się na tę wolność powołać – jak uznało 3 sędziów Sądu Najwyższego – pod warunkiem traktowania innych ludzi z „szacunkiem, współczuciem i delikatnością, przy unikaniu wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji”⁸⁰. W interpretacji etyki katolickiej autorstwa tych sędziów nieaprobowanie postulatów środowisk LGBT wskazanego warunku jednak nie spełnia.

Przywołane sądowe kazusy dostarczają argumentów za potrzebą dalece posuniętej ostrożności wobec obierania przez sędziów roli arbitrów moralnych i moralistów. Studium przypadków pokazuje, że pełnienie tej roli nie tylko trudno pogodzić z zasadą trójpodziału władzy i demokratycznej formy rządów, ale także z wymogiem sędziowskiej bezstronności i obiektywizmu, spójnością orzecznictwa, równością podsądnych wobec prawa. Oparcie się sędziów na własnym rozumowaniu moralnym, nieko-

⁷⁹ A. Jezusek, Odpowiedzialność karna nauczycieli. Glosa do postanowienia SN z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 193/11, Przegląd Sądowy 2014, nr 3, s. 133.

⁸⁰ Sygn. II KK 333/17.

niecznie społecznie reprezentatywnym, nie jest żadnym gwarantem wydania rozstrzygnięcia sprawiedliwego czy słusznego. Zezwalając sędziom, aby ich osobiste preferencje moralne – nierzadko łączone z preferencjami politycznymi – miały decydować o poniesieniu lub nieponiesieniu odpowiedzialności karnej oskarżonego (obwinionego), „wszyscy stajemy się pokrzywdzonymi”⁸¹. Społeczne przeświadczenie, że „wygrana zależy od moralności sędziego”⁸² podważa zaufanie do wymiaru sprawiedliwości. Istotą roli sędziego nie jest „rozstrzyganie sporów moralnych, jego posłannictwem jest bowiem poszukiwanie sprawiedliwości w oparciu o prawo”. W tych natomiast przypadkach, gdy rozstrzygnięcie sprawy rzeczywiście wymaga odwołania się do ocen i argumentów moralnych, sędzia powinien pamiętać, że „będąc arbitrem nie może być jednocześnie arbitralny w swych ocenach i sądach”⁸³. Rację ma Sąd Rejonowy w Wadowicach wskazując, że „sędzia na sali sądowej powinien dystansować się od własnych, arbitralnych upodobań i prywatnych preferencji. Sędziowie powinni kierować się w swoich sądach przede wszystkim systemem wartości, jaki przyjmuje obowiązujące ustawodawstwo, a w szczególności Konstytucja”⁸⁴.

Judges as “moral arbiters” and “moralists” on the example of selected decisions of criminal courts

Abstract

The article presents the issue of the role of judicial moral reasoning of judges in the adjudication of criminal cases. In the first two points of the paper, the title concepts of a judge as a moral arbiter and a judge as a moralist were introduced, and the cases of using moral judgments in the judicial decision-making and argumentation process were systematized. Then, in the light of the conceptual findings and given typologies,

⁸¹ A. Horwitz, *Coercion...*, s. 162.

⁸² E. Tylus, *Sądownictwo. Sprawy krzywdzenia zwierząt wciąż lekceważone*, <https://wgospodarce.pl/informacje/9885-sadownictwo-sprawy-krzywdzenia-zwierzat-wciaz-lekcewazone>.

⁸³ M. Safjan, *Wyzwania...*, s. 207.

⁸⁴ Postanowienie Sądu Rejonowego w Wadowicach z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. II K 616/12 (niepublikowane).

the justification of the judgments in five criminal cases, mostly in misdemeanor cases, was critically assessed. The study of selected judiciaries shows the threats implied by judicial moralizing, which are difficult to reconcile not only with the principle of the tripartite separation of powers and the democratic form of government, but also with the requirement of judicial impartiality and objectivity, consistency of judgments and equality of defendants before the law. Performing the role of moral arbiters and moralists by judges is accompanied by such worrying phenomena as: going beyond the subject matter of the case under examination; presenting victims in terms of actual accused; praising and even encouraging the imitation of unlawful behavior; non-legislative reformulation of criminal law norms and narrowing the scope of basic constitutional rights and freedoms of an individual. The cited court cases provide arguments for the need for far-reaching restraint towards judicial moralizing.

Damian Wąsik

Złośliwe lub uporczywe naruszanie praw pracowniczych członków personelu medycznego (art. 218 § 1a k.k.) – problematyka prawnokarna

Streszczenie

Zasadniczym celem niniejszego artykułu jest charakterystyka przestępstwa określonego w art. 218 § 1a k.k., a także dokonanie klasyfikacji zachowań wyczerpujących znamiona wyżej wymienionego przestępstwa w obszarze służby zdrowia. Niniejsza publikacja uzupełnia dotychczasowe piśmiennictwo dotyczące występkę z art. 218 § 1a k.k. o rozważania na temat nadużyć przy zatrudnianiu przedstawicieli zawodów medycznych wykonujących obowiązki zawodowe w obszarze działalności leczniczej.

Słowa kluczowe

Działalność lecznicza, przestępstwa przeciwko prawom pracowniczym, zawód medyczny.

I. Wprowadzenie

Definicja osoby wykonującej „zawód medyczny” oparta jest na kryterium posiadania uprawnień lub fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny¹. Owa fachowość, czy innymi słowy profesjonalizm w wykonywaniu powierzonych wyżej wymienionym osobom obowiązków pracowniczych, niesie ze sobą jeszcze większą odpowiedzialność, tak w wymiarze prawnym i społecznym. Pracownicy medyczni odpowiedzialni są bowiem za zdrowie i życie pacjentów korzystających z usług szpitali i przychodni lekarskich. Uznawane w pierwszej chwili za błahe uchybie-

¹ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. III SA/Lu 344/10, LEX nr 757116.

nia mogą nieść ze sobą nieodwracalne konsekwencje, w postaci nawet zawinionego spowodowania śmierci chorych. Z tym większą konsekwencją muszą być ścigane wszelkie nadużycia wyrażające się w sferze pracowniczej podmiotów leczniczych. Niejednokrotnie bowiem źródeł ludzkiej tragedii można poszukiwać nie tyle w działaniu osób bezpośrednio zaangażowanych w opiekę nad pacjentem, a ich przełożonych, wymuszających w sposób bezprawny określone formy zachowań, czy też utrudniających wykonywanie czynności medycznych *lege artis*.

Niezwykle istotnym problemem z perspektywy stosowania art. 218 § 1a k.k. jest stosunkowo częste umarzenie przez sądy postępowań karnych zainicjowanych aktami oskarżenia wnoszonymi przeciwko oskarżonemu na wyżej wymienionej podstawie prawnej. U podstaw takich decyzji procesowych spoczywa przekonanie o znikomej szkodliwości społecznej dowodzonych przez prokuraturę przestępstw. W tym obszarze zacytować należy judykat, wedle którego ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu może nastąpić wyłącznie po wcześniejszym stwierdzeniu, że zachowanie sprawcy w aspekcie realizacji znamion przedmiotowych, jak i zawinienia stanowi przestępstwo². Ustalenie braku społecznej szkodliwości (podobnie jak ustalenie jej w stopniu znikomym) dotyczy zawsze czynu, który wyczerpuje ustawowe znamiona dyspozycji normy sankcjonowanej. Ustalenie takie możliwe jest jedynie w rezultacie stwierdzenia takich cech konkretnego czynu, które ujawniają tak dalece odbiegające od założonego przez ustawodawcę wzorca czynu zabronionego, że nie pozwalają przyjąć, iż czyn ten jest społecznie szkodliwy, a więc karygodny³. Biorąc pod uwagę zadania stawiane przed szeroko pojętym sektorem ochrony zdrowia, czy też zważywszy na cele prowadzonej przez organy państwa tak zwanej polityki zdrowotnej nie sposób podzielać stanowiska o znikomej szkodliwości społecznej występku złośliwego lub uporczywego naruszania praw pracowniczych osób wykonujących zawody medyczne na podstawie stosunku pracy.

Celem niniejszego artykułu jest zwięzła charakterystyka przestępstwa określonego w art. 218 § 1a k.k., a także dokonanie swoistej klasyfikacji zachowań wyczerpujących znamiona wyżej wymienionego przestępstwa w obszarze służby zdrowia, tudzież których charakter przemawia za koniecznością zbadania ewentualnej karalności danego postępowania pracodawcy lub innych bezpośrednich przełożonych pokrzywdzonego w to-

² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. IV KK 382/10, LEX nr 846390.

³ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. V KK 222/03, LEX nr 83772.

ku dochodzenia. Dotychczas bowiem literatura przedmiotu traktowała o występkach z art. 218 § 1a k.k. w sposób ogólny, często w oderwaniu od szczególnych uwarunkowań wykonywania określonych zawodów czy specyfiki branży, rzadko sprowadzając zagadnienie przestępnego naruszania praw pracowniczych do konkretnego typu zatrudnienia lub działalności gospodarczej. Z przywołanych dotychczas względów publikacja koncentruje się na działalności leczniczej, której założenia zaprezentowane w sposób syntetyczny poprzedzą główny wywód artykułu.

II. Prawo pracy w sferze działalności leczniczej – wybrane zagadnienia prawne

Problematykę prowadzenia działalności leczniczej regulują przepisy ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2190 ze zm.), dalej jako „u.d.l.” Ustawa obok takich zagadnień, jak zasady funkcjonowania podmiotów wykonujących działalność leczniczą, zasady sprawowania nadzoru nad jej wykonywaniem, czy prowadzenia rejestru podmiotów wykonujących tę działalność, reguluje niektóre zagadnienia właściwe prawu pracy, istotne z punktu widzenia wykonywania zawodu medycznego, mianowicie normy czasu pracy pracowników podmiotów leczniczych (por. art. 1 pkt 4 u.d.l.). Aktualnie przyjęty model służby zdrowia w Polsce zakłada w dużej mierze oparcie funkcjonowania podmiotów leczniczych, w tym szpitali, przychodni czy poradni lekarskich, na działalności gospodarczej kadry medycznej. Z tych przyczyn ustawa o działalności leczniczej mocno eksponuje formy prawne, w jakich mogą świadczyć usługi lekarze, pielęgniarki, czy fizjoterapeuci (art. 5 u.d.l.)⁴. Zauważyć należy bowiem, że działalność lecznicza jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (por. art. 16 ust. 1 u.d.l.). Niemniej wiele podmiotów leczniczych nadal zatrudnia pracowników działalności podstawo-

⁴ W odniesieniu do tych grup ustawa przewiduje możliwość wykonywania praktyki zawodowej w formach jednoosobowej działalności gospodarczej, jako indywidualna praktyka lekarska (pielęgniarska, fizjoterapeutyczna), indywidualna praktyka wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska lub pielęgniarska, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska lub pielęgniarska wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna praktyka lekarska (pielęgniarska, fizjoterapeutyczna) wyłącznie w zakładzie leczniczym na podstawie umowy z podmiotem leczniczym prowadzącym ten zakład, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska lub pielęgniarska wyłącznie w zakładzie leczniczym na podstawie umowy z podmiotem leczniczym prowadzącym ten zakład, spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej.

wej w ramach stosunku pracy (umowy o pracę), nie zaś tzw. kontraktu. Z tej przyczyny w ustawie o działalności leczniczej zostały unormowane np. takie zagadnienia *stricto* pracownicze, jak prawo pracowników samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej do nagrody jubileuszowej za długoletnią pracę (art. 62 u.d.l.), prawo wymienionej grupy pracowników do odpraw emerytalnej i rentowej (art. 63 u.d.l.) oraz prawo do dodatku do wynagrodzenia za wysługę lat (art. 65 u.d.l.), dobowy i tygodniowy czas pracy pracowników podmiotów leczniczych (art. 93 ust. 1 u.d.l.), zasady stosowania wydłużonego do 12 godzin na dobę rozkładu czasu pracy (art. 94 u.d.l.). W kontekście uprawnień i obowiązków pracowniczych niezwykle istotne są regulacje zawarte w art. 95 u.d.l., stanowiącym, że pracownicy wykonujący zawód medyczny i posiadający wyższe wykształcenie, zatrudnieni w podmiocie leczniczym wykonującym działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, mogą być zobowiązani do pełnienia w zakładzie leczniczym tego podmiotu dyżuru medycznego. Zgodnie z definicją wskazaną w art. 95 ust. 2 u.d.l. dyżurem medycznym jest wykonywanie poza normalnymi godzinami pracy czynności zawodowych przez wymienione osoby w podmiocie leczniczym wykonującym stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne. Ustawa stanowi, że czas pełnienia dyżuru medycznego wlicza się do czasu pracy, zaś praca w ramach pełnienia dyżuru medycznego może być planowana również w zakresie, w jakim będzie przekraczać 37 godzin 55 minut na tydzień w przyjętym okresie rozliczeniowym (por. art. 95 ust. 3 i 4 u.d.l.)⁵. Do pracy w ramach pełnienia dyżu-

⁵ W tym miejscu, w kontekście dyżurów lekarskich w orzecznictwie dostrzega się, że planowanie pracy w ramach dyżuru medycznego jest związane z przeciętną tygodniową normą czasu pracy, a nie z normą dobową, czego konsekwencją musi być stwierdzenie, że i rozliczanie czasu pracy w ramach pełnienia tego dyżuru musi odnosić się do przeciętnej tygodniowej normy czasu, a nie do normy dobowej, co należy uwzględnić przy odpowiednim stosowaniu do obliczania wynagrodzenia za czas pełnienia dyżuru medycznego art. 151¹ § 1–3 k.p. Inaczej rzecz ujmując, czas pracy w ramach pełnienia dyżuru medycznego w obowiązującym okresie rozliczeniowym dla obliczenia należnego wynagrodzenia powinien być zestawiony z obowiązującą pracownika przeciętną tygodniową normą czasu pracy, przy wyróżnieniu tych godzin dyżuru, które jedynie dopełniają czas pracy do tej przeciętnej tygodniowej normy, albowiem sposób ich wynagrodzenia jest inny niż tych godzin dyżuru medycznego, które przekraczają przeciętną tygodniową normę czasu pracy. Wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych obejmuje dwa elementy: normalne wynagrodzenie za pracę oraz dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych (art. 151¹ § 1 k.p.). Za każdą godzinę pracy nadliczbowej pracownikowi należy więc przede wszystkim wypłacić jego normalną stawkę godzinową, stanowiącą dopłatę z tytułu świadczenia pracy w wymiarze wyższym niż pierwotnie ustalony. W tym zakresie wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych jest więc ekwiwalentem za pracę wykonywaną poza obowiązującą pracownika normą czasu pra-

ru nie stosuje się, co prawda przepisów art. 151 § 3, art. 151³ i art. 151⁴ k.p., jednakże przepisy Kodeksu pracy, konkretnie art. 151¹ § 1–3 k.p., stosuje się odpowiednio do wynagrodzenia za pracę w ramach pełnienia dyżuru medycznego (z wyłączeniem lekarzy stażystów, zob. art. 95 ust. 5 i 6 u.d.l.)⁶. Wśród innych zagadnień o charakterze pracowniczym ujętych

cy. Takie normalne wynagrodzenie wraz z dodatkiem przysługuje więc lekarzowi za każdą godzinę dyżuru medycznego przekraczającego obowiązującą go przeciętną tygodniową normę czasu pracy. Nie ma jednak podstaw do stwierdzenia, że identycznie powinno być obliczane wynagrodzenie za pracę w ramach dyżuru medycznego dopełniającego czas pracy do obowiązującej pracownika przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy. Normy czasu pracy rozumiane są jako normy nakładu pracy pracownika, któremu odpowiada umówione wynagrodzenie za pracę. Podobnie rzecz się ma z wynagrodzeniem lekarza przewidzianym umową o pracę. Odpowiada ono nakładowi pracy lekarza w obowiązujących go normach czasu pracy. Za część dyżuru medycznego jedynie uzupełniającą obowiązującą lekarza przeciętną tygodniową normę czasu pracy otrzymuje on zatem normalne wynagrodzenie w stawce określonej umową. Skoro zatem ta część dyżuru medycznego jest już wynagrodzona ekwiwalentnym do rozmiaru wykonywanej pracy świadczeniem w postaci normalnego wynagrodzenia, to odpowiednie stosowanie przepisów art. 151¹ § 1–3 k.p. nie może oznaczać konieczności „podwojenia” tego normalnego wynagrodzenia, lecz jedynie obowiązek wypłacania za godziny dyżuru dopełniające czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej normy tygodniowej dodatków, przy odpowiednim stosowaniu do ich obliczania art. 151¹ § 1–3 k.p. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2015 r., sygn. I PK 229/13, LEX nr 1652377; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. I PZP 4/14, LEX nr 1648697; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2014 r., sygn. I PK 313/13, LEX nr 1628905; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. I PK 293/12, OSNP 2014, nr 3, poz. 35. Powyższe rozważania mają szczególnie istotne znaczenie w badaniu w toku dochodzenia o przestępstwo z art. 218 § 1a k.k., w którym badane są podstawy do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej przełożonych pokrzywdzonego, którym zarzucane jest umyślne, złośliwe lub uporczywe wyznaczanie terminów dyżurów, czasu ich trwania, a także nieuprawnionego modyfikowania wysokości lub poszczególnych składników wynagrodzenia przysługującego z tego tytułu.

⁶ Na przestrzeni lat 2012–2016 w orzecznictwie sądowym ukształtowanym na gruncie przepisów prawa ubezpieczeń społecznych kwestionowano legalność zawierania przez szpitale umów cywilnoprawnych na pełnienie dyżurów z pielęgniarkami lub położnymi zatrudnianymi przez te szpitale na podstawie umów o pracę. Działania takie traktowane były niekiedy jako próba obejścia regulacji dotyczących obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne, a w skrajnych przypadkach, jako nielegalny instrument nakładania na pracowników medycznych obowiązków wykraczających poza dopuszczalne normy czasu pracy. Nie przesądzając, że ostatnia z tych praktyk może mieć faktycznie charakter kryminalny, w toku dochodzenia – przy gromadzeniu materiału dowodowego i jego ocenie – należy mieć na względzie aktualne stanowisko Sądu Najwyższego, który obecnie wprost wskazuje, że dyżury medyczne nie stanowią typowego pracowniczego sposobu zatrudniania pielęgniarek lub położnych, które przede wszystkim wykonują prace w ściśle określonych godzinach w każdym obowiązującym ich dniu pracy, a zatem ich praca nie polega wyłącznie na pełnieniu dyżurów medycznych, które mogły i mogą być także realizowane na podstawie kontraktów cywilnopraw-

w ustawie o działalności leczniczej wymienić należy okres nieprzerwanego odpoczynku (art. 97 u.d.l.), możliwość zobowiązania pracowników medycznych do pozostawania w gotowości do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz przysługujące z tego tytułu wynagrodzenie (art. 98 ust. 1 u.d.l.), prawo do dodatku przysługujące pracownikom wykonującym zawód medyczny, zatrudnionym w systemie pracy zmianowej w podmiocie leczniczym wykonującym działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne (por. art. 99 u.d.l.).

III. Przepięstwo złośliwego lub uporczywego naruszania praw pracowniczych w realiach prowadzenia działalności leczniczej

Zgodnie z art. 218 § 1a k.k., kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2⁷.

nych wykonywanych przez osoby prowadzące indywidualne praktyki w samodzielnych zawodach medycznych i na podstawach cywilnoprawnych poza stosunkiem pracy z podmiotem zatrudniającym. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2019 r., sygn. III PK 128/17, LEX nr 2607242. W kontekście dyżuru warto też zwrócić uwagę na wyrażane w orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym zakłady opieki zdrowotnej muszą zapewnić całodobowe świadczenia zdrowotne i opiekę medyczną przez 24 godziny dziennie, co powoduje, iż personel medyczny, w tym pielęgniarki, pracują w systemie zmianowym, przy czym rozpoczynają wykonywanie czynności w godzinach rannych, popołudniowych, pracują w dni wolne od pracy i świąteczne. Dotyczy to również personelu medycznego w zespołach operacyjnych dyscyplin zabiegowych, jak np. chirurgii. Powszechnie wiadomym jest, iż pielęgniarki odbywają dyżury w różnych godzinach, faktem powszechnie znanym jest również, iż w szpitalach odbywają się operacje planowe i operacje w ramach ostrego dyżuru, a więc w nagłych przypadkach. To przesądza, że przez dyżur medyczny należy rozumieć przede wszystkim wykonywanie, poza normalnymi godzinami pracy, czynności zawodowych przez lekarza lub innego posiadającego wyższe wykształcenie pracownika wykonującego zawód medyczny w zakładzie opieki zdrowotnej przeznaczonym dla osób, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych świadczeń zdrowotnych. Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Ostrołęce z dnia 17 grudnia 2013 r., sygn. III U 1089/13, LEX nr 1718485.

⁷ W przedmiocie znamion przestępcstwa z art. 218 k.k. zob. w szczególności Ł. Duśko, Niedopełnienie obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, jako zachowanie sprawcze czynu zabronionego z art. 218 § 1a kodeksu karnego, PiZS 2019, nr 8, s. 40–44; E. Tkaczyk, Bezpieczne i higieniczne warunki pracy, jako prawo każdego człowieka służące ochronie życia i zdrowia ludzkiego przed szkodliwym oddziaływaniem czynników pracy, St.PiA 2019, nr 2, s. 39–48; J. Jamiołkowski, Odpowiedzialność syndyka masy upadłości za naruszenie przepisów prawa pracy, Prok. i Pr. 2017, nr 3, s. 146–178; J. Kosonoga, K. ŚlebzaK, Odpowiedzialność płatnika składek za obli-

Przedmiotem chronionym w ramach art. 218 k.k. są wszelkie prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego (art. 218 § 1a k.k.), a także prawa byłego pracownika w zakresie np. otrzymania świadectwa pracy, konieczność respektowania rozstrzygnięć sądowych w przedmiocie przywrócenia do pracy bezprawnie zwolnionego pracownika (art. 218 § 2 k.k.) oraz prawo do otrzymania wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy. Natomiast źródłem praw pracownika są nie tylko postanowienia umowy o pracę, ale także unormowania aktów prawnych z zakresu *stricte* prawa pracy, np. Kodeks pracy albo całego systemu prawnego. Podkreśla się przy tym, że

czanie, potrącanie i przekazywanie składek na ubezpieczenie społeczne, *lus. Novum* 2016, nr 3, s. 274–300; G. Mosiej, Kryminologiczne i prawne aspekty zjawiska szarej strefy, *Prok. i Pr.* 2016, nr 5, s. 140–167; E. Kumor-Jezińska, Z problematyki karnej przekazania dokumentacji pracowniczej przy przejściu zakładu pracy, *PiZS* 2015, nr 3, s. 25–32; J. Semena, Problematyka mobbingu na tle przestępstwa z art. 218 § 1a k.k., *PiZS* 2015, nr 7, s. 24–29; S. Kowalski, Podmiot przestępstwa z art. 218 kodeksu karnego, *Prok. i Pr.* 2011, nr 2, s. 69–79; *idem*, Uwagi o odpowiedzialności karnej za nieopłacanie składek na ubezpieczenie społeczne i inne formy zabezpieczenia społecznego w prawie polskim, *St.Pr.PiP* 2014, nr 1, s. 451–465; *idem*, Odpowiedzialność karna za nieterminowe wypłacanie świadczeń pracowniczych, *St. Pracow.* 2013, nr 9, s. 19–22; J. Marciniak, Prawnokarna ochrona praw osób wykonujących pracę zarobkową, *Prok. i Pr.* 2011, nr 2, s. 60–68; *idem*, Znamiona strony podmiotowej występku z art. 218 § 1 k.k., jako kryteria odróżniające przestępstwa od wykroczeń, *Pa-lestra* 2011, nr 3–4, s. 60–67; *idem*, Prawo karne pracy – wybrane zagadnienia, *Radca Prawny* 2010, nr 1, s. 8–13; *idem*, Prawno-karna ochrona ofiar mobbingu, *Radca Prawny* 2009, nr 2, s. 40–47; *idem*, Pojęcie pracownika w rozumieniu art. 218 § 1 k.k., *WPP* 2009, nr 3, s. 25–36; I. Zduński, Ochrona pracownika i jego praw w ustawodawstwie karnym, *PiZS* 2011, nr 6, s. 32–35; M. Bosak, A. Danilewicz, Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing, *Prok. i Pr.* 2010, nr 4, s. 103–113; J. Marciniak, Podmiot przestępstwa z art. 218 k.k., *Prok. i Pr.* 2009, nr 6, s. 62–78; *idem*, Prawa pracownika jako przedmiot ochrony z art. 218 § 1 k.k., *PiZS* 2009, nr 3, s. 28–32; L. E. Pawlak, Zakres i zasadność wykorzystania sankcji karnych w prawie pracy, *PiP* 2008, nr 7, s. 86–95; W. Radecki, Granice ingerencji prawa karnego w stosunki pracy, *Prok. i Pr.* 2005, nr 6, s. 7–25; W. Cieślak, J. Stelina, Prawne aspekty mobbingu, *Prok. i Pr.* 2003, nr 10, s. 70–97; A. Tomporek, Przedmiot ochrony prawnokarnej i podmioty przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową (art. 219–221 k.k.), *PiZS* 2002, nr 8, s. 27; *idem*, Przedmiot ochrony i podmioty przestępstwa naruszenia praw pracownika (art. 218 k.k.), *PiZS* 2002, nr 7, s. 13; J. Unterschütz, Konsekwencje naruszenia obowiązku opłacania składek przez płatnika składek w świetle przepisów ustawy systemowej oraz art. 218 § 1 k.k. Glosa do wyroku TK z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09, *GSP–Prz. Orz.* 2012, nr 1, s. 55–64; *idem*, Z problematyki przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową. Glosa do postanowienia SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., sygn. III KK 23/05, *GSP–Prz. Orz.* 2006, nr 1, s. 123–134; K. Woźniowski, Reguła *ne bis in idem* w kontekście prawidłowej legislacji. Glosa do wyroku TK z dnia 18 listopada 2010 r., P 29/09, *GSP–Prz. Orz.* 2011, nr 2, s. 151–158.

przedmiotem ochrony art. 218 § 1a k.k., co do zasady nie są prawa wynikające z unormowań zbiorowego prawa pracy, z wyjątkiem sytuacji, gdy prawa te uzupełniają treść stosunku pracy⁸. Tym samym przestępstwo określone w art. 218 k.k. stanowi podstawowy typ naruszenia praw pracowniczych wynikających ze stosunku pracy lub z ubezpieczenia społecznego. Prawa te podlegają ochronie prawnokarnej bez względu na ich treść czy charakter. Do realizacji znamion przestępstwa z art. 218 k.k. nie jest konieczne, by naruszenie praw pracowniczych doprowadziło po stronie pracownika do szkody o charakterze majątkowym lub niemajątkowym. Różna waga naruszonych interesów pracowniczych może natomiast znaleźć odzwierciedlenie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnych zachowań realizujących znamiona art. 218 k.k.⁹ Co istotne, realizacja ustawowego znamienia naruszenia prawa pracownika nie jest uwarunkowana domaganiem się przez pracownika realizacji swoich uprawnień czy też zgłaszaniem sprzeciwu wobec naruszeń¹⁰.

Jednym z problemów, które mogą ujawnić się na gruncie stosowania art. 218 § 1a k.k. jest definicja „pracownika”. W uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2018 r., sygn. I KZP 5/18 (LEX nr 2549479) oraz z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. I KZP 34/05 (OSNKW 2006, nr 1, poz. 2) zwracano w wymienionej materii uwagę, że pojęciu „pracownik”, użytemu w art. 218 § 1a k.k. należy nadawać tożsame znaczenie, jak

⁸ Zob. V. Konarska-Wrzosek, A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, LEX 2020. W kwestii przedmiotu ochrony przestępstwa określonego w art. 218 k.k. wyrażony jest również pogląd, zgodnie z którym przedmiotem ochrony przestępstw są prawa pracowników z zakresu prawa pracy oraz ubezpieczeń społecznych. Jest to zbiór niezwykle pojemny, wiąże się on bowiem z każdym obszarem relacji pracownik – pracodawca (inny podmiot), sprowadzenie zaś ich do katalogu dóbr podstawowych (życia, zdrowia, mienia i wolności) jest zabiegiem w takim samym stopniu dogmatycznie atrakcyjnym co niebezpiecznym – a to wobec ryzyka utraty pewnych elementów. Rzecz bowiem w tym, że w rzeczywistości pod szyldem praw pracownika kryją się dobra prawne w postaci mienia, wolności człowieka, zdrowia, a czasem i życia, jednak poprzestanie na tych tylko dobrach, bez uwzględnienia – by posłużyć się językiem dialektyki marksistowskiej – nadbudowy powstałej w procesie kształtowania się praw pracowniczych niechybnie prowadzić musiałoby do zubożenia treści dobra chronionego komentowanymi przestępstwami. Por. G. Łabuda, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, LEX 2020.

⁹ Zob. W. Wróbel, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) A. Zoll (red.), W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017, LEX 2020.

¹⁰ Zob. Z. Siwik, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, LEX 2020.

w przypadku wykładni tego terminu przy stosowaniu art. 220 k.k. Oba typy przestępstw występują w tym samym rozdziale ustawy karnej zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową”. Zawarty w ich treści termin „pracownik” nie został zdefiniowany legalnie w art. 115 k.k., ale ustawodawca zadanie to pozostawił, co jest racjonalne i ze wszech miar celowe, normom prawa pracy. W art. 2 k.p. podano, że pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Ów status pracownika nabywa się przez nawiązanie stosunku pracy, mocą którego – w myśl art. 22 § 1 k.p. – pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Znaczenie terminu „pracownik”, którym posłużono się w art. 218 § 1a k.k., powinno być ustalone za pomocą norm i definicji pochodzących z prawa pracy. Zróżnicowanie ochrony praw pracowników *sensu stricto* (art. 218 i 220 k.k.) oraz innych osób wykonujących pracę o charakterze zarobkowym (art. 219 i 221 k.k.) ma silne oparcie w argumentacji systemowej, jako że jedynie w art. 218 i 220 k.k. ustawodawca posłużył się terminem „pracownik” w rozumieniu art. 2 k.p. Przydawanie na gruncie art. 218 § 1a k.k. zwrotowi „pracownik” znaczenia szerszego niż funkcjonujące w prawie pracy stanowiłoby niedozwoloną wykładnię na niekorzyść oskarżonego, kolidującą z zasadą *nullum crimen sine lege*. Podkreśla się przy tym, że przedmiotem ochrony art. 218 § 1a k.k., w odróżnieniu od art. 220 k.k., nie są prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, ale wszelkie prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego. Zakresem art. 218 § 1a k.k. objęte są więc tylko osoby będące pracownikami w rozumieniu art. 2 k.p. i art. 22 § 1 i § 11 k.p., a więc osoby zatrudnione na warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, niezależnie od nazwy zawartej przez strony umowy.

W orzecznictwie zauważa się, że przestępstwo z art. 218 § 1a k.k., tj. mobbing, polega na złośliwym lub uporczywym naruszaniu praw pracownika, wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego przez osobę wykonującą czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Znamię uporczywości zakłada dwa elementy: złą wolę sprawcy i długotrwałość jego zachowania. Owa uporczywość uzewnętrznia się natrętnymi, sekwencyjnymi czy powtarzalnymi zachowaniami. Natomiast złośliwość objawia się w niemożliwej racjonalnie do umotywowania woli zaszkodzenia pracownikowi, perfidnym zachowaniu,

dokuczeniu mu, poniżeniu, wyrządzeniu krzywdy¹¹. Tym samym art. 218 § 1a k.k. zawiera wymóg istnienia po stronie sprawcy kwalifikowanej postaci zamiaru. Zachowanie złośliwe charakteryzuje się chęcią dokuczenia, okazania lekceważenia przez nierespektowanie, mimo obiektywnej możliwości, określonego uprawnienia pracowniczego¹². Innymi słowy uporczywe naruszanie praw pracownika stanowi znamię o charakterze subiektywno-obiektywnym. Uzależnione jest ono bowiem od łącznego wystąpienia: po pierwsze, uchybienia prawom pracowniczym w określonym interwale czasowym (co może prowadzić do ciągłego lub mającego postać cykliczną ich nierespektowania), po drugie, charakteryzującego się zawziętością nastawienia psychicznego sprawcy. Natomiast określająca stronę podmiotową złośliwość ma charakter czysto subiektywny¹³.

¹¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. WA 18/16, LEX nr 2203539. W przedmiocie uporczywości w orzecznictwie zauważa się ponadto, że uporczywość jako znamię przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. zawiera w sobie elementy przedmiotowe, jak i podmiotowe. Do jego przyjęcia potrzebne jest wykazanie, że sprawca co najmniej kilkakrotnie na przestrzeni określonego czasu realizował zachowania prawnokarnie relewantne. Jednocześnie wymagano zbadania, czy sprawca w tym okresie miał obiektywną możliwość zrealizowania określonego obowiązku. Substratem uporczywości był zatem także negatywny, nasilony złą wolą stosunek sprawcy do nałożonego na niego obowiązku. Dopiero stwierdzenie tego negatywnego stosunku sprawcy do realizacji nałożonego na niego obowiązku pozwalało na przyjęcie znamienia uporczywości. W przypadku braku tego szczególnego nastawienia psychicznego sprawcy, nawet przy przyjęciu, że jego zachowanie miało charakter cykliczny, nie pozwalało na uznanie realizacji znamienia uporczywości. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, LEX nr 47616; wyrok Sądu Rejonowego w Pieszku z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. II K 135/18, LEX nr 2680529; wyrok Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 20 sierpnia 2019 r., sygn. II W 284/19, LEX nr 2723231.

¹² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r., sygn. II AKa 71/16, LEX nr 2047152. W literaturze prawa karnego pojęcie „złośliwie” określa się nie tylko jako zachowanie umyślne, lecz także nakierowane na cel w postaci chęci wyrządzenia innej osobie krzywdy i dolegliwości, przy czym niezbędne jest tu ustalenie, że naruszenie praw określonego pracownika nie ma żadnych racjonalnych przyczyn, motywowane jest jedynie personalną niechęcią do jego osoby. Także zachowanie, które w intencji sprawcy nie jest złośliwe, może tak zostać odebrane, zinterpretowane przez inną osobę. Z drugiej strony nie wystarczy, że sprawca chce się zachować złośliwie, jego zachowanie powinno być odebrane w taki właśnie sposób. „Uporczywie” oznacza z kolei, że zachowanie sprawcy ma albo trwać przez pewien czas, albo powtarzać się kilkakrotnie, musi zawierać także świadomość niweczenia tym możliwości osiągnięcia stanu założonego przez prawo. Zob. M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020.

¹³ Zob. V. Konarska-Wrzošek, A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, Komentarz do art 218 k.k., (w:) V. Konarska-Wrzošek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, LEX 2020 i powołane tam wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 1979 r., sygn. V KRN 297/79, LEX nr 17205,

Opisane w art. 218 § 1a k.k. przestępstwo jest przestępstwem formalnym (bezsukutowym) i może zostać popełnione z chwilą ukończenia czynu zabronionego. A zatem naruszenie praw pracownika może mieć charakter wyłącznie formalny. Dla bytu tego przestępstwa nie jest wymagany skutek w postaci narażenia pracownika na poważną szkodę. Obecnie nie jest również konieczne wykazanie zaistnienia tego skutku, wystarczy stwierdzenie szczególnie nagannego nastawienia psychicznego sprawcy naruszenia praw pracownika (złośliwości lub uporczywości). Podstawą kryminalizacji zachowania się określonego w art. 218 § 1a k.k. jest niebezpieczeństwo szkody, ale pominięcie w opisie czynu znamion skutku oznacza, że jest to przestępstwo zagrożenia abstrakcyjnego. Wyrządzenie szkody majątkowej lub spowodowanie niebezpieczeństwa takiej szkody może uzasadniać przyjęcie wyższego stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego. Jak wynika zatem z powyższego, dla bytu przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. konieczne jest szczególnie naganne nastawienie psychiczne sprawcy, który musi mieć świadomość dokonywanych naruszeń uprawnień pracowniczych¹⁴. Jako przykłady zachowań

a także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 86. Pojęcie uporczywości zawiera zarówno wielokrotność uchylenia się od wykonania powinności, jak i świadomość niweczenia tym możliwości osiągnięcia stanu założonego przez prawo. Zob. Z. Siwik, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) O. Górniok (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, LEX/el. 2020, a także cytowane tam postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 grudnia 2000 r., sygn. II AKz 289/2000, KZS 2000, nr 12, poz. 28.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 października 2016 r., sygn. III APa 7/16, LEX nr 2191586; wyrok Sądu Rejonowego w Giżycku z dnia 27 listopada 2019 r., sygn. II K 116/19, LEX nr 2764349. Zdaniem M. Budyń-Kulik przestępstwo z art. 218 § 1a k.k. traktować należy, jako niewłaściwe z zaniechania. Zarówno naruszanie praw pracownika, jak i odmowa przywrócenia go do pracy, mogą bowiem nastąpić także przez zaniechanie. Przestępstwo z art. 218 k.k. ma charakter formalny, zaś do jego dokonania nie jest potrzebny skutek w postaci doznania przez pracownika pokrzywdzenia naruszeniem jego praw ani faktyczny brak umożliwienia pracownikowi podjęcia pracy, nie jest nim także szkoda materialna. Termin „wykonywanie czynności” należy przy tym rozumieć w funkcjonalnym związku z naruszeniem praw pracownika, stąd mieści się w nim zarówno podejmowanie czynności naruszającej prawa pracownika, jak i zaniechanie wykonania czynności, której podjęcie w określonym układzie sytuacyjnym stanowiło szczególny obowiązek danej osoby, jako gwaranta niedopuszczenia do naruszenia praw pracownika. Znamiona przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. wypełnia także zachowanie polegające na niewypłaceniu wynagrodzenia za pracę lub innych świadczeń, np. ekwiwalentu za niewykorzystany urlop, a z obowiązku terminowego wypłacania wynagrodzenia za pracę – mimo pewnych zastrzeżeń wyrażanych zwłaszcza w judykaturze – nie zwalniają pracodawcy trudności w pozyskiwaniu odpowiednich środków finansowych. Do tego ostatniego stanowiska zdaje się też przychylić Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 kwietnia 2000 r., sygn. I PKN 516/99 (OSNP 2001, nr 16,

wyczerpujących znamiona przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. w judykaturze wskazuje się m.in. zamierzone, wielokrotne i systematyczne składanie do przełożonego pokrzywdzonego wniosku o jego odwołanie z danej funkcji przy świadomości niepowodzenia tej czynności, odmowa wydania kluczy do gabinetu, uniemożliwienie korzystania z określonych urządzeń (np. komputera), nieuzasadnione pomijanie pokrzywdzonego przy typowaniu pracowników do szkoleń i innych form podnoszenia kwalifikacji, a także przenoszenie miejsca pracy do innych pomieszczeń i budynków, o niższym standardzie, wydatnie utrudniających lub nawet uniemożliwiających efektywne wykonywanie pracy¹⁵.

Biorąc pod uwagę charakter przestępstw złośliwego lub uporczywego naruszania praw pracowniczych oraz specyfikę wykonywania zawodów medycznych można zaproponować podział wymienionego zjawiska na:

- 1) zachowania wymierzone w podstawowe zasady kształtujące stosunek pracy w podmiotach leczniczych;
- 2) zachowania wymierzone w zasady wykonywania zawodu medycznego.

Takie sklasyfikowanie czynów zabronionych uzasadnione jest strukturą zatrudnienia wymuszoną *de facto* na podmiotach leczniczych, które z racji prowadzonej działalności zobowiązane są obok personelu medycznego (lekarzy, pielęgniarek, położnych, ratowników medycznych, fizjoterapeutów czy diagnostów laboratoryjnych) zatrudniać pracowników technicznych (np. technicy radiologii, audiofonologii etc.), gospodarczych (np. salowe i sanitariusze), a także administracyjnych (np. kadra zarządzająca poszczególnymi komórkami organizacyjnymi szpitala). Naruszenia przepisów o zatrudnieniu pracowników medycznych mogą więc dotyczyć zarówno ogólnych zasad wynikających z przepisów prawa pracy (np. prawo pracownika do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, prawo do terminowo wypłacanego wynagrodzenia w prawidłowej wysokości, czy prawo do urlopu wypoczynkowego), ale również reguł wykonywania określonych czynności medycznych związanych z szeroko rozumianą opieką nad pacjentem. Źródłem tych ostatnich jest charakter danego zawodu medycznego, ustawowe uprawnienia i obowiązki, ograniczenia w ich realizacji etc. Nie bez znaczenia jest też fakt, że większość zawodów medycznych jest zawodami tzw. samodzielnymi, gdzie równoległe z podporządkowaniem służbowym w danych aspektach (np.

poz. 516). Zob. M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 218 k.k., (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020.

¹⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. II AKa 171/13, LEX nr 1403738.

organizacją pracy na oddziale szpitalnym), występuje samodzielność w podejmowaniu wybranych decyzji medycznych i ich realizacji.

Do zachowań wymierzonych w podstawowe zasady kształtujące stosunek pracy w podmiotach leczniczych zaliczyć należy:

- a) naruszanie zakazu dyskryminacji i prawa do równego traktowania w zatrudnieniu;
- b) natrętne naruszanie prywatności przez nieuzasadniony monitoring miejsca pracy i monitoring poczty elektronicznej pracownika;
- c) powtarzająca się nieuzasadniona w wymiarze kadrowym, organizacyjnym, ekonomicznym etc. zmiana warunków pracy i płacy;
- d) uporczywe naruszanie przyjętych zasad wynagrodzenia pracowników;
- e) utrudnianie podnoszenia kwalifikacji;
- f) złośliwe, nieuzasadnione nakładanie kar porządkowych;
- g) permanentne naruszanie przepisów dotyczących czasu pracy;
- h) cykliczne, nieuzasadnione nieudzielanie urlopów wypoczynkowych lub bezpodstawne odwoływanie z nich;
- i) niespektowanie uprawnień związanych z rodzicielstwem.

Zgodnie z art. 18^{3a} § 1 k.p. pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Co prawda przepisy Kodeksu pracy wskazują, na czym polega dyskryminacja pośrednia i bezpośrednia pracowników¹⁶, niemniej, jako przykład konkretnych za-

¹⁶ Na gruncie prawa pracy dyskryminowaniem bezpośrednim jest sytuacja, w której pracownik z jednej lub z kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnym przypadku mniej korzystnie niż inni pracownicy. Dyskryminowanie pośrednie istnieje wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p., chyba, że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne. Przejawem tego typu dyskryminowania jest także działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu naruszenia tej zasady, jak również tzw. molestowanie, tj. niepożądane zachowa-

chowań, które mogłyby w tym względzie wyczerpywać znamiona art. 218 § 1a k.k. w warunkach funkcjonowania podmiotu leczniczego wskazać należy np. na cynicznie podważanie umiejętności personelu medycznego przez osoby funkcyjne (np. ordynatora oddziału, pielęgniarkę oddziałową) w obecności hospitalizowanych pacjentów lub ich rodzin, umyślne i fałszywe sugerowanie niedopełnienia przez pracownika obowiązków, mogących skutkować błędem medycznym, a także nieprawdziwe wiązanie niepowodzenia w leczeniu z nienależytym zaangażowaniem w pracę pracownika. Jeżeli działania takie powtarzają się, a jako powód wyimaginowanych lub wyolbrzymianych uchybień wskazywane przez sprawcę są np. płeć czy wiek pracownika, to przyjąć można, że zachowania te stanowią występki z art. 218 § 1a k.k.

Zgodnie z art. 22² § 1 i 2 k.p. pracodawca może wprowadzić monitoring, jako szczególny nadzór nad terenem zakładu pracy lub terenem wokół zakładu pracy w postaci środków technicznych umożliwiających rejestrację obrazu, jednakże tylko wówczas, gdy jest to niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa pracowników lub ochrony mienia lub kontroli produkcji, lub zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę. Monitoring nie powinien obejmować pomieszczeń sanitarnych, szatni, stołówek oraz palarni, chyba, że stosowanie monitoringu w tych pomieszczeniach jest niezbędne do realizacji wyżej wymienionych celów i nie naruszy to godności oraz innych dóbr osobistych pracownika, w szczególności przez zastosowanie technik uniemożliwiających rozpoznanie przebywających w tych pomieszczeniach osób. Zachowaniem sprzecznym ze wskazanymi powyżej regulacjami będzie objęcie pracowników monitoringiem bez ich wiedzy, bez ujawnienia faktu rejestracji w treści wewnętrznych aktów prawnych i bez odpowiedniego oznakowania terenu monitorowanego, a następnie upublicznienie tych materiałów (np. w internecie) w celu ośmieszenia pracownika lub jego zdyskredytowania na rynku pracy¹⁷. Ponadto w myśl

nie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Dyskryminowaniem ze względu na płeć, czyli molestowaniem seksualnym, jest natomiast każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy (por. art. 18^{3a} § 2–6 k.p.).

¹⁷ Jedynie na marginesie zaznaczyć należy, że przepisy regulujące zasady wykonywania działalności leczniczej zawierają szczególne unormowania dotyczące monitoringu obiektów podmiotu leczniczego. Zgodnie z art. 23a ust. 1–3 u.d.l. kierownik podmiotu

art. 22³ § 1 i 2 k.p. pracodawca może wprowadzić kontrolę służbowej poczty elektronicznej pracownika (monitoring poczty elektronicznej), jednakże tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do zapewnienia organizacji pracy umożliwiającej pełne wykorzystanie czasu pracy oraz właściwego użytkowania udostępnionych pracownikowi narzędzi pracy, zaś sam monitoring nie może naruszać tajemnicy korespondencji oraz innych dóbr osobistych pracownika. W warunkach działalności leczniczej nieprawidłowa i nieodpowiedzialna kontrola korespondencji służbowej pracowników, zwłaszcza lekarzy, pielęgniarek i położnych, choć bezpośrednio uderza w zaufanie do pracownika, może oddziaływać jeszcze bardziej negatywnie w sferze obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej i ochrony praw pacjentów. Jeżeli zatem działania sprawcy, nacechowane chęcią nieuzasadnionej i złośliwej inwigilacji pracownika, spowodują udostępnienie danych wrażliwych chorych leczonych przez takiego pracownika (np. informacji o chorobie, odbywanej terapii, przyjmowanych lekach, czy przeprowadzonych zabiegach) osobom nieuprawnionym (np. nieupoważnionym pracownikom administracji szpitala lub firm zewnętrznych), należy rozważyć zakwalifikowanie takiego działania, jako zbiegu przestępstw (art. 11 § 2 k.k.) z art. 218 § 1a k.k. i art. 267 § 1 k.k., względnie art. 266 § 1 k.k.

Analizując zachowanie, polegające na powtarzającej się, nieuzasadnionej w wymiarze kadrowym, organizacyjnym, czy ekonomicznym zmiany warunków pracy i płacy pracownika medycznego (art. 42 k.p.) należy mieć na względzie w szczególności zachowania motywowane chęcią zmuszenia np. lekarza czy pielęgniarki, do rozwiązania stosunku pracy. Takie przypadki mogą zaistnieć, gdy pracownik związany jest z podmiotem leczniczym umową o pracę na czas nieokreślony. Często rotacja na stanowiskach przypisanych do różnych jednostek szpitalnych, w sposób oczywisty dezorganizuje pracę i uniemożliwia utrwalenie nabywanych

wykonującego działalność leczniczą może określić w regulaminie organizacyjnym sposób obserwacji pomieszczeń: 1) ogólnodostępnych, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa pacjentów lub pracowników pomieszczeń, 2) w których są udzielane świadczenia zdrowotne oraz pobytu pacjentów, w szczególności pokoi łóżkowych, pomieszczeń higieniczno-sanitarnych, przebieralni, szatni, jeżeli wynika to z przepisów odrębnych – za pomocą urządzeń umożliwiających rejestrację obrazu (monitoring). Nagrania obrazu uzyskane w wyniku monitoringu, zawierające dane osobowe, podmiot wykonujący działalność leczniczą przetwarza wyłącznie do celów, dla których zostały zebrane, i przechowuje przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące od dnia nagrania. Po upływie tego okresu uzyskane w wyniku monitoringu nagrania obrazu zawierające dane osobowe podlegają zniszczeniu, o ile przepisy odrębne nie stanowią inaczej.

umiejętności. W tym miejscu należy również zwracać uwagę na unormowanie art. 42 § 4 k.p., zgodnie z którym wypowiedzenie dotychczasowych warunków pracy lub płacy nie jest wymagane w razie powierzenia pracownikowi, w przypadkach uzasadnionych potrzebami pracodawcy, innej pracy niż określona w umowie o pracę na okres nieprzekraczający 3 miesięcy w roku kalendarzowym, jeżeli nie powoduje to obniżenia wynagrodzenia i odpowiada kwalifikacjom pracownika. Nadużycia przełożonego w tym zakresie również należy rozpatrywać w kontekście art. 218 § 1a k.k.

Uporczywe naruszanie przyjętych zasad wynagrodzenia pracowników w świetle znamion art. 218 § 1a k.k., może sprowadzać się chociażby do ukształtowania wysokości wynagrodzenia w sposób nieliczący z rodzajem wykonywanej pracy i kwalifikacjami wymaganymi przy jej wykonywaniu, a także nieuwzględniający ilości i jakości świadczonej pracy (por. art. 78 § 1 k.p.) – w zestawieniu z innymi pracownikami z tej samej grupy zawodowej, posiadającymi analogiczne lub zbliżone doświadczenie zawodowe i kompetencje. Nadużycia mogą też mieć miejsce w przypadku nieuzasadnionego zróżnicowania sposobu wypłaty wynagrodzenia, np. uruchamiania środków w radykalnie innych terminach, czy też wyłącznie za pracę wykonaną, w odróżnieniu od innych pracowników, otrzymujących wynagrodzenie „z góry”. Cechy złośliwości działania może mieć także nieuzasadniona odmowa dostępu do dokumentacji, stanowiącej podstawę wypłaty wynagrodzenia (por. art. 85 § 5 k.p.). Ocenny charakter będzie mieć natomiast powtarzające się świadome wypłacanie wynagrodzenia w niepełnych kwotach lub ponad te kwoty, a następnie regulowanie należności, ponawiane żądanie zwrotu środków lub dokonywanie potrąceń.

Utrudnianie podnoszenia kwalifikacji w świetle znamion czynu zabronionego z art. 218 § 1a k.k. może mieć znaczenie dla oceny ewentualnej odpowiedzialnej karnej sprawcy, jeżeli ten w sposób świadomy, celem wyłączenia pracownika z udziału w szkoleniach i warsztatach organizowanych przez szpital, systematycznie przeprowadza je w okresach czasowej nieobecności w pracy pokrzywdzonego, powierza mu na ten czas inne obowiązki (np. wyznaczając dyżury), albo nie informuje go o terminie i miejscu planowanego szkolenia. Innymi formami działania jest odmowa wyrażenia zgody na odbycie określonego kursu (np. obsługi urządzenia medycznego, zakupionego i wykorzystywanego przez szpital), nawet przy deklaracji pracownika pokrycia jego kosztów w całości, wymaganego lub pożądanego na zajmowanym stanowisku pracy, nieudzielanie pracownikowi urlopów szkoleniowych, czy takie zamierzone ukła-

danie grafiku dyżurów, aby spowodować kolizję z zaplanowanymi w przeszłości zajęciami (szkoleniami), o których przełożony wiedział.

Złośliwe i nieuzasadnione w świetle postępowania pracownika nakładanie kar porządkowych w postaci kary upomnienia czy nagany (art. 108 § 1 k.p.) na gruncie art. 218 § 1a k.k. może przybrać formę nieuzasadnionego przypisywania ukaranemu pracownikowi zaniedbań stwierdzonych w funkcjonowaniu szpitala przez właściwe organy administracji publicznej (np. Państwową Inspekcję Pracy, czy Narodowy Fundusz Zdrowia), podczas gdy z protokołów kontroli czy wystąpień kontrolnych wprost wynika, że winę za nieprawidłowości ponosi ktoś inny lub kierownik podmiotu leczniczego.

Do naruszania przepisów dotyczących czasu pracy, w kontekście odpowiedzialności karnej z art. 218 § 1a k.k. dochodzi przede wszystkim wówczas, gdy czas pracy pracownika organizowany jest przez przełożonych w taki sposób, że przekracza normy przyjęte w ustawie o działalności leczniczej, Kodeksie pracy lub przepisach wewnętrznych. Tę samą uwagę odnieść należy do obowiązku przestrzegania prawa pracownika do nieprzerwanego odpoczynku. Podejrzanie popełnienia czynu zabronionego w omawianym zakresie może mieć miejsce także wówczas, gdy nakładane na pracownika szpitala obowiązki realnie oceniając uniemożliwiają ich wykonanie w przyjętych ramach czasowych w danym dniu pracy, a nie jest możliwe ich przekazanie pracownikom obejmującym dyżur czy też odroczenie realizacji na kolejny dzień (zwłaszcza wtedy, gdy zadania te wynikają ze środowiska opieki nad pacjentami).

Czyn przestępny z art. 218 § 1a k.k. może stanowić również cykliczne, nieuzasadnione nieudzielanie urlopów wypoczynkowych lub bezpodstawne odwoływanie z nich, np. pod pretekstem zwiększonej liczby hospitalizowanych pacjentów w okresie, w którym przełożony udzielił zgody na urlop wypoczynkowy innym pracownikom danego oddziału. Znamiona wyżej wymienionego przestępstwa może wypełniać też uporczywe i złośliwe naruszanie reguł ewidencjonowania oraz wyliczania rzeczywiście wykorzystanych urlopów wypoczynkowych, przekładające się na odmowne rozpatrywanie wniosków pracownika.

Wreszcie nierespektowanie uprawnień związanych z rodzicielstwem na gruncie art. 218 § 1a k.k. może przybrać formę np. powierzania pracownikom – kobietom w ciąży i kobietom karmiącym dziecko piersią prac uciążliwych, niebezpiecznych lub szkodliwych dla zdrowia, mogących mieć niekorzystny wpływ na ich zdrowie, przebieg ciąży lub karmienie dziecka piersią (por. art. 176 § 1 k.p.), w tym transport chorego wymagający znacznego wysiłku fizycznego, powierzanie pracownikom w ciąży obowiązku pełnienia

dyżurów nocnych (por. art. 178 § 1 k.p.), czy nieuzasadniona odmowa wykorzystania urlopu rodzicielskiego (por. art. 179¹ § 1 k.p.).

Do zachowań wymierzonych w zasady wykonywania zawodu medycznego zaliczyć należy natomiast:

- a) świadome, nieuzasadnione ignorowanie samodzielności decyzyjnej pracowników medycznych;
- b) bezprawne ograniczanie uprawnień do wykonywania określonych procedur medycznych i innych czynności związanych z opieką nad pacjentem;
- c) wymuszanie na pracowniku wykonywania procedur medycznych, do których ten nie jest uprawniony lub w warunkach zabronionych przez powszechnie obowiązujące przepisy lub regulacje wewnętrzne szpitala;
- d) nieuzasadnione organizacyjnie zlecanie pracownikowi zadań należących ustawowo lub regulaminowo do obowiązków innych członków personelu medycznego;
- e) utrudnianie dostępu do określonych wyrobów medycznych lub produktów leczniczych;
- f) niewłaściwa organizacja dyżuru medycznego i ignorowanie informacji płynących od pracownika o braku wymaganych kwalifikacji lub doświadczenia.

W kwestii świadomego i nieuzasadnionego zarazem ignorowania samodzielności decyzyjnej pracowników medycznych jako zachowania wyczerpującego znamiona art. 218 § 1a k.k. w pierwszej kolejności wskazać należy na takie przepisy, jak art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 527 ze zm.)¹⁸, art. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej¹⁹, dalej jako „u.z.p.p.”, czy też art. 6 ustawy z dnia

¹⁸ W myśl tego przepisu wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich. W orzecznictwie sądowym zauważa się natomiast, że to do lekarza należy wybór metody działania (leczenia albo badania), a pacjent ma prawo do akceptacji lub odmowy akceptacji takiej, czy innej terapii. W końcu, to o zdrowie i życie tego podmiotu chodzi w każdym leczeniu. Zawsze też konsekwencje dokonanego wyboru ponosi pacjent. Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 25 kwietnia 2018 r., sygn. IV SA/GI 1203/17, LEX nr 2497044. Niezależność zawodowa lekarza w zakresie sztuki medycznej akcentowana była też w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. IV CSK 308/10, LEX nr 784320.

¹⁹ Zgodnie z tym przepisem zawody pielęgniarki i położnej są samodzielnymi zawodami medycznymi.

27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (tekst jedn. Dz. U. 2019 r., poz. 849 ze zm.)²⁰. Mając na względzie fakt, że w sprawach dotyczących stosunków pracy w zakresie nieuregulowanym przepisami Kodeksu cywilnego stosuje się rozwiązania cywilistyczne, a także przez wzgląd na specyfikę uwarunkowań prawno-organizacyjnych świadczenia pracy w ramach zwodu medycznego przypomnieć należy utrwalone w orzecnictwie stanowisko, zgodnie z którym zachowanie przez wykonującego powierzone czynności określonej samodzielności nie wyłącza istnienia podporządkowania w rozumieniu art. 430 k.c. Nawet w odniesieniu do osób posiadających wysokie kwalifikacje zawodowe i podejmujących decyzje na podstawie specjalistycznej wiedzy, co dotyczy między innymi szkód wyrządzonych przez lekarzy, a więc osób niewątpliwie zachowujących niezależność w procesie leczenia, diagnozy i terapii, przyjęć należy, że niezależność zawodowa lekarza w zakresie sztuki medycznej nie sprzeciwia się stwierdzeniu stosunku podporządkowania w rozumieniu art. 430 k.c.²¹ Przykładem zachowań, które mogą wyczerpywać znamiona czynu zabronionego z art. 218 § 1a k.k., a które godzą w samodzielność zawodu medycznego, są powtarzające się nieuzasadnione zmiany przez ordynatora oddziału w karcie zleceń lekarskich rodzaju lub dawek medykamentów zaordynowanych uprzednio przez lekarza oddziału, która to czynność nie ma wpływu na skuteczność prowadzonej względem chorego terapii, a ukierunkowana jest jedynie na wykazanie rzekomego braku doświadczenia i odpowiedniego poziomu wiedzy medycznej podwładnego.

Bezprawne ograniczanie uprawnień do wykonywania określonych procedur medycznych i innych czynności związanych z opieką nad pacjentem może mieć miejsce w przypadkach związanych ze stosowaniem np. rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 lutego 2017 r. w sprawie rodzaju i zakresu świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych udzielanych przez pielęgniarkę albo położną samodzielnie bez zlecenia lekarskiego (Dz. U. z 2017 r., poz. 497) i zobowiązanie pielęgniarek do uzyskiwania zgody lekarza na wykonywanie u pacjentów takich zabiegów, jak stosowanie cewników jednorazowych do odsysania górnych dróg oddechowych, stosowanie nebulizatora, czy podanie produktu leczniczego – hydroksyzinum, względnie uzależnienie możliwości wykonania tych czynności od obecności przy nich lekarza lub

²⁰ Przepis ten obowiązuje w brzmieniu, iż osobą uprawnioną do samodzielnego wykonywania czynności diagnostyki laboratoryjnej w laboratorium jest m.in. diagnosta laboratoryjny.

²¹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 października 2014 r., sygn. I ACa 1028/14, LEX nr 1659057.

innej pielęgniarki. Należy mieć na względzie, że takie działania muszą charakteryzować się złośliwością i zamiarem poniżenia pokrzywdzonego w oczach pozostałych członków personelu medycznego.

Typowym przykładem wymuszania na pracowniku wykonywania procedur medycznych, do których ten nie jest uprawniony lub ich wykonywania w warunkach zabronionych przez powszechnie obowiązujące przepisy będzie działanie wbrew postanowieniu § 13 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 października 2017 r. w sprawie leczenia krwią i jej składnikami w podmiotach leczniczych wykonujących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2051) i zlecenie pielęgniarce rozpoczęcia przetoczenia zawartości każdego pojemnika z krwią lub jej składnikami bez wymaganej obecności lekarza.

W przypadku nieuzasadnionego organizacyjnie zlecenia pracownikowi zadań należących ustawowo lub regulaminowo do obowiązków innych członków personelu medycznego, jako zachowania realizujące znamiona przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. wskazać należy cechujące się złośliwością lub uporczywością bezpodstawne zlecenie lekarzowi realizacji zadań pielęgniarek i położnych, sanitariuszy lub salowych, podczas gdy osoby te są dyspozycyjne. Jak kilkakrotnie podkreślono przestrzeganie zakresu czynności i regulaminu pracy szpitala może mieć istotne znaczenie dla postrzegania prawidłowości budowania w podmiocie leczniczym środowiska opieki nad pacjentem.

Z utrudnianiem dostępu do określonych wyrobów medycznych lub produktów leczniczych, jako zachowaniem wyczerpującym znamiona przestępstwa z art. 218 § 1a k.k. będziemy mieć do czynienia na ogół w takich sytuacjach, jak celowe wprowadzanie w błąd lekarza, pielęgniarki, położnej czy fizjoterapeuty, iż określonego urządzenia czy leku nie ma w aptece szpitalnej lub pracowni, względnie zamierzone nierealizowanie zamówień na zakup tych produktów, podczas gdy pracownik zgłaszał wielokrotnie w administracji szpitala, że są one niezbędne do właściwego wykonywania obowiązków służbowych.

Mówiąc o niewłaściwej organizacji dyżuru medycznego i ignorowaniu informacji płynących od pracownika o braku wymaganych kwalifikacji lub doświadczenia wymaganego do realizacji takiego dyżuru, jako zachowania wyczerpującego znamiona czynu z art. 218 § 1a k.k., w pierwszej kolejności wskazać należy na wyrażony w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym praca poza normalnymi godzinami w podmiocie leczniczym, nazywana „dyżurem”, nie wynika z odrębnego tytułu prawnego, lecz jest jednym z obowiązków pracowniczych lekarzy, pielęgniarek czy położ-

nych. Stanowi bowiem dodatkowe zadanie robocze po normalnych godzinach pracy, bez względu na to, czy zadanie to mieści się w ramach uzgodnionego rodzaju pracy, czy też wykracza poza ten rodzaj. Dyżur tego typu jest zatem szczególnym rodzajem dyżuru pracowniczego, którego pełnienie jest konsekwencją pozostawania w stosunku pracy, a obowiązek ten wynika z podporządkowania pracownika poleceniom przełożonych dotyczących pracy, a więc z istoty stosunku pracy. Każdym jednak obowiązkom pracowniczym towarzyszą prawa pracownika, w myśl zasady jednolitego systemu praw i obowiązków, co znajduje odbicie w przepisach m.in. Kodeksu pracy. Pracodawca mając swobodę w wyznaczaniu lekarzy do pełnienia dyżurów, nie może jednak szykanować lub dyskryminować żadnego z nich. Prawdliwość postępowania w tym zakresie podlega ocenie sądu²². Tym samym nadużyciem o charakterze *stricto* medycznym, realizującym znamiona czynu z art. 218 § 1a k.k. będzie złośliwe lub uporczywe powierzenie dyżuru na szpitalnym oddziale ratunkowym lekarzowi specjalście z zakresu stomatologii, podczas gdy pacjenci zgłaszający się o udzielenie pomocy na SOR są najczęściej pacjentami urazowymi lub wykazują objawy zaostrzenia się przebiegu przewlekłych schorzeń układu oddechowego, układu krążenia czy chorób wewnętrznych. Jeżeli zatem lekarz taki sygnalizuje przełożonym, że nie posiada odpowiednich kwalifikacji doświadczenia zawodowego do właściwej oceny i kwalifikacji pacjenta do dalszego leczenia, zaś przełożeni nie reagują na te sugestie i w dalszym ciągu kierują wyżej wymienionego lekarza do pełnienia dyżurów w szpitalnym oddziale ratunkowym, należy zbadać motywację tych działań z perspektywy znamion art. 218 § 1a k.k.

IV. Podsumowanie

Prawidłowe prowadzenie działalności leczniczej wymusza na osobach odpowiedzialnych za wykonywanie tej aktywności konieczność zapewnienia ciągłości opieki nad chorymi, za których terapię odpowiedzialny jest podmiot leczniczy, w tym rzetelnej oceny stanu zdrowia pacjenta, obowiązek respektowania praw pacjenta, zapewnienie adekwatnego do profilu podmiotu leczniczego zaplecza farmakologicznego i technicznego, dbałość o jakość udzielanych świadczeń zdrowotnych i szeroko pojęte

²² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 1997 r., sygn. I PKN 5/97, LEX nr 30082, a także powołane tam uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 1995 r., sygn. I PZP 6/95, OSNAPiUS 1995, nr 16, poz. 204 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1994 r., sygn. I PZP 6/94, OSNAPiUS 1994, nr 8, poz. 125.

bezpieczeństwo pacjenta, ale również właściwe zarządzanie środowiskiem opieki nad pacjentem, w tym zarządzanie zasobami ludzkimi. W związku z powyższym przy zatrudnianiu pracowników medycznych, którym powierzane są obowiązki materializujące się w wyżej wymienionych obszarach, należy kierować się najwyższą starannością i wyborem wyłącznie osób gwarantujących posiadanie umiejętności na odpowiednio wysokim poziomie, a także odznaczających się przyswojeniem najwyższych standardów etycznych. Tego samego należy oczekiwać od przełożonych i współpracowników osób zatrudnianych. Jakiegokolwiek nadużycia w sferze realizacji uprawnień i obowiązków pracowniczych, w tym tych szczególnych podkreślających wagę zawodów medycznych, prowadzić może do niezwykle groźnych następstw.

Mówiąc o ewentualnych negatywnych skutkach popełnienia przestępstwa z art. 218 § 1a k.k., które oczywiście w sposób bezpośredni dotykają pokrzywdzonego pracownika, warto zauważyć, że dużo dalej idące konsekwencje mogą ujawnić w późniejszym czasie w stosunku do innych osób, w tym zwłaszcza pacjentów leczonych w zatrudniających pokrzywdzonych lekarzy, pielęgniarki czy położone szpitalach. Trudno przypuszczać, by w tym zakresie pojawiała się kwestia odpowiedzialności karnej za tak zwany błąd medyczny. Dużo bardziej prawdopodobnym będzie zaistnienie medycznego błędu organizacyjnego. W piśmiennictwie słusznie zauważa się, że przyczyny popełniania błędów organizacyjnych w podmiotach leczniczych mogą być bardzo różne i zależą od rodzaju zaniedbanej materii. Tak chociażby uchybienia w nadzorze nad pracą personelu medycznego, organizacji dyżurów, izby przyjęć i szpitalnego oddziału ratunkowego, środowiska opieki nad pacjentem czy współpracy i komunikacji między jednostkami organizacyjnymi szpitala lub członkami personelu medycznego wynikają na ogół z braku procedur statuujących zakres wywiadu zbieranego od pacjentów przy przyjęciu oraz cel hospitalizacji, czy nieskonkretyzowanie zakresu czynności członków personelu medycznego. Do błędu może dojść również wówczas, gdy zakres czynności konkretnego pracownika nie jest spójny ze schematem organizacyjnym szpitala, regulaminem organizacyjnym podmiotu leczniczego, czy statutem podmiotu leczniczego, tudzież w sytuacji nieprawidłowego określenia zakresu odpowiedzialności i podległości służbowej. W odniesieniu do pozostałych obszarów ryzyka i występujących w ich obrębie błędów organizacyjnych podnieść należy, że przyczynami zdarzeń kwalifikowanych w ten sposób mogą być brak informowania o awariach aparatury i przerwach w udzielaniu świadczeń zdrowotnych określonego typu, brak procedur działania w sytuacji transportu do podmiotu leczniczego

pacjenta ze schorzeniami nieodpowiadającymi profilowi placówki, ewentualnie nieprzygotowanie szpitala do przyjęcia pacjenta, nieodpowiednie wyposażenie pomieszczeń szpitala, w tym brak podstawowej aparatury medycznej²³.

