



Prokuratura i Prawo

NR 12/grudzień 2021



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI**
Członkowie: Nowy skład Rady opublikujemy w Nr 1/2022

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Beata HŁAWACZ, Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Marek WOŹNIAK, Adam ZBIERANEK

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

Artykuły/Articles

dr Anita Gałęska-Słiwka, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy, Dawid Chwiałkowski, Centrum Zarządzania Ryzykiem Medycznym „MedRisk” Toruń	
Przestępstwo dzieciobójstwa na tle przesłanki „wpływ przebiegu porodu”	5
<i>Crime of infanticide in the context of the criterion of “the influence of a childbirth process”</i>	33
dr Maciej Bożek, biegły psycholog przy Sądzie Okręgowym w Katowicach, wykładowca Uniwersytetu Śląskiego, dr Przemysław Piątek, prokurator Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku, wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury	
Strategiczne wykorzystanie dowodów (<i>Strategic Use of Evidence – SUE</i>) jako metoda weryfikacji wiarygodności wyjaśnień podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym	34
<i>Strategic use of evidence (SUE) as a method to verify credibility of suspects’ statements in preparatory proceedings</i>	63
Adam Bociek, prokurator Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy delegowany do Biura Spraw Konstytucyjnych Prokuratury Krajowej	
Problematyka zgodności art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu	64
<i>The issue of compliance of Article 168b of the Code of Criminal Procedure with higher-order legal norms</i>	102
dr Dariusz Kała, profesor Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy, sędzia Sądu Najwyższego	
Środki przymusu w procesie karnym – pojęcie i podstawowe cechy definiujące	103
<i>Coercive measures in criminal proceedings: definition and key features</i>	131
Aleksander Tomaszuk, Dariusz Piekarski, dr Paweł Opitek – prokuratorzy delegowani do Prokuratury Krajowej	
Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej (część I) ...	132
<i>Prosecutor’s supervision over wiretapping (part I)</i>	151

dr Daniela Wybrańczyk, asystent sędziego Sądu Okręgowego w Katowicach

Udział Rzecznika Praw Dziecka i prokuratora w postępowaniu o rozwód rodziców małoletniego dziecka	153
<i>Participation of a Children's Ombudsman and a prosecutor in proceedings for divorce of parents of a minor</i>	165

Materiały szkoleniowe/*Training material*

dr Tomasz Szczepański, Barbara Konior, Urszula Więckiewicz, Patryk Puculek – funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego	
Analiza możliwości wdrożenia do praktyki śledczej próbkowania materiału dowodowego w obszarze badań daktyloskopijnych	166
<i>Analysis of practical applicability of fingerprint evidence sampling in investigations</i>	193

Glosy/*Commentaries*

do wyroku NSA z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. II FSK 1416/17 (dot. odpowiedzialności rozwiedzonego małżonka) – prof. dr hab. Robert Stefanicki	194
<i>to the judgment of 12 April 2019 of the Supreme Appellate Court, ref. no. II FSK 1416/17 (concerns liability of a divorced spouse) – by prof. Robert Stefanicki</i>	210

Z historii Prokuratury/*Prosecutor's office: historical overview*

dr Józef Garbaczyński wiceprokurator Sądu Apelacyjnego w Krakowie	211
---	-----

ARTYKUŁY

Anita Gałęska-Śliwka, Dawid Chwiałkowski

Przestępstwo dzieciobójstwa na tle przesłanki „wpływ przebiegu porodu”

Streszczenie

Dzieciobójstwo jako zjawisko społeczno-kulturowe towarzyszy ludzkości od zarania dziejów. Jednak karnoprawna ocena dzieciobójstwa na przestrzeni tysięcy lat kształtowała się w sposób bardzo zróżnicowany od skrajnego liberalizmu, przez społeczną akceptację i zrozumienie, aż po karanie, z karą śmierci włącznie.

Celem niniejszej pracy jest zaakcentowanie interdyscyplinarności problemów przestępstwa dzieciobójstwa oraz wskazanie rozbieżności i trudności interpretacyjnych związanych z przesłanką „wpływu porodu”.

Słowa kluczowe

Dzieciobójstwo, poród, dziecko, matka, biegły.

1. Dzieciobójstwo – tło historyczne

W okresie pierwotnym dzieciobójstwo było zjawiskiem społecznie akceptowanym i wynikało z potrzeby regulowania przyrostu naturalnego, co bezpośrednio wiązało się z trudami ówczesnego życia, w tym koniecznością zagwarantowania pożywienia i schronienia. Powszechną praktyką było uśmiercanie dzieci słabych, których wychowywanie stanowiłoby istotne obciążenie dla grupy¹. W starożytnym Rzymie, Grecji czy Sparcie powszechną

¹ V. Grudzień, Dzieciobójstwo. Zarys historii stosowania kar, Wydawnictwo Szkoły Policji w Katowicach 2012, s. 4.

praktyką było eliminowanie dzieci słabych, obciążonych wadami rozwojowymi, a praktyki te nie były karane². W starożytnej Sparcie, zdaniem Plutarcha, przed nadaniem dziecku imienia, starszyzna decydowała o jego prawie do życia³. W przypadku uznania, że dziecko urodziło się słabe, niedołążne i będzie stanowiło obciążenie dla społeczności, można było bezkarnie wykonać decyzję starszyzny i zrzucić dziecko ze skały⁴. W starożytnych Atenach kultywowano obrzęd, zgodnie z którym obnoszono noworodka wokół ogniska rozsypując jęczmień, groch pszenicę oraz sól⁵ i nadawano mu imię (tzw. obrzęd *dekate*)⁶. Nadanie imienia stanowiło akceptację urodzenia⁷. W kultu-

² O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2004, s. 55. Jak zauważa M. Jońca „Platon radził, by «te gorsze dzieci» pozostawiać na pastwę losu w miejscach nikomu nieznanach. Arystoteles, delikatniejszy w przekazie, sugerował, że wychowywanie takiego potomstwa jest bezcelowe. Praktyczne rady sformułował w tej materii grecki lekarz Soranos z Efezu, autor dzieła „Gynekologia”: «dziecko położone na ziemi zaczyna natychmiast krzyczeć z odpowiednią energią, a to, które żyje jakiś czas, nie krzycząc, lub krzyczy ale słabo, wzbudza podejrzenie, że zachowuje się tak na skutek jakiejś wady. Liczy się również fakt, że jest doskonale we wszystkich swoich częściach, członkach i zmysłach. (...) Po cechach przeciwnych do wspomnianych rozpoznaje się noworodka niewartego wychowania»”, szerzej zob.: M. Jońca, „Żle urodzeni” a tradycja prawa rzymskiego, *Edukacja Prawnicza* 2015/2016, nr 2, tekst dostępny: <https://www.edukacjaprawnicza.pl/zle-urodzeni-a-tradycja-prawa-rzymskiego/> (dostęp z dnia 5 sierpnia 2021 r.).

³ R. Tokarczyk, *Prawa narodzin i śmierci*, Kraków 2000, s. 352. Pogląd ten był wielokrotnie w literaturze historycznej przywoływany „Spartia nie decydował sam o losach swego potomstwa – pisał Plutarch. – Zanosił dziecko do miejsca zwanego *lesche*, gdzie zasiadali najstarsi członkowie jego fyli, którzy przeprowadzali oględziny dziecka. Jeśli było ono dobrze zbudowane i silne, kazali ojcu je wychowywać, przydzielając zarazem jedną z dziewięciu tysięcy działek ziemi. Jeśli jednak było chuderlawe i niekształtne, odsyłali je do tak zwanych Apothetai, jamy w ziemi w pobliżu Tajgetu, wierząc, że zarówno dla dziecka, jak i dla polis, lepiej będzie, jeśli umrze skoro od samego początku nie miało zdrowia i siły” za: R. Kulesza, *Sparta w V–IV w p.n.e.*, 2003. Pogląd ten jest jednak w ostatnich latach kwestionowany przez naukowców, którzy przeprowadzili wykopaliska w okolicach Tajgetu tj. góry u stóp której położona była Sparta i nie znaleźli tam żadnych pozostałości zwłok dzieci. Zdaniem naukowców we wskazane miejsce wyrzucano zwłoki przestępców i zdrajców, a Plutarch zmyślił historię o zabójstwach noworodków w celu uatrakcyjnienia opowieści o surowych obyczajach Spartan. Szerzej zob.: I. Musiał, *Spartanie nie zabijali noworodków*, tekst dostępny pod adresem: <https://www.polskieradio.pl/23/266/Artykul/175709,Spartanie-nie-zabijali-noworodkow> (dostęp z dnia 7 sierpnia 2021 r.).

⁴ E. Borkowska-Bagieńska, B. Lesiński, *Historia prawa sądowego*, Poznań 1995, s. 66; V. Grudzień, *op. cit.*, s. 4.

⁵ Rytuał ten miał uchronić dziecko przed zawiścią i demonami i jednocześnie zjednać mu dobre duchy. Zob. A. Stelmach, *Życie religijne kobiet w Atenach okresu klasycznego*, tekst dostępny: <https://historia.org.pl/2011/06/18/zycie-religijne-kobiet-w-atenach-okresu-klasycznego/> (dostęp z dnia 7 sierpnia 2021 r.).

⁶ Symbolika nadawania imienia znana była powszechnie także w innych kulturach. W kulturze starogermańskiej nadanie imienia stanowiło symboliczny gest przyjęcia do wspólnoty plemiennej, zob. np. E. Borkowska-Bagieńska, B. Lesiński, *op. cit.*, s. 66.

⁷ A. Księżopolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 11; szerzej o zasadach wychowania w starożytnej Sparcie i Atenach

rze najdawniejszej akceptację noworodka, a tym samym jego prawa do życia, potwierdzano np. podniesieniem dziecka przez ojca albo pierwszym nakarmieniem przez matkę⁸.

W starożytnym Rzymie uśmiercanie dzieci było ściśle związane z faktem, iż dziecko stanowiło własność rodziców i to oni mieli pełne prawo do decydowania o jego życiu i śmierci (*ius vitae ac necis*)⁹. Wedle rzymskiego „Lex Duodecim Tabularum” z 451–449 p.n.e. i praw zapisanych w IV Tablicy poświęconej rodzinie „Dziecko, które urodzi się zniekształcone, ma zostać szybko zabite”¹⁰. Pozbawienie dziecka życia wymagało świadectwa złożonego przez pięciu obywateli, potwierdzającego, że urodziło się „potworkiem”. Dopiero wraz z nastaniem epoki cesarzy zniesiono prawo do rozporządzania życiem dziecka w ramach uprawnień rodziny.

W chrześcijaństwie pogląd na dzieciobójstwo uległ istotnej modyfikacji. Z czynu społecznie akceptowanego (niekiedy nawet oczekiwanego), u podłoża którego stało dobro grupy czy rodziny, stało się czynem kwalifikowanym jako ciężka zbrodnia. Dzieciobójstwo zaczęło być pojmowane jako atak wymierzony w prawo boskie, co wymuszało wprowadzenie surowych kar wobec sprawczyń takich zbrodni¹¹.

Cesarz Konstantyn w IV w. n.e. wprowadził karę śmierci za dzieciobójstwo. Tak surowe karanie znajdowało uzasadnienie w przekonaniu, zgodnie z którym zabicie dziecka przed jego ochrzczeniem pozbawia go możliwości zbawienia¹². Karę realizowano przez zakopanie żywcem lub wbicie na pal. Z czasem karę śmierci zaczęły wprowadzać także ustawodawstwa innych państw europejskich. Zaostrzenie polityki karnej wobec dzieciobójczyń pozostawało w ścisłej relacji z poglądami religijnymi, wedle których dusza ludzka pojawia się już z chwilą poczęcia¹³.

W „Constitutio Criminalis Carolina” z 1532 r. surowość kary za dzieciobójstwo uzależniona była od stopnia rozwoju płodu. Artykuł 131 niniejszego kodeksu przewidywał dla kobiety, która zabiła „umyślnie i złośliwie swoje dziecko” karę śmierci przez powieszenie lub wbicie żywcem na pal, a przed zakopaniem ciało dzieciobójczyni miało zostać rozdarte rozpalonymi

zob.: K. Zeman, *Ideale wychowawcze starożytnej Grecji wobec wyzwań współczesności*, Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej 2009, nr 3, s. 153–171.

⁸ E. Borkowska-Bagieńska, B. Lesiński, *op. cit.*, s. 66.

⁹ *Ibidem*, s. 66.

¹⁰ <https://www.imperiumromanum.edu.pl/ustroj/prawo-rzymskie/prawo-dwunastu-tablic/tresc-prawa-dwunastu-tablic/>, M. Zabłocka, J. Zabłocki, *Ustawa XII Tablic. Tekst-Tłumaczenie-Objaśnienia*, Warszawa 2003, s. 28–29.

¹¹ V. Grudzień, *op. cit.*, s. 6.

¹² M. Strona, F. Bolechała, *Medyczno-sądowe oraz prawne aspekty dzieciobójstwa z analizą wybranych przypadków badanych w Katedrze Medycyny Sądowej Collegium Medicum UJ w latach 1900–2010*, *Dziecko krzywdzone* 2010, nr 3, s. 79.

¹³ J. A. Bartoszewski, J. Halaunbrenner-Lisowska, *Dzieciobójstwo, aspekty prawne, medyczne i społeczne*, Warszawa 1974, s. 6.

szczypcami¹⁴. W przypadku, gdy matka twierdziła, że dziecko urodziło się martwe żądano dowodu ze świadków¹⁵. Wraz z przyjętymi regulacjami dostrzeżono rolę i znaczenie biegłych lekarzy i zaczęto korzystać z ich wiedzy i doświadczenia w sprawach niejednoznacznych, budzących wątpliwości¹⁶.

W 1765 r. Fryderyk Wielki – król Prus wydał edykt w sprawie dzieci nieślubnych, zatajenia ciąży oraz morderstw noworodków, wedle którego dzieciobójczynie należało karać przez ścięcie mieczem. Taką samą karę nałożono na kobiety, które doprowadziły do śmierci dziecka przez niezapewnienie odpowiednich warunków porodu¹⁷. Odpowiedzialność spoczywała na kobiecie nawet wtedy, gdy śmierć dziecka nie była zawiniona przez matkę¹⁸. Wedle niniejszej regulacji kobieta mogła uniknąć kary wyłącznie udowadniając, że uczyniła wszystko, aby zachować dziecko przy życiu np. wzywała pomocy. Poród utajony obciążony był karą 6 lat pozbawienia wolności¹⁹. Podobnie jak w Prusach, także w Austrii w kodeksie Ferdynanda i Leopolda przewidywano karę śmierci za dzieciobójstwo, z zastrzeżeniem jednak, że w przypadku dzieciobójczyni niepełnoletniej, która działała za namową swojej matki, możliwe było orzeczenie kary dożywotniego więzienia²⁰.

W innych rejonach świata np. w prawie toskańskim z 1786 r. dzieciobójstwo traktowano jak zbrodnię z premedytacją i karano dożywotnimi przymusowymi robotami. W państwach *common law* dzieciobójstwo nie zostało wyodrębnione w kodeksach karnych i wobec takich przypadków stosowano przepisy przewidziane dla zabójstwa. Podobnie, postrzegano dzieciobójstwo we francuskim kodeksie karnym z 1971 r. oraz w kodeksie karnym z 1810 r. W tym ostatnim dzieciobójstwo stanowiło typ kwalifikowany morderstwa (art. 300) i przewidywano za nie karę śmierci²¹.

¹⁴ Art. 131. Kobieta, która umyślnie, tajnie i według swej woli zabije swe dziecko, już żyjące i posiadające wykształcone członki, będzie zgodnie ze zwyczajem pogrzebana żywcem i przebita palem (...) za: J. Myszor, Prawo społeczne aspekty zabójstw dzieci narodzonych i aborcji na Śląsku w latach 1742–1914, Roczniki Nauk Prawnych 2014, nr 4, s. 111; A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 12; Z. Papierkowski, Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego, Lublin 1947, s. 17; B. Sygit, Historia prawa kryminalnego, Toruń 2007, s. 126–128.

¹⁵ K. Marzec-Holka, Dzieciobójstwo – przestępstwo uprzywilejowane czy zbrodnia, Bydgoszcz 2004, s. 12.

¹⁶ V. Grudzień, *op. cit.*, s. 6; zob. też: Z. Tomaszewska, J. Staśkiewicz, Sądowo-lekarska analiza dzieciobójstwa, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 1970, nr 2.

¹⁷ J. Myszor, *op. cit.*, s. 113.

¹⁸ M. Prusik, Dzieciobójstwo w aspekcie historycznym, prawnokarnym, społecznym oraz kryminologicznym, Kortowski Przegląd Prawniczy 2013, nr 1, s. 43; V. Grudzień, *op. cit.*, s. 14.

¹⁹ W. Dżułyński, Dzieciobójstwo w świetle postępowania sądowo-karnego w XVIII stuleciu, Pol. Tyg. Lek. 1948, t. 3, nr 6, s. 319.

²⁰ V. Grudzień, *op. cit.*, s. 14.

²¹ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 13.

Wraz z rozwojem cywilizacyjnym zaczęto dostrzegać potrzebę łagodniejszego traktowania sprawczyń dzieciobójstwa i budować ich odpowiedzialność o typ uprzywilejowany zabójstwa (np. kodeks karny bawarski z 1813 r.). Powoli w dyskursie prawniczym²² zaczęły pojawiać się głosy przemawiające za koniecznością dostosowania kary do okoliczności towarzyszących czynowi, uznając np.: „tylko w razie zabicia noworodka zdolnego do życia powinno się stosować wysoki wymiar kary, natomiast w sytuacji, gdy matka zabije swoje niezdolne do życia dziecko, ratując w ten sposób swoją cześć, wyrządza takim czynem mniejszą szkodę, a tym samym powinna podlegać łagodniejszej karze”²³.

W połowie XIX w. w kodeksach karnych państw europejskich dzieciobójstwo zaczęto penalizować w ramach tzw. *delictum privilegiatum*. Wraz z konstrukcją penalizacji szły zmiany karania sprawczyń dzieciobójstwa, wyraźnie zmniejszające sankcje²⁴.

Analiza historycznych tekstów źródłowych wskazuje na to, że w pierwszej połowie XX w. większość ustawodawstw europejskich ujmowała dzieciobójstwo w odrębny przepis penalizujący dzieciobójstwo²⁵ podmiotem tego przestępstwa ustanawiając matkę²⁶. W niektórych przypadkach doprecyzowywano ramy czasowe popełnienia dzieciobójstwa ograniczając je do np. „w czasie porodu i 8 dni po nim”, „w czasie porodu i 24 godziny po nim”, „przed wpisaniem (...) do ksiąg stanu cywilnego”, „w czasie porodu i do 3 dni po nim”, „do 48 godzin po porodzie”, „do czasu zapisania do ksiąg stanu cywilnego, nie dłużej niż w ciągu 5 dni od urodzenia”²⁷.

Także na ziemiach polskich dzieciobójstwo jako problem społeczno-prawny ewoluowało. Początkowo było zjawiskiem powszechnym tłumaczonym często chęcią utajenia relacji pozamałżeńskich czy sposobem na roz-

²² Stanowiska przedstawicieli środowiska prawniczego zob. W. Dzułyński, *op. cit.*, s. 319 i nast.

²³ V. Grudzień, *op. cit.*, s. 14.

²⁴ *Ibidem*, s. 17.

²⁵ Np.: Francuski kodeks karny z 1810 r. (art. 300, art. 302), włoski kodeks karny z 1928 r. (art. 524), niemiecki kodeks karny z 1971 (§ 217), węgierski kodeks karny z 1878 (§ 284), szwajcarski kodeks karny z 1937 (art. 116), za: Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 31.

²⁶ Np.: szwajcarski kodeks karny z 1937, łotewski kodeks karny z 1932, węgierski kodeks karny z 1878, niemiecki kodeks karny z 1871, rosyjski kodeks karny z 1903) i in. za: Z. Papierkowski, *op. cit.*, s. 32.

²⁷ *Ibidem*, s. 17.

²⁷ Prawo magdeburskie mimo surowości przewidywało możliwość odstąpienia od wymierzenia kary śmierci. Dotyczyło to m.in.: kobiet w ciąży, szaleńców „którzy nie wiedzą co czynią, albowiem na swym szaleństwie dosyć karania mają”, osoby, które popełniły przestępstwo w chwili przebudzenia: „który się porywa ze snu, podobny szalonemu albo wielce pijanemu”, a także sprawcy poniżej czternastego roku życia. Całkowicie uwalniano od kary sprawców śmierci noworodków „na kształt jakiej bestyjek”, czyli z widocznymi wadami rozwojowymi, tzw. potworkowością. J. Kracik, M. Rożek, Hultaje, złoczyńcy, wszetecznicze w dawnym Krakowie, Kraków 2010, s. 48; V. Grudzień, *op. cit.*, Katowice 2012, s. 10.

wiązanie problemów związanych z odpłatnym świadczeniem usług seksualnych. Do XIII w. wobec dzieciobójczyń stosowano najczęściej karę śmierci, często połączoną z torturami. Od XIII w. na ziemiach zachodnich zaczęło obowiązywać niemieckie prawo saskie i magdeburskie²⁸, a źródłem pisany był Zwierciadło saskie. Zastosowanie na ziemiach polskich miał też kodeks „Constitutio Criminalis Carolina” oraz jego przetłumaczona i opatrzona komentarzem wersja z 1559 r. autorstwa Bartłomieja Groickiego. Wedle art. 8 niniejszego kodeksu²⁹ dzieciobójczynię należało poddać oględzinom, a następnie wezwać „stare i doświadczone” baby, których zeznania przesądzały o winie lub niewinności oskarżonej. Przewidzianą za dzieciobójstwo karą było utopienie w worku wypełnionym zwierzętami³⁰, które symbolizowały „brzydotę czynu”, którego dopuściła się dzieciobójczyni³¹. Dziełami Groickiego, czyli rozprawą „Artykuły prawa magdeburskiego”, które zowią „Speculum Saxonum” oraz rozprawą „Porządek sądów i spraw miejskich prawa magdeburskiego” posługiwano się w sądach do końca XVIII w.³²

W XVI i XVII w. do najpowszechniejszych kar stosowanych wobec dzieciobójczyń należało zakopanie żywcem (najczęściej stosowane w Wielkopolsce), ścięcie (Mazowsze), przebicie palem lub utopienie w worku (Śląsk)³³. Tak surowe formy karania dzieciobójczyń były powszechne na ziemiach polskich, aż do okresu rozbiorów. Wraz z przejmowaniem rozwiązań karnoprawnych państw zaborczych sposób postrzegania i karania dzieciobójstwa zaczął łagodnieć³⁴. Kodeksy państw zaborczych traktowały dzieciobójstwo jako uprzywilejowany typ zabójstwa. Kodeks karny rosyjski z 1903 r. przewidywał karę więzienia od roku do lat sześciu. W kodeksie karnym austriackim kara była uzależniona od tego czy dziecko pochodziło z małżeństwa czy było nieślubne. Za zabójstwo dziecka ślubnego groziła kara pozbawienia wolności od pięciu lat do dożywocia, a za zabójstwo dziecka nieślubnego od 5 do 20 lat pozbawienia wolności. W przypadku śmierci dziecka będącej następstwem umyślnego zaniechania udzielenia mu

²⁹ Art. 8 – tekst dostępny pod adresem <https://www.sbc.org.pl/dlibra/publication/12157/edition/60332/content> (dostęp z dnia 4 sierpnia 2021).

³⁰ Pies, kot, jaszczurka, małpa.

³¹ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 16–17.

³² Wedle „Postępek sądów około karania na gardle” (autorstwa B. Groickiego) dzieciobójczynie należy karać: „Białogłowa jeśliby która plód swój, który już żywy był a członki na nim było rozeznąć, zabiła (...) może być utopiona. Ale gdyby takowy okrutny uczynek w której ziemi albo mieście przydarzył się często, dla większego strachu i przykładu drugim złym białogłowom mają być według wyżej opisanego obyczaju kary albo takowa białogłowa, pierwiej niżliby ją utopiono, ma być w ogniu rozpalonymi kleszczami targana, według nauki a rady ludzi w prawie biegłych.” za: Sz. Wrzesiński, *Kat w dawnej Polsce, na Śląsku i Pomorzu*, Wydawnictwo Replika, 2010, s. 160–161; zob. też: V. Grudzień, *op. cit.*, s. 11.

³³ M. Prusik, *op. cit.*, s. 44.

³⁴ Niemiecki kodeks karny z 1871, rosyjski kodeks karny tzw. kodeks Tagancewa z 1903 oraz austriacki kodeks karny z 1852 r.

pomocy groziła kara pozbawienia wolności od lat 5 do lat 10. Kodeks karny niemiecki z 1871 r. za dzieciobójstwo przewidywał ciężkie więzienie od 3 do 15 lat, a przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących od lat 2 do 15³⁵.

Pierwszym polskim kodeksem karnym był Kodeks Karzący dla Królestwa Polskiego z 1818 r.³⁶ W niniejszym akcie, który liczył 588 artykułów, wyodrębniono m.in. przestępstwo dzieciobójstwa, chociaż zarówno samo wyodrębnienie, jak i sposób w jaki to uczyniono, budził silne emocje wśród posłów³⁷. Zdaniem posła Czajewskiego „kobieta która porzuciła dziecko w warunkach powodujących jego śmierć, poniosła karę jako dzieciobójczyni, porzucenie bowiem w niebezpiecznych warunkach jest równoznaczne z zabójstwem”³⁸. Poseł Przyłuski twierdził, że dzieciobójstwo popełnione na dziecku małżeńskim jest rzadkością i uzasadnione jest całkowite pominięcie tego rodzaju przypadków w kodeksie karnym. Natomiast poseł Obniski i Potocki brali w obronę dzieciobójczynie dzieci nieślubnych twierdząc, że surowsze karanie takich kobiet w stosunku do dzieciobójczyń dzieci urodzonych w małżeństwie jest niewłaściwe z uwagi na brak jakiegokolwiek pomocy ze strony państwa w zakresie wychowania i utrzymania nieślubnych dzieci³⁹. W następstwie burzliwej dyskusji, ostatecznie dzieciobójstwo zostało uregulowane w art. 122 „Matka, która dziecko swoje przy porodzie umyślnie zabija, albo rozmyślnie przy porodzie umrzeć mu dopuści, jeżeli dziecko z prawego łoża spłodzonem było, więzieniem warownem na całe życie ukaraną zostanie, jeżeli zaś dziecko z nieprawego łoża było, matka zabijająca one karę więzienia warownego od lat 10 do 20; zarządzająca zaś śmierć dziecku przez umyślnie opuszczenie i pozbawienie potrzebnej pomocy, karę więzienia ciężkiego od lat 3 do 10 poniesie”⁴⁰. Dnia 1 stycznia 1847 r. decyzją cara wprowadzono dla Królestwa Polskiego Kodeks Kar Głównych i Poprawczych⁴¹, który stanowił skróconą wersję rosyjskiego Ułożenia o Nakazach Ugołownych i Isprawieliwnych⁴².

³⁵ A. Książę polska-Breś, *op. cit.*, s. 16–17, 21.

³⁶ J. Makarewicz, *Przestępstwa przeciwko rodzinie w Kodeksie Karzącym Królestwa Polskiego z 1818 r. i Kodeksie Kar Głównych i Poprawczych z 1847 r.*, Teka Kom.Praw.–OL PAN 2008, s. 112–130.

³⁷ J. Śliwowski, *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958, s. 231–232; J. Markiewicz, *Przestępstwa przeciwko rodzinie w Kodeksie Karzącym Królestwa Polskiego z 1818 r. i Kodeksie Kar Głównych i Poprawczych z 1847*, Teka Kom. Praw.–OL PAN, 2008, s. 114–115.

³⁸ Cyt. za: J. Śliwowski, *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958, s. 231–232.

³⁹ *Ibidem*, s. 232.

⁴⁰ *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego*, Warszawa 1830, s. 28.

⁴¹ Zob. J. Markiewicz, *op. cit.*, 2008.

⁴² K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, wyd. VIII, Warszawa 2000, s. 308, za: J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 112–130.

Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości pojawiła się pilna potrzeba stworzenia jednolitego systemu prawa, w tym prawa karnego, który by obowiązywał na terenie całego państwa. W rezultacie kilkuletnich prac legislacyjnych dnia 11 lipca 1932 r. uchwalony został Kodeks karny⁴³. Podobnie, jak miało to miejsce podczas tworzenia kodeksu z 1818 r., także i w tym przypadku kształt penalizacji dzieciobójstwa poprzedzony został burzliwą debatą. Podczas prac kodyfikacyjnych, Komisja opiniodawcza polskiego Towarzystwa Ustawodawstwa Kryminalnego zaproponowała przestępstwo dzieciobójstwa w treści „Matka, która zabija swe dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, względnie niedługo po nim, o ile znajdowała się jeszcze pod wpływem warunków wytworzonych przez fakt urodzenia dziecka, ulega karze więzienia do lat 5”⁴⁴. W uzasadnieniu do projektu Komisja stwierdziła, że „o uprzywilejowaniu dzieciobójstwa stanowią konsekwencje społeczne porodu dla rodzącej, a więc zachowanie pozorów czci niewieściej, jak też dążenie przez dzieciobójczynię do uniknięcia hańby, jaka według poglądów społecznych spadałaby na nią, gdyby nielegalny poród został ujawniony”⁴⁵. Kolejny projekt zgłoszony przez Makowskiego w 1926 r. nie przewidywał konieczności zaistnienia związku przyczynowego między pozbawieniem dziecka życia, a stanem psychicznym kobiety. Projekt zgłoszony przez Makowskiego zakładał „Matka, która zabija dziecko podczas porodu lub bezpośrednio po jego urodzeniu, podlega karze więzienia od roku do pięciu lat.” Natomiast późniejszy projekt Makarewicza przewidywał zarówno znamię „podczas porodu” jak również „pod wpływem jego przebiegu”⁴⁶. W następstwie prac legislacyjnych przestępstwo dzieciobójstwa zostało uregulowane w kodeksie karnym z 1932 roku w art. 226 w brzmieniu: „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze więzienia do 5 lat”⁴⁷.

Prace nad kolejnym kodeksem karnym, poprzedziły liczne projekty, w tym m.in. projekt z 1956 r., który nie przewidywał już odrębnej regulacji dla przestępstwa dzieciobójstwa jako uprzywilejowanego typu zabójstwa. Kolejny projekt z 1966 r. postulował, aby przestępstwo dzieciobójstwa zostało uregulowane w kodeksie karnym w brzmieniu „Matka, która zabija swe dziecko w okresie porodu, bądź pod wpływem jego przebiegu, bądź pod wpływem szczególnie trudnych warunków osobistych, podlega karze pozbawienia

⁴³ Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

⁴⁴ M. Szepier, Okres porodu w art. 226 k.k., GSW 1934, nr 4, s. 51, za: A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 19–20.

⁴⁵ K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 15.

⁴⁶ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 22, zob. też.: W. Grzywo-Dąbrowski, Dzieciobójstwo z punktu widzenia prawnego i sądowo-lekarskiego, DAiPP 1927, nr 6.

⁴⁷ Dz. U. Nr 60, poz. 571.

wolności od roku do lat dziesięciu”⁴⁸. Kolejny projekt (1968 r.) już nie przewidywał dzieciobójstwa jako odrębnego przestępstwa⁴⁹. W ostatecznym kształcie, na mocy kodeksu karnego z 19 kwietnia 1969 r.⁵⁰ w art. 149 przyjęto, że „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do lat pięciu”⁵¹.