Tym samym założenie *a priori* o znikomej szkodliwości społecznej występku złośliwego lub uporczywego naruszania praw pracowniczych (art. 218 § 1a k.k.) jest jednym z podstawowych błędów postępowań karnych o te czyny. Znikoma społeczna szkodliwość czynu to kategoria wybitnie ocenna. Konsekwencją tej niedookreśloności jest zawsze to, iż nie da się ściśle wskazać w ustawie, kiedy taka znikomość zachodzi. Przepis art. 115 § 2 k.k., który zawiera zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, nie pozostawia wątpliwości, że dominujące znaczenie mają okoliczności z zakresu strony przedmiotowej, do której dołączono tylko dwie przesłanki strony podmiotowej (postać zamiaru i motywację sprawcy), a pominięto natomiast okoliczności związane z samym podmiotem czynu, tj. sprawcą, takie jak: wiek, opinia, właściwości i warunki osobiste, które wpływają na wymiar kary. Dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, w tym dla przyjęcia znikomego charakteru tej szkodliwości, znaczenie mają wyłącznie okoliczności związane z zarzuconym sprawcy czynem. Zachowania innych osób mogą mieć znaczenie dla oceny motywacji sprawcy, ale samodzielnie nie mają wpływu na ocenę stopnia społecznej szkodliwości. Dotyczy to tym bardziej zachowań podjętych po popełnieniu czynu zabronionego²⁴. Struktura i założenia działalności leczniczej są z kolei najlepszymi argumentami przemawiającymi za koniecznością szczególnie wnikliwego badania wyżej wymienionych okoliczności na gruncie czynów zabronionych wymierzonych w legalność realizacji stosunku pracy.

²³ Zob. poglądy N. Wąsik m.in. w takich publikacjach, jak N. Wąsik, Śmierć pacjenta jako konsekwencja błędu organizacyjnego szpitala – studium przypadku, (w:) E. Żywucka-Kozłowska, A. Opalska, M. Treder (red.), Śmierć w wielu odsłonach. Problemy wybrane. KPP Monografie, Olsztyn 2017, s. 121–126; *eadem*, Bezpieczeństwo użytkowania wyrobu medycznego a odpowiedzialność karna za błąd organizacyjny w leczeniu pacjenta – studium przypadku, *Studia Prawnoustrojowe* 2017, nr 36, s. 69–88; *eadem*, Odpowiedzialność karna ordynatora oddziału szpitalnego za zaniedbania w procesie leczenia pacjentów, *Przedsiębiorstwo i Prawo* 2018, nr 2, s. 55–75.

²⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2012 r., sygn. III KK 66/12, LEX nr 1243049; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017 r., sygn. WA 2/17, LEX nr 2312045.

Bibliografia

1. Bosak M., Danilewicz A., Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing, Prok. i Pr. 2010, nr 4;
2. Budyn-Kulik M., (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020;
3. Cieślak W., Stelina J., Prawne aspekty mobbingu, Prok. i Pr. 2003, nr 10;
4. Duśko Ł., Niedopełnienie obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne jako zachowanie sprawcze czynu zabronionego z art. 218 § 1a kodeksu karnego, PiZS 2019, nr 8;
5. Jamiołkowski J., Odpowiedzialność syndyka masy upadłości za naruszenie przepisów prawa pracy, Prok. i Pr. 2017, nr 3;
6. Konarska-Wrzosek V., Lach A., Lachowski J., Oczkowski T., Zgoliński I., Ziółkowska A., (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, LEX 2020;
7. Kosonoga J., Ślebzak K., Odpowiedzialność płatnika składek za obliczanie, potrącanie i przekazywanie składek na ubezpieczenie społeczne, Ius.Novum 2016, nr 3;
8. Kowalski S., Podmiot przestępstwa z art. 218 kodeksu karnego, Prok. i Pr. 2011, nr 2;
9. Kowalski S., Uwagi o odpowiedzialności karnej za nieopłacanie składek na ubezpieczenie społeczne i inne formy zabezpieczenia społecznego w prawie polskim, St.Pr.PiPSP 2014, nr 1;
10. Kowalski S., Odpowiedzialność karna za nieterminowe wypłacanie świadczeń pracowniczych, Sł.Pracow. 2013, nr 9;
11. Kumor-Jezińska E., Z problematyki karnej przekazania dokumentacji pracowniczej przy przejściu zakładu pracy, PiZS 2015, nr 3;
12. Łabuda G., (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, LEX 2020;
13. Marciniak J., Prawnokarna ochrona praw osób wykonujących pracę zarobkową, Prok. i Pr. 2011, nr 2;
14. Marciniak J., Znamiona strony podmiotowej występku z art. 218 § 1 k.k. jako kryteria odróżniające przestępstwa od wykroczeń, Palestra 2011, nr 3–4;
15. Marciniak J., Prawo karne pracy – wybrane zagadnienia, Radca Prawny 2010, nr 1;
16. Marciniak J., Prawno-karna ochrona ofiar mobbingu, Radca Prawny 2009, nr 2;

17. Marciniak J., Pojęcie pracownika w rozumieniu art. 218 § 1 k.k., WPP 2009, nr 3;
18. Marciniak J., Podmiot przestępstwa z art. 218 k.k., Prok. i Pr. 2009, nr 6;
19. Marciniak J., Prawa pracownika jako przedmiot ochrony z art. 218 § 1 k.k., PiZS 2009, nr 3;
20. Mosiej G., Kryminologiczne i prawne aspekty zjawiska szarej strefy, Prok. i Pr. 2016, nr 5;
21. Pawlak L. E., Zakres i zasadność wykorzystania sankcji karnych w prawie pracy, PiP 2008, nr 7;
22. Radecki W., Granice ingerencji prawa karnego w stosunki pracy, Prok. i Pr. 2005, nr 6, s. 7–25;
23. Semena J., Problematyka mobbingu na tle przestępstwa z art. 218 § 1a k.k., PiZS 2015, nr 7;
24. Siwik Z., (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, LEX 2020;
25. Siwik Z., (w:) O. Górniok (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, LEX/el. 2020;
26. Tkaczyk E., Bezpieczne i higieniczne warunki pracy jako prawo każdego człowieka służące ochronie życia i zdrowia ludzkiego przed szkodliwym oddziaływaniem czynników pracy, St.PiA 2019, nr 2;
27. Tomporek A., Przedmiot ochrony prawnokarnej i podmioty przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową (art. 219–221 k.k.), PiZS 2002, nr 8;
28. Tomporek A., Przedmiot ochrony i podmioty przestępstwa naruszenia praw pracownika (art. 218 k.k.), PiZS 2002, nr 7;
29. Unterschütz J., Konsekwencje naruszenia obowiązku opłacania składek przez płatnika składek w świetle przepisów ustawy systemowej oraz art. 218 § 1 k.k. Glosa do wyroku TK z dnia 18 listopada 2010 r., P 29/09, GSP–Prz. Orz. 2012, nr 1;
30. Unterschütz J., Z problematyki przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową. Glosa do postanowienia SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., III KK 23/05, GSP–Prz. Orz. 2006, nr 1;
31. Wąsik N., Śmierć pacjenta jako konsekwencja błędu organizacyjnego szpitala – studium przypadku, (w:) E. Żywucka-Kozłowska, A. Opalska, M. Treder (red.), Śmierć w wielu odsłonach. Problemy wybrane. KPP Monografie, Olsztyn 2017;
32. Wąsik N., Bezpieczeństwo użytkowania wyrobu medycznego a odpowiedzialność karna za błąd organizacyjny w leczeniu pacjenta – studium przypadku, Studia Prawnoustrojowe 2017, nr 36;

33. Wąsik N., Odpowiedzialność karna ordynatora oddziału szpitalnego za zaniedbania w procesie leczenia pacjentów, *Przedsiębiorstwo i Prawo* 2018, nr 2;
34. Woźniewski K., Reguła *ne bis in idem* w kontekście prawidłowej legislacji. Glosa do wyroku TK z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09, GSP–Prz. Orz. 2011, nr 2;
35. Wróbel W., (w:) A. Zoll (red.), W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, LEX 2020;
36. Zduński I., Ochrona pracownika i jego praw w ustawodawstwie karnym, *PiZS* 2011, nr 6.

Malicious or persistent violation of employee rights of medical staff (Penal Code, Article 218, § 1a): criminal-law issues

Abstract

The primary purpose of this paper is to describe features of the offense under Article 218 (§1a) of the Polish Penal Code, as well as to classify behaviours that meet the legal criteria of the said offence in the area of health care. Offering a discussion about fraudulent contracting of active medical professionals, this paper adds to the existing literature on the misdemeanour under Art. 218 (§1a) of the Polish Penal Code.

Keywords

Medical activity, offences against employee rights, medical profession.

Damian Krakowiak

Trwała niezdolność oskarżonego do udziału w postępowaniu jako „inna okoliczność wyłączająca ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.)

Streszczenie

W pracy wyrażono pogląd, zgodnie z którym trwała niezdolność oskarżonego do udziału w procesie, będąca wynikiem nieodwracalnej dysfunkcji organizmu (utrata funkcji, która nie może powrócić spontanicznie i nie może być przywrócona w drodze interwencji medycznej), stanowi „inną okoliczność wyłączającą ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.) i jako taka powinna powodować umorzenie postępowania. Przyjęto, że zawieszenie procesu może nastąpić z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby o przemijającym charakterze. Jeśli ciężka choroba ma charakter nieodwracalny, powinna skutkować umorzeniem.

1. Uwagi wstępne

Możliwość oskarżonego do udziału w procesie ma kluczowe znaczenie dla biegu postępowania. Oskarżony (podejrzany) jest bowiem zarówno stroną postępowania przygotowawczego (art. 299 § 1 k.p.k.) jak i sądowego (art. 71 § 2 k.p.k.). Jako strona bierna oskarżony może brać udział w czynnościach postępowania przygotowawczego (art. 317 § 1 k.p.k., art. 325a § 2 k.p.k.) oraz w rozprawie głównej (art. 374 § 1 k.p.k.). Konsekwencją tego stanu rzeczy było uznanie przez ustawodawcę, że czasowa niemożność brania przez oskarżonego udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby winna skutkować zawieszeniem postępowania (art. 22 § 1 k.p.k.).

Kontrowersje powstają w układach procesowych, w których niezdolność oskarżonego do udziału w procesie z przyczyn zdrowotnych ma charakter trwały i nieodwracalny. Źródłem owej niezdolności mogą być wszelkie schorzenia obiektywnie uniemożliwiające oskarżonemu: stawianie się w siedzibie organu postępowania, obecność przy czynnościach procesowych, rozumienie znaczenia czynności, w jakich bierze on udział.

Tytułem przykładu można wskazać choćby na choroby zwyrodnieniowe i metaboliczne układu nerwowego (choroba Parkinsona, która postępuje powoli i prowadzi do całkowitego inwalidztwa, płasawica Huntingtona o rozwoju postępującym i z narastającym otępieniem, stwardnienie zanikowe boczne, w przypadku którego zejście śmiertelne następuje w przeciągu 3–5 lat od diagnozy) oraz choroby i zespoły otępienne (choroba Alzheimera, która postępuje nieuchronnie i prowadzi do całkowitej bezradności chorych)¹. Przeszkodą uniemożliwiającą stronie dotarcie do miejsca czynności może być także zaawansowany wiek, czy też stan po wypadku (amputacje kończyn).

Powstaje wątpliwość, czy taka przeszkoda należy do katalogu z art. 22 § 1 k.p.k., w którym wskazano na „długotrwałą przeszkodę uniemożliwiającą prowadzenie postępowania”.

Przywołane zagadnienie ma doniosłe znaczenie w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Uznanie bowiem, iż przetrwała niezdolność oskarżonego do udziału w procesie nie tyle uniemożliwia przez pewien czas prowadzenie procesu, co ten proces wyłącza, powinno prowadzić do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 k.p.k.

W przypadku wystąpienia nieprzemijającej przeszkody w prowadzeniu postępowania pojawia się zatem alternatywa: zawieszenie bądź umorzenie procesu.

2. Zawieszenie postępowania („długotrwała przeszkoda”)

Ustawodawca w przepisie art. 22 § 1 k.p.k. określił, jakie przeszkody skutkują zawieszeniem procesu. Chodzi tu o „długotrwałe przeszkody uniemożliwiające prowadzenie postępowania”. Jako przykład takiej przeszkody wskazano niemożność brania przez oskarżonego udziału w postępowaniu z powodu „choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby”.

W języku polskim przymiotnik „długotrwały” jest rozumiany jako „trwający przez długi czas”². Z kolei czasownik zawieszać oznacza „wstrzymać coś na jakiś czas”³.

Przy interpretowaniu przedmiotowych określeń nie sposób pomijać końcowej części normy z art. 22 § 1 k.p.k., zgodnie z którą „postępowanie zawiesza się na czas trwania przeszkody”. Innymi słowy, bieg postępowania zostaje wstrzymany (zawieszenie procesu) na czas trwania

¹ A. Prusiński, *Neurologia praktyczna*, Warszawa 2014, s. 277, 278, 282, 288, 300.

² <https://sjp.pwn.pl/slowniki/dlugotrwalosci.html>, dostęp na dzień 15 kwietnia 2020 r.

³ <https://sjp.pl/zawieszenie>, dostęp na dzień 15 kwietnia 2020 r.

przeszkody, której termin początkowy i końcowy da się zamieścić na „osi czasu”. Pogląd ten nie jest kwestionowany w piśmiennictwie⁴.

Na przytoczenie zasługuje stanowisko W. Daszkiewicza, oddające istotę przeszkody z art. 22 § 1 k.p.k. Zdaniem Autora w przedmiotowym przepisie wskazano na okoliczności hamujące bieg procesu, nie zaś blokujące wydanie przez organ orzeczenia *meriti*. Żadna z okoliczności skutkujących zawieszeniem postępowania nie ma charakteru trwałego; ustawodawca założył przejściowość przeszkód⁵. Na przemijający choć niekiedy długotrwały charakter przeszkód z art. 22 k.p.k. zwraca uwagę R. Kmiecik⁶.

Przyczyną czasowego wstrzymania biegu procesu są zatem okoliczności, których czasu trwania nie można z góry przewidzieć⁷. Długotrwały charakter przeszkody oznacza, że z jej powodu postępowanie może być naznaczone przewlekłością niedającą się racjonalnie uzasadnić⁸. Musi istnieć również związek przyczynowo-skutkowy między przeszkodą a niemożnością (nie wystarcza utrudnienie) prowadzenia postępowania⁹.

Wypowiedziano jednocześnie pogląd, zgodnie z którym „ciężką chorobą” jest schorzenie, które nie rokuje, by oskarżony mógł wziąć udział w czynności w dalszych terminach, przy czym trudno liczyć na jego wyzdrowienie. W tych przypadkach, w których powrót do zdrowia jest niemożliwy (choroby nieuleczalne), można liczyć jednak na remisję choroby czy też poprawę stanu zdrowia¹⁰.

Przywołane zapatrywanie zdaje się pomijać postępujący i nieodwracalny charakter niektórych schorzeń (brak remisji).

⁴ J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 101; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 508–509; D. Osowska, (w:) A. Bulsiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Kała, D. Osowska, A. Lach, *Przebieg procesu karnego*, Toruń 2003, s. 55; S. Stachowiak, (w:) T. Nowak, S. Stachowiak, *Prawo karne procesowe. Dynamika postępowania*, Poznań 1999, s. 51; J. Tylman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 680.

⁵ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne. Tom I*, Poznań 1999, s. 162.

⁶ R. Kmiecik, (w:) R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 183.

⁷ K. Zgryzek, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 475.

⁸ J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 168.

⁹ J. Grajewski, S. Steinborn, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–424*, Warszawa 2013, s. 136.

¹⁰ J. Kosonoga, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–166*, Warszawa 2017, s. 379.

Oczywista jest przy tym konstatacja K. Zgryzka, według której przyczyny zawieszenia nie mają charakteru przyczyn procesowych (art. 17 § 1 k.p.k.)¹¹.

Dopełniając charakterystyki omawianej instytucji, wskazać należy, iż przyczyną zawieszenia są nie tylko przeszkody faktyczne (aczkolwiek jest tak w większości przypadków) ale i prawne (zawieszenie procesu na mocy art. 11 § 2 k.p.k. w oczekiwaniu na orzeczenie kary, która będzie uzasadniać tzw. umorzenie absorpcyjne, czy też zawieszenie postępowania dotyczącego świadka koronnego w trybie art. 7 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym¹² w oczekiwaniu na zakończenie postępowania przeciwko pozostałym sprawcom)¹³. Nie brak przy tym poglądu przeciwnego, według którego przyczynami zawieszenia są jedynie przeszkody faktyczne nie zaś procesowe¹⁴. Stanowisko to jednak nie przekonuje, zważywszy na podane wcześniej przypadki zawieszenia postępowania z przyczyn prawnoprocesowych.

Zasadne wydaje się także sięgnięcie do wcześniejszych kodyfikacji karnoprocessowych w zakresie regulującym instytucję zawieszenia postępowania.

Zgodnie z art. 5 k.p.k. z 1928 r.¹⁵ w razie nieujęcia oskarżonego lub jego choroby psychicznej postępowanie winno być ulec zawieszeniu na czas trwania przeszkody.

Podkreślano przy tym, że w przypadku „osoby notorycznie chorej umyślowo (...) nie pozostaje nic innego, jak zwiesić postępowanie karne do czasu wyzdrowienia oskarżonego”¹⁶.

Z kolei przepis art. 15 §1 k.p.k. z 1969 roku¹⁷ przesądzał, że jeżeli zachodzi długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca prowadzenie postępo-

¹¹ K. Zgryzek, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 474.

¹² Dz. U. z 2016 r., poz. 1197.

¹³ K. Dudka, (w:) K. Dudka, H. Paluszkiwicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2016, s. 446; Z. Gostyński, *Zawieszenie postępowania w nowym ustawodawstwie karnoprocessowym*, Warszawa 1998, s. 24.

¹⁴ M. Klejnowska, Z. Sobolewski, (w:) G. Artymiak, M. Rogalski (red.), *Proces karny. Część szczególna*, Warszawa 2012, s. 58; K. Marszał, (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 393; W. Posnow, (w:) J. Skorupka (red.), *Postępowanie karne. Część szczególna*, Warszawa 2013, s. 102.

¹⁵ Kodeks postępowania karnego – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 313 ze zm.).

¹⁶ A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, reprint Warszawa 2019, s. 20.

wania, a w szczególności nie można ująć oskarżonego albo nie może on brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby postępowanie zawiesza się na czas trwania przeszkody. Nie ulega wątpliwości, że norma z art. 15 d.k.p.k. była inspiracją dla twórców kodeksu z 1997 roku (treść przepisów art. 15 § 1 d.k.p.k. i art. 22 § 1 k.p.k. jest tożsama).

Na gruncie art. 15 § 1 d.k.p.k. przyjmowano, że zawieszenie postępowania nie pozbawia oskarżonego prawa do sądu, jedynie je odracza do czasu ustąpienia zaistniałej przeszkody¹⁸. Przez „długotrwałą przeszkodę” rozumiano taką, która wyłączała możliwość prowadzenia sprawy, której termin ustania bądź w ogóle jest trudny do ustalenia, bądź co najmniej jest tak odległy w czasie, że przekraczał wszelkie racjonalnie dopuszczalne okresy odroczenia rozprawy¹⁹.

Systemowe ujęcie przedmiotowego zagadnienia wymaga przywołania treści art. 15 § 2 k.k.w. Zgodnie z przepisem, jeżeli zachodzi długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca postępowanie wykonawcze, a w szczególności nie można wykonać wobec skazanego orzeczenia z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby, postępowanie zawiesza się w całości lub części na czas trwania przeszkody.

W doktrynie prawa karnego wykonawczego i orzecznictwie wyrażono zapatrywanie, iż dla istnienia przewlekłości (długotrwałości) choroby konieczne jest upośledzenie czynności organizmu przekraczające 6 miesięcy. Sześciomiesięczny okres ma odpowiadać semantycznie pojęciu „długotrwałości”²⁰. Jednocześnie na biegłych obowiązek oceny przewidywanego czasu ustania przeszkody²¹.

Konkludując, kształt instytucji zawieszenia postępowania wykonawczego odpowiada zawieszeniu postępowania prowadzonego według przepisów Kodeksu postępowania karnego. W obu przypadkach następuje wstrzymanie nurtu procesu do czasu ustania przeszkody, która była przyczyną zawieszenia.

Syntetycznie rzecz ujmując, zawieszenie postępowania tradycyjnie stanowiło tymczasowe zahamowanie biegu procesu przede wszystkim z przyczyn dotyczących oskarżonego. Owo zawieszenie następowało „na

¹⁷ Kodeks postępowania karnego – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. (Dz. U. Nr 13, poz. 96 ze zm.).

¹⁸ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 15 lutego 1994 r., sygn. II AKz 54/94, Lex 28078.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 8 grudnia 1978 r., sygn. Rw 447/78, OSNKW 1979, nr 5, poz. 59.

²⁰ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2016, s. 208; wyrok SN z dnia 13 lutego 1976 r., sygn. V KR 274/75, Lex 63911.

²¹ K. Postulski, Umorzenie i zawieszenie postępowania wykonawczego, Prok. i Pr. 2011, nr 7–8, s. 109.

czas trwania przeszkody”, a zatem zakładano przemijalność okoliczności tamującej proces. Wprawdzie termin ustania przeszkody mógł być trudny do ustalenia, to jednak nie mogło ulegać wątpliwości, że przeszkoda – choćby w bliżej nieoznaczonym czasie – minie.

Poza zakresem zastosowania przepisu art. 22 § 1 k.p.k. wydają się być te układy procesowe, w których przedmiotowa przeszkoda będzie miała charakter nieograniczony czasowo, niekończący się.

Rodzi to kontrowersję związaną z tym, jak powinien na ową nieprzemijalną okoliczność zareagować organ postępowania karnego. Trwała obstrukcja jest wszak nie do pogodzenia z naturą instytucji zawieszenia.

3. Umorzenie postępowania („inna okoliczność wyłączająca ściganie”)

Kodeks postępowania karnego w art. 17 § 1 k.p.k. opisuje przypadki, w których „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza”. Przedstawiciele piśmiennictwa stwierdzają, iż w przywołanym przepisie zawarty jest katalog warunków dopuszczalności procesu (przesłanek procesowych)²².

Przesłankami procesowymi są pewne stany (sytuacje), z którymi prawo karne procesowe łączy dopuszczalność albo niedopuszczalność postępowania²³.

Wprawdzie w przepisie art. 17 § 1 pkt 11 ustawodawca omawiane przesłanki określił mianem „okoliczności wyłączających ściganie”, to już w treści art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. pojawia się określenie „okoliczności wyłączające postępowanie”. Zabieg ten nie może dziwić, skoro przesłanki stanowią nie tylko warunek wszczęcia, ale i istnienia procesu karnego w ogóle²⁴. W tym ostatnim przypadku niespełnienie warunku dopuszczalności będzie skutkowało decyzją o umorzeniu postępowania.

²² J. Tyłman, Warunki dopuszczalności postępowania karnego, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze, nr 14, Warszawa 1998, s. 9; niektórzy autorzy odróżniają jednak warunki dopuszczalności procesu, które miałyby być określone w art. 17 § 1 k.p.k. od przesłanek procesowych, tj. okoliczności z art. 17 § 1 pkt 5–10 k.p.k. i innych okoliczności o *stricte* procesowym charakterze (J. Skorupka, (w:) J. Skorupka (red.). Proces karny, Warszawa 2017, s. 229).

²³ M. Cieślak, O przesłankach procesowych w polskim postępowaniu karnym (podstawowe założenia i problemy metodologiczne), (w:) S. Waltoś (red.), Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom IV. Prawo karne procesowe. Artykuły, studia i inne prace, Kraków 2011, s. 278.

²⁴ K. Dudka, (w:) K. Dudka, H. Paluszkiwicz, Postępowanie karne, Warszawa 2016, s. 413.

Co godne podkreślenia istnienie przesłanek negatywnych jak i niewystępowanie przesłanek pozytywnych określa się mianem przeszkód procesowych²⁵.

Nie budzi obecnie zastrzeżeń zapatrywanie, że przesłanki procesowe dotyczą zarówno stanu prawnego i faktycznego. Przesłankami procesu są zatem nie tylko przesłanki ściśle procesowe (wynikające z prawa przesłanki materialne i formalne) ale i faktyczne (jak śmierć oskarżonego)²⁶.

Wprowadzeniu konstrukcji warunków dopuszczalności procesu przyświecały dwie idee:

- oszczędności procesowej (zapobieżenie „marnotrawstwu” sił i środków w postępowaniu, które i tak nie może osiągnąć swojego celu z powodu choćby braku podstawy faktycznej oskarżenia, przedawnienia karalności czynu, śmierci oskarżonego, braku skargi uprawnionego oskarżyciela),
- uwzględnienie interesów uczestników procesu („oszczędzenie” im dolegliwości związanych z udziałem w postępowaniu, które i tak zakończyłoby się wynikiem negatywnym)²⁷.

W tym kontekście w piśmiennictwie wskazuje się na funkcje systemu warunków (przesłanek) dopuszczalności procesu, a mianowicie:

- funkcję blokady merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy,
- funkcję gwarancyjną, ochronną (instytucja z art. 17 § 1 k.p.k. ma „chronić osoby przed wikłaniem ich w bezzasadne procesy”)²⁸,
- funkcję ekonomiczną (uniknięcie generowania kosztów organów wymiaru sprawiedliwości i uczestników postępowania),
- funkcję informacyjną (zapewnienie uczestnikom możliwości przewidywania, kiedy prowadzenie procesu jest dopuszczalne)²⁹.

Katalog przesłanek procesowych jest otwarty. W punkcie 11 art. 17 k.p.k. ustawodawca wskazał bowiem – używając legislacyjnej klauzuli

²⁵ M. Cieślak, Zbieg warunków negatywnych w postępowaniu karnym, (w:) S. Waltoś (red.), Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom IV. Prawo karne procesowe. Artykuły, studia i inne prace, Kraków 2011, s. 79.

²⁶ Ł. Chojniak, (w:) K. T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, Postępowanie karne, Warszawa 2015, s. 75; S. Waltoś, P. Hofmański, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2016, s. 469; Z. Świda (zaktualizował J. Skorupka), (w:) J. Skorupka (red.), Postępowanie karne. Część ogólna, Warszawa 2012, s. 65.

²⁷ M. Cieślak, (w:) S. Waltoś (red.), Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom II. Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Kraków 2011, s. 353.

²⁸ K. Woźniwski, Prawo karne procesowe, Gdańsk 2013, s. 50.

²⁹ S. Steinborn, (w:) M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), System Prawa karnego Procesowego. Dopuszczalność procesu. Tom IV, Warszawa 2015, s. 81–84.

uzupełniającej³⁰ – na „inne okoliczności wyłączające ściganie”. W konsekwencji przeszkodami procesowymi są również inne – aniżeli wymienione w punktach 1–10 „stany wyłączające ściganie karne”³¹.

W doktrynie procesu karnego i judykaturze wypowiedziano pogląd, zgodnie z którym wszelkie przeszkody natury prawnej, które uniemożliwiają wszczęcie bądź prowadzenie postępowania, mieszczą się w pojęciu „innych okoliczności wyłączających ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.). Z kolei przyczyny natury faktycznej o charakterze długotrwałym nie należą do katalogu z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., a skutkują zawieszeniem postępowania³².

Kluczowe znaczenie dla dalszego wywodu ma argumentacja powołana na poparcie przywołanego stanowiska. Szczególny charakter ma przy tym część motywacyjna postanowienia SN ze sprawy o sygn. II KK 313/15³³, w której przedstawiono ciąg argumentacyjny, podsumowujący i uzupełniający dotychczasowy dorobek orzeczniczy.

Według Sądu Najwyższego „inne okoliczności wyłączające ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.) to przeszkody natury prawnej, wynikające z norm k.p.k. oraz przepisów innych ustaw lub umów międzynarodowych. Stany mające charakter przeszkód faktycznych uniemożliwiających prowadzenie postępowania (choroba psychiczna lub inna ciężka choroba oskarżonego, niezależnie od tego, czy ma ona charakter trwały czy

³⁰ F. Prusak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, Lex/el., Wydawnictwo Prawnicze 1999.

³¹ K. Marszał, (w:) K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), Proces karny, Warszawa 2017, s. 149.

³² P. Gensikowski, (w:) D. Drajewicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, wyd. 1, Legalis; J. Kosonoga, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–166, Warszawa 2017, s. 338; C. Kulesza, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, Lex/el. WKP 2018; P. Misztal, (w:) D. Świecki (red.), Meritum Postępowanie Karne, Warszawa 2019, s. 192; M. Rogalski, (w:) G. Artymiak, M. Rogalski, Proces karny. Część ogólna, Warszawa 2012, s. 206; postanowienie SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. II KK 177/07, Lex 567690; postanowienie SA w Łodzi z dnia 15 lipca 2009 r., sygn. II AKz 417/09, OSAŁ 2010, nr 1, poz. 10; postanowienie SN z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. IV KK 329/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 119; postanowienie SA w Katowicach z dnia 2 kwietnia 2014 r., sygn. II AKz 131/14, Lex 1487179; postanowienie SA w Katowicach z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. II AKz 151/14, Lex 1487272; postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. III KK 200/15, Lex 2068069; postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., sygn. II KK 313/15, OSNKW 2016, nr 7, poz. 44.

³³ Postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., sygn. II KK 313/15, OSNKW 2016, nr 7, poz. 44.

przemijający) stanowią podstawę do zawieszenia postępowania (art. 22 § 1 k.p.k.).

Na poparcie tej tezy Sąd Najwyższy powołał wynik wykładni systemowej. Najwyższa instancja sądowa wyszła z założenia, że zbiór norm jest uporządkowany i jednolity; obowiązuje przy tym domniemanie, iż prawodawca nie stanowi norm sprzecznych i zbędnych. Tym samym „skoro w obrębie pojęć z art. 22 § 1 k.p.k. określających stan zdrowia oskarżonego ustawodawca nie wprowadził rozróżnień na choroby o mniejszym czy większym natężeniu (...), to rozróżnień takich – *lege non distinguente* – nie wolno wprowadzać interpretatorowi”. Innymi słowy, skoro w treści art. 22 § 1 k.p.k. wymienione zostały poważne stany chorobowe uniemożliwiające toczenie się procesu i wśród nich znajdują się przypadki najgroźniejsze, a więc i choroby śmiertelne, skutkujące zawieszeniem postępowania, to nie mogą być one siłą rzeczy równocześnie przyczyną wyłączającą proces (art. 17 § 1 k.p.k.). Jak skonkludował Sąd Najwyższy, rozumowanie przeciwne oznaczałoby nieracjonalność ustawodawcy (tę samą okoliczność raz traktowano by jako przyczynę zawieszenia postępowania, a innym razem jako powód umorzenia procesu).

Na uzasadnienie swojego stanowiska najwyższa instancja sądowa odwołała się również do aksjologicznego obowiązywania normy. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, iż przedstawione zapatrywanie „ściśle koresponduje z powszechnie akceptowaną w cywilizowanym świecie normą moralną, według której nawet najcięższego stanu zdrowia, w tym i agonalnego, nie wolno utożsamiać ze śmiercią”.

Zreferowany pogląd zyskał akceptację części dogmatyki prawniczej. Co istotne, przedstawiciele piśmiennictwa bądź przywołali jedynie tezę Sądu Najwyższego wyartykułowaną w sprawie o sygn. II KK 313/15, nie podając żadnej argumentacji³⁴, bądź ograniczyli się do przedstawienia samego twierdzenia z pominięciem judykatury³⁵.

W piśmiennictwie prawniczym wyartykułowano jednocześnie pogląd, zgodnie z którym stan zdrowia oskarżonego, który nie tyle czasowo uniemożliwia prowadzenie postępowania (co mogłoby skutkować zasto-

³⁴P. Gensikowski, (w:) D. Drajewicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, wyd. 1, Legalis, J. Kosonoga, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–166, Warszawa 2017, s. 338; C. Kulesza, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, Lex/el. WKP 2018.

³⁵P. Misztal, (w:) D. Świecki (red.), Meritum Postępowanie Karne, Warszawa 2019, s. 192; M. Rogalski, (w:) G. Artymiak, M. Rogalski, Proces karny. Część ogólna, Warszawa 2012, s. 206.

sowaniem art. 22 § 1 k.p.k.), ile wręcz wyklucza w sposób nierokujący na poprawę możliwość prowadzenia postępowania, może stanowić „inną okoliczność wyłączającą ściganie”³⁶.

Jako podnosi M. Kurowski „o ile ciężka choroba oskarżonego może powodować zawieszenie postępowania, o tyle stwierdzenie w świetle wiedzy medycznej, że choroba jest nieuleczalna, powinno prowadzić do umorzenia postępowania”³⁷. Jak kontynuuje Autor, nie może być tu argumentem okoliczność, że zmiana wiedzy medycznej może doprowadzić do „uleczalności choroby”. Tożsamy argument mógłby być bowiem podniesiony na gruncie odpowiedzialności z art. 156 k.k., a mimo to, ciężka choroba nieuleczalna powoduje odpowiedzialność karną z tego przepisu.

Pogląd dopuszczający umorzenie postępowania z powodu stanu zdrowia oskarżonego zaprezentowano jeszcze na gruncie k.p.k. z 1928 r.³⁸ Zgodnie z art. 3 dawnego k.p.k. sąd nie wszczywał postępowania, a wszczęte umarzał, „w razie śmierci oskarżonego, przedawnienia lub innej okoliczności wyłączającej ściganie”. Takie brzmienie przepisu (zbliżone do obecnego) stanowiło dla L. Peipera podstawę dla tezy, że powodowała umorzenie „nieuleczalna choroba umysłowa oskarżonego (arg. z art. 5 zd. 1)”³⁹. Jak wspomniano wcześniej w art. 5 zd. 1 dawnego k.p.k. wskazano na przemijającą chorobę psychiczną jako przyczynę zawieszenia.

4. Stan zdrowia oskarżonego jako „inna okoliczność wyłączająca ściganie”

Opowiedzieć należy się za zapatrywaniem, według którego „inną okolicznością wyłączającą ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.) jest trwała (nieustępująca) niezdolność oskarżonego do brania udziału w procesie wynikająca ze stanu jego zdrowia.

Dla ustalenia znaczenia normy z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. konieczne jest przeprowadzenie procesu wykładni przy wykorzystaniu dyrektyw je-

³⁶ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–467, Warszawa 2014, s. 153; D. Krakowiak, Sprawca niepoczytalny w procesie karnym, Łódź, 2018, s. 231; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, Lex/el. 2020.

³⁷ M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17, Lex/el. 2020.

³⁸ L. Peiper, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, Kraków 1932, s. 13; S. Różycki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz oparty na tle motywów ustawodawczych oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego, Nowogródek 1933, s. 6.

³⁹ L. Peiper, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, Kraków 1932, s. 13.

zykowych, systemowych i funkcjonalnych⁴⁰. Tylko taki proces interpretacji będzie służył wzmocnieniu ostatecznej decyzji interpretacyjnej⁴¹.

Jak wspomniano, w przepisie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. użyto klauzuli uzupełniającej „inna okoliczność wyłączająca ściganie”. Zaimek nieokreślony „inna” jest rozumiany w języku polskim jako „nie ten sam, drugi, pozostały, nie taki sam, różny, zmieniony, nowy”⁴². Zaimek „inny” informuje o tym, że oprócz wymienionych rzeczy, sytuacji istnieją też inne, odnoszące się do tego, o czym mowa⁴³.

Przy wyjaśnianiu przedmiotowego zwrotu nie można pomijać i tego, że ustawodawca zawęził katalog owych „innych” stanów, sytuacji. Ma to być bowiem kolejna „okoliczność wyłączająca ściganie”. Sens zdania wyartykułowanego w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. – przy uwzględnieniu przywołanych wcześniej poglądów doktryny co do natury przesłanek procesowych – przedstawia się następująco. Nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy zachodzi inna (aniżeli wymienione w punktach od 1 do 10) okoliczność, blokująca wydanie merytorycznego orzeczenia w sprawie. W zgodzie z wynikiem wykładni semantycznej będzie również pozostawać twierdzenie, że owa „inna” okoliczność może mieć zarówno charakter prawny jak i faktyczny. W punkcie 5 art. 17 § 1 k.p.k. wymieniono bowiem jako przeszkodę procesową śmierć oskarżonego.

Z przepisu nie wynika przy tym, by w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. wskazano na okoliczności wynikające z norm k.p.k. oraz przepisów innych ustaw lub umów międzynarodowych. Dość wspomnieć, iż wbrew temu stwierdzeniu do innych „okoliczności wyłączających ściganie” tradycyjnie już zalicza się: śmierć oskarżyciela prywatnego lub subsydiarnego (jeżeli osoby uprawnione nie wystąpiły w prawa zmarłego), dwukrotne skazanie oskarżonego tym samym wyrokiem za ten sam czyn⁴⁴. Nie budzi wątpliwości faktyczny charakter wymienionych przeszkód.

Reasumując, językowe rozumienie zwrotu „inna okoliczność wyłączająca ściganie” uzasadnia objęcie jego zakresem chronicznej niemożności

⁴⁰ M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2012, s. 227, 344.

⁴¹ „Dokonywanie wykładni polega na zastosowaniu wszystkich metod (językowej, systemowej i funkcjonalnej). Zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie oznacza, że w tym procesie wolno zignorować wykładnię systemową i funkcjonalną, a niekiedy także historyczną” (wyrok SN z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. V KK 74/08, OSNKW 2009, nr 3, poz. 21).

⁴² <https://sjp.pl/inny>, dostęp na dzień 30 kwietnia 2020 r.

⁴³ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/inny.html>, dostęp na dzień 30 kwietnia 2020 r.

⁴⁴ T. Grzegorzczak, (w:) M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), System Prawa Karnego Procesowego. Dopuszczalność procesu. Tom IV, Warszawa 2015, s. 891–892.

oskarżonego brania udziału w procesie w wyniku nieprzemijającej ciężkiej choroby. Stan ten blokuje bowiem w sposób ostateczny bieg postępowania. Czyni niedopuszczalnym wydanie orzeczenia w przedmiocie procesu. Natura tej przeszkody odpowiada przy tym charakterowi innych przeszkód procesowych wymienionych w treści art. 17 § 1 k.p.k.

Dalej zgodnie z założeniami wykładni systemowej wypada skonstatować, że prawo stanowi spójny system, miejsce interpretowanej normy w systemie prawa może być pomocne w ustalaniu treści przepisu⁴⁵. Przepis art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. został zamieszczony w dziale I („Przepisy wstępne”). Ustawodawca odróżnił przy tym instytucję warunków dopuszczalności procesu (art. 17 § 1 k.p.k.) od zawieszenia postępowania (art. 22 § 2 k.p.k.), którego przyczyną są przeszkody tamujące bieg procesu jedynie tymczasowo. Uwzględnienie systematyzacji wewnętrznej Kodeksu winno skutkować uznaniem, że skoro powodem zawieszenia są stany faktyczne i prawne tamujące tymczasowo proces, to przyczyną umorzenia będą przeszkody faktyczne i prawne bezwarunkowo hamujące czynności procesowe.

W tym miejscu dostrzec należy, iż argumentacja przedstawiona przez SN w sprawie II K 313/15 sprowadza się do następującego toku rozumowania. Skoro w treści art. 22 § 1 k.p.k. ustawodawca wymienił jako przyczynę zawieszenia „chorobę psychiczną lub inną ciężką chorobę”, to taka choroba nie może być jednocześnie powodem umorzenia postępowania. Takie rozumowanie jest jednak obarczone błędem, polegającym na naruszeniu zakazu interpretowania przepisów prawnych w taki sposób, by pewne zwroty były zbędne (*per non est*)⁴⁶. Wszak, jak wyjaśniono wcześniej, norma z art. 22 § 1 k.p.k. ze swej istoty dotyczy przeszkód o charakterze przemijającym („postępowanie zawiesza się na czas trwania przeszkody”). Terminalne stadia choroby przywołane we wspomnianym judykacie nie są ciężkimi chorobami, o których stanowi art. 22 § 1 k.p.k., albowiem objawy schorzenia mają charakter nieodwracalny. W takich przypadkach jest oczywiste, że postępowanie nie zostanie nigdy podjęte, a wręcz przeciwnie zostanie umorzone z powodu śmierci oskarżonego.

Takie uchybienie przez Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. II KK 313/15 regule językowej (przy odczytywaniu zwrotu „choroba psychiczna lub inna ciężka choroba”) przeniknęło do dalszej fazy systemowej interpretacji, czyniąc cały proces wykładni wadliwym. Stosując bowiem *argumentum*

⁴⁵ R. A. Stefański, (w:) T. Bojarski (red.), System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego, Warszawa 2011, s. 501.

⁴⁶ Por. L. MORAŃSKI, Zasady wykładni prawa, Toruń 2014, s. 122.

a rubrica (zestawienie niewłaściwie zdekodowanej treści art. 22 § 1 k.p.k. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.), najwyższa instancja sądowa doszła do decyzji interpretacyjnej ignorującej treść normy.

Wreszcie proces wykładni należy „wzbogacić” o zastosowanie dyrektywy celowościowej wykładni⁴⁷. Jak poucza Sąd Najwyższy, problematyka interpretacji przepisu prawnego to nie tylko kwestia językowa, ale także kwestia teleologiczna. Przepisy prawa służą określonym celom, które w drodze wykładni powinny być osiągnięte. Wykładnia przepisu nie może zmierzać do takiego ustalenia znaczenia normy prawnej, które byłoby dysfunkcyjne uwzględniając *ratio legis* interpretowanej normy, pozabawiając ją tym samym aksjologicznego uzasadnienia⁴⁸.

Dla odtworzenia kontekstu funkcjonalnego normy z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. przydatne może być zreferowanie układów procesowych, w których sądy, dokonując wykładni operatywnej, odmawiały umorzenia postępowania, uznając za zasadne zawieszenie procesu.

I tak w sprawie Sądu Apelacyjnego w Katowicach o sygn. II Akz 151/14⁴⁹ biegły z zakresu geriatry uznał, że u 99-letniego oskarżonego „stale postępują zmiany starcze w układzie sercowo-naczyniowym i ośrodkowym układzie nerwowym”. Występował u niego również „zupełny brak zdolności adaptacyjnej chorego mózgu do zmieniających się warunków środowiskowych, stresów, nagłych wydarzeń (...) przebyty incydent stanu majaczeniowego – zespołu psychiatrycznego, który wystąpił podczas stresu, jakim była wizyta rodziny”. W konkluzji biegły stwierdził niezdolność oskarżonego do udziału w procesie, która „ma charakter trwały i będzie trwać aż do śmierci oskarżonego”.

W sprawie Sądu Najwyższego (sygn. IV KK 329/09)⁵⁰, biegli psychiatrzy rozpoznali u oskarżonego „objawy choroby psychicznej o obrazie zaburzeń urojeniowo-omamowych na podłożu organicznego uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego”. Stwierdzili oni również, iż „z uwagi na utrzymujące się przewlekłe zaburzenia psychotyczne z pogłębiającymi się dysfunkcjami organicznymi w obrębie centralnego układu nerwowego, niezdolność oskarżonego do stawiennictwa w czynnościach sądowych jest niezdolnością trwałą”.

⁴⁷ P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 163.

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 4 grudnia 2006 r., sygn. V KK 360/06, Lex 214173.

⁴⁹ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. II AKz 151/14, KZS 2014, nr 6, poz. 111.

⁵⁰ Postanowienie SN z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. IV KK 329/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 119.

Jak wskazano wcześniej, wprowadzeniu do procesu karnego instytucji przesłanek procesowych, przyświecały przede wszystkim idee oszczędności (ekonomii) procesowej i ochrony interesów uczestników postępowania. W tym stanie rzeczy zastosowanie wykładni funkcjonalnej polega na ustaleniu treści normy z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. (celu przepisu) w taki sposób, by był on zgodny z celem instytucji, której częścią jest interpretowany przepis⁵¹.

Przyjęcie konieczności umorzenia postępowania w przypadku nieodwracalnej ciężkiej choroby oskarżonego, wykluczającej jego udział w czynnościach procesowych, byłoby zgodne z *ratio iuris*. Wszak celem instytucji warunków dopuszczalności procesu karnego jest zapobieganie sytuacji, w których postępowanie jest prowadzone mimo tego, że rozstrzygnięcie w przedmiocie procesu będzie niemożliwe. Z sytuacjami takimi mamy do czynienia w stanach faktycznych, w których oskarżony z powodu złego stanu zdrowia nigdy nie odzyska zdolności do udziału w procesie. Prowadzenie dalej postępowania niejako *in absentia* stwarzałoby fikcję sprawiedliwości. Oskarżonemu, który nie może się bronić, nie zdaje sobie sprawy z położenia, w jakim się znajduje (choćby wskutek zaburzeń demencyjnych) łatwo udowodnić sprawstwo⁵².

Problemu nie rozwiązuje instytucja zawieszenia postępowania, która została wprowadzona jako „remedium” na czasowe przeszkody procesowe. Wydawanie cyklicznie (zwykle co 6 miesięcy) opinii co do zdolności oskarżonego do udziału w procesie, mimo, że biegli już wcześniej wykluczyli powrót oskarżonego do zdrowia, generuje w sposób bezzasadny koszty sądowe (które pokrywa Skarb Państwa). Stan taki angażuje niepotrzebnie organy wymiaru sprawiedliwości. Przecież na mocy § 80 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. – Regulaminu urzędowania sądów powszechnych⁵³ przewodniczący wydziału sprawuje stały nadzór nad sprawami zawieszonymi. Z kolei na podstawie § 214 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁵⁴ w czasie zawieszenia postępowania przygotowawczego należy okresowo, nie rzadziej niż raz w ciągu 6 miesięcy, sprawdzać, czy przyczyny zawieszenia trwają nadal.

⁵¹ Uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 r., sygn. I KZP 45/99, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 7.

⁵² Por. A. Mogilnicki, E. S. Rappaport, *Ustawy karne Rzeczypospolitej Polskiej*. T. 1. Kodeks postępowania karnego. Cz. 2. Motywy ustawodawcze, Warszawa 1929, s. 15.

⁵³ Dz. U. z 2019, poz. 1141.

⁵⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 1206.

Powstaje pytanie o celowość sprawdzania aktualności przyczyny zawieszenia w układzie procesowym, w którym biegli stwierdzili nieusuwalność przeszkody. Przywołane przepisy szczególne dowodzą dobitnie tego, że rozważane układy procesowe (jak choćby te ze spraw o sygn.: II Akz 151/14, IV KK 329/09) „wyrastają” poza instytucję zawieszenia postępowania.

Z pola widzenia nie można tracić niedogodności, jakie są udziałem stron (konieczność poddawania się dalszym badaniom przez oskarżonego, koszty zastępstwa procesowego ponoszone przez oskarżyciela posiłkowego).

Utrzymywanie „za wszelką cenę” postępowania prowadzonego przeciwko sprawcy w terminalnym stadium choroby jest nie do pogodzenia w wymogiem tzw. sprawiedliwości proceduralnej. Podnosi się przy tym, że pojęcie sprawiedliwości rozpatruje się również przy uwzględnieniu praktycznego aspektu stosowania przepisów prawa karnego procesowego⁵⁵. Rzetelne stosowanie przepisu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. oznacza aplikowanie normy w kształcie nadanym mu przez ustawodawcę (a odtworzonym w wyniku zastosowania wykładni leksykalnej, semantycznej i funkcjonalnej). Prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy to w znacznej mierze prawo proceduralne⁵⁶.

Wreszcie nie sposób pomijać tła kulturowego, społecznego, moralnego przy wykładni normy z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Trwanie postępowania w przypadku nieuleczanej, ciężkiej choroby oskarżonego jest trudne do pogodzenia z aksjologią prawa. Wszak w rozważanym wypadku postępowanie nawet zawieszone i tak zakończy się umorzeniem czy to z powodu śmierci strony czy też wskutek przedawnienia karalności czynu. Wątpliwości budzi sam fakt oczekiwania organów wymiaru sprawiedliwości na ziszczenie się któregośkolwiek ze zdarzeń (z góry wiadomo, że sprawca i tak nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej). Skutkiem interpretacji przepisu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. zgodnie z przywołanym wcześniej stanowiskiem judykatury byłoby wieloletnie zawieszenie postępowań karnych w oczekiwaniu na śmierć oskarżonego bądź przedawnienie karalności. Powinno to dodatkowo przemawiać za odrzuceniem zreferowanego wyniku wykładni; pozbawiałby on bowiem normę z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. aksjologicznego uzasadnienia. Tym bardziej, że organy procesowe winny prowadzić postępowanie uczciwie (rzetelnie), z poszanowaniem godności uczestników i w rozsądnym terminie (zasada

⁵⁵ J. Skorpka, O sprawiedliwości procesu karnego, Warszawa 2013, s. 177.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 178.

uczciwego procesu)⁵⁷. Petryfikacja stanu zawieszenia w sytuacji wystąpienia trwałej przeszkody procesowej byłaby niezrozumiała z punktu widzenia społecznego poczucia sprawiedliwości.

W tym miejscu odnieść się wypada do rzekomego aksjologicznego wynikania normy, na jakie powołał się Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. II KK 313/15. Najwyższa instancja sądowa uznała za zasadne przypomnienie, że „nawet najcięższego stanu zdrowia, w tym i agonalnego, nie wolno utożsamiać ze śmiercią”. Przedmiotowe stwierdzenie w żaden sposób nie „dezawuuje” stanowiska zaprezentowanego w niniejszej publikacji. Wszak uznanie trwałej niezdolności oskarżonego do udziału w procesie w wyniku złego stanu zdrowia za „inną okoliczność” z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. nie jest tożsame z uznaniem takiej osoby za zmarłą. Taki wynik wykładni oznacza tylko tyle, że przywołany stan zdrowia wyłącza ściganie, podobnie jak i inne przeszkody procesowe.

W tym kontekście nie sposób nie wspomnieć o pobieraniu komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich. Wymieniony materiał może być pobierany ze zwłok ludzkich po stwierdzeniu zgonu w sposób określony w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁵⁸ w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych (art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów⁵⁹). Stwierdzenie: trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu), nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów – następuje po przeprowadzeniu przez specjalistów postępowania zgodnego z aktualną wiedzą medyczną, z uwzględnieniem sposobu i kryteriów, o których mowa w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2019 r. w sprawie sposobu i kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu⁶⁰ (art. 43a ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry). Stwierdzenie trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu) lub nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów jest równoznaczne ze stwierdzeniem zgonu (art. 43a ust. 7 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry).

W założeń ogólnych obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2019 r. czytamy, że „krytyczne uszkodzenie mózgu prowadzi do rozpoznania śmierci w oparciu o kryteria neurologiczne, tradycyjnie

⁵⁷ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 334.

⁵⁸ Dz. U. z 2020 r., poz. 514.

⁵⁹ Dz. U. z 2019 r., poz. 1405.

⁶⁰ MP 2020, poz. 73.

określanej jako śmierć mózgu. (...) kryteria neurologiczne znajdują zastosowanie w diagnostyce śmierci mózgu, a co za tym idzie śmierci człowieka jako całości niezależnie od mechanizmu, który do niej doprowadził”.

Niezrozumienie może budzić opór judykatury przed uznaniem krytycznego stanu zdrowia oskarżonego za okoliczność uzasadniającą umorzenie postępowania, w sytuacji, gdy z woli ustawodawcy nastąpiło odstąpienie od stwierdzenia śmierci człowieka na podstawie rozpoznania nieodwracalnego zatrzymania krążenia na rzecz rozpoznania zgonu na podstawie rozpoznania śmierci mózgu. A przecież śmierć diagnozowana na podstawie kryteriów neurologicznych nie jest faktem biologicznym, ale społecznym. Nie mamy tu do czynienia ze śmiercią organizmu jako fizjologicznej całości, ale ze „zwłokami z bijącym sercem”⁶¹.

Sam konstrukt śmierci mózgu wytrąca argument stronie przeciwnej, dotyczący postępu w medycynie (stany nieuleczalne miałyby być odwracalne w przyszłości). Jak wspomniano, śmierć mózgu a w konsekwencji śmierć człowieka stwierdza się na podstawie aktualnej (w dacie badania przez specjalistów) wiedzy medycznej. Wyjaśnienie tego stanowiska znajdujemy również w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2019 roku. Otóż „pomimo ogromnych możliwości ratowania ludzkiego zdrowia i życia, jakie aktualnie posiada nowoczesna medycyna, istnieją granice ich stosowania. Jedną z nich jest śmierć mózgu, czyli śmierć człowieka”.

Przy przyjęciu zastrzeżeń wysuwanych przez protagonistów stanowiska zaprezentowanego przez SN w sprawie o sygn. II KK 313/15 stwierdzenie zgonu w oparciu o kryteria neurologiczne byłoby niemożliwe. Nie sposób bowiem byłoby wykluczyć dalszego intensywnego rozwoju intensywnej terapii, skutkującego powrotem chorych z ustaniem czynności mózgu do zdrowia. Brak przy tym głosów piśmiennictwa prawniczego, kwestionujących legalność stwierdzania śmierci mózgowej.

Konkludując, wynikiem zastosowania wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej, jest uznanie, że trwała niezdolność oskarżonego do udziału w procesie, będąca wynikiem nieodwracalnej dysfunkcji organizmu (utrata funkcji, która nie może powrócić spontanicznie i nie może być przywrócona w drodze interwencji medycznej), stanowi „inną okoliczność wyłączającą ściganie” (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.) i jako taka winna powodować umorzenie postępowania.

⁶¹ J. M. Norkowski, *Medycyna na krawędzi. Ewolucja definicji śmierci człowieka w kontekście transplantacji narządów*, Radom 2011, s. 367.

Jak podnosi się w prawoznawstwie, jednym z najbardziej przekonujących argumentów świadczących o poprawności przeprowadzonej interpretacji jest fakt, iż zastosowana wykładnia semantyczna, systemowa i funkcjonalna daje zgodny rezultat⁶².

5. Uwagi końcowe

Zagadnienie będące przedmiotem opracowania ma niewątpliwie doniosły wymiar praktyczny i społeczny. Pytanie o wpływ trwałej niezdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu wskutek nieodwracalnej utraty funkcji organizmu obliuguje organy postępowania karnego do reakcji zgodnej z treścią Kodeksu postępowania karnego.

W publikacji wyrażono zapatrywanie, zgodnie z którym trwałe i nieodwracalne pogorszenie stanu zdrowia strony biernej procesu czyni prowadzenie postępowania niedopuszczalnym. Określenia „trwałe” i „nieodwracalne” oznaczają utratę funkcji, która nie może powrócić spontanicznie i nie będzie przywrócona w drodze interwencji medycznej.

Jest przy tym oczywiste, że organ postępowania nie wyda rozstrzygnięcia merytorycznego w sytuacji, gdy strona oskarżona wprawdzie prawnie istnieje, to jednak faktycznie (wskutek np. ciężkiego uszkodzenia mózgowia) nie jest w stanie wypełniać roli, w jakiej została postawiona przedstawieniem zarzutów (wniesieniem aktu oskarżenia).

Tak odczytana okoliczność z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. spełnia funkcje przypisywane właśnie przesłankom procesowym (blokującą merytoryczne rozpoznanie sprawy, gwarancyjną, ekonomiczną).

Przyjęta konkluzja jest wynikiem zastosowania wykładni leksykalnej, systemowej i celowościowej. Tak rozbudowany proces dekodowania pozwalał na adekwatne zrozumienie komunikatu nadanego przez ustawodawcę w treści art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.

W opracowaniu odniesiono się również do zawartości normatywnej przepisu art. 22 § 1 k.p.k. Tylko bowiem systemowe zestawienie obu instytucji (zawieszenie, umorzenie postępowania) mogło skutkować ustaleniem pełnej treści normy z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.

W świetle przedstawionej argumentacji, aktualne wydaje się postrzeżenie wyrażone przez SN w okresie międzywojennym, iż „proces patologiczny, proces prawnie niedopuszczalny, może i powinien się skończyć unicestwieniem patologicznego stanu *quasi* procesowego, tj. umorze-

⁶² P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 193.

niem”⁶³. W rozważanym przypadku źródłem „patologii” procedowania jest ciężka choroba nieuleczalna oskarżonego.

Defendant’s permanent inability to participate in proceedings as “other circumstance precluding prosecution” (Code of Criminal Procedure, Art. 17, section 1, item 11)

Abstract

This paper presents the view that a defendant’s permanent inability to take part in proceedings, which results from irreversible bodily dysfunction (loss of function that cannot be restored spontaneously or through medical intervention), constitutes “other circumstance precluding prosecution” (Code of Criminal Procedure, Art. 17, section 1, item 11) and as such should lead to discontinuance of proceedings. It is assumed that proceedings may be suspended because of mental illness or other serious illness of a transient nature. Where serious illness is irreversible, it should result in discontinuance.

⁶³ Orzeczenie SN wydane w sprawie o sygn. K 30/30, cytata za: A. Mogilnicki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 1933, reprint Warszawa 2019, s. 18.

Wojciech Wassermann

Przesłanki zatrzymania prokuratorskiego w oparciu o art. 247 k.p.k.

Streszczenie

Niniejsze opracowanie ma na celu znalezienie właściwego rozumienia przesłanek stosowania tzw. zatrzymania prokuratorskiego w oparciu o aktualne brzmienie art. 247 k.p.k., jak również wyjaśnienie pojawiających się w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności w tym zakresie. W szczególności omówienia wymaga zakres zachowań, które mogą być uznane za bezprawne utrudnianie postępowania w rozumieniu tego przepisu w kontekście prawa oskarżonego do obrony. Podobnie wyjaśnienia wymaga, stosowanie jakich środków zapobiegawczych może uzasadniać sięganie przez prokuratorów po wskazaną instytucję, w kontekście pojawiających się w doktrynie i orzecznictwie prób ograniczania stosowania zatrzymania prokuratorskiego tylko do izolacyjnych środków zapobiegawczych.

Tzw. zatrzymanie prokuratorskie jest uregulowane w art. 247 § 1–7 k.p.k.

Przepis ten od momentu wejścia w życie aktualnego Kodeksu postępowania karnego (to jest od dnia 1 września 1998 r.) był kilkakrotnie nowelizowany.

Pierwotnie przepis ten zezwalał prokuratorowi na zarządzenie zatrzymania i doprowadzenia osoby podejrzanej bez wskazania szczególnych przesłanek wydania przedmiotowego zarządzenia.

Ustawą z dnia 12 lutego 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego¹ zmieniono treść art. 247 k.p.k. w ten sposób, iż wskazano, że prokurator może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że nie stawi się ona na wezwanie w celu przeprowadzenia czynności procesowej albo jeżeli zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego.

¹ Dz. U. z 2009 r., Nr 28, poz. 171.

Przedmiotowa zmiana była wynikiem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 lutego 2008 r.², w którym stwierdzono, że art. 247 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego³ jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Art. 247 § 1 ustawy powołanej w części I sentencji traci moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. W uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał, że treść art. 247 § 1 k.p.k. nie odpowiada wymogom stawianym ustawodawcy przez Konstytucję w art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3. W kwestionowanym przepisie brak bowiem precyzyjnego wskazania jakichkolwiek przesłanek, tak pozytywnych jak i negatywnych, które usprawiedliwiłyby ingerencję prokuratora w korzystanie z wolności osobistej przez zarządzenie zatrzymania i doprowadzenia osoby podejrzanej. Ustawa w ogóle nie określa przesłanek, którymi powinien kierować się prokurator, wydając stosowne zarządzenie w tym zakresie. Dalej Trybunał podkreślił, że stosowanie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej niewątpliwie powinno służyć realizacji podstawowych celów procesu karnego, tj. zapewnieniu tego, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.), oraz zapewnieniu, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.). Niezbędność w znaczeniu, jakie nadaje jej zasada proporcjonalności, wymaga jednak wykazania, iż osiągnięcie tych celów nie byłoby możliwe przy zastosowaniu innych, mniej uciążliwych dla jednostki środków.

Kolejna zmiana weszła w życie w dniu 8 czerwca 2010 r. (ustawa 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 ustaw⁴). Sprezycyzowano wtedy, iż prokurator może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że nie stawi się ona na wezwanie w celu przeprowadzenia czynności procesowej, w inny bezprawny sposób będzie utrudniała przeprowadzenie tej czynności albo jeżeli zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego.

Z dniem 1 lipca 2015 r. weszła w życie kolejna nowelizacja przesłanek zatrzymania prokuratorskiego, wprowadzona ustawą z dnia 27 września

² Sygn. K 34/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 2, Dz. U. z 2008 r., Nr 27, poz. 162.

³ Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.

⁴ Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589.

2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁵. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy⁶ zmiany miały na celu, między innymi, uściślenie wymogów stosowania tzw. zatrzymania prokuratorskiego. Zdaniem projektodawców niezbędna była modyfikacja całego art. 247 k.p.k. i przyjęcie, że zatrzymanie i doprowadzenie na zarządzenie prokuratora będzie mogło nastąpić zarówno wobec osoby podejrzanej, jak i podejrzanego, co do tego pierwszego podmiotu – z uwagi na potrzebę przedstawienia zarzutów, co do tego drugiego – dla konieczności dokonania zmiany zarzutów, a nadto co do każdej z tych osób – dla przeprowadzenia badań lub innych czynności wskazanych odpowiednio w art. 74 § 2 lub 3 k.p.k., i to niezależnie od zakładanej w nowym proj. § 3a art. 74 k.p.k. możliwości takiego zatrzymania i doprowadzenia przy odmowie poddania się przez nich tym badaniom i czynnościom – pod warunkiem że istnieje uzasadniona obawa, iż: a) osoba ta nie stawia się na wezwanie, albo że b) podejmie ona w inny bezprawny sposób działania utrudniające postępowanie lub gdy c) zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania wobec niej środka zapobiegawczego (nowe § 1 i 2). Zasadniczo przesłanki stosowania tzw. zatrzymania prokuratorskiego, wprowadzone powyższą nowelizacją, nadal obowiązują.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 247 k.p.k.: § 1. Prokurator może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej albo podejrzanego, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że:

- 1) nie stawia się na wezwanie w celu przeprowadzenia z ich udziałem czynności, o których mowa w art. 313 § 1 lub art. 314, albo badań lub czynności, o których mowa w art. 74 § 2 lub 3;
- 2) mogą w inny bezprawny sposób utrudniać postępowanie.

§ 2. Zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie, o którym mowa w § 1, może także nastąpić, gdy zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego.

§ 3. W związku z zatrzymaniem można też zarządzić przeszukanie. Przepisy art. 220–222 i art. 224 stosuje się odpowiednio.

§ 4. Niezwłocznie po doprowadzeniu przeprowadza się z udziałem zatrzymanego czynności wskazane w § 1, a po ich dokonaniu należy zwolnić go, o ile nie zachodzi potrzeba stosowania środka zapobiegawczego.

§ 5. Rozstrzygając w przedmiocie środka zapobiegawczego, prokurator niezwłocznie zwalnia zatrzymanego albo występuje do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania.

⁵ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

⁶ Sejm RP VII kadencji, nr druku 870.

§ 6. Do zatrzymania, o którym mowa w § 1, stosuje się odpowiednio art. 246.

§ 7. Zarządzenia, o których mowa w § 1, wykonuje Policja lub inne organy, o których mowa w art. 312, w zakresie swych właściwości, jeżeli ustawa uprawnia je do zatrzymywania osoby. Zarządzenia dotyczące zatrzymania i przymusowego doprowadzenia żołnierza w czynnej służbie wojskowej, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie, w sprawach niezwiązanych z wykonywaniem obowiązków służbowych, wykonują właściwe organy wojskowe.

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie analiza przesłanek uzasadniających zastosowanie zatrzymania prokuratorskiego w toku prowadzonych postępowań karnych.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ustawa zezwala prokuratorowi na zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej lub podejrzanego.

Jak wynika z definicji kodeksowej za podejrzanego uważa się osobę, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego (art. 71 § 1 k.p.k.).

Natomiast Kodeks postępowania karnego nie zawiera definicji pojęcia „osoba podejrzana”, jednak posługuje się tym sformułowaniem⁷.

Przyjmuje się, że osobą podejrzaną jest osoba, w stosunku do której nie wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ani nie przesłuchano jej w charakterze podejrzanego po uprzednim poinformowaniu jej o treści zarzutu⁸, jednak zebrany materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że może być sprawcą przestępstwa. Słusznie jednak podkreśla się w orzecznictwie, że wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów w rozumieniu art. 71 k.p.k. oznacza jego sporządzenie, niezwłoczne ogłoszenie i przesłuchanie podejrzanego, w sytuacji jednak gdy podejrzany ukrywa się lub jest nieobecny w kraju, przez wydanie postanowie-

⁷ Przykładowo osoba podejrzana jest zobowiązana, podobnie jak oskarżony – choć w węższym zakresie, poddania się określonym badaniom (art. 74 § 3 k.p.k.); od osoby podejrzanej przesłuchiwanej w charakterze świadka nie odbiera się przyrzeczenia (art. 189 pkt 3 k.p.k.); w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej można dokonać przeszukania pomieszczeń i innych miejsc (art. 219 § 1 k.p.k.).

⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2003 r., sygn. II KK 268/02, LEX nr 80294.

nia o przedstawieniu zarzutów należy rozumieć samo sporządzenie tego postanowienia⁹.

Oznacza to, że zasadniczo nie jest dopuszczalne w tym trybie zatrzymanie i doprowadzenie przez prokuratora osoby, która następnie zostanie przesłuchana jedynie w charakterze świadka, chyba że zatrzymanie będzie połączone z przeprowadzeniem czynności, o których mowa w art. 74 § 3 k.p.k.

Pierwszą przesłanką zastosowania tzw. zatrzymania prokuratorskiego jest najogólniej mówiąc przesłanka uzasadnionej obawy bezprawnego utrudniania postępowania. Jako przykład takiego postępowania ustawa wprost wskazuje uzasadnioną obawę, że osoby te nie stawią się na wezwanie w celu przeprowadzenia z ich udziałem czynności, o których mowa w art. 313 § 1 lub art. 314, albo badań lub czynności, o których mowa w art. 74 § 2 lub 3. Chodzi więc o czynności związane z przedstawieniem lub zmianą zarzutów, względnie z przeprowadzeniem wskazanych badań na osobie podejrzanej lub podejrzanym.

W tym kontekście bardzo istotnym zagadnieniem jest określenie, jakie zachowania osoby podejrzanej lub podejrzanego są prawnie dopuszczalne, a które mogą stanowić bezprawny sposób utrudniania postępowania w rozumieniu powyższego przepisu, uzasadniający zatrzymanie prokuratorskie.

Jako przykłady innych sposobów bezprawnego utrudniania postępowania wskazuje się w doktrynie między innymi:

- zacieranie śladów przestępstwa¹⁰;
- nakłanianie innej osoby do zmiany oświadczenia dowodowego¹¹;
- ukrywanie bądź zniszczenie dowodów będących w jej dyspozycji¹².

Zgodnie z art. 74 § 1 k.p.k. oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść, zaś zgodnie z art. 6 k.p.k. oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć. Podobnie zgodnie z art. 175 § 1 k.p.k. oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia; może jednak bez podania powodów odmówić od-

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 września 2015 r., sygn. II AKa 268/15, LEX nr 1962872, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 31/07, LEX nr 262649.

¹⁰ D. Świecki (red.), B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2019 – uwaga 3 do art. 247 k.p.k.

¹¹ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. LEX 2014 – uwaga 2 do art. 247 k.p.k.

¹² *Ibidem*.

powiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. O prawie tym należy go pouczyć.

W tym kontekście istotnym zagadnieniem jest ustalenie, czy obawa nakłaniania przez podejrzanego innych podejrzanych do składania fałszywych wyjaśnień może uzasadniać jego zatrzymanie. Wszak przyjmuje się, że oskarżony jest uwolniony od obowiązku mówienia prawdy i nie ponosi odpowiedzialności za składanie fałszywych wyjaśnień¹³.

Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w wyroku z dnia 6 kwietnia 2018 r., przepis art. 74 § 1 k.p.k. w zw. z art. 386 § 1 k.p.k. zapewnia osobie oskarżonej prawo składania wyjaśnień, albo odmówienia ich w całości, czy odmówienia odpowiedzi na poszczególne pytania, nie przyznaje jednak prawa do podawania nieprawdy. Określony tym przepisem zakaz żądania dostarczania dowodów przeciwko sobie – samooskarżania – wyraża jedynie niedopuszczalność zmuszania, by oskarżony sam się oskarżył, oznacza więc brak sankcji za mówienie nieprawdy. Żaden zaś przepis prawny, ani norma moralna, nie zezwala na mówienie nieprawdy, nawet oskarżonemu. Brak sankcji za mówienie nieprawdy nie jest tożsamy z zezwoleniem na kłamstwo. Podawanie nieprawdy nie jest alternatywą dla prawa powstrzymywania się od samooskarżania¹⁴. Zgodzić należy się również ze stanowiskiem, iż nie jest dopuszczalne przechodzenie do porządku nad zachowaniami oskarżonego, gdy miał korzystać ze swych praw (odmowa odpowiedzi na pytania lub całkowite milczenie w toku postępowania) składa wyjaśnienia nieprawdziwe. Skutkiem takich zachowań jest jednak nieobejmowanie ich odrębnymi sankcjami. Takie zachowania występujące w postawie oskarżonego nakładają jednak na sąd obowiązek poddania linii obrony oskarżonego analizie z zachowaniem wymogów, o jakich mowa w art. 7 k.p.k., przy uwzględnieniu wymowy całokształtu materiału dowodowego (art. 410 k.p.k.)¹⁵. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 października 2015 r. wyrażona w art. 74 § 1 k.p.k. reguła *nemo se ipsum accusare tenetur*, stanowiąca odzwierciedlenie zasady domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.), oznacza zarówno brak po stronie oskarżonego obowiązku dowodzenia swojej niewinności, jak i zakaz jego przymuszania do

¹³ Np. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. LEX, 2014 – uwaga 4 do art. 6 k.p.k.

¹⁴ Sygn. II AKa 48/2018, LEX nr 2501268, OSA 2018, nr 12, poz. 3–53; podobnie D. Świecki (red.), B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el., 2019 – uwaga 7 do art. 74 k.p.k.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 289/15, Lex 1993096.

dostarczania dowodów przeciwko sobie. Konsekwencją tego rozwiązania jest m.in. prawo do odmowy złożenia wyjaśnień (art. 175 § 1 *in fine* k.p.k.) oraz zakaz stosowania podczas przesłuchania środków kontrolujących nieświadome reakcje organizmu, przemocy lub groźby bezprawnej (art. 171 § 5 k.p.k.). Regulacje powyższe, zawierające uprawnienia oskarżonego, adresowane są do organów procesowych i oznaczają zakaz wymuszania na nim aktywnych form dostarczania oskarżeniu dowodów¹⁶.

Słusznie też podnosi się w doktrynie, że ponieważ składanie wyjaśnień jest tylko prawem oskarżonego i jednocześnie sposobem obrony, oskarżony jest też (odrębnie) uwolniony od obowiązku mówienia prawdy i nie ponosi odpowiedzialności za składanie fałszywych wyjaśnień. Nie oznacza to jednak istnienia tzw. prawa do kłamstwa, a jedynie tolerowanie fałszywych wyjaśnień, o ile mieszczą się one w granicach obrony¹⁷. Również w orzecznictwie wskazano, że w ramach prawa do obrony oskarżonemu służy nie tylko wspomniane już prawo do składania wyjaśnień. Korzysta on także z niekaralności fałszywych wyjaśnień (...). Nie oznacza to bynajmniej prawa oskarżonego do kłamstwa, lecz jedynie tolerowanie, z uwagi na potrzebę realności prawa do obrony, nieprawdźliwych, kłamliwych wyjaśnień¹⁸.

Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. tymczasowe aresztowanie i pozostałe środki zapobiegawcze można stosować, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne. Ustawodawca wprost wskazał więc, że nakłanianie do fałszywych wyjaśnień jest zachowaniem bezprawnym. Przesłanka ta, dotycząca zastosowania środków zapobiegawczych w istocie jest identyczna z przesłanką zatrzymania prokuratorskiego z art. 247 § 1 pkt 2 k.p.k., a różni się jedynie tym, że w art. 258 k.p.k. ustawodawca wyliczył dodatkowo możliwe przykłady takiego zachowania podejrzanego, które może stanowić bezprawne utrudnianie postępowania.

Wynika z tego, że przesłanką zatrzymania prokuratorskiego może być również obawa nakłaniania przez osobę podejrzaną lub podejrzanego

¹⁶ Sygn. III KK 206/15, LEX nr 1948886, KZS 2017, nr 1, poz. 21, Biul. PK 2015, nr 10–12, poz. 61–65.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2006 r., sygn. I KZP 49/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 12, OSP 2007, nr 5, poz. 55, Prok. i Pr. 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 7, Biul. SN 2006, nr 1, poz. 14, Wokanda 2006, nr 7–8, poz. 32.

innych podejrzanych do składania fałszywych wyjaśnień, choć zasadniczo zachowanie takie nie jest karalne, ale jest bezprawne¹⁹.

Drugą przesłanką stosowania tzw. zatrzymania prokuratorskiego jest potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego.

W doktrynie pojawiło się stanowisko, zgodnie z którym zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie może nastąpić także wtedy, gdy zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego (...). Jednakże skoro zatrzymanie wiąże się z pozbawieniem wolności, to przyjęć należy, iż warunki konieczności oraz proporcjonalności związane z instytucją zatrzymania są zrealizowane, gdy zatrzymanie ma stanowić podstawę zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego²⁰. Trafnie w literaturze wskazuje się, że warunki konieczności oraz proporcjonalności związane z zatrzymaniem są zrealizowane wówczas, gdy ma stanowić ono podstawę zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego²¹.

O ile zgodzić należy się ze stanowiskiem, że potrzeba wystąpienia do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania zawsze uzasadnia zatrzymanie osoby podejrzanej lub podejrzanego (por. art. 250 § 3 k.p.k.), to próba ograniczania możliwości stosowania zatrzyma-

¹⁹ Zachowanie takie będzie nie tylko bezprawne, ale również karalne, jeśli będzie wykraczać poza granicę obrony. Jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2006 r. oskarżony, który składając wyjaśnienia w związku z toczącym się przeciwko niemu postępowaniem karnym, fałszywie pomawia inną osobę o współudział w tym przestępstwie w celu ukrycia tożsamości rzeczywistych współuczestników tego przestępstwa, a nie w celu własnej obrony, wykracza poza granicę przysługującego mu prawa do obrony i może ponosić odpowiedzialność karną z art. 234 k.k. (sygn. I KZP 49/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 12, OSP 2007, nr 5, poz. 55; Prok. i Pr. 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 7; Biul. SN 2006, nr 1, poz. 14; Wokanda 2006, nr 7–8, poz. 32). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 lutego 2004 r., prawo do obrony, o którym stanowi art. 6 k.p.k., zapewniające oskarżonemu (podejrzanemu) swobodę wypowiedzi co do zarzuczonego mu czynu zabronionego, chroniące zarazem przed poniesieniem odpowiedzialności karnej z powodu ich treści, nie legalizuje innych zachowań oskarżonego o znamionach czynu zabronionego, choćby zmierzały one do uniknięcia bądź złagodzenia odpowiedzialności za czyn zarzucony (sygn. V KK 194/03 – OSNKW 2004, nr 4, poz. 42, OSP 2004, nr 12, poz. 160; Prok. i Pr. 2004, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, poz. 7; Biul. SN 2004, nr 4, poz. 14; Wokanda 2004, nr 11, poz. 19).

²⁰ D. Świecki (red.), B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el., 2019 – uwaga 3 do art. 247 k.p.k.

²¹ P. Kardas, Relacje między zatrzymaniem a tymczasowym aresztowaniem. Kilka uwag o systemie reguł gwarancyjnych w postępowaniu typu *habeas corpus*, (w:) A. Lach (red.), Środki przymusu w znowelizowanej procedurze karnej, Toruń 2016, s. 29–30; R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.) Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296 WKP, 2019 – uwaga 4 do art. 247 k.p.k.

nia prokuratorskiego jedynie do tych przypadków nie znajduje uzasadnienia.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 5 lutego 2008 r. nie sygnalizował takiego ograniczenia, a jedynie potrzebę ustawowego określenia przesłanek stosowania zatrzymania.

Po drugie ani z treści art. 247 k.p.k., ani z uzasadnienia nowelizacji wprowadzającej aktualne brzmienie przepisu również ono nie wynika.

Odnosząc zaś się do wykładni celowościowej przepisu wskazać należy, że w praktyce prokuratorskiej może zaistnieć szereg sytuacji, w których koniecznym będzie sięgnięcie po instytucję zatrzymania prokuratorskiego ze względu na potrzebę niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego, lecz nie będzie niezbędnym skierowanie wtedy wniosku o tymczasowe aresztowanie. Przykładowo w sprawie o znęcanie się nad osobami najbliższymi zamieszkującymi wspólnie ze sprawcą (art. 207 k.k.) w niektórych przypadkach może pojawić się realna obawa, że powzięcie informacji przez podejrzanego o zawiadomieniu organów ścigania i prowadzeniu postępowania spowoduje wyrządzenie nieodwracalnej w skutkach krzywdy pokrzywdzonym, łącznie z ryzykiem pozbawienia ich życia lub zdrowia. W tej sytuacji wysłanie zwykłego wezwania do stawienia się w charakterze podejrzanego byłoby całkowicie nieuzasadnione. Jednocześnie w sytuacji zatrzymania podejrzanego i jego doprowadzenia na czynności w prokuraturze nie zawsze musi wystąpić potrzeba stosowania tymczasowego aresztowania, bowiem w takim przypadku istnieje możliwość zastosowania środków zapobiegawczych o charakterze wolnościowym, takich jak nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 275a k.p.k.) oraz dozór, połączony z zakazem kontaktowania się z pokrzywdzonym lub z innymi osobami, a także z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonego na wskazaną odległość (art. 275 § 2 k.p.k.). Zgodnie zaś z art. 275 § 3 k.p.k. jeżeli zachodzą przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej na szkodę osoby najbliższej albo innej osoby zamieszkującej wspólnie ze sprawcą, zamiast tymczasowego aresztowania można zastosować dozór pod warunkiem, że oskarżony w wyznaczonym terminie opuści lokal zajmowany wspólnie z pokrzywdzonym oraz określi miejsce swojego pobytu. W tej sytuacji środki wolnościowe mogą okazać się równie skuteczne co tymczasowe aresztowanie, jednak mają one sens jedynie w przypadku zastosowania zatrzymania prokuratorskiego w trybie art. 247 k.p.k. Analogiczna sytuacja może mieć miejsce, gdy

osoba podejrzana lub podejrzany wprowadza na rynek produkty zagrażające życiu lub zdrowiu konsumentów (np. artykuły zawierające alkohol metylowy bez informacji na etykiecie o jego zawartości, skażone środki spożywcze, kosmetyki wywołujące szkodliwe reakcje organizmu itp.). W tym przypadku będzie potrzeba natychmiastowego zatrzymania takiej osoby celem przeprowadzenia z jej udziałem czynności procesowych i zastosowania środków zapobiegawczych. Jednak znów może okazać się, że wystarczające będzie zastosowanie środków o charakterze wolnościowym, np. nakazu powstrzymania się od prowadzenia określonej działalności w trybie art. 276 k.p.k. W tej sytuacji zatrzymanie będzie konieczne, albowiem każdy dzień zwłoki może rodzić poważne konsekwencje dla życia i zdrowia konsumentów. Podobnie może wyglądać sytuacja, gdy osoba bez kompetencji będzie wykonywała usługi lekarskie, powodując uszczerbek na życiu i zdrowiu pacjentów. W tej sytuacji niezwłoczne zatrzymanie będzie uzasadnione potrzebą zastosowania środków zapobiegawczych, przy czym znowu wystarczającym może okazać się zawieszenie oskarżonego w czynnościach służbowych lub w wykonywaniu zawodu (art. 276 k.p.k.) i nie będzie konieczności sięgania po izolacyjny środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania. Podobne sytuacje można mnożyć, np. konieczność niezwłocznego zawieszenia w czynnościach służbowych podejrzanego będącego z racji wykonywanych czynności służbowych przełożonym pokrzywdzonym lub świadków w sprawie w sytuacji, gdy opóźnienie w jego zatrzymaniu i zastosowaniu środków zapobiegawczych spowodowane zwykłym wezwaniem na czynności może skutkować bezprawnymi działaniami o charakterze represyjnym wobec osób, których zeznania stanowiły podstawę uzyskania przez taką osobę statusu podejrzanego; konieczność niezwłocznego zastosowania zakazu opuszczania kraju (art. 277 § 1 k.p.k.) połączonego z dozorem Policji (art. 275 k.p.k.) i poręczeniem majątkowym (art. 266 k.p.k.) w sytuacji, gdy istnieje uzasadniona obawa, że podejrzanym w razie zwykłego wezwania do stawienia na czynności będzie podejmował próbę ucieczki lub ukrycia się, przy czym w tej sytuacji zachodzi zbieg podstaw do zatrzymania (art. 247 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.k.).

Zatrzymania w takich sytuacjach niewątpliwie spełniają wymóg proporcjonalności, o której wspominał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 5 lutego 2008 r.²²

Nie ma więc żadnych racji o charakterze celowościowym mogących uzasadniać zawężanie wskazanej przesłanki zatrzymania prokurator-

²² Sygn. K 34/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 2, Dz. U. z 2008 r., Nr 27, poz. 162.

skiego jedynie do przypadku tymczasowego aresztowania. Co więcej wykładnia taka prowadziłyby do częstszego wnioskowania o zastosowanie tymczasowego aresztowania w tych wszystkich wypadkach, gdy zatrzymanie jest jak najbardziej konieczne i uzasadnione, tylko po to, aby uzasadnić jego zastosowanie.

W tej sytuacji przyjąć należy, że zastosowanie zatrzymania prokuratorskiego w rozumieniu art. 247 § 2 k.p.k. jest uzasadnione koniecznością niezwłocznego wydania postanowienia o zastosowaniu środków zapobiegawczych zarówno o charakterze wolnościowym, jak i izolacyjnym. Przemawia za tym zarówno wykładnia językowa, jak i celowościowa przepisu. Jednocześnie przed nadużyciem przedmiotowej przesłanki chroni znamię „niezwłoczności”, które pozwala na oddzielenie sytuacji, gdy zatrzymanie na tej podstawie nie jest konieczne, gdyż środek nie musi być zastosowany natychmiast i bez zwłoki, lecz wystarczy zwykłe wezwanie podejrzanego na przesłuchanie, od sytuacji wskazanych powyżej, gdy środek musi być zastosowany natychmiast i bez zbędnej zwłoki.

Podsumowując stwierdzić należy, że zatrzymanie prokuratorskie (art. 247 k.p.k.) może być w obecnym stanie prawnym stosowane w dwóch zasadniczych wypadkach:

- w przypadku uzasadnionej obawy bezprawnego utrudniania postępowania, przy czym ustawodawca wprost wskazuje na taką obawę, gdy istnieje ryzyko, że osoba podejrzana lub podejrzany nie stawi się na wezwanie w celu przeprowadzenia z jego udziałem czynności, o których mowa w art. 313 § 1 lub art. 314, albo badań lub czynności, o których mowa w art. 74 § 2 lub 3;
- gdy zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego.

Jednocześnie wskazać należy, że powodem zastosowania zatrzymania na podstawie pierwszej z powyższych przesłanek będzie również uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych wyjaśnień, choć zachowanie takie zasadniczo nie jest karalne.

W odniesieniu do drugiej z przesłanek stwierdzić należy, że zatrzymanie prokuratorskie będzie uzasadnione nie tylko wtedy, gdy istnieją przesłanki do stosowania tymczasowego aresztowania, ale również wtedy, gdy istnieje potrzeba niezwłocznego zastosowania środków zapobiegawczych o charakterze wolnościowym.

Criteria for apprehension on a prosecutor's order under the Code of Criminal Procedure, Article 247

Abstract

This study seeks to properly understand criteria justifying apprehension on a prosecutor's order, based on the current wording of Article 247 of the Code of Criminal Procedure, as well as to explain interpretational discrepancies that may be seen in case law and views of legal commentators. Particular attention is paid to behaviours that may be considered unlawful obstruction of proceedings within the meaning of the provision in question, in the context of a defendant's right of defence. Clarification is provided with respect to preventive measures whose application may justify prosecutors resorting to apprehending on the prosecutor's order, in the context of attempts, which can be seen in case law and among legal commentators, to restrict the use of such apprehension only to preventive measures of isolation.

Mikołaj Grzesik

Przedstawienie zarzutów w postępowaniu karnym a przedłużenie terminu przedawnienia wykroczenia w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem (studium przypadku)

Streszczenie

Przedmiot artykułu stanowi jeden z elementów zawitej normatywnie oraz skomplikowanej teoretycznie i praktycznie relacji jednoczynowego zbiegu przestępstwa i wykroczenia. Osią zainteresowania jest wybrany fragment tej relacji związany z możliwością transponowania skutków procesowych podjętych w ramach odrębnych procedur, ale w odniesieniu do tego samego czynu stanowiącego podstawę nadbudowania na nim dwóch czynów zabronionych. Podstawą analizy jest konkretny stan faktyczny, który poddany został ocenie z perspektywy odpowiednich przepisów prawa oraz poglądów orzecznictwa i doktryny. Na podstawie przeprowadzonych rozważań stwierdzono, że skuteczne przedstawienie zarzutów podejrzanemu stanowi równocześnie wszczęcie postępowania w rozumieniu art. 59 § 2 k.p.w. w stosunku do tego samego czynu rozumianego jako idem factum i to niezależnie od relacji logicznej konkurujących ze sobą wzorców normatywnych, w tym również w przypadku jednoczynowego, idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem.

Słowa kluczowe

Przedawnienie karalności wykroczeń, przedłużenie terminu przedawnienia, zbieg idealny, zbieg eliminacyjny, jednoczynowy zbieg przestępstwa z wykroczeniem, przedstawienie zarzutów.

Wstęp

Przedmiot niniejszego artykułu stanowi jeden z elementów zawitej normatywnie oraz skomplikowanej teoretycznie i praktycznie relacji jednoczynowego zbiegu przestępstwa i wykroczenia rozumianego jako konkurencja

posiadających wspólne źródło w jednym czynie dwóch odrębnych, ale jakże bliskich konstrukcyjnie postaci odpowiedzialności represyjnej¹. Osią zainteresowania uczyniono wybrany fragment tej relacji związany z możliwością transponowana skutków procesowych podjętych w ramach odrębnych procedur, ale w odniesieniu do tego samego czynu stanowiącego podstawę nadbudowania na nim dwóch czynów zabronionych. Jak wskazuje temat opracowania, to skutki procesowe związane z przedstawieniem zarzutów w postępowaniu karnym i ich znaczenie dla terminu przedawnienia karalności tego samego czynu stanowiącego wykroczenie będą stanowić przeważający temat dalszych rozważań. Podejmowane zagadnienie jest jednak niezwykle złożone. Dotyka kilku bardzo kontrowersyjnych, spornych i skomplikowanych kwestii, które – w możliwych granicach i na potrzeby argumentacji wspierającej przyjęte założenia i wnioski – zostaną szerzej omówione. Już w tym miejscu należy jednak zasygnalizować, że napotymane problemy interpretacyjne i wykładnicze wynikają głównie z przyjętych na styku przestępstw i wykroczeń konstrukcji normatywnych, w tym przede wszystkim oparcia ustawowej dyrektywy rozstrzygania zbiegu na modelu idealnego zbiegu przepisów (czynów zabronionych) przy braku jakiegokolwiek reguły procesowej uniemożliwiającej prowadzenie równoległego bądź sekwencyjnego postępowania w tym samym przedmiocie. Najważniejsze kontrowersje z tym związane, w tym kwestie ewentualnej niezgodności regulacji z konstytucyjnym i konwencyjnym zakazem *ne bis in idem* oraz kwestie dotyczące statusu reguł wyłączenia wielości ocen w ramach tego modelu pozostawiam nieco na boku, skupiając się na relewantnych dla tematu artykułu zagadnieniach. Podejmowane problemy wpisują się jednak w krytykę obowiązującej regulacji i to krytykę odnoszącą się do wielu różnych aspektów istniejących normatywnych nieściśłości.

Przyczynkiem do dyskusji nad wskazanym w temacie zagadnieniem była sprawa karna, z którą osobiście zetknąłem się w codziennej praktyce prokuratorskiej. Stanowiła ona swoisty katalizator mojego zaintereso-

¹ Uznaje odpowiedzialność wykroczeniową za odpowiedzialność represyjną w rozumieniu konstytucyjnym. Por. wyrok TK z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK-A, nr 6, poz. 62; wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK-A 2003, nr 9, poz. 97; wyrok TK z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. SK 56/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 67; wyrok TK z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. P 33/05, OTK-A 2006, nr 7, poz. 83; wyrok TK z dnia 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06, OTK-A nr 1, poz. 4; wyrok TK z dnia 28 lipca 2009 r., sygn. P 65/07, OTK-A 2009, nr 7, poz. 114; tak również P. C y c h o s z, Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Kraków 2017, Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, s. 321–322. Odpowiedzialność wykroczeniowa spełnia kryteria odpowiedzialności karnej również w rozumieniu EKPCz, wskazane w wyroku ETPCz Engel przeciwko Holandii z dnia 8 czerwca 1976 r., skarga 5100/71, § 80–82, LEX nr 80797.

wania problemem, który ponadto pozostawał już wcześniej przedmiotem moich naukowych dociekań. Dla celów dalszych rozważań zasadne wydaje się zatem zaprezentowanie skrótowego opisu przedmiotowej sprawy. Zapewni to lepsze zobrazowanie problemu i zrelatywizuje go do konkretnego stanu faktycznego. Pozwoli również na nieco bardziej praktyczne omówienie teoretycznych sporów i kontrowersji, których nie da się uniknąć przy omawianiu tak spornych kwestii.

Stan faktyczny

W toku prowadzonego dochodzenia ustalono, że w dniu 11 września 2017 r. sprawca prowadził jako kierujący pojazd mechaniczny, nie stosując się do orzeczonego przez Sąd, a obowiązującego w dniu zdarzenia środka karnego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. W wyniku badania alkomatem stwierdzono, że w czasie kierowania pojazdem znajdował się w stanie po użyciu alkoholu. Sama kontrola kierującego została natomiast zainicjowana faktem, że nie zastosował się do znaku B-2 „zakaz wjazdu”. W dniu 9 października 2017 r. wydano wobec sprawcy postanowienie o przedstawieniu zarzutów o przestępstwo z art. 244 k.k. i wezwano go w odpowiednim trybie do stawiennictwa celem wykonania z jego udziałem czynności procesowych. Na wyznaczony termin czynności podejrzany nie stawiał się. Podjęto zatem czynności poszukiwawcze, a ze względu na ich nieskuteczność postępowanie zawieszono postanowieniem z dnia 30 stycznia 2018 roku. Dopiero w dniu 21 stycznia 2020 r. sprawca dobrowolnie stawiał się do prokuratury, gdzie przedstawiono mu zarzuty i przesłuchano w charakterze podejrzanego. Podejrzany wyjaśnił, że kilka dni po zdarzeniu wyjechał za granicę i od tego czasu nie przebywał na terenie Polski. Podejrzany przyznał się w całości do winy, złożył wyjaśnienia i poddał się dobrowolnie karze w trybie art. 335 k.p.k. Równocześnie po ponownej lekturze akt stwierdzono, że podejrzany popełnił tym samym czynem wykroczenie z art. 87 § 1 k.w. i art. 92 § 1 k.w. W tym zakresie skierowano odrębny wniosek o ukaranie, powołując się m.in. na treść postanowienia SN z dnia 21 października 2003 r. sygn. I KZP 9/03. Sąd rozpoznając wniosek o ukaranie postanowieniem z dnia 12 marca 2020 r. odmówił wszczęcia postępowania uznając, że doszło do przedawnienia karalności czynu ze względu na upływ roku od jego popełnienia i brak przesłanki aktualizującej przedłużenie tego terminu na dalszy okres w rozumieniu art. 45 § 1 k.w. Równocześnie Sąd uznał, że powołany judykat SN nie znajduje w przedmiotowej sprawie zastosowania.

Kontekst normatywny

Na podstawie wskazanego stanu faktycznego, i to już abstrahując od dalszych losów sprawy karnej, należy rozważyć, czy rzeczywiście skutki procesowe związane z przedstawieniem zarzutów o czyn kwalifikowany jako przestępstwo mogą wywoływać skutki w zakresie przedawnienia karalności co do tożsamego czynu ocenianego z perspektywy innego wzorca normatywnego należącego do reżimu odpowiedzialności wykroczeniowej. Aby na tak ogólne pytanie odpowiedzieć, należy je poprzedzić zrekonstruowaniem odpowiednich norm prawnych, w tym rozważyć, czy i w jakim zakresie powołane orzeczenie Sądu Najwyższego jest prawidłowe i jaki jest jego zakres zastosowania.

Czyniąc powyższe, po pierwsze należy podnieść, że przedmiotem sporu i tym samym wykładni jest przepis art. 45 § 1 k.w., zgodnie z którym karalność wykroczenia ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynął rok; jeżeli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu. Kluczowym dla rozważań jest użyte w zdaniu drugim przepisu sformułowanie „wszczęto postępowanie”. To wspomniane pojęcie określa decydujący moment dla przedłużenia terminu przedawnienia wykroczenia. Za wszczęcie postępowania *prima facie* należy uznać z pewnością wydanie odpowiedniego postanowienia przez prezesa Sądu w trybie art. 59 § 2 k.p.w. Powstaje pytanie, czy jest to jedyna czynność stanowiąca desygnat pojęcia użytego w art. 45 § 1 k.w. Analizy tego zagadnienia podjął się już kilkanaście lat temu Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 21 października 2003 r.² uznał, że przedstawienie zarzutów w ramach k.p.k. stanowi surogat wszczęcia postępowania wykroczeniowego w rozumieniu art. 59 § 2 k.p.k. Czynność ta precyzuje bowiem przedmiotowo (co do czynu) i podmiotowo (co do osoby) dany czyn stanowiący przedmiot postępowania. W związku z powyższym stwierdzono, że wszczęciem postępowania w rozumieniu art. 45 § 1 k.w., tj. momentem decydującym o przedłużeniu terminu karalności czynu do 3 lat (ówcześnie do 2 lat³), jest nie tylko wszczęcie postępowania przez prezesa Sądu w zwykłym trybie wskazanym w k.p.w., ale również moment przedstawienia zarzutów, o ile czyn stanowiący wykroczenie został początkowo oceniony jako przestępstwo. Nie powielając argumentów Sądu i odsyłając do uzasadnienia orzeczenia, należy w pełni zgodzić się z rozstrzy-

² Sygn. I KZP 9/03, Lex nr 81326.

³ Tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji przepisu ustawą z dnia 23 marca 2017 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 966, która weszła w życie 1 czerwca 2017 r.

gnięciem. Jest ono ze wszech miar przekonujące, spotkało się z pozytywnym odbiorem doktryny⁴ i choć zapadło kilkanaście lat temu, jest nadal w pełni aktualne. Słuszność rozstrzygnięcia bardzo mocno wspiera również powoływana już wcześniej bliska relacja omawianych reżimów odpowiedzialności, w tym nie zawsze łatwe i oczywiste rozgraniczenie przestępstwa od wykroczenia. Ta ostatnia okoliczność wpływa bowiem na nierzadkie sytuacje możliwej błędnej wstępnej lub wtórnej kwalifikacji prawnej danego czynu. W kontekście analizowanego postanowienia i jego literalnego brzmienia pojawia się jednak problem zakresu jego stosowania. Istnieje bowiem wątpliwość, co miał na myśli Sąd Najwyższy, ustanawiając wyjątek od zasady i używając sformułowania: „...o ile czyn stanowiący wykroczenie został początkowo oceniony jako przestępstwo”, i czy takie zastrzeżenie znajduje oparcie w regulacjach ustawowych. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Jednoczynowy zbieg przestępstwa z wykroczeniem

W kontekście powyższych uwag, ale przed zaprezentowaniem ostatecznych wniosków, konieczne wydaje się określenie, w jakich sytuacjach i pod jakimi warunkami można w ogóle mówić, że wykroczenie mogło być uprzednio oceniane jako przestępstwo. W tym zakresie natomiast istotne jest odniesienie rozważań do sfery bardziej teoretycznej, a dotyczącej tożsamości przedmiotu wartościowania. Takim przedmiotem wartościowania w postępowaniu zarówno karnym, jak i wykroczeniowym jest czyn. Pojęcie czynu, choć niezdefiniowane w ustawie, ma sprecyzowane doktrynalne rozumienie i ustalone miejsce w strukturze przestępstwa. W prawie materialnym jest zazwyczaj wyraźnie rozróżniane od pojęcia „zachowania”⁵, „przestępstwa” czy „czynu zabronionego”. W rozumieniu procesowym za czyn należy rozumieć zdarzenie faktyczne stanowiące przedmiot postępowania⁶ bez względu na jego kwalifikację prawną i przyporządkowanie normatywne do konkretnego reżimu odpowiedzial-

⁴ M.in. glosa aprobująca K. Marszala, OSP 2004, nr 7–8, s. 102.

⁵ Jako przednormatywnej podstawy wartościowania. Zob. m.in.: M. Rodzyńkiewicz, Modelowanie pojęć w prawie karnym, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1998, wyd. I, s. 28–29; P. Kardas, Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 1999, s. 74–75 i wskazana tam literatura.

⁶ Por m.in.: wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. V KK 330/16, Prok. i Pr. 2017, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, s. 9; wyrok SN z dnia 11 października 2016 r., sygn. III KK 123/16, Lex nr 2177091; wyrok SN z dnia 11 października 2016 r., sygn. V KK 122/16, Lex nr 2148659.

ności prawnej. W tym sensie pojęcie czynu zawiera (głównie⁷) tzw. substrat faktyczny – choć jest pojęciem ze sfery normatywnej. Już z tej przyczyny użycie pojęcia czynu w odniesieniu do czynów zabronionych nie jest prawidłowe⁸. Tych uwag nie czynię jednak, aby wykazać jakieś drobne wysublimowane różnice terminologiczne, ale żeby ukazać ich wpływ na dalsze rozważania. Określenie rozumienia czynu – a ściślej „tego samego czynu” – przekłada się na sposób subsumpcji stanu faktycznego choćby pod przepis art. 45 § 1 k.w. W tym kontekście oceniając zdarzenie faktyczne stanowiące przedmiot analizy, tj. prowadzenie pojazdu mechanicznego przez obwinionego, należy stwierdzić, że stanowi ono jeden czyn w rozumieniu prawa karnego i to zarówno materialnego jak i procesowego. Na tym czynie nadbudowywane są czyny zabronione (sfera normatywna), które mogą być przyporządkowane do różnych reżimów odpowiedzialności represyjnej. Z tym wiąże się natomiast drugi przedmiot analizy, tj. konstrukcje normatywne, a w szczególności ustawowa dyrektywa rozstrzygnięcia zbiegu przepisów na styku przestępstw i wykroczeń, jak i samych wykroczeń. W art. 10 k.w. ustawodawca wprowadził, choć od lat krytykowaną to ciągle obowiązującą, regulację tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych na styku przestępstw i wykroczeń, pozostawiając równocześnie w art. 8 § 1 k.w. konstrukcję eliminacyjną, a w art. 11 § 2 k.k. konstrukcję kumulatywną zbiegu przepisów. Każdy z tych modeli oparty jest na nieco innych założeniach. Największe różnice jednak widać przy konfrontacji modelu idealnego zbiegu z pozostałymi. Z modelu idealnego zbiegu wynika bowiem, że możliwe jest nadbudowanie na jednym czynie rozumianym w sensie faktycznym kilku czynów zabronionych⁹. Model zbudowany jest zatem na tzw. zasadzie wielości bez wprowadzenia zasady jeden czyn stanowi jeden czyn zabroniony¹⁰, tj. bez zakazu multiplikacji czynów zabronionych przez multiplikację ocen. Nie poszerzając w tym zakresie rozważań, ale opiera-

⁷ Posiada elementy normatywne zazwyczaj jednak nieistotne przy rozważaniach procesowych. Element normatywny wyróżniany jest przez zwolenników tzw. stanowiska „alternatywnego” w przeciwieństwie do zwolenników stanowiska „naturalnego”. Szerzej zob. m.in. P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2002, s. 27.

⁸ O różnicy pomiędzy czynem a czynem zabronionym świadczy również wyraźna definicja legalna czynu zabronionego zawarta w art. 115 k.k.

⁹ W tym modelu podkreślono zatem znacznie bardziej tzw. element normatywny przestępstwa. Szerzej P. Kardas, J. Majewski, *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów w prawie karnym i sposobach jego rozstrzygnięcia*, (w:) Z. Cwiąkałski (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej*. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1994, s. 182.

¹⁰ Jak np. wprost w art. 11 § 1 k.k.

jąc się na tych skrótowych i uproszczonych założeniach, można stwierdzić, że w przykładowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z trzema czynami, ale z jednym czynem, na którym nadbudowano dwa czyny zabronione przyporządkowane do dwóch odrębnych, ale jakże podobnych konstrukcyjnie reżimów odpowiedzialności represyjnej. Jednym z czynów zabronionych jest przestępstwo z art. 244 k.k., a drugim wykroczenie finalnie kwalifikowane z art. 87 § 1 k.w., uwzględniające realizację znamion również wykroczenia z art. 92 k.w. W zakresie ostatniego z czynów zabronionych zastosowano bowiem milcząco wyrażoną w ustawie, a oczywistą konstrukcyjnie zasadę jedności¹¹ (z zakazem multiplikacji czynów zabronionych poprzez multiplikację ocen) obowiązującą wewnątrz reżimu wykroczeń oraz towarzyszący mechanizm redukcyjny na płaszczyźnie przypisania, pozwalający na finalną kwalifikację prawną czynu tylko z jednego przepisów o najsurowszym zagrożeniu (por. art. 8 § 1 k.w.)¹². Ustalenie dwóch czynów zabronionych nie zmienia faktu, że są one, jak wspomniano, nadbudowane na jednym czynie w sensie faktycznym. Innymi słowy w zakresie zbiegu zewnętrznego¹³ dochodzi do zastosowania zasady wielości wynikającej z brzmienia art. 10 k.w., a w ramach zbiegu wewnętrznego (wykroczeń) do zastosowania zasady jedności wynikającej z konstrukcji eliminacyjnego zbiegu przepisów.

Kilka słów należy poświęcić również kwestii pokrewnej, a dotyczącej jedności czynu, tj. przesłance aktualizującej rozważania jednoczynowego zbiegu przepisów. W przedmiotowej sprawie oczywistym jest, że zachowania kwalifikowane *a posteriori* jako wykroczenie i przestępstwo stanowią jeden czyn w sensie faktycznym. Posiadają bowiem element wspólny (wspólne istotne elementy – *essential elements*¹⁴) w postaci desygnatu znamienia czynnościowego tj. prowadzenia pojazdu mechanicznego przez obwinione-

¹¹ Zob. postanowienie SN z dnia 26 września 2002 r., sygn. I KZP 22/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 107; wyrok SN z dnia 30 marca 2015 r., sygn. II K 65/15, OSNKW 2015, nr 9, s. 74; P. Kardaś, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 470–471.

¹² Uważa się, że przepis art. 9 § 1 k.w. skierowany jest do Sądu, tym samym wniosek o ukaranie winien zawierać pełny opis czynu i wszystkie przepisy, pod które czyn podpada, a dopiero na etapie przypisania dochodzi do redukcji kwalifikacji prawnej – zob. szerzej W. Marcinkowski, Zasada eliminacji w prawie wykroczeń, WPP 2008, nr 2, s. 74 i nast.

¹³ Pojęcia zbiegu zewnętrznego i wewnętrznego używa m.in. P. Kardaś, Zbieg..., s. 24.

¹⁴ Jak trafnie argumentował ETPCz w wyroku Zolotukhin przeciwko Rosji zapadłym na potrzeby regulowanej w art. 4 protokołu nr 7 do EKPCz zasady *ne bis in idem* – te same atrybuty nie mogą współtworzyć dwóch czynów zabronionych i być przedmiotem podwójnej oceny prawnej. Zob. szerzej Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 10 lutego 2009 r., skarga nr 14939, Lex nr 479505; również wyrok ETPCz z dnia 15 listopada 2016 r. w sprawie A and B v. Norwegia, skarga nr 29758/11, § 105–107.

go¹⁵. To właśnie prowadząc pojazd mechaniczny sprawca łamał zakaz sądowy (realizował znamię art. 244 k.k.), był w stanie po użyciu alkoholu (realizował znamię art. 87 k.w.) i nie stosował się do znaków drogowych (realizował znamię art. 92 k.w.). Czynił to w tym samym miejscu i czasie, a zachowania składające się na ten czyn, jeśli się nie pokrywają, to z pewnością zakresowo się krzyżują lub na siebie nachodzą¹⁶. Tezę tę potwierdza również okoliczność, że gdyby wspomniany kierowca pojazd w stanie nietrzeźwości rozważano by kwalifikację czynu z art. 178 § 4 k.k.

Ocena prawno-karna

Uwzględniając powyższe uwagi należy stwierdzić, że przesłanką aktualizującą przedłużenie terminu przedawnienia nie jest konkretna kwalifikacja prawna czynu przyjęta w decyzji procesowej (w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów), lecz ustalenie, że wszczęto postępowanie karne przeciwko osobie o ten sam czyn. Interesująca z perspektywy art. 45 § 1 k.w. jest zatem płaszczyzna czysto faktyczna, a nie normatywna (kwalifikacja prawna). Najlepiej obrazuje to przykład przyjęcia błędnej kwalifikacji czynu, ale już wewnątrz reżimu wykroczeń, tj. w postanowieniu wydanym w trybie art. 59 § 2 k.p.w. Nie istniałyby bowiem żadne wątpliwości zastosowania art. 45 § 1 k.w. w przypadku, gdyby ten sam czyn obwinionego, tj. prowadzenie pojazdu mechanicznego, został błędnie zakwalifikowany z innego niż art. 87 k.w. typu wykroczeniowego. Zmieniono by wtedy tylko kwalifikację na prawidłową i procedowano by dalej uznając, że jest to ten

¹⁵ Znamię czynności wykonawczej jest uznawane powszechnie jako podstawowe i najbardziej istotne kryterium wyznaczania tożsamości i jedności czynu. Zob. m.in.: Podobnie D. Stachurski, Kryteria tożsamości czynu, Prok. i Pr. 2015, nr 4, s. 32–33; P. Kardas, *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, CzPKiNP 2007, nr 2, s. 76–77; J. Majewski, (w:) R. Dębski (red.), Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego, Tom 3, Rozdział IV, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, 2017, wyd. II, teza 53; P. Kardas, (w:) L. Paprzycki (red.), Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. System Prawa Karnego Tom 4, Rozdział IV. Pozorny i pomijalny zbieg przestępstw oraz ciągłość popełnienia przestępstwa, C. H. Beck, Warszawa 2016, wyd. 2, teza 32; S. Tarapata, Z problematyki ustalania zamiaru ewentualnego, tożsamości czynu i kryteriów przypisania skutku. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 62/13, CZPKiNP 2015, nr 4, s. 126–128.

¹⁶ Do stwierdzenia tożsamości czynu wystarcza nawet częściowa jego tożsamość. Por. m.in. J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów i zbieg przestępstw z polskim prawem karnym, Toruń 2006, s. 51–56.

sam czyn w sensie faktycznym¹⁷. Jest to konsekwencja procesowej zasady niezmienności i niepodzielności przedmiotu procesu oraz pośrednio zasady skargowości. Jeśli zatem transponujemy skutki zastosowania przepisu art. 313 k.p.k. do postępowania wykroczeniowego, uznając jego zastosowanie za wszczęcie postępowania w rozumieniu art. 59 § 2 k.p.w. (a tak trafnie wnioskuje SN), to należy te skutki traktować identycznie jak te wewnątrz reżimu wykroczeniowego. Nie można również ograniczać skutku określonego w postanowieniu SN z dnia 21 października 2003 r. wyłącznie do sytuacji tzw. typów przepołowionych. Rzeczywiście SN w swoim orzeczeniu wskazał, że chodzi mu o sytuację, gdy czyn stanowiący wykroczenie został początkowo uznany za przestępstwo. Nie można takiego sformułowania rozumieć wąsko i obejmować nim tylko sytuacji, gdy dany czyn kwalifikowany jako przestępstwo został następnie potraktowany wyłącznie jako wykroczenie. Prowadziłoby to do bezpodstawnego zawężenia aplikacji przepisu art. 45 § 1 k.w. do sytuacji czynów zabronionych objętych tzw. kontrawencjonalizacją, tj. czynów o stycznych zakresach zastosowania podzielonych według przyjętego kryterium (zazwyczaj ilościowego) pomiędzy reżim przestępstw i wykroczeń. Typy przepołowione stypizowane jako przestępstwa i wykroczenia pozostają ze sobą w swoistej relacji zakresowej, tj. w relacji zawierania¹⁸ i tym samym stanowią szczególny rodzaj jednoczynowego zbiegu przepisów, który na mocy reguł wyłączenia wielości ocen (zasady specjalności) pozwala na redukcję ocen do jednego typu¹⁹. Na styku przestępstw i wykroczeń dochodzi jednak wcale nierzadko do innych rodzajów zbiegów jednoczynowych, w których zakresy logiczne typów pozostają ze sobą w relacji krzyżowania. Najlepszym przykładem jest jakże częsty przypadek zbiegu art. 177 § 1 k.k. z art. 86 § 1 k.w.²⁰ W przypadku takiego zbiegu może dojść również do sytuacji, że

¹⁷ Tak samo postąpiono by w odpowiednio podobnej sytuacji na gruncie prawa karnego *sensu stricto*.

¹⁸ Niektórzy autorzy uważają, że w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją relacji logicznej wykluczenia, a nie zawierania. Głównym zwolennikiem takiego poglądu był W. Wolter. Zob. szerzej o przeciwstawnych stanowiskach P. Kardas, *Zbieg...*, s. 312 oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo.

¹⁹ Jest to zbieg typu komplementarno-korekcyjnego, który nie wymaga stosowania reguły ustawowej rozstrzygnięcia zbiegu i tym samym nie dochodzi w tym przypadku w ogóle do stosowania art. 10 k.w. Istniejący zbieg nie przenosi się z płaszczyzny zbiegu przepisów na płaszczyznę norm prawnych.

²⁰ Postanowienie SN z dnia 27 marca 2014 r., sygn. I KZP 1/14, Lex nr 1441242 – w którym przyjęto, że w przypadku kilku pokrzywdzonych o różnym stopniu obrażeń nie można mówić o tzw. pozornym lub pomijalnym zbiegu przepisów, ale o zbiegu rzeczywistym rozstrzyganym zgodnie z dyrektywą ustawową wskazaną w art. 10 k.w., tj. zgodnie z modelem idealnego zbiegu czynów zabronionych.

w postępowaniu karnym przedstawiono zarzut popełnienia przestępstwa z art. 177 § 1 k.k., a uprzednio, równolegle lub następczo do zainicjowania postępowania o wykroczenie z art. 86 § 1 k.k. Należy uznać zatem, że SN wydając cytowane orzeczenie miał na myśli wszystkie przypadki, gdy czyn w sensie faktycznym, a nie normatywnym, z jakichkolwiek przyczyn, choćby w wyniku błędu organów procesowych, był uprzednio traktowany jako przestępstwo, podczas gdy mógł być traktowany: 1) wyłącznie jako wykroczenie 2) lub (alternatywa łączna) równocześnie wykroczenie. Innymi słowy, SN rozszerzył aplikację art. 45 § 1 k.w. nie tylko na sytuacje, gdy dany czyn w sensie faktycznym okazał się być, mimo wcześniejszych ustaleń, tylko wykroczeniem, ale także wtedy, kiedy dany czyn okazał się być i przestępstwem, i wykroczeniem pozostającym w jednoczynowym zbiegu.

W tym miejscu należy zastanowić się, czy przeciwko przyjętym wnioskom nie przemawia brzmienie art. 400 k.p.k., które przywołane zostało przez SN w części motywacyjnej orzeczenia. W doktrynie można odnaleźć stanowisko, że powołany przepis nie dotyczy idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, albowiem w tych przypadkach ten sam czyn realizuje znamiona zarówno przestępstwa, jak i wykroczenia²¹. Literalne brzmienie przepisu art. 400 k.p.k. dotyczy natomiast wyłącznie sytuacji, gdy czyn oskarżonego stanowi wykroczenie. Jak wskazuje się w literaturze, przy zastosowaniu art. 400 k.p.k. dochodzi do zmiany charakteru postępowania (od strony proceduralnej) przy zachowaniu tożsamości sprawy (od strony faktycznej)²². Rzeczywiście bardzo ścisła wykładnia przepisu podaje w wątpliwość możliwość rozszerzenia zakresu jego zastosowania na sytuacje idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem. Można się jednak zastanowić, czy względy prakseologiczne, czy choćby cele zmierzające do minimalizowania możliwości dublowania postępowania w tym samym przedmiocie rozumianego jako *idem factum*, tj. względy zachowania pełnego konstytucyjnego i konwencyjnego standardu *ne bis in idem*, nie uzasadniają szerszej wykładni. Rozważania dotyczące tego problemu przekraczają jednak ramy opracowania i zgodnie z wcześniejszą deklaracją nie będą w tym miejscu poruszane. Niezależnie jednak od przyjętego sposobu wykładni należy uznać, po pierwsze, że sięganie do art. 400 k.p.k., aby uzasadnić zawężającą wykładnię art.

²¹ R. Ponikowski, J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz..., komentarz do art. 400 k.p.k.

²² S. Żółtek, Artykuł 400 k.p.k., a postępowanie karne przedmiotowo złożone, (w:) G. Rejman, B. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski (red.), Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala, 2008, s. 375.

45 § 1 k.w., nie znajduje podstaw. Są to dwie odrębne instytucje o odmiennym charakterze²³ i funkcjach. Po drugie, zastrzeżenie zawarte w art. 400 k.p.k., i to abstrahując od jego niejasnej treści, nie istnieje w art. 45 § 1 k.w. Innymi słowy, w żadnym sformułowaniu użytym w art. 45 § 1 k.w. ustawodawca nie uzależnił skutku przedłużenia terminu przedawnienia ani od kwalifikacji prawnej, ani tym bardziej od relacji logicznej znamion typów czynów zabronionych konkurujących do jednego przedmiotu wartościowania²⁴. Art. 400 k.p.k. może zatem stanowić punkt odniesienia przy analizie art. 45 § 1 k.w. tylko w zakresie, w jakim wskazuje przykładową i niejedyną sytuację procesową, w której przedłużenie terminu przedawnienia wykroczenia może mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Może on, jak trafnie podnosi SN, stanowić zatem ogólną wskazówkę interpretacyjną dla dopuszczenia możliwości transponowania do k.w. skutków procesowych przedstawienia zarzutów jako desygnatu wszczęcia postępowania w rozumieniu art. 45 § 1 k.w. Równocześnie nie może jednak determinować zakresu przedmiotowego art. 45 § 1 k.w. Nie stanowi bowiem decydującego faktora oceny zakresu stosowania powołanego przepisu, zwłaszcza gdy jest tylko jednym z niezliczonych przykładów możliwej równoczesnej lub sekwencyjnej oceny tego samego czynu przez pryzmat co najmniej dwóch wzorców normatywnych pochodzących z reżimu wykroczeń i prawa karnego *sensu stricto*. Na marginesie należy dodać, że bardzo trudno zrekonstruować relację art. 400 k.p.k. do odpowiednich przepisów k.p.w. np. art. 61 § 3 k.p.w.

W tym miejscu należy podkreślić, że ustawowa dyrektywa rozstrzygania jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem oparta na modelu idealnego zbiegu powoduje swoistą niezależność nadbudowanych na tym samym czynie czynów zabronionych. W tym sensie obydwie czyny zabronione co do zasady oceniane są w odrębnych postępowaniach i posiadają niezależne terminy przedawnienia. Odpowiedzialność karna i odpowiedzialność wykroczeniowa to jednak konstrukcyjnie bardzo zbliżone reżimy odpowiedzialności represyjnej. Tę bliską więź zauważyć można nie tylko przy analizie przepisów materialnoprawnych, ale również procesowych. Artykuł 45 § 1 k.w. natomiast poprzez odniesienie momentu przedłużenia terminu przedawnienia do wszczęcia postępowania wyraźnie nawiązuje do odpowiednich przepisów procesowych. Pewnym argumentem wspierają-

²³ Przedawnienie jest instytucją prawa materialnego, a przepis art. 400 k.p.k. instytucją prawa procesowego. Każda z nich dotyczy ponadto innego reżimu odpowiedzialności represyjnej.

²⁴ Czy bardziej precyzyjnie konkurujących norm. Zob. szerzej m.in. A. Błachnio-Parczyk, Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 126.

cym przyjęte wnioski może być zatem wykazanie, że obowiązujący model idealnego zbiegu nie przekłada się na pełną niezależność proceduralną przestępstw i wykroczeń. Powyższe natomiast wynika z kilku okoliczności. Po pierwsze, kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia postrzegany jest jako przykład szczególnego trybu postępowania karnego pierwszego stopnia²⁵. Po drugie, bardzo często to tryb postępowania na mocy tzw. klauzuli procesowej nadaje w ogóle danemu czynowi zabronionemu charakter wykroczenia²⁶. Wreszcie liczne przepisy k.p.k. odsyłają do postępowania w sprawach o wykroczenie. Oprócz już krótko analizowanego art. 400 k.p.k. taką regulacją jest art. 18 k.p.k. czy art. 439a k.p.k. Relacje tych dwóch procedur są zatem nie tylko konstrukcyjnie bliskie, ale zastosowane rozwiązania normatywne pozwalają bardzo często na płynne przekształcenie postępowania karnego *sensu stricto* w postępowanie wykroczeniowe, np. na mocy art. 400 k.p.k., bądź dopuszczają prowadzenie tzw. postępowania hybrydowego. W zakresie tej ostatniej możliwości pomijając kontrowersyjną i sporną kwestię dopuszczalności kierowania jedną skargą o jednoczynowo zbiegające się wykroczenie i przestępstwo²⁷, należy zwrócić uwagę szczególnie na treść uchwały SN z dnia 24 maja 2005 r.²⁸, w której dopuszczono stosowanie przepisów k.p.k. w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na skutek zaskarżenia wyroku Sądu I instancji, obejmującego zarówno czyn uznany za przestępstwo, jak i czyn uznany w trybie art. 400 k.p.k. jako wykroczenie.

Kolejnym argumentem wspierającym przyjęte tezy jest orzecznictwo dotyczące przedawnienia karalności czynu zabronionego o złożonej kwa-

²⁵ Por. K. Eichstaedt, (w:) *Postępowania szczególne w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis 2010, Lex/el, Rozdział I – Pojęcie i rodzaje postępowań szczególnych.

²⁶ Metoda ta wynika z § 81 – Załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz. U. Nr 100, poz. 908 i jest najczęściej stosowaną i zaakceptowaną przez praktykę wymiaru sprawiedliwości metodą wyjaśnienia wątpliwości w zakresie kwalifikowania czynu zabronionego – Por. postanowienie SN z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. I KZP 52/05, OSNKW 2006, nr 3, poz. 23.

²⁷ Pogląd taki traktowany jest często jako postulat *de lege ferenda*. Zob. A. Błachnio-Parzych, *Zbieg...*, s. 339–345; A. Świątowski, *Jedna czy wiele procedur karnych: z zagadnień wewnętrznego zróżnicowania form postępowania karnego rozpoznawczego*, Sopot 2008, s. 544; K. Parulski, J. Tylewicz, *Propozycje nowelizacji procedury karnej*, Prokurator 2002, 2, s. 37–38; M. W. Basa, *Związki prawa karnego i prawa wykroczeń w perspektywie art. 10 kodeksu wykroczeń a zasada ne bis in idem*, (w:) A. Świątowski (red.), *W poszukiwaniu optymalnego modelu orzekania w sprawach o drobne czyny zabronione*, Krakowski Instytut Prawa Karnego. Fundacja, Kraków 2016, s. 200–201.

²⁸ Sygn. I KZP 14/05, OSP 2006, nr 1, poz. 5.

lifikacji prawnej. Może ono stanowić motyw subsydiarny przyjętego sposobu interpretacji obok powołanej już obowiązującej zasady procesowej niezmienności i niepodzielności przedmiotu procesu, a skutkującej możliwością zmiany kwalifikacji prawnej w ramach tożsamości czynu. Zgodnie z przekonującym, i wydaje się utrwalonym poglądem judykatury, uważa się, że w przypadku kumulatywnego zbiegu przepisów termin przedawnienia karalności ustalany jest dla całości przestępstwa, a nie w zakresie danej konkurującej kwalifikacji prawnej. To zatem przepis ustalony na mocy art. 11 § 3 k.k. stanowi podstawę wymiaru kary i tym samym determinuje termin przedawnienia karalności całego czynu kumulatywnie kwalifikowanego²⁹. Oczywiście dostrzegając istotne, już wcześniej sygnalizowane, różnice pomiędzy modelem kumulatywnego a idealnego zbiegu przepisów, stanowiska orzecznictwa nie można w pełni wykorzystać w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, zwłaszcza, że dotyczy ono tzw. zbiegu wewnętrznego. Powołana linia orzecznicza wyraźnie jednak wskazuje na istotę przedawnienia, podkreślając jego materialny charakter i odnosząc go do czynu, a nie jego kwalifikacji prawnej. Choć nie można określać jednolitego terminu przedawnienia dla całości czynu ze względu na model idealnego zbiegu, to jednak posiłkując się wcześniej omawianym postanowieniem SN należy dopuścić rozszerzenie skutków przedstawienia zarzutów na wszystkie sytuacje jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem. Rozumując *a fortiori*, jeśli dopuszcza się stosowanie takiego mechanizmu w sytuacji pomijalnego zbiegu przepisów³⁰, np. w wypadkach kontrawencjonalizacji, to należy dopuścić również jego stosowanie do wszystkich przypadków niepomijalnego zbiegu, który aktualizuje zastosowanie ustawowej dyrektywy rozstrzygnięcia zbiegu wskazanej w art. 10 k.w. Innymi słowy, na mocy choć daleko posuniętej to wydaje się trafnej analogii, można uznać, że stwierdzenie każdego rodzaju jednoczynowego zbiegu przepisów i to zarówno typu wewnętrznego, jak i zewnętrznego determinuje tożsame rozumienie instytucji materialnoprawnych i procesowych, w tym instytucji przedawnienia. Tylko taka wykładnia przepisów uwzględnia jakże daleko idące podobieństwa pomiędzy przestępstwami i wykroczeniami. Tylko taka interpretacja daje zadość postulatowi zapewnienia spójności i koherentności systemu odpowiedzialności represyjnej przy zachowaniu gwarancji procesowych i uwzględnieniu zasad słuszności.

²⁹ Tak m.in. uchwała SN z dnia 20 września 2018 r., sygn. I KZP 7/18; wyrok SA w Katowicach z dnia 2 sierpnia 2013 r., sygn. II Aka 480/12.

³⁰ Pozornego zbiegu przepisów wg autorów przyjmujących w tych przypadkach relację logiczną wykluczania.

Zagadnienie ma istotne znaczenie również w sytuacji odwrotnej, tj. w sytuacji wszczęcia postępowania wykroczeniowego na mocy art. 59 § 2 k.p.w. w przedmiocie czynu, który samodzielnie lub po uzupełnieniu o kolejne zachowania³¹ stanowi czyn podlegający ocenie przez pryzmat wzorców normatywnych z prawa karnego *sensu stricto*. Obecne określenie przesłanki przedłużenia karalności czynu wskazane w art. 102 k.k. powoduje, że wszczęcie postępowania również w trybie k.p.w. w przedmiocie tego samego czynu powinno skutkować, w razie zainicjowania następczo postępowania karnego, przedłużeniem karalności czynu na mocy art. 102 k.k. Takie sytuacje nie są wcale w praktyce rzadkie. Na pewno takim rozumowaniem należałoby objąć przypadki, gdy po wszczęciu postępowania w trybie k.p.w. na etapie sądowym Sąd stwierdzając możliwe zaistnienie realizacji znamion przestępstwa i tym samym brak realizacji znamion wykroczenia, umarza postępowanie na podstawie art. 5 § 1 pkt 9 k.p.w. w związku z brakiem skargi uprawnionego oskarżyciela. Najczęściej będzie chodziło tu o sytuacje objęte kontrawencjonalizacją. Szerokie rozumienie art. 102 k.k. musi jednak również uwzględniać możliwość konstruowania czynów ciągłych w rozumieniu art. 12 § 1 i 2 zarówno z pojedynczych wykroczeń, jak i tzw. typów wieloczynowych – złożonych, dwuaktowych, trwałych składających się z pojedynczych wykroczeń i to niezależnie od uprzedniego ich choćby prawomocnego rozstrzygnięcia w postępowaniu wykroczeniowym³². Taka możliwość nie jest bowiem kwestionowana³³. Kreowanie takich konstrukcji jest sankcjonowane nieistnieniem w relacji przestępstwo–wykroczenie zasady powagi rzeczy osądzonej³⁴. Takie odwrotne stosowanie reguły ustalonej przez SN jest naturalną konsekwencją przyjętych założeń i to bez względu na

³¹ Pojęcia „zachowania” jest tu rozumiane jako część składowa czynu – fragment czynu – przednormatywny przedmiot wartościowania. Por. brzmienie art. 12 § 1 k.k.

³² Zob. szerzej M. Grzesik, Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, CZPKiNP 2019, nr 4, s. 113–130.

³³ Chodzi tu o wszystkie konstrukcje normatywne, które pozwalają na redukcję już na płaszczyźnie przedmiotu wartościowania (czynu). Zob. szerzej m.in. P. Kardaś, „Idealny zbieg przestępstw” jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny, CZPKiNP 2014, nr 3, s. 24; M. Bielski, Normatywne mechanizmy zapobiegające przyjęciu realnego zbiegu przestępstw jako negatywna przesłanka zastosowania instytucji kary łącznej, (w:) W. Górowski i in. (red.) Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, Warszawa 2013, s. 412–416.

³⁴ Działa to jednak jednokierunkowo. Nie dotyczy sytuacji, kiedy ponownej ocenie w trybie k.p.w. podlega zachowanie stanowiące element uprzednio prawomocnie osądzonego czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 § 1 i 2 k.k. Zob. uzasadnienie SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. V KK 291/10, Lex nr 656486.

niecو inne rozumienie porównywanych przepisów art. 45 § 1 k.w. i art. 102 k.k. W tym zakresie jedynie należy wskazać, że mimo użycia tych samych pojęć dla określenia momentu przedłużenia terminu przedawnienia karalności dekodowanie ich znaczenia musi uwzględniać charakter systemowy przepisów. Wszczęcie postępowania w k.p.w. następuje niejako na innym etapie zaawansowania postępowania i musi dotyczyć sprecyzowanego co do osoby czynu, podczas gdy art. 102 k.k. dotyczy wszczęcia postępowania choćby na etapie *in rem*. Różnica ta jest o tyle nieistotna w analizowanej konfiguracji, że transponujemy skutki wszczęcia postępowania w k.p.w. do k.k. Gdy czynimy to w odwrotnym kierunku – jak już wykazano – transponowaniu może ulec dopiero skutek przekształcenia postępowania karnego w fazę *in personam*, czyli skutek wywołany czynnością przedstawienia zarzutów.

Zasadnym wydaje się również uznanie, że wszczęciem postępowania w rozumieniu zarówno art. 45 § 1 k.w., jak i art. 102 k.k. jest wniesienie prywatnego aktu oskarżenia w trybie art. 487 k.p.k. Postępowanie prywatnoskargowe inicjowane jest bowiem na podstawie spełniającego kryteria formalne aktu oskarżenia, który precyzuje czyn i osobę oskarżoną. W tym miejscu jedynie należy poczynić zastrzeżenie, że w niektórych konfiguracjach procesowych może dochodzić do wszczęcia postępowania o ten sam czyn tej samej osoby znacznie wcześniej. Chodzi m.in. o sytuacje, gdy prowadzono postępowanie przygotowawcze w stosunku do tego samego czynu, lecz umorzono je na mocy art. 322 k.p.k. w związku ze stwierdzeniem czynu ściganego z oskarżenia prywatnego i braku interesu społecznego w objęciu go ściganiem z urzędu. Wtedy jednak skutek procesowy w zakresie przedawnienia będzie zależał od fazy postępowania, w której doszło do umorzenia. Jeśli do umorzenia doszło w fazie *in personam*, data przedstawienia zarzutów będzie decydować o przedłużeniu terminu karalności co do tego samego czynu rozumianego jako *idem factum* podlegającemu ocenie jako wykroczenie. W sekwencyjnym lub równoległym postępowaniu w trybie k.p.w. można zatem skutecznie argumentować, że termin przedawnienia karalności jednoczynowo zbiegającego się z przestępstwem wykroczenia uległ przedłużeniu na mocy art. 45 § 1 k.w. Jeśli doszło do umorzenia postępowania w fazie *in rem* czynność wszczęcia nie może wywoływać skutków w zakresie przepisu art. 45 § 1 k.w. (brak sprecyzowania osoby sprawcy), ale wywołuje skutki w rozumieniu art. 102 k.k. i to również w ewentualnym sekwencyjnym postępowaniu prywatnoskargowym³⁵.

³⁵ Zob. szerzej M. Grzesik, Artykuł 102 k.k. po nowelizacji (studium przypadku), CzPKiNP 2017, nr 1, s. 125–138.

W tym zestawieniu zauważyć można pewną niekonsekwencję i niesymetryczność rozwiązań normatywnych, których nawet w drodze różnych metod wykładni nie da się uniknąć. Stanowią one wyraz sygnalizowanej już wielokrotnie niespójności systemowej na styku przestępstw i wykroczeń.

Podsumowanie

Powracając do analizowanego stanu faktycznego należy przypomnieć, że zgodnie z przepisami k.p.k. przedstawienie zarzutów składa się z 3 etapów, tj. wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ich ogłoszenia oraz przesłuchania osoby w charakterze podejrzanego. Wtedy postępowanie przekształca się w fazę *in personam*³⁶. Art. 313 § 1 k.p.k. określa jednak wyjątek od tej reguły, upraszczając cały proces. Jeżeli ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju, przedstawienie zarzutów jest skuteczne z chwilą wydania postanowienia³⁷. Właśnie z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie, kiedy miejsce pobytu podejrzanego nie było znane i przebywał on za granicą. Wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów w dniu 9 października 2017 r. stanowiło zatem przedstawienie zarzutów i wszczyłało postępowanie co do konkretnego czynu sprawcy.

Należało uznać, że przestępstwo z art. 244 k.k. objęte postanowieniem o przedstawieniu zarzutów z dnia 9 października 2017 r. stanowiło ten sam czyn tej samej osoby co wykroczenie z art. 87 k.w., które objęte zostało wnioskiem o ukaranie z dnia 18 lutego 2020 roku. W konsekwencji z dniem 9 października 2017 r. doszło do przedłużenia terminu przedawnienia karalności wykroczenia nadbudowanego na tym samym czynie, co przestępstwo do dnia 11 września 2020 r. (tj. do 3 lat od daty popełnienia czynu). Ewentualne wszczęcie postępowania wykroczeniowego w trybie k.p.w. wywołuje w tej sytuacji jedynie skutek deklaratoryjny w zakresie skutków materialnych odnoszących się do terminu przedawnienia.

Równocześnie należy wspomnieć, że Sąd I instancji miał otwartą drogę do zastosowania art. 61 § 1 pkt 1 k.p.w., który to przepis wprost dotyczy właśnie sytuacji jednoczynowego niepomijalnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem i pośrednio wskazuje na brak przesłanki *litis pendentio* i *res iudicata* na styku przestępstw i wykroczeń³⁸. Stosowanie tego przepi-

³⁶ Tak też m.in. wyrok SN z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. V KK 453/12.

³⁷ Tak m.in. postanowienie SN z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. III KK 273/18; wyrok SN z dnia 5 marca 2015 r., sygn. III KK 414/14.

³⁸ Tak również P. Gensikowski, (w:) P. Gensikowski (red.), Postępowanie w sprawach o wykroczenia. Komentarz, C.H. Beck 2016, wyd. 1, Legalis/el, komentarz

su należało szczególnie rozważyć, mając na uwadze możliwą pełną absorpcję kary i środków karnych na zasadzie art. 10 § 1 i 2 k.w.³⁹ Zastosowanie tego mechanizmu pozwoliłoby również na uniknięcie prowadzenia sekwencyjnego postępowania w tym samym przedmiocie i tym samym pełną realizację konstytucyjnego i konwencyjnego standardu *ne bis in idem*⁴⁰.

Bibliografia

1. Basa M. W., Związki prawa karnego i prawa wykroczeń w perspektywie art. 10 kodeksu wykroczeń a zasada *ne bis in idem*, (w:) Świątłowski A. (red.), W poszukiwaniu optymalnego modelu orzekania w sprawach o drobne czyny zabronione, Krakowski Instytut Prawa Karnego. Fundacja, Kraków 2016.
2. Bielski M., Normatywne mechanizmy zapobiegające przyjęciu realnego zbiegu przestępstw jako negatywna przesłanka zastosowania instytucji kary łącznej, (w:) Górowski W., Kardas P., Sroka T., Wróbel W. (red.), Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, Warszawa 2013.
3. Błachnio-Parzych A., Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
4. Cychoś P., Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Krakowski Instytut Prawa Karnego, Kraków 2017.
5. Dębski R. (red.), System Prawa Karnego, Tom 3, Nauka o Przestępstwie. Zasady Odpowiedzialności, wyd 2, 2017, Legalis/el.
6. Eichstaedt K., Postępowania szczególne w polskim procesie karnym, LexisNexis, 2010, Lex/el.
7. Gensikowski P. (red.), Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz, C.H. Beck, 2016, Legalis/el.
8. Grzegorzczak T. (red.), Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz. Wolters Kluwer Polska, wyd. V, 2012, Lex/el.

do art. 61 k.p.w. teza 2; T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak (red.), Kodeks postępowania w sprawach..., komentarz do art. 61 k.p.w. teza 1.

³⁹ Tak również postanowienie SO w Tarnowie z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. II WZ 36/11, KZS 2012, nr 3, poz. 65.

⁴⁰ Zakaz ten określony w cytowanym już wyroku Zolothukin przeciwko Rosji obejmuje trzy gwarancje polegające na zakazie dwukrotnego: 1) sądenia tej samej osoby za ten sam czyn, 2) bycia skazanym za ten sam czyn, 3) bycia ukaranym za ten sam czyn.