W projekcie kodeksu karnego z 1990 r. przestępstwo dzieciobójstwa uregulowane zostało w art. 126 w brzmieniu „§ 1 Matka, która w okresie porodu zabija dziecko pod wpływem silnego przeżycia związanego z przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub ze szczególnie trudną sytuacją osobistą, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. § 2 Tej samej karze podlega matka, która spędza swój płód zdolny do samodzielnego życia poza jej organizmem, lub do tego nakłania albo przy jego spędzeniu w inny sposób współdziała”⁵². Projekt ten został następnie zastąpiony projektem z 1991 r., w którym słowo „dziecko” zastąpione zostało słowem „noworodek”, a z treści przepisu usunięto znamię „w okresie porodu”⁵³. W 1994 r. Komisja ds. Reformy Prawa Karnego przedstawiła projekt nowego kodeksu „Matka, która zabija noworodka pod wpływem silnego przeżycia związanego z przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub ze szczególnie trudną sytuacją osobistą podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.” Dnia 6 czerwca 1997 r. uchwalono kodeks karny⁵⁴ z art. 149 w wersji zgłoszonej przez Komisję ds. Reformy Prawa Karnego w 1994 r.⁵⁵

Wkrótce po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r. zaczęły pojawiać się ze strony przedstawicieli środowisk prawniczych i medycznych głosy krytyki pod adresem przyjętego sposobu regulacji przestępstwa dzieciobójstwa. Podnoszono m.in. zarzuty niejasności interpretacyjnej słowa „noworodek”, „znaczne zniekształcenie” czy „szczególnie trudna sytuacja osobista”. W następstwie pojawiających się słów krytyki, dnia 8 lipca 1999 r. na mocy usta-

⁴⁸ M. Tarnawski, Zabójstwa uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego, Poznań 1981, s. 13, M. Tarnawski, Dzieciobójstwo w polskim kodeksie karnym, RPEiS 1972, nr 4, A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 24–25.

⁴⁹ M. Tarnawski, Zabójstwa..., s. 13, M. Tarnawski, Dzieciobójstwo..., s. 24–25.

⁴⁹ Dz. U. Nr 13, poz. 94. Jednocześnie należy zauważyć, że Uzasadnieniem do k.k. z 1969 r. s. 137–138, iż kształt przepisu podyktowany był przekonaniem, wedle którego traktowanie dzieciobójstwa jako zabójstwa zwykłego byłoby sprzeczne ze społecznym poczuciem sprawiedliwości.

⁴⁹ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

⁵² Projekt kodeksu karnego Komisja ds. Reformy Prawa Karnego (listopad 1990 r.), Warszawa 1990, s. 40.

⁵³ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 25.

⁵⁴ Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553.

⁵⁵ B. Świątek, Prawo medyczne. Dzieciobójstwo, Katedra Medycyny Sądowej, Zakład Prawa Medycznego, s. 6–12, za: K. Witczak-Błoszyk, Dzieciobójstwo – niewinna ofiara, uprzywilejowany sprawca – przegląd piśmiennictwa, Poznań, s. 5–6 (http://www.pomost.net.pl/tom_21/Witczak_Bloszyk.pdf dostęp z dnia 8 października 2020 r.).

wy o zmianie ustawy kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, znowelizowano treść art. 149 nadając mu do dzisiaj obowiązujące brzmienie „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”⁵⁶.

2. „Wpływ przebiegu porodu” – ewolucja poglądów

Przesłanka „wpływu przebiegu porodu”, jak wynika z powyższych rozważań historycznych pojawiła się w polskich kodeksach karnych wraz z art. 226 k.k. z 1932 r., Chociaż od samego początku sposób jej regulacji budził dyskusję w środowisku prawniczym i medycznym⁵⁷. Podstawą uprzywilejowania ustawodawca bowiem uczynił szczególny stan psychiczny kobiety rodzącej, w jakim, zdaniem ustawodawcy, pozostaje rodząca w okresie porodu na skutek oddziaływania jego przebiegu⁵⁸. Szczególny, kryminogeny wpływ przebiegu porodu na kobietę rodzącą prowadzący do zabicia dziecka wywodził się z przekonania, wedle którego „(...) już sama czynność porodowa, bóle przez nią wywołane, wreszcie świadomość odbywającego się porodu wyprowadzają kobietę rodzącą z zwykłej równowagi umysłowej, tem samem czynią ją do pewnego stopnia mniej odpowiedzialną za czyny w tymże czasie podjęte”⁵⁹.

Oparcie uprzywilejowania dzieciobójstwa o przesłankę „wpływu przebiegu porodu” budziło opór w środowisku prawniczym i medycznym. Wielokrotnie w literaturze przedmiotu pojawiały się głosy kwestionujące kryminogeny wpływ porodu prowadzący *de facto* do wyzwolenia w kobiecie rodzącej chęci i potrzeby agresywnych zachowań względem jej rodzącego się dziecka.

Wydaje się jednak, że przyjęcie związku przyczynowego między uprzywilejowaniem dzieciobójstwa, a zaburzeniami psychicznymi towarzyszącymi porodowi mogły być świadomym działaniem ustawodawcy, a ich cel mógł być inny aniżeli głębokie przekonanie o kryminogenym wpływie porodu na rodzącą⁶⁰. Dla pełnego zrozumienia motywów działania ustawodawcy niezbędne może się okazać rozszerzenie perspektywy także o sferę społeczno-ekonomiczną towarzyszącą uchwalaniu kodeksu karnego z 1932 r. Z całą pewnością był to okres problemów, gospodarczych i społecznych. Polska dopiero odbudowywała swój potencjał gospodarczy i społeczny. Pod koniec lat 20. XX w. rozwarstwienie społecznie było bardzo wysokie. Aż 80% ludności dysponowało dochodem niższym niż średnia krajowa, a kryzys gospodarczy

⁵⁶ Dz. U. Nr 64, poz. 729.

⁵⁷ Zob. A. Gałęska-Śliwka, Dzieciobójstwo. Analiza karno-medyczna, Toruń 2011.

⁵⁸ M. Dziecielski, Wpływ przebiegu porodu jako ustawowe znamię dzieciobójstwa, RPEiS 1980, nr 2.

⁵⁹ L. Wachholz, Podręcznik medycyny sądowej, Kraków 1899, s. 529.

⁶⁰ Por. K. Sekuła, O zbędności jednego z typów uprzywilejowanych zabójstwa – dzieciobójstwo w polskich kodeksach karnych, Państwo i Społeczeństwo 2014, nr 4, s. 17.

jaki nastąpił wraz z krachem na nowojorskiej giełdzie rozlał się na wszystkie gałęzie gospodarki. W 1933 r. dochód narodowy spadł o 25% w stosunku do roku 1929⁶¹. Trudy ekonomiczne, deficyty socjalne z całą pewnością nie świadczyły o potęgze rodzącego się niepodległego państwa polskiego⁶². Jak zauważa K. Daszkiewicz „niełatwo było sformułować i wprowadzić do kodeksu przepis, który obnażyłby warunki ekonomiczne i obskurantyzm, znajdujący się u podstaw dzieciobójstwa”⁶³. Swego rodzaju niestosownością, byłoby więc wprowadzenie do kodeksu karnego uprzywilejowania dzieciobójstwa z uwagi na trudną sytuację ekonomiczną czy społeczną matki. Wydaje się więc, że dążenie do zbudowania związku przyczynowego między zabójstwem dziecka w okresie porodu, a szczególnym stanem psychicznym towarzyszącym temu porodowi było rozwiązaniem kompromisowym pozwalającym na łagodniejsze karanie dzieciobójczyń przy jednoczesnym powstrzymaniu się od obnażania deficytów państwa⁶⁴. W rezultacie przyjętych rozwiązań „starsi autorzy (...) widząc pojedyncze przypadki zaburzeń świadomości podczas porodów, zrobili z tego omalże zasadę, gdy w rzeczywistości rzecz przedstawia się odwrotnie”⁶⁵. W 1924 r. w Zarysie Medycyny Sądowej W. Grzywo-Dąbrowski twierdził, że „(...) nawet zupełnie normalny poród w większości przypadków jest silnym wstrząsem fizycznym i nerwowym, ponieważ połączony jest zazwyczaj z wielkimi bólami i z innymi, gwałtownie po porodzie występującymi zmianami w organizmie. Kobieta rodząca nie jest w stanie pełnej równowagi nerwowej, chociażby dlatego, że silny ból fizyczny wpływa ujemnie na przejawy życia psychicznego”⁶⁶. Zdaniem S. Pławskiego, poród „stwarza fizjologiczne zaburzenia psychiczne u każdej normalnej kobiety (...) odbija się na jakości rozumowania i na jakości powzięcia takiej lub innej decyzji”⁶⁷.

Wkrótce po wejściu w życie kodeksu karnego z 1932 r. rozgorzała jednak debata nad faktycznym wpływem przebiegu porodu na psychikę rodzącej. Zaczęto kwestionować wcześniejsze głosy doktryny oraz w konsekwencji przyjęty w art. 226 k.k. sposób regulacji domagając się ujawnienia rzeczywistych motywów działania dzieciobójczyń. Szczególnie dobitnie podkreślano znaczenie przesłanek materialnych i społecznych. W następstwie prowa-

⁶¹ Szczegółowy opis sytuacji gospodarczej i społecznej zawarty został w materiałach Muzeum Piłsudskiego. Materiał dostępny na stronie: <https://muzeumpilsudski.pl/wp-content/uploads/2019/12/Zakrzewski-Zakrzewska-Kryzys-i-modernizacja.pdf> (dostęp z dnia 30 lipca 2021 r.).

⁶² M. Dziecielski, *op. cit.*

⁶³ K. Daszkiewicz, Zabójstwo dziecka w okresie porodu, NP. 1976, nr 9, s. 1228.

⁶⁴ M. Dziecielski, *op. cit.*

⁶⁵ W. Grzywo-Dąbrowski, Dzieciobójstwo..., s. 25 za: M. Dziecielski, *op. cit.*

⁶⁶ W. Grzywo-Dąbrowski, Zarys Medycyny Sądowej, Lwów-Warszawa 1924, s. 164.

⁶⁷ S. Pławski, Przestępstwa przeciwko życiu, Warszawa 1963, s. 176.

dzonych dyskusji wyodrębnić można trzy różne stanowiska⁶⁸ wskazujące na przyczyny leżące u podstaw dzieciobójstwa tj. 1. Stanowisko wedle, którego przesłanką uprzywilejowania są wyłącznie czynniki związane z procesem porodu⁶⁹; 2. Przesłanką uprzywilejowania powinny być względy materialno-społeczne⁷⁰ i 3. Pogląd stanowiący kompilację wcześniejszych, wedle którego podstawy uprzywilejowania należy szukać w przebiegu porodu oraz jego wpływu na psychikę rodzącej kobiety, jak i z uwagi na oddziaływanie czynników społecznych⁷¹.

W rezultacie trudnych do pogodzenia głosów doktryny orzecznictwo stało przed wyborem, czy w przypadku braku możliwości wykazania relacji między wpływem przebiegu porodu na rodzącą a zabiciem dziecka skazać dzieciobójczynię za zabójstwo, czy też rozszerzyć interpretacyjnie przesłankę uprzywilejowania „pod wpływem przebiegu porodu” i zawrzeć w niej także np. obawę przed hańbą, brak możliwości utrzymania dziecka. W rezultacie problemów interpretacyjnych, w orzeczeniu z dnia 11 września 1957 r. Sąd Najwyższy nienormalny stan psychiczny kobiety w okresie porodu uznał za domniemany⁷² stwierdzając tym samym, że każdy poród obciążony jest „nienormalnością” stanu psychicznego rodzącej. W 1960 r. Sąd Najwyższy poszedł dalej stwierdzając, że „przez przebieg porodu rozumieć należy całość okoliczności psychofizycznych towarzyszących porodowi”⁷³, a w roku 1966 wyliczył czynniki, nie tylko związane z samym porodem, ale też związane z sytuacją majątkową i społeczną matki, które jego zdaniem wpływają na stan psychiczny kobiety rodzącej i w związku z tym wchodzi w zakres „wpływu przebiegu porodu”. Zdaniem sądu „błędny jest pogląd, jakoby na szczególny stan psychiczny kobiety rodzącej dziecko wpływały wyłącznie cierpienia fizyczne związane z porodem. Jest to, co prawda czynnik główny, który wywiera wpływ na stan psychiczny kobiety rodzącej, lecz nie wyłączny ani jedyny. Na stan psychiczny kobiety rodzącej wywierają również wpływ inne czynniki, które wraz z przebiegiem porodu w znaczeniu fizjologicznym wywołują u niej szczególny stan psychiczny (...). Mogą być to też czynniki związane z sytuacją społeczną i materialną rodzącej”⁷⁴. Podobne stanowisko

⁶⁸ Odosobniony pogląd reprezentuje H. Wolińska wedle której u podłoża dzieciobójstwa leżą wyłącznie względy społeczne, zob. H. Wolińska, Jeszcze na temat dzieciobójstwa, PiP 1967, nr 12, s. 1025.

⁶⁹ M. Tarnawski, Dzieciobójstwo..., s. 44.

⁷⁰ A. Gubiński, Ochrona życia w projekcie kodeksu karnego, Palestra 1962, nr 12, s. 40.

⁷¹ G. Rejman, Glosa do wyroku SN z dnia 6 kwietnia 1963 r., sygn. IV K 678/61, OSPiKA 1964, nr 5, s. 232.

⁷² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 1957 r., sygn. II K 783/56, RPEiS 1958, nr 3, s. 344.

⁷³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1960 r., sygn. III K 787/60, PiP 1962, nr 7, s. 199.

⁷⁴ Wyrok SN z dnia 2 czerwca 1966 r., sygn. III KR 41/67, NP. 1968, nr 6.

przyjął SN w orzeczeniu z dnia 11 czerwca 1974 r. wskazując na to, że wpływ przebiegu porodu należący do znamion przestępstwa z art. 149 k.k. odnosi się do zespołu czynników psychofizycznych i społecznych, ściśle związanych zarówno z samym aktem porodu jak i sytuacją życiową matki, które wpłynęły w konkretnym przypadku na jej decyzję zabicia własnego dziecka⁷⁵.

Zarówno przyjmowanie kryminogennego wpływu przebiegu porodu, jak i rozszerzanie interpretacji „wpływu przebiegu porodu” o czynniki pozamedyczne budziło opór części przedstawicieli środowisk medycznych i prawniczych⁷⁶.

Zdaniem K. Daszkiewicz przesłanka wpływu porodu jest kontrowersyjna, a konstrukcja dzieciobójstwa od początku była obciążona błędną przesłanką „(...) Ta przesłanka jest (...) fałszywa. Rodzenie dziecka jest procesem fizjologicznym i wcale nie jest to prawdą, że matki znajdują się w tym okresie w szczególnej, kryminogennej sytuacji, która prowadzi je do zabójstw własnych dzieci (...). Prowadzą do nich zgoła inne przyczyny, ściśle związane z sytuacją ekonomiczną, rodzinną, osobistą”⁷⁷. Podobny pogląd upowszechnia J. Brzezińska, wedle której „teza o kryminogennym wpływie porodu na rodzącą kobietę nie znalazła dotychczas potwierdzenia w badaniach empirycznych, a przejawy patologicznych zachowań matek, niezgodnych z normą psychiczną, mają charakter incydentalny”⁷⁸. Podobne stanowisko za-

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r., sygn. IV KR 89/74; OSPiKA 1975, nr 6; *legalis* nr 18085.

⁷⁶ Szerzej zob.: J. Sawicki, Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym, (w:) G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 342; R. Dreszer, *Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników*, Warszawa 1964, s. 77; M. Tarnawski, *Dzieciobójstwo...*, s. 60.

⁷⁷ K. Daszkiewicz, O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.), *Palestra* 1998, nr 5–6, s. 485–486, 33–44. W tym samym tonie Autorka wypowiada się także w np.: K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000, s. 214–215; K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, *Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczno-sądowe*, PiP 1968, nr 2, s. 242. Innego zdania jest V. Konarskiej-Wrzosek negacja statusu porodu jako kryminogennego czynnika jest błędna bowiem koncentruje przebieg aktu porodu jedynie na postępie akcji porodowej (np. utrata krwi, ból), pomijając przeżycia psychiczne rodzącej. Zdaniem Autorki „(...) całościowy sposób patrzenia na przebieg porodu jest konieczny, gdy się rozpatruje nie jakiś abstrakcyjny poród, lecz przebieg porodu w jednostkowym przypadku. Wówczas zauważyć można, że przebieg porodu to nie tylko kolejne etapy rodzenia dziecka i związane z nim określone zmiany somatyczne ustroju kobiety rodzącej, gdyż to tylko odzwierciedla przebieg zjawisk fizycznych mających miejsce w czasie porodu, ale ponadto szereg wzmożonych procesów psychicznych, które w tym niecodziennym wydarzeniu, jakim jest poród, odgrywają niezmiernie ważną rolę. (...) W sytuacji urodzenia się dziecka niepożądanego, przy jednoczesnym występowaniu niekorzystnych warunków socjalnych, obawy matki będą się wiązać z szeroko rozumianą troską o przyszłość własną i dziecka”. V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny*, 2016, s. 917–918; K. Daszkiewicz, O dzieciobójstwie..., s. 33–44.

⁷⁸ J. Brzezińska swoje stanowisko wyrażone w: J. Brzezińska, *Uwagi o przestępstwie uprzywilejowanym z perspektywy dzieciobójstwa*, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*,

jął W. Grzywo-Dąbrowski zwracając uwagę na to, że „Normalnie odbywające się czynności porodowe u kobiety normalnej pod względem psychicznym nie powodują tego rodzaju zmian i zaburzeń psychicznych, które by mogły wywołać stan zamroczenia uniemożliwiający jej rozumienie istoty popełnianych czynów względnie kierowanie swymi czynami (...). Wpływ na stan psychiczny rodzącej mogą wyrzucić czynniki nie fizyczne (ból, itp.), lecz wpływy moralne i psychiczne. W tych razach wchodzi w grę przede wszystkim warunki, w jakich znajduje się rodząca, bez względu na to, czy jest to poród ślubny, czy nie. W najgorszej pod tym względem sytuacji znajduje się kobieta rodząca tajemnie. Tu jak wiemy wchodzi w grę czynniki psychologiczne, społeczne i ekonomiczne. Kobieta taka zataja ciążę i poród, gdyż boi się, że w razie jego ujawnienia straci zarobek, wpadnie w nędzę, będzie pogardzana, upadnie w oczach otoczenia itp. Gdyż nieślubna ciąża, a szczególnie nieślubny poród, są na ogół traktowane surowo przez społeczeństwo. Nieraz dołączają się myśli o losie nieślubnego dziecka – matka na ogół wie, że tego rodzaju dzieci są pariasami w społeczeństwie, winni bez winy i jakby się litując nad przyszłym losem dziecka, czasami pozbawia go życia. Ten czynnik jednak raczej mniejszą odgrywa rolę; przeważnie wchodzi w grę egoistyczne, lecz nie mniej potężne czynniki interesu osobistego, które doprowadzają do zbrodni”⁷⁹.

Problemy interpretacyjne na tle przesłanki „wpływu przebiegu porodu” dostrzegał także sam ustawodawca, co wyraźnie zostało zaakcentowane w uzasadnieniu projektu kodeksu karnego z 1991 r., w którym to uzasadnieniu ustawodawca stwierdził jednoznacznie „Dzieciobójstwo było w k.k. z 1969 r. typem zabójstwa, którego uprzywilejowanie zależało od dwóch okoliczności tj. wpływu porodu oraz okresu porodu. Sądy z reguły nie ustalały przesłanki wpływu porodu, ograniczając się do ustalenia okresu porodu, mimo że wskazuje ona na podstawę uprzywilejowania, tj. zmniejszoną winę, co – z natury rzeczy musi być związane z porodem. Ale nie okres porodu decyduje o zmniejszonej winie. Aby tej wadliwej praktyce postawić tamę pozostawiono znamię okresu porodu, lecz czy wyeksponowano silne przeżycie rodzącej. Określono też przesłanki, które mogą takie przeżycie wywołać tj. przebieg po-

t. XXIX, 2013, Wrocław opiera o: B. M u l e r, K. W a l c h e r, Gerichtliche und soziale Medizin, München–Berlin 1944, s. 243; J. H a l a u n b r e n n e r - L i s o w s k a, Dzieciobójstwo (aspekty prawne, medyczne i społeczne), Warszawa 1971, s. 75–76.

⁷⁹ W. Grzywo-Dąbrowski, Dzieciobójstwo..., s. 17–18, cyt. za: K. K. Borkowska, Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym, Warszawa 2020, s. 227. Zauważyć należy pewną ewolucję poglądów W. Grzywo-Dąbrowskiego na tle stanu psychicznego kobiety rodzącej i związku pomiędzy owym stanem psychicznym, a pozbawieniem życia dziecka. W 1924 r. w Zarysie Medycyny Sądowej twierdził, że „(...) nawet zupełnie normalny poród w większości przypadków jest silnym wstrząsem fizycznym i nerwowym, ponieważ połączony jest zazwyczaj z wielkimi bólami i z innymi, gwałtownie po porodzie występującymi zmianami w organizmie. Kobieta rodząca nie jest w stanie zupełnej równowagi nerwowej, chociażby dlatego, że silny ból fizyczny wpływa ujemnie na przejawy życia psychicznego”. W. Grzywo-Dąbrowski, Zarys..., s. 164.

rodu, którego kryminogennej roli nie da się wykluczyć, znaczne zniekształcenie noworodka oraz uleganie naciskom sytuacji społecznej związanej z przeżytkami świadomości społecznej w niektórych kręgach społecznych”⁸⁰.

Wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r. oficjalnie podstawą uprzywilejowania stały się już nie tylko czynniki endogenne (ściśle związane z przebiegiem porodu – np. znaczna utrata krwi, poważne obrażenia dróg rodnych itp.), ale także czynniki egzogenne (niezwiązane z przebiegiem porodu – zniekształcenie noworodka, naciski społeczne, lęk przed społecznym odrzuceniem itp.) uznając je za impuls oddziałujący na kobietę podczas ciąży.

Krótko po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r. ustawodawca dostrzegł brak konsekwencji i logiki w ochronie życia ludzkiego na tle art. 149 k.k.⁸¹ Uznano, że usunięte znamię czasowe „w okresie porodu” przy jednoczesnym zastąpieniu słowa „dziecko” słowem „noworodek” *de facto*, wbrew woli ustawodawcy, poszerza ramy czasowe dzieciobójstwa. Ponadto, jednym ze znamion określonym w art. 149 k.k. był związek przyczynowy występujący między stanem psychiki matki, a wpływem jaki wywarło na nią silne przeżycie związane z: przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub szczególnie trudną sytuacją osobistą matki. Użycie „lub” przy wskazaniu tych okoliczności świadczy o, jak się wydaje, niezamierzonej woli ustawodawcy, prowadzącej do zakwalifikowania czynu z art. 149 k.k. w sytuacji zaistnienia tylko jednej z przesłanek. W rezultacie art. 149 k.k. został znowelizowany⁸² i do dnia dzisiejszego obowiązuje w treści „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu, pod wpływem jego przebiegu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”⁸³.

Zmiany w treści przepisu art. 149 k.k. nie uciszyły głosów krytyków. Dokonana nowelizacja nie rozwiązała bowiem wcześniejszych problemów. W sensie interpretacyjnym „wpływu przebiegu porodu” wróciliśmy bowiem do znanego sporu przebiegającego na linii prawa do interpretowania „wpływu przebiegu porodu” wyłącznie w oparciu o czynniki endogenne czy dopuszczenia do rozszerzenia owego wpływu, także o czynniki egzogenne.

Część przedstawicieli doktryny i judykatury wyraźnie podkreślało, że „Istota uprzywilejowanego zabójstwa tkwi w ścisłym związku przyczynowym między szczególnym stanem psychicznym kobiety rodzącej, a jej czynem sprzecznym z naturalnymi uczuciami macierzyńskimi. Poród jest zwykle naturalnym procesem fizjologicznym, który nie wywołuje przeżyć będących podstawą zamachu na dziecko. Inaczej jest w sytuacji przewidzianej w art. 149 k.k., który wymaga

⁸⁰ Komisja do spraw Reformy Prawa Karnego, projekt z grudnia 1991 r., s. 69.

⁸¹ K. Nazar, A. Nowosad, (w:) T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk (red.), *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, Lublin 2006, s. 201.

⁸² Dz. U. z 1999 r., Nr 64, poz. 729.

⁸³ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444.

stwierdzenia specyficznego, odbiegającego od norm przebiegu porodu lub specyficznej albo odbiegającej od normy wrażliwości kobiety na przebieg porodu. Chodzi o takie czynniki jak skomplikowany charakter porodu, jego długo-trwałość i związane z tym cierpienie rodzącej, istotne obrażenia dróg rodnych, nadmierne traumatyczne przeżycia w sensie cierpienia i bólu, powstające w toku porodu komplikacje, a także wyjątkowy stres fizyczny i psychiczny (...). Brak takich uwarunkowań powoduje, że nie sposób uznać, iż zachowanie oskarżonej było zdominowane przez przeżycia związane z porodem, co sprzeciwia się zakwalifikowaniu jako występkę z art. 149 k.k.”⁸⁴ Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 24 lipca 2013 r. stwierdzając, że „Przeżycie związane z przebiegiem porodu, jako okoliczność prowadząca do uprzywilejowanej kwalifikacji zabójstwa dziecka z art. 149 k.k., wymaga stwierdzenia specyficznego, odbiegającego od normy, przebiegu porodu lub specyficznej lub odbiegającej od normy wrażliwości kobiety na przebieg porodu. Przeżycie, pod wpływem którego dochodzi do zabójstwa noworodka, stanowi zakłócenie czynności psychicznych, a natężenie tego zakłócenia powinno być takie jak w przypadku ograniczonej poczytalności (art. 31 § 2 k.k.). (...) Brak symptomów zakłóceń w sferze psychiki po stronie rodzącej kobiety wyklucza bowiem przyjęcie przepisu art. 149 k.k. jako podstawy odpowiedzialności oskarżonej mimo, iż zamach na życie jej dziecka miał miejsce w okresie porodu. Zamachy skalkulowane i przeprowadzone w warunkach niezakłóconych porodem mechanizmów emocjonalnych nie mogą być oceniane w oparciu o ten przepis”⁸⁵. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 16 września 2015 r. podkreślił, iż „Uznanie, że zachowanie oskarżonej odpowiada znamionom strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa z art. 149 k.k. wymaga zatem ustalenia, iż wpływ porodu zakłócił czynności psychiczne oskarżonej i „wyzwolił” zamiar spowodowania śmierci noworodka. Brak symptomów zakłóceń w sferze psychiki rodzącej kobiety wyklucza zaś możliwość zastosowania przepisu art. 149 k.k., jako podstawy odpowiedzialności za śmierć noworodka, nawet wówczas, gdy zamach miał miejsce w okresie porodu”⁸⁶. Sąd Apelacyjny w Białymstoku wyraził pogląd, wedle którego „Uznanie, że czyn odpowiada hipotezie powołanego przepisu art. 149 k.k., wymaga ustalenia znamienia w postaci zakłócającego czynności psychiczne wpływu porodu, kształtującego zamiar podjęcia destruktywnego zachowania wobec dziecka. (...) W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że przeżycie związane z przebiegiem porodu, jako okoliczność prowadząca do uprzywilejowanej kwalifikacji zabójstwa dziecka z art. 149 k.k. wymaga stwier-

⁸⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 104/15, KZS 2016, nr 1, poz. 34, *legalis*: 1482123.

⁸⁵ Wyrok SA w Łodzi z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. II AKa 119/13, KZS 2016, nr 7–8, poz. 97, *legalis*: 736894.

⁸⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 września 2015 r., sygn. II AKa 212/15, *legalis* 1361137.

dzenia specyficznego, odbiegającego od normy przebiegu porodu lub specyficznej odbiegającej od normy wrażliwości kobiety na jego przebieg. Przeżycie, pod wpływem którego dochodzi do zabójstwa noworodka, stanowi zakłócenie czynności psychicznych, a natężenie tego zakłócenia powinno być takie jak w przypadku ograniczonej poczytalności⁸⁷. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Apelacyjny w Warszawie „Istota uprzywilejowanego typu zabójstwa dziecka (art. 149 k.k.) wynika ze związku przyczynowego, jaki zachodzi pomiędzy stanem psychicznym rodzącej, a jej działaniem ukierunkowanym na zabicie noworodka. Warunkiem odpowiedzialności na tej podstawie jest wykazanie specyficznego, odbiegającego od normy i destrukcyjnego wpływu porodu na stan psychiczny rodzącej. Przyjmuje się, że taki wpływ może spowodować poród długotrwały, obciążony komplikacjami, skutkujący obrażeniami kobiety, a w związku z tym powodujący ponadprzeciętne cierpienia fizyczne i psychiczne; to ostatnie może także wynikać z warunków i okoliczności, w jakich poród się odbywa. Dla zakwalifikowania działania kobiety jako występuku z art. 149 k.k. niezbędnym jest więc wykazanie, że to przebieg porodu spowodował taki jej stan psychiczny, że dopuściła się zamachu na życie dziecka”⁸⁸.

Dla pełnego zobrazowania problemu, nie można jednak pominąć w tym miejscu wyraźnie odmiennego stanowiska wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w orzeczeniu z dnia 24 października 2002 r., w którym sąd poddał w wątpliwość czynnik jakim jest wpływ porodu na wywołanie motywu odebrania życia dziecka. Sąd, wskazując na proces kształtowania się motywacji dzieciobójczynie, podkreślił znaczenie czynników pozamedycznych stwierdzając, że „Zamiar dzieciobójstwa pod wpływem porodu (art. 149 k.k.) jest wynikiem zespołu czynników psychofizycznych, psychologicznych, fizjologicznych, społecznych związanych zarówno z porodem, jak i sytuacją życiową matki”⁸⁹.

Ewolucja poglądów na temat sposobu i rozległości interpretacji przesłanki wpływu przebiegu porodu dokonywała się powoli. Jak wynika z powyższego, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie ewolucja ta nie miała charakteru spójnego i jednoczasowego. Przyjąć jednak można, że Sąd Apelacyjny w Katowicach, iż „(...) w dawniejszym orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmowano, że o „powikłaniach” podłoża psychicznego konstrukcji osobowości matki nie decyduje jedynie sam przebieg odbytego porodu, ale także różne

⁸⁷ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 19 marca 2015 r., Na gruncie polskiego prawa karnego wyodrębnić można trzy różne stanowiska wskazujące na przyczyny leżące u podstaw dzieciobójstwa tj. po pierwsze stanowisko, wedle którego przesłanką uprzywilejowania są wyłącznie czynniki związane z procesem porodu; po drugie względy społeczne i po trzecie, pogląd stanowiący kompilację wcześniejszych, wedle którego podstawy uprzywilejowania należy szukać w procesie porodu oraz jego wpływu na psychikę rodzącej kobiety, jak i z uwagi na oddziaływanie czynników społecznych, sygn. II AKa 29/15, KZS 2015, nr 9, poz. 58, *legalis*: 1241695.

⁸⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 11 września 2018 r., sygn. II AKa 176/18, *legalis*: 1846462.

⁸⁹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 24 października 2002 r., sygn. II AKa 256/02, *Prok. i Pr.* 2003, nr 6, poz. 19.

czynniki społeczne np. względy materialne uniemożliwiające utrzymanie dziecka (...), obawa przed reakcją bliskich czy ujemna ocena opinii publicznej (...). W doktrynie wprowadzono także podział czynników kryminogennych na endogenne (związane bezpośrednio z porodem) i egzogenne (społeczno-pozapородowe). Przyjmowano, że czynniki społeczne są bodźcami oddziałującymi na psychikę matki w okresie ciąży, trwają z różną intensywnością i mogą wpłynąć na wytworzenie negatywnych reakcji matki wobec dziecka (...). Poród nie jest czynnikiem decydującym o powzięciu zamiaru uśmiercenia dziecka, a wpływ przebiegu porodu jest jedynie uzasadnieniem przestępstwa dzieciobójstwa. (...) W dawniejszym orzecznictwie uwzględniano czynniki egzogenne przyjmując, że kwalifikację z art. 149 k.k. uzasadnia sytuacja życiowa matki, lęk przed potępieniem przez opinię publiczną lub rodzinę albo przed pogorszeniem sytuacji życiowej⁹⁰. Wedle aktualnie przeważającej postawy doktryny oraz orzecznictwa o zastosowaniu kwalifikacji z art. 149 k.k. mogą przesądzać wyłącznie czynniki endogenne. Czynniki pozamedyczne (materialno-społeczne) mogą mieć wpływ wyłącznie na wymiar kary⁹¹.

3. Rola i zadania biegłego na tle przesłanki „wpływ przebiegu porodu”

Przestępstwo dzieciobójstwa z uwagi na interdyscyplinarność jego znamion jest często dużym wyzwaniem dla sądów. Zazwyczaj ustalenie chwili popełnienia czynu nie stanowi trudności, o tyle ustalenie czy matka dopuściła się czynu „pod wpływem przebiegu porodu” wymaga analizy zarówno samego aktu porodowego, jak również ogółu okoliczności osobistych kobiety⁹².

Rozważania na temat szczególnego stanu psychicznego, jaki może wystąpić u matki w momencie akcji porodowej stanowi o konieczności rozważenia relacji, jaka przebiegać może między art. 149 k.k., a art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k. określającymi okoliczności stanu niepoczytalności oraz poczytalności ograniczonej.

⁹⁰ Na gruncie polskiego prawa karnego wyodrębnić można trzy różne stanowiska wskazujące na przyczyny leżące u podstaw dzieciobójstwa tj. po pierwsze stanowisko wedle, którego przesłanką uprzywilejowania są wyłącznie czynniki związane z procesem porodu; po drugie względy społeczne i po trzecie, pogląd stanowiący kompilację wcześniejszych, wedle którego podstawy uprzywilejowania należy szukać w procesie porodu oraz jego wpływu na psychikę rodzącej kobiety, jak i z uwagi na oddziaływanie czynników społecznych, zob.: wyrok SA w Katowicach z dnia 31 marca 2017 r., sygn. II AKa 48/17.

⁹¹ Zob. np.: wyrok SN z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. II AKa 119/13, wyrok SA w Białymstoku z dnia 19 marca 2015 r., sygn. II AKa 29/15; wyrok SA w Krakowie z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 104/15; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 września 2015 r., sygn. II AKa 212/15.

⁹² L. K. P a p r z y c k i, Problematyka psychiatryczna i psychologiczna w prawie i postępowaniu karnym: granice kompetencji biegłych i organów procesowych, 2011, T. 2, Chowania, s. 113.

Na tle stosowania art. 149 k.k. wraz z art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k. zarysowały się dwa zasadnicze poglądy. Pierwszy z nich sugeruje przyjęcie założenia, wedle którego poród jest bodźcem, który wyzwała zaburzenia czynności psychicznych rodzącej prowadząc do znacznego lub całkowitego zniesienia jej poczytalności. W takich okolicznościach za uzasadnione należy uznać łączne zastosowanie art. 149 k.k. oraz 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k.⁹³ Drugi pogląd stanowi zaprzeczenie powyższych twierdzeń. Wedle jego zwolenników poród ma wyłącznie charakter fizjologiczny, co w rezultacie podważa możliwość zastosowania regulacji z art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k. w przypadku przestępstwa dzieciobójstwa. Zdaniem zwolenników niniejszego nurtu ustawodawca już w treści art. 149 k.k. dostrzegł potrzebę łagodniejszego traktowania dzieciobójczyń i łagodzenie już złagodzonej odpowiedzialności, wykorzystując w tym celu przepisy art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k., byłoby niewłaściwe. Jedyną możliwością zastosowania łącznej kwalifikacji jest ta, gdy stan niepoczytalności lub niepoczytalności zmniejszonej zostałby potwierdzony orzeczeniem lekarskim⁹⁴.

Analizowane rozbieżności były także przedmiotem zainteresowania Sądu Najwyższego, który wielokrotnie wypowiadał się w tej sprawie. Linia orzecznicza Sądu Najwyższego była zmienna. Pierwotnie Sąd Najwyższy stał na stanowisku, wedle którego popełnienie przestępstwa dzieciobójstwa nie wyklucza możliwości zastosowania przepisów o niepoczytalności lub niepoczytalności ograniczonej⁹⁵ szczególnie wtedy, gdy „(...) matka, dopuszczając się zabójstwa dziecka w okresie porodu, wykazywałaby objawy choroby psychicznej, upośledzenia psychicznego lub innego zaburzenia psychicznego, a zakłócenia jej czynności psychicznych stanowiłyby efekt wpływu odbytego przez nią porodu, przy czym wpływ ten zdecydowanie przekroczył normę w zakresie oddziaływania na sferę psychiczną rodzącej do tego stopnia, że doprowadził do niemożności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania przez nią własnym postępowaniem, ewentualnie znacznie ograniczył jej zdolność rozpoznania znaczenia czynu, czy kierowania własnym postępowaniem”⁹⁶. A w orzeczeniu z dnia 15 kwietnia 1957 r. Sąd Najwyższy podkreślił, iż „Jeżeli poród wywołał tak daleko idące zaburzenia w sferze czynności psychicznych, że wskutek tego kobieta rodząca nie mogła zupełnie lub częściowo rozpoznać znaczenia czynu albo pokierować swym postępowaniem, to – zwłaszcza gdy chodzi o osobę psychicznie upośledzoną – wchodzić może w rachubę, w zależności od okoliczności konkretnego wypadku, zastosowanie przepisu art. 18 k.k. lub nawet art. 17 k.k.”⁹⁷

⁹³ S. P ł a w s k i, *op. cit.*, s. 180.

⁹⁴ M. R u d z k a, Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym, AMSPiSiK 1955, t. 7, s. 97.

⁹⁵ Wyrok SN z dnia 11 września 1957 r., sygn. II K 783/56, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny 1958, nr 3, s. 344 za: J. B r z e z i ń s k a, O niektórych..., s. 43.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ IV K 131/57, *legalis* nr: 212619.

Wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1969 r. stanowisko Sądu Najwyższego uległo zmianie, co znalazło odzwierciedlenie w orzeczeniu z dnia 11 czerwca 1974 r. Sąd stwierdził, że „Poczytalność w rozumieniu art. 25 k.k. stanowi zagadnienie odrębne i niezależne od wymogu „wpływu przebiegu porodu” należącego do znamion przestępstwa z art. 149 k.k. i odnoszącego się do zespołu czynników psychofizycznych i społecznych, ściśle związanych zarówno z aktem porodu, jak i sytuacją życiową matki, które wpłynęły w konkretnym przypadku na jej decyzję zabicia własnego dziecka”⁹⁸, a w orzeczeniu z dnia 9 marca 1979 r. sąd dodał, że „Sprawczyni występkę z art. 149 dotknięta jest zakłóceniami, które powodują u niej ograniczenie rozeznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem, ale nie w znaczeniu, o którym mowa w art. 25 k.k. albowiem u podłoża jej stanu psychicznego nie leży żadna z przyczyn wymienionych w art. 25 k.k., ale przyczyna związana z porodem, występująca podczas jego trwania i z nim się wiążąca”⁹⁹.

W rezultacie nakreślając relacje przebiegające między art. 149 k.k., a art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k. wyodrębnić można różne konfiguracje niniejszej relacji¹⁰⁰:

- a) dzieciobójczyni wykazuje stan normy psychicznej – w takich okolicznościach odpowiadać będzie na podstawie art. 149 k.k.,
- b) kobieta wypełni tylko jedno ze znamion art. 149 k.k., a jej zachowanie będzie następstwem zakłóceń o podłożu patologicznym¹⁰¹ – w takich okolicznościach właściwą kwalifikacją będzie art. 148 k.k. z możliwością zastosowania art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k.,
- c) dzieciobójczyni wypełni znamiona art. 149 k.k., a poród doprowadził u niej do ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem – w takich okolicznościach odpowiadać będzie na podstawie art. 149 k.k. wraz z art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k.,
- d) dzieciobójczyni wypełnia znamiona art. 149 k.k. a jednocześnie działa pod wpływem choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub działa w stanie innego zakłócenia czynności psychicznych – następuje wówczas nałożenie się zaburzeń o charakterze niepatologicznych i patologicznych, a stopień natężenia zaburzenia patologicznego będzie miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, który z paragrafów art. 31 k.k. znajdzie zastosowanie¹⁰².

⁹⁸ IV KR 89/74, *legalis* nr: 18085.

⁹⁹ III KR 38/79, *legalis* nr: 21375.

¹⁰⁰ Pierwsze trzy konfiguracje (a–c) na podstawie: M. Tarnawski, *Zabójstwo...*, s. 177–179, za: J. Brzezińska, *O niektórych...*, s. 46–47.

¹⁰¹ Choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe, inne zakłócenia czynności psychicznych powstałe niezależnie od porodu.

¹⁰² J. Brzezińska, *O niektórych...*, s. 47–48. Zob. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*, s. 221 „Nie ulega wątpliwości, że do zabójstw dochodzić może nie tylko wówczas, kiedy kobieta rodząca dziecko jest osobą psychicznie zdrową, ale także wówczas, kiedy jest chora

Na tle analizowanego zagadnienia i wielości problemów niezbędna jest wiedza interdyscyplinarna znacznie wykraczająca poza ramy wiedzy prawnej, w tym celu ustawodawca dał sądowi instrument w postaci art. 193 k.p.k. przewidujący w § 1 możliwość zasięgnięcia opinii biegłych, jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Rola biegłego w procesach o dzieciobójstwo nie sprowadza się wyłącznie do badania zwłok dziecka oraz ustalenia przyczyny i czasu zgonu, do jego kompetencji należy bowiem również ocena stanu psychicznego matki¹⁰³. Zadaniem biegłego jest określenie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, czy w danej sprawie mowa o dzieciobójstwie (art. 149 k.k.), czy zabójstwie (art. 148 k.k.). Podstawą do tego powinny być badania z zakresu ginekologii oraz psychiatrii, a także psychologii¹⁰⁴. Jak zauważa A. Księżopolska-Breś, organy postępowania karnego, aby dokonać subsumpcji stanu faktycznego oraz dokonać egzegezy przepisu art. 149 k.k. „pod wpływem przebiegu porodu”, w swojej praktyce również wskazują konieczność powołania biegłych psychiatrów, psychologów, neonatologów, ginekologów i położników¹⁰⁵. Warto zwrócić uwagę na to, że rola psychologa jako biegłego ukształtowała się dużo później niż lekarza psychiatry, bo dopiero w latach 80. i 90.¹⁰⁶ Całościowa, interdyscyplinarna opinia jest więc niezbędna do ustalenia czy zachodzi związek przyczynowy między stanem psychicznym kobiety rodzącej a dokonaniem czynem.

W przypadku ustalenia przyczyny i czasu zgonu dziecka w czasie postępowania prowadzonego przez biegłego z zakresu medycyny sądowej należy dążyć do ustalenia odpowiedzi na pytania:

- czy dziecko urodziło się żywe?
- jak długo dziecko żyło po urodzeniu?
- czy był to noworodek dojrzały, donoszony i zdolny do życia pozajonowego?
- jaka była przyczyna zgonu noworodka?
- czy noworodkowi udzielono pierwszej pomocy po porodzie¹⁰⁷?

Natomiast zadaniem biegłych z zakresu psychiatrii i psychologii jest podjęcie próby ustalenia stanu psychicznego matki, ewentualnego stwierdzenia niepoczytalności czy poczytalności ograniczonej, a także zaburzeń psy-

psychicznie lub umysłowo upośledzona w stopniu całkowicie wyłączającym jej poczytalność albo takim, który ją tylko ogranicza w znacznym stopniu”.

¹⁰³ K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 35.

¹⁰⁴ M. Szwed, L. Wieczorek, *Dzieciobójstwo. Od przepisu prawa do indywidualnego przypadku*, Sosnowiec 2009, s. 50.

¹⁰⁵ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 185.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 191.

¹⁰⁷ S. Raszeja, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów*, Warszawa 1990, s. 149.

chicznych okresu ciąży. Jednym z trudniejszych zadań, z całą pewnością, jest ocena stanu psychiki matki, która mimo bycia osobą poczytalną działa pod wpływem przebiegu porodu¹⁰⁸.

W przypadku opinii o stanie zdrowia psychicznego, na podstawie przepisów art. 202 § 1 k.p.k., organy postępowania karnego powołują co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów. Zgodnie z treścią § 5 opinia biegłych powinna zawierać stwierdzenia dotyczące zarówno poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu, jak i jego aktualnego stanu zdrowia psychicznego, a zwłaszcza wskazanie czy stan ten pozwala oskarżonemu na udział w postępowaniu. Badanie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego może być połączone z obserwacją w zakładzie leczniczym tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo.

Na wniosek psychiatrów, do udziału w wydaniu opinii, powołuje się ponadto biegłego lub biegłych innych specjalności. We współpracy biegłych psychiatrów z biegłymi psychologami można obecnie zaobserwować trzy modele działania. Pierwszy zakłada nadrzędną rolę psychiatry sprowadzając rolę psychologa do przeprowadzenia badania pomocniczego, a wnioski powstałe na jego podstawie zostają zawarte w opinii wydanej przez psychiatrów. Drugi model zakłada, iż biegli z zakresu psychiatrii i psychologii prowadzą dwa niezależne badania i wydają dwie nieskorelowane ze sobą opinie. Ostatni model polega na wydaniu opinii kompleksowej, która obejmuje całokształt czynności dokonywanych przez biegłych z różnych specjalności¹⁰⁹. Należy podkreślić, że w opinii kompleksowej stanowiska biegłych różnych specjalności nie muszą być zbieżne¹¹⁰.

Z racji tego, że zaburzenie psychiczne nie jest tożsame z chorobą psychiczną, a jest pojęciem znacznie szerszym – wedle klasyfikacji z przepisów art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego pojęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi, odnosi się do osoby chorej psychicznie (wykazującej zaburzenia psychotyczne), upośledzonej umysłowo lub wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym, niektórzy autorzy¹¹¹ wskazują wręcz, że rozpoznanie choroby psychicznej u pacjenta powinno leżeć w kompetencjach biegłego psychiatry, rozpoznanie zaś upośledzenia umysłowego i zakłócenia czynności psychicznych w kompetencjach psychologa.

¹⁰⁸ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 184.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 191.

¹¹⁰ Wyrok SN z dnia 8 kwietnia 1999 r., sygn. IV KKN 653/98.

¹¹¹ A. Pietrzyk, Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej – refleksje biegłego psychologa dla prawników, *Palestra* 1993, nr 12, s. 90.

Zgodnie z przepisami art. 31 § 1 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. Ustawodawca nie zdefiniował jednak pojęcia poczytalności. Za M. Tarnawskim¹¹² stwierdzić można, że poczytalność jest to psychiczna zdolność sprawcy czynu zabronionego do ponoszenia odpowiedzialności karnej, gdy tymczasem niepoczytalność oznaczać będzie brak owej zdolności. Istnieją trzy metody służące do określenia niepoczytalności sprawcy – psychiatryczna, psychologiczna i metoda mieszana. Polski ustawodawca zdecydował się na tę ostatnią. Metoda mieszana wykorzystuje komponent psychiatryczny – a więc wskazanie przyczyn i źródeł niepoczytalności – oraz komponent psychologiczny skupiony na następstwach stanów występujących w psychice sprawcy¹¹³. Rola biegłych z zakresu psychiatrii i psychologii w ustaleniu niepoczytalności sprawcy wymaga więc stwierdzenia wystąpienia związku przyczynowo-skutkowego między zaburzeniem psychicznym, a brakiem zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w czasie czynu.

Jak wskazano powyżej poza stwierdzeniem niepoczytalności lub poczytalności ograniczonej rolą biegłych jest również ustalenie ewentualnych zaburzeń psychicznych okresu porodu dla określenia, czy zaistniała przesłanka z przepisu art. 149 k.k., tj. „pod wpływem jego przebiegu”. Jak wynika z badań autorstwa A. Księżopolskiej-Breś¹¹⁴ biegli z zakresu psychiatrii i psychologii wyraźnie wyróżniają stan psychiki kobiety, która mimo bycia poczytalną działa pod wpływem porodu. Do zaburzeń psychicznych występujących w czasie porodu i w okresie poporodowym nauka zalicza:

- poród psychopatologiczny (polegający na częściowym majaczeniu i odrętwieniu, wzburzeniu poporodowym albo omdleniu, majaczeniu lub odrętwieniu natychmiast po porodzie;
- poporodowe zaburzenia dwubiegunowe takie jak:
- manie;
- psychozy depresyjne;
- ostrą psychozę polimorficzną¹¹⁵.

Trzy powyższe zaburzenia dwubiegunowe wskazywane są często jako schorzenia charakterystyczne dla zabójstwa dziecka starszego, nie zaś dzieci-

¹¹² M. Tarnawski, Niepoczytalność i poczytalność zmniejszona – *de lege lata i de lege ferenda* (w:) R. Rutkowskiego, Z. Majchrzyka (red.), Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Teoria i praktyka oceny poczytalności, Warszawa 1988, s. 21.

¹¹³ A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, Gdańsk 2002–2003, s. 380.

¹¹⁴ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 184.

¹¹⁵ Komisja Prawa Wielkiej Brytanii, Morderstwo, Zabójstwo i Dzieciobójstwo, appendix E, Londyn 2006, s. 244–246.

bójstwa. Przesłanką do takiego twierdzenia jest czas ich występowania, gdyż rzadko występują one bezpośrednio po porodzie. Najczęściej okres ich występowania określa się jako nie wcześniej niż w drugim tygodniu po porodzie¹¹⁶.

Ponadto, jako zaburzenia psychiczne w okresie poporodowym wyróżnić należy:

- zespół stresu pourazowego (PTSD) – wedle niektórych autorów¹¹⁷ trudny, traumatyczny poród może być *triggerem* pojawienia się u kobiety zespołu stresu pourazowego. Klasyfikuje się go jako zaburzenie lękowe. Cechuje się występowaniem objawów takich jak: uporczywe, ponowne przeżywanie sytuacji traumatycznej (tutaj porodu), unikanie okoliczności przypominających ową sytuację i związany z tym stan odrętwienia psychicznego oraz wzburzenie ośrodkowego układu nerwowego z aktywacją układu вегетatywnego;
- przygnębienie poporodowe (*Maternity blues*, *Baby blues*) – jest to stosunkowo często występujące zjawisko zaburzenia nastroju po przebytym porodzie. Szacunki wskazują, że dotyczy ono aż ok. 50–80 procent kobiet¹¹⁸. Przyjmuje się, że przyczyną występowania tego zjawiska są zmiany hormonalne pojawiające się tuż po porodzie. Zaburzenie to cechuje się ponadprzeciętną płaczliwością, łagodnymi objawami depresyjnymi lub chwiejnością emocjonalną, lękiem i drażliwością.¹¹⁹ Przyjmuje się jednak, że sam *baby blues* nie stanowi zagrożenia dla życia zarówno matki, jak i dziecka¹²⁰;
- depresję poporodową – uznawana jest również za często występujące zjawisko zaburzenia nastroju po porodzie – dotyka od około 10 do 20 procent kobiet¹²¹. Pojawia się później niż *baby blues*. Podstawowymi objawami depresji poporodowej są m.in. przygnębienie, pogorszony nastrój, niezdolność do przeżywania radości, szczęścia lub satysfakcji, brak zainteresowań, lęk z atakami paniki oraz również brak zainteresowania dzieckiem, niezdolność do opieki nad nim, nadmierny lęk o zdrowie dziecka, poczucie niespełnienia jako matka¹²². Może być niebezpieczna dla zdrowia i życia dziecka, ponieważ zdarzają się wystąpienia natrętnych, agresywnych myśli o krzywdzeniu dziecka¹²³. W jej ciężkim prze-

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 244–246.

¹¹⁷ S. Ayres, A. Pickering, Do women get posttraumatic stress disorder as a result of childbirth? A prospective study of incidence, *Birth* 2001, nr 28, s. 111 i nast.

¹¹⁸ J. Rymszewska, M. Dolna, M. Gryboś, A. Kiejna, Zaburzenia psychiczne okołoporodowe – epidemiologia, etiologia, klasyfikacja, leczenie, *Ginekologia Polska*, Gdańsk 2005, nr 4, s. 325.

¹¹⁹ A. D. Cameron, *Psychiatria*, Wrocław 2005, s. 169.

¹²⁰ I. Koszewska, O depresji w ciąży i po porodzie, Warszawa 2010, s. 64–65.

¹²¹ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 178.

¹²² J. Rymszewska, M. Dolna, M. Gryboś, A. Kiejna, *op. cit.*, s. 325.

¹²³ K. Wisner, K. Peindl, T. Giallotti, B. Hanusa, Obsessions and compulsions in women with postpartum depression, *Journal of Clinical Psychiatry* 1999, nr 60, s. 176–180.

biegu mogą pojawić się również myśli samobójcze albo myśli o zabójstwie dziecka¹²⁴;

- psychozę poporodową – wskazuje się, iż jest to najcięższa forma poporodowych zaburzeń psychicznych. Dotyczy ona jednak zdecydowanie mniejszej grupy kobiet niż *Baby blues* i depresja poporodowa, bo ok 1,7 przypadku na 1000 porodów. Do jej najczęstszych objawów zalicza się halucynacje, urojenia – nieprawdziwe przekonania np. matka uważa, że w dziecko wstąpił demon, zmiana charakteru, utrata zahamowań, obniżony nastrój lub nastrój maniakalny, dezorientacja, pobudzenie psychoruchowe i bezsenność¹²⁵. Psychozy poporodowe wymagają leczenia specjalistycznego. Niepodjęcie go może doprowadzić bowiem do niebezpieczeństwa zarówno dla matki oraz dla dziecka. Może ona bowiem powodować myśli samobójcze lub myśli pozbawienia dziecka życia¹²⁶.

4. Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, przepisy zawarte w art. 149 k.k. ewoluowały wraz z kolejnymi okresami dziejowymi. Zawsze jednak dzieciobójstwo wymagało, dla właściwego zrozumienia zaistniałych okoliczności, podejścia o charakterze interdyscyplinarnym. Tylko w oparciu o specjalistyczną wiedzę z zakresu medycyny sądowej, psychiatrii i psychologii możliwe jest odtworzenie zarówno przebiegu wydarzeń, jak i stanu psychicznego matki, w chwili popełnienia czynu.

Z uwagi na wielość problemów interpretacyjnych, jakie na tym tle się rysują, od lat toczą się w doktrynie i judykaturze dyskusje o „wpływie przebiegu porodu” na kobietę rodzącą. Problemy i spory wskazane w niniejszym artykule wielokrotnie były przedmiotem zainteresowania Sądu Najwyższego i wyraźnie wskazują na potrzebę ścisłej współpracy przedstawicieli środowiska prawniczego i medycznego. Należy postulować, aby ta współpraca przebiegała płynnie w warunkach wzajemnego zaangażowania i ze świadomością jej znaczenia dla zrozumienia znamion art. 149 k.k.

Bibliografia

1. Ayres S., Pickering A., Do women get posttraumatic stress disorder as a result of childbirth? A prospective study of incidence, *Birth* 2001, nr 28.

¹²⁴ J. Rymaszewska, M. Dolna, M. Gryboś, A. Kiejna, *op. cit.*, s. 325.

¹²⁵ A. D. Cameron, *op. cit.*, s. 171–172.

¹²⁶ I. Koszewska, *op. cit.*, s. 73–75.

2. Bartoszewski J. A., Halaunbrenner-Lisowska J., Dzieciobójstwo, aspekty prawne, medyczne i społeczne, Warszawa 1974.
3. Borkowska K. K., Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym, Warszawa 2020.
4. Borkowska-Bagińska E., Lesiński B., Historia prawa sądowego, Poznań 1995.
5. Brzezińska J., Uwagi o przestępstwie uprzywilejowanym z perspektywy dzieciobójstwa, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. XXIX, 2013, Wrocław.
6. Cameron A. D., Psychiatria, Wrocław, 2005.
7. Daszkiewicz K., Zabójstwo dziecka w okresie porodu, NP. 1976, nr 9.
8. Daszkiewicz K., O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.), Palestra 1998, nr 5–6, s. 485–486.
9. Daszkiewicz K., Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000.
10. Daszkiewicz K., Dąbrowski S., Chróścielewski E., Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczno-sądowe, PiP 1968, nr 2.
11. Dreszer R., Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników, Warszawa 1964.
12. Dzięcielski M., Wpływ przebiegu porodu jako ustawowe znamię dzieciobójstwa, RPEiS, z. 2, 1980.
13. Dżułyński W., Dzieciobójstwo w świetle postępowania sądowo-karnego w XVIII stuleciu, Pol. Tyg. Lek. 1948, t. 3, nr 6.
14. Gałęska-Śliwka A., Dzieciobójstwo. Analiza karno-medyczna, Toruń 2011.
15. Grudzień V., Dzieciobójstwo. Zarys historii stosowania kar, Wydawnictwo Szkoły Policji w Katowicach, 2012.
16. Grzywo-Dąbrowski W., Dzieciobójstwo z punktu widzenia prawnego i sądowo-lekarskiego, DAiPP 1927, nr 6.
17. Grzywo-Dąbrowski W., Zarys Medycyny Sądowej, Lwów–Warszawa 1924.
18. Gubiński A., Ochrona życia w projekcie kodeksu karnego, Palestra, nr 12, 1962.
19. Halaunbrenner-Lisowska J., Dzieciobójstwo (aspekty prawne, medyczne i społeczne), Warszawa 1971.
20. Jońca M., „Źle urodzeni” a tradycja prawa rzymskiego, Edukacja Prawnicza 2015/2016, nr 2.
21. Konarska-Wrzosek V., Kodeks karny, 2016.
22. Koszewska I., O depresji w ciąży i po porodzie, Warszawa 2010.
23. Kracik J., Rożek M., Hultaje, złoczyńcy, wszetecznicze w dawnym Krakowie, Kraków 2010.

24. Książkowska-Breś A., Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim, Warszawa 2010.
25. Makarewicz J., Przestępstwa przeciwko rodzinie w Kodeksie Karzącym Królestwa Polskiego z 1818 r. i Kodeksie Kar Głównych i Poprawczych z 1947 r., Teka Kom.Praw.–OL PAN 2008.
26. Marzec-Holka K., Dzieciobójstwo – przestępstwo uprzywilejowane czy zbrodnia, Bydgoszcz 2004.
27. Muler B., Walcher K., Gerichtliche und soziale Medizin, München–Berlin 1944.
28. Musiał I., Spartanie nie zabijali noworodków, tekst dostępny pod adresem: <https://www.polskieradio.pl/23/266/Artykul/175709,Spartanie-nie-zabijali-noworodkow>.
29. Myszor J., Prawo społeczne aspekty zabójstw dzieci narodzonych i aborcji na Śląsku w latach 1742–1914, Roczniki Nauk Prawnych 2014, nr 4.
30. Nazar K., Nowosad A, (w:) T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk (red.), Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r., Lublin 2006.
31. Papierkowski Z., Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego, Lublin 1947.
32. Paprzycki L. K., Problematyka psychiatryczna i psychologiczna w prawie i postępowaniu karnym: granice kompetencji biegłych i organów procesowych, 2011, t. 2, Chocim.
33. Pietrzyk A., Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej – refleksje biegłego psychologa dla prawników, Palestra 1993, nr 12.
34. Pławski S., Przestępstwa przeciwko życiu, Warszawa 1963.
35. Prusik M., Dzieciobójstwo w aspekcie historycznym, prawnokarnym, społecznym oraz kryminologicznym, Kortowski Przegląd Prawniczy 2013, nr 1.
36. Raszeja S., Nasiłowski W., Markiewicz J., Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów, Warszawa 1990.
37. Rejman G., Glosa do wyroku SN z dnia 6 kwietnia 1963 r., sygn. IV K 678/61, OSPiKA 1964, nr 5.
38. Rudzka M., Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym, AMSPiSiK 1955, t. 7.
39. Rymaszewska J., Dolna M., Gryboś M., Kiejna A., Zaburzenia psychiczne okołoporodowe – epidemiologia, etiologia, klasyfikacja, leczenie, Ginekologia Polska, Gdańsk 2005, nr 4.
40. Sawicki J., Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym, (w:) G. Williams, Świętość życia a prawo karne, Warszawa 1960.

41. Sekuła K., O zbędności jednego z typów uprzywilejowanych zabójstwa – dzieciobójstwo w polskich kodeksach karnych, *Państwo i Społeczeństwo* 2014, nr 4.
42. Sitarz O., *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2004.
43. Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, wyd. VIII, Warszawa 2000.
44. Stelmach A., *Życie religijne kobiet w Atenach okresu klasycznego*, tekst dostępny: <https://historia.org.pl/2011/06/18/zycie-religijne-kobiet-w-atenach-okresu-klasycznego/>.
45. Strona M., Bolechała F., *Medyczno-sądowe oraz prawne aspekty dzieciobójstwa z analizą wybranych przypadków badanych w Katedrze Medycyny Sądowej Collegium Medicum UJ w latach 1900–2010*, *Dziecko krzywdzone* 2010, nr 3.
46. Sygit B., *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007.
47. Szeper M., *Okres porodu w art. 226 k.k., GSW 1934*, nr 4.
48. Szwed M., Wieczorek L., *Dzieciobójstwo. Od przepisu prawa do indywidualnego przypadku*, Sosnowiec 2009.
49. Śliwowski J., *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958.
50. Tarnawski M., *Dzieciobójstwo w polskim kodeksie karnym*, RPEiS 1972.
51. Tarnawski M., *Niepoczytalność i poczytalność zmniejszona – de lege lata i de lege ferenda (w:) R. Rutkowskiego, Z. Majchrzyka (red.), Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Teoria i praktyka oceny poczytalności*, Warszawa 1988.
52. Tarnawski M., *Zabójstwa uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1981.
53. Tokarczyk R., *Prawa narodzin i śmierci*, Kraków 2000.
54. Tomaszewska Z., Staśkiewicz J., *Sądowo-lekarska analiza dzieciobójstwa*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 1970, nr 2.
55. Wachholz L., *Podręcznik medycyny sądowej*, Kraków 1899.
56. Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002–2003.
57. Wisner K., Peindl K., Giallotti T., Hanusa B., *Obsessions and compulsions in women with postpartum depression*, *Journal of Clinical Psychiatry* 1999, Nr 60.
58. Witczak-Błoszyk K., *Dzieciobójstwo – niewinna ofiara, uprzywilejowany sprawca – przegląd piśmiennictwa*, Poznań.
59. Wolińska H., *Jeszcze na temat dzieciobójstwa*, *PiP* 1967, nr 12.
60. Wrzesiński Sz., *Kat w dawnej Polsce, na Śląsku i Pomorzu*, Wydawnictwo Replika 2010.
61. Zabłocka M., Zabłocki J., *Ustawa XII Tablic. Tekst – Tłumaczenie – Objaśnienia*, Warszawa 2003.

62. Zeman K., Ideały wychowawcze starożytnej Grecji wobec wyzwań współczesności, Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej 2009, nr 3.

Crime of infanticide in the context of the criterion of “the influence of a childbirth process”

Abstract

As a sociocultural phenomenon, infanticide has accompanied humans since the dawn of history. However, over millennia, infanticide has been variously evaluated from the criminal law perspective, starting from extreme liberalism, through social acceptance and understanding, and ending with punishment, including capital punishment.

The purpose of this paper is to highlight the interdisciplinary nature of issues around the crime of infanticide, and to point out discrepancies and interpretative difficulties associated with the criterion of the “influence of a childbirth”.

Key words

Infanticide, childbirth, child, mother, expert.

Maciej Bożek¹, Przemysław Piątek²

Strategiczne wykorzystanie dowodów (*Strategic Use of Evidence* – SUE) jako metoda weryfikacji wiarygodności wyjaśnień podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym

Streszczenie

Artykuł, bazując na wiedzy kryminalistycznej i karnoprosesowej, odnosi się do problematyki jednej ze współcześnie stosowanych m.in. w państwach Europy Zachodniej metod weryfikacji wiarygodności wyjaśnień podejrzanego. Przedstawiono w nim w szczególności wynikające z psychologii sądowej założenia teoretyczne metody, praktyczne aspekty wykorzystania jej w praktyce pracy m.in. prokuratora oraz problematykę dopuszczalności prawnej – zwłaszcza z punktu widzenia przepisów polskiej procedury karnej.

Słowa kluczowe

Przesłuchanie podejrzanego, weryfikacja wiarygodności wyjaśnień, śledztwo i dochodzenie.