9. Grzesik M., Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, CZPKiNP 2019, nr 4, s. 113–130.
10. Grzesik M., Artykuł 102 k.k. po nowelizacji (studium przypadku), CZPKiNP 2017, nr 1.
11. Kardas P., Przesłanki przestępstwa ciągłego w prawie karnym materialnym, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 1999.
12. Kardas P., Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011.
13. Kardas P., *Res iudicata* a konstrukcja czynu ciągłego, CZPKiNP 2007, nr 2.
14. Kardas P., „Idealny zbieg przestępstw” jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny, CZPKiNP 2014, nr 3.
15. Konieczniak P., Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2002.
16. Majewski J., Kardas P., Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów w prawie karnym i sposobach jego rozstrzygnięcia, (w:) Ćwiąkalski Z. (red.) Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1994.
17. Majewski J., „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) Majewski J. (red.) Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, Toruń 2006.
18. Marcinkowski W., Zasada eliminacji w prawie wykroczeń, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2008, nr 2.
19. Marszał K., Glosa do postanowienia SN z dnia 21 października 2003 r., sygn. I Kzp 9/03, *OSP* 2004, nr 7–8, s. 102.
20. Rodzyńkiewicz M., Modelowanie pojęć w prawie karnym, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1998.
21. Skorupka J. (red.) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 28, 2018, *Legalis/el.*
22. Stachurski D., Kryteria tożsamości czynu, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 4.
23. Światłowski A., Jedna czy wiele procedur karnych: z zagadnień wewnętrznego różnicowania form postępowania karnego rozpoznawczego, Sopot 2008.
24. Tarapata S., Z problematyki ustalania zamiaru ewentualnego, tożsamości czynu i kryteriów przypisania skutku. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 kwietnia 2013 r., sygn. II AKa 62/13, CZPKiNP 2015, nr 4.

25. Tylewicz K. Parulski J., Propozycje nowelizacji procedury karnej, Prokurator 2002, nr 2.
26. Żółtek S., Artykuł 400 k.p.k., a postępowanie karne przedmiotowo złożone, (w:) Rejman G., Bieńkowska B., Jędrzejewski Z., Mierzejewski P., (red.) Problemy prawa i procesu karnego. Księga pamiątkowa pamięci Profesora Alfreda Kaftala, 2008.

Charges against the person in a criminal proceeding as a moment prolonging a limitation period with regard to the same act considered as a misdemeanor (case study)

Abstract

The article is written in the form of a case study and its aim is to analyze the relevant regulations with regard to a limitation period of the same act evaluated in two separate proceedings and allocated to two different forms of criminal law. The specific normative context of ideal model of concurrence is considered and influence thereof on a mode of interpretation of adequate provisions. Many practical and theoretical arguments are enumerated. In conclusion it is argued that – on the basis of prevailing case law and numerous remarks made in the article – charges against the person in a criminal proceeding may be considered as an initiation of the proceeding in the meaning of article 45 Code of Misdemeanor. The only essential factor which determines the aforementioned mechanism is recognition of the same act as a basis of both legal decisions. The factual not normative plane is significant. In context of the established and presented view the final solution of the analyzed case is proposed.

Key words

Concurrence of provisions, misdemeanor, crime, limitation period, ideal concurrence.

Piotr Poniatowski*

Odpowiedzialność karna za niepodjęcie działań zmierzających do ochrony przed ponadnormatywnym hałasem drogowym

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest kwestia odpowiedzialności karnej, która może zaistnieć w przypadku niepodjęcia działań zmierzających do ochrony przed ponadnormatywnym hałasem drogowym przez osoby, na których ciąży obowiązek zapewnienia ochrony przed tym zanieczyszczeniem. Autor analizuje przepisy o ochronie środowiska, które dotyczą zabezpieczenia przed hałasem, a także przepisy prawa karnego, które mogą mieć zastosowanie, gdy dojdzie do zaniechania w tym zakresie.

Słowa kluczowe

Ochrona środowiska przed hałasem, ponadnormatywny hałas, odpowiedzialność karna za niezapewnienie ochrony przed hałasem.

Uwagi wstępne

Hałas drogowy dobiegający z dróg publicznych, którego źródłem jest ruch samochodów, stanowi jedno z większych zagrożeń ekologicznych we współczesnym świecie¹. Światowa Organizacja Zdrowia uznała hałas za drugą najważniejszą środowiskową przyczynę złego stanu zdrowia ludzi w Europie Zachodniej². Ze statystyk Europejskiej Agencji Środowi-

* Piotr Poniatowski, dr, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji UMCS w Lublinie, ORCID: 0000-0001-9712-0663.

¹ A. Furgalski, A. Struzik, Hałas to też zanieczyszczenie, (w:) Hałas komunikacyjny: źródła i metody przeciwdziałania, publikacja przygotowana przez Samorząd Województwa Mazowieckiego we współpracy z Zespołem Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o., s. 5 (https://www.mazovia.pl/downloadStat/gfx/mazovia/pl/defaultaktualnosci/226/3/1/halas_ko_munikacyjny-zrodla_i_metody_przeciwdzialania.pdf; dostęp: 15 października 2020 r.).

² Zob. Exposure of Europe's population to environmental noise, <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/exposure-to-and-annoyance-by-2/assessment-4> (dostęp: 15 października 2020 r.).

ska wynika, że w państwach należących do Unii Europejskiej (dane te uwzględniają jeszcze Wielką Brytanię) co najmniej 109 milionów ludzi narażonych jest na szkodliwy hałas dochodzący z dróg (78,2 mln na obszarach miejskich i 30,6 mln poza tymi obszarami)³. Wynika z tego, że przynajmniej 20% ludności Unii Europejskiej mieszka na obszarach gdzie poziom hałasu wytwarzanego przez ruch drogowy jest szkodliwy dla zdrowia⁴. W Polsce liczba osób narażonych na szkodliwy hałas dochodzący z dróg wynosiła w 2017 r. co najmniej 6,6 miliona, czyli ok. 17% populacji naszego kraju (4,4 mln na obszarach miejskich i 2,2 mln poza tymi obszarami)⁵. W literaturze podkreśla się, że hałas ma bardzo negatywny wpływ na zdrowie człowieka w wielu jego aspektach. Powoduje on osłabienie lub trwale uszkodzenie słuchu, uszkodzenia układu nerwowego i psychiki (zmęczenie, senność lub rozdrażnienie, wydłużenie czasu reakcji, spadek koncentracji, niepokój, bezsenność, agresję, stres i wynikające z niego konsekwencje dla całego organizmu i psychiki), uszkodzenia narządów wewnętrznych (układu sercowo-naczyniowego, pokarmowego i mięśniowo-stawowego, osłabienie systemu immunologicznego, tzw. zespół pohałasowy)⁶. Szacuje się, że długotrwałe narażenie na

³ Chodzi tutaj o hałas na poziomie co najmniej 55 dB mierzony wskaźnikiem L_{den} , o którym mowa w art. 3 lit. f dyrektywy 2002/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 czerwca 2002 r. odnoszącej się do oceny i zarządzania poziomem hałasu w środowisku (Dz. Urz. UE. L. z 2002 r., Nr 189, s. 12, ze zm.). L_{den} jest to wskaźnik hałasu dla pory dziennej, wieczornej i nocnej służący do określenia ogólnej dokuczliwości (a więc stopnia uciążliwości hałasu dla społeczności, ustalonego na podstawie badań w terenie – art. 3 lit. c wskazanej dyrektywy). Zob. przywołany wcześniej raport Exposure of Europe's population to environmental noise. Biuro Regionalne dla Europy Światowej Organizacji Zdrowia zaleca, by hałas drogowy utrzymywany był na poziomie poniżej 53 dB według wskaźnika L_{den} , gdyż hałas wytwarzany przez ruch drogowy powyżej tego poziomu wiąże się ze szkodliwymi skutkami zdrowotnymi. Zob. Environmental Noise Guidelines for the European Region – Executive summary, World Health Organization 2018, s. 5 (http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/383922/noise-guidelines-exec-sum-eng.pdf?ua=1; dostęp: 15 października 2020 r.).

⁴ Zob. Environmental noise in Europe – 2020, EEA Report No 22/2019, European Environment Agency 2020, s. 7 (https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-noise-in-europe/at_download/file; dostęp: 15 października 2020 r.).

⁵ Poland noise fact sheet 2019, <https://www.eea.europa.eu/themes/human/noise/noise-fact-sheets/noise-country-fact-sheets-2019/Poland> (dostęp: 15 października 2020 r.). Warto wspomnieć w kontekście źródeł hałasu drogowego, że według danych GUS na koniec 2019 r. w Polsce było zarejestrowanych ok. 32 mln pojazdów samochodowych i ciągników. Dla porównania w 2010 r. liczba ta wynosiła ok. 23 mln. Zob. Mały Rocznik Statystyczny Polski, Warszawa 2020, s. 325.

⁶ I. Leśnikowska-Matusiak, A. Wnuk, Wpływ hałasu komunikacyjnego na stan środowiska akustycznego człowieka, *Transport Samochodowy* 2014, nr 3, s. 38; K. Pawlas, Hałas jako czynnik zanieczyszczający środowisko – aspekty medyczne,

hałas środowiskowy powoduje rocznie w Europie 12 tysięcy przedwczesnych zgonów oraz przyczynia się do powstania 48 tysięcy nowych przypadków choroby niedokrwiennej serca⁷.

Celem niniejszego artykułu jest ustalenie, czy, a jeśli tak – to na jakiej podstawie możliwe jest pociągnięcie określonych osób do odpowiedzialności karnej (za przestępstwo) za niepodjęcie działań zmierzających do ochrony przed hałasem drogowym przekraczającym dopuszczalne normy. Odnosić się będę do problemu zaniechań w przypadku istniejącego już hałasu. Poza zakresem rozważań pozostawię błędy popełniane na etapie budowania dróg.

Podstawy normatywne ochrony przed hałasem

Środowisko jest wartością chronioną konstytucyjnie⁸. Podstawowym aktem normatywnym, który określa zasady ochrony środowiska oraz warunki korzystania z jego zasobów, z uwzględnieniem wymagań zrównoważonego rozwoju jest ustawa z dnia z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska⁹. Ustawa ta definiuje środowisko jako ogół elementów przyrodniczych, w tym także przekształconych w wyniku działalności człowieka, a w szczególności powierzchnię ziemi, kopaliny, wody, powietrze, krajobraz, klimat oraz pozostałe elementy różnorodności biologicznej, a także wzajemne oddziaływania pomiędzy tymi elementami (art. 3 pkt 39).

Ogólne przepisy o ochronie przed hałasem znajdują się w dziale V wskazanej ustawy. Ochrona ta polega na zapewnieniu jak najlepszego stanu akustycznego środowiska, w szczególności poprzez: 1) utrzymanie

Medycyna Środowiskowa 2015, nr 4, s. 51–55; A. Bortkiewicz, N. Czaja, Pozasłuchowe skutki działania hałasu ze szczególnym uwzględnieniem chorób układu krążenia, *Forum Medycyny Rodzinnej* 2018, nr 2, s. 43–48; B. Berglund, T. Lindvall, D. H. Schwela (red.), *Guidelines for community noise*, World Health Organization 1999, s. vii–xiii (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66217/a68672.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; dostęp: 15 października 2020 r.).

⁷ *Environmental noise in Europe – 2020*, s. 6. W powołanym raporcie zwraca się jednak uwagę na to, że szacunki te są najprawdopodobniej zaniżone w stosunku do rzeczywistych rozmiarów problemu (ibidem).

⁸ Stanowią o tym następujące przepisy Konstytucji RP: art. 5 („Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju”), art. 74 ust. 2 („Ochrona środowiska jest obowiązkiem władz publicznych”), art. 86 („Każdy jest obowiązany do dbałości o stan środowiska i ponosi odpowiedzialność za spowodowane przez siebie jego pogorszenie. Zasady tej odpowiedzialności określa ustawa”).

⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1219, ze zm.; dalej jako: p.o.ś.

poziomu hałasu poniżej dopuszczalnego lub co najmniej na tym poziomie; 2) zmniejszanie poziomu hałasu co najmniej do dopuszczalnego, gdy nie jest on dotrzymany (art. 112 p.o.ś.). Ochronę przed zanieczyszczeniami powstającymi w związku z eksploatacją dróg zapewnia się przez: 1) stosowanie rozwiązań technicznych ograniczających rozprzestrzenianie zanieczyszczeń, a w szczególności: a) zabezpieczeń akustycznych, b) zabezpieczeń przed przedostawaniem się zanieczyszczonych wód opadowych lub roztopowych będących skutkiem opadów atmosferycznych do gleby lub ziemi, c) środków umożliwiających usuwanie odpadów powstających w trakcie eksploatacji dróg, linii kolejowych, linii tramwajowych, lotnisk oraz portów; 2) właściwą organizację ruchu (art. 173 p.o.ś.). Dopuszczalne poziomy hałasu w środowisku (w tym pochodzącego z dróg) określa załącznik do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku¹⁰. Z punktu widzenia rozważań czynionych w niniejszym artykule znaczenie mają dopuszczalne poziomy hałasu w środowisku wyrażone wskaźnikami $L_{Aeq D}$ (równoważny poziom dźwięku A dla pory dnia, rozumianej jako przedział czasu od godz. 6.00 do godz. 22.00) i $L_{Aeq N}$ (równoważny poziom dźwięku A dla pory nocy, rozumianej jako przedział czasu od godz. 22.00 do godz. 6.00), które mają zastosowanie do ustalania i kontroli warunków korzystania ze środowiska. Poziomy te są zróżnicowane w zależności od przeznaczenia terenu, na który oddziałuje hałas¹¹.

Zgodnie z art. 174 ust. 1 p.o.ś. eksploatacja dróg nie może powodować przekroczenia standardów jakości środowiska¹². Emisje polegające na powodowaniu hałasu, powstające w związku z eksploatacją drogi, nie mogą spowodować przekroczenia standardów jakości środowiska poza terenem, do którego zarządzający nią ma tytuł prawny (art. 174 ust. 2

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 112.

¹¹ Przewidziano cztery grupy tych miejsc: 1) strefa ochronna „A” uzdrowiska i tereny szpitali poza miastem, 2) tereny zabudowy mieszkaniowej jednorodzinnej, tereny zabudowy związanej ze stałym lub czasowym pobytem dzieci i młodzieży, tereny domów opieki społecznej oraz tereny szpitali w miastach, 3) tereny zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej i zamieszkania zbiorowego, tereny zabudowy zagrodowej, tereny rekreacyjno-wypoczynkowe oraz tereny mieszkaniowo-usługowe, 4) tereny w strefie śródmiejskiej miast powyżej 100 tys. mieszkańców.

¹² Standardy jakości środowiska to poziomy dopuszczalne substancji lub energii oraz pułap stężenia ekspozycji, które muszą być osiągnięte w określonym czasie przez środowisko jako całość lub jego poszczególne elementy przyrodnicze (art. 3 pkt 34 p.o.ś.). Standardy te zostały określone w powołanym rozporządzeniu z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku [zob. J. Jerzmański, (w:) M. Górski i in., Prawo ochrony środowiska. Komentarz, Warszawa 2019, teza 2 do art. 113].

p.o.ś.). Co do zasady zarządcą drogi jest organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do którego właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg (art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych¹³). W zasadzie (wyjątki zostaną opisane niżej) zarządcami dróg są dla dróg: 1) krajowych – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad; 2) wojewódzkich – zarząd województwa; 3) powiatowych – zarząd powiatu; 4) gminnych – wójt (burmistrz, prezydent miasta) (art. 19 ust. 2 u.o.d.p.). Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jest zarządcą autostrady wybudowanej na zasadach określonych w ustawie do czasu przekazania jej, w drodze porozumienia, spółce, z którą zawarto umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady; spółka pełni funkcję zarządcy autostrady płatnej na warunkach określonych w umowie o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, z wyjątkiem zadań, o których mowa w art. 20 pkt 1, 8, 17 i 20 u.o.d.p., które wykonuje Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (art. 19 ust. 3 u.o.d.p.)¹⁴. W granicach miast na prawach powiatu zarządcą wszystkich dróg publicznych, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych oraz dróg, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 5 ust. 2a u.o.d.p.¹⁵, jest prezydent miasta (art. 19 ust. 5 u.o.d.p.). Funkcje zarządcy dróg krajowych, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, oraz dróg wojewódzkich, może pełnić zarząd związku metropolitalnego (art. 19 ust. 5a u.o.d.p.). Drogowa spółka specjalnego przeznaczenia pełni funkcję zarządcy drogi krajowej na zasadach okre-

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 470, ze zm.; dalej jako: u.o.d.p.

¹⁴ Spółka, która pełni funkcję zarządcy nie wykonuje następujących zadań: opracowywanie projektów planów rozwoju sieci drogowej oraz bieżące informowanie o tych planach organów właściwych do sporządzania miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego; wydawanie zezwoleń na zajęcie pasa drogowego i zjazdu z dróg oraz pobieranie opłat i kar pieniężnych; nabywanie nieruchomości pod pasy drogowe dróg publicznych i gospodarowanie nimi w ramach posiadanego prawa do tych nieruchomości; zarządzanie bezpieczeństwem dróg w transeuropejskiej sieci drogowej.

¹⁵ Zgodnie z tym przepisem w przypadku konieczności zapewnienia dostępu drogowego w standardzie wymaganym dla transeuropejskiej sieci transportowej (TEN-T) do polskich portów wymienionych w załączniku II do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1315/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie unijnych wytycznych dotyczących rozwoju transeuropejskiej sieci transportowej i uchylającego decyzję nr 661/2010/UE (Dz. Urz. UE L 348 z dnia 20 grudnia 2013, s. 1, z późn. zm.) minister właściwy do spraw transportu, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw gospodarki morskiej, po zasięgnięciu opinii właściwych sejmików województw, a w miastach na prawach powiatu – opinii rad miast, w drodze rozporządzenia, zalicza drogi do kategorii dróg krajowych.

ślonych w ustawie z dnia 12 stycznia 2007 r. o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia oraz umowie, o której mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy (art. 19 ust. 8 u.o.d.p.). W przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym zadania zarządcy, o których mowa w art. 20 pkt 3–5, 7, 11–13 oraz 15 i 16 u.o.d.p., może wykonywać partner prywatny (art. 19 ust. 7 u.o.d.p.).

Przestrzeganie wymagań ochrony środowiska związanych z eksploatacją dróg zapewniają zarządzający nimi (art. 139 p.o.ś.). Obowiązek ten został określony również w art. 20 pkt 13 u.o.d.p., zgodnie z którym do zarządcy drogi należy w szczególności przeciwdziałanie niekorzystnym przeobrażeniom środowiska mogącym powstać lub powstającym w następstwie budowy lub utrzymania dróg. Obowiązek dbałości o stan środowiska powinien być realizowany zarówno na etapie projektowania, jak i użytkowania drogi¹⁶.

Należy zauważyć, że zarządzający drogą jest obowiązany do okresowych pomiarów poziomów w środowisku substancji lub energii wprowadzanych w związku z jej eksploatacją (art. 175 ust. 1 p.o.ś.)¹⁷. W razie

¹⁶ W. Maciejko, P. Zaborniak, Ustawa o drogach publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, teza 14 do art. 20. Należy pamiętać, mówiąc o etapie projektowania, że niektóre przedsięwzięcia drogowe wymagają przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Chodzi tutaj o następujące planowane przedsięwzięcia mogące znacząco oddziaływać na środowisko: 1) planowane przedsięwzięcie mogące zawsze znacząco oddziaływać na środowisko oraz 2) planowane przedsięwzięcie mogące potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, jeżeli obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko został stwierdzony na podstawie art. 63 ust. 1 (art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 283, ze zm.; dalej jako: u.u.i.ś.). Oddziaływaniem na środowisko jest również oddziaływanie na zdrowie ludzi (art. 3 ust. 2 u.u.i.ś.). Ocena ta jest dokonywana w szczególności poprzez weryfikację raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, który jest sporządzany na zlecenie inwestora (w interesującym nas kontekście będzie chodziło o podmiot, który zamierza wybudować drogę). Piszę o tym na marginesie, gdyż – jak wspomniałem we wstępnej części artykułu – moje rozważania skoncentrowane są na hałasie związanym z eksploatacją dróg.

¹⁷ Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie wymagań w zakresie prowadzenia pomiarów poziomów substancji lub energii w środowisku przez zarządzającego drogą, linią kolejową, linią tramwajową, lotniskiem lub portem (Dz. U. Nr 140, poz. 824, ze zm.) okresowe pomiary poziomów substancji lub energii w środowisku prowadzi się dla wyznaczenia wartości poziomów hałasu w środowisku, wyrażonych wskaźnikami $L_{Aeq D}$, $L_{Aeq N}$, obejmujących okres co najmniej jednej doby, wprowadzanego w związku z eksploatacją dróg publicznych o średniorocznym natężeniu ruchu powyżej 3 mln pojazdów lub o procentowym udziale pojazdów ciężkich w potoku ruchu powyżej 20%, w przypadku średniego dobowego ru-

przebudowy drogi, zmieniającej w istotny sposób warunki eksploatacji, zarządzający jest obowiązany do przeprowadzenia pomiarów poziomów w środowisku substancji lub energii wprowadzanych w związku z jej eksploatacją (art. 175 ust. 3 p.o.ś.). Organ ochrony środowiska może również nałożyć na zarządzającego drogą obowiązek prowadzenia w określonym czasie pomiarów poziomów substancji lub energii w środowisku wprowadzanych w związku z jej eksploatacją, wykraczających poza obowiązki określone w ustawie, jeżeli przeprowadzone kontrole poziomów substancji lub energii w środowisku, które są emitowane w związku z eksploatacją drogi, dowodzą przekraczania standardów jakości środowiska (art. 178 ust. 1 p.o.ś.). Na podstawie tych pomiarów zarządzający drogą może powziąć wiedzę o istniejących przekroczeniach norm hałasu. Innymi źródłami, z których takie informacje wynikają mogą być w szczególności: badania przeprowadzone z własnej inicjatywy tego podmiotu, pomiary przeprowadzone w ramach analizy porealizacyjnej, o której mowa w art. 83 u.u.i.ś. albo pomiary przeprowadzone przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska (np. na wniosek mieszkańców nieruchomości sąsiadujących z drogą). Należy też pamiętać o obowiązku sporządzania strategicznych map hałasu (tzw. map akustycznych)¹⁸. Uwagi te mają znaczenie w kontekście ustalenia podmiotu i strony podmiotowej ewentualnego przestępstwa.

Odpowiedzialność karna za niepodjęcie działań zmierzających do ochrony przed ponadnormatywnym hałasem drogowym

Ustawa – Prawo ochrony środowiska nie typizuje żadnych przestępstw dotyczących naruszenia przepisów o ochronie środowiska¹⁹.

chu przekraczającego 5 tys. pojazdów. Okresowe pomiary poziomów hałasu, o których mowa, przeprowadza się co 5 lat (§ 3 ust. 2 wspomnianego rozporządzenia).

¹⁸ Strategiczne mapy hałasu są sporządzane m.in. przez zarządzających głównymi drogami (a więc takimi, po których przejeżdża rocznie więcej niż 3 miliony pojazdów) oraz prezydentów miast o liczbie mieszkańców większej niż 100 tysięcy, w oparciu o dane dotyczące poprzedniego roku kalendarzowego oraz są niezwłocznie zamieszczane na ich stronach internetowych (art. 118 ust. 3 p.o.ś.). Część opisowa takiej mapy zawiera np. zestawienie wyników pomiarów wykonanych na potrzeby sporządzenia mapy, wskazanie terenów zagrożonych hałasem, wskazanie danych liczbowych dotyczących ludności narażonej na hałas, wyniki analiz rozkładu hałasu czy propozycje działań w zakresie ochrony przed hałasem (art. 118 ust. 6 p.o.ś.).

¹⁹ Ustawa ta przewiduje jedynie wykroczenia. W kontekście przedmiotu niniejszego opracowania można wspomnieć marginalnie o art. 349 p.o.ś., zgodnie z którym karze grzywny podlega ten kto, będąc obowiązany na podstawie: 1) art. 175 ust. 1 – do pro-

Podstawy ewentualnej odpowiedzialności karnej za tytułowe zachowanie należy szukać więc w innych aktach prawnych, w szczególności w Kodeksie karnym²⁰.

Zgodnie z art. 186 § 1 k.k. karze podlega ten, kto wbrew obowiązkowi nie utrzymuje w należytych stanie lub nie używa urządzeń zabezpieczających wodę, powietrze lub powierzchnię ziemi przed zanieczyszczeniem lub urządzeń zabezpieczających przed skażeniem promieniotwórczym lub promieniowaniem jonizującym. Przepis to można popełnić również nieumyślnie (art. 186 § 3 k.k.). W myśl art. 3 pkt 49 p.o.ś. (skoro art. 186 k.k. znajduje się w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko środowisku to do p.o.ś. – jako podstawowego w tym zakresie aktu prawnego – należy się odwołać) przez zanieczyszczenie rozumie się emisję, która może być szkodliwa dla zdrowia ludzi lub stanu środowiska, może powodować szkodę w dobrach materialnych, może pogarszać walory estetyczne środowiska lub może kolidować z innymi, uzasadnionymi sposobami korzystania ze środowiska. W związku z tym, że hałas jest emisją (art. 3 pkt 4 lit b p.o.ś.), która może być szkodliwa dla zdrowia ludzi (zob. uwagi poczynione na początku niniejszego artykułu) lub stanu środowiska²¹ i może powodować szkodę w dobrach materialnych (np. obniżenie wartości nieruchomości sąsiadującej z ruchliwą drogą), należy uznać, że jest on zanieczyszczeniem również w rozumieniu art. 186 § 1 k.k. Z kolei „urządzeniami zabezpieczającymi powietrze przed zanieczyszczeniem” będą m.in. urządzenia zabezpieczające przed hałasem²².

wadzenia okresowych pomiarów poziomów w środowisku wprowadzanych substancji lub energii, 2) art. 175 ust. 2 – do prowadzenia ciągłych pomiarów poziomów w środowisku wprowadzanych substancji lub energii, 3) art. 175 ust. 3 – do przeprowadzenia pomiarów poziomów w środowisku wprowadzanych substancji lub energii w związku z eksploatacją obiektu przebudowanego, nie wykonuje tych obowiązków lub nie przechowuje wyników pomiarów w wymaganym okresie. Tej samej karze podlega ten, kto będąc obowiązany w drodze decyzji, wydanej na podstawie art. 178 ust. 1–3, do prowadzenia w określonym czasie pomiarów lub ich przedkładania, nie spełnia tego obowiązku, a także kto nie przechowuje wyników tych pomiarów w wymaganym okresie.

²⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444, ze zm.; dalej jako: k.k.

²¹ Jak podkreśla się w literaturze hałas jest przyczyną powszechnej degradacji środowiska (zob. J. Sadowski, *Kształtowanie klimatu akustycznego środowiska i jego ochrona przed hałasem i drganiami*, Prace Instytutu Techniki Budowlanej 1999, nr 2–3, s. 52).

²² Tak też W. Radecki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Komentarz do artykułów 117–221, Warszawa 2010, nb. 4 do art. 186; J. Sobczak, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, nb. 6 do art. 186; D. Gruszecka, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, teza 6 do art. 186.

Przykładem takiego urządzenia jest ekran akustyczny zaliczany do drogowych urządzeń przeciwhałasowych²³. Jeśli urządzenia takie nie są utrzymywane w należytych stanie (tj. dojdzie do takiej sytuacji, że urządzenia nie są w pełni sprawne i wydajne²⁴, np. zniszczony przez wiatr albo wandalizm ekran akustyczny nie zostanie naprawiony), to osoba, na której ciążył obowiązek dbania o nie, dopuszcza się czynu zabronionego²⁵. W zależności od świadomości i woli sprawcy wejdzie w grę czyn popełniony umyślnie albo nieumyślnie (art. 186 § 1 albo § 3 k.k.). Biorąc pod uwagę, że przepisy prawa określają dopuszczalne poziomy hałas w środowisku, wydaje się, że w przypadku urządzeń przeciwhałasowych „należyty stanem”, o którym mowa, będzie stan pozwalający utrzymywać poziomy hałas w normach, choćby urządzenie było mniej lub bardziej uszkodzone (np. zniszczenie fragmentu ekranu akustycznego, które może obniżać jego skuteczność, o ile poziomy hałas nie przekracza norm)²⁶.

W związku z tym, że omawiane przestępstwo ma charakter indywidualny („kto wbrew obowiązkowi...”) należy wskazać osoby, które mogą być jego podmiotem. Obowiązek utrzymywania urządzeń zabezpieczających powietrze przed hałasem generowanym przez ruch drogowy spoczywa na zarządcy drogi (zob. wcześniejsze uwagi oraz art. 20 pkt 4 u.o.d.p.). Wróćmy do wspomnianego już art. 19 u.o.d.p. Zarządcami dróg są dla dróg: 1) krajowych – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad; 2) wojewódzkich – zarząd województwa; 3) powiatowych – zarząd powiatu; 4) gminnych – wójt (burmistrz, prezydent miasta). W granicach miast na prawach powiatu zarządcą wszystkich dróg publicznych jest co do zasady prezydent miasta. Trzeba jednak pamiętać, że zgodnie z art. 21 ust. 1 u.o.d.p. zarządca drogi, o którym mowa w art. 19 ust. 2 pkt 2–4 i ust. 5 tej ustawy (chodzi tu o wskazane wyżej podmioty, z wyjątkiem Generalnego Dyrektora DKiA), może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej zarządem drogi, utworzonej

²³ Zob. M. Jakimowicz, Drogowe ekrany akustyczne – bezpieczeństwo użytkownika, *Autobusy. Technika, Eksploatacja, Systemy Transportowe* 2016, nr 12, s. 199.

²⁴ J. Sobczak, (w:) *Kodeks karny...*, nb. 5 do art. 186. Zob. też W. Radcki, (w:) *Kodeks karny...*, nb. 8 do art. 186.

²⁵ Pominę w rozważaniach drugi wariant czynności sprawczej, a mianowicie nieużywanie urządzeń zabezpieczających powietrze, gdyż w większości przypadków niemożliwe będzie nieużywanie istniejących urządzeń, np. ekranów akustycznych najczęściej stosowanych w ochronie przed hałasem drogowym.

²⁶ Za takim poglądem przemawia dokonywanie wykładni art. 186 k.k. przez pryzmat rodzajowego przedmiotu ochrony, którym jest środowisko naturalne. Inną sprawą jest nieutrzymywanie urządzeń w należytych stanie, które skutkuje zagrożeniem dla życia i zdrowia ludzi bądź mienia. Wtedy zastosowanie powinny znaleźć przepisy nastawione na ochronę tych dóbr (np. art. 163 lub 164 k.k.).

odpowiednio przez sejmik województwa, radę powiatu lub radę gminy; jeżeli jednostka taka nie została utworzona, zadania zarządu drogi wykonuje zarządca. Należy przyjąć, że podmiotem omawianego przestępstwa będzie osoba, do której zakresu obowiązków należy dbanie o drogowe urządzenia przeciwhałasowe. W praktyce nie będzie to ani sam Generalny Dyrektor DKiA, ani wójt, burmistrz czy prezydent miasta, ani też członek zarządu województwa czy zarządu powiatu (w szczególności ich przewodniczący, czyli odpowiednio marszałek województwa i starosta), lecz osoba, której konkretnie powierzono utrzymywanie urządzeń należytym stanie, czyli na przykład pracownik zarządu dróg odpowiedzialny za ten aspekt utrzymania dróg. Określenie takiego obowiązku może nastąpić np. w umowie o pracę lub w regulaminie organizacyjnym podmiotu zarządzającego drogą. Uwagi te należy odnieść również do sytuacji, gdy zarządcą drogi jest spółka, z którą zawarto umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady (art. 19 ust. 3 u.o.d.p.), zarząd związku metropolitalnego (art. 19 ust. 5a u.o.d.p.) lub drogowa spółka specjalnego przeznaczenia (art. 19 ust. 8 u.o.d.p.). Nie sposób *in abstracto* wyczerpująco wskazać osób, które mogą być podmiotem przestępstwa z art. 186 § 1 i 3 k.k. W konkretnej sprawie karnej ustalenie osoby odpowiedzialnej będzie wymagało drobiazgowego badania zakresu obowiązków wchodzących w grę podmiotów. Wydaje się, że jeśli ów zakres obowiązków będzie na tyle rozmyty, że niemożliwe będzie ustalenie konkretnej osoby, odpowiedzialność powinna być przypisana osobie fizycznej będącej zarządcą drogi lub członkiem kolegialnej jednostki zarządzającej, która powinna wyznaczyć osobę zobowiązaną do dbania o urządzenia zabezpieczające (np. prezydentowi miasta na prawach powiatu będącego zarządcą dróg w granicach tego miasta). W takim przypadku pojawia się jednak problem strony podmiotowej (w praktyce, jak się zdaje, możliwe będzie najczęściej przypisanie jedynie nieumyślności – art. 186 § 3 k.k., o ile w ogóle będzie można uznać, że możliwość popełnienia czynu była dla oskarżonego obiektywnie przewidywalna).

Innym przestępstwem stypizowanym w Kodeksie karnym, które trzeba wziąć pod uwagę rozważając tytułową kwestię jest niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Zgodnie z art. 231 § 1 k.k. funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Łagodniejszej karze podlega sprawca, który działa nieumyślnie i wyrządza istotną szkodę (art. 231 § 3 k.k.).

W omawianym kontekście niedopełnieniem obowiązków, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k., będzie niepodjęcie działań zmierzających do ochrony przed ponadnormatywnym hałasem drogowym. Z wcześniejszych rozważań wiemy już, że obowiązek podjęcia takich działań spoczywa na zarządcy drogi. Podobnie jak przy omówionym wyżej przestępstwie z art. 186 k.k. konieczne jest skonkretyzowanie podmiotu typów czynów zabronionych z art. 231. Różnica jednak z art. 186 k.k. jest taka, że obowiązki, o których mowa w art. 231 § 1 k.k. w kontekście przepisów o ochronie środowiska mają, jak się wydaje, charakter bardziej ogólny niż bardzo konkretny obowiązek utrzymywania urzędzeń zabezpieczających przed hałasem w należytym stanie. Konsekwencją uznania takiego faktu powinno być stwierdzenie, że krąg faktycznych podmiotów przestępstwa z art. 231 k.k. może być szerszy niż przestępstwa z art. 186 k.k. Przykładowo: za niedopełnienie obowiązków, o którym mowa w art. 231 § 1 k.k., może teoretycznie odpowiadać jednocześnie prezydent miasta (formalny, wymieniony w ustawie zarządca drogi), dyrektor zarządu dróg (czyli osoba kierująca faktycznym zarządcą drogi) oraz osoba podległa dyrektorowi zarządu dróg²⁷. Należy jednak pamiętać, że wstępnym warunkiem uznania danej osoby za sprawcę przestępstwa z art. 231 k.k. jest ustalenie, że jest ona funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. Spośród osób wskazanych w tym przepisie w praktyce wejdą w grę najczęściej pracownicy samorządu terytorialnego (np. wójt, burmistrz, prezydent miasta albo pracownicy zarządu drogi utworzonego na podstawie art. 21 ust. 1 u.o.d.p.)²⁸ oraz osoby będące pracownikami administracji rządowej (pracownicy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad)²⁹.

Przypisanie przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. wymaga ustalenia, że funkcjonariusz publiczny, który nie dopełnił obowiązków „działał na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”. Znaczenie tego znamienia jest

²⁷ W takim kierunku idzie, jak się zdaje, pogląd M. Siewierskiego, zgodnie z którym sprawcą omawianego przestępstwa może być nie tylko funkcjonariusz uprawniony do ostatecznego rozstrzygnięcia danej sprawy, lecz także mający w zakresie swych obowiązków możliwość wpływania na jej rozstrzygnięcie, np. przez zgłaszanie wniosków, opracowywanie referatów itp. (M. Siewierski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977, s. 656).

²⁸ Zob. art. 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1282) w kontekście postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2010 r., sygn. III KK 333/09 (LEX nr 584038).

²⁹ Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jest centralnym organem administracji rządowej (art. 18 ust. 1 u.o.d.p.). Realizuje on swoje zadania przy pomocy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (art. 18a ust. 1 u.o.d.p.).

sporne w doktrynie i orzecznictwie³⁰. W wyroku z dnia 2 grudnia 2002 r., sygn. IV KKN 273/01³¹ Sąd Najwyższy przyjął, że: „Działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego nie jest charakterystyką skutku, lecz zachowania się sprawcy. Samo powstanie szkody, a nawet jej bezpośrednio niebezpieczeństwo, nie jest znamieniem tych typów czynów zabronionych. Typy przestępne określone w art. 231 § 1 i 2 k.k. należy zaliczyć do grupy przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo”. Jednakże w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 24/12³² przyjęto, że: „Występek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamiennych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym”. W uzasadnieniu tej uchwały doprecyzowano, że: „znamię »działa na szkodę«, jak to już wywodzono, wskazuje na leżący poza zachowaniem sprawcy skutek tego działania – spowodowanie co najmniej stanu narażenia dobra prawem chronionego (właśnie interesu publicznego lub prywatnego) na niebezpieczeństwo powstania szkody – niebezpieczeństwo, które wprawdzie nie musi być bezpośrednio, ale musi być rzeczywiste i skonkretyzowane”. Nie ma potrzeby w tym miejscu szczegółowo rozważać tej kwestii, dlatego ograniczę się do stwierdzenia, że uzasadnienie poglądu wyrażonego w uchwale I KZP 24/12 jest przekonujące³³. Uważam, więc, że dokonanie przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. w omawianym w niniejszym opracowaniu kontekście będzie uzależnione od wystąpienia rzeczywistego i konkretnego (choć niekoniecznie bezpośredniego, bo takiego warunku przepis

³⁰ Zob. na ten temat krótki przegląd stanowisk dokonany przez A. Barczak-Oplustil i M. Iwańskiego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017, tezy 16–19 do art. 231.

³¹ LEX nr 74484.

³² LEX nr 1252702.

³³ W końcowej części uzasadnienia do wskazanej uchwały Sąd Najwyższy podniósł, że: „przyjęcie w niniejszej uchwale materialnego charakteru przestępstwa określonego w art. 231 § 1 k.k. nie będzie stwarzało dla praktyki orzeczniczej istotnej różnicy przy orzekaniu w tego rodzaju sprawach. Nawet bowiem zajmując odmienne stanowisko w uprzednio wydanych orzeczeniach, Sąd Najwyższy jednoznacznie formułował wymagania dotyczące konieczności wykazywania w każdej sprawie narażonego na szkodę skonkretyzowanego interesu publicznego lub prywatnego, a nadto ustalenia związku przyczynowego pomiędzy nim a przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Niemniej przyjęcie materialnego charakteru występkę nadużycia władzy powinno jednak obligować organy procesowe do jeszcze bardziej uważnego i precyzyjnego formułowania opisu czynu, uwzględniającego wszystkie te elementy”.

nie stawia) niebezpieczeństwa wystąpienia szkody w interesie publicznym lub prywatnym w związku z niedopełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków w zakresie zapewnienia ochrony przed ponadnormatywnym hałasem drogowym.

„Szkodą” w rozumieniu art. 231 § 1 i 3 k.k. jest zarówno szkoda majątkowa, jak i niemajątkowa³⁴. Należy zauważyć, że szkoda ta w kontekście umyślnego niedopełnienia obowiązków nie musi być istotna. „Interesem” jest z kolei – jak wskazywał L. Peiper – wszelkie możliwe dobro, materialne i idealne, obecne i przyszłe, byleby dobro to było uznane przez państwo (wyrażnie lub domniemanie)³⁵. Interesem prywatnym jest interes poszczególnej jednostki, natomiast interesem publicznym jest interes ogółu obywateli lub pewnych grup społecznych, choćby niezrzeszonych, a także interes zrzeszeń prawa publicznego, władz i urzędów państwowych i samorządowych, interes dozwolonych organizacji itd., czyli interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa, samorządu albo w ogóle życia społecznego³⁶. W kontekście omawianego tutaj problemu ponadnormatywnego hałasu drogowego można wskazać przykładowo, że szkodą majątkową w interesie prywatnym będzie obniżenie wartości nieruchomości sąsiadującej z drogą, z której dobiega hałas, natomiast szkodą niemajątkową w takim interesie będzie krzywda związana z koniecznością znoszenia hałasu, niemożliwością odpoczynku, normalnego korzystania z ogrodu czy otwierania okien w mieszkaniu, a także narażenie na pogorszenie się stanu zdrowia mieszkańców nieruchomości ekspozowanej na hałas (zob. uwagi wstępne zamieszczone na początku niniejszego tekstu). W przypadku interesu publicznego częściej będzie można mówić o szkodzie niemajątkowej, np. gdy dojdzie do przekroczenia norm hałasu na terenach uzdrowiskowych, terenach szpitalnych, terenach rekreacyjno-wypoczynkowych czy terenach w strefie śródmiejskiej miast powyżej 100 tys. mieszkańców, kiedy to ponadnormatywny hałas będzie uniemożliwiał wypoczynek, utrudniał rekonwalescencję czy po prostu będzie uciążliwy dla ludzi przebywających w określonym miejscu (trzeba bowiem mieć świadomość, że środowisko naturalne jest dobrem wspólnym, w związku z czym jego ochrona przed degradacją leży w interesie publicznym). Należy jednak jeszcze raz podkreślić, że wystą-

³⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 1992 r., sygn. I KZP 21/92, LEX nr 20531. Zob. też L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 617.

³⁵ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 617.

³⁶ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 617–618; W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 859–860; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1933 r., sygn. II K 285/33, LEX nr 389900.

pienie szkody w interesie publicznym lub prywatnym nie stanowi znamienia przestępstwa z art. 231 § 1 k.k.

Jeśli chodzi o umyślne niedopełnienie obowiązków, to w praktyce problemem może być wykazanie, że funkcjonariusz publiczny miał zamiar popełnić czyn zabroniony. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. WA 32/10³⁷: „Przestępstwo określone w art. 231 § 1 k.k. może być popełnione tylko umyślnie i to zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i zamiarem wynikowym. Sprawca takiego czynu musi mieć świadomość w postaci pewności lub możliwości, że jego zachowanie narusza uprawnienia lub stanowi niewypełnienie obowiązków i że przez to działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Świadomość sprawcy łączyć się może z chęcią działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, a nawet spowodowania takiej szkody, albo z godzeniem się na działanie na szkodę lub spowodowanie szkody”. Wstępnym warunkiem przypisania zamiaru będzie udowodnienie, że sprawca miał świadomość istnienia okoliczności o charakterze przedmiotowym istotnych z punktu widzenia art. 231 § 1 k.k. Na pewno konieczne będzie procesowe stwierdzenie, że funkcjonariusz publiczny wiedział, że dopuszczalne poziomy hałasu są przekroczone na określonym terenie. Wcześniej pisałem już, skąd taką wiedzę mogłaby ta osoba powziąć (np. obowiązkowe pomiary hałasu wykonywane na podstawie przepisów p.o.ś., pomiary w ramach analizy porealizacyjnej, pomiary wykonane przez WIOŚ). Z kolei świadomość możliwości wystąpienia szkody mogłaby wynikać np. ze skarg mieszkańców terenów narażonych na hałas, skarg osób zarządzających szpitalami, szkołami, domami opieki społecznej. Świadomość w tym zakresie mogłaby też wynikać po prostu ze zdrowego rozsądku. W sytuacji np. gdy przekroczenia norm hałasu są znaczne, oczywiste jest, że może to powodować szkodę w interesie prywatnym lub publicznym (przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego). Problemy dowodowe mogą pojawić się w kontekście ustalania woli sprawcy, tzn. jego chęci albo godzenia się na popełnienie czynu zabronionego. Nie są to jednak trudności specyficzne dla omawianego typu przestępstwa.

Nie można wykluczyć, że funkcjonariusz publiczny, który umyślnie nie dopełni obowiązków w zakresie przeciwdziałania ponadnormatywnemu hałasowi uczyni to w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej (art. 231 § 2 k.k.). Niekoniecznie musi wiązać się to z przyjęciem korzyści lub jej obietnicy (które to zachowanie może podpaść pod jeden z paragrafów umieszczonych w art. 228 k.k.). Pamiętać trzeba, że korzyścią

³⁷ LEX nr 844547.

majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego (art. 115 § 4 k.k.). Może zdarzyć się tak, że osoba odpowiedzialna z ramienia zarządcy drogi za dbanie o klimat akustyczny, wiedząc, że w danym miejscu poziomy hałasu przekraczają określone prawem normy, celowo nie podejmuje działań zmierzających do ochrony tego miejsca przed hałasem, aby określony podmiot nie musiał wydatkować pieniędzy na wprowadzenie odpowiednich środków ochronnych (np. prezydent miasta na prawach powiatu, który jest formalnym zarządcą drogi oraz dyrektor zarządu dróg, czyli faktycznego zarządcy, uzgadniają, że nie będą budować ekranów akustycznych na określonym obszarze, gdyż dzięki temu miasto zaoszczędzi pieniądze)³⁸.

W braku dowodów na istnienie u sprawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego możliwe jest sięgnięcie do art. 231 § 3 k.k.³⁹ W odróżnieniu jednak od umyślnego typu przestępstwa niedopełnienia obowiązków, w przypadku odmiany nieumyślnej Kodeks karny wprowadził wymóg, by sprawca wyrządził istotną szkodę (w interesie publicznym lub prywatnym). Po pierwsze, szkoda musi więc efektywnie wystąpić, a po drugie – musi być istotna. „Istotna szkoda – stanowiąca znamię art. 231 § 3 k.k. – jest pojęciem ocennym, przy czym w wypadku wyrządzenia przez funkcjonariusza publicznego szkody o charakterze wyłącznie materialnym, ocena ta powinna być relatywizowana do sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, ale też powinna obiektywnie wyrażać się orientacyjnie wartością znaczną określoną w art. 115 § 5 k.k. Ponieważ jednak istotna szkoda – w rozumieniu art. 231 § 3 k.k. – nie ogranicza się tylko do szkody materialnej, i jest pojęciem szerszym, to o tym, na ile jest to szkoda istotna w konkretnych okolicznościach, mogą również decydować

³⁸ Trafnie podniósł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 30 stycznia 1980 r., sygn. VII KZP 41/78 (LEX nr 19607), że: „Korzyścią majątkową w rozumieniu art. 36 § 3 k.k. (z 1969 r. – przyp. aut.) – stanowiącą cel działania sprawcy – jest każde przysporzenie majątku sobie lub innej osobie albo uniknięcie w nim strat, z wyjątkiem jedynie tych wypadków, gdy korzyść taka przysługuje sprawcy lub innej osobie zgodnie z istniejącym w chwili czynu stosunkiem prawnym”. W podanym przykładzie dochodzi do wykonania czynu zabronionego wspólnie i w porozumieniu, a więc do współsprawstwa.

³⁹ W przypadku typu nieumyślnego „Funkcjonariusz publiczny nie ma zamiaru przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków ani działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, czyni to jednak albo w wyniku błędu co do zakresu uprawnień lub obowiązków, albo w wyniku nieświadomości, że takie przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków wiązać się będzie z działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Warunkiem realizacji znamion typu określonego w art. 231 § 3 k.k. jest obiektywnie rozumiana przewidywalność działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” (powoływany już wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. WA 32/10).

– obok faktycznej szkody materialnej – dodatkowe względy, stanowiące znaczną dolegliwość dla strony pokrzywdzonej⁴⁰. Trafnie podkreśla J. Lachowski, że przypadku oceny wagi szkody niemajątkowej należy brać pod uwagę takie same kryteria, którymi sąd kieruje się przy przyznawaniu zadośćuczynienia za krzywdę na gruncie prawa cywilnego⁴¹. W wyroku z dnia 18 grudnia 1975 r., sygn. I CR 862/75⁴² Sąd Najwyższy przyjął, że: „Przy określaniu wysokości zadośćuczynienia podstawowe znaczenie ma stopień natężenia krzywdy, a więc cierpienie fizycznych i ujemnych doznań psychicznych. Decyduje więc rodzaj, charakter i długootrwałość cierpienia fizycznych doznań przez poszkodowanego wskutek uszkodzenia ciała i rozstroju zdrowia. Poza tym ma tu znaczenie poczucie bezradności, utrata możliwości wykonywania pracy, korzystania z rozrywek itp.” Wydaje się, że przykładem wyrządzenia istotnej szkody w interesie prywatnym może być sytuacja, w której ponadnormatywny hałas obniża wartość nieruchomości sąsiadującej z drogą⁴³, a ponadto powoduje pogorszenie stanu zdrowia mieszkańców oraz ich cierpienia psychiczne (np. poczucie bezradności, beznadziei, brak możliwości odpoczynku itp.). Natomiast istotną szkodą w interesie publicznym może być w szczególności degradacja środowiska w przestrzeni publicznej (np. zaniechanie zamontowania ekranów akustycznych przy bardzo ruchliwej drodze przebiegającej obok uzdrowiska albo uczęszczanego przez wielu ludzi deptaka w centrum miasta, które powoduje, że hałas uniemożliwia normalne korzystanie z tych miejsc zgodnie z ich przeznaczeniem).

Uwagi końcowe

Jak wspomniałem we wstępie niniejszej pracy, hałas komunikacyjny jest jednym z największych problemów ekologicznych współczesnego świata. Rozwój sieci drogowych, równe nawierzchnie jezdni, które zachęcają do szybszej jazdy, powszechne korzystanie z własnych środków transportu itp. powodują, że wielu ludzi jest narażonych na hałas, którego poziom przekracza ustalone prawem normy (które notabene i tak są

⁴⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 38/03, LEX nr 82445.

⁴¹ J. Lachowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz. Art. 222–316, Warszawa 2017, nb. 85 do art. 231.

⁴² LEX nr 7781.

⁴³ Niewykluczone, że już sama szkoda majątkowa będzie istotna, czyli – jak chce tego Sąd Najwyższy (uchwała w sprawie I KZP 38/03) – jej wysokość będzie zbliżona do znacznej szkody w rozumieniu art. 115 § 7 w zw. z § 5 k.k.

znacznie wyższe niż zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia). W takim stanie rzeczy bardzo ważne jest dbanie o odpowiedni stan akustyczny środowiska. O istotności problemu świadczy to, że ochrona środowiska została zakotwiczona w Konstytucji RP. Oznacza to, że środowisko jest jedną z najważniejszych wartości społecznych. Przepisy ustawy – Prawo ochrony środowiska, a także aktów wykonawczych do niej, określają, kto i w jaki sposób ma przeciwdziałać negatywnym skutkom hałasu. Wadą tej ustawy jest, że w wielu przypadkach brak jest skutecznych (w sensie szybkości i pewności działania) środków wymuszających na podmiotach odpowiedzialnych wykonywanie ich obowiązków⁴⁴. Być może remedium na zaniechania w zakresie ochrony przed hałasem powinna być odpowiedzialność karna (zgodnie z zasadą subsydiarności prawa karnego). Brak jest jednak przepisów, które by odnosiły się konkretnie do tego problemu. W takim stanie rzeczy należy wykorzystywać dostępne środki, w szczególności przepisy karne, które zostały omówione powyżej. Konieczna jest również, jak się wydaje, zmiana podejścia sądów do opisanych tu przestępstw. Szczególnie rzuca się w oczy dysproporcja między liczbą stwierdzonych przestępstw stypizowanych w art. 231 k.k. a liczbą prawomocnych skazań za nie. W 2016 r. stwierdzono 2124 takie przestępstwa (w 2015 r. liczba ta wyniosła 3206)⁴⁵, podczas gdy prawomocnie skazano w tym roku tylko 190 osób (w 2015 r. były to 134 skazania)⁴⁶. Trudno bez dokładnych badań ustalić przyczynę tego stanu rzeczy, jednakże zestawienie tych statystyk prowadzi do wniosku, że coś w praktyce stosowania art. 231 szwankuje.

⁴⁴ Kwestia ta uwidacznia się szczególnie w sytuacjach, gdy ten sam podmiot jest jednocześnie zarządcą drogi i organem ochrony środowiska; tak jest np. w miastach na prawach powiatu (gdzie problem ponadnormatywnego hałasu z uwagi na gęstą zabudowę i rozbudowaną sieć dróg jest największy). W sytuacji takiego konfliktu interesów trudno wyobrazić sobie skuteczne egzekwowanie obowiązków z zakresu ochrony przed hałasem. Za skuteczny środek nie można też uznać roszczeń cywilnoprawnych przewidzianych w art. 323 p.o.ś., gdyż ich realizacja wiąże się z długotrwałym i kosztownym postępowaniem cywilnym.

⁴⁵ Dane Komendy Głównej Policji, <http://www.statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-10/63570,Naduzycie-wladzy-art-231.html> (dostęp: 15 października 2020 r.). Trzeba pamiętać, że od 2013 r. Policja gromadzi informacje wyłącznie w oparciu o postępowania przygotowawcze prowadzone przez tę instytucję.

⁴⁶ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,40.html> (dostęp: 15 października 2020 r.).

Bibliografia

1. Bortkiewicz A., Czaja N., Pozasłuchowe skutki działania hałasu ze szczególnym uwzględnieniem chorób układu krążenia, *Forum Medycyny Rodzinnej* 2018, nr 2.
2. Environmental Noise Guidelines for the European Region – Executive summary, World Health Organization 2018 (http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/383922/noise-guidelines-exec-sum-eng.pdf?ua=1).
3. Environmental noise in Europe – 2020, EEA Report No 22/2019, European Environment Agency 2020 (https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-noise-in-europe/at_download/file).
4. Exposure of Europe's population to environmental noise (<https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/exposure-to-and-annoyance-by-2/assessment-4>).
5. Furgalski A., Struzik A., Hałas to też zanieczyszczenie, (w:) Hałas komunikacyjny: źródła i metody przeciwdziałania, publikacja przygotowana przez Samorząd Województwa Mazowieckiego we współpracy z Zespołem Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. (https://www.mazovia.pl/downloadStat/gfx/mazovia/pl/defaultaktualnosc/226/3/1/halas_komunikacyjny-zrodla_i_metody_przeciwdzialania.pdf).
6. Gruszecka D., (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, red. J. Giezek, Warszawa 2014.
7. Guidelines for community noise, red. B. Berglund, T. Lindvall, D. H. Schwela, World Health Organization 1999 (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66217/a68672.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
8. Jakimowicz M., Drogowe ekrany akustyczne – bezpieczeństwo użytkowania, *Autobusy. Technika, Eksploatacja, Systemy Transportowe* 2016, nr 12.
9. Jerzmański J., (w:) M. Górski i in., *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2019.
10. Lachowski J., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz. Art. 222–316*, Warszawa 2017.
11. Leśnikowska-Matusiak I., Wnuk A., Wpływ hałasu komunikacyjnego na stan środowiska akustycznego człowieka, *Transport Samochodowy* 2014, nr 3.
12. Maciejko W., Zaborniak P., *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
13. Makowski W., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937.
14. *Mały Rocznik Statystyczny Polski*, Warszawa 2020.

15. Pawlas K., Hałas jako czynnik zanieczyszczający środowisko – aspekty medyczne, *Medycyna Środowiskowa* 2015, nr 4.
16. Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936.
17. Poland noise fact sheet 2019 (<https://www.eea.europa.eu/themes/human/noise/noise-fact-sheets/noise-country-fact-sheets-2019/Poland>).
18. Radecki W., (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2010.
19. Sadowski J., *Kształtowanie klimatu akustycznego środowiska i jego ochrona przed hałasem i drganiami*, *Prace Instytutu Techniki Budowlanej* 1999, nr 2–3.
20. Siewierski M., (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
21. Sobczak J., (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.

Criminal liability for failure to take steps protecting from excessive road noise

Abstract

This paper explores criminal liability that is likely to arise for persons, who must provide protection from environmental noise exposure but fail to take steps protecting from excessive road noise. Environmental protection regulations governing protection from noise, as well as criminal laws that may apply to an omission to act, are examined.

Key words

Protection of environment from noise, excessive noise, criminal liability for a failure to provide protection from noise.

Iwona Sepiolo-Jankowska

Wpływ prawa unijnego na polskie rozwiązania w zakresie prawno-karnej ochrony interesów finansowych w Unii Europejskiej¹

Streszczenie

Przedmiotem niniejszych rozważań jest zagadnienie, czy normy prawa europejskiego nie narzucają modelu odpowiedzialności za czyny naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej, czy UE nie wymaga od polskiego ustawodawstwa wprost, by wprowadzane za tego rodzaju naruszenia sankcje miały charakter karny. Istnienie bowiem wymogu ochrony finansów unijnych za pomocą sankcji karnych, rodziłoby przekonanie, że państwa członkowskie nie mają swobody w wyborze modelu odpowiedzialności przynajmniej w zakresie ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej.

Uwagi wstępne

Już na początku tworzenia się prawa wspólnotowego istniało przekonanie, że prawo karne to „klasyczny przykład obszaru, który jest wolny od przenikliwych wpływów prawa wspólnotowego”². Dlatego też wśród postanowień prawa pierwotnego, w szczególności w traktatach ustanawiających Wspólnoty, brak było podstaw dotyczących przekazania Wspólnocie uprawnień z zakresu prawa karnego. Dodatkowo, w sprawie Casati – w orzeczeniu wydanym w 1981 roku – Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że „(...) co do zasady, ustawodawstwo w sprawach karnych i zasady procedury karnej są sprawami, w których państwa członkowskie są nadal odpowiedzialne”³. Z drugiej strony istniało przeświadczenie o potrzebie zwalczania przestępczości ekonomicznej uderzającej w bu-

¹ Używanie w tym artykule terminologii odnoszącej się do Wspólnoty Europejskiej spowodowane jest omawianiem aktów prawnych przyjętych przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony, w czasach gdy prawo unijne funkcjonowało w reżimach prawnych 3 filarów Unii.

² E. B a k e r, Taking Criminal Law Seriously, Criminal Law Review 1998, June, s. 362.

³ Orzeczenie nr 203/80, Criminal proceedings against Guerrino Casati, ECR 2595.

dżet WE. Ochrona dobra prawnego, jakim są interesy finansowe UE jest zagadnieniem będącym przedmiotem zainteresowania zarówno I, jak i III filaru UE. Obecnie przepisy dotyczące ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej zawarte są w prawie traktatowym, a więc wspólnotowym i unijnym prawie pierwotnym, konwencjach UE, wspólnotowym prawie wtórnym i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (*case law*). Członkostwo w UE niesie za sobą obowiązek pełnej akceptacji *acquis communautaire* przez państwa członkowskie.

Kształtowanie się prawa unijnego w zakresie karnoprawnej ochrony finansów unijnych

Pomimo, iż Traktaty konstytuujące Wspólnoty Europejskie nie wspominały jeszcze o potrzebie zwalczania nadużyć finansowych⁴, to już w latach 60. pojawiały się postulaty stworzenia podstaw prawnych ochrony karnej dla środków finansowych EWG⁵. Pierwszą inicjatywą mającą na celu ochronę wspólnotowych interesów finansowych były prace grupy roboczej powołanej w ramach EWG, zw. „Trybunał Sprawiedliwości i ochrona karna” (franc. *Cour de Justice et protection pénale*). Jej celem była harmonizacja prawa karnego państw członkowskich w zakresie zwalczania nadużyć finansowych⁶. Efektem tych prac był projekt Traktatu o Przestępstwach Europejskich (ang. *European Crime Treaty*)⁷. W założeniach tego projektu było zobowiązanie państw członkowskich do zwalczania za pomocą przepisów karnych nadużyć na szkodę EWG, w takim stopniu, jakby nadużycia te były popełnione

⁴ Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali zawarty w Paryżu w 1951 r., Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej zawarty w Rzymie w 1957 r., Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej zawarty w Rzymie w 1957 r. (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/3).

⁵ W latach 60. i 70. ujawniono wyłudzenia niemal połowy subwencji przeznaczonych w EWG na cele gospodarcze i socjalne. Zob. *Kriminologische und kriminalistische Aspekte Subventionserschleichung*, Hamburg 1974.

⁶ Znaczące szkody dla budżetu Wspólnot wiązały się głównie z wyłudzeniami zwrotu podatku VAT z tytułu eksportu, przemytem, fałszowaniem danych na temat pochodzenia towarów. W 2003 r. zakończyło się dochodzenie OLAF w sprawie uniknięcia zapłaty przez importera ceł antydumpingowych na kwotę ponad 5 mln euro. Do UE importowany był związek chemiczny pochodzący z Chin z naruszeniem rozporządzenia antydumpingowego. Deklaracje o pochodzeniu towaru okazały się fałszywe. Zob. Press Release DN: OLAF/03/7, Brussels 19.03.2003 r.

⁷ Projekt Traktatu zmieniającego Traktaty o ustanowieniu Wspólnot Europejskich, umożliwiający przyjęcie wspólnych przepisów dotyczących ochrony interesów finansowych Wspólnot prawodawstwem karnym i ściganie naruszeń przepisów traktatów, Dz. Urz. WE C 222 z dnia 22 września 1976 r.

na ich terytorium⁸. Główne założenia Traktatu z 1976 r. zostały przyjęte przez PE, w ramach raportu Parlamentu Europejskiego sporządzonego przez Komisję ds. Prawnych i Praw Obywatelskich w sprawie relacji pomiędzy prawem Wspólnot a prawem karnym⁹.

W tym okresie *Common Agricultural Policy* (Wspólna Polityka Agrarna, CAP) podjęła inicjatywę mającą na celu stworzenie ochrony prawnej interesom finansowym instytucji WE¹⁰. W szczególności inicjatywa europejska widziała potrzebę podjęcia działań na szczeblu międzynarodowym, mających na celu wykrywanie oraz karanie oszustw, korupcji i nieprawidłowości celnych, podatkowych oraz naruszeń związanych z niewłaściwym wykorzystaniem środków wspólnotowych. Jednocześnie w latach 80. Parlament Europejski publikował raporty dotyczące zwalczania nadużyć finansowych Wspólnot. W 1984 r. został wydany Raport Parlamentu Europejskiego w sprawie nadużyć finansowych przeciwko budżetowi Wspólnoty (zwany raportem Gaberta)¹¹. W raporcie tym Parlament zwracał uwagę na potrzebę harmonizacji porządku prawnego. W kolejnym raporcie zaś (raport Guerneura)¹² postulował za przyznaniem zasady asymilacji (ekwiwalentno-

⁸ J. Łacny, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki spójności*, Warszawa 2010, w. 58.

⁹ Dokument 531/76.

¹⁰ D. Ruimschotel, *The EC budget: Ten Per Cent Fraud? A Policy Analysis Approach*, *Journal of Common Market Studies* 1994, vol. 32, nr 3, s. 319, za: A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym*, Białystok 2011, s. 315. Zob. także literaturę na temat ochrony interesów finansowych UE: B. Srebro, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, Kraków 2005; B. Srebro, *Prawnokarne rozwiązania w zakresie ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej – stan obecny i perspektywy*, (w:) A. Górski, A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, Warszawa 2006; J. Łacny, *Ochrona interesów finansowych UE – działalność Europejskiego Biura ds. Zwalczania Oszustw (OLAF)*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 2003, nr 2, s. 5; J. Łacny, *Działania naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej*, (w:) W. Czaplinski, A. Wróbel (red.), *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i karnych*, Warszawa 2007; M. Delmas-Marty, *Guest Editorial. Combatting Fraud – Necessity, Legitimacy and Feasibility of the Corpus Iuris*, *CMLR* 2000, vol. 37, s. 247–256; M. Delmas-Marty, *The European Union and Penal Law*, *ELJ* 1998, vol. 4, no. 1, s. 87–106; A. Sakowicz, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej jako zagadnienie istotne dla partnerstwa publiczno-prawnego*, (w:) M. Perkowski (red.), *Partnerstwo publiczno-prawne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Białystok 2007, s. 148–160; J. Skorupka, *Podstawy karnoprawnej ochrony interesów finansowych wspólnot europejskich*, *Prok. i Pr.* 2004, nr 6, s. 46–59.

¹¹ Raport sporządzony przez Komisję ds. Kontroli Budżetowej, Dokument 1–1346/93.

¹² Raport Parlamentu Europejskiego z 1987 r. sporządzony przez Komisję ds. Kontroli Budżetowej w sprawie środków przeciwko nadużyciom finansowym szczególnie naruszającym budżet Wspólnoty. Dokument A2–251/86.

ści) mocy prawnej. Istotne także, że Parlament w raporcie tym opowiadał się za kryminalizacją w prawie krajowym oszustw subwencyjnych na szkodę środków finansowych z budżetu EWG.

Co istotne, w ramach dyskusji na temat zwalczania nadużyć finansowych, pojawiły się głosy państw członkowskich, sprzeciwiające się przeniesieniu kompetencji w zakresie karnoprawnej ochrony interesów finansowych na Wspólnoty oraz kwestionujące uprawnienia Wspólnot do przyjmowania przepisów w tej sferze¹³. Argumentem przeciwko kryminalizacji był fakt, że czyny godzące w interesy finansowe Wspólnot skierowane są przeciwko wartościom, które mają wymiar ponadnarodowy oraz to, że przestępstwa te mają charakter transgraniczny i należą do grupy przestępstw zorganizowanych, a tego rodzaju naruszeniom nie są w stanie przeciwdziałać niejednolite systemy państw członkowskich¹⁴. Pomimo, tych zastrzeżeń, Traktat z Maastricht – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE, 1992) wprowadził do prawa wspólnotowego pojęcie „interesów finansowych Wspólnot Europejskich”. TWE zobowiązywał państwa członkowskie i Wspólnotę na podstawie art. 209 TWE do zwalczania nadużyć finansowych naruszających interesy finansowe Wspólnoty. Przepis art. 209a (obecnie art. 325 TfUE) stanowił, że „Państwa Członkowskie podejmują takie same środki do zwalczania nadużyć finansowych naruszających interesy finansowe Wspólnoty, jakie podejmują do zwalczania nadużyć finansowych naruszających ich własne interesy finansowe. Z zastrzeżeniem innych postanowień niniejszego Traktatu, Państwa Członkowskie koordynują swoje działania zmierzające do ochrony interesów finansowych Wspólnoty przed nadużyciami finansowymi. W tym celu organizują z Komisją ścisłą i regularną współpracę między właściwymi władzami”. Wraz z wprowadzeniem tego przepisu na państwa członkowskie zostały zatem nałożone dwa obowiązki.

Kwestia zwalczania nadużyć finansowych stała się także przedmiotem orzeczeń Trybunału¹⁵. I tak w sprawie Komisja przeciwko Grecji¹⁶, ETS

¹³ M. DeImas-Marty, *What Kind of Criminal Policy for Europe*, Haque 1996; P. Cullen, *Enlarging the fight against Fraud in the European Union: Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries*, Trier 2004; J. A. E. Vervaele, *Fraud against the Community: Need for European fraud legislation*, Deventer–Boston 1992.

¹⁴ J. Łacny, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki spójności*, Warszawa 2010, s. 60–61.