Obecny model postępowania przygotowawczego wymusza na prokuratorze aktywny udział w czynnościach dowodowych, w tym – w przesłuchaniu podejrzanego. Wyrazistym przykładem tej ostatniej czynności jest obowiązkowe przesłuchanie podejrzanego przez prokuratora w postępowaniu prowadzonym przez Policję, jeśli zachodzą warunki do skierowania do sądu wniosku o tymczasowe aresztowanie³. Stwierdzenie to także dotyczy postępowań przygotowawczych w formie śledztwa, w których przesłuchanie podejrzanego – bez potrzeby stosowania środka zapobiegawczego – może

¹ Dr Maciej Bożek, biegły sądowy psycholog przy Sądzie Okręgowym w Katowicach, wykładowca Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, ORCID: 0000-0002-2701-7107.

² Dr Przemysław Piątek, prokurator Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku, wykładowca w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie, wykładowca w Wyższej Szkole Finansów i Prawa w Bielsku-Białej.

³ § 170 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1206 ze zm.; dalej w uproszczeniu jako „reg.”).

okazać się czynnością „najistotniejszą w sprawie”⁴ wymagającą bezpośredniego przeprowadzenia przez prokuratora. Potrzeba ta zresztą może wystąpić także w toku dochodzenia, które z jakichś ważnych powodów albo zostało przejęte do osobistego prowadzenia przez prokuratora, albo w toku którego po prostu z przyczyn taktyczno-organizacyjnych zajdzie konieczność osobistej aktywności prokuratora w związku z tą czynnością dowodową. Uzasadnione jest więc stwierdzenie, że prokurator powinien posiadać co najmniej elementarną wiedzę dotyczącą zasad przesłuchania podejrzanego. Przy czym istotne jest to, że nie dotyczy to jedynie zagadnień prawnych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego. Równie istotne jest posiadanie umiejętności dokonywania tej czynności w sposób „technicznie” właściwy i efektywny z punktu widzenia celów prowadzonego postępowania, zwłaszcza dążenia do poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych (art. 2 § 2 k.p.k.).

Poziom wiedzy i doświadczenia praktycznego pracowników organów prowadzących w Polsce postępowania przygotowawcze, zwłaszcza prokuratury, w zakresie wiedzy kryminalistycznej dotyczącej metod przesłuchiwanie podejrzanego oraz jej wykorzystania w toku prowadzonych spraw bardzo odstaje od aktualnego ich stanu na świecie⁵. Stąd też potrzeba podjęcia działań obejmujących zarówno „refleksję naukową” na tej płaszczyźnie, ale również aktywność metodyczną umożliwiającą zmianę tej niekorzystnej – z punktu widzenia szeroko rozumianego interesu wymiaru sprawiedliwości – sytuacji. Niniejsze opracowanie w zasadzie jest adresowane do prokuratorów, co nie oznacza, iż w ten sposób całkowicie zawężono krąg osób potencjalnie zainteresowanych jego treścią. Dotyczy ono wprawdzie tylko jednego spośród wielu zagadnień składających się na kryminalistyczną metodykę przesłuchania podejrzanego, ale bezspornie jest to jeden z najistotniejszych problemów w ramach omawianej czynności – weryfikacja wiarygodności wyjaśnień tej osoby⁶.

1. Wstęp

Współcześnie na świecie w praktyce ścigania przestępstw, w szczególności w zakresie technik przesłuchań podejrzanym lub osób podejrzewanych

⁴ § 170 ust. 1 *in principio* reg.

⁵ Stwierdzenie opiera się na wiedzy i doświadczeniu zawodowym autorów – m.in. biegłego z zakresu psychologii sądowej oraz prokuratora (obecnie w stanie spoczynku), będącego wykładowcą m.in. w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie.

⁶ Opracowanie jest jednym z efektów podjętych w Polsce „oddolnie” przez grupę prokuratorów i naukowców działań mających na celu, po pierwsze – usystematyzowanie i naukowe opracowanie współczesnych problemów kryminalistycznych i prawnych dotyczących przesłuchania podejrzanego przez prokuratora, a po drugie – stworzenie sensownego systemu metodyczno-dydaktycznego, który ułatwi wdrożenie w pracy polskich organów ścigania nowoczesnych i zgodnych z prawem metod dokonywania tej czynności.

nych, w dalszym ciągu popularne są metody detekcji (lub przynajmniej weryfikacji) nieszczerości (wiarygodności) relacji tych osób opierające się na ich zachowaniach niewerbalnych. Techniki wykrywania w taki sposób kłamstwa wciąż pojawiają się w systemach szkoleniowych organów ścigania np. w Stanach Zjednoczonych⁷. Są one również przedmiotem zainteresowań polskich ośrodków szkoleniowych Policji⁸. Niemniej, aktualne wyniki badań nad owymi technikami wskazują na to, iż niewerbalne „przejawy” kłamstwa są słabe i niewiarygodne. Jednak niewykluczone jest to, iż inne – niż dotychczasowe wadliwe – podejście naukowe do owych wskazówek mogłoby dostarczyć bardziej przekonujących danych umożliwiających pełną akceptację tych technik w zakresie oceny wiarygodności osób przesłuchiowanych w toku polskiego postępowania karnego. Ocenę negatywną stosowania technik opartych na niewerbalnych wskazówkach kłamstwa wzmacnia fakt, iż ich zwolennicy przeceniają i stereotypizują cechujące je powiązanie, przy jednoczesnej przeciętnej ich zdolności do weryfikacji nieszczerości relacji⁹.

Do metod przesłuchań opierających się na niewerbalnych przejawach kłamstwa zaliczane są także techniki wykorzystujące tzw. mikroekspresje twarzy¹⁰ oraz tzw. programowanie neurolingwistyczne (NLP)¹¹. Podobnie, jak

⁷ Zob. np. T. Licak, *Komunikacja pozawerbalna w pracy policji w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, *Ius et Administratio* 2013, nr 2, s. 45 i nast.; zob. też R. Kwasiński, *Metody przesłuchań stosowane przez FBI. Rzecz o tryumfie nauki i rozumu*, Warszawa 2020, s. 245 i nast. Są to np. system *Behavioral Analysis Interview* (BAI) opierający się na uwzględnieniu niewerbalnych i paralingwistycznych wskazówek kłamstwa (zob. np. R. Kwasiński, *Metody przesłuchań...*, s. 292 i nast.; *Interrogation: A Review Of The Science, High-Value Detainee Interrogation Group*, September 2016, s. 2, www.fbi.gov/file-repository, (dostęp 12 sierpnia 2021 r.)). Program ten jest niekiedy wykorzystywany m.in. w ramach tzw. techniki przesłuchania Reida, która budzi poważne wątpliwości nie tylko etyczne, ale i w zakresie dopuszczalności w polskim procesie karnym – zob. np. K. Karwowska, *Kontrowersyjne metody przesłuchania w sprawach karnych: teoria i praktyka*, *Studia Prawnoustrojowe*, UWM 2016, nr 31, s. 97 i nast.; E. Gruza, *Psychologia sądowa dla praktyków*, Rozdział 6. *Psychologia a przesłuchanie podejrzanego*, 6.3. *Taktyka przesłuchania*. 6.3.5. *Metoda „dziewięciu kroków”*, WKP 2021, LEX/el (dostęp 13 sierpnia 2021 r.).

⁸ Zob. np. B. Gibsiak, *Kryminalistyczne metody oceny wiarygodności zeznań – szanse i zagrożenia*, (w:) I. Mołdoch-Mehdóń, K. Maciąg, *Wybrane zagadnienia z zakresu kryminologii i psychologii kryminalistycznej*, Wydawnictwo Naukowe TYGIEL, Lublin 2020 r., wykorzystano wersję opublikowaną, (w:) <http://e-wspol.edu.pl/knk/artykuly/publikacje/63-kryminalistyczne-metody-oceny-wiarygodnosci-zeznania-szanse-i-zagrozenia> (dostęp 12 sierpnia 2021 r.).

⁹ A. Vrij, M. Hartwig, P. A. Granhag, *Reading Lies: Nonverbal Communication and Deception*, *Annual Review of Psychology*, Vol. 70:295–317, Jan. 2019, (w:) https://researchportal.port.ac.uk/portal/files/13540389/Reading_Lies.pdf. oraz powołana tam literatura (dostęp 14 sierpnia 2021 r.).

¹⁰ O charakterze i znaczeniu mikroekspresji twarzy zob. np. P. Ekman, *Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie*, Warszawa 2011, s. 112 i nast.

¹¹ Zob. np. D. E. Zulaewski, D. E. Wicklander, *Practical Aspects of Interviewing and Interrogation*, 2nd Edition, CRC PRESS 2002, *Practical Aspects of Interview and Interrogation*. Second Edition. eBook–EE (rageuniversity.org), s. 223 i nast. (dostęp 14 sierpnia 2021 r.).

w przypadku wspomnianej techniki BAI współcześnie sygnalizowany jest brak udowodnionych podstaw naukowych dla stwierdzenia efektywności tych metod w zakresie ujawniania relacji nieszczerých osób przesłuchiowanych¹².

W raporcie działającego przy FBI zespołu HIG z 2016 roku¹³ sugeruje się, aby w praktyce śledczej korzystać z szeregu innych niż ww. technik weryfikacji kłamstw osób przesłuchiowanych (zwłaszcza – podejrzanych), które oparte są nie na dostrzeganiu przejawów kłamstwa (jak w przypadku wskazówek niewerbalnych), ale na wychwytywaniu przez przesłuchujących różnic między potencjalnym kłamstwem a prawdą. Wśród szeregu różnych metod raport wymienia będącą przedmiotem niniejszego opracowania metodę „strategicznego wykorzystania dowodów” (*Strategic Use of Evidence* – SUE)¹⁴.

2. Podstawy teoretyczne SUE

W psychologii śledczej przesłuchania w toku postępowania tzw. sądowego (w tym np. postępowania karnego) są traktowane jako specyficzna forma komunikacji interpersonalnej. Badania dotyczące tak rozumianych przesłuchań, przyjmują najczęściej formę eksperymentalną i dotyczą różnych kwestii. Z punktu widzenia prezentowanej w niniejszym opracowaniu metody przesłuchania SUE warto przytoczyć wyniki jednego z ciekawszych projektów badawczych dotyczącego samodzielnego przyznania się przez osoby przesłuchiwane do sprawstwa czynu. Naukowcom udało się ustalić, że – w opinii samych sprawców – najważniejszymi przyczynami, które skłoniły ich do złożenia wyczerpujących i obciążających ich wyjaśnień, są:

- 1) wewnętrzna presja wywołana poczuciem winy i przeświadczeniem, że przyznanie się w jakimś stopniu pozwoli zwalczyć ten negatywny stan psychiczny,
- 2) zewnętrzna presja wynikająca z oddziałujących na siebie czynników np. taktyki przesłuchania, okoliczności mu towarzyszące oraz obawy przed surowym wymiarem kary,
- 3) świadomość stanu materiału dowodowego. Obejmuje to zarówno przewidywania przesłuchiwanego co do dowodów, jakimi dysponuje prokuratura lub policja, i płynąca z tego konstatacja, że pomimo negowania faktu popełnienia zarzucanego przestępstwa będzie to możliwe do wykazania przed sądem¹⁵.

¹² Interrogation: A Review Of The Science..., s. 33; A. Vrij, M. Hartwig, P. A. Granhag, Reading Lies..., s. 13–14.

¹³ Interrogation: A Review Of The Science..., s. 33–43.

¹⁴ Interrogation: A Review Of The Science..., s. 27–28.

¹⁵ G. H. Gudjonsson, I. Bownes, The reasons why suspects confess during custodial interrogation: Data for Northern Ireland, Medicine, Science and the Law 1992, nr 32, s. 204–212.

Ustalenia te zostały potwierdzone wynikami podobnych badań, które objęły dorosłych więźniów płci męskiej w Japonii¹⁶. Dla potrzeb zrozumienia funkcjonowania metody SUE szczególne znaczenie ma trzecia z ww. przyczyn przyznawania się związana z tzw. percepcją dowodów w świadomości przesłuchiwanego.

Koncepcja SUE jest wynikiem wieloletniej współpracy policji i prokuratury skandynawskiej z zespołem badawczym profesora Pär-Andersa Granhaga z Uniwersytetu w Göteborgu. Jej efekty to nie tylko publikacje naukowe, ale stworzone systemy szkoleniowe i ich wykorzystywanie w praktyce policyjnej. Sam autor metody SUE w żadnej swojej publikacji nie twierdzi, że odkrywa coś zupełnie nowego, a jedynie naukowo bada psychologiczne prawidłowości metod stosowanych w praktyce przesłuchiwania i stara się je optymalizować.

Oczywiste jest to, że każdy prokurator, stosuje swoją własną strategię przesłuchania podejrzanych, nierzadko właśnie z wykorzystaniem prezentacji („ujawnienia”) dowodów i osiąga wielokrotnie dzięki temu zamierzony efekt. W Polsce dotychczas metoda ta była traktowana wyłącznie jako czynnik wspierający przekonanie podejrzanego do zmiany początkowego stanowiska, w ramach którego negował sprawstwo czynu lub w ogóle związek ze sprawą¹⁷. Opisywane i stosowane w praktyce „selektywne ujawnianie dowodów” poniekąd przypomina w swym przebiegu prezentowaną metodę SUE. Niemniej, pierwszoplanowym celem zastosowania SUE jest weryfikacja prawdziwości uzyskiwanych od podejrzanego informacji. Nie wyklucza to jednak osiągnięcia – w efekcie jej zastosowania – tych samych skutków w zakresie zmiany stanowiska podejrzanego.

Autorzy omawianej metody wskazują, że u podstaw SUE wykorzystuje się m.in. teorię tzw. samoregulacji autorstwa R. Baumeistera. Zgodnie z nią w przesłuchaniach, zwłaszcza podejrzanych, pożądanym efektem działania przesłuchiwanego jest spowodowanie, aby przesłuchujący uwierzył w prezentowaną wersję wydarzeń. Ludzie (np. przesłuchiwanego podejrzanego) będą wybierać różne metody prowadzące do osiągnięcia pożądanego stanu np. przekonania przesłuchującego do prezentowanej wersji. W tym celu zmieniają swoje zachowanie tak, aby maksymalizować szansę na swoje uwiarygodnienie. Niektóre z tych zmian mogą być kontrolowane przez przesłuchiwanego i będą – z kolei – stanowić zamierzony element jego strategii uwiarygodniania się przed przesłuchującym. Natomiast inne zmiany zachowań

¹⁶ T. Wachi, K. Watanabe, K. Yokota, Y. Otsuka, M. E. Lamb, Prisoners' reasons for confessions and interviewing styles, *The Japanese Journal of Psychology* 2017, Vol. 87, nr 6, s. 611 i nast., skorzystano z wersji https://www.jstage.jst.go.jp/article/ijpsy/87/6/87_87.16002/_pdf (dostęp 17 sierpnia 2021 r.).

¹⁷ Zob. np. powiązane z perswazją metody „kumulatywnego” oraz „selektywnego” ujawniania dowodów, (w:) K. Otłowski, *Podejrzany w postępowaniu karnym*, Studium kryminalistyczne, Warszawa 1979, s. 80 i nast.

zachodzą automatycznie i opierają się na nieformalnej intuicji poznawczej człowieka, nabytej w ciągu całego jego życia. W ramach omawianej teorii wyróżnia się dwie podstawowe kategorie strategii samoregulacyjnych podejmowanych:

- 1) strategię behawioralną, w której samo zachowanie przesłuchiwanego prowadzi do „neutralizacji zagrożenia”, jakie niesie ze sobą przesłuchanie. Wśród nich popularna jest kontrtatyka przesłuchania w postaci całkowitego milczenia przesłuchiwanego zarówno w efekcie zwerbalizowanego skorzystania z prawa do odmowy składania wyjaśnień jak i nawet zaniechania wyartykułowania jakiegokolwiek słowa w trakcie przesłuchania. W tej sytuacji przesłuchujący nie ma możliwości wciągnięcia przesłuchiwanego w jakąkolwiek interakcję, zwłaszcza, iż jego decyzja woli obejmująca takie zachowanie pozostaje pod pełną ochroną prawa do obrony (art. 175 § 1 k.p.k.). Innym przykładem jest symulowanie przez podejrzanego choroby (np. ataku serca) lub podjęcie innej czynności uniemożliwiającej przeprowadzenie przesłuchania w danym terminie i miejscu,
- 2) strategię poznawczą cechującą się tym, że przesłuchiwany koncentruje się nie na samej czynności przesłuchania (jako fakcie, do którego i tak doszło), ale na „mniej zagrażających mu” niektórych aspektach przesłuchania (np. okolicznościach czasu i miejsca czynności, jej przebiegu, treści pytań). Podejrzanym może, na przykład, tłumaczyć sobie, że przesłuchujący nie posiada jeszcze wystarczająco „mocnych” dowodów. Przesłuchanie w danym momencie (zdaniem podejrzanego) to błąd taktyczny, gdyż pozwoli mu rozeznąć się w kierunkach prowadzonego postępowania i ewentualnie „zatrzeć ślady” tam gdzie w przyszłości policja i prokurator mieliby szansę na ich ujawnienie¹⁸. SUE koncentruje się m.in. na wykorzystaniu dowodów przez przesłuchującego w celu minimalizacji możliwości zastosowania przez podejrzanego strategii poznawczych.

Osią SUE jest założenie, że strategię przyjmowane przez osoby „winne” (faktycznych sprawców zarzucanych czynów) i chcące dowieść swojej niewinności będą jakościowo inne od strategii osób „niewinnych”. Strategię „niewinnych” także są nakierowane tylko i wyłącznie na udowodnienie, że – tym razem – zgodnie z rzeczywistością, nie mają oni nic wspólnego ze sprawą. U obu tych kategorii osób odmienne są obawy dotyczące aspektów przesłuchania. Negujący zarzut „winny” podejrzanym obawia się, że przesłuchujący „odkryje”, a w zasadzie – ostatecznie przekona się o tym, że przesłuchiwany jest sprawcą. Faktycznie „niewinny” – zgoła odmiennie – może

¹⁸ M. Hartwig, P. A. Granhag, T. Luke, Strategic Use of Evidence During Investigative Interviews: The State of the Science, Credibility Assessment, First Edition, Scientific Research and Applications, https://www.researchgate.net/publication/281952855_Strategic_Use_of_Evidence_During_Investigative_Interviews_The_State_of_the_Science 2014, s. 10 i nast. (dostęp 20 września 2021 r.).

się obawiać, iż przesłuchujący w efekcie przesłuchania nie przekona się co do jego rzeczywistej „niewinności”¹⁹. Można dodać, iż z takim założeniem dotyczącym strategii stosowanych przez „podejrzanych – kłamców” i „podejrzanych – prawdomównych” wiąże się dostrzegalny nierzadko w praktyce śledczej fakt, że jeśli osoba posługuje się najpierw strategią poznawczą, która jest znacznie trudniejsza do „wykrycia” niż behawioralne uciekanie od przesłuchania za pośrednictwem „symulacji”, to nagły powrót do strategii behawioralnej (np. „przerwijmy przesłuchanie, bo się źle czuję”) będzie dla przesłuchującego jasną przesłanką, że osoba ta jest sprawcą lub – co najmniej – posiada szerszą wiedzę na temat okoliczności objętych przesłuchaniem niż wynika to z jej dotychczasowej relacji.

Koncentracja na strategiach poznawczych wynika z jeszcze jednego bardzo ważnego faktu – osobom „winnym” najczęściej zależy na ukryciu jakiegoś fragmentu śladu, który faktycznie jest uformowany w ich pamięci (np. przesłuchiwany chce ukryć w trakcie przesłuchania fakt pamiętania tego, że dokonał zarzucanego czynu i w to miejsce konstruuje np. fikcję). „Niewinny” przesłuchiwany – od strony psychologicznej – nie chce i nie musi nic ukrywać, chce powiedzieć dosłownie wszystko o co pyta przesłuchujący, bez zastanawiania się nad odpowiedzią. Wynika to z faktu, że o wiele trudniej jest wymyśleć wspomnienie poczynając od przysłowiowego „zera”, niż po prostu przywołać je z pamięci – nawet po znacznym upływie czasu. Dzięki temu, w myśl przytaczanej koncepcji, faktyczni sprawcy z dużym wysiłkiem muszą podjąć szereg decyzji odnośnie swojej strategii przekazywania w trakcie przesłuchania informacji i cały czas kontrolować ich treść. Wynika to nie tylko z tego, żeby samemu sobie nie zaprzeczyć w trakcie tej czynności, ale również z tego, iż „winny podejrzany” musi kontrolować, aby przypadkiem nie naprowadzić przesłuchującego na ślad ważnej w sprawie dodatkowej okoliczności, która w danym momencie nie stanowi głównego problemu zainteresowania ze strony pracownika organu postępowania.

W latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku Linden Hilgendorf i Barrie Irving opracowali model dotyczący decyzji związanych ze strategią informacyjną w konkretnej sprawie. Zgodnie z nim, obciążenie poznawcze, jakie wynika z wielorakich wyborów przesłuchiwanego mających na celu ukrycie prawdy, będzie powodować specyficzne jego zachowania. Wpływ na nie mają 3 grupy okoliczności:

- 1) przewidywany dalszy rozwój (przebieg) czynności przesłuchania,
- 2) przewidywane konsekwencje każdego konkretnego wariantu rozwoju przesłuchania,

¹⁹ Oczywiście może się zdarzyć, iż obiektywnie „niewinny” podejrzany będzie kłamać np. w celu ochrony innej osoby przed odpowiedzialnością. Jednak takie przypadki należy zaliczyć do skrajnych wyjątków, które nie deprecjonują wartość opisanych założeń dotyczących zachowań obu kategorii przesłuchiowanych.

3) subiektywna ocena waloru utylitarnego powyższych wariantów²⁰.

Przesłuchiwany, jak widać – czy jest tego świadomy czy też nie – myśli o tym, jak może dalej potoczyć się czynność przesłuchania (np. o co jeszcze może zapytać go prokurator, jeśli nie udzieli odpowiedzi na konkretne pytanie). Do tego rozważa on konsekwencje poszczególnych dróg rozwoju czynności – np. czy prokurator, który „wyczuje” jego fałsz, może być przy kolejnych pytaniach bardziej dociekliwy i mniej skory do pominięcia jakichś kwestii. Ostatecznie przesłuchiwany musi się zastanowić nad tym, który z wariantów jego strategii finalnie będzie najbardziej dla niego korzystny.

Racjonalne wykorzystanie SUE przez prokuratora (policjanta) pozwala oddziaływać na wszystkie elementy tego procesu decyzyjnego oraz ograniczać te elementy, które utrudniają czynność przesłuchania np. strategię unikania interakcji u niektórych przesłuchiowanych. Oczywiście wszelkie działania przesłuchującego, w szczególności w przypadku skorzystania przez podejrzanego z uprawnienia do odmowy składania wyjaśnień, muszą być zgodne z prawem. Oznacza to – przykładowo – iż stanowcza decyzja podejrzanego o „braku interakcji” z przesłuchującym nie może być „przełamywana” w zakazany przez prawo sposób. Jednocześnie nie oznacza to absolutnego zakazu rozmowy z podejrzanym, który np. waha się odnośnie kwestii zastosowania strategii w ramach linii obrony²¹. Inaczej wygląda sytuacja, gdy podejrzany w ramach etapu swobodnej wypowiedzi (skorzystał z prawa do składania wyjaśnień) pomija obciążające go szczegóły albo w tym zakresie kłamie. A jeszcze inaczej sytuacja może wyglądać w razie zastosowania przez podejrzanego strategii polegającej na odmowie składania wyjaśnień i poprzestaniu wyłącznie na udzielaniu odpowiedzi na zadawane pytania. Warto zauważyć, iż w takiej sytuacji podejrzany w istocie pozbawia się uprawnienia do złożenia relacji w ramach etapu swobodnej wypowiedzi. We wszystkich przypadkach otwiera się możliwość dla przesłuchującego wdrożenie metody SUE.

²⁰ E. L. Hilgendorf, B. Irving, A Decision-Making Model of Confessions, (w:) Lloyd-Bostock S.M.A. (eds), *Psychology in Legal Contexts*, Oxford Socio-Legal Studies, Palgrave Macmillan, 1981 London, https://doi.org/10.1007/978-1-349-04917-2_5 (dostęp 29 września 2021 r.).

²¹ W k.p.k. brak jest przeszkód prawnych do informowania podejrzanego, że złożenie przez niego wyjaśnień może przyczynić się nie tylko do dokonania ustaleń korzystnych dla niego, ale także do szybszego zakończenia postępowania karnego, zob. np. D. Tarnowska, *Uprawnienia oskarżonego w świetle prawa do obrony*, Prok. i Pr. 2006, nr 7–8, s. 137; podobnie: L. K. Paprzycki, *Komentarz do art. 175 k.p.k. teza 2*, (w:) L. K. Paprzycki (red.) *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2015, R. A. Stefański, *Komentarz do art. 175 k.p.k. teza 5*, (w:) R. A. Stefański (red.), S. Zabłocki (red.) *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, WKP 2019, LEX/el.

3. Technika SUE – aspekty praktyczne

Jak już sygnalizowano – pierwszoplanowym celem stosowania metody SUE jest weryfikacja wiarygodności relacji przesłuchiwanego podejrzanego. Odbywa się to w istocie poprzez identyfikację stosowanej przez przesłuchiwanego strategii z uwzględnieniem wiedzy o różnicach między strategiami, które są wykorzystywane przez „podejrzanых kłamców” („winnych”) oraz „podejrzanых prawdomównych” („niewinnych”). Punktem wyjścia ocen zachowań przesłuchiwanego jest udowodnione już w badaniach założenie, iż „podejrzani kłamcy” – jeśli nie posiadają wiedzy lub co najmniej nie mają pewności co do stanu wiedzy przesłuchującego odnośnie faktów związanych z zarzucanym czynem (przedmiotem przesłuchania) – cechują się reakcjami werbalnymi, w których pojawia się „unikanie” odpowiedzi na zadawane pytania krytyczne albo wprost udzielanie w tym zakresie odpowiedzi negatywnych²². Przesłuchujący generalnie musi wiedzieć, jakie informacje odnośnie stanu jego wiedzy w sprawie z pewnością posiada przesłuchiwany. Jeśli przesłuchujący nie ma pewności, czy podejrzany wie, że prokurator (policjant) posiada jakąkolwiek konkretną i istotną w sprawie informację obciążającą – zastosowanie metody SUE może być co najmniej utrudnione. Co więcej, może zdarzyć się, że inteligentni podejrzani mają świadomość posiadania przez przesłuchującego określonych („danych”) istotnych informacji, a przesłuchujący odpowiednio na to nie zareaguje. Wówczas podejrzany może wykorzystać tę wiedzę dla użycia swoistych kontrtechnik przesłuchania z wykorzystaniem manipulacji kluczowymi aspektami owej informacji w sposób korzystny dla siebie. A to – jak łatwo się domyślić – może co najmniej utrudnić albo wręcz uniemożliwić przesłuchującemu (jako organowi procesowemu) legalne dotarcie do prawdy, stanowiącej podstawę ustaleń faktycznych w toku postępowania karnego. Przykładowo, informacje obciążające w rozumieniu art. 313 § 1 k.p.k. („dane dostatecznie uzasadniające popełnienie czynu przez określoną osobę”) pochodzą z dowodów w postaci pomówienia współsprawcy, śladów linii papilarnych oraz treści zeznań przypadkowego świadka, który widział znanego mu podejrzanego na miejscu zdarzenia, jednocześnie nie będąc dostrzeżonym przez tego ostatniego. Prokurator powinien w sposób jednoznaczny podjąć próbę ustalenia, o których dowodach podejrzany wie. Obiektywnie ujmując – pewność przesłuchującego o braku wiedzy podejrzanego w tym zakresie może odnosić się wyłącznie do zeznań świadka, którego podejrzany nie widział na miejscu zdarzenia (o istnieniu pozostałych dowodów naturalnie może on wiedzieć). I ta wiedza przesłuchującego jest punktem wyjścia dla zastosowania metody SUE.

²² M. Hartwig, P. A. Granhag, T. Luke, Strategic Use of Evidence During Investigative Interviews..., s. 18.

W praktycznym aspekcie na SUE składają się 2 „piętra” zagadnień. „Piętro strategiczne” to zestaw zgeneralizowanych przesłanek do stosowania metody, a także zależnych od konkretnej sprawy okoliczności szczególnych. Z kolei „piętro taktyczne” obejmuje specyficzne techniki zadawania pytań oraz specyficzne techniki ujawniania dowodów²³. Obydwie grupy zagadnień mają istotne znaczenie zarówno dla planowania czynności przesłuchania, jak i samego jego przebiegu.

W ramach strategii SUE, na przesłuchującym prokuratorze ciąży ten sam obowiązek, co w przypadku przesłuchania każdego podejrzanego, a w zasadzie w ogóle prowadzenia lub nadzorowania jakiegokolwiek postępowania przygotowawczego – doskonała znajomość materiału aktowego. Kluczowa jest tu wspomniana identyfikacja źródeł informacji obciążających, o których wie przesłuchiwany. Kiedy przesłuchujący wytypuje katalog informacji kluczowych dla rozstrzygnięcia sprawy (dzieląc je na znane i nieznanе podejrzanemu), musi opracować pytania, dzięki którym będzie w stanie w drugiej fazie czynności wykazać ewentualne niekonsekwencje w wypowiedziach przesłuchiwanego, a w ten sposób – zweryfikować jego prawdziwość. W efekcie zastosowania SUE świadomość przesłuchiwanego, iż w trakcie przesłuchania ujawniono niekonsekwencje w jego wersji, może skutkować jej zmianą (odpowiadającą prawdzie), a nawet przyznaniem się do stawianego zarzutu – wbrew początkowemu stanowisku. W opracowaniu wspomnianych pytań ważne jest zachowanie właściwej kolejności – od pytań tzw. otwartych, przez pytania uszczegóławiające, do pytań tzw. confirmacyjnych. Oczywiście pytania w trakcie przesłuchania muszą odpowiadać ograniczeniom wynikającym z art. 171 § 4 k.p.k. (zakaz zadawania pytań sugerujących odpowiedź²⁴). Powinny być one konstruowane z zamiarem ujawnienia różnic w sygnalizowanych wcześniej strategiach, jakie są wykorzystywane przez osoby prawdziwe i kłamące. Wcześniejsze przygotowanie w ten sposób pytań daje prokuratorowi znaczącą „taktyczną przewagę” w przesłuchaniu, ponieważ w rzeczywistości dostarcza mu dodatkowych „zasobów psychologicznych”. Wynika to z faktu, iż dobrze przygotowane pytania dla potrzeb przesłuchania skutkują *de facto* „automatyzacją” ich zadawania. Prokurator w trakcie przesłuchania zazwyczaj nie będzie już zastanawiać się nad treścią kolejnych pytań i z tego powodu może bardziej skoncentrować się na wypowiedziach osoby przesłuchiwanej, błyskawicznie wychytując występujące w odpowiedziach nieścisłości. Oczywiście efekt tych działań zależy od treści relacji podejrzanego oraz jego odpowiedzi na kolejne pytania. Niemniej, wła-

²³ P. A. Granhag, A. Vrij, Interviewing to detect deception, (w:) P. A. Granhag (red.), Forensic psychology in context: Nordic and international approaches, Willan Publishing, 2010, s. 75–93.

²⁴ Problematyka dopuszczalności stosowania metody SUE, w tym prawnych aspektów konstrukcji zadawanych pytań, omówiona jest w dalszej części opracowania.

ściwe opracowanie (zredagowanie) treści pytań, przy założeniu możliwości wystąpienia którejś ze wspomnianych wcześniej strategii przesłuchiwanego, z pewnością ułatwi weryfikację wiarygodności prezentowanej przez podejrzanego wersji.