¹⁵ Początkowo jednak, Trybunał ograniczał się jedynie do zaleceń, że państwa członkowskie powinny podejmować wszelkie środki niezbędne dla zapewnienia realizacji przepisów prawa wspólnotowego (dawny art. 5 TEWG, obecnie art. 4 ust. 3 TUE). Zob. Wyrok z dnia 2 lutego 1977 r. w sprawie 50–76 Amsterdam Bulb BV, Rec. 1977, s. 137.

stwierdził, że Grecja wbrew zasadzie lojalności (art. 10 TWE) nie wszczynając postępowania karnego w stosunku do osób uczestniczących w nadużyciu finansowym na szkodę interesów finansowych Wspólnot, nie podjęła koniecznych środków do zagwarantowania efektywności prawa wspólnotowego¹⁷. Naruszenie obowiązków państwa członkowskiego polegało w tym przypadku na zaniechaniu udostępnienia Wspólnocie należnych jej zasobów własnych w postaci opłat rolnych (obecnie ceł), w sytuacji gdy kontyngenty jugosłowiańskiej kukurydzy, deklarowane jako będące pochodzenia greckiego, zostały wyeksportowane do innego państwa członkowskiego. Trybunał stwierdził, że Grecja nie wypełniła obowiązku ukarania osoby, która naruszyła prawo wspólnotowe, w taki sposób, w jaki karzą osoby naruszające ustawodawstwo krajowe. Na kanwie tego orzeczenia, Trybunał sformułował ogólne zasady dotyczące zobowiązań państw członkowskich w przypadku naruszenia prawa wspólnotowego w kontekście ochrony interesów finansowych Wspólnot. W orzeczeniu tym czytamy, iż: „w przypadku, gdy prawo wspólnotowe nie przewiduje żadnych specyficznych sankcji za naruszenie prawa wspólnotowego lub odwołuje się w tym zakresie do krajowych ustaw, rozporządzeń lub przepisów administracyjnych, art. 5 Traktatu wymaga, aby państwa członkowskie podejmowały wszelkie niezbędne środki, które zagwarantują stosowanie oraz efektywność prawa wspólnotowego. W tym celu, podczas gdy wybór sankcji pozostawiony jest ich uznaniu, muszą one w szczególności zapewnić, by za naruszenia prawa wspólnotowego były nakładane sankcje na warunkach zarówno proceduralnych, jak i materialnych, które są analogiczne do sankcji stosowanych w przypadku naruszeń prawa krajowego podobnej natury i wagi oraz, by w każdym przypadku, zastosowane sankcje były skuteczne, proporcjonalne oraz odstraszejące”.

¹⁶ Orzeczenie z dnia 21 września 1989 r. w sprawie 68/88 [1989] ECR 2965. Wyrok ten pokazuje, że stanowisko Trybunału, który do tej pory pozostawiał państwo członkowskim swobodę w zakresie wyboru sankcji została znacznie ograniczona. Na temat orzeczenia zob. A. Górski, A. Sakowicz, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, (w:) A. Górski (red.), A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 57; G. Dannecker, *Proces harmonizacji prawa karnego w państwach europejskich z niemieckiego punktu widzenia*, (w:) A. Eser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998, s. 323–324.

¹⁷ Szerzej o zasadzie z art. 10 zob. A. Wróbel, *Podstawowe zasady prawa Wspólnot Europejskich*, (w:) *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, Kraków 2002, s. 71–76; A. Wyrozumska, *Państwa członkowskie a Unia Europejska*, (w:) J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2002, s. 286–287.

W ocenie Trybunału, zasada lojalności (art. 10 TWE) nakłada na państwa członkowskie obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego nawet, gdy prawodawstwo wspólnotowe nie wprowadza własnych sankcji za jego naruszenia ani nie odsyła do krajowych ustaw, rozporządzeń lub przepisów administracyjnych¹⁸. W przypadku zatem, gdy wybór sankcji pozostaje w zakresie uznania państwa członkowskiego, jest ono zobowiązane do użycia sankcji analogicznej do tej stosowanej do naruszeń prawa krajowego o tożsamym charakterze (zasada asymilacji). Co istotne jednak, w wyroku tym czytamy, że stosowane przez państwa członkowskie kary muszą być efektywne, proporcjonalne i odstraszające, tak by służyły zapewnieniu przestrzegania i efektywności prawa wspólnotowego (zasada efektywności). W tym znaczeniu, że skuteczność sankcji odnosi się do jej efektywności, proporcjonalność do wagi naruszenia, a efekt odstraszający do ich prewencyjnego oddziaływania¹⁹.

Doniosłość i waga sformułowanych przez Trybunał zasad asymilacji i efektywności została potwierdzona poprzez włączenie ich do prawa wspólnotowego przez Traktat z Maastricht. Traktat Amsterdamski dodawał do postanowienia z art. 280 TWE ust. 1, w myśl którego zarówno instytucje wspólnotowe, jak i państwa członkowskie są zobowiązane do zwalczania nadużyć finansowych i wszelkich innych nielegalnych działań naruszających interesy finansowe za pomocą skutecznych i odstraszających środków (art. 280 ust. 1 TWE)²⁰. Traktat z Amsterdamu przyznawał

¹⁸ W tym okresie obowiązek ochrony interesów finansowych Wspólnoty nie miał jeszcze traktatowych podstaw prawnych.

¹⁹ E. Zielińska, Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej, (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*, Warszawa 2006, s. 693.

²⁰ Art. 280 TWE brzmi: „ust. 1. Wspólnota i Państwa Członkowskie zwalczają nadużycia finansowe i wszelkie inne działania nielegalne naruszające interesy finansowe Wspólnoty za pomocą środków podejmowanych zgodnie z niniejszym artykułem, które mają skutek odstraszający i zapewniają skuteczną ochronę w Państwach Członkowskich. ust. 2. Państwa Członkowskie podejmują takie same środki do zwalczania nadużyć finansowych naruszających interesy finansowe Wspólnoty, jakie podejmują do zwalczania nadużyć finansowych naruszających ich własne interesy finansowe. ust. 3. Z zastrzeżeniem innych postanowień niniejszego Traktatu, Państwa Członkowskie koordynują swoje działania zmierzające do ochrony interesów finansowych Wspólnoty przed nadużyciami finansowymi. W tym celu organizują z Komisją ścisłą i regularną współpracę między właściwymi władzami. ust. 4. Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą określoną w artykule 251, po konsultacji z Trybunałem Obrachunkowym, uchwała niezbędne środki w dziedzinach zapobiegania nadużyciom finansowym naruszającym interesy finansowe Wspólnoty i zwalczania tych nadużyć w celu zapewnienia skutecznej i równoważnej ochrony w Państwach Członkowskich. Środki te nie dotyczą ani stosowania krajowego prawa karnego, ani krajowej administracji wymiaru sprawiedliwości. ust. 5.

również Radzie kompetencje do stanowienia niezbędnych środków (stanowienia aktów prawnych) w dziedzinie zapobiegania efektywnej i równoważnej ochrony w państwach członkowskich (art. 280 ust. 4 TWE zdanie pierwsze). Według niektórych celem tego przepisu nie było przekazanie Wspólnocie żadnych kompetencji do przyjmowania prawa karnego²¹. Jednakże art. 280 TWE upoważniał Wspólnotę do podjęcia działań zobowiązujących państwa członkowskie do wprowadzenia w krajowych ustawodawstwach znamion przestępstw naruszających interesy finansowe WE oraz odpowiednich sankcji karnych. Nawet, w 2001 r. Komisja przedstawiła projekt dyrektywy w sprawie karnoprawnej ochrony interesów finansowych Wspólnoty, zaś podstawą prawną tego projektu był właśnie ten przepis. Z uwagi na brak zainteresowania ze strony państw członkowskich praca nad tym projektem została zawieszona. Jednakże postanowienie art. 280 ust. 4 TWE stało się podstawą prawną przyjęcia projektu dyrektywy o prawo-karnej ochronie interesów finansowych²². Od tego momentu zwalczanie nadużyć finansowych miało być prowadzone nie tylko przez państwa członkowskie, ale także przez Wspólnotę. Państwa członkowskie zostały także zobowiązane do stosowania odstraszających i skutecznych środków. Można zatem przyjąć, że jeżeli państwa członkowskie nie chronią krajowych interesów finansowych w sposób skuteczny (wymóg asymilacji), to standard ochrony może ograniczać się jedynie do spełnienia wymogu skuteczności, który wymaga podejmowania efektywnych działań zapewniających ochronę interesów finansowych Wspólnoty. Obecnie, art. 325 ust. 4 TFUE stanowi, że „Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, po konsultacji z Trybunałem Obrachunkowym, uchwalają niezbędne środki w dziedzinach zapobiegania nadużyciom finansowym naruszającym interesy finansowe Unii i zwalczania tych nadużyć w celu zapewnienia skutecznej i równoważnej ochrony w Państwach Członkowskich oraz we

Komisja, we współpracy z Państwami Członkowskimi kieruje corocznie do Parlamentu Europejskiego i Rady sprawozdanie w sprawie środków podjętych w celu wykonania niniejszego artykułu”. Tekst dostępny na <https://polskawue.gov.pl> (odczyt na dzień 4 maja 2014 r.).

²¹ Tak: H. Hugger, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, EJCCLCJ 1995, nr 3, s. 243; M. Kaiafa-Gbandi, *The Development towards Harmonization within Criminal Law in the European Union – A Citizen's Perspective*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, nr 4, s. 257. Odmiennie: J. Skomerska-Muchowska, *Unia Europejska – integracja gospodarcza a prawo karne*, (w:) C. Mik (red.), *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI w.*, TNOiK, Toruń 2002.

²² COM (2001) 272 final (Dz. Urz. WE C 240 E z dnia 28 sierpnia 2001 r., s. 125).

wszystkich instytucjach, organach i jednostkach organizacyjnych Unii”. Brak tu jednak odesłania do prawa karnego ustawodawstw państw członkowskich.

Dopiero w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie *Commission v Council (C-209/97)*²³ ETS wskazuje, że zgodnie z zasadą lojalności (solidarności) wyrażoną w art. 10 TWE, państwa członkowskie mają obowiązek podejmowania wszelkich skutecznych środków do sankcjonowania zachowań godzących w interesy finansowe Wspólnoty. Trybunał stwierdził, że ochrona interesów finansowych Wspólnoty jest niezależnym celem do osiągnięcia przez Wspólnotę i państwa członkowskie, umiejscowionym w Tytule II „Przepisy finansowe” Części V TWE („Instytucje Wspólnoty”).

Analizując orzecznictwo, nasuwa się spostrzeżenie, że najczęściej Trybunał ogranicza się do stwierdzenia, iż sankcje za naruszenia przepisów prawa wspólnotowego powinny realizować postulat asymilacji i być wymierzone przez państwa członkowskie na takich samych warunkach, jakie są stosowane w przypadku naruszeń prawa krajowego. W orzecznictwie spotkać można jednak wyroki, w których Trybunał wskazuje najwłaściwszy rodzaj sankcji. Na kanwie wyroku z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie *Criminal proceedings against Maria Amelia Nunes and Evangelina de Matos*²⁴ ETS wskazał, że w celu ochrony interesów finansowych Wspólnot państwa członkowskie powinny sięgać nawet po sankcje karne, niezależnie od tego, czy prawo wspólnotowe przewiduje ten rodzaj odpowiedzialności (czy ogranicza się jedynie do sankcji cywilnych i administracyjnych). W ocenie Trybunału sankcje wymierzone w celu zapewnienia ochrony interesów finansowych państw członkowskich powinny być skuteczne i odstrasżające. Nie tylko zatem sankcje cywilne i administracyjne winny mieć zastosowanie w przypadku tych naruszeń, ale także, jeżeli jest to konieczne w celu wykonania prawa wspólnotowego, sięgać można po sankcje karne (pkt. 14 orzeczenia).

Od wydania orzeczeń w sprawie *Van Gend en Loos*²⁵ Costa przeciwko ENEL²⁶ nie ma już wątpliwości, że państwa członkowskie stały się zobowiązane do zapewnienia zgodności prawa krajowego z prawem

²³ Zb. Orz. 1999, s. I-8067, pkt 29.

²⁴ C – 186/98, Zb. Orz. 1999, s. I-4883, pkt 9 i 14. Zob. też komentarz Ch. Harding, *Exploring the intersection of European Law national criminal law*, *European Law Review* 2000, nr 25, s. 380.

²⁵ C-26/62 *N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos* przeciwko *Holenderska Administracja Podatkowa*, ECR 1963, s. 1.

²⁶ C – 6/64 *Flamino Costa* przeciwko ENEL ECR 1964, s. 585.

wspólnotowym²⁷. Z uwagi na brak kompetencji Wspólnot w zakresie stanowienia norm karnych, wprowadzenie sankcji karnych należy do zadań państw członkowskich. Trybunał Sprawiedliwości nie podejmuje jednak próby zdefiniowania kryteriów sankcji. Można zatem przyjąć, że państwa członkowskie mają pewną swobodę w kształtowaniu wymiaru sankcji karnych w krajowym ustawodawstwie. Świadczy to o małej ingerencji w systemy prawa karnego państw członkowskich. Słusznie jednak przyjmuje się, że wymogi skuteczności i proporcjonalności muszą interpretowane być tak, jak rozumie się je w krajowej nauce prawa karnego²⁸. Wprowadzenie bowiem pewnego standardu sankcji w tym zakresie, powoduje, że przepisy krajowe przyjęte w celu implementacji aktu harmonizującego mogą być przedmiotem kontroli sądowej dokonywanej przez TS²⁹.

Już art. K.3. ust. 2 pkt c Traktatu z Maastricht zapowiadał przyjęcie konwencji mających na celu zbliżenie ustawodawstw karnych państw członkowskich. I tak zwalczanie korupcji i nadużyć finansowych ostatecznie stały się przedmiotem następujących regulacji: Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r.³⁰, trzech protokołów³¹ oraz Konwencji z dnia 26 maja 1997 r. w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej³².

²⁷ O relacji między prawem krajowym a prawem wspólnotowym Zob. S. F. Perdersen, T. Elholm, L. Kolze, *The Effect of Community Law on National Criminal Law*, EJCCLCJ 1999, nr 2; R. Guldenmund, Ch. Harding, A. Sherlock, *The European Community and Criminal Law*, (w:) *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford 1995.

²⁸ M. Szwarc-Kuczer, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie harmonizacji prawa karnego materialnego*, Warszawa 2011, s. 176.

²⁹ W trybie procedury pytania wstępnego z art. 267 TFUE lub w trybie skargi bezpośredniej z art. 258 TFUE.

³⁰ Dz. U. WE C Nr 316 z dnia 27.11.1995 r., s. 49–57, Tekst dostępny, (w:) *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty Karne*, pod red. E. Zielińskiej, Warszawa 2000, s. 215–252.

³¹ Z dnia 27 września 1996 r. (odnośnie do odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych UE oraz funkcjonariuszy poszczególnych państw członkowskich za czyny powodujące lub mogące powodować szkodę majątkową dla interesów finansowych Wspólnot Europejskich), Dz. U. WE C Nr 313 z dnia 23 października 1996 r.; z dnia 19 czerwca 1997 r. (określający zasady odpowiedzialności karnej osób prawnych za oszustwo, korupcję i pranie brudnych pieniędzy), Dz. U. WE C Nr 221 z dnia 19 lipca 1997 r.; z dnia 29 listopada 1996 r. w sprawie wykładni w trybie prejudycjalnym przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich, Dz. U. WE C 151 z dnia 20 maja 1997 r.

³² Dz. U. WE C 195 z dnia 25 czerwca 1997 r.

Warto zauważyć, że tak jak TWE tworzył jedynie ramy do ochrony, to Konwencja zawiera już szczegółowe wytyczne. W preambule do Konwencji z 1995 roku wskazuje się, że jej ustanowienie wynika z przekonania o „konieczności ujęcia tych działań jako czynów przestępczych (naruszających interesy finansowe Wspólnot Europejskich – dop. Autorki) podlegających efektywnym, proporcjonalnym i odstręczającym sankcjom karnym, co nie stoi na przeszkodzie stosowaniu innych sankcji w odpowiednich przypadkach, a także o potrzebie wprowadzenia, przynajmniej w odniesieniu do poważnych przestępstw, kar pozbawienia wolności mogących doprowadzić do ekstradycji”³³. W preambule do Konwencji państwa członkowskie wyrażają przekonanie, że ochrona interesów finansowych Wspólnot Europejskich wymaga prowadzenia postępowań karnych (*tiret* 4 preambuły do Konwencji). Wyrażono tym samym przekonanie, że ochrona interesów finansowych powinna odbywać się za pomocą przepisów prawa karnego. W tym celu, za konieczne uznano wprowadzenie definicji przestępstw naruszających interesy finansowe oraz ustanowienie podstaw prawnych do orzeczenia sankcji karnych. W doktrynie wskazuje się, że celem tej regulacji jest zapewnienie skuteczności zwalczania czynów naruszających interesy finansowe Unii, traktowanie czynów naruszających dyscyplinę finansów Unii tak, jak czynów wymierzonych przeciwko krajowym interesom finansowym oraz zapewnienie, że czyny te będą traktowane w podobny sposób we wszystkich państwach członkowskich³⁴.

Konwencja z 1995 r. zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia w zakresie swoich ustawodawstw kryminalizacji nadużycia finansowego, którego definicja zawiera art. 1 ust. 1a Konwencji. Wprowadzenie tej definicji zobowiązuje państwa członkowskie do jej uwzględnienia w krajowych przepisach karnych. W definicji tej wyróżnia się dwie postacie nadużycia finansowego: nadużycie finansowe w zakresie wydatków

³³ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 22 października 2004 r. o ratyfikacji Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Brukseli dnia 26 lipca 1995 r., Protokołu do konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., sporządzonego w Dublinie dnia 27 września 1996 r., Protokołu w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., sporządzonego w Brukseli dnia 29 listopada 1996 r., oraz Drugiego Protokołu do konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., sporządzonego w Brukseli dnia 19 czerwca 1997 r., prace Sejmu IV kadencji, druk nr 3197.

³⁴ J. Ł a c n y, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki społecznej*, Warszawa 2010, s. 295.

i nadużycie finansowe w zakresie przychodów budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich.

Kolejna zmiana w przepisach dot. interesów finansowych UE nastąpiła Traktatem z Lizbony z 2007 r. (wszedł w życie w 2009 r.). Na podstawie tego Traktatu, z art. 325 TFUE (dawnego art. 280 TWE) wykreślono wymóg, by środki przyjmowane przez Radę w celu zapobiegania nadużyciom finansowym naruszającym interesy finansowe UE i zwalczania tych nadużyć nie mogły dotyczyć stosowania krajowego prawa karnego ani krajowej administracji wymiaru sprawiedliwości. Nadal widniało zastrzeżenie, że tego rodzaju środki mają zapewnić skuteczną ochronę interesów finansowych Unii nie tylko w państwach członkowskich, ale także we wszystkich instytucjach, organach jednostek organizacyjnych UE³⁵. Dodatkowo w art. 86 TFUE wprowadzono podstawę prawną umożliwiającą utworzenie Prokuratury Europejskiej w celu zwalczania przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii. Zgodnie z ust. 4 właściwość rzeczowa Prokuratury Europejskiej może być rozszerzona na poważne przestępstwa o wymiarze transgranicznym.

Z powyższych aktów prawnych przyjętych przez Unię Europejską, a w szczególności z definicji czynów naruszających interesy finansowe można przyjąć, że przedmiotem ochrony tych regulacji jest budżet ogólny Unii Europejskiej³⁶. Mające zaś na uwadze definicję nadużycia finansowego (art. 1 ust. 1 a Konwencji z 1995 r.), zasadny jest wniosek, że UE poprzez wprowadzone regulacje chroni środki znajdujące się już w budżecie, jak i środki będące należnymi przychodami budżetu WE, które sprawca bezprawnie umniejsza.

W celu zunifikowania prawa karnego państw członkowskich w zakresie ochrony interesów finansowych UE podjęto prace nad projektem *Corpus Iuris* (zwany dalej CI)³⁷. Ostateczna wersja została opracowana podczas konferencji w European University Institute we Florencji w 2000 r.³⁸ Celem

³⁵ J. Ł a c n y, Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki spójności, Warszawa 2010, s. 88.

³⁶ O budżecie ogólnym zob. A. G ó r s k i, A. S a k o w i c z, Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej, (w:) A. G ó r s k i (red.), A. S a k o w i c z (red.), Zwalczenie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych, Warszawa 2006, s. 53 i n.; L. O r ę z i a k, Budżet Wspólnot Europejskich, Handel Zagraniczny 1993, nr 4, s. 14–16; L. O r ę z i a k, System finansowy Wspólnot Europejskich, (w:) E. K a w e c k a - W y r z y k o w s k a, E. S y n o w i e c (red.), Unia Europejska. Przygotowanie Polski do członkostwa, Warszawa 2001, s. 463–466; P. W i e c z o r e k, Budżet Wspólnot Europejskich, Kontrola Państwowa 2002, nr 6, s. 53–58.

³⁷ Nazwa pochodzi o łacińskiego skrótu *Corpus Iris ad defendendo utilitates oeconomicus Unionis Europaea* (Zbiór praw dla ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej).

³⁸ Dlatego nazywany *Corpus Iuris* 2000 lub wersja florencka.

tego projektu było przeprowadzenie analizy regulacji prawnych stosowanych przez państwa członkowskie dla celów ścigania i karania przestępstw naruszających interesy finansowe Wspólnoty³⁹. Projekt CI składał się z 3 części. W części pierwszej „Prawo karne – część szczególna” wymieniał następujące przestępstwa: oszustwo na szkodę budżetu wspólnotowego/nadużycie finansowe (art. 1 CI), oszustwo w dziedzinie zawierania umów (art. 2 CI), pranie pieniędzy i paserstwo (art. 3 CI), udział w związku przestępczym mającym na celu wyrządzenie szkody budżetowi WE (art. 4 CI). Oprócz powyższych przestępstw powszechnych, których sprawcą może być każdy, CI przewidywał także przestępstwa indywidualne (które popełnić mogą urzędnicy): korupcja (art. 5 CI), sprzeniewierzenie funduszy (art. 6 CI), nadużycie stanowiska (art. 7 CI), ujawnienie tajemnicy służbowej (art. 8 CI). W części drugiej „Prawo karne – część ogólna” zawarto regulacje dot. kwestii odpowiedzialności karnej oraz zagadnienia dot. kar i środków karnych (art. 9–17 CI)⁴⁰. W ostatniej części przewidziano głównie przepisy o Prokuraturze Europejskiej⁴¹. Art. 18 ust. 1 CI przewidywał powołanie Europejskiego Prokuratora Publicznego (*European Public Prosecutor – EPP*), odpowiedzialnego za czynności procesowe w zakresie ścigania przestępstw na szkodę interesów finansowych Unii⁴². Zadaniem Prokuratury było prowadzenie, kierowanie i koordynowanie dochodzeń i śledztw prowadzonych w sprawach przestępstw określonych w przepisach materialnych CI. Do sądów krajowych miało należeć natomiast wydawanie orzeczeń w sprawach prowadzonych przez Europejskich Prokuratorów⁴³. Projekt nigdy jednak nie doczekał się procedury legislacyjnej. Powodem takiego stanu rzeczy stał się

³⁹ J. Spencer, *The Corpus Juris Project and the Wight against budgetary fraud*, Cambridge Yearbook of European Legal studies 1998 (vol.1); W. Tupman, *The search for supra-national solutions: investigating fraud against the European budget*, Journal of Financial Crime 1997, vol. 5, nr 2, s. 43; A. H. Sherlock, *Controlling fraud within the European Community*, ELR 1991, vol. 16, nr 1, s. 20.

⁴⁰ C. Nowak, *Oszustwo i korupcja w Corpus Juris a prawo polskie*, (w:) J. C. Ferré Olivé (red.), E. Musco, B. Kunicka-Michalska, J. Almeida Cabral Y Otros, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delictos financieros, fraude y corrupción eu Europa*, vol. 1, Salamanca 2002, s. 203 i n.; J. Łacny, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki spójności*, Warszawa 2010, s. 70 i n.

⁴¹ Szerzej o tej instytucji zob. C. Nowak (red.), *Ochrona interesów finansowych a przemiany instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.

⁴² Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, Brussels, 11.12.2001, COM (2001) 715 final.

⁴³ C. Van Den Wyngaert, *Eurojust and the European Public Prosecutor*, (w:) N. Walker (red.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford 2004, s. 215.

brak podstaw prawnych dla przyjęcia takiego aktu. Idea utworzenia Prokuratury Europejskiej przewijała się później w projektach Traktatu z Nicei (2001), traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy (2004) oraz w Traktacie z Lizbony (2007). W doktrynie wskazuje, że przyjęcie CI byłoby możliwe jedynie w drodze zawarcia umowy międzynarodowej, konwencji przyjętej przez Radę i ratyfikowanej przez państwa członkowskie⁴⁴.

Stworzenie mocniejszego i bardziej zharmonizowanego systemu zwalczania przestępczości wpływającej na budżet UE stało się możliwe po wejściu w życie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii (Dz. U. L 198 z dnia 28 lipca 2017 r., s. 29–41)⁴⁵. Dyrektywa wprowadza podstawowe przepisy dotyczące definiowania przestępstw i sankcji karnych w zakresie walki z nadużyciami i innymi rodzajami nielegalnej działalności naruszającymi interesy finansowe Unii.

O tym, że nawiązuje ona do wcześniej wydanych przepisów unijnych umożliwiających stosowanie sankcji karnych świadczy już jej preambuła w pkt 2, w którym ma miejsce odwołanie do Konwencji sporządzonej na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., w tym w protokołach do niej z dnia 27 września 1996 r., 29 listopada 1996 r. i 19 czerwca 1997 r. W dyrektywie czytamy, że to w Konwencji z 1995 r. ustanowiono minimalne zasady określania przestępstw i sankcji karnych w dziedzinie nadużyć naruszających interesy finansowe Unii. „Państwa członkowskie sporządziły Konwencję, w której stwierdzono, że nadużycia mające wpływ na dochody i wydatki Unii w wielu przypadkach nie są ograniczone do jednego kraju i często są popełniane przez zorganizowane siatki przestępcze. W związku z tym już w tej właśnie Konwencji uznano, że ochrona interesów finansowych Unii wymaga, by przestępcze działania naruszające te interesy były przedmiotem ścigania karnego. Równoległe przyjęto rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 2988/95. W rozporządzeniu tym ustanowiono ogólne zasady dotyczące jednolitych kontroli oraz środków i kar administracyjnych dotyczące nieprawidłowości w odniesieniu do prawa Unii, a przy tym odwołano się do przepisów sektorowych w tej dziedzinie, oszukańczych działań w rozumieniu Konwencji

⁴⁴ A. Górski, A. Sakowicz, Ochrona interesów finansowych w Unii Europejskiej, (w:) A. Górski (red.), A. Sakowicz (red.), Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych, Warszawa 2006, s. 74.

⁴⁵ Treść Dyrektywy: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371# ntr8-L_2017198PL.01002901-E0008.

oraz do stosowania prawa karnego i postępowań karnych państw członkowskich” (pkt 2 preambuły).

Co istotne jednak w artykule 16 dyrektywy wskazuje się, iż zastępuje ona Konwencję o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., w tym protokoły do tej konwencji z dnia 27 września 1996 r., 29 listopada 1996 r., i 19 czerwca 1997 r. i to ze skutkiem od dnia 6 lipca 2019 r. w stosunku do państw członkowskich związanych niniejszą dyrektywą.

Dyrektywa wymienia i definiuje dwie grupy przestępstw: tj. nadużycia i inne przestępstwa naruszające interesy finansowe Unii. W motywie 4 preambuły czytamy, iż: „Ochrona interesów finansowych Unii wymaga wspólnej definicji nadużyć wchodzących w zakres stosowania niniejszej dyrektywy, która powinna obejmować zachowania mające charakter nadużycia dotyczące dochodów, wydatków oraz aktywów na szkodę budżetu ogólnego Unii Europejskiej (zwanego dalej „budżetem Unii”), w tym takich operacji finansowych jak zaciąganie i udzielanie pożyczek. Pojęcie poważnych przestępstw przeciwko wspólnemu systemowi podatku od wartości dodanej („VAT”) ustanowionemu dyrektywą Rady 2006/112/WE (zwanemu dalej „wspólnym systemem VAT”) odnosi się do najpoważniejszych form oszustw związanych z VAT, w szczególności oszustw karuzelowych, związanych z VAT oszustw typu „znikający podmiot gospodarczy”, związanych z VAT oszustw popełnianych w ramach organizacji przestępczej, które to oszustwa stanowią poważne zagrożenie dla wspólnego systemu VAT, a zatem również dla budżetu Unii. Przestępstwa przeciwko wspólnemu systemowi VAT powinny być uznawane za poważne, jeżeli są one związane z terytorium dwóch lub większej liczby państw członkowskich, wynikają z oszukańczego systemu, za pomocą którego przestępstwa te są popełniane w sposób zorganizowany w celu uzyskania nienależnych korzyści ze wspólnego systemu VAT, a całkowita szkoda wyrządzona przez te przestępstwa wynosi co najmniej 10 000 000 EUR. Pojęcie całkowitej szkody odnosi się do szacunkowej szkody wynikającej z całego oszukańczego systemu wyrządzonej interesom finansowym zarówno odpowiednich państw członkowskich, jak i Unii, z wyłączeniem odsetek i kar. Niniejsza dyrektywa ma pomóc w działaniach mających na celu zwalczanie tych zjawisk przestępczych”⁴⁶. Dyrektywa (UE) 2017/1371 dotyczy zatem nadużyć i innych przestępstw, takich jak korupcja, sprzeniewierzenie lub pranie pieniędzy, wpływających na interesy finansowe UE, tj. budżet UE, budżety instytucji, organów i jednostek orga-

⁴⁶ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371#ntr8-L_2017_198PL.01002901-E0008.

nizacyjnych UE ustanowionych na mocy traktatów lub budżety bezpośrednio lub pośrednio zarządzane i monitorowane przez te podmioty. Ponadto wymienia przestępstwa tj. oszustwa karuzelowe związane z podatkiem VAT. I tak przestępstwa uważane są za poważne, gdy są związane z terytorium co najmniej 2 państw członkowskich i wiążą się z wystąpieniem całkowitej szkody w wysokości co najmniej 10 000 000 euro.

Do celów dyrektywy za „nadużycie naruszające interesy finansowe Unii” uważa się:

- a) w odniesieniu do wydatków niewiązanych z zamówieniami publicznymi – działanie lub zaniechanie odnoszące się do:
 - 1) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkującego sprzeniewierzeniem lub bezprawnym zatrzymaniem środków finansowych lub aktywów z budżetu Unii lub z budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu;
 - 2) nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem; lub
 - 3) niewłaściwego wykorzystania takich środków finansowych lub aktywów do celów innych niż te, na które pierwotnie zostały przyznane;
- b) w odniesieniu do wydatków związanych z zamówieniami publicznymi, co najmniej w przypadkach, w których dopuszczono się ich w celu uzyskania przez sprawcę lub inną osobę bezprawnych korzyści powodujących stratę w interesach finansowych Unii – działanie lub zaniechanie odnoszące się do:
 - 1) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkującego sprzeniewierzeniem lub bezprawnym zatrzymaniem środków finansowych lub aktywów z budżetu Unii lub z budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu;
 - 2) nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem; lub
 - 3) niewłaściwego wykorzystania takich środków finansowych lub aktywów do celów innych niż te, na które pierwotnie zostały przyznane, ze szkodą dla interesów finansowych Unii;
- c) w odniesieniu do dochodów innych niż dochody pochodzące z zasobów własnych z tytułu VAT, o których mowa w lit. d) – działanie lub zaniechanie odnoszące się do:
 - 1) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkującego

- bezprawnym uszczupleniem zasobów budżetu Unii lub budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu;
- 2) nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem; lub
- 3) niewłaściwego wykorzystania korzyści uzyskanych zgodnie z prawem, z tym samym skutkiem;
- d) w odniesieniu do dochodów pochodzących z zasobów własnych z tytułu VAT – działanie lub zaniechanie w ramach transgranicznego oszukańczego systemu odnoszące się do:
 - 1) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów związanych z VAT, skutkującego uszczupleniem zasobów budżetu Unii;
 - 2) nieujawnienia informacji związanych z VAT, z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem; lub
 - 3) przedstawienia prawidłowych oświadczeń związanych z VAT do celów oszukańczego ukrycia braku płatności lub bezprawnego twórczenia praw do zwrotu VAT.

Do innych przestępstw naruszających interesy finansowe Unii zalicza się przestępstwo prania pieniędzy, korupcję bierną – która w rozumieniu dyrektywy oznacza działanie urzędnika publicznego, który bezpośrednio lub przez pośrednika żąda lub uzyskuje korzyść jakiegokolwiek rodzaju dla siebie lub dla osoby trzeciej lub przyjmuje obietnicę takiej korzyści w zamian za podjęcie działań lub wstrzymanie się od działań – leżących w zakresie jego obowiązków lub przy wykonywaniu jego funkcji – w sposób, który szkodzi lub może zaszkodzić interesom finansowym Unii. Zaś korupcja czynna to działanie osoby, która obiecuje, proponuje lub wręcza urzędnikowi publicznemu, bezpośrednio lub przez pośrednika, korzyść jakiegokolwiek rodzaju przeznaczoną dla niego lub dla osoby trzeciej w zamian za podjęcie działań lub wstrzymanie się od działań – leżących w zakresie jego obowiązków lub przy wykonywaniu jego funkcji – w sposób, który szkodzi lub może zaszkodzić interesom finansowym Unii.

Do celów niniejszej dyrektywy „sprzeniewierzenie” oznacza działanie urzędnika publicznego, któremu bezpośrednio lub pośrednio powierzono zarządzanie środkami finansowymi lub aktywami, polegające na zaciągnięciu zobowiązań na środki finansowe lub wypłaty tych środków lub na przywłaszczeniu lub wykorzystaniu aktywów, w sposób sprzeczny z celem, który był dla nich przewidziany w jakikolwiek sposób, ze szkodą dla interesów finansowych Unii.

Ściganie przestępstw wymienionych w dyrektywie należy do właściwości rzeczowej nowo ustanowionej Prokuratury Europejskiej, która jest

niezależnym organem unijnym z kompetencjami do prowadzenia postępowań przygotowawczych i wnoszenia aktu oskarżenia do sądu. Jeżeli Trybunał obrachunkowy i audytorzy odpowiadający za prowadzenie kontroli budżetów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych UE lub budżetów, którymi te instytucje zarządzają i które kontrolują, powezmą wiadomość o faktach które można by uznać za przestępstwo na mocy dyrektywy, muszą poinformować o tym Prokuraturę Europejską, OLAF i inne właściwe organy. Państwa członkowskie muszą zapewnić, by krajowe organy kontroli czyniły to samo.

Dyrektywa nie wpływa na odpowiednie i skuteczne stosowanie środków dyscyplinarnych lub kar niemających charakteru karnego. Sankcje, których nie można uznać za równoważne sankcjom karnym, nałożone na tę samą osobę za to samo zachowanie, mogą być brane pod uwagę przy skazywaniu tej osoby za przestępstwo zdefiniowane w niniejszej dyrektywie. W przypadku innych sankcji należy w pełni przestrzegać zakazu ponownego sądenia lub karania w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary (*ne bis in idem*). Dyrektywa nie kryminalizuje zachowania, które nie podlega również karom dyscyplinarnym lub innym środkom odnoszącym się do naruszenia obowiązków służbowych, w przypadku gdy wobec danej osoby można zastosować takie kary dyscyplinarne lub inne środki.

Dyrektywa przewiduje minimalne „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające” sankcje karne. W przypadku przestępstw, których następstwem jest szkoda finansowa budżetu UE przekraczająca 100 000 euro lub w każdym przypadku „poważnych przestępstw” przeciwko wspólnemu systemowi VAT albo w przypadku innych poważnych okoliczności określonych w prawie krajowym, dyrektywa przewiduje sankcję w wymiarze co najmniej 4 lat pozbawienia wolności. Jeśli natomiast wysokość szkody jest niższa niż 10 000 euro, państwa członkowskie mogą przewidzieć sankcje inne niż karne. Okolicznością wpływającą na wyższy wymiar kary jest popełnienie przestępstwa w ramach zorganizowanej przestępczości w rozumieniu decyzji ramowej 2008/841/WSiSW. Co istotne jednak, dyrektywa nie wyklucza możliwości zastosowania surowszych sankcji w ustawodawstwie krajowym, czy wykonywania przez właściwe organy uprawnień dyscyplinarnych wobec urzędników publicznych. Nie nakłada także na państwa członkowskie obowiązku ustanowienia sankcji w postaci pozbawienia wolności za popełnienie przestępstw, które nie mają poważnego charakteru, w przypadku gdy zgodnie z prawem krajowym zachodzi domniemanie umyślności. Jako że dyrektywa przewiduje przepisy minimalne, państwa członkowskie mogą w odniesieniu do prze-

stępstw naruszających interesy finansowe Unii przyjąć lub zachować bardziej restrykcyjne przepisy. Sankcje stosowane przez państwa członkowskie powinny działać odstrasżająco. Poziomy sankcji nie powinny jednak wykraczać ponad to, co jest proporcjonalne w odniesieniu do przestępstw.

Dyrektywa (UE) 2017/1371 reguluje także kwestie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstw wpływających na budżet UE, określenie jurysdykcji w odniesieniu do tych przestępstw oraz minimalne okresy przedawnienia umożliwiające prowadzenie postępowania przygotowawczego i wnoszenie oskarżenia, a także wykonywanie kar nałożonych w wyniku prawomocnego wyroku skazującego za takie przestępstwo.

Powyższe regulacje unijne pokazują, że w przypadku nadużycia i innych naruszeń interesów finansowych Unii sankcje muszą być ustanawiane w państwach członkowskich. Wymóg nakładania przez państwa członkowskie sankcji na podmioty naruszające przepisy prawa unijnego wynika z treści art. 16 dyrektywy, w którym stwierdza się, że Konwencję o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., w tym protokoły do tej konwencji z dnia 27 września 1996 r., 29 listopada 1996 r. i 19 czerwca 1997 r., zastępuje się niniejszą dyrektywą ze skutkiem od dnia 6 lipca 2019 r. w stosunku do państw członkowskich związanych niniejszą dyrektywą. W celu zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych Unii za pomocą środków, które powinny działać odstrasżająco, państwa członkowskie powinny przewidzieć określone rodzaje i poziomy sankcji za popełnienie przestępstw zdefiniowanych w niniejszej dyrektywie. W związku z powyższym Polska wypełniając obowiązek nakładania sankcji, sięgać powinna do sankcji ustalonych w prawie krajowym, zaś w przypadku, jeśli tego rodzaju sankcje nie zostały ustanowione, zobowiązana jest je przyjąć.

Harmonizacja polskiego prawa karnego z prawem UE w zakresie ochrony wspólnotowych interesów finansowych

Z powyższych regulacji oraz z orzecznictwa ETS wynika jasno, że prawo karne przynależy do kompetencji państw członkowskich, ale że w prawie wspólnotowym można nakładać obowiązki co do wypełniania i rozumienia tej kompetencji w ramach zagwarantowania stosowania prawa wspólnotowego. Ponadto, że do ochrony europejskich interesów finansowych państwa członkowskie winny stosować równie represyjne środki ochrony, jakie przewidziane są w porządkach prawnych tych pań-

stw dla ochrony interesów krajowych. W tym celu rozpoczęto proces harmonizacji prawa karnego państw członkowskich w zakresie zwalczania czynów na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich. W związku z tą ideą kwestia zwalczania korupcji i nadużyć finansowych została włączona do spraw wspólnego zainteresowania, wymienionych w art. 29 TWE.

Pomimo, że w powyższych wytycznych brak wyraźnego zobowiązania państw członkowskich do wprowadzania sankcji karnych za naruszenie prawa wspólnotowego, to wymóg wprowadzenia sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających może być interpretowany jako obowiązek wprowadzenia w prawie krajowym sankcji karnych. Należy przy tym pamiętać o subsydiarnym charakterze prawa karnego, w myśl czego prawo karne ma jedynie uzupełniać normy zawarte w innych gałęziach prawa. Jakkolwiek zasadzie tej przygląda się piśmiennictwo polskie i europejskie⁴⁷, to na gruncie piśmiennictwa dotyczącego prawa unijnego nie przywiązuje się jednak do niej znacznej wagi. Warto jednak zacytować opinie rzecznika generalnego przygotowującego opinie w sprawie C-176/03 Komisja p. Radzie. W opinii tej Rzecznik generalny D. Colomer napisał, że „jeżeli zamierzamy osiągnąć wysoki poziom ochrony i poprawę jakości życia (art. 2 WE) wydaje się logiczne, że prawo wspólnotowe poprzez kompetencje powierzone instytucjom dla realizacji ich celów musi mieć możliwość odwoływania się w pewnych przypadkach do sankcji karnej, kiedy stanowi ona jedyną skuteczną, proporcjonalną i odstraszającą odpowiedź” (pkt 72). Dodając, że „najczęściej wystarczają sankcje administracyjne, ale nie zapewniają one ochrony we wszystkich przypadkach ciężkich przestępstw. Z drugiej strony w wielu przypadkach sankcja karna pociąga za sobą wywarcie dodatkowej presji, która może wspierać poszanowanie wymogów i licznych zakazów ustawowych dotyczących działań, które w szczególny sposób zagrażają środowisku. Ponadto wprowadzenie ekologii do kodeksów ma na celu, poza zwiększeniem skutku prewencyjnego, uświadomienie społeczeństwu szkodliwości społecznej przestępstw przeciwko środowisku i potwierdza, że dobra prawne związane ze środowiskiem mają tę samą rangę co wartości tradycyjnie chronione przez prawo karne. Nie wolno zapominać o etycznym wymiarze sankcji karnej: jeżeli dane zachowanie jest karalne, domniemywa się, że zasługuje ono na maksymalną sankcję z powodu naruszenia podstaw systemu prawnej” (pkt 74). Nie ulega wątpliwości, że powyższe stanowi-

⁴⁷ Także o poglądach przedstawicieli europejskiej nauki prawa karnego zob. S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 100–109.

sko jednoznacznie wskazuje, że wystarczającym powodem wprowadzenia sankcji karnej jest przekonanie o potrzebie zasygnalizowania wagi chronionych dóbr prawnych, co pozostaje w zgodzie z uzasadnieniem wyodrębnienia odpowiedzialności karnej skarbowej w polskim porządku prawnym. W literaturze komentującej powyższy wyrok (w sprawie C-176/03) spotkać można jednak sceptyków kryminalizacji. Tytułem przykładu podać można wypowiedź, krytykującą założenie, że prawo karne jest najskuteczniejszym narzędziem ochrony dobra prawnego, albowiem środkiem takim są sankcje administracyjne, które są efektywniejsze⁴⁸.

W tym miejscu należy jednak przywrzeć się dokładnie wykładni pojęcia „sankcji karnej” obowiązującej w prawie europejskim. Wykładnia pojęcia „sankcji karnej” stwarza duże problemy interpretacyjne w terminologii prawa wspólnotowego. W szczególności problem budzi określenie, które z sankcji stosowanych w prawie wspólnotowym są sankcjami karnymi. Niewątpliwie jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest fakt, że używany w tej terminologii termin „*penalty*” jest stosowany jako synonim słowa „*sanctions*”, co nie ułatwia rozróżnienia sankcji karnych od sankcji niemających takiego charakteru⁴⁹. Jak pokazuje raport Komisji Europejskiej, również w państwach członkowskich termin ten używany jest niejednolicie⁵⁰. Tytułem przykładu podać można system, w którym rozróżnia się sankcje karne od sankcji administracyjnych, na którym opiera się prawo niemieckie oraz system angielski, w którym brak takiego rozróżnienia.

Pewne wytyczne w zakresie wykładni tego pojęcia odnaleźć jednak można w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który na kanwie wydanych orzeczeń dokonał określenia znaczenia terminu „karny”. I tak w sprawie Öztürk, Trybunał co prawda podał wykładnię przymiotnika „karny”, przyjmując trzy kryteria: 1. czy czyn według prawa narodowego jest opisany formalnie w prawie karnym, 2. charakter czynu, 3. charakter i ciężkość kary, która ma być nałożona na sprawcę, jednak wyraźnie zaznaczył, że wykładnia ta dotyczy samego czynu, a nie sankcji. W konsekwencji czego, pojęcie „sankcji karnej” w terminologii prawa europejskiego nadal pozostaje bez jednoznacznej wykładni pozwalającej na jednolite stosowanie w państwach członkowskich. Orzeczenie to po-

⁴⁸ M. Faure, *European Environmental Criminal Law: Do we really need it*, *European Environmental Law Review* 2004, t. 13, nr 1, s. 18.

⁴⁹ H. H u g g e r, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, *EJCLCJ* 1995, nr 3, s. 241.

⁵⁰ *Commission of the European Communities (ed.), The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities, Volume I – National reports*, Brussels 1994.

zwala jednak na pewne spostrzeżenia, także w odniesieniu do pojęcia „sankcji karnych”. Należy bowiem zauważyć, że wytyczne Trybunału abstrahują od rodzaju postępowania, czy typu odpowiedzialności prawnej, wskazując, iż za karnym charakterem przemawiać może choćby charakter i ciężkość kary. Owa okoliczność sugerować może zatem szeroką wykładnię pojęcia „sankcji karnej”, której nie należy ograniczać jedynie do sankcji w sensie prawa karnego.

W literaturze europejskiej spotkać można stanowisko, że takie kary jak grzywna, chociaż formalnie opisana jako kara administracyjna, nie jest niczym innym jak karą w rozumieniu prawa karnego⁵¹. Ponadto fakt, że spełniają one podobne funkcje do sankcji karnych (cel prewencyjny, represyjny) powoduje, że nałożenie takiej sankcji nie w postępowaniu karnym, ale w postępowaniu administracyjnym, nie przeszkadza w utożsamianiu ich z karą w sensie karnym. Pogląd ten zbliżałby zatem pojęcie sankcji karnej do sankcji niemającej takiego charakteru.

W sprawie Prokurator Generalny v. Ł.M. Bonda TSUE wskazał, że nie ma charakteru karnego sankcja, której stosowanie służyć ma bezpośrednio zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania systemu pomocy w określonej dziedzinie i prawidłowego zarządzania środkami publicznymi na ten cel, i która może być stosowana tylko względem podmiotów, które dobrowolnie zdecydowały się na przystąpienie do systemu pomocy w danej dziedzinie. W związku z czym, sankcja polegająca na całkowitym lub częściowym odebraniu korzyści przyznanej zgodnie z obowiązującymi w tej dziedzinie zasadami, jak też wyłączenie bądź wycofanie korzyści za okres po dokonaniu nieprawidłowości, z uwagi na swoją specyfikę, stanowią kary administracyjne i mogą być stosowane niezależnie od ewentualnych sankcji karnych⁵².

Odnosnie do podwójnego karania, w orzecznictwie międzynarodowym, podkreśla się, że nie ma przeszkód, by ten sam stan faktyczny był dwukrotnie przedmiotem oceny w odrębnych postępowaniach i podstawą

⁵¹ H. Sevenster, *Criminal Law and EC Law*, CMLR 1992, nr 3, s. 32.

⁵² Wyrok TSUE z dnia 5 czerwca 2012 r. (C-489/10) w sprawie pytania prejudycjalnego złożonego przez SN w toku postępowania karnego przeciwko Łukaszowi Marcinowi Bondzie (Prokurator Generalny v. Ł. M. Bonda), <http://curia.europa.eu>. Sprawa dotyczyła ustalenia, czy sankcja przewidziana w art. 138 rozporządzenia Komisji (WE) Nr 1973/2004 z dnia 29 października 2004 r., polegająca na pozbawieniu rolnika dopłat bezpośrednich w kolejnych latach następujących po roku, w którym rolnik złożył nieprawdziwe oświadczenie co do wielkości areалу stanowiącego podstawę jednolitej płatności obszarowej, ma charakter karny – i czy w związku z tym osoba, względem której zastosowano tę sankcję, może dodatkowo podlegać odpowiedzialności karnej z art. 297 par. 1 k.k.

do zastosowania względem tej samej osoby określonych restrykcji, pod warunkiem, że ich cele nie będą się w pełni pokrywać – i tylko jedna z przyjętych kumulatywnie sankcji będzie się wiązała z zastosowaniem wobec sprawcy zamierzonej represji⁵³.

Obowiązek zapewnienia skutecznego stosowania prawa za pomocą środków karnych nie oznacza automatycznie, że wszelkie przypadki muszą być ścigane karnie. W ocenie Delmas-Marty: „ostateczne zadanie stworzenia sankcji karnych wymaganych prawem wspólnotowym pozostaje w zakresie wyłącznych kompetencji ustawodawcy narodowego i żadna inna władza, czy to sędzia narodowy, czy ETS czy Komisja, nie odgrywa tu żadnej roli”⁵⁴. W sprawie Vandevenne i in.⁵⁵ Trybunał stwierdził, że podjęcie odpowiednich środków leży w granicach swobody państwa członkowskich. Dodał, że art. 10 nie wymaga, by państwa członkowskie wprowadziły w swoim systemie specjalny system odpowiedzialności karnej w celu zapewnienia zgodności ze zobowiązaniami wspólnotowymi. Dowodzi to temu, że państwa członkowskie są nadal kompetentne w sprawie określenia, który system sankcji najlepiej użyć w danym przypadku. UE nie wymaga zatem od nas wprost, by wprowadzane za naruszenia interesów finansowych sankcje miały charakter karny, jednakże swoboda wyboru państw członkowskich jest ograniczona wymogami, by sankcje miały charakter niedyskryminacyjny, były skuteczne, proporcjonalne i odstrasające. Do momentu, gdy wymogi te są przestrzegane państwa członkowskie mają swobodę w określeniu rodzaju nakładanej kary i w sposobie zdefiniowania przestępstwa. Powyższe pokazuje, że ani Konwencja, ani pozostałe normy prawa europejskiego nie narzucają modelu odpowiedzialności za czyny naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej, a więc nie przesądzają, że ma to być odpowiedzialność o charakterze karnym. Kwestia ta została pozostawiona poszczególnym państwom.

W 2004 r. Komisja Europejska przedstawiła sprawozdanie⁵⁶ z wykonania przez państwa członkowskie zobowiązań, wynikających z Kon-

⁵³ Wyrok TSUE z dnia 5 czerwca 2012 r. (C-489/10) w sprawie Prokurator Generalny v. Ł. M. Bonda; Wyrok TSUE z dnia 26 lutego 2013 r. (C-617/10) w sprawie Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson.

⁵⁴ M. Delmas-Marty, *The European Union and Penal Law*, *European Law Journal* 1998, nr 4, s. 90.

⁵⁵ Orzeczenie w sprawie Criminal proceedings against Paul Vandevenne i in., C-7/90, 1991 ECR, I-4371, par. 11 i 12.

⁵⁶ Report from the Commission—Implementation by Member States of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols, Article 10 of the Convention, Brussels 25 października 2004, COM (2004) 709 final.

wencji o ochronie interesów finansowych. W wyniku nowelizacji polskich regulacji, analiza porządku prawnego RP w kontekście wymagań nakładanych przez Konwencję, prowadzi do wniosku, że prawo polskie pomyślnie przeszło proces harmonizacji. Na szczególną uwagę zasługuje ustawa z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks karny skarbowy⁵⁷, która weszła w życie z dniem 1 maja 2004 r. W wyniku tej nowelizacji (i pod wpływem art. 4 Konwencji z 1995 r.) dodano w art. 3 § 3a k.k.s., zgodnie z którym niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa skarbowego, przepisy k.k.s. stosuje się także do obywatela polskiego w razie popełnienia za granicą przestępstwa skarbowego określonego w rozdziale 6 (przestępstwa i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji) i 7 działu (przestępstwa i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami) II tytułu I, skierowanego przeciwko interesom finansowym Wspólnot Europejskich. Do art. 3 dodano również § 5, który stanowi, że przepisy k.k.s. powinny być stosowane także do obywateli polskich oraz cudzoziemców, którzy przebywając na terytorium RP nakładają lub udzielają pomocy do popełnienia za granicą przestępstwa skarbowego (tj. w art. 3a) skierowanego przeciwko interesom finansowym Wspólnot Europejskich. Co najważniejsze jednak, nowelizacja rozszerzała przedmiot ochrony przepisów karnych podatkowych o „interesy finansowe Wspólnot Europejskich”.

Wymogi kryminalizacji zawarte w Konwencji z 1995 r. spełniają znamiona czynów stypizowanych w obowiązującej ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 83, poz. 930). Wymienić tu należy następującą grupę przepisów: art. 54 k.k.s. (uchylanie się od opodatkowania), art. 55 k.k.s. (firmanctwo), art. 56 k.k.s. (oszustwo podatkowe), art. 76 k.k.s. (narażenie na bezpodstawny zwrot należności podatkowej), art. 86 k.k.s. (przemyt celny), art. 87 k.k.s. (oszustwo celne), art. 88 k.k.s. (naruszenie zasad odprawy czasowej) i art. 92 k.k.s. (narażenie na bezpodstawny zwrot należności celnej)⁵⁸. Prawo polskie także w zakresie prawa karnego materialnego jest zgodne z Konwencją.

⁵⁷ Ustawa z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy, Dz. U. Nr 162, poz. 1569.

⁵⁸ Do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 162, poz. 1569) podmiotem, na szkodę którego działał sprawca był wyłącznie Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego. Wejście w życie ustawy z dnia 24 lipca 2003 r. spowodowało rozszerzenie ochrony także na interesy finansowe.

W szczególności duże znaczenie należy przypisać tutaj art. 297 (w brzmieniu nadanym nowelą z 2004 r.) k.k. statuującym „oszustwo kredytowe”, który znajduje zastosowanie do wszystkich postaci oszustwa, o których mowa w art. 1 Konwencji⁵⁹. Do oszustw na szkodę interesów finansowych UE zastosowanie znajdują również przepisy o oszustwie (art. 286 k.k.), przywłaszczeniu mienia (art. 284 k.k.) oraz o sprzeniewierzeniu dotacji lub subwencji (art. 82 k.k.s.). Wymienione przepisy, w zakresie wydatków, stanowią kompleksową ochronę dobra prawnego, jakim są interesy finansowe UE⁶⁰. Co do przychodów, ustawą z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy, wprowadzono kilka unormowań dostosowujących polskie przepisy do postanowień art. 1 ust. 1 (b) Konwencji. W art. 53 § 26 a i art. 30a k.k.s. uznano za należność publicznoprawną w rozumieniu ustawy należności stanowiące dochód budżetu Wspólnot Europejskich lub budżetu zarządzanego przez lub w imieniu Wspólnot Europejskich. Za podatnika uznano osobę zobowiązaną do uiszczenia należności również do budżetu Wspólnot. Wszystkie wymienione przepisy⁶¹, za wyjątkiem art. 88 k.k.s. przewidują karę pozbawienia wolności. W ocenie ustawodawcy sankcje te spełniają wymóg skuteczności i proporcjonalności⁶².

W doktrynie polskiej sygnalizowano potrzebę kryminalizacji zachowania polegającego na wykorzystaniu legalnie uzyskanych środków w innym celu niż ten, na który były przeznaczone⁶³. A. Adamski postulował uzupełnienie przepisu art. 297 k.k. o następujący fragment: „kto uzyskawszy świadczenie z funduszy WE spożytkuje je na inny cel, niż określony w decyzji przyznającej to świadczenie”. Wydaje się jednak, że bezprawne zatrzymanie lub niewłaściwe wykorzystanie funduszy uzyskanych z Unii Europejskiej narusza dyspozycję art. 82 § 1 k.k.s.⁶⁴. Za takim wnioskiem przemawia w szczególności interpretacja pojęcia „finansów

⁵⁹ A. Adamski, Karalność oszustw na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 24, s. 1117; I. Stolarczyk, Oszustwo kredytowe, *Prokuratura i Prawo* 2005, nr 9.

⁶⁰ E. Zielińska, Polskie prawo karne a ochrona interesów ekonomicznych Wspólnot Europejskich, *PiP* 2001, nr 1, s. 36.

⁶¹ Art. 297 k.k., art. 286 k.k., art. 284 k.k., art. 270–273 k.k., art. 54–56 k.k.s., art. 76 k.k.s., 86–88 k.k.s. i art. 92 k.k.s.

⁶² Uzasadnienie do ustawy zezwalającej na ratyfikację konwencji, druk sejmowy IV kadencji nr 3197. Dostępny na: <http://orka.sejm.gov.pl> (odczyt na dzień 8 czerwca 2014 r.).

⁶³ A. Adamski, Karalność oszustw na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 24, s. 1117.

⁶⁴ Przepis ten wprowadza karalność narażenia finansów publicznych na uszczuplenie poprzez nienależną wypłatę, pobranie lub niezgodne z przeznaczeniem wykorzystanie dotacji lub subwencji.

publicznych⁶⁵, która dotyczy także finansów UE. W doktrynie wskazywano jednak na brak pełnej harmonizacji tego przepisu z art. 2 Konwencji. Ten ostatni przepis wymaga bowiem, by poważne nadużycia finansowe, przekraczające 50.000 euro, były zagrożone w ustawodawstwie karnym państw-stron karą pozbawienia wolności⁶⁶. Tymczasem w art. 82 k.k.s. jedyną sankcją jest kara grzywny.

Kodeks karny skarbowy w zakresie czynów skierowanych przeciwko interesom finansowym UE przewiduje karalność, już w przypadku braku faktycznego uszczuplenia należności publicznoprawnej. Karalność tych przestępstw ma bowiem miejsce już w przypadku „narażenia na uszczuplenie należności publicznoprawnej”⁶⁷.

Wnioski końcowe

Wytyczne w zakresie ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej zawarte głównie zostały w Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 1995 r. Ani Konwencja, ani pozostałe normy prawa europejskiego nie narzucają modelu odpowiedzialności za czyny naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej, a więc nie przesądzają, że ma to być odpowiedzialność o charakterze karnym. Konkretny kształt regulacji karnoprawnych pozostaje nadal domeną państw członkowskich UE. Oddziaływania podejmowane na podstawie bezpośrednio wiążących regulacji unijnych (treści rozporządzeń) nie mają charakteru karnego. Jednak mogą mieć taki charakter regulacje wewnętrzne państw członkowskich, nawet jeśli chronią unijne interesy finansowe, ale dopiero pod warunkiem, że państwa te uznają, iż dopiero sankcje karne będą prawidłowo zabezpieczać te interesy. Co istotne jednak, normy prawa europejskiego nie wymagają, by naruszenia europejskich interesów finansowych kryminalizowane były w ustawie karnej skarbowej lub, by rządziło się odrębnymi od prawa karnego powszechnego zasadami.

⁶⁵ Dokonywana w oparciu o ustawę o finansach publicznych. Por. art. 5 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.

⁶⁶ A. G r z e l a k, Harmonizacja polskiego prawa karnego z prawem UE w zakresie ochrony interesów finansowych WE – zagadnienia wybrane, (w:) C. N o w a k (red.), Ochrona interesów finansowych rozszerzonej Unii Europejskiej: nowe wyzwania, stare problemy. Sopot, 16–19 marca 2006 r. Materiały, Warszawa 2007, s. 21.

⁶⁷ W art. 54–56 przepisy mówią o „narażeniu na uszczuplenie podatku”, art. 76 o „narażeniu na bezpodstawny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej”, w art. 82 o „narażeniu na uszczuplenie należności celnej”, w art. 92 o „narażeniu na bezpodstawny zwrot należności celnej lub umorzenie należności celnej należnej do zapłacenia”.

Impact of EU law on Polish criminal-law solutions for protecting financial interests in the European Union

Abstract

This paper investigates whether European law imposes any framework for liability for acts adversely affecting financial interests of the European Union, and whether the EU expressly requires Polish legislation to provide for penal sanctions for such acts. Any requirement that the EU's financial interests be protected through penal sanctions would give rise to the belief that Member States are by no means free to select their framework for liability as far as protection of financial interests of the European Union is concerned.

Jan Kluza

Zasady orzekania kary łącznej na skutek wyroków Trybunału Konstytucyjnego K 14/17 i P 20/17

Streszczenie

Na skutek dwóch wyroków Trybunału Konstytucyjnego zapadłych w wyniku wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich oraz pytań prawnych przedstawionych przez sądy powszechne, doszło do zasadniczego przemodelowania zasad wymierzania kary łącznej dotyczących dwóch szczególnych przypadków. Rozstrzygnięcia Trybunału zakwestionowały przepisy kodeksu karnego dotyczące orzekania kary łącznej w przypadku, gdy jedną z podlegających łączeniu kar jest już orzeczona kara łączna oraz gdy łączeniu podlegają kary pozbawienia wolności z ograniczeniem wolności. Skutkiem tego zasadne jest przybliżenie okoliczności leżących u podstaw tych wyroków oraz wynikających z niej dla praktyki orzeczniczej skutków.

Słowa kluczowe

Kara łączna, wyrok łączny, zasady orzekania kary łącznej, kary różnorodzajowe, Trybunał Konstytucyjny.

Wstęp

Zasady orzekania kary łącznej określone w dziale IX kodeksu karnego zostały w sposób istotny zmienione z dniem 1 lipca 2015 r. na skutek nowelizacji kodeksu karnego z 2015 r. Na tym jednak tle zapadły dwa orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, które dotyczyły zasad wymierzania kary łącznej w przypadku, gdy jedną z kar podlegających łączeniu jest orzeczona już kara łączna (uchylony art. 86 § 4 k.k.) oraz dotyczącym zasad łączenia kary pozbawienia wolności z karą ograniczenia wolności (art. 87 § 1 k.k.). W obu przypadkach Trybunał Konstytucyjny wydał wyroki zakresowe stwierdzające ich niekonstytucyjność jedynie we wskazanym zakresie. Skutkiem tego jest to, że mimo faktu, że w tym za-

kresie brak było zmiany normatywnej w treści przepisu wobec braku jego derogacji, nie oznacza, że na skutek tych wyroków nie doszło do zmiany treści normatywnej dekodowanej z tych przepisów. Dopiero bowiem z dniem 24 czerwca 2020 r. ustawodawca dokonał zmiany w tym zakresie, jednakże tylko w zakresie art. 86 § 4 k.k. poprzez jego uchylenie ustawą z dnia 19 czerwca 2020 r.¹ W zakresie łączenia kary pozbawienia wolności z karą ograniczenia wolności treść przepisu art. 87 § 1 k.k. pozostała nadal bez zmian. Ponadto zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy zmieniającej, przepisy rozdziału IX kodeksu karnego, w brzmieniu dotychczasowym, stosuje się do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, toteż kwestia prawidłowego wykonania wyroków Trybunału Konstytucyjnego w tym okresie ma nadal zasadnicze znaczenie. Skutkiem zaś wyroku zakresowego Trybunału Konstytucyjnego nie jest preredagowanie treści normatywnej jednostki normatywnej, która pozostaje niezmieniona², lecz to, że wskazane przepisy utraciły moc w zakresie, w jakim orzeczono ich niekonstytucyjność. Zagadnienie to oraz skutki wynikające z tych judykatów dla przeszłych i przyszłych postępowań wymaga szerszego omówienia, o czym poniżej.

Kara łączna składająca się z orzeczonej już kary łącznej

Regułą wyrażoną w art. 86 § 4 k.k., obecnie uchylonym a wprowadzonym na mocy nowelizacji z 2015 r.³, jest to, że ogólne zasady łączenia kar określone w art. 86 § 1–3 k.k. odpowiednio stosować należy w sytuacji, jeśli przynajmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest już orzeczona kara łączna. Konsekwencją wprowadzenia art. 86 § 4 k.k. było to, że wymierzona kara łączna podlegała łączeniu z nową karą podlegającą łączeniu na takich samych zasadach, jakby to były dwie jednostkowe kary wymierzone za dwa przestępstwa. Stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy nowelizującej z 19 czerwca 2020 r. przepis ten nadal znajdował będzie zastosowanie do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, a więc przed 24 czerwca 2020 r. Istotą tego

¹ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID–19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID–19, Dz. U. z 2020 r., poz. 1086.

² T. Woś, Wyroki interpretacyjne i zakresowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, *Studia Iuridica Lubliniensia* 2016, nr 3, s. 992–993.

³ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 396.

przepisu jest to, że „Kara łączna może również powstać na bazie poprzednio orzeczonej kary łącznej, po tym, jak pojawia się przestępstwo nieuwzględnione w orzekaniu poprzedniej kary łącznej (niewykryte, nieosądzone lub popełnione później)”⁴. W stanie prawnym przed 1 lipca 2015 r. brak było odpowiednika tego przepisu, zaś przesłanki orzekania kary łącznej określał art. 85 k.k., z którego wynikała negatywna przesłanka orzeczenia kary łącznej w postaci popełnienia przestępstwa po nieprawomocnym wyroku co do któregośkolwiek z przestępstw. Istotą orzekania kary łącznej w oparciu o art. 85 k.k. sprzed nowelizacji było to, że nie dotyczył on sprawcy, który po nieprawomocnym orzeczeniu wobec niego kary kontynuuje działalność przestępczą, skutkiem czego nie było wykluczone orzeczenie w stosunku do tego samego sprawcy kilku kar łącznych⁵. S. Żółtek wskazuje przy tym, że „Dotychczas (do 1 lipca 2015 r. – dop. Autora) sytuacja taka skutkowałą utratą mocy przez karę łączną i koniecznością orzekania nowej kary łącznej w oparciu o kary orzeczone za jednostkowe przestępstwa pozostające w zbiegu”⁶. Jednakże w poprzednim stanie prawnym brak w tym względzie było podstaw do wzruszenia prawomocnego wyroku łącznego w razie nieobjęcia nim przez przypadek jednej z kar jednostkowych pozostających w zbiegu, co zmieniła dopiero nowelizacja z 2015 r. Zmiany wprowadzone w art. 85 k.k. na mocy nowelizacji z 2015 r. umożliwiły orzekanie kary łącznej na podstawie wszelkich możliwych relacji między karami jednostkowymi a karami łącznymi, w tym orzeczenie nowej kary łącznej na podstawie wcześniej orzeczonej kary łącznej oraz kar jednostkowych⁷.

Konsekwencją tych zmian wobec treści art. 86 § 4 k.k. jest to, że dotychczas (do wydania wyroku TK) orzekanie kary łącznej w takim układzie odbywało się z uwzględnieniem wprost stosowanych regulacji dotyczących łączenia kar określonych w art. 85 § 1–3 k.k., co powodowało konieczność przyjęcia dolnych i górnych granic orzekania nowej kary łącznej, takich samych jak w przypadku łączenia kar jednostkowych⁸.

⁴ Uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 2393 cz. I, Sejm VII kadencji, s. 19; A. Sakowicz, Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2393), s. 14–15.

⁵ J. Pohl, (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 551–552.

⁶ S. Żółtek, Kara łączna w znowelizowanym Kodeksie Karnym, „Temidum”, lipiec 2015, s. 42.

⁷ W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s. 453–454.

⁸ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53–116, Warszawa 2016, s. 535.

W związku z tym jeżeli to kara orzeczona uprzednio jako łączna stanowiła najwyższą z kar podlegających łączeniu to ona stanowić będzie dolną granicę nowo orzeczonej kary łącznej⁹. Górną zaś granicę stanowić będzie suma kary łącznej i kar jednostkowych podlegających łączeniu. Dość w tym miejscu należy, że art. 86 § 4 k.k. zawiera lukę, ponieważ nie zawiera odesłania do art. 87 k.k. i art. 88 k.k., jednakże w doktrynie słusznie się wskazuje iż z uwagi na analogię na korzyść sprawcy w tym zakresie stosowanie tych przepisów w omawianej sytuacji jest dopuszczalne¹⁰. Szczególną tego konsekwencją jest stosowanie również art. 86 § 1a k.k. w omawianym przypadku¹¹, co oznacza, że wystarczające jest aby podlegająca łączeniu kara łączna wynosiła co najmniej 10 lat, zaś suma podlegających łączeniu kar wynosiła co najmniej 25 lat¹². W doktrynie w tym względzie wyrażono zapatrywanie, że dla skorzystania z art. 86 § 1a k.k. w takim przypadku konieczne jest, aby kary jednostkowe składające się na karę łączną podlegającą łączeniu wynosiły nie mniej niż 10 lat¹³, jednak jest to pogląd nieznajdujący oparcia w przepisie. Dość jednak należy, że stanowisko takie prezentował również Prokurator Generalny w toku postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym powołując się na wykładnię prokonstytucyjną¹⁴. Istotą odesłania z art. 86 § 4 k.k. do reguł wyrażonych w paragrafach poprzedzających jest to, że uprzednia kara łączna traktowana ma być tak, jak kara jednostkowa podlegająca łączeniu na zasadach ogólnych¹⁵.

Skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego

Jednoznacznie kwestię dopuszczalności orzekania kary łącznej w oparciu o art. 86 § 1a k.k. w przypadku kary łącznej wynoszącej co najmniej 10 lat, w sytuacji gdy składające się nań kary jednostkowe nie spełniają tego kryterium, przesądził Trybunał Konstytucyjny w wyroku

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, s. 536.

¹¹ D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna i wyrok łączny, Kraków 2017, s. 99.

¹² J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, s. 510.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Pismo Prokuratora Generalnego z dnia 20 grudnia 2018 r., sygn. PK VIII TK 100.2017, s. 11, treść dostępna na: https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F655558533%2FK_14_17_pg_2018_12_20_ADO.pdf.

¹⁵ S. Żółtek, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116, Warszawa 2017, s. 1129.

z dnia 18 kwietnia 2019 r. o sygnaturze K 14/17¹⁶, stwierdzając, że art. 86 § 4 kodeksu karnego w zakresie, w jakim różnicuje sytuacje osób, wobec których zastosowanie miała już wcześniej instytucja kary łącznej, od osób, co do których ta instytucja zastosowania nie miała, w ten sposób, że umożliwia w stosunku do tej pierwszej kategorii osób podwyższenie dolnej granicy kary łącznej, a także orzeczenie kary rodzajowo surowszej, tj. kary 25 lat pozbawienia wolności, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Istotą rozstrzygnięcia Trybunału, które zapadło jednogłośnie w składzie 5 sędziów, jest właśnie stwierdzenie, że sytuacja, w której łączeniu podlegały kara łączna wynosząca co najmniej 10 lat, przy czym kary jednostkowe składające się na uprzednio orzeczoną tą karę łączną wynosiły mniej niż 10 lat, i kara jednostkowa, pozwalająca w ramach odpowiednio stosowanego art. 86 § 1a k.k. orzec karę 25 lat pozbawienia wolności stanowi niekonstytucyjne różnicowanie sytuacji skazanych. Przykładem na to jest sytuacja, w której wobec skazanego karami pozbawienia wolności w wymiarze 5, 6 i 8 lat orzeczono najpierw karę łączną 15 lat pozbawienia wolności, po czym wobec sprawcy orzeczono kolejne dwa wyroki 6 lat pozbawienia wolności. W tej sytuacji stosownie do art. 86 § 1 k.k. sąd orzekałby karę łączną w wymiarze od 15 do 20 lat, a stosownie do § 1a mógłby wymierzyć karę 25 lat pozbawienia wolności. W przypadku zaś orzekania kary łącznej na podstawie wszystkich tych kar jednostkowych wymierzenie kary 25 lat pozbawienia wolności byłoby niemożliwe, ponieważ żadna z nich z osobna nie przekracza 10 lat pozbawienia wolności. Drugim przejawem niekonstytucyjności w ocenie Trybunału jest to, że w omawianym przypadku wyższa będzie dolna granica nowo orzekanej kary łącznej aniżeli w przypadku, gdyby miało to miejsce w razie orzekania kary łącznej za wszystkie kary jednostkowe brane pod uwagę z osobna. Dla zobrazowania tego można posłużyć się przykładem, w którym wobec tego samego skazanego karami jednostkowymi na karę 3 i 6 lat pozbawienia wolności, orzeczono karę łączną w wymiarze 8 lat, a następnie okazało się, że skazany ma jeszcze do odbycia karę 3 lat pozbawienia wolności nieobjętą wyrokiem łącznym. W tej sytuacji nowo orzekana kara łączna może wynosić od 8 do 11 lat, podczas w razie orzekania o wszystkich tych karach wynosić mogłaby ona od lat 6 do 12.

W uzasadnieniu wyroku TK wskazał, że „sprawcę dotknęła sankcja rodzajowo odmienna i surowsza od przewidzianej za którekolwiek z popełnionych przez niego przestępstw. Jednocześnie byłyby to sankcja,

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. K 14/17, OTK-A 2019, nr 18, LEX nr 2645349.

której dopuszczalność zastosowania zależała od zdarzenia przyszłego, niezależnego od postawy sprawcy po popełnieniu czynów, tj. od ewentualnego wymierzenia mu kary łącznej, niejako częściowej, nie niższej niż 10 lat pozbawienia wolności”. Trybunał stwierdził ponadto, że „kryterium różnicowania sprawców trudno ocenić jako proporcjonalne, co ostatecznie rozstrzyga o uznaniu tego kryterium za konstytucyjnie niedopuszczalne. Uzależnienie rodzaju kary orzekanej w wyroku łącznym, a także uzależnienie jej dolnej granicy od przypadkowej okoliczności, jaką jest wcześniejsze orzeczenie kary łącznej, nie tylko nie służy przyspieszeniu i uproszczeniu jej wymiaru, ale ponadto jest nieproporcjonalne i może prowadzić do orzekania kar surowszych niżby to było dopuszczalne w sytuacji wymierzania wielokrotnemu sprawcy pierwszej kary łącznej”. Ze stanowiskiem tym, które ma wszak walor ostateczności (art. 190 ust. 1 Konstytucji RP), można jednak polemizować. W wątpliwość poddać bowiem należy główny argument, na którym oparł się TK dotyczący różnicowania sytuacji skazanych w porównywanych warunkach i stanu niepewności i nieprzewidywalności możliwej do orzeczenia kary łącznej, a to z tego względu iż w przypadku popełnienia kolejnych przestępstw po wydanym uprzednio wyroku łącznym sprawca taki nie powinien korzystać z premiovania sytuacji. Z kolei w przypadku gdy w pierwotnym wyroku łącznym nie orzeczono o wszystkich podlegających łączeniu kar, to skazany będąc stroną postępowania ma przecież środki służące naprawieniu błędu sądu I instancji.

Niezależnie od powyższego postawić należy pytanie dotyczące skutków tego wyroku i wynikających z niego zasad orzekania nowej kary łącznej w miejsce już uprzednio orzeczonej i kolejnych kar jednostkowych. Jak zaznaczono wcześniej zakresowy wyrok Trybunału nie powoduje derogacji przepisu z systemu prawnego, co nie oznacza jednakże, że wyrok TK nie wywołuje w tym zakresie żadnych skutków prawnych. Z wyroku Trybunału stwierdzającego niekonstytucyjność danego przepisu we wskazanym zakresie wynika utrata mocy obowiązującej przepisu w zakresie określonym w sentencji, skutkująca nie zmianą normatywną jednostki tekstu prawnego lecz uchynieniem jego treści normatywnej¹⁷. Wobec tego, że do prawomocnie orzeczonych kar do 24 czerwca 2020 r. przepis art. 86 k.k. będzie miał zastosowanie w dotychczasowym brzmieniu, dekodowanie jakie skutki powoduje utrata treści normatywnej wskazanej w sentencji wyroku nastręcza jednak pewnych wątpliwości. Istotą odesłania z art. 86 § 4 k.k. do reguł określania granic łącznych

¹⁷ M. Wiąsek-Wiaderk, (w:) P. Wiliński (red.), System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego. Tom III cz. 2, Warszawa 2014, s. 1345.

z art. 86 § 1–3 k.k. jest przecież to, że karę łączną należy wówczas traktować jako karę jednostkową. Usunięcie tej możliwości w przypadkach jak wskazanych wyżej, które są dla skazanego mniej korzystne aniżeli pierwotnie orzekanie o karze łącznej wobec wszystkich kar jednostkowych, rodzi pytanie jak wobec braku nowelizacji przepisu w takiej sytuacji sąd winien postąpić. W związku z tym pojawiają się dwie możliwości będące następstwem rozstrzygnięcia TK: brak możliwości orzekania kary łącznej skutkujący koniecznością odbycia kolejno kary łącznej i kary jednostkowej nieobjętej wyrokiem, albo też przyjęcie możliwości łączenia kar wchodzących w zakres dotychczasowej kary łącznej i kary kolejno orzeczonej z pominięciem wyroku łącznego, który należałoby traktować jako w takim układzie faktycznym niebyły. Na skutek zapadłego wyroku TK w orzecznictwie spotkać już można orzeczenia sądów powszechnych opierające się na drugiej z tych możliwości, zakładając jednak istotną tego modyfikację, a mianowicie, że „W konsekwencji nadal połączeniu podlegają kary jednostkowe bądź kary łączne (przepisu art. 85 § 2 k.k. – według którego „podstawą orzeczenia kary łącznej są wymierzone i podlegające wykonaniu kary lub kary łączne”, nie wyeliminowano z obrotu prawnego). Przy określaniu granic orzekanej kary łącznej należy brać jednak pod rozwagę wyłącznie kary jednostkowe wymierzone za poszczególne przestępstwa. Stanowisko, według którego można połączyć kary łączne, ale przy wymiarze kary trzeba brać pod uwagę kary wymierzone za jednostkowe przestępstwa, znalazł uznanie w judykaturze sądów powszechnych”¹⁸. Sąd Okręgowy w Nowym Sączu rozpatrując apelację od wyroku Sądu Rejonowego w Nowym Sączu Wydziału Zamiejscowego w Muszynie, który powołując się na wyrok TK rozwiązał orzeczone wobec skazanego wcześniej kary łączne, trafnie zauważył¹⁹, „że ani w treści wyroku, ani w jego uzasadnieniu Trybunał Konstytucyjny nie zakwestionował konstytucyjności przepisu art. 85 § 2 k.k. nakazującego łączenie kar (jednostkowych) lub kar łącznych, a jedynie stwierdził niekonstytucyjność przepisu art. 86 § 4 k.k. w podanym wyżej zakresie, co w sytuacji skazanego nie oznacza, że należało najpierw rozwiązać orzeczone mu kary łączne pozbawienia wolności, a potem połączyć kary jednostkowe tego rodzaju. Sensem orzeczenia TK jest doprowadzenie do sytuacji równego traktowania osób, wobec których wcześniej orzeczono już karę łączną z tymi, którym tej instytucji nie stosowano. Do zapewne-

¹⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. IV K 159/19, LEX nr 2780782.

¹⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. II Ka 341/19, LEX nr 2747551.

nia prawidłowego stosowania orzeczenia TK nie jest ani konieczne, ani uzasadnione prawnie uprzednie rozwiązywanie kar łącznych, ponieważ problem dotyczy jedynie wyznaczenia granic wymiaru kary łącznej”, stwierdzając dalej, że „Rozwiązaniem tego problemu jest wyznaczenie granic wymiaru kary łącznej nie na podstawie podlegających łączeniu w myśl art. 85 § 2 k.k. kar łącznych, lecz na podstawie wymiaru objętych takimi karami łącznymi kar jednostkowych orzeczonych w wyrokach objętych wyrokiem łącznym (ewentualnie karą łączną). Wyłania się zatem w omawianym zakresie potrzeba ustalania granic wymiaru kary łącznej zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 86 § 1 k.k. i bez odpowiedniego stosowania tego przepisu w wypadku, gdy co najmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest kara łączna”. Pośrednio takie stanowisko można też wywieść z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2019 r., które co prawda dotyczyło odwołania sędziego od wytyku, lecz istotnym jest to, że wytyk dotyczył połączenia kar jednostkowych objętych już prawomocnym wyrokiem łącznym, zaś SN nie podzielił argumentu sędziego dotyczącego skutków wspomnianego wyroku TK²⁰. Stosownie zatem do tego skutek wyroku Trybunału na przyszłość po stwierdzeniu niekonstytucyjności należy rozumieć w ten sposób, że łączeniu podlegać będzie kara łączna i kolejna kara jednostkowa, jednak dolną i górną granicę nowej kary łącznej trzeba określać jedynie na podstawie kar jednostkowych objętych łączonym wyrokiem łącznym i kar kolejnych²¹. We wskazanym zatem wyżej przykładzie, w którym wobec sprawcy skazanego na kary pozbawienia wolności 5, 6 i 8 lat, wobec którego wymierzono karę łączną 15 lat pozbawienia wolności, a następnie skazano go na dwie kolejne kary pozbawienia wolności w wymiarze 6 – sąd orzekając nową karę łączną obejmującą karę łączną 15 lat i dwie kary po 6 lat w oparciu o art. 86 § 1 k.k. orzec mógłby karę łączną w wymiarze od 8 do 20 lat.

Drugim zakresem implikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego jest wpływ tego rozstrzygnięcia na już zapadłe wyroki łączne w oparciu o zakwestionowany przez Trybunał zakres ich stosowania. TK nie orzekł bowiem o odroczeniu utraty mocy obowiązującej przepisu w czasie, zaś skutkiem stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu jest co do zasady nieograniczone w czasie jego usunięcie z systemu prawnego skutkujące zakazem jego stosowania do stanów faktycznych mających miejsce pod

²⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2019 r., sygn. II KO 56/19, LEX nr 2816225.

²¹ B. Nita-Światłowska, Orzekanie kary łącznej w wyroku łącznym po zmianach normatywnych spowodowanych wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. K 14/17, Przegląd Sądowy 2020, nr 2, s. 55.

jego rządami²². Kwestię wpływu orzeczenia TK na prawomocny wyrok karny reguluje art. 540 § 2 k.p.k. stanowiący podstawę do wznowienia postępowania na korzyść skazanego jeżeli TK orzekł o niezgodności z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub z ustawą przepisu prawnego, na podstawie którego zostało wydane orzeczenie. W związku z tym rodzi się pytanie, czy wyrok TK stwierdzający niekonstytucyjność art. 86 § 4 k.k. we wskazanym wyżej zakresie stanowić może podstawę do wznowienia postępowania o wydanie wyroku łącznego zapadłych po 1 lipca 2015 r., a dotyczących łączenia kary łącznej. Na tle regulacji art. 540 § 2 k.p.k. wyraża się pogląd, że nie stawia on warunku utraty mocy obowiązującej przepisu²³. Wskazać też trzeba, że „Aktualnie istnieje możliwość wznowienia prawomocnie zakończonego postępowania karnego sądowego w oparciu o art. 540 § 2 k.p.k. niezależnie od formy kończącego je orzeczenia (wyrok, postanowienie), rodzaju rozstrzygnięcia (skazanie, uniewinnienie, umorzenie, warunkowe umorzenie), oraz tego, czy jest to postępowanie co do głównego przedmiotu procesu, czy też kwestii incydentalnej, byleby nastąpiło to na korzyść oskarżonego. Przy czym podkreślić należy, że nadal przepis art. 540 § 2 k.p.k. obejmuje sytuacje, w których skutek utraty mocy lub zmiany odnosi się do przepisu będącego podstawą nałożenia na oskarżonego określonych dolegliwości, obowiązków, bądź obciążenia kosztami”²⁴. W zakresie wyroków interpretacyjnych TK powstaje spór co do możliwości wznowienia na ich podstawie postępowania, ze względu na uchwałę Sądu Najwyższego, w której stwierdzono, że „Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające w sentencji niezgodność z Konstytucją określonej wykładni aktu normatywnego, które nie powoduje utraty mocy obowiązującej przepisu, nie stanowi podstawy do wznowienia postępowania przewidzianej w art. 401¹ k.p.c.”²⁵ Inne zapatrywanie w tym względzie przedstawia W. Kozi-

²² A. Mączyński, J. Podkowiak, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243, Warszawa 2016, s. 1208.

²³ D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II. Art. 425–673, Warszawa 2018, s. 674.

²⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2007 r., sygn. III KO 40/07, Biul. PK 2008, nr 1, s. 34, KZS 2008, nr 3, poz. 17, LEX 341879

²⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. III PZP 2/09, LEX nr 593406. Zwrócić jednak trzeba uwagę na złożoną do Trybunału Konstytucyjnego skargę konstytucyjną zarejestrowaną pod sygn. SK 17/18, w której skarżący domaga się zbadania zgodności: 1) art. 401¹ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, rozumianego w ten sposób, że wyłącza możliwość wznowienia postępowania w przypadku wydania przez Trybunał Konstytucyjny wyroku interpretacyjnego, stwierdzającego w sentencji niezgodność z Konstytucją określonej wykładni aktu normatywnego, nie stanowi podstawy do wznowienia postępowania, z art. 190 ust.

lewicz wskazując, że wyrok interpretacyjny może stanowić podstawę wznowienia postępowania²⁶. Ł. Chojniak z kolei zwraca uwagę na to, że przełożenie przytoczonej uchwały SN w sprawach cywilnych na grunt art. 540 § 2 k.p.k. jest niemożliwe z uwagi na gwarancyjny charakter procedury karnej i wynikające z niej prawo do obrony oraz na literalne brzmienie przepisu wymagającego stwierdzenia li tylko niekonstytucyjności przepisu²⁷. W konsekwencji opowiedzieć należy się za stwierdzeniem, że wyrok TK K 14/17 stanowić może podstawę wznowienia postępowania o wydanie wyroku łącznego, kiedy łączeniu podlegała uprzednio orzeczona kara łączna. Dopuszczalność wznowienia postępowania nie będzie budzić wątpliwości, gdy sąd w oparciu o art. 86 § 1a k.k. orzekł nową karę łączną 25 lat pozbawienia wolności, w sytuacji kiedy orzekając jednocześnie o wszystkich karach jednostkowych nie mógłby tego uczynić. Więcej problemów dotyczyć będzie zaś sytuacji, kiedy sąd orzekając nową karę łączną jako jej granice przyjął wyższe granice wynikające z wysokości orzeczonej uprzednio kary łącznej, aniżeli mógłby przyjąć gdyby orzekł o wszystkich karach jednocześnie. W takiej sytuacji ocena dopuszczalności wznowienia zależeć będzie od konkretnych okoliczności sprawy, a mianowicie tego, czy orzeczona kara łączna byłaby w ogóle dopuszczalna do orzeczenia zgodnie ze skutkami płynącymi z wyroku TK.

Trzeba jednak w tym miejscu dodać, że zasady orzekania kary łącznej określone w art. 85 k.k. i art. 86 k.k. zostały na powrót istotnie zmienione na mocy nowelizacji kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2019 r.²⁸, która jednak nie weszła w życie na skutek skierowania jej przez Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego i stwierdzenia jej niekonstytucyjności przez TK²⁹. Ustawa ta miała zmienić brzmienie art. 85 § 1 k.k. poprzez przywrócenie brzmienia przepisu sprzed 1 lipca 2015 r., a także uchylić art. 86 § 1a i § 4 k.k., skutkiem czego wykluczone miało być łączenie kar łącznych. Przy czym do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wej-

4 w zw. z art. 32 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, 2) art. 399 § 1 i 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, rozumianego w ten sposób, że wyłącza możliwość wznowienia postępowania o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko współnikowi spółki jawnej, z art. 190 ust. 4 w zw. z art. 32 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

²⁶ W. Koziół, (w:) D. Drajewicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz. Art. 425–682, Warszawa 2020, s. 417.

²⁷ Ł. Chojniak, Wznowienie postępowania karnego w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, Państwo i Prawo 2011, nr 10, s. 73.

²⁸ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r., nieogłoszona w Dzienniku Ustaw, druk sejmowy nr 3451 ze zmianami, Sejm VIII kadencji.

²⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. Kp 1/19, LEX nr 3028994.

ścia w życie noweli jej art. 21 ust. 1 zakładał, że przepisy działu IX k.k. stosowało się w brzmieniu dotychczasowym. Jak wskazano we wstępie tożsamo kwestię tę uregulowała nowelizacja kodeksu karnego na mocy ustawy z 19 czerwca 2020 r. uchylając art. 86 § 4 k.k. i przywracając poprzednio obowiązujące brzmienie art. 85 k.k. wskazując jednak w art. 81 ust. 1, że dotychczasowe brzmienie rozdziału IX k.k. znajdować będzie zastosowanie do kar prawomocnie orzeczonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, a więc przed 24 czerwca 2020 r.

Zasady łączenia kary ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego P 20/17

Drugim zagadnieniem dotyczącym zasad orzekania kary łącznej jest kwestia łączenia kary ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności. Reguła ta obecna była już w kodeksie karnym z 1969 r.³⁰, gdzie wyrażał ją art. 69, który został w niezmienionej formie przeniesiony na grunt kodeksu karnego z 1997 r. W tym zakresie nowelizacja z 2015 r. nie dokonała zmian, poza zmianami redakcyjnymi w art. 87 k.k. i wprowadzeniem do tego artykułu § 2 umożliwiającego jednoczesne orzeczenie kar łącznych ograniczenia wolności i pozbawienia wolności bez ich połączenia, jeżeli kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności – 2 lat. Istotą regulacji wyrażonej w art. 87 § 1 k.k. jest obowiązek leżący na sądzie wymierzenia kary surowszej w stosunku do kar jednostkowych podlegających łączeniu³¹. Skutek taki ma miejsce w sytuacji, gdy chociażby jedna z podlegających kar była karą pozbawienia wolności, zaś pozostałe stanowiły kary ograniczenia wolności³². Poza możliwością określoną w art. 87 § 2 k.k., połączenie kary ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności poprzez zamianę 1 miesiąca kary ograniczenia wolności na 15 dni kary pozbawienia wolności ma charakter obligatoryjny i sąd nie może zastosować innego przelicznika³³. Wskutek wprowadzenia art. 87 § 2 k.k. obligatoryjny bezwzględny charakter nakazu łączenia kar różnorodnych uległ

³⁰ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 13, poz. 94.

³¹ J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny, s. 512.

³² M. Szewczyk, (w:) K. Buchała (red.), Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 399.

³³ J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny, s. 512; zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. V KK 458/12, LEX nr 1277818.

osłabieniu, wobec czego obowiązek ten powstaje dopiero wówczas, gdy nie są spełnione przesłanki jednoczesnego orzeczenia kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności w myśl art. 87 § 2 k.k., a to ze względów formalnych wobec przekroczenia określonych w przepisie granic tych kar oraz wobec niespełnienia przesłanki merytorycznej w postaci spełnienia celów kary³⁴. Niewątpliwym pozostaje, że rozwiązanie przyjęte w art. 87 § 1 k.k. ma charakter niekorzystny dla skazanego, zaś wprowadzony art. 87 § 2 k.k. ma za zadanie ten negatywny skutek nieco złagodzić. Nie jest wszak nigdzie powiedziane, że kara łączna ze swej istoty musi być dla skazanego korzystniejsza.

Istotą łączenia kar jest to, że połączeniu podlegają kary dotychczas niewykonane. W razie zaś ustalenia, że podlegająca łączeniu kara została już wykonana sąd powinien co do niej umorzyć postępowanie (art. 572 k.p.k.). W odniesieniu do kary ograniczenia wolności oznacza to zaś, że dopóki nie zostanie ona wykonana w całości podlega ona połączeniu z karą pozbawienia wolności po przeliczeniu jej wymiaru zgodnie z przelicznikiem określonym w art. 87 § 1 k.k. Na tym właśnie tle Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 87 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek połączenia kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności oraz wymierzenia kary łącznej pozbawienia wolności po dokonaniu zamiany kary ograniczenia wolności na karę pozbawienia wolności, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³⁵. Wskazany zakres niekonstytucyjności przepisu został jednak przez TK sformułowany nazbyt ogólnie. Istota art. 87 § 1 k.k. sprowadza się do dwóch płaszczyzn. Mianowicie pierwszą z nich jest stworzenie podstawy dla możliwości w ogóle łączenia kar różnorodnych, a drugą kwestią jest obowiązek połączenia tych kar wg wskazanego przelicznika, z zastrzeżeniem art. 87 § 2 k.k. Trybunał zaś zajmował się drugą z nich, lecz z uzasadnienia wyroku wynika, że niekonstytucyjność dotyczy węższego zakresu aniżeli wskazanego w sentencji. Wyrok TK zapadł na skutek dwóch pytań prawnych przedstawionych przez sądy³⁶, spośród

³⁴ A. Dziergawka, Kontrowersje dotyczące łączenia kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności (art. 87 § 1 i 2 k.k.), *Prokuratura i Prawo* 2019, nr 10, s. 45.

³⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 czerwca 2019 r., sygn. P 20/17, OTK-A 2019, nr 29, LEX nr 2678604.

³⁶ Do Trybunału Konstytucyjnego zostały skierowane dwa pytania prawne o treści: 1) Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim, czy art. 87 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od połączenia kar ograniczenia wolności i pozbawienia wolności oraz wymierzenia w ich miejsce kary łącznej pozbawienia wolności w sytuacji, gdy skazany nie uchyla się od wykonania kary ograniczenia wolności, jest

których Sąd Rejonowy w Dąbrowie Górniczej zakwestionował szeroko niekonstytucyjność tego przepisu, zaś Sąd Rejonowy w Gorzowie Wielkopolskim zawęził pytanie do sytuacji obowiązkowego łączenia tych kar, gdy skazany nie uchyla się od wykonania kary ograniczenia wolności. Trybunał Konstytucyjny powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo, wskazał, że „jeżeli skutkiem decyzji procesowej sądu ma być pozbawienie kogoś wolności osobistej, to sądowi powinien być pozostawiony zakres uznania i możliwość merytorycznego rozpoznania sprawy w tym zakresie. (...) Art. 87 § 1 k.k. redukuje tymczasem funkcję „rozpatrzenia” sprawy i „wymierzania sprawiedliwości” do automatycznego przeliczenia kary ograniczenia wolności na karę pozbawienia wolności zgodnie z zasadami określonymi w ustawie oraz orzeczenia w miejsce kar wymierzonych za zbiegające się przestępstwa jednej kary łącznej pozbawienia wolności”. TK zwrócił uwagę na to, że art. 87 § 1 k.k. obligatoryjnie tyczy się sytuacji, gdy łączeniu podlega nawet tylko jedna kara pozbawienia wolności z kilkoma karami ograniczenia wolności. Skutkiem tego jest możliwość wymierzenia skazanemu wyższej w sumie kary izolacyjnej niż gdyby miał odbywać jedynie orzeczoną wobec niego karę jednostkową pozbawienia wolności.

Poczynione wyżej ustalenia co do skutków wydania negatywnego wyroku zakresowego TK pozostają aktualne również na gruncie wyroku P 20/17. W zakresie merytorycznych skutków dotyczących zasad łączenia w węzeł kary łącznej kar pozbawienia wolności z karami ograniczenia wolności w sytuacji, gdy nie znajduje zastosowania art. 87 § 2 k.k., wskazać trzeba, że prostym skutkiem tego wyroku jest wykluczenie obligatoryjnego łączenia tych kar. *A contrario* zatem sąd w wyroku łącznym będzie mógł fakultatywnie orzec w takiej sytuacji karę łączną pozbawie-

zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji, 2) Sądu Rejonowego w Dąbrowie Górniczej, czy art. 87 § 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r., poz. 2204, ze zm.) w zakresie, w jakim nakazują obligatoryjne połączenie kar pozbawienia wolności z karami ograniczenia wolności i wymierzenie jednej kary łącznej pozbawienia wolności w wypadku nadających się do połączenia kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności, jeśli nie mieszczą się w granicach określonych w art. 87 § 2 tej ustawy, oraz w zakresie, w jakim nie przewidują możliwości połączenia jedynie kar pozbawienia wolności z karami pozbawienia wolności oraz jedynie kar ograniczenia wolności z karami ograniczenia wolności, z jednoczesnym odstępniem od łączenia kar pozbawienia wolności z karami ograniczenia wolności w wypadku nadających się do połączenia kar tego samego rodzaju lub innych podlegających łączeniu, są zgodne z art. 2, art. 32 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 175 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji, z art. 6 ust. 1 i ust. 3 lit. a Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, ze zm.) oraz z art. 20 i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303 z dnia 14 grudnia 2007 r., s. 1).

nia wolności z zastosowaniem przelicznika określonym w art. 87 § 1 k.k., jeżeli wskazywać na to będą okoliczności sprawy i cele zapobiegawcze i wychowawcze jakie winna spełniać kara łączna (art. 85a k.k.). Łącząc karę ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności sąd w dalszym ciągu zobligowany będzie do stosowania przelicznika określonego w tym przepisie, ponieważ w tym zakresie TK nie stwierdził jego niekonstytucyjności. Z drugiej jednakże strony wobec utraty obowiązkowego charakteru łączenia tych kar, sąd będzie mógł połączyć z osobna kary pozbawienia wolności i osobno kary ograniczenia wolności. *De facto* zatem TK doprowadził do rozszerzenia stosowania art. 87 § 2 k.k. o te sytuacje, które do tej pory nie wchodziły w zakres jego stosowania. Przesłanką bowiem stosowania art. 87 § 2 k.k. jest to, aby orzeczono co najmniej 2 kary pozbawienia wolności i 2 kary ograniczenia wolności, które mogą być orzeczone jako kary łączne jednocześnie, jeśli kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności 2 lat. Do tej pory zatem, jeżeli orzeczona na podstawie okoliczności sprawy, a nie możliwa do orzeczenia maksymalnie, kara łączna pozbawienia wolności miałyby przekraczać 6 miesięcy, jak również w przypadku gdy wobec skazanego orzeczono tylko jedną karę pozbawienia wolności lub jedną karę ograniczenia wolności, przepis art. 87 § 2 k.k. nie mógł znaleźć zastosowania, co obligowało sąd do połączenia tych kar w karę łączną pozbawienia wolności na zasadzie art. 87 § 1 k.k.³⁷ Trafne jest więc stwierdzenie, że „Przepis § 2 art. 87 k.k. stracił w istocie swój sens jako wyjątek od reguły wskazanej w § 1 tego przepisu, skoro wobec wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 czerwca 2019 r., sygn. P 20/17 (Dz. U. poz. 1135) reguła ta straciła obligatoryjny charakter”³⁸. Skutkiem tego, w obecnej rzeczywistości prawnej po wyroku Trybunału, sąd będzie mógł nie łączyć kary pozbawienia wolności z karą ograniczenia wolności niezależnie od art. 87 § 2 k.k. W takim przypadku sentencja wyroku łącznego, kiedy sąd nie będzie dokonywał łączenia kar różnorodzajowych, zależeć będzie od konkretnego układu faktycznego, tj. układu kar podlegających łączeniu. W sytuacji kiedy łączeniu podlegać miałyby wyłącznie jedna kara pozbawienia wolności z kilkoma karami ograniczenia wolności, sąd w wyroku łącznym powinien połączyć kary ograniczenia wolności i na zasadzie art. 572 k.p.k. umorzyć postępowanie co do połączenia kary pozbawienia wolności, a to

³⁷ P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, s. 597.

³⁸ P. Kozłowska-Kalisz, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX 2020, teza nr 5 do art. 87 k.k.

wobec braku w danych okolicznościach przesłanek do połączenia tych kar wynikających z oceny postawy skazanego i celów kary³⁹. Analogicznie sąd winien postąpić w przypadku, gdy łączeniu podlegałyby 1 kara ograniczenia wolności z kilkoma karami pozbawienia wolności. W sytuacji zaś gdyby łączeniu podlegało kilka różnorodnych kar, sąd powinien odrębnie dokonać połączenia kar pozbawienia wolności i odrębnie dokonać połączenia kar ograniczenia wolności.

Zakończenie

Rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w obu tych sprawach było nieco zaskakujące, jednak niezależnie od ich oceny wywołują one ostateczne skutki prawne. W związku z zakresowym rodzajem wyroków TK orzeczenia te nie dokonały zmian redakcyjnych w tekście kodeksu karnego, mimo czego jednak dokonały zasadniczych zmian w treści normatywnej zawartej w art. 86 § 4 k.k. i art. 87 § 1 k.k., zaś w przypadku tego drugiego powodując przy okazji utratę racji bytu art. 87 § 2 k.k. Konsekwencją stanowiska Trybunału są daleko idące zmiany w zakresie zasad orzekania kary łącznej dotyczące przypadków, gdy jedną z kar podlegających łączeniu jest już wcześniej orzeczona kara łączna oraz zasad łączenia kary ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności. Skutkiem wyroku Trybunału w przypadku łączenia kary łącznej z karą jednostkową na sądzie będzie ciążył obowiązek odniesienia się w wyroku łącznym również do kar jednostkowych już uprzednio połączonych w karze łącznej i wymierzenie kary łącznej w granicach wynikających z wszystkich kar jednostkowych. Drugą konsekwencją tego wyroku jest możliwość wzruszenia w drodze wznowienia postępowania wszystkich tych orzeczeń, w których sąd przy łączeniu kary łącznej przyjął niekorzystne dla skazanego granice możliwej do orzeczenia kary łącznej. Z kolei skutkiem drugiego z wyroków Trybunału jest wykluczenie zasady obowiązkowego łączenia kary pozbawienia wolności z karą ograniczenia wolności w myśl dotychczasowego brzmienia art. 87 § 1 k.k., co powoduje to, że wbrew art. 87 § 2 k.k. sąd zawsze będzie mógł orzec o połączeniu jedynie kar ograniczenia wolności lub kar pozbawienia wolności niezależnie od ich wymiaru przy zachowaniu zasad ogólnych wynikających z art. 86 § 1 k.k.

³⁹ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. XII K 143/19, LEX nr 2817639.

W związku ze wskazanymi wyżej orzeczeniami Trybunału Konstytucyjnego powodującymi utratę mocy art. 86 § 4 k.k. i art. 87 § 1 k.k. we wskazanym w tych wyrokach zakresie, dla zapewnienia prawidłowego wykonywania tych orzeczeń konieczne jest dokonanie nowelizacji tych przepisów kodeksu karnego. Zgodnie z przepisami działu IXa regulaminu Senatu⁴⁰, to Senat jest właściwym organem państwowym, na którym ciąży obowiązek wykonywania orzeczeń TK. W związku z tym oczekiwać należałoby inicjatywy ustawodawczej mającej na celu wykonanie tych wyroków poprzez odpowiednie dokonanie zmian w obrębie przepisów o karze łącznej. Ustawodawca dokonał w tym zakresie zmian na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. uchylając art. 86 § 4 k.k. i przywracając poprzednie brzmienie art. 85 k.k., co powoduje usunięcie stanu niezgodności z Konstytucją stwierdzonego wyrokiem Trybunału o sygnaturze K 14/17. Zgodnie jednak z przepisami przejściowymi dotychczasowe ich brzmienie będzie mieć zastosowanie do prawomocnych wyroków zapadłych przed 24 czerwca 2019 r., toteż wyrokowanie o karze łącznej wymaga właściwego wykonania wyroku TK przez sądy orzekające w takich stanach faktycznych. Nadal jednak nie uległ zmianie art. 87 k.k., do którego odnosi się drugi z wyroków Trybunału Konstytucyjnego. Wobec tego w pierwszym rządzie należałoby dokonać zmian ustawowych w zakresie art. 87 k.k., poprzez zastąpienie dotychczasowego § 1 i 2 przepisem, że sąd może połączyć kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności przyjmując, że 1 miesiąc ograniczenia wolności równa się 15 dniom pozbawienia wolności. Takie sformułowanie przepisu stanowiłoby wprost wykonanie wyroku TK doprowadzając do zgodności brzmienie przepisu z treścią normatywną po wydanym przez TK wyroku. Nie jest bowiem pożądanym stanem sytuacja, w której stan prawny wynikający z przepisu trzeba dekodować z uwzględnieniem orzeczenia Trybunału, ponieważ zwiększa ryzyko pomyłek sądowych.

⁴⁰ Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 listopada 1990 r. Regulamin Senatu, M.P. 2018, poz. 846.

Rules of imposing a total penalty as a result of judgments of the Constitutional Tribunal K 14/17 and P 20/17

Abstract

As a result of two judgments of the Constitutional Tribunal made as a result of the Ombudsman's request and legal questions submitted by common courts, the principles of imposing a total penalty in two specific cases were fundamentally remodelled. The decisions of the Tribunal questioned the provisions of the Penal Code regarding the imposition of a total penalty in cases where one of the penalties to be combined is already imposed a total penalty and when the punishment involves imprisonment with restriction of liberty. As a result, it is reasonable to approximate the circumstances underlying those judgments and the consequences for judicial practice resulting therefrom.

Key words

Total penalty, total judgment, rules of imposing a total penalty, various types of punishment, Constitutional Tribunal.

Łukasz Duško

Posłużenie się informacjami konfidencjonalnymi w toku procesu cywilnego przez bank – stronę postępowania. Rozważania na tle przestępstwa sprzeniewierzenia się tajemnicy bankowej

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy ujawnienie w toku procesu cywilnego przez osoby reprezentujące bank – stronę postępowania, informacji objętych tajemnicą bankową realizuje znamiona przestępstwa sprzeniewierzenie się tajemnicy bankowej, opisanego w art. 171 ust. 5 ustawy Prawo bankowe. Ambicją Autora jest zatem rozstrzygnięcie wątpliwości wykładniczych związanych z podstawami, zakresem oraz przesłankami prawnie dopuszczalnego ujawnienia bądź też wykorzystania informacji chronionych tajemnicą bankową w toku postępowania cywilnego, w którym bank jest powodem lub pozwany.

Słowa kluczowe

Tajemnica bankowa, sprzeniewierzenie się tajemnicy bankowej, informacje konfidencjonalne, ciężar dowodu.

I. Uwagi wprowadzające

Informacja we współczesnym świecie stała się nader istotnym dobrem. Uzyskanie jej, połączone z możliwością nieskrępowanego użycia, niejednokrotnie przynosi znacznie większe korzyści, niż te wynikające z tradycyjnych praw majątkowych¹. W celu należytej ochrony prawa do dysponowania informacją, jak również ochrony stosunku zaufania łączącego dysponenta tajemnicy z jej depozytariuszem (w szczególności

¹ W. Wróbel, D. Zajac (w:) W. Wróbel, A. ZoII (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212–277d, Warszawa 2018, s. 607 i n.

w obrębie niektórych grup zawodowych, w których stosunek ten niejednokrotnie przesądza o skorzystaniu z usług danego podmiotu), ustawodawca zdecydował się na penalizację tych zachowań, które naruszają regulacje chroniące informacje konfidencjonalne.

Egzemplifikację rozwiązań prawnych w tym zakresie stanowi art. 171 ust. 5 PrBank². Stosownie do treści tego przepisu, odpowiedzialność karną ponieść może kto, będąc zobowiązany do zachowania tajemnicy bankowej, ujawnia lub wykorzystuje informacje stanowiące tajemnicę bankową, niezgodnie z upoważnieniem określonym w ustawie.

Pozostawiając na boku wykładnię poszczególnych znamion tego występk³ wskazać należy, że celem niniejszego opracowania jest ustalenie, czy ujawnienie w toku procesu cywilnego informacji objętych tajemnicą bankową przez osoby reprezentujące bank, w sytuacji gdy bank występuje jako strona tego procesu, realizuje znamiona typu czynu zabronionego opisanego w art. 171 ust. 5 PrBank. Najogólniej rzecz ujmując, podjęta zostanie próba rozstrzygnięcia wątpliwości wykładniczych związanych z podstawami, zakresem oraz przesłankami prawnie dopuszczalnego ujawnienia bądź też wykorzystania informacji chronionych tajemnicą bankową w toku postępowania cywilnego, w którym bank jest powodem lub pozwany.

Nie ulega wątpliwości, że niejednokrotnie, rozstrzygnięcie istoty sprawy zawisłej przed sądem cywilnym będzie uzależnione od ujawnienia i wykorzystania przez jedną ze stron procesu informacji konfidencjonalnych stanowiących tajemnicę bankową. Jakkolwiek kwestia posługiwania się informacjami poufnymi przez beneficjenta tajemnicy bankowej nie wydaje się nad wyraz skomplikowana, to jednocześnie, możliwość ujawnienia bądź wykorzystania tajemnicy bankowej przez bank w celu dochodzenia swoich roszczeń lub obrony przed niesłusznym pozwaniem ze strony klienta wymaga szczegółowych rozważań.

Przepisy PrBank nie zawierają bowiem *expressis verbis* regulacji dotyczących posługiwania się tajemnicą bankową w toku postępowania sądowego, którego stroną jest bank. Dokonywany zatem proces uadekwatnienia zakresu odpowiedzialności karnej za występki z art. 171 ust. 5 PrBank, w szczególności znamienia „niezgodnie z upoważnieniem określonym w ustawie”, który to przepis bez wątpienia stanowi tzw. blankietowy przepis typizujący, jest znacznie utrudniony. Dodać do tego należy, że bezzasadne zaniechanie dochodzenia roszczeń przez bank lub pod-

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, Dz. U. z 1997 r., Nr 140 poz. 93.

³ Zob. w szczególności J. Majewski, Przepięstwo sprzeniewierzenia się tajemnicy bankowej, *Palestra* 2000, nr 7–8, s. 13–25.

jęcie niewystarczającej obrony przed niesłusznym pozwaniem, prowadzić może do wyrządzenia bankowi znacznej szkody majątkowej, a następnie stanowić podstawę do ewaluacji takiego zachowania przez pryzmat przestępstwa niegospodarności z art. 296 k.k.⁴ Niejasny stan prawny w tym zakresie sprawia, że osoby zajmujące się sprawami majątkowymi banku częstokroć pozostawać będą w kłopotliwej sytuacji przy wykonywaniu swoich obowiązków, chcąc, co oczywiste, uniknąć odpowiedzialności karnej zarówno z art. 296 k.k., jak też art. 171 ust. 5 PrBank.

II. Ciężar dowodu oraz ciężar dowodzenia w procesie cywilnym

W celu rozstrzygnięcia kwestii związanych z podstawami, zakresem oraz przesłankami prawnie dopuszczalnego ujawnienia bądź też wykorzystania informacji chronionych tajemnicą bankową, należy w pierwszej kolejności omówić problematykę związaną z ciężarem dowodu oraz ciężarem dowodzenia w procesie cywilnym. Konieczne zatem staje się przeanalizowanie regulacji odnoszących się do prowadzonego przed sądem postępowania dowodowego, wskazujących, na kim ciąży powinność udowodnienia danego faktu oraz kto poniesie ewentualne konsekwencje w przypadku zaniechania tej powinności.

Zgodnie z art. 6 k.c.⁵ ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Powyższa norma znajduje swoje dopełnienie w art. 232 zd. 1 k.p.c.⁶, który to przepis zobowiązuje strony do wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co więcej, w myśl zasady wyrażonej w art. 230 k.p.c., gdy strona nie ustosunkuje się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. W świetle przytoczonych regulacji oraz zasady *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*⁷, ciężar dowodu co do zasady spoczywa na powodzie.

Słusznie w nauce prawa podnosi się, iż proces cywilny determinowany jest potrzebą realizacji prywatnych, własnych interesów podmiotów, które w ramach procesu pozostają wobec siebie równe i wolne. Tym samym, bardzo wąsko zakreślona możliwość przeprowadzenia z urzędu przez sąd pewnych dowodów zarezerwowana została wyłącznie do sytu-

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r., Nr 88 poz. 553.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r., Nr 16 poz. 93.

⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296.

⁷ Ciężar dowodu spoczywa na tym, kto twierdzi, a nie na tym, kto zaprzecza.

acji podyktowanych potrzebą ochrony interesu publicznego w ramach procesu cywilnego⁸. Powyższe prowadzi do prostej konkluzji, że przez stronę nie muszą być wykazane wyłącznie te okoliczności stanu faktycznego sprawy, które nie są kluczowe z punktu widzenia rozstrzygnięcia. Konsekwencją nieuwodnienia przez stronę kluczowych dla rozstrzygnięcia faktów jest przegranie procesu. W procesie cywilnym, odmiennie niż w procesie karnym, obowiązuje zasada prawdy formalnej. Tym samym, wynik postępowania zostanie przez sąd oparty wyłącznie na materiale dowodowym dostarczonym lub zgłoszonym przez strony⁹.

W świetle przedstawionych powyżej rozważań należy stwierdzić, że bank dochodzący w procesie cywilnym swoich roszczeń bądź szukający ochrony przed niesłusznym pozwaniem, jest ustawowo zobligowany do przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Brak aktywności procesowej banku może prowadzić do przegrania przez niego procesu, nawet w sytuacji pełnej zasadności jego roszczeń. Nie budzi jednak wątpliwości, iż zdecydowana większość dokumentów, które bank powinien przedstawić w celu wygrania procesu, objęta jest obowiązkiem poufności wyrażonym w art. 104 ust. 1 PrBank. Tym samym, dochodzi do kolizji przepisów statuujących tajemnicę bankową z regulacjami określającymi ciężar dowodu oraz ciężar dowodzenia w procesie cywilnym.

Jeszcze do niedawna zasygnalizowany powyżej problem miał ograniczone znaczenie, a to ze względu na istniejące w obrocie prawnym bankowe tytuły egzekucyjne, które z jednej strony silnie chroniły informacje objęte tajemnicą bankową, z drugiej zaś – pozwalały bankom dochodzić swoich roszczeń. Zgodnie z art. 96 PrBank na podstawie ksiąg banków lub innych dokumentów związanych z dokonywaniem czynności bankowych, banki mogły wystawiać bankowe tytuły egzekucyjne. W bankowym tytule egzekucyjnym należało oznaczyć bank, który go wystawił i na rzecz którego egzekucja miała być prowadzona, dłużnika zobowiązanego do zapłaty, wysokość zobowiązań dłużnika wraz z odsetkami i terminami ich płatności, datę wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego, jak również oznaczenie czynności bankowej, z której wynikają dochodzone roszczenia oraz wzmiankę o wymagalności dochodzonego roszczenia. Bankowy tytuł egzekucyjny należało ponadto opatrzyć pieczęcią banku wystawiającego tytuł oraz podpisami osób uprawnionych do działania w imieniu banku. Bankowe tytuły egzekucyjne nie podlegały merytorycznej kontroli sądu, gdyż postępowanie klauzulowe sprowadzało się wy-

⁸ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji, Warszawa 2017, s. 77.

⁹ Tamże, s. 131 i n.

łącznie do kontroli wymagań formalnych. Już chociażby pobieżna analiza przedmiotowych przepisów, pozwala na konstatację, iż wspomniana instytucja dość mocno chroniła informacje stanowiące tajemnicę bankową. Bank, chcąc dochodzić swoich roszczeń, nie musiał wstępować na drogę sądową w celu wyegzekwowania od klienta należytego wykonania umowy, a tym samym, nie musiał w pozwie powoływać dowodów, które niejednokrotnie objęte byłyby tajemnicą bankową. W następstwie tak ukształtowanej pozycji banku, ustawa przenosiła na dłużnika ciężar wykazania, że wierzytelność nie istnieje lub nie może być dochodzona¹⁰. Tym samym, to dłużnik w postępowaniu przeciwegzekucyjnym bądź postępowaniu o ustalenie, musiał wykazać niezasadność bankowego tytułu egzekucyjnego. W takiej sytuacji nie dochodziło do ujawnienia czy wykorzystania tajemnicy bankowej, gdyż obowiązek zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę bankową nie wiąże samego dysponenta tych informacji.

Instytucja bankowego tytułu egzekucyjnego uznana została jednak, na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego za niezgodną z Konstytucją RP¹¹. TK uznał, że uprawnienie banków do wydawania bankowych tytułów egzekucyjnych stanowi naruszenie, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP¹², zasady równości w relacji z ich klientami. Powyższe niejako przesądziło, iż jedyną drogą dochodzenia realizacji wymaganych zobowiązań przez bank jest droga sądowa. Jednocześnie problem kolizji przepisów statuujących tajemnicę bankową z regulacjami określającymi ciężar dowodu oraz ciężar dowodzenia w procesie cywilnym stał się problemem kluczowym.

III. Szczególne regulacje dotyczące tajemnicy bankowej w procesie cywilnym

Przepisy PrBank nie zawierają *expressis verbis* regulacji dotyczących tajemnicy bankowej w toku postępowania sądowego, którego stroną jest bank. Tym samym, próżno szukać w ustawie bankowej regulacji odnoszących się bezpośrednio do zagadnienia rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym w kontekście zasad, określających dopuszczalne przez obowiązujące przepisy prawa sposoby przedstawiania

¹⁰ Wyrok SN z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. V CK 464/05, Legalis nr 97251.

¹¹ Wyrok TK z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. P 45/12, Legalis nr 1213156.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483.

przez bank w ramach postępowania cywilnego, okoliczności faktycznych i dowodów na uzasadnienie swych wniosków oraz twierdzeń lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej, w zakresie objętym tajemnicą bankową. Obowiązek nałożony na bank w art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. d PrBank (zgodnie z którym bank ma obowiązek na żądanie sądu udzielić informacji stanowiących tajemnicę bankową w związku z prowadzonym postępowaniem spadkowym lub o podział majątku między małżonkami albo prowadzoną przeciwko osobie fizycznej będącej stroną umowy sprawę o alimenty lub o rentę o charakterze alimentacyjnym) ma odmienny charakter. Przepis ten normuje bowiem sytuacje, gdy bank jest podmiotem zewnętrznym wobec stron postępowania cywilnego, a informacje konfidencyjne, o które występuje sąd, są niezbędne do rozstrzygnięcia zawisłej sprawy.

Wyjaśnienia zatem wymaga, jak przedstawia się sytuacja prawna podmiotu zobowiązanego do zachowania tajemnicy zawodowej, w sytuacji gdy występuje on jako strona postępowania, a zarazem posiada informacje stanowiące tajemnicę zawodową i mają one status informacji o istotnym znaczeniu w ramach prowadzonego przed sądem postępowania dowodowego. Bogactwo oraz niejednorodność układów sytuacyjnych, w ramach których może dojść do konieczności ujawnienia lub wykorzystania przez bank informacji konfidencyjnych, czyni koniecznym przeprowadzenie dalszych rozważań na trzech, niezależnych płaszczyznach.

1. Umowa główna

Najbardziej jednoznaczna, a zarazem niekontrowersyjna, jest ocena prawna układów procesowych, w których bank występuje jako powód przeciwko klientowi, będącemu pozwany w procesie cywilnym, którego przedmiotem jest dochodzenie roszczenia, wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy pomiędzy bankiem a klientem, na podstawie której wykonano czynność bankową. W tym zakresie podstawę prawną ujawnienia lub wykorzystania przez bank w procesie cywilnym informacji lub dokumentów dotyczących czynności bankowej stanowi art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank. Powyższy przepis wprost przewiduje wyjątek od wyrażonej w art. 104 ust. 1 PrBank ogólnej zasady ochrony tajemnicy bankowej, wskazując, że obowiązek zachowania przez bank w tajemnicy informacji konfidencyjnych, nie dotyczy przypadków, w których bez ujawnienia informacji objętej tajemnicą bankową – ze względu na istotę i charakter czynności bankowej lub obowiązujące przepisy – nie jest możliwe należyte wykonanie umowy, na podstawie której jest wykonywana ta czynność bankowa, lub należyte wykonanie

czynności pozostających w związku z zawarciem i wykonaniem tej umowy. Przepis ten statuuje wyjątek od obowiązku zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą bankową, uzasadniony potrzebą zapewnienia możliwości ochrony interesów banku w sytuacjach, w których jest ona uzależniona od możliwości ujawnienia i wykorzystania w ramach określonego postępowania informacji poufnych. Należy podkreślić, że brak rozwiązania przewidzianego we wskazanym powyżej przepisie, prowadziłby do specyficznego ukształtowania pozycji banku, w szczególności zaś wyłączałby możliwość wykonania przez bank czynności bankowej, do której jest zobowiązany na mocy umowy wiążącej go z klientem.

W literaturze przedmiotu powszechnie prezentowana jest wykładnia art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank przyjmująca, że bank jest uprawniony do ujawnienia tajemnicy bankowej w toku postępowania cywilnego, w którym występuje jako powód, o ile przedmiotem tego postępowania są roszczenia stron wynikające z czynności bankowej związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy zawartej pomiędzy stronami, to jest bankiem i klientem. Szeroka interpretacja przytoczonego przepisu pozwala objąć zakresem jego normowania również sytuację procesową, w której bank występuje w charakterze pozwanego.

Należy podzielić pogląd wyrażony przez Bernarda Smyklę, iż „istotne jest to, że chodzi o umowę, na podstawie której bank wykonuje daną czynność bankową – nie jest to więc każda umowa zawarta przez bank. (...) Należyte wykonanie umowy jest obowiązkiem nie tylko banku – obciąża on także drugą stronę, klienta chronionego tajemnicą. Zdarza się, że to klient nie realizuje umowy. Wtedy bank zmuszony jest podjąć działania, które mają «wymusić» realizację umowy przez klienta. (...) Należy przyjąć, że formuła uchylająca tajemnicę bankową wobec «wiadomości, bez ujawnienia których nie jest możliwe należyte wykonanie zawartej przez bank umowy», ma zastosowanie także do sytuacji, gdy to klient nie realizuje umowy, czyli inne – niż na drodze postępowania cywilnego – wykonanie umowy nie jest możliwe. Tym samym formuła ta zwalnia bank z obowiązku zachowania w tajemnicy wiadomości, które musi ujawnić w trakcie procedury przed sądem i w dalszej kolejności w czasie postępowania egzekucyjnego”¹³. Słusznie przy tym podnosi się, że bez wątpienia dłużnik, nie wykonując zaciągniętego wobec banku zobowiązania,

¹³ B. Smykla, (w:) W. Góralczyk (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 362–363; zob. również B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 104, teza 10; J. Molis (w:) F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Tom I i II, Zakamycze 2005, komentarz do art. 104, teza 7; Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 104, teza 3.2.

ma świadomość, że do przymusowego wykonania umowy niezbędne jest ujawnienie pewnych informacji, objętych klauzulą poufności. W takiej sytuacji tajemnica bankowa nie obowiązuje, gdyż niemożliwe jest prowadzenie egzekucji bez ujawnienia danych dotyczących dłużnika¹⁴.

Analogicznej oceny prawnej dopuszczalności ujawnienia i wykorzystania w toku procesu cywilnego informacji oraz dokumentów objętych tajemnicą bankową przez bank, należy dokonać w układzie procesowym, w którym bank będzie występował w charakterze strony pozwanej w związku z roszczeniami klienta, wynikającymi z zawartej pomiędzy stronami umowy oraz z dokonywanymi w związku z nią czynnościami bankowymi. W tym kontekście należy wskazać, że cytowane w przedmiotowym opracowaniu wypowiedzi doktryny prawa bankowego, mogą pozostawiać pewne wątpliwości co do tego, czy wskazane wyżej wyłączenia od obowiązku zachowania tajemnicy bankowej po stronie banku (wynikające z art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank) obejmują również układy procesowe, w których bank jest pozwanym w procesie cywilnym. W celu rozwiania tych wątpliwości, należy jednak podnieść, że w układach procesowych, w których klient pozywa w procesie cywilnym bank na podstawie zawartej pomiędzy stronami umowy, opierając i uzasadniając swoje roszczenie na okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania przez bank umowy, również może zaktualizować się zakres zastosowania normy wynikającej z art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank ze względu na fakt, iż bez ujawnienia informacji objętych tajemnicą bankową, pozwany bank nie jest w stanie udowodnić należytego wykonania przez siebie

¹⁴ Z. Ofiarski, *Prawo bankowe...*, komentarz do art. 104, teza 3.2. Adherentem zarysowanego powyżej stanowiska jest również A. Kawulski podnoszący, iż art. 104 ust. 2 pkt 1 znajdzie zastosowanie w sytuacji „ujawnienia informacji sądowi w wypadku dochodzenia przez bank roszczeń z tytułu niespłaconego przez klienta kredytu czy pożyczki, wpisu hipoteki zabezpieczającej wierzytelność banku do księgi wieczystej, wpisu zastawu zabezpieczającego wierzytelność banku do rejestru zastawów” (A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 104, teza 9). Podobnie twierdzi również A. Tupaj-Cholewa wskazując, iż „brak wyjątku uchylającego tajemnicę bankową co do niektórych informacji oznaczałoby zablokowanie możliwości funkcjonowania banku w obrocie handlowym. (...) możliwość uchylecia tajemnicy bankowej wobec informacji, o których mowa w art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank, ma zastosowanie także wtedy, gdy klient banku nie spełnia świadczenia lub czyni to w sposób niewłaściwy, a bank – w celu wyegzekwowania świadczenia – wkracza na drogę sądową. W tym wypadku obowiązek dyskrekcji nie obejmuje takich informacji, których ujawnienie w trakcie postępowania sądowego i egzekucyjnego jest konieczne, by odzyskać od dłużnika należyte świadczenie umowne lub odszkodowawcze” (A. Tupaj-Cholewa, (w:) H. Gronkiewicz-Waltz (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 104, teza 13).

umowy, na podstawie której wykonana została czynność bankowa. Tym samym należy przyjąć, że również w układzie procesowym, w którym bank zostałby zmuszony do obrony przed roszczeniem ze strony klienta, opartym na umowie w związku z którą dochodziło do wykonania czynności bankowej, zachodzi okoliczność objęta dyspozycją wskazanego przepisu. W konsekwencji, prawidłowa wykładnia art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank, daje podstawy do przyjęcia, że zakres przedmiotowego wyłączenia od tajemnicy bankowej obejmuje nie tylko układy procesowe, w których bank dochodzi w procesie swoich roszczeń, wynikających z umowy bankowej jako powód, ale również układów procesowych, w których bank – z uwagi na zakres roszczeń klienta – jest dla ochrony swoich interesów, zmuszony do udowodnienia okoliczności przeciwnych do twierdzeń powoda.

Należy jednak już w tym miejscu zastrzec, że bank jest uprawniony do ujawnienia w toku postępowania cywilnego informacji lub dokumentów objętych tajemnicą bankową w zakresie, w jakim ujawnienie konkretnych informacji konfidencjonalnych jest konieczne i niezbędne dla dochodzenia konkretnego roszczenia.

2. Umowa funkcjonalnie powiązana z umową główną

Wydaje się uprawniona konstatacja, iż prawidłowa analiza art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank obejmuje możliwość posługiwania się przez bank informacjami poufnymi nie tylko w odniesieniu do umowy głównej, to jest umowy będącej podstawą dochodzonego roszczenia, ale również wszelkich umów funkcjonalnie powiązanych z umową główną. Za oczywisty przykład umów ze sobą funkcjonalnie powiązanych, należy uznać umowę kredytu (w tym wypadku będącą umową główną) oraz powiązaną z nią umowę rachunku bankowego (w tym wypadku będącą umową funkcjonalnie powiązaną). Nie da się bowiem przyjąć, iż umowa kredytu może zostać prawidłowo wykonywana, bez czynności bankowej związanej z przelaniem kwoty kredytu lub spłatą rat kredytu na rachunek bankowy utworzony w wyniku zawarcia umowy rachunku bankowego. Jeśli odnieść regulację art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank do tajemnicy bankowej wynikającej z umowy funkcjonalnie powiązanej z umową główną, stanowiącej podstawę sporu sądowego pomiędzy bankiem i klientem, należy dojść do wniosku, że – jak to wynika wprost z art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank – bez ujawnienia informacji objętej tajemnicą bankową (tajemnicą wynikającą z umowy rachunku bankowego), nie jest możliwe należyte wykonanie czynności pozostających w związku z zawarciem i wykonaniem tej umowy (czynności bankowych wynikających z umowy kredytu). Oczywi-

ście bezwzględny warunek przyjęcia, że takie wyłączenie zachodzi, jest tożsamość stron obu umów, zarówno umowy głównej (w przykładzie umowy kredytowej), jak i umowy funkcjonalnie powiązanej (w przykładzie umowy rachunku bankowego).

Akceptacja przedstawionego sposobu wykładni prowadzi do wniosku, że w analizowanych układach procesowych uprawnienie do ujawnienia lub wykorzystania informacji lub dokumentów, wynikających z umowy funkcjonalnie powiązanej z umową główną stanowiącą podstawę prowadzonego sporu sądowego, również wynika wprost z art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank.

3. Umowa niemająca funkcjonalnego związku z umową główną

Wykładnia art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank nie daje natomiast podstawy do przyjęcia, że przewidziane w tym przepisie odstępstwo od obowiązku zachowania tajemnicy bankowej dotyczy również układów procesowych, w których bank ujawniałby informacje lub dokumenty dotyczące umowy pomiędzy bankiem a klientem, której wykonywanie nie pozostawałoby w żadnym funkcjonalnym związku z wykonaniem umowy głównej, stanowiącej podstawę rozstrzyganego przez sąd pomiędzy stronami sporu cywilnego. Przykładem takiej sytuacji byłoby wykorzystanie przez bank, w toku procesu o roszczenia wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania przez klienta umowy kredytowej, dowodu z dokumentu w postaci zapisów na rachunku bankowym klienta, który nie byłby rachunkiem bankowym powiązany z wykonaniem umowy kredytowej – np. w celu wykazania przez bank, że klient w złej wierze nie spłacał kredytu, pomimo tego, że na innym rachunku w banku posiadał środki pieniężne.

Prima facie, uprawniona wydaje się konstatacja, iż brak regulacji zezwalającej bankowi na wykorzystanie w ramach procesu informacji obejmujących umowy pomiędzy bankiem a klientem, których wykonywanie nie pozostawałoby w żadnym funkcjonalnym związku z wykonaniem umowy głównej, stanowiącej podstawę rozstrzyganego przez sąd pomiędzy stronami sporu, czyni niemożliwym i jednocześnie bezprawnym takie praktyki. Wykładnia systemowa oraz celowościowa prowadzi jednak do wniosku, iż banki są uprawnione do posłużenia się tajemnicą bankową w niezbędnym w ramach procesu cywilnego zakresie, mimo iż w przedstawionym powyżej przykładzie, brak jest do tego wyrażonej *explicite* normy prawnej.

Zapewnienie bankom możliwości nieskrępowanego dochodzenia roszczeń przed sądem podyktowane jest potrzebą ochrony zarówno banku jako instytucji zaufania publicznego, jak również osób, które po-

wierzyły owemu bankowi swoje oszczędności. Należy bowiem zważyć, iż w przypadku konieczności dochodzenia przez bank swoich należności na drodze sądowej, interes dłużnika banku jest przeciwstawiany nie tylko interesom samego banku, lecz również interesom podmiotów – w tym osób fizycznych, będących klientami banków. Jednym z podstawowych obowiązków banków jest utrzymywanie płynności płatniczej dostosowanej do rozmiarów i rodzaju działalności, w sposób zapewniający wykonanie wszystkich zobowiązań pieniężnych zgodnie z terminami ich płatności (art. 8 PrBank). Mając to na uwadze, nie bez przesady można stwierdzić, iż istotą działalności banków jest najpierw zarządzanie ryzykiem, do którego minimalizacji banki muszą dążyć, a dopiero w drugiej kolejności – maksymalizacja zysku¹⁵. Banki, ze względu na szczególne miejsce jakie zajmują w sektorze gospodarczym państwa, muszą dbać o odzyskiwanie długów (przykładowo niespłaconych kredytów)¹⁶. Uzasadnia to – wskazana przez TK – szczególna rola banków w gospodarce rynkowej oraz obowiązek dbania o bezpieczeństwo środków finansowych powierzonych przez deponentów. Ponadto, uzasadnienie takie stanowi konieczność pewności obrotu gospodarczego. Banki są pośrednikami między kredytodawcami a kredytobiorcami, udzielają bowiem kredytów ze zdeponowanych pieniędzy, a zatem dbałość o płynność finansową ma zasadnicze znaczenie również dla deponentów oszczędności. Dla osiągnięcia tych celów może okazać się niewystarczające prowadzenie odpowiedniej polityki kredytowej¹⁷.

Brak obowiązku przestrzegania tajemnicy bankowej, w przypadku gdy nie jest możliwe należyte wykonanie umowy, na podstawie której jest wykonywana dana czynność bankowa, lub należyte wykonanie czynności pozostających w związku z zawarciem i wykonaniem tej umowy, podyktowane jest więc należytych wyważeniem przez ustawodawcę interesów wszystkich zainteresowanych osób, tj. interesu dysponenta tajemnicy bankowej, interesów banku i jego klientów, jak również interesu publicznego.

W rozważaniach dotyczących możliwości ujawnienia przez bank informacji konfidencjonalnych w celu dochodzenia przysługujących mu roszczeń, nie bez znaczenia pozostaje nieistniejąca już instytucja bankowego tytułu egzekucyjnego, uznana na mocy wyroku TK za niezgodną z Konstytucją RP. Wydaje się uprawnione stwierdzenie, iż brak możliwości skorzystania przez bank z bankowego tytułu egzekucyjnego rozsze-

¹⁵ Zob. wyrok TK z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. P 45/12, Legalis nr 1213156.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Zdanie odrębne sędziego TK Piotra Tulei do uzasadnienia wyroku TK z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. P 45/12, Legalis nr 1213156.

rza zakres legalnego posługiwania się informacjami konfidencjonalnymi przez bank w trakcie dochodzenia swych roszczeń na drodze sądowej. TK przyjął przeto, że uprawnienie banków do wydawania bankowych tytułów egzekucyjnych stanowi naruszenie, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, zasady równości w relacji z ich klientami. Nie sposób uznać, iż przywołany wyrok TK, mający na celu wprowadzenie równości w relacjach pomiędzy bankami a ich klientami, miałby takie skutki, że istniejąca wcześniej dysproporcja w relacjach bank – kontrahent banku zostałaby aktualnie przechylona na korzyść tych drugich. Taka sytuacja miałaby bowiem miejsce, gdyby uznać, że bank będący stroną postępowania, nie może skorzystać z informacji konfidencjonalnych w celu dochodzenia prawnie należnych roszczeń.

Przedstawienie przez bank sądowi dokumentów, które zawierają informacje konfidencjonalne jest w pełni legalne i nie sposób konstatować, iż w takim przypadku zostaje zrealizowane znamię przestępstwa sprzeniewierzenia się tajemnicy bankowej w postaci „niezgodnie z upoważnieniem przewidzianym w ustawie”.

Doszukując się potwierdzenia przyjętej tezy w orzecznictwie sądowym, warty odnotowania jest, że SN uznał, iż nie jest działaniem bezprawnym „złożenie do sądu przez stronę tego postępowania określonego dokumentu – chociażby naruszającego cudze dobra osobiste – w celu przeprowadzenia przez sąd dowodu z tego dokumentu na okoliczność mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Tego rodzaju postępowanie jest realizacją przez stronę jej prawa do obrony, którego elementem jest uprawnienie do składania wniosków dowodowych. Wnioski takie są skierowane do organu państwa, którego ustawowym zadaniem jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, w ramach którego do oceny tego organu należy ocena przydatności określonego dowodu składanego przez stronę do rozstrzygnięcia sprawy. Tylko w przypadku, gdy wnioski te dotyczą dowodów, które nie mają żadnego związku i znaczenia dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, można uznać za działanie bezprawne przedstawianie określonych dokumentów, których treść dotyka dobra osobiste innej osoby”¹⁸.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 27 maja 2010 r., sygn. III CSK 257/09, LEX nr 852666; tak również: SA w Warszawie w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., sygn. I ACa 1170/15, LEX nr 2061771; SA w Łodzi z dnia 17 września 2013 r., sygn. I ACa 440/13, LEX nr 1383493. Podobne stanowisko zajął SA w Katowicach, co do przekazanej sądowi dokumentacji medycznej zawierającej informacje objęte obowiązkiem poufności: „Strona, która w procesie realizując przysługujące jej prawo do obrony, składa oświadczenia naruszające dobra osobiste drugiej strony, działa bezprawnie wówczas gdy przedstawia fakty i oceny ze świadomością niezgodności ich z prawdą. Chodzi przy tym o oświad-

Powyższe uprawnienie banku – strony postępowania cywilnego – wywodzi się z prawa do sądu określonego w art. 45 Konstytucji RP, a w szczególności z konieczności zapewnienia stronom procesu równego dostępu do istniejących informacji o faktach – relewantnych dla danej sprawy¹⁹. Jak podkreśla się w doktrynie „Prawo do sądu (*access to justice*) nigdy nie będzie bowiem realne, kiedy nie będą istniały – po pierwsze – regulacje, zapewniające skuteczne środki prawne zabezpieczające istniejące dowody, które przecież jednocześnie zabezpieczają prawa podmiotowe stron procesu (przyszłych stron procesu). Po drugie, regulacje, na podstawie których strona procesu może zdobyć dowody (i tym samym informacje o faktach), które znajdują się u przeciwnika procesowego bądź osoby trzeciej. Zresztą takie rozwiązania leżą także w interesie publicznym, gdyż sąd powinien orzekać na podstawie całego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Orzekanie natomiast na podstawie fragmentu materiału dowodowego jest sztuczne i niepożądane”²⁰. Powyższe uwagi należy w pełni odnieść do sytuacji, gdy dowody – stanowiące jednocześnie informacje konfidencjonalne – znajdują się u strony – depozytariusza tajemnicy. Brak możliwości przedstawienia przez bank dowodów skutkujących ujawnieniem tajemnicy bankowej stanowiłby naruszenie konstytucyjnego prawa do sądu oraz rzetelnego procesu.

Przeto jednym z komponentów gwarantowanego konstytucyjnie prawa do sądu jest prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej. Stosunkowo najczęściej wyodrębnianą rękojmią rzetelności postępowania sądowego, należycie chroniącą prawo jednostki do sądu, jest prawo do

czenia składane (tak w sprawach karnych i cywilnych) na uzasadnienie roszczenia skargi, względnie na uzasadnienie obrony, jeżeli wynikają one z uprawnień działającego, a więc gdy przedmiotowo zdolne są służyć obronie prawa osoby działającej i gdy podmiotowo podyktowane są wolą działającego – wystąpienia w obronie jego prawa” (wyrok SA w Katowicach z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. V ACa 935/14, LEX nr 1959477; zob. również wyrok SN z dnia 24 sierpnia 2011 r., sygn. IV CSK 587/10, LEX nr 1129156; tak również: SA w Białymstoku w wyroku z dnia 26 sierpnia 2016 r., sygn. I ACa 260/16, LEX nr 2115456; SO w Poznaniu w wyroku z dnia 24 marca 2016 r., sygn. XVIII C 70/15, LEX nr 2069702; SA w Białymstoku w wyroku z dnia 10 marca 2016 r., sygn. I ACa 1018/15, LEX nr 2020039; SA w Krakowie w wyroku z dnia 12 maja 2015 r., sygn. I ACa 275/15, LEX nr 1754185; SA w Katowicach w wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. I ACa 1106/14, LEX nr 1740665; SO w Białymstoku w wyroku z dnia 20 maja 2014 r., sygn. I C 1587/13, LEX nr 1844108.).

¹⁹ Zgodnie z wyrokiem TK z dnia 11 marca 2003 r., sygn. SK 8/02, OTK-A 2003, nr 3, poz. 20 „zgodnie z ugruntowanymi poglądami doktryny i judykatury rozpatrzenie sprawy uznać można za sprawiedliwe, jeśli każda ze stron miała możliwość przedstawienia sądowi swych racji, skorzystania z prawa do obrony oraz rzetelnego postępowania”.

²⁰ R. Rejdak, (w:) K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366, Warszawa 2016, komentarz do art. 248, teza 7.

wysłuchania, tj. w szczególności uprawnienie do zgłaszania wniosków i żądań, twierdzeń faktycznych i dowodów na ich poparcie, do wypowiadania się co do wszelkich kwestii prawnych²¹. Przyjmuje się, iż bez stworzenia stronie możliwości przedstawienia swojego stanowiska w sprawie, w sposób umożliwiający sądowi podjęcie sprawiedliwej, obiektywnej i słusznej decyzji, prawo do sądu pozostaje prawem fasadowym²². W silnej korelacji z prawem do wysłuchania pozostaje prawo do dowodu. W literaturze wskazuje się, że znaczenie podstawowe ma tu prawo do tego, aby przedmiotem dowodu uczynić każdą sporną okoliczność, relewantną dla rozstrzygnięcia sprawy²³. Powyższe ma szczególnie istotne znaczenie w ramach procesu cywilnego, w którym kontrydiktoryjność postępowania skutkuje odpowiedzialnością stron za gromadzenie materiału procesowego.

W niniejszych rozważaniach nie sposób pominąć silnych związków między konstytucyjnym prawem do sądu a konwencyjną gwarancją rzetelnego procesu (art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁴). Za jedno z utrwalonych składników koncepcji *fair trial* na tle przywołanego przepisu uznaje się równość środków procesowych przysługujących stronom (*equality of arms*)²⁵. Powyższe znajduje pełne odzwierciedlenie w uzasadnieniu ww. wyroku TK. Trybunał uznał, iż „nie ulega wątpliwości, że jedną z podstawowych zasad polskiej procedury cywilnej – ściśle związaną z zagadnieniem równości jest kontrydiktoryjność postępowania oznaczająca, że równouprawnione strony toczą spór przed bezstronnym sądem, którego werdyktowi obowiązane są się podporządkować. Z zasady tej wprost wynika wymóg, by obie strony miały zagwarantowaną jednakową możliwość obrony ich praw i interesów poprzez zgłaszanie żądań i wniosków, przedstawianie twierdzeń i dowodów i korzystanie ze środków zaskarżenia”²⁶. Na tle zaprezentowanych uwag, jawi się jako oczywista konstatacja, iż konstytucyjnie zapewnione bankom prawo do sądu (zgodnie z orzecznictwem TK z prawa do sądu korzystają również „osoby prawne prawa prywatnego”²⁷) – upoważnia te podmioty do dochodzenia na drodze sądowej prawnie należnych im roszczeń. Brak

²¹ P. Grzegorzczak, K. Weitz, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP. Komentarz art. 1–86. Tom I, Warszawa 2016, s. 1132–1133.

²² Por. wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14.

²³ P. Grzegorzczak, K. Weitz, (w:) Konstytucja RP..., s. 1136.

²⁴ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., Nr 61 poz. 284.

²⁵ P. Grzegorzczak, K. Weitz, (w:) Konstytucja RP..., s. 1090.

²⁶ Wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14.

²⁷ Zob. wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., sygn. K 28/97, OTK 1998, nr 4, poz. 50.

możliwości przedstawienia relewantnych dla sprawy dowodów, wynikający z konieczności zachowania w poufności wiadomości konfidencjonalnych, czyniłby to prawo iluzorycznym.

Zastrzec jednak należy, że nieuprawnionym byłoby jednak twierdzenie jakoby w trakcie postępowania cywilnego, bank mógł ujawnić bądź wykorzystać wszelkie informacje poufne. Konieczność odpowiedniego wyważenia i ochrony w ramach toczącego się postępowania cywilnego – w największym możliwym zakresie – wszystkich konstytucyjnych gwarancji, wymaga poszanowania prawa do sądu z jednej strony oraz prawa do prywatności z drugiej. Przy konfrontowaniu kolidujących interesów, konieczne jest przeciwstawienie i wyważenie całości okoliczności danej sprawy. Z tego też powodu należy konstatować, iż ujawnione informacje muszą być niezbędne i istotne dla toczącego się postępowania. Innymi słowy, będą to takie informacje, bez których z dużym prawdopodobieństwem powództwo banku zostałoby oddalone bądź pozew wniesiony przeciwko tej instytucji w ocenie sądu miałby być zasadny. Powyższe jest silnie skorelowane z przedstawionymi uprzednio uwagami o ciężącym na banku ciężarze dowodu. W ramach postępowania cywilnego strona jest zwolniona z wykazywania jedynie tych okoliczności stanu faktycznego sprawy, które nie są kluczowe z punktu widzenia rozstrzygnięcia.

Reasumując, należy uznać, iż istnieje szereg argumentów systemowych i funkcjonalnych, potwierdzających, że występujący w procesie cywilnym w charakterze strony procesowej (powoda lub pozwanego) bank, jest uprawniony do ujawnienia lub wykorzystania informacji lub dokumentów objętych tajemnicą bankową, także w tym przypadku, gdy ujawnione informacje w żaden sposób nie są powiązane z umową główną, tj. umową będącą podstawą roszczenia. W związku z przysługującym bankowi prawem do sądu oraz w związku z charakterystyką prawną podmiotu (którym w tym przypadku jest sąd), jakiemu informacje objęte tajemnicą bankową są ujawnianie, dopuszczalne jest – bez bezprawnego naruszenia tajemnicy bankowej – posługiwanie się tego rodzaju dowodami przed sądem.

IV. Reguły postępowania przy wykorzystywaniu informacji stanowiących tajemnicę bankową

Należy uznać, iż legalne posługiwanie się przez bank informacjami konfidencjonalnymi w procesie cywilnym obejmuje wszelkie dozwolone prawnie środki dowodowe. Tym samym bank, w celu dochodzenia roszczeń lub obrony przez niesłusznym pozwaniem może m.in. przedkładać niezbędne dokumenty, wnioskować o powołanie na świadka pracownika

banku czy składać zeznania w charakterze strony. W pełni uprawnione wydaje się również przedłożenie biegłemu stosownych dokumentów w celu sporządzenia opinii niezbędnej dla rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem. We wszystkich tych działaniach bank jednak powinien kierować się zasadą konieczności, zgodnie z którą ujawnieniu podlegać mogą wyłącznie informacje niezbędne, wręcz konieczne dla sprawy.

Raz jeszcze bowiem należy zastrzec, że ujawnienie lub wykorzystanie informacji lub dokumentów objętych tajemnicą bankową w procesie cywilnym, którego bank jest stroną, może zostać uznane za prawnie dopuszczalne wyłącznie w zakresie, w jakim jest to niezbędne i konieczne do dochodzenia roszczenia banku lub obrony przed roszczeniami klienta oraz przy zachowaniu ze strony banku należytych reguł ostrożności.

Należy także pamiętać, iż udostępniane przez bank informacje konfidencjonalne mogą dotyczyć wyłącznie zobowiązań wymagalnych. W przypadku bowiem zobowiązań niewymagalnych, wszelkie informacje podlegają bezwzględnej ochronie²⁸.

Ponadto bank, przy realizacji opisanych powyżej uprawnień, powinien powziąć niezbędne środki bezpieczeństwa skutkujące zapobiegnięciem zapoznania się z informacjami poufnymi przez osoby nieuprawnione. Za pożądane należy uznać złożenie do sądu wniosku o przeprowadzenie posiedzenia lub rozprawy przy drzwiach zamkniętych, tj. o wyłączenie tzw. jawności zewnętrznej postępowania, czyli jawności wobec publiczności. Za zasadne wydaje się, by przedmiotowy wniosek zawarty został już w treści pozwu (jako wniosek służący do przygotowania rozprawy, o którym mowa w art. 187 § 2 k.p.c.).

V. Podsumowanie

Podejmując próbę syntetycznego podsumowania zaprezentowanych rozważań, zgodnie z art. 104 ust. 2 pkt 1 PrBank, bank występujący w toku postępowania w charakterze powoda lub pozwanego może posługiwać się informacjami konfidencjonalnymi, o ile przedmiotem tego postępowania są roszczenia stron wynikające z czynności bankowej związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy zawartej pomiędzy stronami. Tożsame uwagi uprawnione są w kontekście umów funkcjonalnie powiązanych z umową główną. W tym też zakresie zachowanie osób reprezentujących bank jest w pełni legalne i nie następuje „niezgodnie z uposażaniem określonym w ustawie”. Wobec tego

²⁸ Z. Ofiarski, *Prawo bankowe...*, komentarz do art. 104, teza 3.2.

brak jest podstaw do prawnokarnej oceny takich czynów pod kątem ewentualnej realizacji znamion przestępstwa sprzeniewierzenia się tajemnicy bankowej.

W pozostałych przypadkach bank – korzystając z konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do sądu oraz kierując się potrzebą ochrony powierzonych mu depozytów – jest uprawniony do ujawnienia lub wykorzystania wiadomości konfidencjonalnych w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do prawidłowego rozstrzygnięcia zawisłej przed sądem sprawy. Zachowanie takie jest pierwotnie legalne i nie sposób zasadnie twierdzić, iż w tym zakresie zostają zrealizowane znamiona art. 171 ust. 5 PrBank.

Wyłącznie posłużenie się przez bank informacjami konfidencjonalnymi, których ujawnienie nie było konieczne do dochodzenia prawnie należnych roszczeń lub obrony przed niesłusznym pozwaniem, może skutkować odpowiedzialnością karną z wyżej wskazanego występku.

Use of information covered by the banking secrecy in the course of civil proceedings by the bank – a party to the proceedings. Deliberations on the breach of banking secrecy crime

Abstract

The article aims to find whether representatives of the bank – a party to the civil proceedings – who disclose in the course of proceedings information covered by the banking secrecy, are committing a crime provided in Art. 171 Section 5 Banking Law Act. The Author's ambition is to solve the doubts related to the grounds, scope and conditions of legally permitted disclosure or use of the information covered by the banking secrecy in civil proceedings in which the bank is the plaintiff or defendant.

Keywords

Banking secrecy, breach of banking secrecy, confidential information, burden of proof.

Paweł Opitek, Amelia Choroszevska

Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II)

Streszczenie

Artykuł dotyczy kwestii zasadniczej dla skuteczności prowadzenia wielu postępowań karnych w Polsce, Europie i na całym świecie: procedur pozyskiwania dowodów cyfrowych ulokowanych poza państwem prowadzącym śledztwo.

W pierwszej części opracowania przedstawiono aktualny stan prawny w tym zakresie i trudności powodowane zbyt małą efektywnością międzynarodowej pomocy prawnej opartej na systemie Mutual Legal Assistance Treaties. Kolejne dwa rozdziały omawiają nowe, procedowane w Unii Europejskiej (UE) instrumenty rekwizycji artefaktów: europejski nakaz wydania i zabezpieczenia dowodów i powiązaną z nimi instytucję przedstawicieli prawnych. Prezentowany stan wiedzy ma wyjątkowo cenny charakter, ponieważ pochodzi od osoby bezpośrednio zaangażowanej w negocjacje nad nowymi rozwiązaniami. W innym miejscu artykułu pierwszy raz w literaturze przedmiotu podano realia i statystykę realizacji pomocy prawnej pomiędzy Polską i Stanami Zjednoczonymi w sprawach dotyczących cyberprzestępczości. Omówiono kwestię notyfikacji wydania nakazu dostarczenia lub zabezpieczenia materiału dowodowego, ponieważ jest ona skomplikowana i od ostatecznego kształtu notyfikacji w dużym stopniu zależy ogólna skuteczność proponowanych wdrożeń.

Druga część artykułu traktuje o pracach nad zawarciem porozumienia między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi, opartego na przyjętym w 2018 roku przez Kongres Stanów Zjednoczonych Clarifying Lawful Overseas Use Data Act. Jako konkretny przykład takiej umowy scharakteryzowano podpisany w 2019 roku traktat między Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki. Rozdział III poświęcony jest alternatywnym procedurom uzyskiwania danych m.in. w sytuacji bezpośredniego i poważnego zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego oraz czynów terrorystycznych. Opisano politykę udzielania informacji przez globalnych dostawców

usług internetowych oraz praktykę działania organów ochrony prawa w USA w oparciu m.in. o National Security Letter. Niezbędne okazało się także omówienie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wobec nowych metod masowego gromadzenia danych cyfrowych z zagranicy, gdyż formy pracy operacyjnej coraz częściej nie znają pojęcia granic i ukierunkowane są na artefakty w cyberprzestrzeni. Opracowanie kończy podsumowanie tematu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych dotyczącej uzyskiwania dowodów cyfrowych.

Słowa kluczowe

Pomoc prawna, dowody elektroniczne, dane cyfrowe, usługodawca, przestępstwo, CLOUD Act, europejski nakaz wydania, europejski nakaz zabezpieczenia, przedstawiciel prawny, notyfikacja, podsłuch.

I. Prace nad porozumieniem między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi

Trudne do przecenienia znaczenie ma realizacja międzynarodowej pomocy prawnej ze Stanami Zjednoczonymi, ponieważ w tym kraju mieszczą się siedziby największych na świecie dostawców usług telekomunikacyjnych i teleinformatycznych, szczególnie jeśli chodzi o uzyskiwanie dowodów cyfrowych dotyczących nielegalnych działań z wykorzystaniem Internetu. Tryb kierowania wniosków w sprawach o cyberprzestępczość zaczyna się od przygotowania projektu odezwy przez prokuratora-referenta śledztwa, a następnie nadanie jej ostatecznego kształtu przez właściwe prokuratury okręgowe (działy do spraw obrotu prawnego z zagranicą), regionalne lub wydziały zamiejscowe Prokuratury Krajowej i przesłanie go do Biura Współpracy Międzynarodowej Prokuratury Krajowej (BWM PK)¹. W Biurze wnioski poddawane są wstępnej ocenie, czy:

- 1) spełniają wymogi związane z obrotem prawnym z zagranicą oraz
- 2) odpowiadają regulacjom państwa, do którego planuje się je wysłać.

W przypadku odezw adresowanych do rządu amerykańskiego, szczegółowo analizuje się ich treść pod kątem wymagań wynikających z trzech zasad:

¹ Informacje i dane liczbowe dotyczące realizacji wniosków o pomoc prawną kierowaną przez Polskę do Stanów Zjednoczonych zostały udostępnione przez prokuratora Piotra Radomskiego z Biura Współpracy Międzynarodowej Prokuratury Krajowej.

- a) *probable cause* (prawdopodobieństwa winy),
- b) *de minimus* (znikomej szkodliwości czynu),
- c) *seals and ribbons* (wymogów formalnych).

Bada się ponadto, czy odezwa nie narusza porządku konstytucyjnego USA, co spowodowałoby odmowę jej realizacji już na wstępnym etapie procedowania. Zachodzi także konieczność zagwarantowania poufności informacjom podanym we wniosku, gdyż bez tego zastrzeżenia obowiązuje zasada ogólna: zgodne z nią w Stanach Zjednoczonych wnioski są jawne na każdym etapie postępowania sądowego.

Po dokonaniu powyższej analizy przez prokuratora BWM PK, prośba jest tłumaczona na język angielski i wraz z pismem przewodnim przesyłana do Biura Współpracy Międzynarodowej Departamentu Sprawiedliwości USA (*Office of International Affairs US Department of Justice, OIA US DOJ*), przy czym wnioski dotyczące cyberprzestępczości trafiają do wyodrębnionego w powyższym Biurze zespołu Cyber Team. Cała procedura jest realizowana zgodnie z zapisami umowy między Rzeczpospolitą Polską, a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych z dnia 10 lipca 1996 r. oraz porozumienia o pomocy prawnej w sprawach karnych między Unią Europejską, a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z dnia 25 czerwca 2003 r.² Wspomniany Cyber Team stworzono w 2015 r. w ramach organu centralnego, którym jest Departament Sprawiedliwości USA, jako specjalną jednostkę do realizacji spraw „cyber”. W tym czasie dokonano reorganizacji OIA US DOJ w kierunku usprawnienia międzynarodowej pomocy prawnej: wcześniej podobne odezwy z całego świata kierowano do właściwej miejscowo prokuratury najczęściej w Południowej Kalifornii i z powodu ich dużej liczby doszło do paraliżu funkcjonowania tej jednostki.

Jeśli chodzi o wnioski pochodzące z Polski i kierowane do Stanów Zjednoczonych w latach 2016–2019, to na koniec 2019 r. na biegu pozostało łącznie 291 odezwy odnoszących się do szerokiego spektrum kwalifikacji prawnych zawartych w Kodeksie karnym oraz ustawach szczególnych. Spośród nich, aż 147 dotyczyło przestępstw powiązanych z Internetem i takimi platformami jak: Google, Amazon, Snapchat, Ya-

² Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki dotycząca stosowania Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych, sporządzonej dnia 10 lipca 1996 r. Zgodnie z artykułem 3 ustęp 2 Porozumienia o wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, podpisanego w Waszyngtonie dnia 25 czerwca 2003 r., <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20100170091/O/D20100091.pdf>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

hoo, YouTube, Facebook, Cloudflare, Hotmail, GoDaddy, AOL oraz Twitter. Sprawy z zakresu cyberprzestępczości dotyczyły najczęściej szeroko rozumianego przestępstwa oszustwa (aż 80% wniosków) i kwalifikacji z art. 286 k.k. (oszustwo), art. 287 k.k. (oszustwo komputerowe), art. 299 k.k. (pranie pieniędzy) i innych nadużyć skierowanych przeciwko mieniu. Pokrzywdzonymi były zarówno osoby fizyczne, podmioty gospodarcze oraz jednostki administracji publicznej, a szkody spowodowane popełnieniem przestępstwa niejednokrotnie przybierały postać „znaczących rozmiarów”. Inne czyny karalne popełnione z wykorzystaniem łączy internetowych dotyczyły m.in. następujących spraw:

- 1) zakłócenia w istotnym stopniu przekazywania danych informatycznych,
- 2) rozpowszechniania bez wymaganego zezwolenia cudzych utworów chronionych prawem autorskim/kodowanych programów telewizyjnych,
- 3) bezprawnego ujawnienia i wykorzystania informacji w związku z wykonywaną pracą,
- 4) doprowadzenia namową lub przez udzielenie pomocy do targnięcia się na własne życie,
- 5) udzielenia kobietom ciężarnym pomocy w przerywaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy,
- 6) wpływania bez upoważnienia na automatyczne przetwarzanie danych informatycznych w celu wyrządzenia szkody poprzez dokonanie nowego zapisu informacji na koncie serwisu społecznościowego,
- 7) nakłaniania małoletnich za pośrednictwem portalu społecznościowego do wykonania innych czynności seksualnych/doprowadzenia małoletnich do wykonania innych czynności seksualnych,
- 8) podszywania się pod inną osobę poprzez wykorzystanie jej wizerunku i danych osobowych na portalu społecznościowym,
- 9) bezprawnego uzyskania dostępu do informacji,
- 10) bezprawnego uzyskania dostępu do systemów informatycznych urzędu centralnego,
- 11) zakłócenia w istotnym stopniu przekazywania danych informatycznych,
- 12) wystawienia na stronach aukcji internetowych fikcyjnych ofert sprzedaży,
- 13) kierowania za pomocą łączy internetowych gróźb karalnych,
- 14) przekazywania i gromadzenia środków płatniczych przy wykorzystaniu pośrednictwa finansowego w zamiarze sfinansowania przestępstw o charakterze terrorystycznym,

15) uzyskania dostępu do informacji zawartych w poczcie elektronicznej poprzez przełamanie zabezpieczeń skrzynek e-mail.

Zauważyć można dynamiczny wzrost wniosków o pomoc prawną dotyczących przestępstw z wykorzystaniem kryptowalut. Co prawda ich łączna liczba nadal jest stosunkowo nieznaczna, ale widać wyraźny progres: o ile w latach 2016–2018 były to zaledwie jednostkowe przypadki, to na koniec 2019 r. odnotowano już 5 odezw dotyczących spraw karnych, gdzie sprawcy posługiwali się kryptowalutami.

Z tej perspektywy widać, jak ważną rolę w ściganiu przestępstw odgrywa kooperacja państw europejskich, w tym Polski, ze Stanami Zjednoczonymi. Nadzieję na jej usprawnienie daje przyjęta w marcu 2018 r. przez Kongres Stanów Zjednoczonych ustawa *Clarifying Lawful Overseas Use Data Act*³ (*CLOUD Act*). Dotyczy ona dwóch podstawowych zagadnień:

- 1) zobowiązuje firmy prowadzące działalność na terenie USA do przedstawienia danych cyfrowych na żądanie uprawnionego organu ze Stanów niezależnie od tego, w którym miejscu na świecie takie dane aktualnie się znajdują oraz
- 2) upoważnia do zawierania umów (ang. *executive agreements*) między Stanami Zjednoczonymi, a innym demokratycznym państwem umożliwiającym organom państw trzecich bezpośrednio zwracać się do CSP z siedzibą w Ameryce o wydanie dowodów cyfrowych.

Jeśli chodzi o administrację amerykańską, to *CLOUD Act* nie stwarza w zasadzie nowej sytuacji prawnej, a bardziej porządkuje obowiązujące przepisy w przedmiocie gromadzenia informacji od podmiotów prywatnych. Było to konieczne m.in. po wyroku tamtejszego sądu w sprawie „Microsoft Corp. przeciwko Stanom Zjednoczonym” (tzw. *Microsoft Ireland*) stwierdzającym, że nakazy wydane na podstawie ustawy *Stored Communications Act* nie mają zasięgu eksterytorialnego, tj. dotyczą tylko artefaktów zgromadzonych na terenie kraju. Wtedy szereg firm amerykańskich odmówiło rządowi USA dostarczenia danych, które znajdowały się na serwerach za granicą, chociaż były niezbędne do prowadzenia poważnych spraw kryminalnych. Ponadto, wyrok wpłynął negatywnie na realizację pomocy prawnej w ramach procedury MLAT, dotyczącej wniosków pochodzących z innych państw, także z Europy. Rząd w Waszyngtonie oraz jego zagraniczni partnerzy byli coraz bardziej sfrustrowani taką sytuacją. Stąd ustawowy obowiązek zawarty w *CLOUD Act* i adresowany do CSP na terenie Stanów Zjednoczonych, takich jak Google, Facebook

³ Tekst ustawy: <https://www.justice.gov/dag/page/file/1152896/download>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

i Microsoft, aby udostępniali posiadane informacje niezależnie od tego, gdzie aktualnie są one przetrzymywane. Chodzi o następujące rodzaje rekordów:

- 1) identyfikujące klienta: imię i nazwisko, datę urodzenia, adres pocztowy, numer telefonu, adres e-mail itp.,
- 2) metadane nie wskazujące wprost na konkretną osobę, ale umożliwiające pośrednio jej rozpoznanie (data i godzina użycia urządzenia lub zalogowania się do systemu, adres IP itp.),
- 3) dane transakcyjne, które dotyczą usługi i jej dystrybucji (np. miejsce docelowe wiadomości, lokalizacja urządzenia),
- 4) dane o treści, np. teksty wiadomości, obrazy, pliki audio, filmy.

Widząc dużą szansę na poprawę współpracy europejskich organów ścigania z korporacjami zza oceanu, Rada UE upoważniła w dniu 6 czerwca 2019 r. Komisję Europejską do prowadzenia w imieniu UE negocjacji w przedmiocie zawarcia ze Stanami Zjednoczonymi porozumienia na bazie *CLOUD Act*, które stałoby się elementem unijnych ram prawnych regulujących dostęp do elektronicznego materiału dowodowego⁴.

Sprawa zawarcia umowy jest równie skomplikowana, jak przyjęcie pakietu *e-evidence*, a jeden z licznych problemów dotyczy kwestii mandatu UE lub poszczególnych państw członkowskich do zawarcia umowy ze Stanami Zjednoczonymi. Rada ustaliła, że w tym przypadku zachodzi wyłączna kompetencja UE i państwa członkowskie nie mogą same negocjować z USA bez podpisania przez Waszyngton porozumienia z całą Unią (wynika to m.in. z traktatowej zasady lojalnej współpracy). W *Addendum* do zalecenia dotyczącego decyzji Rady upoważniającej do rozpoczęcia negocjacji w celu zawarcia porozumienia między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki w sprawie transgranicznego dostępu do dowodów elektronicznych na potrzeby współpracy organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych⁵ określono charakter i zakres przyszłej umowy; porozumienie powinno:

- 1) mieć zastosowanie do spraw karnych, co obejmuje zarówno etap postępowania przygotowawczego, jak i procesu sądowego,
- 2) ustanowić wzajemne prawa i obowiązki Stron,

⁴ Dotychczas, oprócz Unii Europejskiej, w dniu 7 października 2019 r. Prokurator Generalny Stanów Zjednoczonych William Barr i Minister Spraw Wewnętrznych Australii Peter Dutton ogłosili rozpoczęcie negocjacji w kierunku podpisania executive agreement pomiędzy oboma państwami.

⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9666-2019-INIT/pl/pdf>, s. 4–5, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

- 3) określić definicje i rodzaje danych, które mają wejść w jego zakres, w tym zarówno *content data*, jak i *non-content data*,
- 4) doprecyzować zakres stosowania porozumienia pod względem rodzaju czynów zabronionych oraz minimalnych progów wysokości kar uprawniających do wystosowania odezwy,
- 5) wskazywać warunki, które należy spełnić, aby organ sądowy mógł wydać nakaz, oraz sposoby jego doręczenia,
- 6) wprowadzić klauzulę umożliwiającą osobom, których dane dotyczą, dostęp do skutecznych środków zaskarżenia nakazu oraz wskazać okoliczności, kiedy można się mu sprzeciwić,
- 7) określić termin dostarczenia żądanych danych,
- 8) ponadto postanowienia umowy, w ramach stosunków dwustronnych między UE a USA, powinny mieć pierwszeństwo przed Konwencją Rady Europy o cyberprzestępczości oraz przed wszelkimi porozumieniami lub ustaleniami dokonanymi w trakcie negocjacji drugiego protokołu dodatkowego do tej Konwencji w zakresie, w jakim postanowienia wspomnianych porozumień lub ustaleń obejmują kwestie zastrzeżone dla planowego porozumienia.

Z innych zapisów *Addendum* wynika, że przyszły traktat powinien zapewniać poszanowanie praw podstawowych, wolności i ogólnych zasad prawa Unii Europejskiej przewidzianych w jej Traktatach i Karcie Praw Podstawowych, w tym zasady proporcjonalności, prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, domniemania niewinności i prawa do obrony w odniesieniu do osób objętych postępowaniem karnym, zasady niedyskryminacji, zasady *ne bis in idem*, jak również prywatności oraz ochrony danych osobowych i danych związanych z łącznością elektroniczną. Konkretnie, przykładowe rozwiązania w tym zakresie zostaną przedstawione w następnym Rozdziale i dotyczą umowy zawartej pomiędzy Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki. Ponadto, przyszłe porozumienie musi być zgodne z umową z dnia 2 czerwca 2016 r. obowiązującą między Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską w sprawie ochrony informacji osobowych powiązanych z zapobieganiem przestępczości, prowadzeniem postępowań przygotowawczych, wykrywaniem i ściganiem czynów zabronionych⁶. Jest to tak zwana „umowa parasolowa”, gdyż ustanawia wspólne ramy ochrony danych mające zastosowanie do kolejnych porozumień. Przyszła *executive*

⁶ Umowa UE–USA w sprawie ochrony informacji osobowych, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:3104_8&from=EN, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

agreement ma nakładać na umawiające się Strony obowiązek okresowych, wspólnych przeglądów praktyki jej stosowania i podejmowania działań w kierunku jak najlepszego wykorzystania powołanych mechanizmów uzyskiwania danych (aby ułatwić ten proces, obie Strony powinny m.in. gromadzić dane statystyczne). Umowa zostanie zawarta na czas określony lub będzie przewidywać okres jej wypowiedzenia. UE i USA powinny podejmować konsultacje, aby ułatwiać rozwiązywanie wszelkich sporów dotyczących interpretacji lub stosowania porozumienia, a sposób jego realizacji będzie poddany okresowym ocenom.

Negocjowane porozumienie UE-USA uzupełni koncepcję międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach karnych, bez tworzenia całkowicie nowego systemu. Nadal zatem, po jego ewentualnym podpisaniu, realizowana będzie współpraca w ramach MLAT w dwóch przypadkach:

- 1) uzyskiwania danych dotyczących czynów zabronionych nie objętych *executive agreement* (np. zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat),
- 2) braku porozumienia (jeśli kraj członkowski UE nie podpisze zbiorczej umowy).

W *Addendum* podkreślono, że negocjowana umowa UE–USA powinna oddziaływać na zawarte między Stronami i wciąż obowiązujące traktaty międzynarodowe dotyczące współpracy w sprawach karnych.

Z perspektywy Polski najistotniejsze jest to, że po (ewentualnym) podpisaniu umowy krajowe sądy i prokuratura uzyskają prawo składania wniosków o wydanie danych bezpośrednio do firm ze Stanów Zjednoczonych, a organy tamtejszej administracji rządowej będą jedynie pośredniczyły w całej procedurze. Realizacja takiego wniosku powinna nastąpić w przeciągu 10 dni. *Executive agreement* działa na zasadzie wzajemności i wymaga również, aby kraje partnerskie usunęły bariery prawne i umożliwiły amerykańskiej prokuraturze wydawanie nakazów ukierunkowanych na dostawców usług pochodzących spoza ich terytoriów, a więc dotyczących np. informacji przechowywanych na serwerze firmy, dla której właściwy jest polski sąd. Skuteczność mechanizmu zależy od tego, czy *communications service providers* podlegają jurysdykcji sądowej danego kraju i czy podporządkują się nakazom. Cały koncept umów wykonawczych do *CLOUD Act* opiera się na założeniu, że ich strony posiadają, zgodnie z przepisami krajowymi, instrumenty prawne „zmuszające” rodzime podmioty gospodarcze do realizacji odezwy. W przeciwnym razie umowy byłyby w praktyce niewiele warte.

Krajowe przepisy decydują o tym, gdzie znajduje się siedziba spółki prawa handlowego lub innego przedsiębiorcy świadczącego usługi tele-

komunikacyjne. Sprawa wydaje się oczywista, gdy sam usługodawca przyznaje, że posiada siedzibę na terenie Stanów Zjednoczonych, czy też innego kraju związanego w przyszłości umową z USA. Mając jednak na uwadze, że często chodzi o „graczy” globalnych, to powstaną zapewne spory, czy konkretna firma podlega jurysdykcji Strony *executive agreement*, a więc – czy żądanie od niej realizacji nakazu jest uprawnione (np. operator ma siedzibę poza USA, ale świadczy usługi dla Amerykanów). W podobnych sprawach wypowiadały się sądy za Oceanem stojąc na stanowisku, że należy zbadać „intensywność kontaktów” pomiędzy działalnością usługodawcy, a rynkiem amerykańskim: ich charakter, ilość i jakość. Im bardziej firma celowo kieruje swoją aktywność na Stany Zjednoczone, tym bardziej prawdopodobne jest, że spółka ta podlega jurysdykcji tamtejszego sądu. Analizę taką stosowano w sprawach cywilnych dotyczących stron internetowych. Sędziowie koncentrowali się w niej na interaktywności witryny w stosunku do klientów zamieszkujących w ich jurysdykcji, biorąc pod uwagę takie czynniki, jak: mechanizm funkcjonowania strony internetowej, zamieszczane na niej promocje (do kogo zostały adresowane i jak można z nich skorzystać), sposób pozyskiwania klientów „biznesowych” i faktyczne wykorzystanie witryny przez osoby ze Stanów. Inne kraje przyjmują podobne zasady przy ocenie swojej właściwości, czasem nawet w sposób bardziej ekspansywny, niż jest to dozwolone przez prawo amerykańskie⁷.

Należy ponadto zwrócić uwagę na dwie ważne kwestie z punktu widzenia skutecznego ścigania przestępców: szyfrowania danych i kontroli operacyjnej. Jeśli chodzi o pierwsze zagadnienie, to *CLOUD Act* zawiera konkretny przepis zabraniający nakładania na CSP obowiązków w zakresie odszyfrowywania treści przekazu lub ograniczeń, które uniemożliwiałyby dostawcom ich odszyfrowanie. Chociaż ustawa wymaga, aby *executive agreements* były „neutralne dla szyfrowania”, to nie zabrania się służbom odszyfrowywania wiadomości w sposób dozwolony przez obowiązujące je przepisy. Jednakże trudno wyobrazić sobie pod względem praktycznym i prawnym nałożenie na komercyjne firmy obowiązku odszyfrowywania przekazu na żądanie organów ścigania. Co prawda rządy państw, firmy komercyjne i inne zainteresowane strony mogą zawierać odrębne porozumienia dotyczące odtajnienia przekazu, jednak w praktyce jest to mało realne. Podmioty prywatne, działające w branży telekomunikacyjnej, budują bowiem swoją reputację u klientów, a więc osiągają

⁷ <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1153446/download>, s. 8, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

zyski finansowe, dzięki oferowaniu niezawodnych narzędzi do szyfrowania danych.

Jeśli chodzi o możliwość prowadzenia kontroli operacyjnej za granicą, to procedury MLAT nie pozwalają na przechwytywanie danych w czasie rzeczywistym. Jednak walka z poważną przestępczością wymaga nie tylko uzyskiwania danych *post factum*, ale także prowadzenia podsłuchu w czasie rzeczywistym. Dlatego możliwość zlecenia, w ramach pomocy prawnej, realizacji kontroli operacyjnej „zaprzyjaźnionemu” państwu przewidziano w europejskim nakazie dochodzeniowym. Podobnie *CLOUD Act* zezwala po raz pierwszy zagranicznym rządóm na „podsłuchiwanie” komunikacji przy wykorzystaniu firm ze Stanów Zjednoczonych. Jest to bardzo daleko idące uprawnienie, zapisane np. w umowie USA–UK i nieprzypadkowo wywołało krytykę ze strony obrońców praw człowieka. W zawartym porozumieniu przewidziano, że w przypadku nakazu kontroli operacyjnej ukierunkowanej na „przechwytywanie” komunikacji przewodowej lub elektronicznej oraz wszelkich przedłużeń jej stosowania wymaga się, aby nakaz:

- 1) miał określony czas obowiązywania, a jego przedłużenia zarządzano na czas oznaczony,
- 2) nie trwał dłużej, niż jest to uzasadnione dla osiągnięcia pierwotnego celu,
- 3) był wydany tylko wtedy, gdy tej samej informacji nie można uzyskać inną, mniej „inwazyjną” metodą.

Mandat negocjacyjny dla Komisji Europejskiej nie zawiera w ogóle odniesienia do kwestii *real-time interception*, chociaż zagadnienie to było bardzo często poruszane w trakcie obrad Rady dotyczących negocjacji przyszłego porozumienia z USA. Tym samym możliwość umieszczenia w przyszłej umowie ze Stanami Zjednoczonymi rozwiązań dotyczących kontroli operacyjnej nie jest całkowicie wykluczona. Generalnie rzecz biorąc, rozmowy na temat zawarcia porozumienia UE–USA są na wstępnym etapie i brak nawet opracowanego projektu (można założyć, że w bardzo optymistycznej wersji powstanie on za rok). Dotychczas odbyły się trzy jednodniowe rundy negocjacyjne, a kolejne etapy rozmów będą zależały od przebiegu trilogu dotyczącego rozporządzenia o europejskim nakazie wydania i zabezpieczenia dowodów elektronicznych. Pojawiają się przy tym dodatkowe problemy negocjacyjne: *CLOUD Act* pozwala na zawarcie umów wykonawczych z innymi państwami, a Unia Europejska nie ma statusu państwa. Ponadto USA skłaniają się do podpisania tylko ramowej umowy z UE, a następnie negocjacji szczegółowych *executive agreements* z poszczególnymi krajami członkowskimi. Unia jest przeciwna ta-

kiemu rozwiązaniu, chcąc zapobiec ewentualnym, znacznym różnicom w obowiązujących porozumieniach pomiędzy państwami (jak miało to miejsce np. w przypadku polityki wizowej). Możliwe, że rząd Stanów Zjednoczonych nie będzie czekał na unijną legislację i zacznie próbować zawierać porozumienia z poszczególnymi państwami.

Duże zainteresowanie budzi relacja przyszłego unijnego pakietu *e-evidence* w stosunku do porozumienia z USA. Z uwagi na wstępną fazę negocjacji ze Stanami Zjednoczonymi oraz oczekiwanie na rozpoczęcie trilogu w sprawie rozporządzenia i dyrektywy, rozważania takie mają w znacznej mierze charakter hipotetyczny. Przyszła umowa UE–USA uzupełni pakiet poprzez stworzenie podstawy prawnej do wydawania wszystkich rodzajów danych i zapewni skuteczność nakazom kierowanym zgodnie z przepisami unijnego rozporządzenia. Nakaz wydany przez właściwy organ UE trafiłby bezpośrednio do przedstawiciela prawnego amerykańskiego dostawcy usługi. Dzięki umowie, amerykańskiemu przedsiębiorcy nie groziłby konflikt obowiązków nakazujących z jednej strony zrealizować odezwę, a z drugiej zachować dane w tajemnicy zgodnie z prawem Stanów Zjednoczonych. Sprawne i szybkie zawarcie porozumienia ma zatem kluczowe znaczenie dla skuteczności rozporządzenia *e-evidence*. W przeciwnym wypadku największe firmy internetowe staną przed wyborem: czy naruszyć prawo UE i odrzucić europejski nakaz, czy też zrealizować go i w ten sposób skonfliktować się z przepisami amerykańskimi. Z uwagi na obowiązujący w USA system *common law* i możliwość dochodzenia wielomilionowych roszczeń wydaje się, że dostawcy usług wybiorą pierwsze rozwiązanie decydując się na ewentualne kary finansowe ze strony UE. Wskazówek, jak należałoby postępować w takich sytuacjach, dostarcza artykuł 16 podejścia ogólnego do rozporządzenia o europejskim nakazie wydania i zabezpieczenia dowodów elektronicznych w sprawach karnych. Określa on procedurę stosowaną w momencie, gdy usługodawca odmawia wykonania nakazu twierdząc, że naraziłby się na konflikt z prawem państwa trzeciego w którym np. znajduje się jego główna siedziba. W takiej sytuacji organ wydający odezwę musi ponownie ocenić jej zasadność pod kątem dwóch systemów prawnych, mając na względzie zgłoszone zastrzeżenia przez posiadacza danych. Jeśli nie uzna racji CSP i nadal żąda ich wydania, to musi zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie sporu. Chodzi o sąd właściwy miejscowo dla organu wydającego. Organ rozpoznający sprawę, przy ocenie, czy uchylić lub podtrzymać nakaz bierze pod uwagę:

- 1) prawa podstawowe, interesy chronione przez przepisy kraju trzeciego oraz bezpieczeństwo narodowe tego państwa;

- 2) stopień powiązania sprawy karnej, której dotyczy odezwa, z jurysdykcjami krajów uczestniczących w jego realizacji m.in. na podstawie:
 - a) lokalizacji, przynależności państwowej i miejsca pobytu osoby, której dane objęte są nakazem lub pokrzywdzonej przestępstwem,
 - b) miejsca popełnienia odnośnego przestępstwa;
- 3) charakter więzi istniejącej między usługodawcą a państwem trzecim, którego sprawa dotyczy (sama lokalizacja przechowywania danych nie wystarczy do stwierdzenia istotnego stopnia takiego powiązania);
- 4) interesy państwa prowadzącego postępowanie karne związane z uzyskaniem odnośnego materiału dowodowego ze względu na wagę przestępstwa i termin (szybkość) uzyskania materiału dowodowego;
- 5) możliwe, negatywne konsekwencje dla adresata odezwy związane z jej wykonaniem, w tym potencjalne kary.

Sąd zobowiązany jest wyważyć interesy wszystkich stron postępowania oraz kraju trzeciego, przy czym może podtrzymać nakaz, którego realizacja jest sprzeczna z prawem tego państwa. W takiej sytuacji CSP zobowiązany jest wydać dane bez względu na wynikające z tego, możliwe konsekwencje w państwie trzecim. Opisane podejście bazuje na przekonaniu, że usługodawca prowadzący działalność w UE ma obowiązek stosować się w pierwszej kolejności do prawa obowiązującego na jej terytorium. Z uwagi jednak na fakt, że znaczna część wiodących przedsiębiorstw świadczących usługi w sektorze IT znajduje się poza jej terytorium, Unia podjęła kroki mające na celu ukształtowanie ram prawnych pod kątem łagodzenia sporów pomiędzy europejskimi organami ochrony prawa, a dostawcami usług sieciowych zza Oceanu.

W kolejnym rozdziale omówiona zostanie umowa wykonawcza zawarta na podstawie *CLOUD Act*. Jest ona ważna także w perspektywie prowadzonych negocjacji przez UE z amerykańskimi partnerami, ponieważ wyznacza w praktyce określone standardy i minimalne wymagania, których oczekuje się od innych krajów partycypujących w *executive agreements*. Może również dostarczyć wskazówek dla Kongresu, w jaki sposób amerykańska ustawa będzie wdrażana w praktyce.

II. Umowa między Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki

Umowa między Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie dostępu do danych elektronicznych w celu przeciwdziałania poważnym

przestępstwom⁸ (dalej: UK–USA) stanowi pierwsze, i jak dotąd jedyne na świecie, porozumienie zawarte na podstawie *CLOUD Act*⁹. Zostało podpisane w Waszyngtonie w dniu 3 października 2019 r. i wejdzie w życie po wymianie not dyplomatycznych między Stronami wskazujących, że każda z nich podjęła kroki niezbędne do wprowadzenia umowy w życie. Kongres USA i Parlament Wielkiej Brytanii mają w ciągu 6 miesięcy od asygnaty umowy przeanalizować uzgodnione przepisy. Negocjacje na temat UK–USA rozpoczęły się już w 2016 r. i wymagały m.in. wprowadzenia zmian w prawodawstwie obu krajów w celu usunięcia barier legislacyjnych do zawarcia *executive agreement*. W Wielkiej Brytanii uchwalono m.in. *The Crime (Overseas Production Orders) Act* z 2019 r., który umożliwił tamtejszym organom ścigania wnioskowanie do sądów o wydanie eksterytorialnych nakazów rekwizycji danych pod warunkiem zawarcia międzynarodowego porozumienia między Wielką Brytanią a krajem – siedzibą podmiotu posiadającego takie dane. Eksterytorialność nakazów oznacza więc, że wydawane są one przez sądy brytyjskie sprawujące w tym momencie *de facto* jurysdykcję nad dowodami i osobami spoza Wielkiej Brytanii. Może się bowiem zdarzyć, że odezwa dotyczyć będzie osoby, co do której istnieje uzasadnione podejrzenie, że znajduje się poza terytorium Strony sporządzającej odezwę i nie jest jej obywatelem. W takiej sytuacji wyznaczony organ państwa wydającego zlecenie ma obowiązek powiadomić odpowiednie organy w państwie trzecim, w którym podmiot się znajduje, o podjętych działaniach. Reguła taka ma jeden wyjątek: jeśli autor nakazu uważa, że wspomniane powiadomienie mogłoby zagrozić bezpieczeństwu państwa, utrudnić przeprowadzenie śledztwa lub naruszyć podstawowe prawa człowieka, to może odstąpić od notyfikacji.

W umowie zadeklarowano, że jej cel stanowi poprawa bezpieczeństwa publicznego oraz ochrona prywatności, swobód obywatelskich i otwartego Internetu poprzez rozwiązywanie potencjalnych konfliktów powstających w sytuacji, gdy dostawcy usług podlegają procedurom prawnym w zakresie przetwarzania i ochrony danych elektronicznych obu umawiających się Stron. Ma to zapewnić UK i USA, zgodny z ich

⁸ Agreement between The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of the United States of America on access to electronic data for the purpose of countering serious crime, <https://www.gov.uk/government/publications/ukusa-agreement-on-access-to-electronic-data-for-the-purpose-of-countering-serious-crime-cs-usa-no62019>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

⁹ 7 października 2019 r., Departament Sprawiedliwości opublikował wspólne oświadczenie, w którym ogłosił, że USA i Australia podjęły formalne negocjacje w sprawie porozumienia na podstawie *CLOUD Act*.

systemami prawnymi i standardami ochrony informacji i prywatności, skuteczny sposób uzyskiwania danych elektronicznych związanych z zapobieganiem, wykrywaniem lub ściganiem poważnych przestępstw niezależnie od tego, czy przestępstwo ma charakter międzynarodowy lub dotyczy tylko wewnętrznego terytorium umawiającego się państwa. Praktycznie rzecz biorąc, o ile w przypadku Wielkiej Brytanii porozumienie umożliwi sprawną rekwizycję danych dla wielu postępowań karnych, to dla Stanów Zjednoczonych stanowi przede wszystkim instrument odciążający tamtejszą administrację od żmudnych działań podejmowanych w celu realizacji wniosków objętych systemem MLAT (CSP z Wielkiej Brytanii tylko sporadycznie przechowują dane będące przedmiotem zainteresowania amerykańskich służb).

Umowa UK–USA reguluje stosunki międzynarodowe między tymi państwami i zapewnia wszystkim krajom Zjednoczonego Królestwa prawo do wydania nakazów dostępu do danych elektronicznych pod warunkiem spełnienia wymagań zawartych w *executive agreement*. Na zasadzie wzajemności, uprawnieniem takim obdarzono rząd Stanów Zjednoczonych w stosunku do brytyjskich CSP. Usługodawcą, który ma obowiązek wydania danych, jest każdy podmiot prywatny, o ile:

- 1) zapewnia społeczeństwu możliwość komunikowania się, przetwarzania lub przechowywania danych za pomocą systemu komputerowego lub systemu telekomunikacyjnego lub
- 2) przetwarza lub przechowuje dane objęte usługą w imieniu jej dostawcy (ang. *covered provider*).

Porozumienie wymaga od każdej ze Stron przestrzegania własnego prawa krajowego przy formułowaniu nakazów i dlatego agencje bezpieczeństwa i prokuratura muszą wpieryw uzyskać zgodę na rekwizycje danych zgodnie z tym prawem. W Wielkiej Brytanii kwestie takie reguluje przede wszystkim ustawa o uprawnieniach dochodzeniowych z 2016 r. (*The Investigatory Powers Act*); chodzi m.in. o kontrolę operacyjną, zatrzymywanie danych komunikacyjnych oraz ingerencję w sprzęt elektroniczny w celu ich pobrania. Po spełnieniu wymogów krajowych, nakaz kieruje się do CSP za pośrednictwem odpowiedniego punktu kontaktowego, który poświadcza pisemnie zgodność nakazu z obowiązującymi przepisami. Umowa wymaga bowiem, aby każda ze Stron wyznaczyła organ, który jest odpowiedzialny za obsługę wniosków, a następnie odsyłanie otrzymanych informacji od *communications service provider* do organu wnioskującego o ich wydanie (w Wielkiej Brytanii „punkt kontaktowy” wyznaczy Sekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych, a w Stanach Zjednoczonych Prokurator Generalny). Odpowiedź na na-

kaz doręcza się bezpośrednio organowi, który go wydał. Organy pośredniczące mogą, w drodze porozumienia, określić zasady i warunki wykonywania zleconych im zadań w całości lub w części przez jeszcze inne podmioty. Strona wystawiająca może ponadto ustanowić z CSP bezpieczne kanały przekazywania informacji oraz urzędowe formularze poświadczające autentyczność wydanych rekordów (ewentualnie, że nie dysponuje informacjami lub informacje takie w ogóle nie istnieją).

Przewidziano ponadto ścieżkę odwoławczą od obowiązku realizacji nakazu. W pierwszej kolejności *communications service provider*, który uważa, że jest on sprzeczny z postanowieniami umowy, może zgłosić w rozsądnym terminie liczącym od otrzymania zamówienia sprzeciw do wyznaczonego organu wystawiającego zlecenie. Następnie organ śledczy ustosunkowuje się do podniesionych zarzutów i udziela CSP odpowiedzi. Jeżeli kwestie sporne nadal nie zostaną rozwiązane, to usługodawcy przysługuje kolejny sprzeciw, tym razem do „punktu kontaktowego” Strony otrzymującej nakaz. Wyznaczony podmiot podejmuje działania w celu rozwiązania sporu i wyjaśnienia zastrzeżeń CSP. W tym celu może komunikować się ze swoim odpowiednikiem z kraju wydającego zlecenie. Ostatecznie o realizacji nakazu lub zaniechaniu udzielenia odpowiedzi decyduje wyznaczony organ pośredniczący w kraju dostawcy (np. jeśli Wielka Brytania prześle odezwę do Microsoftu, a firma zgłosi sprzeciw i rząd USA go poprze, to nie dojdzie do wydania danych). Przewiduje się ponadto okresowe spotkania Stron w celu omawiania i rozwiązywania wszelkich problemów wynikłych w toku realizacji przyjętych rozwiązań.

Instytucja stanowiąca fundament *executive agreement*, tj. nakaz (ang. *order*) oznacza zatem instrument prawny zgodny z przepisami wewnętrznymi podmiotu wydającego nakaz, wymagający ujawnienia lub przedstawienia danych przez dostawcę usługi. Nakazy powinny być precyzyjnie sformułowane i wskazywać konkretną osobę, konto, adres, urządzenie lub inny określony identyfikator, którego dotyczy żądanie. Umowa przyznaje prawo wydawania nakazów dotyczących:

- 1) informacji o abonencie i
- 2) danych objętych usługą.

Zgodnie z definicjami zapisanymi w porozumieniu, w pierwszym przypadku chodzi o dane, które identyfikują abonenta lub klienta usługodawcy, w tym nazwę, adres, długość i rodzaj usługi, numer lub tożsamość abonenta (w tym przypisany do niego adres sieciowy i identyfikatory urządzenia), zapisy połączeń telefonicznych, zapisy czasu sesji oraz długości jej trwania i sposoby płatności. Z kolei dane objęte usługą (ang.

covered data) oznaczają następujące rodzaje danych, gdy są one przechowywane lub kontrolowane przez podmiot prywatny działający jako usługodawca: treść komunikacji elektronicznej lub przewodowej; dane komputerowe przechowywane lub przetwarzane dla użytkownika; dane o ruchu lub metadane dotyczące komunikacji elektronicznej lub przewodowej albo przechowywania lub przetwarzania danych komputerowych dla użytkownika.

Wniosek powinien być należycie uzasadniony, szczegółowy, opierać się na wiarygodnych informacjach i właściwej podstawie prawnej. Wy-móg limitujący stanowi, że zapytanie dotyczy musi poważnego przestępstwa (ang. *serious crime*), tj. zagrożonego karą pozbawienia wolności, której dolna granica wynosi co najmniej 3 lata. Chodzi zatem o otwarty katalog zachowań kryminalnych, chociaż z reguły nakazy będą dotyczyć czynów terrorystycznych, seksualnego wykorzystania dzieci oraz groźnych form cyberprzestępczości. Zakres podmiotowo-przedmiotowy umowy został ponadto ograniczony w następujący sposób:

- 1) państwa Zjednoczonego Królestwa nie mogą zażądać danych o obywatelu Stanów Zjednoczonych, osoby tam zamieszkującej lub mającej siedzibę w USA (ang. *US Person or a person located in the US*); sytuacja kształtuje się symetrycznie w przypadku zleceń kierowanych z Oceanu do CSP na Wyspach,
- 2) zabrania się wykorzystywania *executive agreement* do realizacji nakazów w imieniu innego państwa lub organizacji międzynarodowej; jeśli Strona zamierza udostępnić otrzymane dane ww. podmiotom, to musi powiadomić o tym we wniosku,
- 3) w przypadku, gdy informacje uzyskane od brytyjskiego CSP mają być wykorzystane jako dowód w sprawie mogącej zakończyć się orzeczeniem kary śmierci, Stany Zjednoczone muszą uzyskać pozwolenie od UK na ich wykorzystanie, jako dowodu w sprawie; w sytuacji natomiast, gdy rekordy przesłane przez amerykańskiego usługodawcę mają być wykorzystane w postępowaniu dotyczącym wolności słowa, to odpowiednia zgoda udzielana jest przez Waszyngton,
- 4) nie można wydać „odwróconego” zamówienia, tj. w celu uzyskania informacji dla państwa-siedziby *communications service provider’a*,
- 5) realizacja nakazów nie może stanowić podstawy do naruszania wolności słowa lub dyskryminować obywateli ze względu na ich rasę, płeć, orientację seksualną, religię, pochodzenie etniczne lub poglądy polityczne.

Opisywana umowa ma obowiązywać przez okres 5 lat, a następnie może zostać przedłużona za zgodą Stron. Przewiduje się ponadto gene-

ralne środki kontroli jej funkcjonowania: wyznaczony organ pośredniczący każdego kraju jest zobowiązany do wydawania rocznego sprawozdania dotyczącego funkcjonowania porozumienia. Umowa wymaga ponadto, aby każda ze stron poniosła własne koszty wynikające z jej funkcjonowania.

III. Alternatywne procedury uzyskiwania danych

Ponieważ obecny system gromadzenia dowodów cyfrowych z zagranicy jest pod kilkoma względami niedoskonały, a przede wszystkim zbyt powolny, to utworzono zastępcze kanały wymiany informacji. W zdecydowanej większości przypadków chodzi o dane niezawierające treści komunikatu, co już stanowi pewne ograniczenie efektywności procedur alternatywnych. Dodatkowo, ponieważ mają one mniej lub bardziej nieformalny charakter, to zarzuca się im brak należytej transparentności i „pewności” prawnej. Chodzi o to, że poszczególne kraje przyjmują różne wymagania w zakresie dostępu do danych, np. w niektórych rekwizycja informacji o abonencie usługi wymaga zgody sądu, a w innych „tylko” organu władzy publicznej wyższego szczebla. W praktyce powoduje to, że konkretne źródło dowodowe w jednej jurysdykcji posiada niepodważalny charakter procesowy, podczas gdy w innej może być skutecznie kwestionowane. O ile uzyskanie informacji z pominięciem oficjalnej drogi międzynarodowej pomocy prawnej, np. o lokalizacji urządzenia potencjalnego samobójcy, wykorzystane do identyfikacji osoby i zapobiegnięcia tragedii, nie będzie przez nikogo kwestionowane, to posługiwanie się takim „nieformalnym” dowodem w sądzie jest problematyczne.

Nie ma uniwersalnych ram pozasądowej współpracy z usługodawcami. Niektórzy z nich dobrowolnie akceptują bezpośrednie żądania rekwizycji danych. W takim przypadku CSP nie jest *de facto* kontrolowany przez organ publiczny i rozliczany z wiarygodności udzielonej odpowiedzi. W piśmie z Prokuratury Krajowej datowanym na dzień 12 sierpnia 2015 r. podkreślono, że uzyskiwanie informacji o ruchu w sieci bezpośrednio od dostawców usług telekomunikacyjnych obejmujących identyfikację adresów IP i innych danych niezbędnych w sprawach o przestępstwa popełnione za pośrednictwem Internetu bezpośrednio od dostawców usług internetowych mających swoją siedzibę w Stanach Zjednoczonych i innych krajach powinno ograniczać się do współpracy ściśle

policyjnej, a dane uzyskane w ten sposób nie mogą być wykorzystywane jako alternatywa wobec wystąpień z wnioskiem o pomoc prawną¹⁰.

Dostawcy usług z USA współpracują bezpośrednio z organami ścigania z Europy na zasadzie dobrowolności i nie zawsze można liczyć na ich pomoc. Odpowiedzi z pominięciem procedury MLAT udzielane są zazwyczaj w sprawach o najpoważniejsze przestępstwa. Może się zdarzyć np., że funkcjonariusz Policji z państwa A natrafi na stronę internetową z materiałami dotyczącymi seksualnego wykorzystania dzieci. Okazuje się, że jeden z jej użytkowników posiada profil i konto oraz prawdopodobnie zamieszkuje w kraju A, a więc należy go zindywidualizować. W takiej sytuacji organy ścigania państwa A występują bezpośrednio do firmy X z siedzibą w państwie B, która utrzymuje na swoim serwerze zakwestionowaną platformę internetową z niedozwoloną treścią. Władze państwa A proszą CSP o wydanie informacji, kto kryje się pod zakwestionowanym profilem. Realizacja wniosku jest możliwa, jeśli dostawca usługi ma siedzibę w państwie, którego ustawodawstwo zezwala policji z terytorium A na złożenie wniosku do X z terytorium B o dobrowolne ujawnienie informacji o subskrybencie. Wtedy żądane dane zostają przekazane, chociaż ostatecznie wszystko zależy od dobrej woli usługodawcy.



Realizacja żądania wydania danych bezpośrednio od dostawcy usługi sieciowej w sprawie o najpoważniejsze przestępstwa

¹⁰ Pismo Prokuratury Krajowej z dnia 12 sierpnia 2015 r. o sygn. PG V WM 0280/2/15.

Duże firmy działające na globalnym rynku budują własną „politykę prywatności”, która dotyczy m.in. zasad przekazywania danych o użytkownikach organom ścigania. Przykładowo, firma Google na swojej oficjalnej stronie podaje¹¹, że każda taka odezwa jest analizowana pod kątem zgodności z obowiązującym prawem i na samym wstępie może dojść do jej zawężenia, jeśli dotyczy zbyt wielu informacji, lub całkowitej odmowy realizacji. Procedura rozpatrzenia wniosków zależy od dostawcy usług Google: najczęściej jest to Google LLC (firma prowadząca działalność na podstawie przepisów prawa amerykańskiego) lub Google Ireland Limited (ma siedzibę w Irlandii i podlega jurysdykcji tamtejszych sądów). Jeśli chodzi o wnioski kierowane do Google Ireland (odpowiada za dostarczanie większości usług Google na obszarze UE) przez podmioty publiczne spoza USA, to firma może przekazać informacje o użytkownikowi, jeśli jest to zgodne z następującymi przepisami:

- 1) prawem irlandzkim (np. ustawą o wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych),
- 2) regulacjami Unii Europejskiej obowiązującymi w Irlandii (chodzi m.in. o dyrektywę o ochronie danych osobowych RODO),
- 3) ustawami obowiązującymi w kraju wystawiającym zlecenie: Google Ireland wymaga, by władze kierujące wnioskiem spełniły takie same procedury, które miałyby zastosowanie, gdyby został on złożony u krajowego dostawcy podobnej usługi,
- 4) normami międzynarodowymi (np. standardami swobody wypowiedzi i prywatności organizacji *Global Network Initiative*),
- 5) realizacja żądania musi być zgodna z wewnętrznymi zasadami Google, m.in. „Warunkami korzystania z usług”, postanowieniami „Polityki prywatności”, a także zasadami dotyczącymi ochrony swobody wypowiedzi.

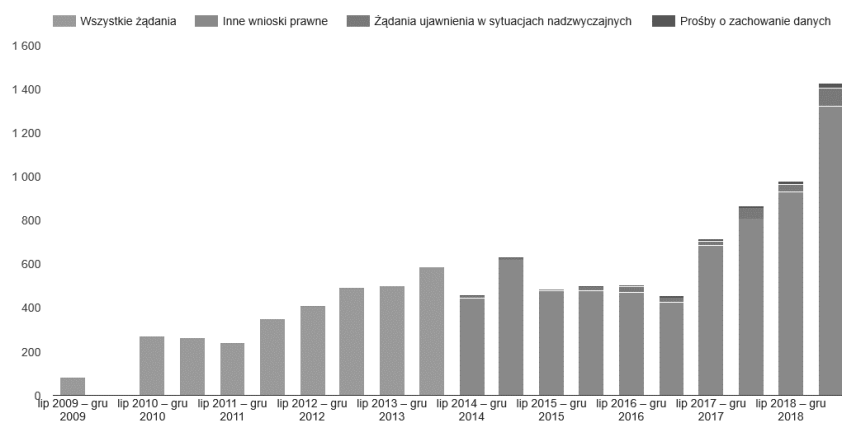
Google Ireland realizuje także wnioski agencji państwowych dotyczące ujawniania informacji w sytuacjach zagrożenia życia i zdrowia ludzkiego i ataków terrorystycznych lub innych, podobnie niebezpiecznych zdarzeń, jeśli informacja o nich zostanie wystarczająco uprawdopodobniona. Zlecenia tego rodzaju analizowane są także pod kątem obowiązujących przepisów prawa oraz wewnętrznych zasad Google.

¹¹ <https://policies.google.com/terms/information-requests>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

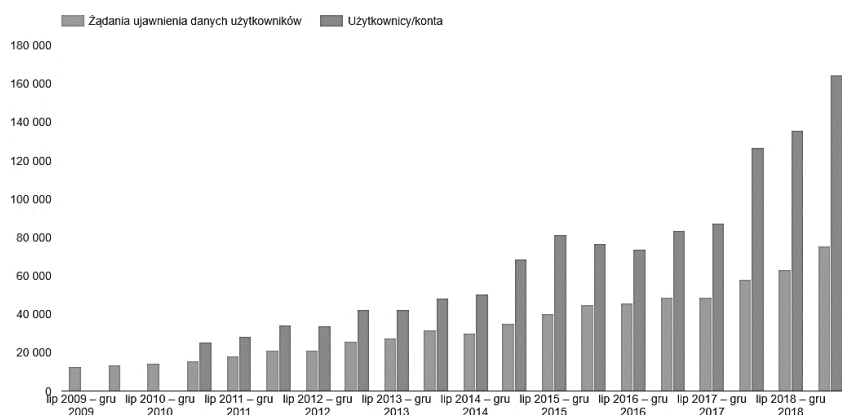
Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych...

› sty 2019 – cze 2019	1 406	2 419	52%
› lip 2018 – gru 2018	965	1 607	41%
› sty 2018 – cze 2018	857	1 343	37%
› lip 2017 – gru 2017	707	969	36%
› sty 2017 – cze 2017	448	640	40%
› lip 2016 – gru 2016	499	834	33%
› sty 2016 – cze 2016	497	891	34%
› lip 2015 – gru 2015	488	578	34%
› sty 2015 – cze 2015	629	839	25%
› lip 2014 – gru 2014	455	584	31%
› sty 2014 – cze 2014	591	767	28%
› lip 2013 – gru 2013	502	740	23%
› sty 2013 – cze 2013	496	597	23%
› lip 2012 – gru 2012	409	500	17%
› sty 2012 – cze 2012	351	458	21%
› lip 2011 – gru 2011	241	297	22%
› sty 2011 – cze 2011	266	319	11%
› lip 2010 – gru 2010	272	—	12%
› lip 2009 – gru 2009	86	—	—

Łączna liczba wniosków dotyczących wydania danych oraz nazw użytkowników/kont otrzymanych przez Google od instytucji państwowych z Polski (w kolejności od lewej strony: okres raportowania, żądanie ujawnienia danych użytkowników, danych użytkownicy/konta, procentowa liczba spełnionych żądań w całości lub części).



Liczba wniosków dotyczących wydania danych o użytkownikach usługi otrzymanych przez Google od instytucji państwowych z Polski.



Liczba wniosków dotyczących wydania danych o użytkownikach usługi otrzymanych przez Google od instytucji państwowych oraz całkowita liczba użytkowników/kont wskazanych we wnioskach.

Bardziej zinstytucjonalizowany charakter ma stały punkt kontaktowy dostępny 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu we wszystkich państwach-stronach Konwencji o cyberprzestępczości. Punkt został wyznaczony w celu zapewnienia natychmiastowej pomocy w prowadzeniu czynności śledczych, postępowań odnoszących się do przestępstw związanych z systemami i danymi informatycznymi lub rekwizycji dowodów spraw kryminalnych w postaci elektronicznej. Pomoc obejmuje ułatwienia w gromadzeniu i zabezpieczeniu śladów cyfrowych od CSP. Każda ze stron Konwencji ma swobodę ustalenia, gdzie zlokalizować punkt kontaktowy w ramach krajowego systemu walki z nadużyciami w sieci. W Polsce działa on w Komendzie Głównej Policji w Biurze do Walki z Cyberprzestępczością. Z wykorzystaniem tego mechanizmu prokurator lub policjant może się zwrócić do drugiego państwa o zabezpieczenie danych przed ich (ewentualną) utratą, zanim zostanie sporządzony, wysłany i zrealizowany wniosek o międzynarodową pomoc prawną. W praktyce wygląda to następująco: funkcjonariusz Policji w „terenie” kontaktuje się z naczelnikiem odpowiedniej komórki Wydziału do Walki z Cyberprzestępczością KGP bądź naczelnikiem z Komendy Stołecznej Policji i składa zamówienie. Następnie, po zweryfikowaniu dokumentu pod względem merytorycznym i formalnym, zostaje ono przesłane do oficera łącznikowego z Wydziału „Cyber”, a stamtąd do państwa-adresata znajdującego się w Europie lub Stanach Zjednoczonych. Druga Strona powinna udzielić odpowiedzi w ciągu 8 godzin, ale w praktyce trwa to nieco dłużej. W ostatecznym rozrachunku czas reakcji i tak jest znacznie krótszy, niż

wymagałaby realizacja pomocy prawnej w systemie MLAT. Opisana komórka Policji weryfikuje także w trybie pilnym e-maile dotyczące zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego (np. prób samobójczych) i zbiera dane od dostawcy usług internetowych w celu ustalenia tożsamości zagrożonej osoby (np. informację zwrotną z Google otrzymuje się w ciągu 15–60 minut). W 2017 roku dokonano 64 sprawdzeń; do połowy 2018 roku było ich już ponad 100, a w przypadku 44 osób zakończyły się hospitalizacją¹².