Kolejnym elementem SUE są techniki zadawania pytań. Jednym z wyjątkowo użytecznych aspektów omawianej metody jest fakt, że nie odbiega ona w swojej początkowej części od „normalnie” przeprowadzanego przesłuchania, co – w zasadzie – nie powinno pozwolić przesłuchiwanemu zorientować się odnośnie szczegółowej intencji przesłuchującego. „Klasyczny” kryminalistyczny schemat pytań (ogólne, uszczegółowiające i konfirmacyjne) jest tu oczywiście zachowany, niemniej występuje tu dodatkowe założenie. Przesłuchujący zadając wcześniej przygotowane pytania – rejestruje w pamięci konkretne sposoby odpowiedzi osoby przesłuchiwanej i w ten sposób może wyciągać określone wnioski. „Inteligentni przesłuchiwani” ukrywający prawdę będą się głównie posługiwać kontraktami unikania i zaprzeczenia, będą pomijać niewygodne dla siebie wątki dotyczące zagadnienia, o który pyta prokurator albo będą wprost zaprzeczać lub kłamać na ich temat. Najczęściej w fazie swobodnej wypowiedzi wystąpi tu pomijanie, natomiast w fazie pytań szczegółowych – zaprzeczanie lub kłamanie. Stąd też, jeśli zadawane pytania były uprzednio prawidłowo przygotowane przez prokuratora, to odpowiedzi kłamiącego podejrzanego będą w zasadzie pozostawać w sprzeczności z materiałem dowodowym w stopniu, który całkowicie wyklucza ich inną interpretację. Jednocześnie pytania nie mogą być sformułowane w taki sposób, ażeby przesłuchiwany dostrzegał w nich – według swego mniemania – jakąkolwiek „pułapką” zastawioną przez przesłuchującego.

Autorzy metody SUE sugerują stosowanie metody „lejka” (*funnel*) jako najskuteczniejszego układu pytań prowadzącego do najbardziej jaskrawego w skutkach i rejestrowalnego dla „ludzkiego oka” sposobu ujawniania obciążenia poznawczego u przesłuchiwanego²⁵. Polega ona na wspomnianym wcześniej mechanizmie przechodzenia od pytań najbardziej otwartych do tych najbardziej szczegółowych i „krytycznych”. W przypadku pytań otwartych, choćby tylko tego „pierwszego” związanego z rozpoczęciem etapu swobodnej wypowiedzi podejrzanego po ogłoszeniu mu treści zarzutu (art. 171 § 1 k.p.k.), już można dostrzec pierwsze różnice charakteryzujące zachowania podejrzanych kłamców i prawdomównych. Ci drudzy – zarówno na etapie swobodnej wypowiedzi, jak i na etapie zadawanych pytań, jeszcze tych ogólnych, niemniej celowo przygotowanych w ramach omawianej metody, chętniej udzielają informacji nawet potencjalnie ich obciążających (np. potwierdzają przebywanie w miejscu zdarzenia w czasie popełnienia zarzu-

²⁵ M. Hartwig, P. A. Granhag, L. A. Strömwall, O. Kronkvist, Strategic use of evidence during police interviews: When training to detect deception works, *Law and Human Behavior* 2006, nr 30, s. 603–619.

canego czynu). Wynika to prawdopodobnie z tego, iż osoba prawdomówna – mając wiedzę o tym, że nie jest sprawcą – jest również przekonana, że dana informacja nie jest dla niej obciążająca. W przypadku podejrzanego nieprawdomównego na etapie swobodnej wypowiedzi albo w efekcie zadania ogólnego pytania odnoszącego się do treści ogłoszonego zarzutu (np. „co pan robił w danym dniu o danej godzinie”?) zachodzi większe prawdopodobieństwo uniknięcia przekazania skonkretyzowanej informacji w kwestii pobytu w miejscu zdarzenia, co jest naturalnym efektem strategii stosowanej przez kłamcę. Charakter odpowiedzi w przypadku podejrzanych nieprawdomównych jednoznacznie ulega zmianom w przypadku zadania – zgodnie z zasadą wspomnianego „lejka” – kolejnego, bardziej szczegółowego pytania. Wobec wcześniejszego „uniknięcia” przekazania informacji w ramach swobodnej wypowiedzi lub pytania ogólnego zadane jest oczywiście pytanie bardziej uszczegóławiające o fakt pobytu w miejscu zdarzenia w czasie popełnienia czynu (czy w dniu X o godzinie Y był pan w miejscu Z?). Pytanie to, rzecz jasna, nie ma charakteru sugestywnego, gdyż formalnie nawiązuje do treści ogłoszonego przesłuchiwanemu zarzutu. Wyniki badań naukowych dotyczących reakcji podejrzanych nieprawdomównych na takie pytania są jednoznaczne – występuje tu negacja, a tym samym łatwo dostrzegalna „jaskrawa” sprzeczność z pozostałym obciążającym materiałem dowodowym. Co ciekawe, negacja ta jest znacznie stopniowalnie bardziej wyraźna w przypadku pytań coraz bardziej szczegółowych dotyczących coraz bardziej obciążającej informacji, o które pyta przesłuchujący. Wynika to z faktu, że podejrzani „winni – kłamcy” traktują ukrywane informacje (*de facto* – obciążające) jako bodziec awersyjny²⁶, a więc np. w trakcie przesłuchania starają się nie mieć z nim nawet jakiegokolwiek „werbalnego kontaktu”²⁷.

Efekt w postaci w miarę skutecznej próby rozróżnienia podejrzanych prawdomównych od „kłamców” jest osiągany m.in. dzięki zadawaniu pytań dotyczących najbardziej obciążających informacji w późniejszych etapach przesłuchania (co zresztą formalnie odpowiada fazom przesłuchania, o których mowa w art. 171 § 1 k.p.k.). Jest to zgodne z podstawowym założeniem SUE – ujawnianiem w pytaniach informacji o dowodach jednoznacznie obciążających, jakimi dysponuje przesłuchujący i o których przesłuchiwany nie wie – właśnie „na końcu”, a nie „na początku” przesłuchania. W dalszych fazach przesłuchania zdolności poznawcze przesłuchiwanego są już faktycznie nadszarpnięte głównie przez ciągłe myślenie o przebiegu czynności, a niekiedy przez ustalanie (poprawianie) prezentowanej wersji. Przy czym

²⁶ Bodziec awersyjny to bodziec lub sytuacja, u obserwowanego lub warunkowanego organizmu zwierzęcego, wywołująca ból lub inne nieprzyjemne odczucia zarówno fizyczne jak i psychiczne. Zob. np. B. F. Skinner, *Zachowanie się organizmów*, Warszawa 1995.

²⁷ M. Hartwig, P. A. Granhag, T. Luke, *Strategic Use of Evidence During Investigative Interviews: The State of the Science...*, s. 18–19.

dla osoby prawdomównej obciążające poznawczo są tylko obiektywnie występujące czynniki fizyczne, do których można zaliczyć np. brak odpowiedniej wentylacji pomieszczenia, czy uciążliwą dla organizmu temperaturę itd. Chodzi tu oczywiście o takie „obiektywne” okoliczności przesłuchania, które nie są w żaden nielegalny sposób dla celów „efektywności” przesłuchania świadomie kreowane przez przesłuchującego. Rzeczą oczywistą jest to, iż zgłoszenie takich niedogodności przez przesłuchiwanego wymaga stosownej reakcji legalnie działającego prokuratora np. poprzez zarządzenie przerwy w czynności i przewietrzenie pomieszczenia. W przypadku „podejrzanych kłamców” obciążającą poznawczo jest dodatkowa okoliczność „intelektualna”. Wiąże się ona z tym, że im dany podejrzany dłużej kłamie, tym lepiej musi pamiętać co dokładnie wcześniej powiedział przesłuchującemu i zestawiać to z całością swojej „fabrykacji”. Wszak tylko wtedy, zgodnie ze swoją strategią „logiki” prezentowanej wersji, będzie – przynajmniej w swoim przekonaniu – dla przesłuchującego przekonujący. Z tego powodu przy pomocy modelu „lejka” w zakresie zadawania pytań w końcowych fazach przesłuchania w przypadku osób nieprawdomównych można się spodziewać regresji od kłamania i zaprzeczenia wprost – do unikania udzielenia odpowiedzi. Jest to spowodowane wspomnianą obawą o naruszenie „logiki” relacji i „utratę wiarygodności” u przesłuchującego. I to będzie dla prokuratora szczególnie widoczne.

Co ciekawe, przeprowadzone badania wskazują, że poziom obciążenia poznawczego u osób ukrywających prawdę będzie powodował wyraźnie obserwowalne błędy w treści odpowiedzi na pytania w przypadku zwiększenia na tym etapie tempa zadawania pytań, bądź skrócenia czasu przewidzianego na odpowiedź²⁸. Oczywiście uniemożliwienie w ogóle odpowiedzi na zadane pytanie nie wchodzi w rachubę w toku legalnie przeprowadzanego przesłuchania. Wszak możliwość uwzględnienia tej zależności w ramach wspomnianej metody „lejka” jest, rzecz jasna, uzależniona od świadomości zakazu „przekroczenia czerwonej linii” wyznaczającej procesowy obowiązek zapewnienia swobody wypowiedzi przesłuchiwanego, także na etapie odpowiedzi na zadawane pytania. Ogólnie spowodowanie w taki sposób przez prokuratora przyspieszenia procesów poznawczych u przesłuchiwanego nie jest zabronione. Niemniej, z taktycznego punktu widzenia, w ramach SUE powinno to mieć miejsce w końcowych fazach przesłuchania w związku z zadawanymi właśnie wówczas pytaniami dotyczącymi ustalonych w toku postępowania najbardziej obciążających informacji.

Najważniejszy zakładany efekt SUE jest osiągany w związku z ujawnieniem przesłuchiwanemu tego – jakim faktycznym materiałem dowodowym

²⁸ J. Masip, I. Blandón-Gitlin, C. Martínez, C. Herrero, I. Ibabe, Strategic Interviewing to Detect Deception: Cues to Deception across Repeated Interviews, *Frontiers in Psychology* 2016, nr 7, s. 1702, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2016.01702> (dostęp 20 września 2021 r.).

dysponuje przesłuchujący oraz sam zakresem tej czynności. Przy dokonywaniu tej czynności należy wziąć pod uwagę co najmniej trzy parametry:

- 1) moment, w którym ujawniany jest podejrzanemu materiał,
- 2) ilość materiału, który jest ujawniany w konkretnym momencie,
- 3) „ciężar” ujawnianego materiału.

Obszerne badania objęły w szczególności pierwszy z tych parametrów. Badania nie dotyczyły tylko ustalenia, które z technik opierających się na momencie ujawnienia dowodów są bardziej skuteczne („przed”, „w trakcie”, czy „pod koniec” przesłuchania). Chodziło w nich przede wszystkim o sprawdzenie skuteczności SUE w zakresie weryfikacji prawdomówności. Uwzględniając popularność praktycznego stosowania SUE w pracy śledczej zwłaszcza w krajach Skandynawskich i na Wyspach Brytyjskich, wynikające z tych badań ustalenia mają znaczenie dla sensowności rozważania stosowania tej metody także w Polsce. W metaanalizie, uwzględniającej rezultaty badań wcześniejszych, prowadzonych nierzadko nawet w różnych kontekstach kulturowych i według różnych metodologii, wykazano, że najefektywniejszymi technikami posługiwania się materiałem dowodowym podczas przesłuchania jest jego ujawnienie albo w jak najpóźniejszym momencie przesłuchania albo skorzystanie ze strategii stopniowania ujawniania dowodów. W tym drugim przypadku oznacza to oczywiście zaniechanie totalnego „odsłonięcia wszystkich kart” przez przesłuchującego na początku przesłuchania, a w miejsce takiej czynności – powolne i stopniowe ujawnienie podejrzanemu informacji dowodowych²⁹. Jak już wspomniano na wstępie, głównym efektem stosowania SUE jest weryfikacja procesowa wiarygodności przesłuchiwanego podejrzanego. Niemniej, co także sygnalizowano, zastosowanie tej metody może pozwolić na legalne osiągnięcie jeszcze innego celu ułatwiającego dotarcie do prawdy w prowadzonym postępowaniu. SUE zakłada dokonanie czynności polegającej na ujawnieniu podejrzanemu w ramach zadawanych pytań informacji o najbardziej obciążających go dowodach na późnym (a nie wstępnym) etapie przesłuchania. Wówczas to przesłuchujący dokonuje konfrontacji odpowiedzi na takie pytania z fragmentami jego wcześniejszymi relacji (z etapu swobodnej wypowiedzi oraz np. pytań ogólnych), które – w przypadku podejrzanego nieprawdomównych – stoją w oczywistej sprzeczności z zebrany materiał dowodowy. Świadomość podejrzanego „kłamcy”, że przesłuchujący ujawnił okoliczności deprecjonujące wartość jego relacji może spowodować u przesłuchiwanego dysonans poznawczy³⁰ na tyle mocny, że będzie on chciał go zredukować

²⁹ S. Oleszkiewicz, S. J. Watson, A meta-analytic review of the timing for disclosing evidence when interviewing suspects, *Applied Cognitive Psychology* 2021, nr 35, s. 342–359, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/acp.3767> (dostęp 20 września 2021 r.).

³⁰ Dysonans poznawczy to stan nieprzyjemnego napięcia psychicznego, pojawiający się u danej osoby wtedy, gdy jednocześnie występują dwa elementy poznawcze (np. myśli i są-

poprzez np. przyznanie się do fragmentu zarzutu (zarzutów) albo co najmniej wytłumaczyć swojego zaangażowania w zarzucany czyn – nawet przy jednoczesnym pomniejszaniu swojej roli w przestępstwie. Może zdarzyć się też tak, że podejrzany ostatecznie stwierdzi, że w takiej sytuacji właściwie nie ma sensu stosowana przez niego strategia zaprzeczania i świadomie oraz dobrowolnie podejmie decyzję o podjęciu współpracy z organami ścigania z uwagi na realne korzyści, jakie może z tego tytułu odnieść. Istotne jest to, że przy strategii stopniowego ujawniania dowodów (w ramach zadawanych pytań) – powinno się jednocześnie odpowiednio „miarkować” ich ciężar i ilość, tak aby zatrzymać dowody najbardziej kluczowe – *de facto* najbardziej obciążające, na koniec przesłuchania.

Z punktu widzenia możliwości osiągnięcia owego „wtórnego” skutku zastosowania metody SUE w postaci zmiany zastosowanej przez podejrzanego strategii i ostatecznego ujawnienia/potwierdzenia informacji, których dotyczy stawiany mu zarzut, wskazuje się także na dodatkowy element tzw. „postkonfrontacyjny”. Autorzy metody sugerują niewielką jej modyfikację w przypadku, gdy przesłuchiwany, mimo ujawnienia w pytaniach informacji obciążających, w dalszym ciągu neguje popełnienie czynu, którego dotyczy zarzut. Polega ona na pozostawieniu „drobnej części” informacji dowodowej na „później” (np. na kolejne przesłuchanie). Podejrzany już wie, że prokurator dysponuje szerokim materiałem dowodowym. Mimo, że nie zdecydował się jeszcze na przyznanie i złożenie prawdziwych wyjaśnień, to, z psychologicznego punktu widzenia, cały czas zastanawia się o czym – ponad to co już ujawnił – jeszcze wie przesłuchujący. Uwzględniając tą okoliczność przesłuchujący jest w stanie wykorzystać ją poprzez umiejętne „podsycanie” owej niepewności powstałej u podejrzanego po ujawnieniu większości dowodów. W rzeczywistości – mimo braku zmiany strategii przez przesłuchiwanego w trakcie pierwszego przesłuchania – nie ma przeszkód, aby dalej prowadzić czynność (np. następne przesłuchanie „doprecyzowujące” lub będące kontynuacją pierwszego – po przerwie) wykorzystując wrażenie, które udało mu się wytworzyć wcześniej, nawet jeśli dysponowało się obiektywnie niewielką liczbą dowodów³¹. Ta wersja techniki SUE wykorzystuje więc samodzielną decyzję podejrzanego co do zmiany kontrtechniki przesłuchania w efekcie przekonania się przez niego – po ujawnieniu materiału dowodowego – że dotychczasowy plan radzenia sobie z sytuacją przesłuchania

dy), które są niezgodne ze sobą. Dysonans może pojawić się także wtedy, gdy zachowania nie są zgodne z postawami. Stan dysonansu wywołuje napięcie motywacyjne i związane z nim zabiegi, mające na celu zredukowanie lub złagodzenie napięcia – zob. np. E. Aronson, R. M. Akert, T. D. Wilson, Psychologia społeczna. Serce i umysł, Poznań 1997, s. 97.

³¹ S. Tekin, P. A. Granhag, L. Strömwall, E. Mac Giolla, A. Vrij, M. Hartwig, Interviewing Strategically to Elicit Admissions From Guilty Suspects, Law and Human Behavior 2015, nr 39, s. 244 i nast., <https://doi.org/10.1037/lhb0000131> (dostęp 20 września 2021 r.).

(czyli sygnalizowana wcześniej strategia samoregulacyjna) nie powiódł się i we własnym interesie niezbędne jest dokonanie pewnych poprawek.

Pozostałe 2 parametry efektywności SUE nie zostały do tej pory wnikliwie badawczo rozpoznane przede wszystkim z uwagi na poziom skomplikowania możliwych do przeprowadzenia w tym zakresie eksperymentów naukowych oraz oczywistych ograniczeń w dostępie do podatnych na analizę naukową faktycznie przeprowadzonych czynności dowodowych, w ramach których metoda była stosowana. Oczywiście pozostawia to pole np. dla rodzimych zespołów badawczych, które w przyszłości mają zamiar zająć się tym zagadnieniem³². Warto dodać, iż w oparciu o ogólną wiedzę psychologiczną wydaje się naturalnym, że optymalne jest zatrzymywanie dowodów o największym ciężarze na koniec przesłuchania oraz że ilość materiału ujawnianego w poszczególnych etapach powinna również wykorzystywać model „lejka”. Autorzy niniejszego opracowania mają jednocześnie świadomość, że współczesna praktyka organów ścigania wielokrotnie pokazuje, że strategia przesłuchującego polegająca na ujawnieniu najcięższych dowodów jako pierwszych (w celu przekonania przesłuchiwanego do przyznania się i rezygnacji ze strategii negowania zarzutu), od strony kryminalistycznej – przynajmniej intuicyjnie – także wydaje się poprawna. Niemniej, co było już sygnalizowane, nie do końca znajduje uzasadnienie w materiale empirycznym, na podstawie którego powstała koncepcja SUE. Z tego powodu potrzebne są dalsze badania w tym zakresie z uwzględnieniem zarówno pogłębienia wiedzy, jak i zwiększenia umiejętności organów ścigania, zwłaszcza prokuratorów przesłuchujących podejrzanych.

Dodatkowym praktycznym walorem stosowania metody SUE, zwłaszcza w przypadku obiektywnie uzasadnionej dowodowo potrzeby kilkukrotnego przesłuchania podejrzanego, jest to, że skuteczność jej stosowania nie jest uzależniona wyłącznie od jednokrotnego dokładnego przygotowania przez przesłuchującego pytań. Wynika to z faktu, że dobre zaplanowanie czynności przesłuchania pod kątem skorzystania z omawianej metody może z powodzeniem stanowić skuteczną bazę dla całej serii przesłuchań tej samej osoby w szczególnie trudnych i złożonych podmiotowo lub przedmiotowo sprawach. Owa powtarzalność przesłuchań, jak ustalono w wyniku przeprowadzonych badań, nie wpływa w jakiś szczególny sposób na ślady pamięciowe podejrzanych. W rzeczywistości nie ma różnicy pomiędzy „prawdomównymi” a „nieprawdomównymi” podejrzanymi w zakresie kształtowania się śladów pamięciowych w efekcie wielokrotnych przesłuchań. W szczególności ci drudzy, którzy bronią się w ramach konstruowanego alibi wersją zmyśloną i sprzeczną z ustaleniami będącymi podstawą stawianego im za-

³² Taki zamiar mają m.in. autorzy opracowania.

rzutu, w efekcie kolejnych przesłuchań wcale nie są bardziej stali w jej podtrzymywaniu, niż osoby prawdomówne³³.

Metoda SUE była testowana eksperymentalnie w warunkach laboratoryjnych z udziałem studentów, a więc osób niebędących funkcjonariuszami organów ścigania. Wówczas to ustalone efekty jej zastosowania wskazywały na jej większą „skuteczność” w zakresie weryfikacji wyjaśnień nieprawdopodobnych w stosunku do innych stosowanych metod dających wyniki wyłącznie zbliżone do przypadkowości (tj. 50%). W szczególności przebadano ową skuteczność w zakresie detekcji nieprawdopodobności wyjaśnień przez osoby poddane szkoleniu w zakresie SUE, które wykorzystywały metodę „ujawniania dowodów pod koniec przesłuchania” oraz porównano ją ze skutecznością osiąganą przez osoby nie przeszkolone w zakresie stosowania tej metody i – w konsekwencji – niestosujące jej. Pierwsza z tych grup osiągnęła skuteczność rzędu 85,4%, a druga jedynie 56,1%³⁴. Oprócz tego, aby sprawdzić realność omawianej metody oraz jej adaptowalność w praktyce przeprowadzono również eksperyment z grupą funkcjonariuszy policji. W eksperymencie wzięli udział słuchacze Federalnego Ośrodka Szkolenia Organów Ścigania w Glynco w stanie Georgia (USA). Okazało się, że różnica w trafności ocen dotyczących szczerości odbieranych relacji u funkcjonariuszy przeszkolonych w metodzie SUE oraz w grupie kontrolnej osób stosujących „tradycyjne metody detekcji kłamstwa” wyuczone na kursach zawodowych wynosiła aż 22% na korzyść SUE (65% skuteczności SUE i 43% skuteczności innych zastosowanych przez badanych funkcjonariuszy metod)³⁵. Przy czym w dalszym ciągu był to „eksperyment laboratoryjny”, a nie „naturalny”. W rzeczywistości dotychczas nigdzie badacze problemu nie byli w stanie obejść występujących tu ograniczeń. W psychologii sądowej, na której bazuje kryminalistyka zajmująca się m.in. metodami skutecznego dokonywania czynności dowodowych, żadne badania laboratoryjne w 100% nie są w stanie zastąpić dobrze zaprojektowanych i przeprowadzonych tzw. immersyjnych „badań terenowych”. Istnieje nadzieja, że w ramach nowych projektów badawczych planowanych przez autorów niniejszej publikacji po-

³³ Zob. D. Sukumar, K. A. Wade, J. S. Hodgson, Truth-tellers stand the test of time and contradict evidence less than liars, even months after a crime, *Law and Human Behavior*, 2018, 42(2), s. 145–155, <https://doi.org/10.1037/lhb0000278> (dostęp 20 września 2021 r.).

³⁴ M. Harwig, P. A. Granhag, L. A. Strömwall, O. Kronkvist, Strategic Use of Evidence During Police Interviews: When Training ..., s. 616 i nast. (dostęp 20 września 2021 r.).

³⁵ T. Luke, M. Hartwig, E. Joseph, L. Brimbal, G. Chan, E. Dawson, S. Jordan, P. Donovan, P. A. Granhag, Training in the Strategic Use of Evidence technique: Improving deception detection accuracy of American law enforcement officers, *Journal of Police and Criminal Psychology* 2016, https://www.researchgate.net/publication/295092216_Training_in_the_Strategic_Use_of_Evidence_technique_Improving_deception_detection_accuracy_of_American_law_enforcement_officers/link/59f9ae39458515547c26dbda/download, 31.10.1007/s11896-015-9187-0 (dostęp 20 września 2021 r.).

wstanie możliwość bardziej dokładnego rozpoznania omawianej metody w warunkach pracy polskich organów ścigania oraz udzielenie bardziej skonkretyzowanej odpowiedzi na pytanie dotyczące jej skuteczności. Takie ustalenia – w konsekwencji – pozwolą na stworzenie realnych podstaw dla wykreowania systemu szkoleniowego i wprowadzenia SUE do normalnej praktyki prowadzenia postępowań przygotowawczych.

Reasumując, o przydatności SUE decyduje możliwość realnego rozpoznania wykazywanych przez przesłuchiwanego podejrzanego mechanizmów psychologicznych rządzących reakcją na prezentowane mu „dowody winy” i – w konsekwencji – możliwość wykorzystania tego do oceny wiarygodności wyjaśnień. Elastyczność tej metody i jej otwarty charakter powodują, że można ją z powodzeniem inkorporować do różnych modeli przesłuchania bez straty walorów praktycznych. Warto dodać, iż skuteczność tej metody zostanie co najmniej potwierdzona albo nawet wzrośnie w przypadku jednoczesnego zastosowania w trakcie czynności przez przesłuchującego innych dotychczas popularnych technik, choćby oceny werbalnych lub niewerbalnych przejawów nieszczerości relacji.

W jednym z powołanych już opracowań stawiane są również pytania o prawną dopuszczalność stosowania SUE. W tym zakresie główne argumenty krytyczne odnoszą się do kilku kwestii³⁶. Po pierwsze, poprzez zatajanie przed podejrzanym dowodów – naruszona miałaby być zasada rzetelnego (sprawiedliwego) procesu w rozumieniu art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³⁷. Po drugie, metoda SUE jest formą tzw. „biernego podstępu” (*passive deception*) stosowanego przez przesłuchującego, gdyż ujawnianie dowodów wyprowadza przesłuchiwanego z równowagi i prowadzi do niespójnych wyjaśnień³⁸. Nadto, po trzecie, odmowa udostępnienia dowodów podejrzanemu przed przesłuchaniem utrudnia właściwe relacje między obrońcą a organami ścigania i w ten sposób prowadzi do konsekwencji w postaci np. przedłużającego się pozbawienia podejrzanego wolności³⁹. W tym miejscu można odnieść się krótko do ostatniego z tych zarzutów. O potrzebie przedłużenia tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym decydują m.in. przesłanki z art. 263 k.p.k., a nie zaniechanie okoliczności uzasadniające ten zarzut. Jednak dwa pierwsze zarzuty wymagają bardziej wnikliwej oceny.

³⁶ D. Sukumar, K. A. Wade, J. S. Hodgson, Strategic disclosure of evidence: Perspectives from psychology and law, *Psychology, Public Policy, and Law* 2016, nr 22, skorzystano z wersji: Sukumar_Wade_Hodgson_in_press_2016_PPPL (warwick.ac.uk), s. 8–13 (dostęp: 20 września 2021 r.).

³⁷ Dalej w skrócie EKPCz.

³⁸ *Ibidem*, s. 16 i nast.

³⁹ *Ibidem*, s. 17.

4. Prawna dopuszczalność stosowania SUE

W literaturze brytyjskiej sformułowano szereg wątpliwości dotyczących metody SUE⁴⁰. Po pierwsze – jak wspomniano – podnoszono powstający w efekcie zastosowania SUE problem prawdopodobnego utrudnienia w budowaniu tzw. relacji (*rapport/relationship*) między uczestnikami przesłuchania, na której współcześnie opiera się szereg nowoczesnych strategii przesłuchania podejrzanego⁴¹. Należy w tym miejscu zauważyć, iż problem ten we współczesnej metodyce prowadzenia w Polsce postępowań przygotowawczych w zasadzie jest co najwyżej sygnalizowany⁴². Stąd też trudno w racjonalny sposób odnieść się do tego zarzutu, zwłaszcza z punktu widzenia nie tyle efektywności, co legalności SUE i negatywnych dla podejrzanego konsekwencji psychicznych. Krytycznie odnoszono się również do możliwego, w następstwie „stadialnego” ujawniania mu materiału dowodowego, efektu „zaszczucia” ulokowanego w psychice podejrzanego. Pomijając w tym miejscu dogłębną analizę problemu należy zauważyć, iż ów efekt „zaszczucia” w identyczny sposób może powstać jako forma „dyskomfortu” w związku z zatrzymaniem osoby podejrzanego, a następnie przedstawieniem jej zarzutu popełnienia przestępstwa. Zarówno w tym przypadku jak i „następczego” stosowania SUE w ramach przesłuchania podejrzanego – czynności te są legalne. Trzeci z zarzutów o charakterze psychologicznym ociera się dodatkowo o problem prawny, gdyż dotyczy obaw, że opracowywanie w ramach SUE pytań w celu ewentualnego „wyłapania” niekonsekwencji w relacji podejrzanego może powodować aprioryczne negatywne nastawienie przesłuchującego do przesłuchiwanego, a tym samym – brak bezstronności tego pierwszego (art. 4 k.p.k.). Stanowczo należy zaznaczyć, iż przyjęcie przez pracownika organu ścigania wersji śledczej, iż to właśnie podejrzanym jest sprawcą przestępstwa, już samo w sobie intuicyjnie odpowiednio „nastawia go” wobec podejrzanego. W umyśle przesłuchującego skonkretyzowane są wtedy oceny, wprawdzie wstępne, niemniej faktycznie dotyczące „winy” podejrzanego. Oceny te wynikają zresztą z treści przepisu (art. 313 § 1 k.p.k.), nie są wzięte „z sufitu”, a ukształtowane przez treść dowodów obciążających zebranych w toku postępowania. To właśnie m.in. w trakcie przesłuchania nastąpi – zgodnie z obowiązującą przesłuchującego zasadą obiektywizmu (art. 4

⁴⁰ D. Sukumar, K. A. Wade, J. S. Hodgson, Strategic disclosure of evidence: Perspectives from psychology and law..., s. 14 i nast. (dostęp 22 września 2021 r.).

⁴¹ O metodach przesłuchania polegających na budowaniu porozumienia między podejrzanym a przesłuchującym zob. np. M. Bożek, P. Piątek, Przegląd współczesnych sposobów przesłuchania podejrzanego, Kwartalnik KSiP 2021, nr 3, s. 57 i nast. oraz wskazana tam literatura.

⁴² Jest to jeden z przedmiotów zainteresowań naukowych i metodycznych autorów niniejszego opracowania.

k.p.k.) – weryfikacja wersji wynikającej z owego „nastawienia”, jakie przecież wytworzyły dotychczas zebrane dowody. Fakt stosowania jakiegokolwiek metody mającej służyć do oceny weryfikacji wiarygodności przesłuchiwanego w żadnej mierze nie dowodzi natomiast braku bezstronności i „nielegalnego” negatywnego nastawienia przesłuchującego do przesłuchiwanego.

Problematyka legalności stosowania metody SUE w toku procesu karnego zostanie omówiona na płaszczyźnie zgodności ze standardami praw człowieka oraz z przepisami Kodeksu postępowania karnego. Dotyczy to w szczególności zarzutu niezgodności z art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Niezależnie od tego problemu, poniżej omówione zostaną zagadnienia dopuszczalności SUE z punktu widzenia niektórych zasad przesłuchania, o których mowa w art. 171 k.p.k.

W powołanej publikacji krytycznej podniesiono również zarzuty wprost wskazujące na nielegalność SUE. Zdaniem autorki – zaniechanie przed rozpoczęciem przesłuchania podejrzanego ujawnienia mu (oraz ewentualnie – jego obrońcy) wszystkich dowodów stanowiących podstawę postawionego przesłuchiwanemu zarzutu, powoduje, że SUE narusza prawo do rzetelnego (sprawiedliwego) procesu, określone w art. 6 EKPCz. W tekście podkreślono, że tylko poprzez ujawnienie przez przesłuchującego przed rozpoczęciem przesłuchania wszystkich obciążających w danej sprawie dowodów zachowany zostanie standard ochrony prawa człowieka określony w ww. przepisie. Jak można domniemywać chodziło tu z pewnością o zachowanie jawności tzw. wewnętrznej także na etapie „przedsądowym” sprawy karnej (art. 6 ust. 1 EKPCz) oraz o zachowanie prawa do obrony przysługującego oskarżonemu na podstawie art. 6 ust. 3c Konwencji. Omawiany pogląd jest niesłuszny. Po pierwsze, wzorzec z art. 6 ust. 1 EKPCz w zakresie jawności postępowania wprost dotyczy stadium jurysdykcyjnego sprawy karnej. Przyjmuje się, iż wynikający z niego obowiązek ujawniania przez organy procesowe dowodów osobie, przeciwko której toczy się postępowanie, dotyczy także etapu postępowania przygotowawczego, ale tylko wówczas, gdy chodzi o podejmowanie na tym etapie postępowania decyzji w kwestii pozbawienia wolności owej osoby (tymczasowy areszt). Tymczasem, w przypadku stosowania SUE problem związany z ujawnieniem przesłuchiwanemu przed przesłuchaniem dowodów w ogóle nie jest związany z procesem podejmowania decyzji o pozbawieniu go wolności. W polskim procesie karnym problem ten został ostatecznie rozstrzygnięty w treści art. 249a k.p.k. Po drugie, ustanowiony w Konwencji standard ochrony w zakresie ujawniania oskarżonemu (podejrzanemu) dowodów w toku postępowania przygotowawczego faktycznie był sygnalizowany w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu. Jednak sformułowane wówczas oceny wcale nie odpowiadają omawianemu pogładowi interpretacyjnemu. Trybunał wielokrotnie podkreślał potrzebę ujawniania oskarżonemu przez organy ścigania dowodów stanowią-

cych podstawę oskarżenia z powołaniem się w szczególności na kontrydiktoryjność oraz zasadę „równości broni” stron postępowania składające się na rzetelność procesu karnego. Niemniej, wyrażane w orzeczeniach Trybunału poglądy interpretacyjne dotyczące art. 6 EKPCz dotyczyły przypadków zaniechania ujawnienia przed sądem lub ujawnienie dopiero na dalszym etapie postępowania jurysdykcyjnego dowodów zebranych przed wniesieniem oskarżenia, jednocześnie niedostępnych dla oskarżonego i obrońcy⁴³. Co więcej, w jednym z judykatów Trybunał stwierdził, iż obowiązek ujawniania oskarżonemu przez organy śledcze dowodów nie ma charakteru absolutnego z uwagi na występujące „konkurencyjne interesy” równoważące prawo do obrony oraz kontrydiktoryjność⁴⁴. Możliwość odstąpienia od tych zasad w zakresie udostępniania oskarżonemu zebranych przeciwko niemu dowodów jest uzasadniona np. bezpieczeństwem państwa, potrzebą ochrony świadków narażonych na zemstę albo zachowaniem „tajemnicy policyjnych metod śledczych”⁴⁵. Warto zauważyć, iż zagadnienia te pojawiały się w momencie ujawnienia w toku postępowania sądowego faktu ukrycia dowodów ze śledztwa, stanowiących realną podstawę oskarżenia. Z kolei, stosowanie SUE z jednoczesnym zaniechaniem ujawnienia podejrzanemu wszystkich dowodów przed przystąpieniem do przesłuchania, w ramach którego ta metoda zostanie wykorzystana (co jest przedmiotem krytykowanego w tym miejscu zarzutu naruszenia art. 6 EKPCz), nie stanowi w rzeczywistości owego naruszenia, gdyż w żaden sposób nie wpływa na ograniczenie dostępu do materiału dowodowego przed wniesieniem aktu oskarżenia. Szczególne znaczenie mają tu oczywiście regulacje przewidziane w art. 321 k.p.k.. Wszak, o ile prokurator dysponuje przed przesłuchaniem dowodami obciążającymi stanowiącymi podstawę do postawienia zarzutu, a następnie wykorzystuje mechanizm ich ujawniania podejrzanemu w ramach SUE, to dowody te z pewnością będą dostępne dla oskarżonego przed wniesieniem aktu oskarżenia, a tym samym standard ochrony wynikający z art. 6 Konwencji zostanie w pełni zachowany.

Pozostała problematyka dopuszczalności stosowania SUE w ramach polskiej procedury karnej sprowadza się w istocie do oceny dwóch szerszych aspektów związanych z dokonaniem czynności przesłuchania podejrzanego w ramach śledztwa lub dochodzenia. Obydwa ujęte są w katalogu przesła-

⁴³ Np. wyrok z dnia 16 lutego 2000 r. w sprawie Rowe i Davis przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 28901/95. Problem dotyczył zaniechania ujawnienia danych personalnych tajnego współpracownika policji, który złożył zeznania obciążające dwóch oskarżonych.

⁴⁴ A. M. Nowicki, Komentarz do zasady rzetelności procesu z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, (w:) Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wydanie VII, WKP 2017, LEX/el (dostęp: 20 września 2021). Autor powołuje się na wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Donohoe przeciwko Irlandii, skarga nr 19165/08.

⁴⁵ Fragment zacytowanego w § 74 wyroku w sprawie Donohoe przeciwko Irlandii poglądu wyrażonego w wyroku Rowe i Davis przeciwko Wielkiej Brytanii.

nek dopuszczalności przesłuchania określonego w art. 171 k.p.k. Pierwszy problem to kwestia zapewnienia podejrzanemu swobody wypowiedzi w trakcie przesłuchania (art. 171 § 1 i 7 k.p.k.). Drugie zagadnienie, z kolei, to zgodność z prawem procesowym konstrukcji pytań zadawanych w ramach stosowanej metody (art. 171 § 4 k.p.k.). Z punktu widzenia dopuszczalności procesowych aspektów przesłuchania osoby wypada jedynie zasygnalizować problem tzw. metod niedopuszczalnych, o których mowa w art. 171 § 5 pkt 1 i 2 k.p.k. (przymus, groźba bezprawna, a także stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub fizycznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanego albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem). Zaprezentowany wcześniej charakter i przebieg stosowania metody SUE, powoduje jednak, że nie pozostaje ona w jakimkolwiek związku z tymi ostatnimi. Dlatego też w niniejszym opracowaniu zagadnienia te nie będą omawiane.

Swoboda wypowiedzi każdej osoby przesłuchiwanego w toku postępowania karnego, w rozumieniu art. 171 § 7 k.p.k., w szczególności podejrzanego i świadka, jest w praktyce dosyć jednolicie interpretowana. Pod rządami Kodeksu postępowania karnego z 1969 roku⁴⁶ (art. 157 § 2 d. k.p.k.) w judykaturze dominował pogląd, iż wyłączona swoboda wypowiedzi przesłuchiwanego oznacza „warunki, w których osoba przesłuchiwana lub składająca oświadczenie ma zupełnie lub w tak znacznym stopniu sparaliżowaną wolę, że nie może podać tego, co by chciała, w związku z przedmiotem dokonywanej czynności procesowej”⁴⁷. Brak owych negatywnych okoliczności związanych z przebiegiem przesłuchania w zasadzie oznacza zachowanie swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanego. Po rządami obecnie obowiązującej procedury karnej w praktyce orzeczniczej przyjmuje się najczęściej, iż swoboda wypowiedzi przesłuchiwanego to „brak przymusu w sferze woli człowieka, a także brak zakłócenia świadomości. (...) możliwość decydowania przez przesłuchiwanego, zgodnie z własną wolą o treści składanej przez niego wypowiedzi w sytuacji, gdy żaden czynnik zewnętrzny nie krępuje go w formułowaniu tych wypowiedzi”⁴⁸. Brak możliwości swobodnej wypowiedzi wiązany jest więc z tym, iż przesłuchiwany ma zupełnie lub w znacznym stopniu sparaliżowaną wolę i nie może powiedzieć tego, co chciałby z związku z przedmiotem dokonywanej czynności⁴⁹. We współczesnej litera-

⁴⁶ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1969 r., Nr 13 poz. 96 ze zm., dalej jako „k.p.k. z 1969 roku”).

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 8 lutego 1974 r., sygn. V KR 42/74, OSNKW 19874, nr 6, poz. 115; wyrok SN z dnia 15 lipca 1979 r., sygn. V KRN 102/79, LEX nr 20907.

⁴⁸ Zob. np. wyrok SN z dnia 16 marca 2010 r., sygn. III KK 302/09, LEX nr 583858, podob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 kwietnia 2021 r., sygn. II AKa 91/12, LEX nr 1162859 i wyrok SA w Warszawie z dnia 9 października 2017 r., sygn. II AKa 310/17, LEX nr 2404622.

⁴⁹ Zob. np. wyrok SN z dnia 4 maja 2009 r., sygn. V KK 418/08, LEX nr 503246; wyrok SN sygn. III KK 302/09.

turze⁵⁰ do rozwiązania tego problemu sięga się także do poglądów wyrażanych w czasie obowiązywania k.p.k. z 1969 roku. Obszerny katalog okoliczności wyłączających i niewyłączających swobody wypowiedzi przesłuchiwanego, wraz ze wskazaniem źródeł poszczególnych wypowiedzi, zamieścił w komentarzu do k.p.k. R. A. Stefański⁵¹. Nie wnikając w tym miejscu w szczegóły, należy stwierdzić, iż stosowanie metody SUE – z punktu widzenia tych poglądów – w żaden sposób nie ogranicza swobody wypowiedzi podejrzanego. Wspominano już, że możliwość stosowania tej metody jest uzależniona od niczym nieskrępowanej dobrowolnej decyzji podejrzanego o tym, iż będzie składał wyjaśnienia i odpowie na zadawane mu przez przesłuchującego pytania albo – wprawdzie skorzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień, jednak wyrazi wolę udzielania odpowiedzi na pytania, które będą mu zadawane. Z kolei, sam fakt obowiązku wzięcia udziału przez daną osobę w czynności przesłuchania, wprawdzie mający wpływ na wolę przesłuchiwanego jako wywierający specyficzny nacisk psychiczny, nie stanowi okoliczności wyłączającej swobodę wypowiedzi. Dotyczy to zwłaszcza podejrzanego, który prawidłowo został pouczone o przysługujących mu uprawnieniach związanych z relacjonowaniem w trakcie tej czynności lub co najmniej udzielaniem odpowiedzi na zadawane pytania. Warto w tym miejscu przytoczyć zachowujący do dnia dzisiejszego wartość interpretacyjną pogląd Sądu Najwyższego: „Stan psychiczny oskarżonego, w którym on decyduje się na złożenie określonej treści zeznań, kierując się motywami wpływającymi z jego wewnętrznej potrzeby, bez oddziaływania na niego osób trzecich środkami przymusu fizycznego lub innymi, nie stanowi okoliczności uzasadniającej przyjęcie, że zachodziły warunki ograniczające swobodę wypowiedzi. Częste tzw. „załamanie się” sprawców przestępstw w czasie trwania śledztwa na skutek pozbawienia wolności lub przedstawionych im dowodów

⁵⁰ Zob. m.in. Z. Kwiatkowski, Zakazy dowodowe w procesie karnym, Rozdział VI Zakazy stosowania niedopuszczalnych metod dowodzenia w procesie karnym. 1. Zakaz stosowania niedopuszczalnych metod w czasie przeprowadzania dowodów z osobowych źródeł dowodowych w procesie karnym (art. 171 § 4 i 5 k.p.k.), Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2005, LEX/el; pod. R. Kaczor, Niedozwolone sposoby przesłuchania, Prok. i Pr. 2009, nr 3, s. 115–116; J. K. Pawelec, Zarys metodyki pracy adwokata w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych, Rozdział IX Dyskwalifikacja dowodu z zeznań lub wyjaśnień, 2. Swoboda wypowiedzi, LexisNexis 2013, LEX/el. (dostęp 20 sierpnia 2021 r.); K. Hałgas, Uwagi na temat swobody wypowiedzi oskarżonego w polskim procesie karnym, (w:) W. Cieślak (red.), S. Steinborn (red.), Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje. Część II – Kontynuacje, II Prawo karne procesowe, LEX/el 2013 (dostęp 20 sierpnia 2021 r.); D. Jagiełło, Swoboda wypowiedzi podczas czynności przesłuchania (zagadnienia wybrane na tle udziału świadka), Stud. Prawnoustr. 2019, nr 46, s. 78 i nast.; P. Kosmaty, J. Kudła, Taktyka i techniki prowadzenia rozmów i przesłuchań, Przegląd Policyjny 2019, nr 2, s. 143 i nast.

⁵¹ Zob. R. A. Stefański, Komentarz do art. 171 k.p.k. teza 18, (w:) Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296, WKP 2019, LEX/el (dostęp 16 sierpnia 2021 r.).

popęlnienia przez nich przestępstwa nie stanowi okoliczności, która by ograniczała swobodę ich wypowiedzi złożonych w tym czasie, przewidzianą w § 2 art. 157 k.p.k. (z 1969 r. – przyp. Autora) i wyjaśnienie złożone w tym stanie i w tym czasie z reguły stanowią pełnowartościowy dowód, podlegający tak jak każdy inny dowód swobodnej ocenie sądu⁵².

W ramach analizy zachowania swobody wypowiedzi podejrzanego niezbędne jest, w szczególności, odniesienie się do kwestii zakazu stosowania podstępu przez przesłuchującego. We wspomnianym wcześniej tekście krytycznym wobec omawianej metody użyto w tym zakresie określenia „bierny podstęp” (*passive deception*). W obowiązujących przepisach prawa karnego procesowego brak jest regulacji zabraniającej stosowanie podstępu przez przesłuchującego. Kontrowersje wynikają tu z wykładni art. 171 § 1 k.p.k. w zakresie ewentualnego ograniczenia w drodze podstępu swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Generalnie poglądy te są dosyć wyraźnie podzielone dychotomicznie. Przeciwnicy stosowania podstępu uzasadniają swe stanowisko tym, że występującym tu skutkiem jest właśnie eliminacja swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Z kolei druga grupa odmiennych poglądów sprowadza się do wniosku o braku takiego skutku w razie zastosowania podstępu⁵³. W judykaturze poza wypowiedziami dotyczącymi albo dopuszczalności albo niedopuszczalności stosowania podstępu przez przesłuchującego brak jest natomiast skonkretyzowanego poglądu definiującego to pojęcie. W nauce, z kolei, podstęp stosowany przez przesłuchującego jest definiowany najczęściej jako aktywność „czynna” polegająca na „wprowadzaniu w błąd osoby przesłuchiwanej”, czyli wywołaniu przez niego u przesłuchiwanego mylnego przekonania o rzeczywistości. Niemniej, niekiedy do podstępu zaliczane są również działania „bierne” (pasywne) polegające na wyzyskaniu przez przesłuchującego już istniejącego u przesłuchiwanego błędu w ocenie rzeczywistości⁵⁴. Uwzględniając powoływany wcześniej pogląd krytyczny dotyczący SUE, metoda ta z pewnością winna być zaliczona

⁵² Wyrok z dnia 28 lipca 1977 r., sygn. III KR 188/77, LEX nr 17016.

⁵³ Zob. poglądy powołane np., (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany. Teza 18 do art. 171 k.p.k., LEX/el. 2021; R. A. Stefański i S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296 tezy 19 i 20 do art. 171 k.p.k., WPK 2019, LEX/el. (dostęp 25 września 2021 r.).

⁵⁴ Zob. np. M. Maćkowiak, Możliwość stosowania podstępu w postępowaniu przygotowawczym na tle przepisów polskiej procedury karnej, Prokurator 2000, nr 3, s. 74; P. Rogoziński, Kwestia dopuszczalności stosowania podstępu wobec uczestników procesu a względna postać zasady informacji prawnej (art. 16 § 2 k.p.k.), (w:) W. Cieślak, S. Steinborn (red.), Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje, Warszawa 2013, s. 1018; M. Klejnowska, Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, Rozdział VII. Warunki legalnego uzyskania wyjaśnień obciążających. 5. Wykorzystanie podstępu przy przesłuchaniu, LEX/el. (dostęp 26 września 2021 r.); Zob. R. A. Stefański, Komentarz do art. 171 k.p.k. teza 18... (dostęp 26 września 2021 r.).

do tej drugiej kategorii zachowań. Krytycy dopatrywali się błędu podejrzanego w braku wiedzy o uzyskanym w postępowaniu obciążającym go materiale dowodowym (podejrzany myśli, że organ dysponuje mniejszą ilością dowodów obciążających, a w rzeczywistości dowodów tych jest znacznie więcej, a „bierny” przesłuchujący „podstępnie” wykorzystuje ową niewiedzę w ramach SUE). Już taka konstrukcja pojmowania owej postaci ewentualnego „postępu” w ramach SUE budzi poważne wątpliwości co do słuszności ewentualnych twierdzeń o niedopuszczalności metody w polskim procesie karnym. Niemniej – dla porządku – należy podnieść, iż nawet hipotetyczne założenie „podstępnego” charakteru SUE nie dostarcza powodów dla wniosku o wyłączeniu swobody wypowiedzi podejrzanego, wobec którego metodę zastosowano. W tym zakresie niezbędne byłoby wykazanie, że „stopniowe” ujawnianie w zadawanych pytaniach informacji o dowodach stanowi „czynnik zewnętrzny wyłączający lub krępujący wolę przesłuchiwanego w taki sposób, że nie może powiedzieć tego, co chciałby”. Oczywiście nic takiego nie będzie miało miejsca w związku z wykorzystaniem SUE. Oskarżony w efekcie zadanego pytania nabywając informację o dowodzie obciążającym, o którym wcześniej nie wiedział, w dalszym ciągu ma możliwość swobodnie podjąć decyzję odnośnie tego, co odpowie na zadane pytanie, a ponadto – zgodnie z przysługującym mu prawem do obrony – może w ogóle odmówić na nie odpowiedzi. Warto tu również powołać się na słuszny i niekwestionowany pogląd, iż mająca miejsce przed rozpoczęciem przesłuchania odmowa ujawnienia podejrzanemu przez przesłuchującego wszystkich dowodów (a tym bardziej zaniechanie tego – przy braku wniosku opartego na podstawie art. 156 § 5 k.p.k.) z pewnością nie wyłącza woli przesłuchiwanego, a więc także – swobody jego wypowiedzi. Nie jest ona również zmuszaniem podejrzanego do przyznania się do winy⁵⁵. Odnośnie ujawniania dowodów podejrzanemu w toku przesłuchania, a nawet w trakcie „nieformalnych rozmów” prowadzonych z nim przez przesłuchującego przed tą czynnością, dosyć jednoznacznie wypowiada się judykatura nie dopatrując się w takich zachowaniach przejawów wyłączania lub ograniczania swobody wypowiedzi podejrzanego⁵⁶. W tej grupie najbardziej wyrazisty w swej treści jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, w którym wprost zaakceptowano możliwość stosowania kryminalistycznej metody przesłuchania podejrzanego polegającej na „dawkowaniu” w trakcie tej czynności informacji o dowodach obciążających. Sąd wówczas uznał, iż nie stanowi narusze-

⁵⁵ M. Klejnowska, Oskarżony..., *ibidem*, (dostęp 26 września 2021 r.).

⁵⁶ Zob. np. postanowienie SN z dnia 12 listopada 2007 r., sygn. III K 2/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 2534; wyroki SA w Poznaniu z dnia 21 marca 2013 r., sygn. II AKa 39/13, LEX nr 1392006 i z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 107/14, LEX nr 1493869; wyrok SA w Krakowie z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. II AKa 192/14, LEX nr 1602929.

nia swobody wypowiedzi stosowane wobec podejrzanego „oddziaływanie psychologiczne w celu skłonienia go do złożenia prawdziwych wyjaśnień”⁵⁷.

Drugim problemem, wymagającym omówienia w związku z dopuszczalnością stosowania SUE na gruncie polskiego procesu karnego, jest kwestia konstruowania pytań w ramach tej metody. Znaczenie ma tu oczywiście treść art. 171 § 4 k.p.k. zakazującego zadawanie pytań sugerujących osobie przesłuchiwanej treści odpowiedzi. Wykładnia tego przepisu ma charakter głównie systemowy i sprowadza się do wskazywania, iż tzw. pytania sugestywne poprzez odpowiedź na nie mogą prowadzić do wypaczenia rzeczywistości, a więc skutkować stanem niezgodnym z art. 2 § 2 k.p.k. Metoda SUE oczywiście sama w sobie nie jest z założenia metodą nastawioną na sugestię, niemniej w praktyce należy pamiętać o tym, aby zadawane podejrzanemu – według zaprezentowanego wcześniej schematu – pytania nie wykraczały poza dopuszczalne granice⁵⁸. Należy też zaznaczyć, iż – w szczególności – nie mają charakteru sugestywnego zadawane podejrzanemu pytania dotyczące faktów związanych z popełnionym i zarzucanym mu przestępstwem, a jednocześnie pominiętych w składanej relacji w ramach etapu swobodnej wypowiedzi. Z pewnością sugestywnego charakteru nie będą więc mieć zawarte w zadawanych (w ramach SUE) pytaniach informacje dotyczące okoliczności, które wynikają wprost z treści opisu czynu zarzuconego ogłoszonego podejrzanemu przed przystąpieniem do przesłuchania. Wszak wszystkie pytania konstruowane, a następnie zadawane podejrzanemu w ramach SUE, mają na celu „zaplanowaną” kontrolę wiarygodności jego wypowiedzi (art. 171 § 1 k.p.k.). A takie działanie jest nie tylko dopuszczalne, ale nawet pożądane ze strony organów procesowych. Należy również dodać, iż prawna niedopuszczalność pytań sugestywnych zadawanych przesłuchiwanemu wiąże się z tym, iż owa sugestywność może oddziaływać na treść wspomnień osoby relacjonującej. Tymczasem takiego wpływu nie ma występująca w ramach SUE i zamieszczona w zadawanym pytaniu „sugestia” co do istnienia dowodu w sprawie. Jej „przemycenie” w trakcie czynności ani nie ma na celu, ani nie ma w ogóle związku z uzyskaniem pożądanego przez przesłuchującego treści w wypowiedzi podejrzanego. Wynika to z faktu, iż przesłuchujący nigdy na pewno nie wie, jaka będzie reakcja przesłuchiwanego na pytanie. Zamierzony przez przesłuchiwanego cel to uzyskanie jakiegokolwiek reakcji ze strony podejrzanego, która wyłącznie po-

⁵⁷ Wyrok SA w Warszawie z dnia 25 listopada 2011 r., sygn. II AKa 230/11, LEX nr 1237801.

⁵⁸ O zakresie i konstrukcji pytań sugestywnych zob. np. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2005, Rozdział VI. Zakazy stosowania niedopuszczalnych metod dowodzenia w procesie karnym. 1. Zakaz stosowania niedopuszczalnych metod w czasie przeprowadzania dowodów z osobowych źródeł dowodowych w procesie karnym (art. 171 § 4 i 5 k.p.k.), LEX/el, (dostęp 26 września 2021 r.). Autor w znacznej mierze słusznie powołuje się tu na źródła w postaci podręczników kryminalistyki.

zwoli na weryfikację jego prawdziwości. A ten problem w istocie zupełnie różni się z negatywnymi – nawet potencjalnymi – konsekwencjami niedopuszczalnych pytań sugestyjnych.

Bibliografia

1. Aronson E., Akert R. M., Wilson T. D., Psychologia społeczna. Serce i umysł, Poznań 1997.
2. Bożek M., Piątek P., Przegląd współczesnych sposobów przesłuchania podejrzanego, Kwartalnik KSSiP 2021, nr 3.
3. Ekman P., Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie, Warszawa 2011.
4. Gibsiak B., Kryminalistyczne metody oceny wiarygodności zeznań – szanse i zagrożenia, (w:) I. Mołdoch-Mehdoń, K. Maciąg, Wybrane zagadnienia z zakresu kryminologii i psychologii kryminalistycznej, Wydawnictwo Naukowe TYGIEL, Lublin 2020 r., <http://e-wspol.edu.pl/ knk/artykuly/publikacje/63-kryminalistyczne-metody-oceny-wiarygodnosci-zeznan-szanse-i-zagrozenia>.
5. Granhag P. A., Vrij A., Interviewing to detect deception, (w:) P. A. Granhag (red.) Forensic psychology in context: Nordic and international approaches, Willan Publishing, 2010.
6. Gruza E., Psychologia sądowa dla praktyków, Rozdział 6. Psychologia a przesłuchanie podejrzanego, 6.3. Taktyka przesłuchania. 6.3.5. Metoda „dziewięciu kroków”, WKP 2021, LEX/el.
7. Gudjonsson G. H., Bownes I., The reasons why suspects confess during custodial interrogation: Data for Northern Ireland, Medicine, Science and the Law, 1992, nr 32.
8. Hałgas K., Uwagi na temat swobody wypowiedzi oskarżonego w polskim procesie karnym, (w:) W. Cieślak (red.), S. Steinborn (red.), Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje. Część II – Kontynuacje, II Prawo karne procesowe, LEX 2013.
9. Hartwig M., Granhag P. A., Luke T., Strategic Use of Evidence During Investigative Interviews: The State of the Science, Credibility Assessment, First Edition, Scientific Research and Applications, https://www.researchgate.net/publication/281952855_Strategic_Use_of_Evidence_During_Investigative_Interviews_The_State_of_the_Science 2014.
10. Harwig M., Granhag P. A., Strömwall L. A., Kronkvist O., Strategic Use of Evidence During Police Interviews: When Training to Detect Deception Work, Law and Human Behaviour, 2006, nr 30.
11. Hilgendorf E. L., Irving B., A Decision-Making Model of Confessions, (w:) Lloyd-Bostock S.M.A. (eds) Psychology in Legal Contexts, Oxford So-

- cio—Legal Studies, Palgrave Macmillan, 1981 London, https://doi.org/10.1007/978-1-349-04917-2_5.
12. Interrogation: A Review Of The Science, High-Value Detainee Interrogation Group, September 2016, [www.fbi.gov.file-repository](http://www.fbi.gov/file-repository).
 13. D. Jagiełło, Swoboda wypowiedzi podczas czynności przesłuchania (zagadnienia wybrane na tle udziału świadka), Stud. Prawnostr. 2019.
 14. Kaczor R., Niedozwolone sposoby przesłuchania, Prok. i Pr. 2009, nr 3.
 15. Karwowska K., Kontrowersyjne metody przesłuchania w sprawach karnych: teoria i praktyka, Studia Prawnoustrojowe, UWM 2016, nr 31.
 16. Klejnowska M., Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, Rozdział VII. Warunki legalnego uzyskania wyjaśnień obciążających. 5. Wykorzystanie podstępu przy przesłuchaniu, LEX/el.
 17. Kosmaty P., Kudła J., Taktyka i techniki prowadzenia rozmów i przesłuchań, Przegląd Policyjny 2019, nr 2.
 18. Kwasiński R., Metody przesłuchań stosowane przez FBI. Rzecz o tryumfie nauki i rozumu, Warszawa 2020.
 19. Kwiatkowski Z., Zakazy dowodowe w procesie karnym, Rozdział VI Zakazy stosowania niedopuszczalnych metod dowodzenia w procesie karnym. 1. Zakaz stosowania niedopuszczalnych metod w czasie przeprowadzania dowodów z osobowych źródeł dowodowych w procesie karnym (art. 171 § 4 i 5 k.p.k.); Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2005, LEX/el.
 20. Licak T., Komunikacja pozawerbalna w pracy policji w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Ius et Administratio 2013, nr 2.
 21. Luke T., Hartwig M., Joseph E., Brimbal L., Chan G., Dawson E., Jordan S., Donovan P., Granhag P. A., Training in the Strategic Use of Evidence technique: Improving deception detection accuracy of American law enforcement officers, Journal of Police and Criminal Psychology, 2016, (w:) https://www.researchgate.net/publication/295092216_Training_in_the_Strategic_Use_of_Evidence_technique_Improving_deception_detection_accuracy_of_American_law_enforcement_officers/link/59f9ae39458515547c26dbda/download.
 22. Maćkowiak M., Możliwość stosowania podstępu w postępowaniu przygotowawczym na tle przepisów polskiej procedury karnej, Prokurator 2000, nr 3.
 23. Masip, Blandón-Gitlin C., Martínez C., Herrero, Ibabe I., Strategic Interviewing to Detect Deception: Cues to Deception across Repeated Interviews, Frontiers in Psychology 2016, nr 7, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2016.01702>.
 24. Nowicki M., Komentarz do zasady rzetelności procesu z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, (w:) Wokół Kon-

- wencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Wyd. VII, WKP 2017, LEX/el.
25. Ołowski K., Podejrzany w postępowaniu karnym. Studium kryminalistyczne, Warszawa 1979.
 26. Oleszkiewicz S., Watson S. J., A meta-analytic review of the timing for disclosing evidence when interviewing suspects, *Applied Cognitive Psychology* 2021, nr 35, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/acp.3767>.
 27. Paprzycki K. (red.) Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego, LEX/el. 2015.
 28. Pawelec J. K., Zarys metodyki pracy adwokata w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych, Rozdział IX Dyskwalifikacja dowodu z zeznań lub wyjaśnień, 2. Swoboda wypowiedzi, LexisNexis 2013, System Informacji Prawnej LEX.
 29. Rogoziński P., Kwestia dopuszczalności stosowania podstępu wobec uczestników procesu a względna postać zasady informacji prawnej (art. 16 § 2 k.p.k.), (w:) W. Cieślak, S. Steinborn (red.), Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje, Warszawa 2013.
 30. Skinner B. F., Zachowanie się organizmów, Warszawa 1995.
 31. Stefański R. A. (red.), Zabłocki S. (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296, WKP 2019, LEX/el.
 32. Sukumar D., Wade K. A., Hodgson J. S., Strategic disclosure of evidence: Perspectives from psychology and law, *Psychology, Public Policy, and Law*, 2016, nr 22(3), Sukumar_Wade_Hodgson_in_press_2016_PPPL (warwick.ac.uk).
 33. Sukumar D., Wade K. A., Hodgson J. S., Truth-tellers stand the test of time and contradict evidence less than liars, even months after a crime, *Law and Human Behavior* 2018, nr 42, <https://doi.org/10.1037/lhb0000278>.
 34. Świecki D. (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany. Teza 18 do art. 171 k.p.k., LEX/el. 2021.
 35. Tarnowska D., Uprawnienia oskarżonego w świetle prawa do obrony, *Prok. i Pr.* z 2006, nr 7–8.
 36. Tekin S., Granhag P. A., Strömwall L., Mac Giolla E., Vrij A., Hartwig M., Interviewing Strategically to Elicit Admissions From Guilty Suspects, *Law and Human Behavior* 2015, nr 39 (3), <https://doi.org/10.1037/lhb0000131>.
 37. Vrij A., Hartwig M., Granhag P. A., Reading Lies: Nonverbal Communication and Deception, *Annual Review of Psychology*, Vol. 70:295–317, Jan. 2019, (w:) https://researchportal.port.ac.uk/portal/files/13540389/Reading_Lies.pdf.
 38. Wachi T., Watanabe K., Yokota K., Otsuka Y., Lamb M. E., Prisoners' reasons for confessions and interviewing styles, *The Japanese Journal of Psychology* 2017, Vol. 87, nr 6, (w:) https://www.jstage.jst.go.jp/article/jjpsy/87/6/87_87.16002/_pdf.

39. Zulawski D. E., Wicklander D. E., Practical Aspects of Interviewing and Interrogation, 2nd Edition, CRC PRESS 2002, Practical.Aspects.of.Interview.and.Interrogation.Second.Edition.eBook–EEEn (rageuniversity.org).

Strategic use of evidence (SUE) as a method to verify credibility of suspects' statements in preparatory proceedings

Abstract

Relying on forensic science and knowledge of criminal procedure, this paper addresses one of the methods currently used by, inter alia, Western European countries to verify credibility of suspects' statements. Forensic psychology-based theoretical assumptions underlying the method, aspects of practical application of the method by, inter alia, prosecutors, and legal admissibility, in particular in terms of Polish criminal procedure, are presented.

Key words

Examination of a suspect, verification of credibility of statements, inquiry and investigation.

Adam Bociek¹

Problematyka zgodności art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu

Streszczenie

W niniejszym artykule autor podejmuje polemikę z wyrażanymi w piśmiennictwie i orzecznictwie poglądami o niezgodności literalnego brzmienia art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu, argumentując przy tym, że po-choinnie zaaprobowane tezy o takiej niezgodności doprowadziły do istotnego ograniczenia możliwości realizowania przez państwo polskie jednej z naj-istotniejszych funkcji demokratycznego państwa prawa, tj. funkcji ochronnej państwa wobec obywateli. W artykule przedstawiono orzecznictwo Europej-skiego Trybunału Praw Człowieka, które stoi w opozycji do istotnej części argumentacji przedstawianej przez przeciwników stosowania art. 168b k.p.k. w jego literalnym brzmieniu, oraz nakłada na państwa strony Konwencji obo-wiązki gwarancyjne, dotyczące sfery horyzontalnych relacji między obywa-tełami. Artykuł kończą postulaty de lege ferenda. Jako główne tezy artykułu można wyróżnić: 1) argumenty odwołujące się do norm wyższego rzędu na poparcie tezy o wertykalnej niezgodności literalnego brzmienia art. 168b k.p.k. są istotnie nadużywane, 2) orzecznictwo ETPCz oraz Trybunału Kon-stitucyjnego jest w tym kontekście używane w oderwaniu od jego rzeczywi-stej treści, 3) ostatecznym rezultatem przyjętego w orzecznictwie rozumienia tego przepisu, które neguje jednoznaczny rezultat jego wykładni językowej, jest stan naruszający zarówno normy rangi konstytucyjnej, jak i konwencyjnej.