Kolejny, poważny problem dotyczy możliwości dostępu do danych znajdujących się w chmurze obliczeniowej hostowanej poza terytorium państwa, którego organy zamierzają dokonać rewizycji. Mowa tutaj o różnych sytuacjach faktycznych i prawnych, np. właściciel danych może wyrazić zgodę na zdalne przeszukanie jego wirtualnych zasobów, ale częściej w interesie sprawcy przestępstwa leży niedopuszczenie do nich organów ścigania. Kolejna rzecz, to przepisy obowiązujące w poszczególnych krajach. Zasadniczo powinno się przestrzegać zasady terytorialności i nie prowadzić czynności dotyczących zasobów ulokowanych w jurysdykcji innego kraju bez zgody tamtejszych władz. Pomimo tego w co najmniej 20 państwach UE prawo krajowe upoważnia organy dochodzeniowe, po uzyskaniu zezwolenia sądu, do zdalnego przeszukania i przejęcia danych z urządzenia lub wirtualnego konta. Wobec skomplikowanej architektury zaawansowanych chmur obliczeniowych, umiejscowienie terytorialne śladów binarnych może być wręcz niemożliwe do ustalenia, np. gdy ślady są hostowane w serwisach darknetu, które wykorzystują wiele warstw przekaźników IP w celu ukrycia lokalizacji pierwotnego źródła przekazu¹³. Doświadczenie pokazuje, że w przypadku poważnych przestępstw komputerowych żadna ze służb na świecie nie będzie „stała z założonymi rękami” i przedkładała formalne procedury nad ochronę bezpieczeństwa narodowego, ważnego interesu gospodarczego oraz zdrowia i życia ludzkiego. Nawet kosztem konfliktów dyplomatycznych i możliwości kwestionowania przed sądem sposobu uzyskania dowodów w trakcie przeszukania pamięci serwerów znajdujących się poza granicami kraju. W taki sposób FBI uzyskała dowody przeciwko Wasylowi Gorzkowowi – rosyjskiemu hakerowi z Czelabińska, który włamywał się do baz danych amerykańskich korporacji i pobierał informacje doty-

¹² P. Opitek, *Cyberprzestępczość w pracy prokuratora*, wydanie specjalne Prokuratury i Prawa, Warszawa 2018, s. 139, 140–141.

¹³ Commission Staff Working Document, Brussels, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1524129550845&uri=SWD:2018:118:FIN/Commission Staff Working Document/](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1524129550845&uri=SWD:2018:118:FIN/Commission%20Staff%20Working%20Document/), data odczytu: 23 lutego 2020 r.

czące kart kredytowych wielu klientów. Agenci Federalnego Biura Śledczego przeprowadzili akcję specjalną o kryptonimie „Invita” w ramach której, wykorzystując podstęp, uzyskali zdalny dostęp do umiejscowionego w Rosji serwera wykorzystywanego do ataków i pobrali z niego zasoby liczone w setki gigabajtów. Gorzkow został zatrzymany na terenie USA, a uzyskane z serwera „tech.net.ru” informacje wykorzystano jako materiał dowodowy w sporządzonym przeciwko niemu w 2000 r. akcie oskarżenia. Praktyczne podejście rządu Stanów Zjednoczonych do kwestii uzyskiwania danych z chmury najlepiej obrazują słowa Francisca Diskina – prokuratora popierającego skargę: „Sukces tego aktu oskarżenia pokazuje, że Departament Sprawiedliwości i FBI wykorzystają każdy zasób danych w sposób niezbędny dla ochrony integralności Internetu i działalności amerykańskich przedsiębiorców przed zagrożeniami związanymi z nielegalnym hakingiem”¹⁴.

Na zakończenie niniejszego Rozdziału warto zauważyć, że ustawodawstwo krajowe wielu państw na świecie zna wyłomy w oficjalnych procedurach uzyskiwania dowodów cyfrowych nie tylko z zagranicy, ale także od własnych operatorów telekomunikacyjnych. Przykładem na to jest tzw. list bezpieczeństwa narodowego (ang. *national security letter*, NSL) w Stanach Zjednoczonych. Chodzi o decyzje administracyjne, przypominające pod względem treści sądowy nakaz rekwizycji danych, ale w tym przypadku wydaje go organ władzy wykonawczej bez zgody sędziego. Prawo do NSL ma kilka agencji federalnych, ale w praktyce najczęściej korzysta z niego Federalne Biuro Śledcze (list może podpisać dyrektor FBI, jego zastępca i agenci specjali). Omawiana instytucja, mająca swoje korzenie w latach 70. XX wieku, pozwalała rekwirować informacji od instytucji finansowych oraz przewoźników, ale dzisiaj list, wydawany w dziesiątkach tysięcy spraw rocznie, najczęściej kierowany jest do amerykańskich firm telekomunikacyjnych. Podstawową przesłanką skorzystania z tej ekstraordynaryjnej ścieżki jest prowadzenie śledztwa dotyczącego bezpieczeństwa narodowego powiązanego z najpoważniejszymi przestępstwami: terroryzmem, szpiegostwem czy zagrożeniem życia ludzkiego. Żądane informacje muszą być istotne i ograniczają się do *non-content data*. NSL nazywane są niekiedy nakazami „kneblującymi” (ang. *NSL gag orders*) ponieważ agencja może zlecić adresatowi nakazu nieujawnianie jego treści nawet osobie, której zlecenie dotyczy. Firma ma prawo wnieść odwołanie od nakazu i wtedy sędzia dokonuje przeglądu NSL i może go zmodyfikować lub anulować. Dostarczyciele usług inter-

¹⁴ <https://www.justice.gov/archive/criminal/cybercrime/press-releases/2001/gorshkovconvict.htm>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

netowych i organizacje obrony praw człowieka zwracały uwagę, że potajemny proces wydawania listów generuje szereg nadużyć i dlatego w amerykańskich sądach toczą się wieloletnie batalie o zmianę prawa i nadanie omawianej instytucji większej transparentności lub całkowitą likwidację NSL.

IV. Trybunał Sprawiedliwości UE i Europejski Trybunał Praw Człowieka wobec nowych form masowego gromadzenia danych cyfrowych z zagranicy

Zachodzące zmiany w przepisach dotyczących gromadzenia danych „ze świata” odnoszą się także do szeroko rozumianych, niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wspomniany już artykuł pt. „Wybrane aspekty pozyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych” opisywał przyjętą przez Parlament Wielkiej Brytanii w listopadzie 2015 r. ustawę *Investigatory Powers Act* (obowiązuje od 29 listopada 2016 r.). Pozwala ona na masową rekwizycję artefaktów dotyczących aktywności w cyberprzestrzeni osób spoza Wysp przez brytyjskich dostawców usług telekomunikacyjnych na zlecenie służb Zjednoczonego Królestwa¹⁵. Chodzi o dane niezawierające merytorycznej treści przekazu. Mowa o czterech, opartych na najnowszych technologiach wywiadowczych, instrumentach:

- 1) zbierania danych o łączności (ang. *bulk communications data acquisition*), dotyczących np. daty i godziny połączenia telefonicznego, nadawcy i odbiorcy wiadomości e-mail,
- 2) przechwytywania informacji (ang. *bulk interception*) podczas ich przemieszczania się w sieciach,
- 3) zdalnej ingerencji w urządzenia (ang. *bulk equipment interference*) i zatrzymania danych dotyczących komunikacji i sprzętu,
- 4) przetwarzania rekordów zawierających informacje o obywatelach (ang. *bulk personal datasets*).

Mając na uwadze, że walkę z najpoważniejszymi przestępstwami charakteryzuje transgraniczność, a sztuczna inteligencja, Internet rzeczy, czy mechanika kwantowa umożliwiają gromadzenie i analizę danych na

¹⁵ Przyjęte w ustawie rozwiązania zostały szczegółowo opisane w książce: P. Opitek, Nowoczesne techniki działań operacyjnych ukierunkowane na zwalczanie cyberprzestępczości i terroryzmu w Wielkiej Brytanii, (w:) V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, D. Wilk, J. Wójcikiewicz, Kryminalistyka a nowoczesne technologie, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2019, s. 70.

niespotykaną dotychczas skalę, warto przeanalizować stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w tym zakresie.

Uzasadniając przyjęte rozwiązania rząd w Londynie podkreślał, że masowe gromadzenie informacji ma na celu identyfikowanie zagrożeń o wysokim prioryecie pochodzących od zagranicznych osób fizycznych, badanie powiązań między nimi, zrozumienie aktywności przestępców, ich *modus operandi* i sposobu komunikowania się. Przykładowo, *bulk communications data acquisition* pozwala na analizę zbiorów typu *Big Data* i łączenie informacji uzyskanych osobno, co może być niekiedy jedynym sposobem identyfikacji podmiotów pozostających w zainteresowaniu organów ścigania i punktem wyjścia do wystąpienia z wnioskiem o wydanie tradycyjnego nakazu ukierunkowanego na konkretną osobę. Chodzi o ustalenie częstotliwości kontaktów anonimowych figurantów, ich współpracowników, ogólne powiązania między osobami lub grupami osób itp. Masowe gromadzenie i analiza danych pozwala także na skanowanie cyberprzestrzeni pod kątem ujawnienia śladów przestępczej aktywności. W dalszej kolejności prowadzi się szczegółową identyfikację zagrożeń terrorystycznych i zleca wyrafinowane analizy, gdy punktem wyjścia są fragmentaryczne informacje otrzymane z wielu źródeł wywiadowczych. Dzięki podobnym mechanizmom służby mogą skoncentrować ograniczone zasoby ludzi i sprzętu na najważniejszych celach i działaniach¹⁶.

W IPA od samego początku najwięcej kontrowersji budziła możliwość uzyskiwania i kontrolowania przez agencje dużych zbiorów metadanych podczas ich przemieszczania się w sieciach teleinformatycznych (ang. *bulk powers*). Rząd brytyjski argumentował, że społeczeństwo i gospodarka jego kraju zostały przekształcone przez rozwój technologii komunikacyjnych. Wzrost roli Internetu, mobilnych usług i mocy obliczeniowej, wspierany przez „silne” szyfrowanie i politykę cyberbezpieczeństwa, przyniosły wymierne korzyści firmom i obywatelom, ale także zagrożenia. Obecnie aktywność służb zyskuje nowe ramy i przystosowuje się do środowiska pracy związanego z darknetem, kryptografią, czy anonimizacją ruchu sieciowego. Służą temu techniki analityczne opracowane przez agencje ds. bezpieczeństwa i wywiadu, które wykorzystują masowe informacje w formie binarnej do zwalczania najgroźniejszej przestępczości. Polega to na przechwytywaniu danych o olbrzymiej pojemności (kilka terabajtów) w trakcie ich przesyłania oraz przeszukiwaniu urządzeń ce-

¹⁶P. Opitek, Nowoczesne techniki działań operacyjnych..., *op. cit.*, s. 70.

lem analizy treść wiadomości e-mail, zdjęć zapisanych na dyskach twardej, czy połączeń telefonicznych¹⁷.

Problem wykorzystania nowych technik wywiadowczych do powszechnej inwigilacji pojawia się coraz częściej w orzecznictwie organów międzynarodowych, w tym m.in. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). W wyroku z dnia 12 stycznia 2016 r. („Szabó i Vissy przeciwko Węgrom”, skarga nr 37138/14¹⁸) Trybunał stwierdził, że naturalną odpowiedzią na nowe formy działania terrorystów jest wykorzystywanie przez rządy poszczególnych państw najnowszych technologii dla wyprzedzenia ataków, łącznie z masowym monitorowaniem komunikacji. Techniki takie osiągnęły wysoki stopień wyrafinowania, trudny do wyobrażenia dla przeciętnego obywatela. Dotyczy to zwłaszcza narzędzi umożliwiających zautomatyzowane i systemowe gromadzenie danych zawierających dalsze informacje o okolicznościach, w jakich powstały komunikaty (czas i miejsce wygenerowania przekazu, sprzęt użyty dla stworzenia plików komputerowych, fotografii cyfrowych, wiadomości tekstowych, itp.). Jednocześnie ETPC podkreślił, że stosowanie tak wyrafinowanych metod wywiadowczych nie może naruszać podstawowych praw człowieka; przeciwnie: rozwojowi metod kontroli, skutkujących ogromem analizowanych danych, musi towarzyszyć rozwój zabezpieczeń prawnych chroniących obywateli.

Zarzutu nadmiernej inwigilacji dotyczyła skarga skierowana przeciwko *Investigatory Powers Act* do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). W dniu 21 grudnia 2016 r. Trybunał wydał wyrok¹⁹, w którym zakwestionował przyjęte w IPA rozwiązania dotyczące masowego śledzenia „zagranicznych” obywateli, jako niezgodne z podstawowymi prawami Unii Europejskiej i sprzeczne z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej²⁰ oraz art. 7, 8 i 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych UE (KPP)²¹. Dyrektywa stanowi, że

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-160020"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), data odczytu: 23 lutego 2020 r.

¹⁹ Wyrok TSUE w połączonych sprawach C-203/15 i C-698/15 (Home Office przeciwko Watson), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186492&doclang=EN>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

²⁰ Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), Dziennik Urzędowy L 201, 31/07/2002 P. 0037-0047, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

²¹ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy UE C 326/391, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FT>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

państwa członkowskie mogą uchwalić środki ustawodawcze w celu ograniczenia zakresu praw i obowiązków dotyczących m.in. poufności komunikacji, gdy jest to niezbędne, właściwe i proporcjonalne w ramach społeczeństwa demokratycznego do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i publicznego, obronności oraz zapobiegania, ścigania, wykrywania przestępstw i karania ich sprawców. Normy, na które powołał się TSUE, dają prawo wprowadzenia przepisów pozwalających gromadzić i przechowywać dane, ale tylko przez określony, uzasadniony celem czynności, czas (art. 15 ust. 1 dyrektywy). Karta Praw Podstawowych zobowiązuje natomiast członków Unii do poszanowania życia prywatnego i wolności komunikowania się (art. 7 KPP). Każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą, a ich przetwarzane musi być dokonywane rzetelnie w określonych celach na uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą. Przestrzeganie tych zasad podlega kontroli właściwego organu (art. 8 KPP). Natomiast wszelkie ograniczenia w korzystaniu z przywołanych praw i wolności powinny uwzględniać zasadę proporcjonalności i mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób (art. 52 ust. 1 KPP). Dlatego, orzekł Trybunał, państwa członkowskie UE nie mogą uchylać przepisów nakładających na dostawców usług komunikacyjnych obowiązku prowadzenia ogólnej i masowej inwigilacji (masowego przechwytywania danych) dotyczącej łączności, ruchu i lokalizacji oraz odnoszącej się do wszystkich abonentów i środków komunikacji elektronicznej zarejestrowanych u dostawcy usługi. W przypadku retencji danych przez CSP, dostęp do nich dopuszczalny jest tylko w sprecyzowanych okolicznościach po spełnieniu ściśle przepisanych prawem procedur. Tym samym porządek prawny UE nakłada na władze państwowe dwojakiego rodzaju ograniczenia w zakresie działań operacyjnych: limituje zakres gromadzenia przez organy krajowe danych komunikacyjnych oraz ogranicza cele ich wykorzystania. Z tej perspektywy przepis art. 15 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE, interpretowany w świetle postanowień art. 7, 8 i 52 ust. 1 Karty, należy rozumieć w taki sposób, że:

- 1) nie można uchylać wewnętrznych regulacji wymagających ogólnego i masowego przechowywania danych komunikacyjnych i lokalizacyjnych *stricto* dla celów realizowanych przez publiczne organy ochrony prawa,
- 2) w przypadku korzystania przez takie organy z danych przechowywanych przez operatora do celów komercyjnych, tj. realizacji usługi teleinformatycznej:

- a) korzystanie powinno ograniczać się do walki z poważną przestępczością,
- b) dostęp do informacji autoryzowany jest uprzednią zgodą sądu lub podobnie niezależnego organu administracyjnego (tylko w wyjątkowych sytuacjach zgoda może mieć charakter następczy) i
- c) dane przechowuje się na terenie UE bez możliwości ich przekazywania podmiotom trzecim spoza Unii.

Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że wymienione ograniczenia chronią prawa wszystkich osób zaangażowanych w proces komunikacji elektronicznej, tj. zarówno abonentów zarejestrowanych u operatora, jak i inne podmioty (np. osoby użytkujące wydany przez niego sprzęt). Limitacja dotyczy całości artefaktów o ruchu bez jakichkolwiek ograniczeń i wyjątków. *Investigatory Powers Act* wprowadził z kolei „inwigilację kompleksową” nawet wobec podmiotów, co do których brak informacji sugerujących, że ich zachowanie może mieć związek z przestępstwami lub mogą one znaleźć się w sytuacji prowadzącej do wszczęcia wobec tych podmiotów postępowania karnego. Tymczasem zbieranie danych powinno być ukierunkowane na konkretne osoby podejrzewane o planowanie lub popełnienie poważnego przestępstwa lub przynajmniej „zamieszane” w takie działanie. Nie oznacza to, zdaniem TSUE, że całkowicie zabrania się przyjmowania przepisów zezwalających na rekwirowanie większych pakietów danych, dotyczących zbioru potencjalnych podejrzanych lub obejmujących określony obszar geograficzny, pod warunkiem, że:

- 1) sprecyzowano kategorię danych (np. wiadomości e-maile, sms-y, treść faksów),
- 2) ograniczono okres ich rekwizycji do niezbędnego minimum,
- 3) działanie skierowane jest przeciwko konkretnym osobom lub przynajmniej sprecyzowanej grupie osób,
- 4) dostęp do danych mają tylko profesjonalne organy zajmujące się walką z najpoważniejszymi formami przestępczości.

Jedynie w sytuacjach szczególnych, np. zagrożenia terrorystycznego godzącego w bezpieczeństwo narodowe, można przyznać służbom niejawnym dostęp do komunikacji osób niezaangażowanych bezpośrednio w działalność kryminalną, jeżeli istnieją obiektywne dowody, że może to skutecznie przyczynić się do zwalczenia zagrożenia. Przepisy prawa należy interpretować w świetle wymienionych ograniczeń, a IPA nie jest zgodna z żadnym z nich – stwierdził Trybunał. Jako przykład owej niezgodności podał, że *Investigatory Powers Act* nie przewiduje wyjątku, co do wyłączenia spod kontroli przekazu obejmującego tajemnice prawnie chronione, np. adwokacką lub dziennikarską. IPA zezwala ponadto wielu

organom rządowym na dostęp do zatrzymanych danych, np. Agencji Norm Żywnościowych, która nie zajmuje się walką z poważną przestępczością. Zastrzeżenia Trybunału budziła ponadto możliwość udostępniania danych agencjom bezpieczeństwa spoza UE, np. Narodowej Agencji Bezpieczeństwa USA.

Europejski Trybunał Praw Człowieka, we wspomnianym już wyroku w sprawie „Szabó i Vissy przeciwko Węgrom”, ponownie zajął się kwestią dopuszczalności środków stosowanych przez służby antyterrorystyczne w zakresie masowego monitorowania komunikacji elektronicznej i komputerowej transmisji danych. ETPC podkreślił, że dążenia rządu (tutaj węgierskiego) do niwelowania zagrożeń terrorystycznych, budowania zaufania obywateli do państwa i utrzymania bezpieczeństwa publicznego, zostałyby zniweczone, gdyby paradoksalnie zastąpiono je innym zagrożeniem, tj. nieograniczonymi uprawnieniami władzy wykonawczej do ingerencji w sfery życia prywatnego obywateli za pomocą niekontrolowanych, a jednocześnie daleko idących technik i prerogatyw kontrolnych. ETPC wypracował następujące zabezpieczenia minimalne, które powinny zostać określone ustawowo dla uniknięcia nadużyć na omawianym polu:

- 1) określić charakter czynów, które mogą stać się przyczyną wydania zezwolenia na przechwytywanie komunikacji,
- 2) zdefiniować kategorie osób, względem których można prowadzić opisane działania,
- 3) ograniczyć czas ich trwania,
- 4) ściśle przestrzegać procedur regulujących przechowywanie i korzystanie z informacji,
- 5) stosować środki ostrożności przy przekazywaniu takich danych oraz
- 6) opisać okoliczności, w których ich rekwizycja jest zabroniona lub zgromadzone zapisy muszą zostać zniszczone.

Zdaniem ETPC każdy środek niejawnego nadzoru, który nie odpowiada ww. kryteriom, będzie groził nadużyciem „wspaniałej” technologii ze strony dysponujących nią organów władzy. Stało się tak w sprawie „Szabó i Vissy przeciwko Węgrom” z uwagi na cztery problematyczne aspekty węgierskich przepisów:

- 1) brak zdefiniowania kategorii osób, których współdziałanie („połączenia”) w praktyce może być kontrolowane,
- 2) udzielanie zgody na tajną kontrolę przez odpowiedniego ministra, a nie sąd,
- 3) brak jasnego uregulowania w ustawie, ile razy okres tajnej kontroli może być przedłużany,

4) nieinformowanie jednostki o tym, że była poddana kontroli oraz niezapewnienie jej właściwych środków odwoławczych²².

W świetle prawa węgierskiego istnieje w praktyce możliwość poddania każdego inwigilacji, gdyż można ją stosować nie tylko, co do figurantów wskazanych z nazwiska, ale też wobec „zakresu osób” bez jakichkolwiek wskázówek precyzujących, o jaki „zakres” chodzi. Europejski Trybunał Praw Człowieka wytknął brak wymogu wykazania przez władze rzeczywistego lub domniemanego związku między ludźmi inwigilowanymi a zapobieganiem zagrożeniom terrorystycznym. W konsekwencji omawiane przepisy nie wykluczały kontroli umożliwiającej zbieranie na dużą skalę i bez rozróżnienia, wszelkich danych komunikacyjnych i tworzenia na tej podstawie szczegółowych profili osób, wkraczając w ten sposób w najbardziej intymne sfery życia obywateli. Zastrzeżenia budził brak wymogu, by władze przedstawiły odpowiednie uzasadnienie wniosku o zastosowanie tajnej kontroli wraz z dokumentami wspierającymi taki wniosek, a w szczególności by podały podstawy faktyczne sprawy w taki sposób, aby organ wyrażający zgodę mógł ocenić konieczność zastosowania tego środka w oparciu o istnienie „indywidualnego podejrzenia” wobec osoby.

W podsumowaniu ETPC orzekł, że w świetle rozpatrywanych przepisów powstaje możliwość zastosowania niejawnej kontroli względem prawie każdej osoby na Węgrzech. Co prawda wniosek przedstawiony ministrowi musi precyzować zakres przedmiotowy inwigilacji albo poprzez wskazanie konkretnej osoby z imienia i nazwiska, albo kręgu osób poddanych kontroli i/lub wszelkie inne istotne informacje mogące osoby te zidentyfikować, ale *de facto* interpretacja przepisów zezwala na nieograniczoną kontrolę wielkiej liczby obywateli. Przyjęte rozwiązania nie stawiają wymogu wykazania rzeczywistego lub domniemywanego związku pomiędzy „odnośnymi” osobami lub zakresem osób, a zapobieganiem zagrożeniu terrorystycznemu. Wobec braku jasnych reguł limitujących zakres kontroli nie można wykluczyć, iż szeroko zakrojona węgierska ustawa o bezpieczeństwie narodowym może zostać wykorzystana w celu uruchomienia tak zwanego strategicznego przechwytywania komunikacji na wielką skalę, co spowodowało „szczególne zaniepokojenie” ETPC. Dodatkowo w ustawie nie przewidziano uprzedniej zgody sądu na prze-

²² Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących państw trzecich – styczeń 2016 r., sprawa: Szabó i Vissy p. Węgrom, skarga nr 37138/14, wyrok Izby z dnia 12 stycznia 2016 r., Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP, s. 13, <https://www.sw.gov.pl/assets/94/39/36/fb64b715488bee1c8debe0ac0677993670308b8e.pdf>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

chwytywanie komunikacji, a zabezpieczenie takie służyłoby ograniczeniu swobody decyzyjnej organów wykonawczych w zakresie zbyt szerokiej interpretacji przyjętych regulacji. W podobnych sytuacjach bowiem nie tylko ustalona praktyka, ale także orzecznictwo sądowe, pozwalają zweryfikować, czy w każdej sprawie zachodzą wystarczające powody dla przechwytywania komunikacji.

V. Podsumowanie

Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy, przede wszystkim ze Stanów Zjednoczonych, trwa dzisiaj zbyt długo i poważnie utrudnia, a niekiedy wręcz uniemożliwia, skuteczne ściganie przestępców. Procedowane zmiany w kierunku wprowadzenia nowych instrumentów realizacji międzynarodowej pomocy prawnej wychodzą naprzeciw oczekiwaniom sędziów, prokuratorów oraz agencji i służb ochrony prawa. Ich uchwalenie w ostatecznym kształcie zależy teraz od państw członkowskich Unii Europejskiej. Widać jednak, że przeforsowanie najkorzystniejszych regulacji z punktu widzenia organów ścigania nie będzie łatwe, bowiem wiele wpływowych środowisk i osób przedkłada, niekiedy rozumiane wręcz w sposób nieograniczony, prawo do wolności komunikowania się i prywatności ponad efektywne ściganie niebezpiecznych kryminalistów. Obserwując wcześniej prace nad projektem rozporządzenia o europejskich nakazach dostarczenia i zabezpieczenia dowodów elektronicznych można było dojść do wniosku, że uchwalenie nowego prawa przez Parlament zajmie co najmniej dwa lata. Wobec rozprzestrzeniającej się od początku 2020 r. ogólnoświatowej epidemii koronawirusa (COVID-19) i znacznego paraliżu działania organizacji międzynarodowych należy spodziewać się, że proces ten jeszcze bardziej wydłuży się w czasie. Niepewny jest także termin zawarcia porozumienia UE-USA, a nawet okazać się może, że umowa taka nie dojdzie do skutku i poszczególne kraje członkowskie Unii podpiszą indywidualne *executive agreement* z Waszyngtonem. Ale są także pozytywne zjawiska, dające szanse na poprawę sytuacji. Należy do nich zaproponowany w rozporządzeniu, rewolucyjny mechanizm bezpośredniej, transgranicznej współpracy wymiaru sprawiedliwości z dostawcami usług komunikacji elektronicznej. Prawie całkowicie pomija on udział państwa-siedziby przedsiębiorcy w rekwizycji danych, a więc stanowi nowy wymiar w dotychczasowym rozumieniu zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych. Podczas nadchodzącego trilogu okaże się, czy kraje UE są gotowe na tak daleko idącą współpracę. Ponadto, nawet po wprowadzeniu

opisanych w artykule rozwiązań, wszystkie problemy związane z uzyskiwaniem dowodów cyfrowych z zagranicy nie znikną. Warto zauważyć chociażby, że proponowany kształt pakietu *e-evidence* i przepisy *CLOUD Act* dotyczą, jeśli chodzi o treść komunikatu, „poważnych przestępstw” zagrożonych karą pozbawienia wolności od lat 3. Skoro największa ilość wniosków (80%) o realizację pomocy prawnej kierowanych z Polski do Stanów Zjednoczonych dotyczy czynów zabronionych opisanych w art. 286 k.k. i art. 287 k.k., a więc zagrożonych karą bezwzględną odpowiednio od 6 miesięcy i od 3 miesięcy pozbawienia wolności, to nadal będą one realizowane w ramach „starego” systemu *Mutual Legal Assistance Treaties*. Nadzieja pozostaje w tym, że po zawarciu porozumienia transatlantyckiego coraz więcej zasobów administracji rządowej USA będzie skierowanych do sprawniejszej realizacji wniosków MLAT.

Grafika (źródła)

- 1) Grafika własna autora opracowana na podstawie: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/placeholder_2.pdf.
- 2) Grafika własna autora opracowana na podstawie: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/placeholder_2.pdf.
- 3) Grafika własna autora opracowana na podstawie: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/placeholder_2.pdf.
- 4) https://transparencyreport.google.com/user-data/overview?user_requests_report_period=authority:PL&lu=user_requests_report_period, data odczytu: 23 lutego 2020 r.
- 5) https://transparencyreport.google.com/user-data/overview?user_requests_report_period=authority:PL&lu=user_requests_report_period, data odczytu: 23 lutego 2020 r.
- 6) <https://transparencyreport.google.com/user-data/overview>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

Obtaining digital evidence from abroad – current state and proceeded changes

Abstract

The following article deals with the essential issue for the effectiveness in conducting many criminal procedures in Poland, Europe and the

whole world: the procedures of obtaining digital proofs generated outside a given country whose bodies carry out the investigation. The first section is a description of a current state in this respect and of the difficulties arising due to little effectiveness of international legal help based on the system Manual Legal Assistance Treaties. The following two chapters address new instruments of artefacts requisition proceeded in Europe: European Production Order, European Preservation Order and Legal Representatives which complements the previous ones. The knowledge has a unique value because it comes from a person who is directly engaged in the process of negotiation of new solutions. Another part of the article presents for the first time the statistics of the realization of the legal help between Poland and the USA in the cybercrime field. The article separately discusses the issue of the notification of issuing a call for delivering or perpetuation of evidence. The above issue is complicated and it is the final shape of the notification that largely dictates the general effectiveness of the proposed solutions. Next, the article shows works on signing an agreement between the European Union and the USA based on Clarifying Lawful Overseas Use Data Act accepted in 2018 by the USA Congress. Agreement between The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of the United States of America on access to electronic data for the purpose of countering serious crime signed in 2019 serves as an example of such a characteristic. Chapter VI is devoted to alternative procedures of obtaining data, e.g. in a life and death emergency situation and terrorist activities. The article provides a description of information giving policy by global suppliers of IT services and the practice of acting of law protecting bodies from the USA, based on National Security Letter, among others. A particular emphasis needed to be put on describing the approach of Court of Justice of the European Union and European Court of Human Rights with respect to the new forms of massive gathering of digital data from abroad because the forms of operational activities are more and more often directed towards artefacts in the cyberspace. The article concludes the summary of the international cooperation criminal cases pertaining to obtaining digital data.

Key words

Legal assistance, digital evidence, digital data, service provider, crime, CLOUD Act, European Production Order, European Preservation Order, Legal Representatives, notification, data interception.

Marcin Janusz Szewczyk

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. V KK 353/18¹

Streszczenie

W glosie omówiono zasady zarządzania kary zastępczej za niewykonaną karę ograniczenia wolności. Autor nie aprobuje poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym okres odbywania przez skazanego kary ograniczenia wolności w formie wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne może wykraczać poza czas, na który ją orzeczono. Wskazuje, że przyjęte zapatrywanie nie uwzględnia treści regulacji z art. 57a k.k.w. oraz 64 § 1 k.k.w. Jednocześnie postuluje, by w sytuacji, gdy upłynął okres, na który orzeczono karę ograniczenia wolności, podjęcie decyzji o zarządzeniu kary zastępczej poprzedzać orzeczeniem wydanym w trybie art. 64 § 1 k.k.w., w którym konieczne jest ustalenie, w jakiej części kara ograniczenia wolności została przez skazanego wykonana. Następnie za niewykonaną karę ograniczenia należy orzec karę zastępczą, na zasadach określonych w art. 65 § 1 k.k.w.

Dla ustalenia, że skazany odbył w całości karę ograniczenia wolności w formie przewidzianej w art. 34 § 1a pkt 1 k.k., konieczne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek w postaci: upływu okresu, na który karę orzeczono, oraz wykonania przez skazanego w całości obowiązku nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne. Zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności w miejsce kary ograniczenia wolności, od odbywania której skazany się uchyla (art. 65 § 1 k.k.w.), dopuszczalne jest niezależnie od tego, czy upłynął już okres, na jaki karę ograniczenia wolności orzeczono, jeżeli skazany w tym czasie nie wykonał całości nałożonego na niego obowiązku pracy.

Na wstępie należy pokrótce przypomnieć stan faktyczny, na którego tle doszło do sformułowania wyrażonych w sentencji poglądów praw-

¹ OSNKW 2019, nr 8, poz. 48.

nych. Sąd Rejonowy w Z., postanowieniem z dnia 1 czerwca 2017 r., na podstawie art. 65 § 1 k.k.w., zamienił P.Ś. orzeczoną za czyn z art. 244 k.k. karę 5 miesięcy ograniczenia wolności, z której do wykonania pozostało 3 miesiące i 18 dni, na zastępczą karę pozbawienia wolności w wymiarze 54 dni i orzekł jej wykonanie. Sąd Okręgowy w J., po rozpoznaniu w dniu 2 sierpnia 2017 r. zażalenia obrońcy, uchylił pierwszoinstancyjne postanowienie i – na podstawie art. 15 § 1 k.k.w. – umorzył postępowanie w przedmiocie zarządzenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności, wskazując, że już z dniem 1 lutego 2017 r. doszło do wykonania w całości kary 5 miesięcy ograniczenia wolności.

Kasację od prawomocnego orzeczenia Sądu odwoławczego wywiódł w dniu 1 sierpnia 2018 r. Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny, zarzucając rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie prawa materialnego, tj. art. 65 § 1 k.k.w. w zw. z art. 57a § 1 k.k.w., polegające na wyrażeniu błędnego poglądu, że wykonanie kary ograniczenia wolności w formie określonej w art. 34 § 1a pkt 1 k.k. następuje z upływem okresu odpowiadającego jej wymiarowi, zapoczątkowanym przystąpieniem skazanego do wykonywania wskazanej pracy niezależnie od liczby godzin wykonanej pracy, oraz błędnym uznaniu, że wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności jest dopuszczalne wyłącznie w czasie poprzedzającym upływ okresu, który odpowiada rozmiarowi orzeczonej kary ograniczenia wolności, zapoczątkowanym zdarzeniem określonym w art. 57a § 1 k.k.w., co skutkowało uchynieniem orzeczenia Sądu *a quo* i umorzeniem postępowania wykonawczego w omawianym zakresie na podstawie art. 15 § 1 k.k.w. W konsekwencji autor kasacji zażądał uchylenia zaskarżonego postanowienia i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w J. do ponownego rozpoznania.

Uchylając zaskarżone postanowienie, Sąd Najwyższy stwierdził, że Sąd Okręgowy błędnie utożsamiał odbycie kary ograniczenia wolności w formie określonej w art. 34 § 1a pkt 1 k.k. z samym tylko upływem okresu odpowiadającego jej wymiarowi, zapoczątkowanym przystąpieniem skazanego do wykonywania wskazanej pracy, o czym stanowi art. 57a § 1 k.k.w. Zdaniem Sądu Najwyższego z wymienionego przepisu ani z innych regulacji, nie sposób wyprowadzić takiej konkluzji, która ignorowałaby fakt rzeczywistego niewykonania przez skazanego nałożonej na niego pracy. Zatem, aby ustalić, że skazany odbył w całości karę ograniczenia wolności w formie przewidzianej w art. 34 § 1a pkt 1 k.k., konieczne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek w postaci: upływu okresu, na który karę orzeczono, oraz wykonania przez skazanego w całości obowiązku nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społecz-

ne. Sąd Najwyższy wskazał, że „siłą rzeczy okres odbywania przez skazanego kary ograniczenia wolności w omawianej formie może wykraczać poza czas, na który ją orzeczono”. Dlatego też zapatrywanie Sądu odwoławczego, że zarządzenie wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 65 § 1 k.k.w. może nastąpić wyłącznie w czasie poprzedzającym upływ okresu, który odpowiada rozmiarowi orzeczonej kary ograniczenia wolności w formie określonej w art. 34 § 1a pkt 1 k.k. i który rozpoczęty został w dniu przystąpienia skazanego do wykonywania wskazanej pracy, jest według Sądu Najwyższego nieuprawnione.

Omawiane postanowienie zawiera spostrzeżenia dotyczące wykonania kary ograniczenia wolności. Z uwagi na fakt, iż nieczęsto się zdarza, by sprawy z zakresu prawa karnego wykonawczego były przedmiotem rozpoznania w postępowaniu kasacyjnym, a interpretacja przepisów dokonana przez składającego kasację Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego oraz Sąd Najwyższy jest nieco odmienna od wykładni przyjmowanej przez sądy powszechne w praktyce orzeczniczej, zasadne jest przeanalizowanie przepisów dotyczących wykonania kary ograniczenia wolności przez pryzmat wyrażonych przez Sąd Najwyższy zapatrywań.

Na wstępie w skrócie przypomnieć należy, na czym polega kara ograniczenia wolności. Jak wynika z art. 34 § 2 k.k., treść takiej sankcji wyznaczają dwa stałe elementy określone w art. 34 § 2 k.k. w postaci: zakazu zmiany miejsca stałego pobytu bez zgody sądu oraz obowiązku udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary na wezwanie sądu lub sądowego kuratora zawodowego². Oprócz dwóch elementów stałych na treść kary ograniczenia wolności składają się aktualnie dwa różne rodzaje dolegliwości swobodnie dobierane i konfigurowane przez sąd, z tym że przynajmniej jedna z nich musi być zastosowana wobec sprawcy i orzeczona w wyroku skazującym³. Są nimi: obowiązek wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne oraz potrącenie od 10 do 25% wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd. Nieodpłatna, kontrolowana praca na cele społeczne jest wykonywana w wymiarze od 20 do 40 godzin w stosunku miesięcznym⁴. Minimalny wymiar kary ograniczenia wolności przewidziany dla sprawców przestępstw wynosi miesiąc, a maksymalny 2 lata⁵.

² Zob. art. 60 k.k.w.

³ Por. art. 34 § 1a k.k.

⁴ Zob. art. 35 § 1 k.k.

⁵ Por. art. 34 § 1 k.k.

Karę ograniczenia wolności wykonuje się w miejscu stałego pobytu lub zatrudnienia skazanego albo w niewielkiej odległości od tego miejsca, chyba że ważne względy przemawiają za wykonaniem kary w innym miejscu. Nadzór nad wykonywaniem kary ograniczenia wolności oraz orzekanie w sprawach dotyczących wykonania tej kary należą do sądu rejonowego, w którego okręgu kara jest lub ma być wykonywana. Czynnności związane z organizowaniem i kontrolowaniem wykonywania kary ograniczenia wolności oraz obowiązków nałożonych na skazanego odbywającego tę karę wykonuje sądowy kurator zawodowy⁶. W celu wykonania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne sąd przesyła odpis orzeczenia właściwemu sądowemu kuratorowi zawodowemu⁷.

Organem, który wyznacza miejsca, w których może być wykonywana nieodpłatna, kontrolowana praca jest właściwy wójt, burmistrz lub prezydent miasta. Podmioty, dla których organ gminy, powiatu lub województwa jest organem założycielskim, a także państwowe lub samorządowe jednostki organizacyjne oraz spółki prawa handlowego z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa lub gminy, powiatu bądź województwa, mają obowiązek umożliwienia skazanym wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne⁸. Nieodpłatna kontrolowana praca może być także wykonywana na rzecz instytucji lub organizacji reprezentujących społeczność lokalną oraz placówkach oświatowo-wychowawczych, młodzieżowych ośrodkach wychowawczych, młodzieżowych ośrodkach socjoterapii, podmiotach leczniczych, jednostkach organizacyjnych pomocy społecznej, fundacjach, stowarzyszeniach i innych instytucjach lub organizacjach użyteczności publicznej, niosących pomoc charytatywną, za ich zgodą⁹. Praca może być także wykonywana na rzecz innych podmiotów, którym powierzono w dowolny sposób wykonywanie zadań własnych gminy, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1–3, 4–6 lub 7–15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹⁰. Wymienione placówki są zobowiązane przyjąć skazanego skierowanego przez sądowego kuratora zawodowego w celu wykonywania pracy, pouczyć go o obowiązku sumiennej pracy oraz konieczności przestrzegania porządku i dyscypliny w miejscu pracy. Przy przydziale pracy uwzględnia się wiek skazanego, stan jego zdrowia oraz w miarę możliwości posiadane kwalifikacje. Pracę przydziela się w wymiarze godzin określonym w orzecze-

⁶ Zob. art. 54 oraz 55 k.k.w.

⁷ Por. art. 56 § 1 k.k.w.

⁸ Zob. art. 56 § 2 k.k.w.

⁹ Zob. art. 56 § 3 k.k.w.

¹⁰ Por. art. 56 § 4 k.k.w.

niu i dokonuje podziału godzin pracy na dni w sposób odpowiadający organizacji wykonywanej pracy. Przy ustaleniu godzin pracy, w miarę możliwości, uwzględnia się prośbę skazanego¹¹.

Sądowy kurator zawodowy w terminie 7 dni od doręczenia mu orzeczenia ma obowiązek wezwać skazanego oraz pouczyć go o prawach i obowiązkach oraz konsekwencjach wynikających z uchylenia się od odbywania kary, a także określa, po wysłuchaniu skazanego, rodzaj, miejsce i termin rozpoczęcia pracy, o czym niezwłocznie informuje właściwy organ gminy i podmiot, na którego rzecz będzie wykonywana praca. W wypadku, gdy skazany nie stawi się na wezwanie lub pouczony o prawach, obowiązkach i konsekwencjach związanych z wykonywaniem nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne oświadczy sądowemu kuratorowi zawodowemu, że nie wyraża zgody na podjęcie pracy, kurator kieruje do sądu wnioski o orzeczenie kary zastępczej. Taki wniosek kurator powinien również skierować do sądu rejonowego w sytuacji, gdy skazany nie podejmie pracy w wyznaczonym terminie lub w inny sposób uchyli się od odbywania kary ograniczenia wolności lub wykonania ciążących na nim obowiązków¹².

Jak wynika z treści art. 57a § 1 k.k.w. rozpoczęcie odbywania kary w formie nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne następuje w dniu, w którym skazany przystąpił do wykonywania wskazanej pracy. Jak trafnie przyjmuje się w doktrynie, ustawowe unormowanie, od kiedy należy liczyć rozpoczęcie odbywania przez skazanego kary, ma istotne znaczenie faktyczne i prawne¹³. Pozwala ono m.in. na ustalenie końca kary, ale także daty, w której nastąpi zatarcie skazania¹⁴. Określenie początku kary ma również znaczenie w przypadku innych instytucji prawa wykonawczego, takich jak przerwa w wykonaniu kary ograniczenia wolności¹⁵, czy też zwolnienie z reszty kary¹⁶.

Mając na względzie powyższe uwarunkowania, nie można zgodzić się z tezą zawartą w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego, iż

¹¹ Por. § 4 i 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 1 czerwca 2010 r. w sprawie podmiotów, w których jest wykonywana kara ograniczenia wolności oraz praca społecznie użyteczna (Dz. U. z 2010 r., Nr 98, poz. 634).

¹² Zob. art. 57 § 1–3 k.k.w.

¹³ Zob. K. P o s t u l s k i, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz do art. 57a teza 5, Lex/el.

¹⁴ Zob. art. 107 § 4 k.k.

¹⁵ Do czasu przystąpienia do wykonania kary ograniczenia wolności skazany może ubiegać się o odroczenie wykonania kary. Z chwilą przystąpienia do pracy ma prawo wystąpić z wnioskiem o przerwę w jej wykonaniu (zob. art. 62 k.k.w. oraz 63 k.k.w.).

¹⁶ Art. 83 k.k. przewiduje, że jedną z przesłanek zwolnienia z reszty kary ograniczenia wolności jest wykonanie przynajmniej połowy orzeczonej kary.

okres odbywania przez skazanego kary ograniczenia wolności w formie nieodpłatnej kontrolowanej pracy społecznej może wykraczać poza czas, na który ją orzeczono. Koniec kary następuje bowiem zawsze z upływem okresu, który został wskazany w wyroku skazującym. Odmienna interpretacja jest nieuprawniona, gdyż przedłużenie odbywania kary ograniczenia wolności do czasu wykonania w całości nakazanej pracy, oznaczałoby, że skazany zrealizował karę w wymiarze niezgodnym z orzeczeniem sądu. O ile w postępowaniu wykonawczym można zmniejszyć orzeczoną liczbę godzin pracy lub wysokość potrąceń do granicy ustawowego minimum¹⁷, nie jest dopuszczalne wydłużenie okresu orzeczonej kary ograniczenia wolności. Przekonuje o tym choćby treść art. 63b § 1 k.k.w., który przewiduje możliwość rozliczenia godzin pracy w okresach innych niż miesięczne, z zastrzeżeniem, że nowe rozliczenie nie może przekroczyć okresu, na który karę orzeczono.

Pamiętać, przy tym należy, że jeżeli kara lub inny środek podlegający wykonaniu są określone w tygodniach, miesiącach lub latach, przyjmuje się w postępowaniu wykonawczym, że tydzień liczy się za dni 7, miesiąc za dni 30, a rok za 365 dni¹⁸. Jeżeli zatem skazany rozpoczął wykonywanie kary ograniczenia wolności orzeczonej w minimalnym wymiarze przewidzianym przez ustawę w dniu 1 stycznia 2020 r., to jej koniec przypadnie na dzień 30 stycznia 2020 r. Dla określenia daty końcowej kary nie ma znaczenia, czy skazany wykonał nakazaną mu pracę. Jeżeli tego nie uczynił, oznacza to, że nie pracował zgodnie z przyjętym harmonogramem, w którym godziny pracy społecznie użytecznej, co oczywiste, nie mogą być ustalone poza okresem, na który kara została orzeczona¹⁹.

Rodzi się pytanie, jak powinien postąpić kurator nadzorujący wykonanie kary oraz sąd w sytuacji, gdy skazany nie wykonał pełnej ilości godzin pracy? Kwestia niebudząca wątpliwości dotyczy sytuacji, w której okres, na jaki orzeczono karę ograniczenia wolności, w dacie orzekania jeszcze nie upłynął. W takim przypadku zastosowanie znajdzie przepis

¹⁷ Por. art. 61 § 1 i 2 k.k.w.

¹⁸ Zob. art. 12c k.k.w.

¹⁹ Niekiedy w praktyce zdarzają się sytuacje, w których skazany mimo upływu okresu, na który kara została orzeczona, zostaje dopuszczony do pracy przez podmiot, w którym jest ona realizowana. Jest to postąpienie sprzeczne z obowiązującymi przepisami, gdyż dokumentacja kary powinna zostać przesłana do kuratora niezwłocznie po upływie czasu, na który została ona orzeczona, liczonego od pierwszego dnia przystąpienia do pracy. Niemniej jeżeli taka sytuacja zaistnieje, to wówczas sąd dokonujący bilansu kary na podstawie art. 64 k.k.w. powinien mieć na uwadze czas pracy, którą skazany wykonał poza okresem określonym w wyroku.

art. 65 § 1 k.k.w., zgodnie z którym jeżeli skazany uchyla się od odbywania kary ograniczenia wolności, sąd zarządza, a jeżeli uchyla się on od świadczenia pieniężnego lub obowiązków orzeczonych na podstawie art. 34 § 3 Kodeksu karnego, sąd może zarządzić wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności. W razie gdy skazany wykonał część kary ograniczenia wolności, sąd zarządza wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności w wymiarze odpowiadającym karze ograniczenia wolności pozostałej do wykonania, przyjmując, że jeden dzień zastępczej kary pozbawienia wolności jest równoważny dwóm dniom kary ograniczenia wolności.

Z treści analizowanego orzeczenia Sądu Najwyższego wynika, że problem powstał w sytuacji, gdy skazany nie wykonał w całości nakazanej pracy, a w czasie orzekania w instancji odwoławczej okres wymierzonej kary ograniczenia wolności, liczony od dnia przystąpienia do pracy, już upłynął. Sąd odwoławczy uznał, że w takiej sytuacji nie ma już możliwości orzeczenia kary zastępczej, natomiast Sąd Najwyższy przyjął, że z uwagi na niewykonanie pracy społecznie użytecznej, okres kary nie upłynął, zatem nie ma przeszkód do orzeczenia kary zastępczej.

Przytoczone zapatrywania są nieprawidłowe, gdyż nie uwzględniają unormowania zawartego w art. 64 § 1 k.k.w. Wymieniony przepis przewiduje, że w razie niewykonania pełnego wymiaru pracy albo niedokonania całości potrąceń z wynagrodzenia za pracę lub niewykonania innych obowiązków sąd orzeka o tym, czy i w jakim zakresie karę tę uznać za wykonaną ze względu na osiągnięte cele kary. Zauważyć trzeba, że choć wskazana norma funkcjonuje w obrocie prawnym od daty wejścia w życie Kodeksu karnego wykonawczego, co miało miejsce 1 września 1998 r., jej wykładnia nie jest jednolita.

Słusznie przyjmuje się, że komentowany przepis ma na celu rozstrzygnięcie wątpliwości, które mogą niekiedy powstać w sytuacji, gdy pewne elementy kary ograniczenia wolności zostały zrealizowane, natomiast nie wykonano lub nie wykonano w całości pozostałych obowiązków związanych z istotą tej kary²⁰. Innymi słowy, przepis art. 64 § 1 k.k.w. stanowi podstawę prawną do ustalenia przez sąd, czy i w jakim zakresie kara ograniczenia wolności została zrealizowana. Z tego względu oczywiste jest, że dokonanie rozliczenia skazanego z nałożonych na niego w ramach tej kary obowiązków może nastąpić jedynie po upływie okresu, na który ją orzeczono²¹. Tylko wówczas można bowiem ustalić, w jakim zakresie zostały one wykonane. Początek okresu, którego upływ pozwala na orzeka-

²⁰ Por. S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 162.

²¹ S. Leleńtal, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 225.

nie w trybie art. 64 § 1 k.k.w., należy liczyć od daty rozpoczęcia wykonywania przez skazanego kary, o czym stanowi przepis art. 57a k.k.w.²²

Zauważyć trzeba, że art. 64 § 1 k.k.w. nie stwarza żadnych ograniczeń co do możliwości uznania kary za odbytą, związanych z zakresem, w jakim praca nie została wykonana, zakresem potrażeń z wynagrodzenia za pracę, ani z zakresem i liczbą niewykonanych obowiązków. Przesłanką rozstrzygnięcia jest pozytywna ocena osiągnięcia celów kary, określonych w art. 53 k.k.w.²³ Obowiązkiem sądu orzekającego w tym przedmiocie jest zasięgnięcie informacji w zakładzie pracy, w którym była ona wykonywana, i od kuratora sądowego, dla ustalenia, czy skazany pracował sumiennie, przestrzegał w miejscu pracy porządku i dyscypliny, oraz czy przepracowany okres w wystarczającym stopniu ukształtował w nim społecznie pożądane postawy, w szczególności poczucie odpowiedzialności i potrzebę przestrzegania zasad porządku prawnego²⁴.

Wątpliwości interpretacyjne związane z unormowaniem art. 64 § 1 k.k.w. dotyczą następstw, jakie powoduje jego zastosowanie. K. Postulski przyjmuje, że uznanie kary za wykonaną w określonym zakresie lub uznanie jej za niewykonaną, wywołuje skutki jedynie w zakresie możliwości zatarcia skazania, gdyż termin, o którym mowa w art. 107 § 4 k.k. nie rozpoczyna biegu²⁵. Zaproponowana wykładnia przepisu art. 64 § 1 k.k.w. jest mało przekonująca. Powoduje ona niezasadne zróżnicowanie sytuacji skazanych na karę ograniczenia wolności. Jeżeli bowiem okres kary ograniczenia wolności jest długi, a skazany zaprzestał wykonywanie nakazanej pracy lub innych obowiązków w krótkim czasie po jej rozpoczęciu, sąd rozpoznając wniosek kuratora o zarządzenie wykonania kary zastępczej przed upływem okresu wykonania kary, w trybie art. 65 § 1 k.k.w. bez przeszkód mógłby zarządzić jej wykonanie, podczas gdy w przypadku orzeczenia krótkoterminowej kary i zaprzestania wykonania pracy lub innych obowiązków rozstrzygnięcie tego samego rodzaju było-

²² Zob. K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz do art. 64 k.k.w. teza 3 i 5, Lex/el.

²³ Zgodnie z art. 53 § 1 i 2 k.k.w. wykonanie kary ograniczenia wolności ma na celu wzbudzenie w skazanym woli kształtowania jego społecznie pożądanych postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego. Skazany ma obowiązek sumiennie wykonywać ciążące na nim obowiązki, a w miejscu pracy lub pobytu przestrzegać ustalonych zasad zachowania, porządku i dyscypliny.

²⁴ Por. K. Postulski, Zakres orzekania sądu w postępowaniu wykonawczym (przeгляд postępowań incydentalnych), (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny wykonawczy. Krótkie komentarze, nr 10, s. 134, Warszawa 1998.

²⁵ Zob. K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz do art. 64 k.k.w. teza 9, Lex/el.

by wykluczone i to nawet wobec tych skazanych, którzy w sposób rażąco zlekceważyli nałożone na nich obowiązki związane z orzeczoną karą.

Przypomnieć trzeba, że art. 32 Konstytucji RP stanowi, że wszyscy obywatele Rzeczypospolitej Polskiej są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ukształtowało się stanowisko, że wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych powinny znajdować podstawę w przekonujących argumentach, które muszą mieć charakter relewantny, proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych, jak również argumenty powinny pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmiennie traktowanie podmiotów podobnych²⁶. Zdaniem Trybunału „różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych ma znacznie większe szanse uznania za zgodne z konstytucją, jeżeli pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnieniu tych zasad”²⁷.

W omawianym przypadku nie ma dostatecznych racji prawnych, by odmiennie kształtować sytuację skazanych w zależności od daty, w której następuje orzekanie w przedmiocie zarządzenia wykonania kary zastępczej, gdyż termin wydania rozstrzygnięcia uzależniony jest od czynników, które nie mają znaczenia dla oceny zachowania skazanego podczas wykonania kary, takich jak sprawność postępowania wykonawczego oraz wymiar zastosowanej sankcji. Nadmienić trzeba, że gdyby ustawodawca w istocie zamierzał ograniczyć czasowo możliwość orzekania o karze zastępczej za niewykonaną karę ograniczenia wolności, zapewne do porządku prawnego wprowadzono by regulację wzorowaną na art. 76 § 4 k.k., w którym określono termin, w jakim możliwe jest zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono. Skoro ustawa nie zawiera tego rodzaju ograniczeń, brak jest podstaw do uznania, że zarządzenie kary zastępczej może nastąpić wyłącznie w okresie wykonania kary ograniczenia wolności. W tożsamy sposób art. 64 § 1 k.k.w. zinterpretował Sąd Najwyższy w uchwale z dnia

²⁶ Por. np.: orzeczenie TK z dnia 3 września 1996 r., sygn. K. 10/96, OTK ZU 1996, nr 4, poz. 33; wyrok TK z dnia 24 kwietnia 2006 r., sygn. P 9/05, OTK-A 2006, nr 4, poz. 46; wyrok TK z dnia 18 marca 2014 r., SK 53/12, OTK-A 2014, nr 3, poz. 32.

²⁷ Zob. np.: wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. K. 8/97, OTK ZU 1997, nr 6, poz. 502; wyrok TK z dnia 13 kwietnia 1999 r., sygn. K. 36/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 40 oraz wyrok TK z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn. P 11/12, OTK-A 2013, nr 5, poz. 62.

25 lutego 2002 r.²⁸, w której stwierdził, że w sytuacji, gdy skazany wykonał obowiązki wynikające z istoty kary ograniczenia wolności i pozostałe obowiązki z nią związane, z wyjątkiem obowiązku naprawienia szkody, sąd orzekający na podstawie art. 65 k.k.w. o zamianie tej kary na karę zastępczą, przyjmuje za podstawę orzeczenia zakres kary pozostającej jeszcze do wykonania, ustalony w trybie art. 64 k.k.w.

Nie można zgodzić się z poglądem, że regulacja zawarta w art. 64 § 1 k.k.w. wchodzi w grę wówczas, gdy niewykonanie pełnego wymiaru pracy, niedokonanie całości potrąceń z wynagrodzenia za pracę lub niewykonanie jednego lub więcej obowiązków stanowiących integralny element kary ograniczenia wolności, nie było wynikiem uchylania się od odbywania kary, tzn. nie było rezultatem zawinionego zachowania skazanego²⁹. Przypomnieć należy, że z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że uchylaniem się od wykonania kary jest „takie zachowanie skazanego, które jest wyrazem jego negatywnego stosunku do tej kary, czy też nałożonych w związku z nią obowiązków, a więc wynika ze złej woli, nie zaś z innych przyczyn – obiektywnych lub nawet przez niego zawinionych”³⁰.

Zauważyć trzeba, że regulacja ujęta w art. 64 § 1 k.k.w. nie zawiera w swej treści zastrzeżenia, iż karę ograniczenia wolności można uznać za wykonaną jedynie względem tych skazanych, których zachowanie nie było zawinione. Z tego powodu, zgodnie z regułą *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*, interpretując przepis art. 64 § 1 k.k.w., nie można, jak czynią to niektórzy przedstawiciele doktryny, zawężyć działania wymienionej normy jedynie do przypadków, w których zachowanie skazanego nie było zawinione. Wskazać trzeba, że przy takiej wykładni norma z art. 64 § 1 k.k.w. miałaby znacznie ograniczony zasięg działania, gdyż w praktyce w większości przypadków niewykonanie obowiązków związanych z karą ograniczenia wolności wynika ze złej woli skazanych. Taka interpretacja omawianego przepisu jest sprzeczna z wykładnią gramatycz-

²⁸ Sygn. I KZP 2/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 30.

²⁹ Por. K. Dąbkiewicz, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz do art. 64, teza 2, Lex/el; S. Leleńtal, Kodeks..., s. 225.

³⁰ Zob. uchwała SN z dnia 11 maja 1974 r., sygn. IV KRN 19/74, OSNKW 1974, nr 7–8, poz. 141 z glosą J. Skupińskiego, PiP 1975, nr 7, s. 182; postanowienie SN z dnia 23 lutego 1974 r., sygn. IV KRN 17/74, OSNKW 1974, nr 5, poz. 93; postanowienie SN z dnia 8 października 1976 r., sygn. N 13/76, OSNKW 1976, nr 12, poz. 159; uchwała SN z dnia 20 czerwca 1979 r., sygn. VI KZP 6/79, OSNKW 1979, nr 9, poz. 89; postanowienie SN z dnia 26 lipca 1980 r., sygn. V KRN 146/80, OSNKW 1980, nr 10–11, poz. 82; postanowienie SN z dnia 31 maja 1989 r., sygn. V KRN 79/89, OSNPG 1989, nr 12, poz. 122; por. także S. Zimoch, O uchylaniu się od odbywania kary ograniczenia wolności oraz rodzajach kar zastępczych, NP 1977, nr 2, s. 207.

ną, gdyż niekorzystnie – z punktu widzenia interesu procesowego skazanych – ogranicza działanie wymienionej normy, co więcej nie uwzględnia funkcji, jaką regulacja z art. 64 § 1 k.k.w. ma spełniać względem skazanych na karę ograniczenia wolności. Jak bowiem trafnie wskazuje się w literaturze, przepis art. 64 § 1 k.k.w. ma służyć także i temu, by z mało istotnych przyczyn nie zarządzać wykonania kary zastępczej z powodu niepełnego wykonania wszystkich elementów kary ograniczenia wolności³¹.

Przyjąć zatem trzeba, że nie ma przeszkód prawnych ku temu, by uznać karę za wykonaną w całości, nawet w sytuacji ustalenia, że skazany uchylał się od jej wykonania. Takie przypadki wystąpią w szczególności w sytuacjach, gdy podsądny w przeważającej części wykonał nałożone na niego obowiązki. Przykładowo, jeżeli skazany z przyczyn przez siebie zawinionych z orzeczonych 300 godzin pracy nie wykonał 10, to jeżeli sąd dokonujący bilansu kary w trybie art. 64 § 1 k.k.w., uzna, że jej cele, o których mowa w art. 53 k.k.w. zostały względem niego osiągnięte, nie będzie przeszkód, by przyjąć, że kara została wykonana w całości. Jeżeli stwierdzi natomiast, że skazany wymaga dalszej resocjalizacji to na podstawie art. 65 § 1 k.k.w., zarządzi karę zastępczą.

W literaturze wyrażono zapatrywanie, iż w przypadku trudności w orzekaniu na podstawie art. 64 § 1 k.k.w. możliwe jest zastosowanie unormowania z art. 61 § 2 k.k.w., w którym przewidziano możliwość zmniejszenia orzeczonej liczby godzin wykonywanej pracy lub wysokości potrąceń³². Wyrażony pogląd jest nieprawidłowy, gdyż wymienione regulacje mają zastosowanie na innych etapach postępowania wykonawczego. Art. 61 § 2 k.k.w. może stanowić podstawę do zmodyfikowania orzeczenia jedynie w okresie wykonywania kary ograniczenia wolności, co *expressis verbis* wynika z treści § 1 wymienionego przepisu. Z kolei regulację z art. 64 § 1 k.k.w. można wdrożyć, o czym była mowa, wyłącznie po upływie okresu, na który kara została orzeczona.

Wypowiadając się na gruncie poprzedniego stanu prawnego, Sąd Najwyższy przyjął, że w razie spełnienia warunków przewidzianych w art. 84 § 2 k.k. z 1969 r., sąd orzekający w przedmiocie określenia kary zastępczej powinien przyjąć za podstawę orzeczenia karę niewykonaną przez skazanego. Odmienne poglądy, zdaniem wymienionego organu, sprzeczny z poczuciem sprawiedliwości, gdyż prowadziłyby do dwukrotnego odbywania kary³³. Wyrażone zapatrywanie przystaje w szcze-

³¹ S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze...*, s. 162.

³² S. Leleń, *Kodeks...*, s. 225.

³³ Zob. postanowienie SN z dnia 24 lipca 1973 r., sygn. V KRN 269/73, OSNPG 1973, nr 12, poz. 171.

gólności do tych przypadków, w których skazani pracują zgodnie z harmonogramem i realizują pozostałe nałożone na nich obowiązki, po czym na stałe odstępują od wykonania kary. W praktyce sytuacje bywają zwykle bardziej złożone, gdyż skazani częstokroć nie respektują harmonogramu i wykonują prace w inne dni niż wyznaczone, a także w różnej od przyjętej w nim ilości godzin. W takich sytuacjach, co prawda proporcjonalne przeliczanie czasu pracy do wymiaru orzeczonej kary, powinno być podstawową przesłanką określenia rozmiaru kary zastępczej, aczkolwiek niejedyną. Oprócz ilości godzin sąd powinien bowiem uwzględnić całość zachowania skazanego w okresie orzeczonej kary, w szczególności na podstawie informacji przedstawionych przez kuratora oraz innych dostępnych danych. Jeżeli sąd ustali, że wykonana kara nie wzbudziła w skazanym woli kształtowania jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz przestrzegania porządku prawnego³⁴, czego przejawem może być lekceważenie harmonogramu pracy, to wydaje się, że nie ma przeszkód, by karę zastępczą orzec w wyższym wymiarze, niż wynikałoby z matematycznego wyliczenia proporcji między liczbą wykonanych godzin a czasem pracy określonym w wyroku, skoro jak wskazano wyżej, przepis art. 64 § 1 k.k.w. nie zawiera w tym zakresie żadnych ograniczeń. Pamiętać należy, że wykonywanie pracy w ramach kary ograniczenia wolności jest jednym z trzech równoważnych obowiązków, które ciążyą na skazanym³⁵. Nadto mogą być na niego nałożone inne zobowiązania o charakterze fakultatywnym określone w art. 72 § 1 pkt 2–7a k.k. Dlatego, jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy, istotne znaczenie dla wymiaru kary zastępczej powinna mieć ocena, jaki jest ciężar gatunkowy niedopełnionego obowiązku i jaki był jego udział w całości obciążeń wynikających z kary ograniczenia wolności, wymierzonej w konkretnej sprawie³⁶.

Podsumowując, stwierdzić należy, że Sąd Najwyższy uwzględniając skargę kasacyjną, słusznie uchylił postanowienie Sądu odwoławczego, gdyż upływ okresu, na który orzeczono karę ograniczenia wolności, nie stanowi przeszkody do orzeczenia kary zastępczej, dlatego podjęcie decyzji o umorzeniu postępowania wykonawczego w toku postępowania odwoławczego było nieprawidłowe. Nie można natomiast zgodzić się z poglądem, wedle którego okres odbywania przez skazanego kary ograniczenia wolności w formie wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej

³⁴ Por. art. 53 § 1 k.k.w.

³⁵ Nie może on bez zgody sądu zmieniać miejsca pobytu oraz ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary (art. 34 § 2 k.k.).

³⁶ Zob. uzasadnieniu uchwały SN w sprawie I KZP 2/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 30.

pracy na cele społeczne może wykraczać poza czas, na który ją orzeczono, gdyż zapatrywanie to nie uwzględnia treści regulacji z art. 57a k.k.w. oraz 64 § 1 k.k.w. Jeżeli upłynął czas wykonania orzeczonej kary ograniczenia wolności, podjęcie decyzji o zarządzeniu kary zastępczej powinno każdorazowo poprzedzać orzeczenie wydane w trybie art. 64 § 1 k.k.w., w którym konieczne jest ustalenie, w jakiej części została ona przez skazanego wykonana. Następnie za niewykonaną karę ograniczenia wolności, sąd powinien orzec karę zastępczą, na zasadach określonych w art. 65 § 1 k.k.w.

Commentary to the decision of the Supreme Court of 18 July 2019, file ref. V KK 353/18

Abstract

The commentary discusses the rules for ordering a substitute penalty for non-executed community sentence. The author does not approve the view expressed by the Supreme Court, according to which the execution time of the penalty of restriction of liberty in the form of unpaid, controlled work, may exceed the period determined by a court in the judgment. The author indicates that the opinion expressed by the Supreme Court does not take into account the content of the regulations of article 57a of the Executive Penal Code and article 64 § 1 of the Executive Penal Code. At the same time he recommends that in case of expiry of the period on which the penalty of restriction of liberty was imposed, to precede decision to order a substitute penalty by a judgment issued pursuant to article 64 § 1 of the Executive Penal Code. In this decision the court should specify in what part the penalty was executed so far by the convict. Then, for non-executed community sentence, the court should order a substitute penalty, having regard to the principles set out in art. 65 § 1 of the Executive Penal Code.

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. z 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**.

Z uwagi na zmianę w procesie ewaluacji czasopism naukowych prowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Redakcja czasopisma uprzejmie informuje, że za publikację artykułów w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” w latach 2017–2018 autorom przysługuje 6 punktów. Natomiast, za publikację artykułów w latach 2019 i 2020 przysługuje 5 punktów

Analiza wydań czasopisma sprawiła, że Zespół Ekspertów Index Copernicus wyznaczył wartość wskaźnika w wysokości **ICV 2018 = 38.15**. Wyznaczona ocena ICV za rok 2018 jest widoczna na liście czasopism indeksowanych w bazie ICI Journals Master List 2018 oraz w **Paszporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

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 (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

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