Słowa kluczowe

Postępowanie karne, kontrola operacyjna, zgoda następcza, Konstytucja, Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Art. 168b k.p.k.² stanowi jedną z bardziej kontrowersyjnych regulacji Ko-deksu postępowania karnego. Zgodnie z intencją ustawodawcy przepis ten

¹ Prokurator Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy delegowany do Biura Spraw Konstytucyj-nych Prokuratury Krajowej, autor projektu wniosku Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/18.

² „Art. 168b. Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego orga-nu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec

miał być receptą na dyskusyjną ideę, umownie zapoczątkowaną postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07³, a utrwaloną uchwałą 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., sygn. I KZP 32/10⁴, oraz wprowadzeniem do ustawy o Policji art. 19 ust. 15a–15e⁵, zgodnie z którą – ujmując rzecz możliwie zwięźle – uzyskane w toku kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstwa mogły być wykorzystane w postępowaniu karnym wyłącznie wówczas, gdy przestępstwo to należało do katalogu przestępstw, co do których sąd mógł zainicjować kontrolę operacyjną, nawet jeśli w toku legalnie zainicjowanej kontroli uzyskano dowody popełnienia innych przestępstw, i to wyłącznie po ponownej analizie takich materiałów przez sąd. Innymi słowy, wspomniane orzecznictwo, a następnie art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, eliminowały *a priori* z procesu karnego dowody popełnienia przestępstw „niekatalogowych”, o których organy procesowe uzyskały wiedzę niejako przy okazji prowadzenia pierwotnej, „katalogowej” kontroli operacyjnej. Wprowadzenie art. 168b k.p.k. i uchylenie odpowiednich przepisów ustawy o Policji (oraz innych ustaw regulujących tę problematykę) miało przede wszystkim umożliwić wykorzystanie w procesie karnym dowodów wszystkich przestępstw ściganych z urzędu, które uzyskano w toku kontroli operacyjnej⁶. Jednakże, wskutek wydania przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18⁷, zniweczono ten zamysł ustawodawcy poprzez ograniczenie stosowania art. 168b k.p.k. jedynie do przestępstw katalogowych, wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, czyli jedynie do tych, co do których można zarządzić kontrolę operacyjną. Sąd Najwyższy zignorował literalne brzmienie przepisu i potwierdził linię orzeczniczą sprzed jego uchwalenia, przyjmując, że za-

której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym” (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 534).

³ Postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, Baza Orzeczeń Sądu Najwyższego.

⁴ Uchwała SN z dnia 23 marca 2011 r., sygn. I KZP 32/10, Baza Orzeczeń Sądu Najwyższego.

⁵ Oraz analogicznych przepisów w innych ustawach regulujących funkcjonowanie organów ścigania, tj. art. 9e ust. 16a–16e ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1a–1e ówczesnej ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16a–16e ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 15a–15e ustawy o ABW oraz AW, art. 31 ust. 14a–14e ustawy o SKW oraz SWW i art. 17 ust. 15a–15e ustawy o CBA; dla uproszczenia w dalszych rozważaniach będziemy odwoływać się tylko do ustawy o Policji, dostrzegając jednocześnie, że analogiczne rozwiązania jak art. 19 ustawy o Policji zawierają również wspomniane ustawy.

⁶ Zob. wypowiedź przedstawiciela Ministerstwa Sprawiedliwości podczas Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach w dniu 25 lutego 2016 r. biuletyn numer 354/VIII z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach w dniu 25 lutego 2016 r., www.sejm.gov.pl.

⁷ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, Baza Orzeczeń Sądu Najwyższego.

również uchwalenie tego przepisu, jak i uchylenie odpowiednich przepisów ustawy o Policji jej nie dezaktualizuje.

Warto przypomnieć, że art. 168b k.p.k. wprowadzono ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁸, która weszła w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. Jednocześnie, w art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁹ uchylono ust. 15a–15e regulujące procedurę tzw. „zgody następcej sądu”. Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. uchylono też, odpowiednie w treści do art. 19 ust. 15a–15e ustawy o Policji, przepisy: art. 9e ust. 16a–16e ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1a–1e ówczesnej ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16a–16e ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 15a–15e ustawy o ABW oraz AW, art. 31 ust. 14a–14e ustawy o SKW oraz SWW i art. 17 ust. 15a–15e ustawy o CBA (odpowiednio art. 5, 6, 12, 13, 17 i 18 ustawy zmieniającej).

W piśmiennictwie zmiany te spotkały się z różnym odbiorem.

Niektórzy autorzy przyjęli, że przytoczone zmiany ustawowe nie budzą wątpliwości, a przepis ten powinien być stosowany zgodnie z jego literalną wykładnią¹⁰.

Inni autorzy przyjmowali, że ze względu na wątpliwości natury konwencyjnej i konstytucyjnej sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej”, obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej na podstawie przepisów szczególnych¹¹ bądź uznawali, że choć wykładnia przepisu zasadniczo nie budzi wątpliwości, to jej rezultat może być niezgodny z normami wyższego rzędu¹². Podobne wątpliwości były wyrażane w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego¹³.

⁸ Dz. U., poz. 437.

⁹ Ówczesny tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.

¹⁰ S. Hoc, J. Kudła, Zgoda następca z art. 168b Kodeksu postępowania karnego. Komentarz praktyczny, 2016, LEX/el. 2021, teza 9 i 10; M. Kurowski, komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016, 2016, LEX/el. 2021, teza 12; D. Świecki, Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych, 2016, LEX/el. 2021, r. III.1.9.4.

¹¹ J. Skorupka, Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym, (w:) T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent*. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej, 2017, LEX/el. 2021; D. Gruszecka, komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, 2018, Legalis/el. 2021, teza 4.

¹² S. Brzozowski, Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego, *Palestra* 2016, nr 6, s. 23–25; K. Boratyńska, P. Czarnecki, P. Królikowski, komentarz do art. 168b, (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, 2018, Legalis/el. 2021, teza 6; B. Sitkiewicz, Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyj-

Ostatecznie, w powołanej uchwale z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, Sąd Najwyższy przyjął, iż „użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie »innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej« obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 ze zm.)”¹⁴.

Zarówno wspomniana linia orzecznicza, umownie zapoczątkowana uchwałą I KZP 6/07, jak i obecne w piśmiennictwie wypowiedzi ją aprobujące, są oparte przede wszystkim na twierdzeniu, że literalne brzmienie art. 168b k.p.k. jest sprzeczne z normami wyższego rzędu, gwarantującymi ochronę prawa do prywatności, tajemnicy komunikacji oraz autonomii informacyjnej, zawartymi w art. 8 EKPCz oraz art. 47, art. 49 i art. 51 Konstytucji¹⁵. Jednakże przedstawiana w tych analizach argumentacja konstytucyjna i konwencyjna jest oderwana zarówno od złożonej analizy norm konstytucyjnej, jak i rzeczywistej treści orzecznictwa ETPCz, dotyczącego dowodów uzyskanych „przy okazji” stosowania podsłuchu.

Sceptyczny czytelnik mógłby na tym etapie uznać taką tezę za kontrowersyjną. Rzecz jednak w tym, iż wbrew powszechnemu wyobrażeniu o tej problematyce, w ten właśnie sposób na dowody uzyskane poza zakresem przedmiotowym i podmiotowym pierwotnej zgody na kontrolę operacyjną czy podsłuch procesowy patrzy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Przesądzą o tym wyroki z dnia 16 czerwca 2016 r. w sprawie Versini-Campinchi

nej oraz podsłuchu procesowego, (w:) A. Lach (red.), *Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r.*, 2017, LEX/el. 2018.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2016 r., sygn. II AKa 133/16, LEX/el. nr 2171252; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. II AKa 63/17, LEX/el. nr 2402504; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2017 r., sygn. II AKa 224/17, LEX/el. nr 2464913; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. II AKa 331/17, LEX/el. nr 2447632; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2018 r., sygn. I KZP 14/17, LEX/el. nr 2475059.

¹⁴ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*

¹⁵ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia...*, *op. cit.*; D. Gruszecka, komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2018 i 2021, Legalis/el. 2021, teza 4; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych*, *Studia Prawnicze* 2017, nr 3, s. 91–99; P. Daniluk, *Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168B Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego)*, *Palestra* 2020, nr 12, s. 5–21; M. Skwarcow, *Formuła „zgody następczej”, według treści przepisu art. 168B Kodeksu postępowania karnego*, *Palestra* 2021, nr 6, s. 20–21; C. Kulesza, komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2020, LEX/el. 2021, teza 8–11, R. A. Stefański, S. Zabłocki, komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) R. A. Stefański (red.), S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, 2018, LEX/el. 2021, teza 6.

i Crasnianski przeciwko Francji (skarga nr 49176/11)¹⁶ oraz z dnia 29 czerwca 2017 r. w sprawie Terrazzoni przeciwko Francji (skarga nr 33242/12)¹⁷, których istnienie, nawiasem mówiąc, jest przez krytyków literalnego brzmienia art. 168b k.p.k. konsekwentnie pomijane. Europejski Trybunał Praw Człowieka badał w tych sprawach dopuszczalność wykorzystania w postępowaniach dyscyplinarnych adwokatów i sędziów dowodów popełnienia „pozakatalogowych” czynów, przewinień dyscyplinarnych, uzyskanych „przy okazji” prowadzenia podsłuchu telefonu innych osób niż objęte tymi postępowaniami – i nie stwierdził naruszeń norm Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁸. Na tle tych wyroków, w świetle art. 8 EKPCz oraz odpowiadających temu przepisowi norm konstytucyjnych, należy uznać, iż tzw. sądowa zgoda następcza – w sytuacji istnienia sądowej zgody uprzedniej – nie jest niezbędna. Rozstrzygnięcia te zadają kłam powtarzanym w piśmiennictwie i orzecznictwie twierdzeniom o „oczywistej” niezgodności art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu i przyznają rację krytykom pochopnego powoływania argumentów konstytucyjnych¹⁹ i konwencyjnych w debacie dotyczącej wykorzystywania dowodów uzyskanych przy okazji kontroli operacyjnej, poza jej zakresem podmiotowym i przedmiotowym²⁰. W całości również zdają się dezaktualizować rozważania oparte na orzecznictwie ETPCz, zawarte w szczególności w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07²¹, a także opierających się na tej argumentacji orzeczeniach późniejszych i tezach prezentowanych na tym tle w piśmiennictwie²².

¹⁶ Wyrok dostępny pod adresem: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-163612%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-163612%22]}).

¹⁷ Wyrok dostępny pod adresem: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-174643%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-174643%22]}).

¹⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 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 ze zm., dalej jako: EKPCz.

¹⁹ Argumenty natury konstytucyjnej, używane przeciwko art. 168b k.p.k., oparte są przede wszystkim na argumentacji wywodzonej z orzecznictwa ETPCz na tle art. 8 EKPCz; jest to zrozumiałe o tyle, że standardy proporcjonalności, określone w art. 8 ust. 2 EKPCz „pokrywają się z testem proporcjonalności wyrażonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP” (M. Kuśka, *Wrażliwe czynności dowodowe*, (w:) J. Skorpka, P. Hofmański, *System Prawa Karnego Procesowego. Dowody*, Warszawa 2019, s. 5386).

²⁰ Zob. M. G. Węglowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, sygn. I KZP 6/07, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 2, LEX/el. 2021; podobnie również A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, sygn. I KZP 6/07, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 10, LEX/el. 2021; A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 2, s. 87–99.

²¹ Postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, *op. cit.*, s. 30–32.

²² W szczególności uchwała SN z dnia 23 marca 2011 r., sygn. I KZP 32/10, *op. cit.*, s. 25–41 oraz uchwała SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*; zob. także publikacje wymienione w przypisie 15.

Sprawa Versini-Campinchi i Crasnianski przeciwko Francji została zainicjowana skargą adwokatów, których rozmowy z klientem zostały nagrane podczas podsłuchu jego telefonu i stanowiły podstawę ich skazania w postępowaniu dyscyplinarnym.

Adwokat Jean-Pierre Versini-Campinchi był pełnomocnikiem M. Picarta, zarządzającego dyrektora spółki Districoupe i przewodniczącego rady nadzorczej Buffalo Grill, w sprawie o nielegalne sprowadzanie i sprzedaż mięsa skażonego chorobą Creutzfeldta-Jakoba. Tania Crasnianski, również adwokat, asystowała mu w tej sprawie²³.

W toku rozmowy telefonicznej między Tanią Crasnianski a M. Picartem, przechwyconej przez francuską policję, adwokat umyślnie naruszyła tajemnicę zawodową i przepisy art. 63–4 oraz 154 francuskiego Kodeksu postępowania karnego, dotyczące tymczasowego aresztowania, w ten sposób, że zadzwoniła do figuranta w celu poinformowania go o stanie sprawy i o uwagach poczynionych przez inne osoby, z którymi spotkała się podczas pobytu w areszcie. M. Picart nie był wówczas stroną postępowania, jednak został zatrzymany później tego samego dnia w tej samej sprawie. Ponadto, T. Crasnianski umyślnie wypowiedziała obraźliwe uwagi pod adresem sędziego śledczego prowadzącego sprawę. O tych okolicznościach, na podstawie podsłuchanej rozmowy, prokurator zawiadomił Prezesa Izby Adwokackiej, przesyłając mu jej stenogram. Prezes Izby Adwokackiej wszczął postępowanie dyscyplinarne przeciwko adwokatom w związku z naruszeniem tajemnicy zawodowej²⁴.

Izba adwokacka stwierdziła w postępowaniu dyscyplinarnym, że oświadczenia złożone przez T. Crasnianski naruszyły art. 63–4 francuskiego k.p.k. oraz tajemnicę zawodową, do której była zobowiązana jako adwokat, oraz że adwokaci działali wspólnie i w porozumieniu. Ustalono, że ich zachowanie naruszyło wiarygodność i dobrą reputację zawodu, za zarzucany czyn skazano i wymierzono kary: adwokatowi J.-P. Versini-Campinchi zakaz wykonywania zawodu adwokata na okres dwóch lat w zawieszeniu na dwadzieścia jeden miesięcy, a adwokat T. Crasnianski zakaz wykonywania zawodu adwokata na okres jednego roku, w zawieszeniu²⁵.

Wszystkie środki odwoławcze w postępowaniu dyscyplinarnym, złożone przez adwokatów, zostały oddalone przez francuskie sądy.

W orzeczeniach sądów w szczególności stwierdzono, że rozmowa telefoniczna między oskarżonym a jego adwokatem może zostać spisana i włączona do akt, jeśli jej treść i charakter pozwalają domniemywać udział adwokata w przestępstwie, nawet jeśli fakty te nie uzasadniają przekazania sprawy sędziemu śledczemu, a tym bardziej dotyczy to rozmowy między osobą, która nie

²³ Wyrok ETPCz z dnia 16 czerwca 2016 r. w sprawie Versini-Campinchi i Crasnianski, *op. cit.*, pkt 6–7.

²⁴ *Ibidem*, pkt 13–14.

²⁵ *Ibidem*, pkt 17.

została jeszcze formalnie oskarżona o popełnienie przestępstwa, a adwokatem, który był jej pełnomocnikiem w sprawach innych niż karne. Ponadto uznano, że adwokaci, naruszając art. 63–4 francuskiego k.p.k., uchybili godności i rzetelności zawodu oraz popełnili przewinienie dyscyplinarne²⁶.

Skarżący podnieśli w skardze do ETPCz, że ingerencja w ich prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji nie była „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji, a podstawa prawna przechwytywania rozmów telefonicznych w prawie francuskim jest niewystarczająca w przypadku nagrań rozmów telefonicznych między pełnomocnikiem a mocodawcą. Twierdzili oni, że francuskie prawo, obowiązujące w czasie zdarzenia, zabraniało jakiegokolwiek naruszenia tajemnicy adwokat–klient, z wyjątkiem szczególnej okoliczności, w której adwokat sam był podejrzany o udział w przestępstwie. Podnieśli, że nie wydaje się, aby sytuacja osoby, która została podsłuchana w ramach postępowania, w którym nie była stroną, była objęta art. 100 i nast. francuskiego k.p.k., w szczególności w odniesieniu do adwokatów. Podkreślili, że o ile podsłuch na linii należącej do adwokata może być założony pod pewnymi warunkami, w szczególnych okolicznościach, to nie można tego samego powiedzieć o rozmowie wychwyconej przy okazji podsłuchu zarządzanego pierwotnie w innej sprawie. W szczególności skarżący podnieśli, że w przypadku uzyskania dowodu w ten sposób adwokat nie ma skutecznego środka odwoławczego, aby uzyskać unieważnienie transkryptów z nagrania. W razie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego w związku z podsłuchanymi oświadczeniami, może on je kwestionować, lecz nie można tego uznać za skuteczny środek odwoławczy, skoro już wszczęte na takiej podstawie postępowanie dyscyplinarne naraziło na szwank jego reputację w oczach klientów i opinii publicznej²⁷.

ETPCz nie stwierdził naruszenia art. 8 Konwencji. Trybunał wskazał, że okoliczność, iż skarżąca nie była właścicielem linii telefonicznej, która była poddana podsłuchowi, jest bez znaczenia, ponieważ przechwytywanie, nagrywanie i transkrypcja rozmowy między adwokatem a klientem zostały dokonane na mocy postanowienia sędziego śledczego na podstawie art. 100 i n. francuskiego k.p.k. Jak stwierdził Trybunał, „z definicji operacja taka prowadziła do podsłuchiwanie rozmów z osobami trzecimi, a zatem obejmowała przechwytywanie wypowiedzi osób, które nie były objęte środkiem zarządzanym przez sędziego śledczego”²⁸. ETPCz uznał, iż art. 100 i na-

²⁶ *Ibidem*, pkt 21.

²⁷ *Ibidem*, pkt 40.

²⁸ *Ibidem*, pkt 52; należy zwrócić uwagę, że ten pogląd, wyrażony tak jednoznacznie przez ETPCz, podważa zastrzeżenie P. D a n i l u k a, iż „nie trzeba chyba szerzej wywodzić, że taka koncepcja (zakładająca legalność całości materiałów uzyskanych na podstawie pierwotnego postanowienia o zarządzaniu kontroli operacyjnej – przyp. Autora), znosząca prawo do prywatności potencjalnie każdej osoby, nie zasługuje na aprobatę” (P. D a n i l u k, *Jeszcze raz o konstytucyjności...*, *op. cit.*, s. 15).

stępne francuskiego k.p.k. spełniały wymóg „jakości prawa” w zakresie, w jakim ustanawiały „jasne i szczegółowe zasady” inwigilacji – mimo tego, że przepisy te nie przewidywały możliwości wykorzystania przechwyconej wypowiedzi poza granicami przedmiotowymi i podmiotowymi pierwotnego postanowienia o zarządzeniu podsłuchu. Jak stwierdził Trybunał, skarżąca jako praktykujący prawnik mogła przewidzieć, że linia telefoniczna pana Picarta mogła być objęta podsłuchem, a wszelkie uwagi, które kierowała do niego przez telefon, mogące uzasadniać podejrzenie jej udziału w przestępstwie, mogły być nagrywane i poddane transkrypcji pomimo jej statusu adwokata, a także, że za poczynione uwagi groziło jej ściganie. Trybunał uznał więc, że dowody z podsłuchu uzyskane w ten sposób były „przewidziane przez ustawę” w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji. ETPCz stwierdził również, że ponieważ podsłuch miał miejsce w kontekście postępowania o przestępstwo, był dokonany w uzasadnionym celu „ochrony porządku” w rozumieniu art. 8 ust. 2 EKPCz i w ten sam sposób należy ocenić dowód uzyskany przy tej okazji w celu wykorzystania w postępowaniu dyscyplinarnym²⁹.

Trybunał stwierdził, że nie doszło do naruszenia Konwencji również dlatego, że podsłuch został zarządzony przez sędziego śledczego i przeprowadzony pod jego nadzorem, a następnie kontrola sądowa została przeprowadzona *a posteriori* w ramach postępowania karnego przeciwko L. Picartowi. W tym postępowaniu sąd stwierdził niedopuszczalność dowodu stanowiącego zapis rozmowy, która miała miejsce w dniu 24 stycznia 2003 r. pomiędzy panem Picartem a skarżącym, na tej podstawie, że dotyczyła ona wykonywania prawa do obrony L. Picarta, a jej treść i charakter nie pozwalały na domniemanie udziału adwokata w przestępstwie. Odmówił jednak stwierdzenia niedopuszczalności pozostałych stenogramów, uznając, że uwagi skarżących mogą wskazywać na naruszenie tajemnicy zawodowej i obrazę sądu z ich strony. Choć skarżąca T. Crasnianski nie była stroną tamtego postępowania (był nią L. Picart) i nie mogła podnieść własnych zarzutów, to w trakcie postępowania dyscyplinarnego mogła wnosić o wykluczenie stenogramu z postępowania ze względu na jego niezgodność z prawem oraz niesprawiedliwość wynikającą z naruszenia gwarancji swobody komunikacji między adwokatem a klientem, a zarzuty te zostały zbadane przez sąd dyscyplinarny. W związku z tym, ETPCz stwierdził, że istniała skuteczna kontrola sądowa, która mogła ograniczyć sporną ingerencję do tego, co konieczne w demokratycznym społeczeństwie³⁰.

Skarżący zwrócili się do Trybunału o stwierdzenie, że ingerencja w rozmowę pomiędzy adwokatem a jego klientem jest w każdych okolicznościach sprzeczna z art. 8 Konwencji w zakresie, w jakim narusza zasadę poufności wymiany informacji pomiędzy adwokatem a jego klientem oraz zasadę

²⁹ Wyrok ETPCz z dnia 16 czerwca 2016 r. w sprawie Versini-Campinchi i Crasnianski, *op. cit.*, pkt 54–57.

³⁰ *Ibidem*, pkt 68–75.

szczególnej ochrony tajemnicy adwokackiej. Zgodnie z francuskim prawem i orzecznictwem zapis rozmowy pomiędzy adwokatem a jego klientem nie może być wykorzystany przeciwko klientowi, przeciwko któremu toczy się śledztwo; może być natomiast wykorzystany przeciwko adwokatowi, jeśli ujawni popełnione przez niego przestępstwo³¹. Choć skarżący podnieśli, iż możliwość pociągnięcia adwokata do odpowiedzialności karnej na podstawie takiego dowodu mogłaby mieć „skutek odstrasżający” dla swobody wymiany informacji między adwokatem a jego klientem, a tym samym dla obrony tego ostatniego, to Trybunał uznał, że argument ten nie jest możliwy do obrony w zakresie, w jakim dotyczy wypowiedzi samego adwokata, które mogą stanowić jego zachowanie niezgodne z prawem³².

W rezultacie powyższych ustaleń ETPCz stwierdził, że nie doszło do naruszenia Artykułu 8 Konwencji.

Należy zwrócić uwagę, że ETPCz ani nie zakwestionował braku jakiegś formy „zgody następcej” sądu w rozpoznawanej sprawie, uznając za dostateczną możliwość weryfikacji dowodów z podsłuchu w toku postępowania jurysdykcyjnego, ani nie zakwestionował wykorzystania takiego dowodu przeciwko osobie nieobjętej pierwotnym postanowieniem sędziego śledczego o zarządzeniu podsłuchu, ani wreszcie nie zakwestionował wykorzystania w odrębnym procesie dowodu przewinienia dyscyplinarnego uzyskanego przy okazji zarządzonego podsłuchu – a więc czynu pozakatalogowego w rozumieniu art. 100 francuskiego k.p.k. Warto bowiem przy tym zauważyć, że zgodnie z ówczesnym brzmieniem tego przepisu, podsłuch mógł być zastosowany w sprawach karnych i poprawczych, jeżeli grożąca kara była równa lub wyższa niż dwa lata pozbawienia wolności³³.

Warto też zaznaczyć, że rozstrzygając w powyższej sprawie, ETPCz powołał się m.in. na wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie Michaud przeciwko Francji³⁴, w którym Trybunał zbadał, czy spoczywający na adwokatach obowiązek informowania o swoich podejrzeniach co do bezprawnych działań związanych z praniem brudnych pieniędzy przez ich klientów, w sytuacji, gdy podejrzenia te wyszły na jaw poza zakresem ich obowiązków obrończych, stanowił nieproporcjonalne naruszenie tajemnicy zawodowej adwokata. ETPCz nie stwierdził naruszenia art. 8 EKPCz również w tej sprawie.

³¹ *Ibidem*, pkt 81 *in fine*.

³² *Ibidem*, pkt 83.

³³ *Ibidem*, pkt 26.

³⁴ Wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie Michaud przeciwko Francji, skarga nr 12323/11, dostępny pod adresem: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22michaud%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-115377%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22michaud%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-115377%22]}).

W polskich realiach szczególnie ciekawy jest wyrok w sprawie Terrazzoni przeciwko Francji, ponieważ ETPCz badał w niej problematykę podobną do rozważanej przez polski Sąd Najwyższy w sprawie I KZP 6/07 – i w przeciwieństwie do polskiego sądu, stwierdził legalność wykorzystywania w postępowaniu dyscyplinarnym sędziów dowodów uzyskanych w toku pierwotnie zarządzonego podsłuchu poza jego granicami przedmiotowymi i podmiotowymi.

Sprawa ta została zainicjowana skargą francuskiej sędzi, D. Terrazzoni, prawomocnie skazanej wyrokiem sądu dyscyplinarnego, którym wymierzono jej drugą najsurowszą karę dyscyplinarną w postaci przymusowego odesłania w stan spoczynku.

W 2008 r. francuska Policja, wykonując postanowienie sędziego śledczego w dochodzeniu dotyczącym przestępstw narkotykowych, przechwyciła rozmowę telefoniczną między D. Terrazzoni a podsłuchiwanym figurantem, F. L., osobą znaną policji i właścicielem podsłuchiwanej linii. Podczas rozmowy, która trwała 21 minut i 26 sekund, F. L. poprosił sędziego o poradę dotyczącą zbliżającej się rozprawy w Tulonie. Sędzia odpowiedziała, że nie zasiada już w sądzie karnym, ale przedstawiła argumenty, które F. L. mógłby przedstawić na swoją obronę. Obiecała mu, że dowie się, jaki skład sędziowski będzie orzekał w jego sprawie, i go o tym poinformuje. Podniosła, że nie zna nowych sędziów zasiadających w sądzie karnym w Tulonie, określając ich deprecjonującym określeniem. Wymieniła jednak „nazwisko koleżanki, którą uważała za »bardzo miękką« i »lewicową«, sugerując, że bycie sądzonym przez nią byłoby szansą dla F. L.”³⁵ W dalszej części rozmowy sędzia zapytała swojego rozmówcę, czy zna jakieś osoby osadzone w więzieniu La Farlède, wskazując, że napastnik jej siostry również tam przebywał. Nie formułując wyraźnej prośby, zdawała się sugerować interwencję w celu co najmniej dokonania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu sprawcy przestępstwa na jej siostrze. Dodała, że żywiła „nienawiść” do napastnika swojej siostry³⁶.

Poinformowany o treści tej rozmowy prokurator powiadomił o zdarzeniu między innymi pierwszego prezesa sądu apelacyjnego w Aix-en-Provence. Pierwszy prezes sądu apelacyjnego w Aix-en-Provence wezwał podsłuchaną sędzię do stawiennictwa przed nim w dniu 29 października 2008 r., kiedy to poinformował sędzię o przechwyceniu przez Policję jej rozmowy z F. L. i streścił jej uwagi, które poczyniła. Następnie przystąpił do przesłuchania jej na okoliczność charakteru jej relacji z F. L. i treści ich rozmowy³⁷.

Ostatecznie pierwszy prezes poinformował o zachowaniu sędzi Ministra Sprawiedliwości, który zwrócił się do Najwyższej Rady Sądownictwa (dalej jako: NRS) o odsunięcie sędzi od orzekania. W rezultacie odsunięto sędzię

³⁵ Wyrok z dnia 29 czerwca 2017 r. w sprawie Terrazzoni przeciwko Francji, skarga nr 33242/12, *op. cit.*, pkt 8, tłum. wł.

³⁶ *Ibidem*, pkt 7–9.

³⁷ *Ibidem*, pkt 10–12.

od orzekania w sądzie pierwszej instancji w Tulonie. Rada Stanu uznała odwołanie sędzi od tej decyzji za niedopuszczalne³⁸.

Na podstawie przechwyconej rozmowy telefonicznej wszczęto postępowanie przygotowawcze w sprawie naruszenia tajemnicy służbowej i wywierania wpływu przez niewymienioną z nazwiska osobę. W trakcie śledztwa przechwycona rozmowa telefoniczna została spisana. W dniu 9 kwietnia 2009 r. F.L. został przesłuchany w śledztwie. Stwierdził, że nie zna człowieka, o którego pytała sędzia, nie zrozumiał prośby jako czegoś poważnego i nie interweniował w tej sprawie. W dniu 26 maja 2009 r. umorzono postępowanie, nie stwierdzając przestępstwa³⁹.

Minister Sprawiedliwości przekazał sprawę do NRS w celu przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego. Załączono dokument dźwiękowy i zapis spornej rozmowy telefonicznej. Sędzia wniosła o stwierdzenie nieważności postępowania dyscyplinarnego, podważając m.in. dopuszczalność przedmiotowego podsłuchu telefonicznego jako dowodu. W dniu 5 maja 2010 r. NRS, obradująca jako komisja dyscyplinarna dla sędziów, skazała sędzię za przewinienie dyscyplinarne i wymierzyła drugą najsurowszą karę dyscyplinarną przymusowego przeniesienia w stan spoczynku. Członkowie komisji uznali w szczególności, że przesłuchanie przeprowadzone przez pierwszego prezesa sądu apelacyjnego zapewniło sędzi niezbędne gwarancje prawa do obrony, a podsłuch został należycie włączony do akt. Stwierdzono, że wypowiedzi nawołujące do przemocy wobec konkretnej osoby z powodu osobistej zemsty stanowiły naruszenie obowiązków sędziowskich i utratę niezbędnych standardów etycznych⁴⁰.

W skardze do ETPCz D. Terrazoni zarzuciła, że jej rozmowa telefoniczna została podsłuchana i spisana, a odpowiadający jej protokół został wykorzystany we wszczętym przeciwko niej postępowaniu dyscyplinarnym, choć nie zapewniono jej gwarancji związanych z jej statusem sędziego i nie miała ona możliwości poddania kontroli legalności podsłuchu telefonicznego, co miało naruszyć art. 8 Konwencji. W szczególności skarżąca podniosła, że nie skorzystała z gwarancji przewidzianej w art. 100–7 francuskiego k.p.k., zgodnie z którym prezes sądu apelacyjnego musi zostać uprzednio powiadomiony o założeniu podsłuchu na telefonie sędziego. Ponadto, skarżąca stwierdziła, że nie była w stanie zakwestionować legalności podsłuchu telefonicznego, ponieważ Najwyższa Rada Sądownictwa nie badała legalności podsłuchu, a jedynie włączenie tego dokumentu do akt postępowania dyscyplinarnego. Skarżąca stwierdziła, że nie korzystała w tym przypadku ze

³⁸ *Ibidem*, pkt 13.

³⁹ *Ibidem*, pkt 19.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 22–23.

skutecznej ochrony prawa krajowego, które nie czyni rozróżnienia w zależności od właściciela podsłuchiwanej linii (art. 100 i nast. k.p.k.)⁴¹.

ETPCz stanął na stanowisku, że ingerencja, o której mowa, była „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji. Trybunał przyjął, że D. Terrazzoni mogła przewidzieć, że jej rozmowa może być przechwycona w razie monitorowania telefonu jednego z jej znajomych. Jeśli jej uwagi dawałyby podstawy do przypuszczenia, że była ona zamieszana w przestępstwo, mogły zostać spisane i uzyskany w ten sposób zapis mógł zostać wykorzystany w postępowaniu karnym lub dyscyplinarnym⁴².

W zakresie celu i konieczności ingerencji, ETPCz uznał, że wykorzystanie dowodu miało na celu ustalenie prawdy zarówno w pierwotnym postępowaniu karnym przeciwko F. L., jak i w postępowaniu karnym w sprawie D. Terrazzoni. Naruszenie prawa do prywatności miało zatem na celu „ochronę porządku” w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji. Użycie tego dowodu w ramach postępowania dyscyplinarnego przeciwko D. Terrazzoni miało ten sam cel, uzasadniony w świetle art. 8 ust. 2 Konwencji⁴³.

Trybunał dostrzegł, że w sprawie D. Terrazzoni przechwycenie rozmowy wynikało z podsłuchu na linii telefonicznej F. L., a nie sędzi Terrazzoni. Fakt, że D. Terrazzoni była sędzią, nie był wtedy jeszcze znany. Szczególne gwarancje procesowe, na które skarżąca powoływała się w skardze, zostały zastosowane, gdy tylko dowiedziano się o jej statusie – po przechwyceniu rozmowy prokurator zawiadomił właściwego prezesa sądu. ETPCz zwrócił uwagę, że podsłuch został zarządzony przez sędziego śledczego i przeprowadzony pod jego nadzorem. Trybunał zauważył, że D. Terrazzoni miała możliwość przedstawienia swojej relacji z przedmiotowej rozmowy telefonicznej prezesowi sądu apelacyjnego w Aix-en-Provence, a następnie na każdym etapie postępowania. ETPCz zauważył ponadto, że sędzia miała dostęp zarówno do nagrania dźwięku, jak i jego transkrypcji w toku trwających w jej sprawie postępowań, a rozmowa została nagrana w ramach postępowania karnego, które wprawdzie jej nie dotyczyło, ale dowody zostały dołączone do akt sprawy we właściwy sposób i mogły być przedmiotem kontradiktoryjnego sporu, w ramach którego skarżąca mogła żądać uznania tego dowodu za niedopuszczalny w postępowaniu dyscyplinarnym, który to zarzut nie został po prostu uwzględniony⁴⁴.

W rezultacie Trybunał uznał, że nie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji.

Należy zwrócić uwagę, że w obu przytoczonych orzeczeniach ETPCz wyraźnie stwierdził legalność dowodów uzyskanych poza ramami przedmiotowymi i podmiotowymi wyznaczonymi pierwotnym postanowieniem o zarzą-

⁴¹ *Ibidem*, pkt 32–36.

⁴² *Ibidem*, pkt 50–51.

⁴³ *Ibidem*, pkt 52.

⁴⁴ *Ibidem*, pkt 55–61.

dzeniu podsłuchu – przyjął, że uzyskane w toku inwigilacji dowody popełnienia innych przestępstw lub przewinień dyscyplinarnych niż objęte pierwotnym postanowieniem, choćby popełnionych przez inne osoby niż w nim wskazane, są legalne i podlegają wykorzystaniu w odpowiednich procesach. Podkreślenia wymaga, że w sprawie Terrazzoni w oparciu o dowody z rozmowy wypadkowo podsłuchanej sędzi wszczęto postępowanie karne w sprawie o przestępstwa naruszenia tajemnicy służbowej i wywierania wpływu. Trybunał stanął jednoznacznie na stanowisku, że tak długo, jak zachowane są gwarancje procesowe w toku postępowania sądowego zainicjowanego takimi dowodami, nie może być mowy o naruszeniu EKPCz w takich sytuacjach. W szczególności uznano, że dostateczną formą kontroli dowodów uzyskanych poza granicami przedmiotowymi i podmiotowymi postanowienia o zarządzeniu podsłuchu jest ich weryfikacja przez sąd w postępowaniu głównym, w którym obwiniony czy oskarżony może przedstawić swoje argumenty i dowody oraz kwestionować taki dowód na zasadach ogólnych – nie jest w tym zakresie niezbędna odrębna procedura autoryzacyjna.

Na tle przytoczonych orzeczeń widać jednoznacznie, że podnoszone przez krytyków literalnego brzmienia art. 168b k.p.k. argumenty konstytucyjne i konwencyjne są nietrafne. Źródłem tego nieporozumienia, jak się wydaje, jest odczytywanie części norm rangi konstytucyjnej i konwencyjnej w zupełnym oderwaniu od innych norm tej samej rangi – art. 8 ust. 1 EKPCz w oderwaniu od art. 8 ust. 2 EKPCz, czy art. 47 i art. 51 Konstytucji w oderwaniu od art. 31 ust. 3 oraz art. 5, 2 i 1 Konstytucji, a także art. 49 zd. 1 z pominięciem art. 49 zd. 2 Konstytucji. Należy bowiem przypomnieć, że samo stwierdzenie naruszenia normy rangi konstytucyjnej bądź konwencyjnej najczęściej nie wystarcza do stwierdzenia naruszenia Konstytucji bądź EKPCz – po stwierdzeniu naruszenia należy bowiem zweryfikować, ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu, czy naruszenie jest uzasadnione w świetle norm danej rangi.

Warto zaznaczyć, że poglądy najbardziej krytycznej wobec art. 168b k.p.k. części autorów⁴⁵ oraz polskiego Sądu Najwyższego stoją w opozycji do praktyki obecnej w innych krajach. Uniwersalna raczej wydaje się perspektywa zaprezentowana przez ETPCz w sprawach Versini-Campinchi oraz Terrazzoni. W prawie amerykańskim przyjmuje się, że zgoda następcza sądu „może być wyrażona na wykorzystanie takich materiałów również co do przestępstw pozakatalogowych, co uzasadnia się tym, że i tak wkroczone już w sferę prywatności danej osoby, a w sytuacji działania funkcjonariuszy w dobrej wierze trudno znaleźć argument przemawiający za dyskwalifikacją takich materiałów”⁴⁶. Z kolei „szwedzki Sąd Najwyższy wskazał, że o ile brak

⁴⁵ Zob. przypis 15.

⁴⁶ B. Sitkiewicz, Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej oraz podsłuchu procesowego, (w:) A. Lach (red.), *Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r.*, 2017, LEX/el. 2021.

regulacji dotyczących »przypadkowych znalezisk« (dowodów z podsłuchu dotyczących przestępstw „spoza katalogu”, uzyskanych w toku legalnie zarządzanego podsłuchu – przypis Autora) może prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 8 ust. 2 Konwencji, o tyle nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie dopuszczalności dowodu w sprawie karnej. Zdaniem szwedzkiego Sądu Najwyższego decyzja o zastosowaniu podsłuchu została podjęta legalnie, informacje (przypadkowe znaleziska) były przekazywane przez podsłuchiwanym w pełni swobodnie, oskarżeni mieli możliwość kwestionowania owych dowodów, które nadto nie były jedynymi dowodami zarzucanych im czynów; orzeczenie szwedzkiego Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2003 r., Ref NJA I 2003:48 (...)»⁴⁷. Na podobnym stanowisku stoi orzecznictwo francuskie: „W odniesieniu do przypadkowych podsłuchów telefonicznych, z orzecznictwa Sądu Kasacyjnego wynika, że w przypadku, gdy przechwycone rozmowy ujawniają istnienie faktów mogących stanowić przestępstwo, rozmowy te, nawet jeżeli nie mają związku z postępowaniem, w ramach którego zarządzono podsłuch telefoniczny, mogą zostać spisane i przekazane prokuratorowi, który decyduje o tym, jakie działania należy podjąć (Cass. crim., 21 lutego 1995 r., *Bull. crim.*, nr 75). Sąd Kasacyjny potwierdził to orzecznictwo, w szczególności w odniesieniu do rozmów telefonicznych między osobą podlegającą nadzorowi a jej obrońcą (Cass. crim., 8 listopada 2000 r., *Bull. crim.*, nr 335)»⁴⁸.

Na tle powyższych uwag niezbędne wydaje się zweryfikowanie argumentacji przedstawionej przez Sąd Najwyższy w sprawie I KZP 4/18. Z uwagi na znaczenie wspomnianej uchwały dla orzecznictwa sądów powszechnych, ale również ze względu na powtórzenie w niej wątpliwych argumentów prezentowanych w piśmiennictwie, będzie ona stanowiła punkt odniesienia dla argumentacji przedstawionej w niniejszej publikacji.

Sąd Najwyższy w przedmiotowej uchwale przedstawił argumenty, z którymi nie sposób się zgodzić, przy czym większość z nich oparta jest na przesłankach natury konstytucyjnej i konwencyjnej, które, jak wspomniano – podobnie jak w niektórych publikacjach dotyczących tej problematyki – zostały błędnie zinterpretowane i oderwane od rzeczywistego brzmienia norm wyższego rzędu oraz orzecznictwa zarówno Trybunału Konstytucyjnego, jak i ETPCz.

Niemniej, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zawarte w uzasadnieniu tej uchwały braki argumentacji niezwiązanej z normami wyższego rzędu.

Sąd Najwyższy rozpoczął rozważania od stwierdzenia, iż wobec wyrażanych w piśmiennictwie wątpliwości co do treści normatywnej art. 168b k.p.k. nie można uzyskać jednoznacznego rezultatu wykładni na poziomie wykład-

⁴⁷ *Ibidem*, r. 2, przypis 42.

⁴⁸ Wyrok Terrazzoni przeciwko Francji, *op. cit.*, pkt 29.

ni językowej. Wbrew jednoznaczemu brzmieniu art. 168b k.p.k. Sąd Najwyższy przyjął, iż „taka redakcja omawianego przepisu, nie daje jednoznacznej odpowiedzi na elementarną w tym zakresie kwestię – czy katalog przestępstw, co do których możliwe jest prowadzenie kontroli operacyjnej pierwotnej i wtórnej, jest taki sam”⁴⁹.

Po pierwsze, trafnie w piśmiennictwie zauważono, że nie sposób zaaprobować tego stanowiska, ponieważ wykładnia językowa art. 168b k.p.k. nie budzi wątpliwości⁵⁰. Po wtóre, zupełnym nieporozumieniem jest odrzucenie językowego brzmienia przepisu wyłącznie z powodu różnorodności poglądów wyrażanych na jego temat w piśmiennictwie. Co jednak istotniejsze, Sąd Najwyższy wywnioskował niejednoznaczność redakcyjną art. 168b k.p.k. z różnicy zdań autorów, którzy na wykładni językowej nie poprzestali, a podkreślali niejednokrotnie, że wynik wykładni językowej przepisu jest jednoznaczny, choć według ich mniemania trudny do zaakceptowania⁵¹. Stosując przyjęty przez SN sposób rozumowania, najbardziej klarowny przepis można uznać za niejednoznaczny w oparciu o dowolną liczbę wątpliwych poglądów, wyrażanych w oparciu o dyskusyjne bądź wprost nieprawdziwe przesłanki rozumowania. Taki stan rzeczy zaistniał na tle art. 168b k.p.k. Wśród autorów krytykujących ten przepis jednym z najpopularniejszych argumentów jest teza o niezgodności jego literalnego brzmienia – a więc jednoznacznej, konkretnej treści tekstu ustawy – z normami wyższego rzędu⁵². Sąd Najwyższy stwierdził, że nie można uzyskać jednoznacznego rezultatu wykładni na poziomie wykładni językowej, podczas gdy w piśmiennictwie nikt wyniku wykładni językowej nie kwestionował – za odejściem od literalnego brzmienia przepisu podnoszono wyłącznie nieprzekonujące argumenty natury systemowej i funkcjonalnej⁵³.

Sąd Najwyższy przyjął także, że z punktu widzenia wykładni funkcjonalnej ważkim argumentem jest, iż „działanie ustawodawcy, które z jednej strony precyzyjnie i w sposób wyważony rozszerzałoby katalog czynów objętych pierwotną kontrolą operacyjną, a jednocześnie znosiłoby jakiegokolwiek ograniczenia dla prowadzenia wtórnej kontroli operacyjnej, byłoby wewnętrznie sprzeczne”⁵⁴, ponieważ, „gdyby racjonalny ustawodawca chciał rozszerzyć zakres kontroli operacyjnej przewidzianej ustawą o Policji, to uczyniłby to rozszerzając katalog z art. 19 ust.1 lub widząc potrzebę totalnej inwigilacji,

⁴⁹ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 12.

⁵⁰ K. Boratyńska, P. Czarnecki, P. Królikowski, komentarz do art. 168b, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2020, Legalis/el. 2021, teza 5.

⁵¹ D. Gruszecka, komentarz..., 2018 i 2021, *op. cit.*; P. Daniluk, *Instytucja...*, *op. cit.*, s. 89 i n.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 14.

zniósłby go”⁵⁵. Sąd Najwyższy przyjął, że „wprost, jako sprzeczne z elementarnymi zasadami wykładni logicznej, należy ocenić rozwiązanie, w ramach którego, dla uzyskania pierwotnej zgody na kontrolę operacyjną, istnieją ograniczenia katalogowe, a dla kwestii niejako wypadkowych, pozostających w sferze wtórnej kontroli operacyjnej, nie istnieją żadne tego typu ograniczenia. Zastosowanie ma tu argumentacja *a fortiori* – *argumentum a minori ad maius*”⁵⁶.

Jest to rozumowanie stwarzające jedynie pozór spójności logicznej, jednakże jako oparte na błędnym założeniu, jest fundamentalnie wadliwe, co najlepiej demonstruje argumentacja oraz treść rozstrzygnięć przedstawionych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w przytoczonych powyżej sprawach Versini-Campinchi i Crasnianski oraz Terrazzoni przeciwko Francji. Błędne założenie występujące w tym sposobie rozumowania polega na przyjęciu, że postanowienie Sądu Okręgowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej nie ma znaczenia dla możliwości legalnego uzyskania w jej toku dowodów innych przestępstw.

Przedstawiona w tym zakresie przez Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 4/18 argumentacja powielona z piśmiennictwa stanowi poważny błąd w rozumowaniu przeciwników stosowania art. 168b k.p.k. w jego literalnym brzmieniu.

Przytoczone orzeczenia strasburskiego Trybunału jednoznacznie przesądzają, że w świetle EKPCz wszelkie dowody uzyskane wskutek legalnie zarządzonej kontroli operacyjnej czy podsłuchu procesowego są również legalne. Dlatego Sąd Najwyższy wadliwie zastosował w tym przypadku argumentację *a fortiori* – jeśli dowód został już przypadkowo uzyskany w trakcie trwającej kontroli operacyjnej, nie może być mowy o stosowaniu reguły *a minori ad maius*, ponieważ nie ma tutaj głębszej ingerencji w prawo do prywatności, do ingerencji doszło na podstawie pierwotnego postanowienia (nic nie dzieje się „bardziej” ani „więcej”). Z tego powodu za niefortunne należy uznać, jak uczynił to Sąd Najwyższy we wspomnianej uchwale, posługiwanie się terminami „pierwotna kontrola operacyjna” i „wtórna kontrola operacyjna”. Czyni to pozór prowadzenia dwóch odrębnych procedur inwigilacyjnych, co jest perspektywą fałszywą – wszakże cały czas jest mowa o dowodach uzyskanych przy okazji pierwotnie zarządzonej przez Sąd Okręgowy kontroli operacyjnej. Należy w tym zakresie podzielić stanowisko wyrażone przez ETPCz w sprawach Versini-Campinchi oraz Terrazzoni przeciwko Francji. Przesłanki zarządzenia kontroli operacyjnej nie mają ani logicznego, ani merytorycznego związku z przesłankami wykorzystania dowodów uzyskanych przy okazji jej prowadzenia.

Literalna wykładnia art. 168b k.p.k. zakłada możliwość dowodowego wykorzystania materiałów dotyczących wszelkich przestępstw ściganych z urzędu, uzyskanych przypadkowo w toku legalnie prowadzonej kontroli

⁵⁵ *Ibidem*, s. 15.

⁵⁶ *Ibidem*.

operacyjnej, prowadzonej na podstawie postanowienia sądu. Są to więc dowody uzyskane po legalnej, uzasadnionej i proporcjonalnej ingerencji w prawo do prywatności przez Sąd Okręgowy zarządzający kontrolę.

Choć nie ma to znaczenia dla ostatecznego rezultatu wykładni art. 168b, dla porządku należy tu rozróżnić dwie sytuacje. Inna jest bowiem sytuacja prawna osoby, co do której zarządzono kontrolę operacyjną, w której toku zdobyto dowody wykraczające poza zakres przedmiotowy pierwotnego postanowienia, od sytuacji osoby trzeciej, która nie była objęta postanowieniem o zarządzaniu kontroli operacyjnej.

W pierwszym przypadku, w rozpatrywanej sytuacji nie może być w ogóle mowy o naruszeniu prawa do prywatności, tajemnicy komunikacji ani autonomii informacyjnej. Proporcjonalne i usprawiedliwione wkroczenie organów państwa w tę sferę następuje bowiem na mocy postanowienia Sądu Okręgowego o zarządzaniu kontroli operacyjnej i obejmuje całość prowadzonej komunikacji, co, jak słusznie zauważył ETPCz, jest naturalną konsekwencją stosowania podsłuchu. Nie ma przecież znaczenia dla żadnego z praw konstytucyjnych, czy osoba objęta podsłuchem dostarcza dowodów przestępstw objętych postanowieniem, jakichkolwiek innych przestępstw ściganych z urzędu czy też dowodów niewinności. Naruszeniem prawa do prywatności jest bowiem słuchanie prywatnych wypowiedzi tej osoby przez organy państwa – wszystkich wypowiedzi, a nie tylko niektórych z nich. Przecież gdyby przyjąć, że pierwotne postanowienie o zarządzaniu kontroli operacyjnej legalizuje jedynie wkroczenie w prywatność w zakresie określonych przestępstw, to również nielegalne byłoby słuchanie treści o tematyce niezwiązanej z przestępczością. Budzi to naturalny sprzeciw, ponieważ nie da się w toku prowadzenia podsłuchu oddzielić treści kryminalnych od innych. Jak się wydaje, umknęło w dyskursie dotyczącym tej problematyki, iż ingerencja sądu zarządzającego kontrolę operacyjną (czy podsłuch procesowy) w prawa konstytucyjne, o których mowa w art. 47, 49 i 51 Konstytucji, dokonująca się na mocy przepisów ustawy przede wszystkim w oparciu o test proporcjonalności przewidziany w art. 31 ust. 3 Konstytucji, obejmuje wszystkie treści, które w trakcie trwania podsłuchu zostają wypowiedziane. Z tego też względu nieporozumieniem jest mowa o naruszeniu prawa do prywatności tej osoby z powodu późniejszego wykorzystania w procesie treści jej wypowiedzi, która stanowiła dowód popełnienia innego przestępstwa. Wykorzystanie tego dowodu ma bowiem również legitymizację konstytucyjną objętą pierwotną zgodą sądu.

Co do osoby trzeciej, której wypowiedzi zostały utrwalone w toku rozmowy z osobą objętą podsłuchem, jak to miało miejsce w sprawach Versini-Campinchi oraz Terrazzoni przeciwko Francji, trafnie ETPCz przyjął, że choć w takiej sytuacji następuje naruszenie prawa do prywatności, to nie może być mowy o nieproporcjonalnym jego naruszeniu, jeżeli zachowane są właściwe gwarancje w postępowaniu głównym. Z definicji bowiem zarządzenie

podsluchu powoduje objęcie przechwytywaniem wypowiedzi osób, które nie były objęte środkiem zarządzanym przez sąd.

Z powyższych względów warunki zarządzania kontroli operacyjnej, przewidziane w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i innych odpowiednich przepisach, oraz warunki wykorzystania materiałów wpadkowych z legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej, przewidziane w art. 168b k.p.k., są istotnie różne. Momentem kluczowym, decydującym o ingerencji w prawo do prywatności jest zarządzanie kontroli operacyjnej przez Sąd Okręgowy. Konieczność ścisłego określenia przesłanek zarządzania kontroli operacyjnej wynika z tego, że treści dotyczących popełnionych przestępstw nie można w jej toku oddzielić od treści dotyczących życia osobistego – to z tej relacji wynika konflikt dóbr konstytucyjnie chronionych. Aby mechanizm zarządzania kontroli operacyjnej był proporcjonalny w konstytucyjnym i konwencyjnym znaczeniu, przesłanki jej zarządzania muszą być odpowiednio ograniczone, w szczególności musi istnieć przewidywalny katalog przestępstw, w sprawach o które można ją zarządzić. Jest oczywiste, że w toku legalnej, zarządzanej przez Sąd kontroli operacyjnej, mogą pojawiać się treści wypowiedziane przez inne osoby, ponieważ, jak przyjmuje ETPCz, wynika to z natury stosowania podsłuchów – „okoliczność, że skarżąca nie była właścicielem linii telefonicznej, która została w ten sposób podłączona, jest w tym względzie bez znaczenia. Z definicji operacja taka prowadziła do podsłuchiwanie rozmów z osobami trzecimi, a zatem obejmowała przechwytywanie wypowiedzi osób, które nie były objęte środkiem zarządzanym przez sędziego śledczego”⁵⁷. Żadne przepisy konstytucyjne ani konwencyjne nie wymagają więc, aby uzyskany w toku legalnego podsłuchiwanie dowód musiał dotyczyć osoby objętej kontrolą operacyjną bądź podsłuchem procesowym ani dotyczyć wyłącznie przestępstwa należącego do katalogu przestępstw, co do których podsłuch może zostać zainicjowany. Zarówno bowiem orzecznictwo TK, jak i ETPCz odróżnia warunki zarządzania kontroli operacyjnej od przesłanek wykorzystania dowodu uzyskanego przy okazji jej prowadzenia, ale poza jej granicami podmiotowymi i przedmiotowymi. Okoliczności te były trafnie podnoszone w polskiej doktrynie postępowania karnego już ponad dekadę temu⁵⁸. Jak zasadnie zauważa się w piśmiennictwie, „czym innym jest możliwość rozpoczęcia kontroli operacyjnej w sprawach o określone przestępstwo, a czym innym jest możliwość wykorzystania dowodów uzyskanych w trakcie trwania kontroli”⁵⁹.

⁵⁷ Wyrok ETPCz z dnia 16 czerwca 2016 r. w sprawie Versini-Campinchi i Crasnianski przeciwko Francji, pkt 52 *in fine*.

⁵⁸ M. G. Węglowski, Glosa..., *op. cit.*; A. Lach, B. Sitkiewicz, Glosa..., *op. cit.*

⁵⁹ B. Gadecki, Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, Orzecznictwo Sądów Polskich 2019, nr 1, LEX/el. 2021.

Również z tych względów gołosłowne, dowolne i sprzeczne z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego⁶⁰ jest twierdzenie, iż dowody popełnienia innych przestępstw ściganych z urzędu, uzyskane przy okazji prowadzenia kontroli operacyjnej, realizowanej na podstawie postanowienia sądu, stanowią dowód nielegalnie uzyskany i zebrany w sposób sprzeczny z ustawą w rozumieniu art. 51 ust. 4 Konstytucji⁶¹. Trudno polemizować z interpretacją, która opiera się na wykrzywieniu rzeczywistości – jak się bowiem wydaje, ta linia argumentacji ignoruje fakt, że norma prawna, wskazująca zakres legalnej kontroli operacyjnej, musi być konstruowana na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji w związku z art. 168b k.p.k., a nie z pominięciem tego przepisu. Innymi słowy, art. 168b k.p.k. stanowi ustawowe uzupełnienie norm prawnych wywodzonych z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, a więc dowód uzyskany zgodnie z art. 168b k.p.k. jest w oczywisty sposób legalny i nie może być jednocześnie uzyskany w sposób „sprzeczny z ustawą”, skoro właśnie ten konkretny przepis ustawowy zezwala na jego pozyskanie – co oczywiście niweczy próbę powoływania się na treść art. 51 ust. 4 Konstytucji jako źródło niezgodności wertykalnej między art. 168b k.p.k. a normami wyższego rzędu. Z tego samego powodu zupełnym nieporozumieniem jest powoływanie na poparcie tezy o niekonstytucyjności tego przepisu argumentu, że dowód uzyskany niezgodnie z ustawowymi warunkami jego uzyskania jest dowodem nielegalnym i niedopuszczalnym⁶² – wszakże właśnie z treści art. 168b k.p.k., a więc przepisu rangi ustawowej, wynika legalność uzyskanych w toku kontroli operacyjnej dowodów przestępstw innych niż objęte pierwotnym postanowieniem sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej.

⁶⁰ O tym, że informacji zdobytych przy okazji legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej nie można uznać za zebrane w sposób sprzeczny z ustawą w rozumieniu art. 51 ust. 4 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK ZU 2005, nr 11/A, poz. 132, pkt III.5.1.

⁶¹ Zob. na tle nieaktualnego stanu prawnego: postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, *op. cit.*, s. 24–29 – wyczerpująca krytyka tego stanowiska, którą w całości należy podzielić, została zawarta w publikacjach M. G. Węglowskiego, *Glosa...*, *op. cit.*, oraz A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa...*, *op. cit.*; stanowisko o naruszeniu art. 51 ust. 4 Konstytucji, bez dostatecznego uzasadnienia, zajęli również J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia...*, *op. cit.*; J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r.*, sygn. I KZP 4/18, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2019, nr 1, LEX/el. 2021; P. Daniłuk, *Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168B...*, *op. cit.*, s. 14; D. Gruszecka, *komentarz...*, 2021, *op. cit.*; R. A. Stefański, *Stosunek sądu do dowodów nielegalnych*, (w:) D. Kala, I. Zgoliński (red.), *Postępowanie przed sądem I instancji w znowelizowanym procesie karnym*, 2018, LEX/el. 2021 – w przypadku tego autora objął on omówieniem jednocześnie art. 168a oraz art. 168b k.p.k., więc trudno jednoznacznie stwierdzić, które wskazane przez niego argumenty dotyczą konkretnie art. 168b k.p.k., a które art. 168a k.p.k. Jak się wydaje, przedstawiona w tym ostatnim opracowaniu argumentacja nie przystaje do art. 168b k.p.k.

⁶² Tak D. Gruszecka, *komentarz...*, 2021, *op. cit.*, teza 4 *in fine*.

Należy przy tym podkreślić, że decyzja prokuratora w tym zakresie, przewidziana w art. 168b k.p.k., nie stanowi środka legalizacji tych dowodów – zgodnie z przytoczonym orzecznictwem ETPCz są one legalne z definicji, jako uzyskane wskutek legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej, a prokurator jedynie decyduje o ich ewentualnym wykorzystaniu w konkretnym postępowaniu karnym na zasadach ogólnych. Z tego względu należy stanąć na stanowisku, że prokurator może to uczynić w każdy sposób, uzewnętrzniając wolę wykorzystania tych materiałów, choćby przez umieszczenie w wykazie dowodów aktu oskarżenia. Skoro bowiem Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że sformułowanie „prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym” ma charakter techniczny i „nie rodzi po stronie prokuratora żadnych nowych uprawnień”⁶³, to brak jest jakichkolwiek racjonalnych podstaw, aby wymagać innej formy takiej decyzji⁶⁴.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że część autorów dość swobodnie powołuje się na źródła, mające rzekomo świadczyć o nielegalności dowodów uzyskanych poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym, określonym w pierwotnym postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Na przykład D. Gruszecka, na poparcie tezy, iż art. 168b k.p.k. „pozostaje w kolizji z konwencyjnym standardem rzetelnego procesu”, podniosła: „zaakcentowania wymaga jednoznaczne stanowisko ETPC, podkreślające, że ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach winna być przeprowadzona przynajmniej przez organy sądowe, tylko one zapewniają bowiem najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury (zob. szerzej D. Drajewicz, Zgoda następcza sądu, s. 90–91)”⁶⁵. Na konieczność dokonywania przez niezależny organ sądowy kontroli pozyskiwania informacji w drodze podsłuchu i działań operacyjnych („procedury autoryzacyjnej”) szeroko zwracała też ostatnio uwagę Komisja Wenecka (zob. obszerne uwagi – Poland – *Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session* (Venice, 10–11 June 2016) wraz z cytowanymi tam licznymi orzeczeniami ETPC, s. 23–30)”⁶⁶. Brak jest podstaw, żeby formułować tak jednoznaczne tezy w oparciu o wskazane źródła.

⁶³ Uchwała I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 20.

⁶⁴ *Vide* – wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2016 r., sygn. II AKa 133/16, LEX/el. 2021 nr 2171252.

⁶⁵ Wbrew sugestii D. Gruszeckiej autor ten zaznaczył, że „wedle ETPC kontrola niesądowa – sprawowana przez inne organy zewnętrzne wobec kontrolowanych, o odpowiednio reprezentatywnym składzie – nie uchybia standardowi Konwencji” – wyrażając przy tym opinię na tle ówczesnego stanu prawnego, że „w naszym systemie tylko kontrola sądu daje właściwą gwarancję kontroli niezależnej od innych władz” (D. Drajewicz, Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 1, s. 90–91).

⁶⁶ D. Gruszecka, komentarz do art. 168b k.p.k..., *op. cit.*, teza 4.

ETPCz rzeczywiście podkreśla, że ingerencja w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która zasadniczo powinna być prowadzona przez organy sądowe, ale za jedną z form takiej kontroli uznaje kontrolę *a priori*, a więc np. wydanie postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej przez Sąd Okręgowy – ETPCz nie wymaga bowiem w swoim orzecznictwie istnienia osobnej, wpadkowej, procedury weryfikującej dowody uzyskane w toku kontroli zarządzonej na podstawie postanowienia odpowiedniego sądu, na co m.in. wskazują orzeczenia w sprawach Versini-Campinchi oraz Terrazzoni przeciwko Francji. Z kolei Komisja Wenecka w cytowanym dokumencie jedynie zauważyła, że – poza sądową zgodą pierwotną – wskazane jest istnienie niezależnego organu (niekoniecznie sądu), który mógłby kontrolować prawidłowość wykonania kontroli operacyjnej w konkretnych sprawach. Na poparcie tej tezy Komisja Wenecka powołała jedynie orzeczenia ETPCz, w których Trybunał ten uznał za dostateczne istnienie w Niemczech systemu nadzoru nad uzyskiwaniem niecelowanych danych strategicznych, w którym uprawnienia nadzorcze ma „nadzorcza komisja parlamentarna”, składająca się z posłów, w tym opozycji, Prokurator Generalny i niezależna Komisja⁶⁷. Należy podkreślić, że w powołanym fragmencie raportu Komisja Wenecka powołała kilka wyroków ETPCz, lecz nie dotyczyły one problematyki dowodów z kontroli operacyjnej, uzyskanych poza jej pierwotnie określonymi granicami. Powołane więc przez D. Gruszcę źródła w żaden sposób nie uzasadniają tezy o pozostawieniu art. 168b k.p.k. „w kolizji z konwencyjnym standardem rzetelnego procesu”⁶⁸.

W uchwale I KZP 4/18 Sąd Najwyższy przyjął, że poprzestanie na językowej wykładni art. 168b k.p.k. oznaczałoby, iż istnieje możliwość wykorzystywania uzyskanych poza granicami podmiotowymi i przedmiotowymi pierwotnie zarządzonej kontroli operacyjnej dowodów przestępstw, które co do zasady ścigane są z oskarżenia prywatnego, ale zostały objęte ściganiem z urzędu przez prokuratora⁶⁹. Jest to pogląd fundamentalnie błędny, co zostało trafnie wytknięte w piśmiennictwie⁷⁰. Dość przypomnieć, że przestępstwo, które w ustawie karnej jest ujęte jako ścigane z oskarżenia prywatnego, pozostaje takim niezależnie od uregulowań procesowych – objęcie przestępstwa prywatnoskargowego ściganiem przez prokuratora powoduje, że postępowanie

⁶⁷ Poland – Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10–11 June 2016), dostępna pod adresem [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)012-e), przypis 103.

⁶⁸ D. Gruszcę, komentarz do art. 168b k.p.k..., *op. cit.*, teza 4.

⁶⁹ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 15–16.

⁷⁰ B. Gadecki, *Możliwość...*, *op. cit.*; K. Boratyńska, P. Czarnecki, P. Królikowski, komentarz..., 2020, *op. cit.*, teza 5.

wówczas toczy się z urzędu, a nie że przestępstwo w sensie materialnoprawnym staje się przestępstwem ściganym z urzędu⁷¹.

W uchwale I KZP 4/18 Sąd Najwyższy uznał również za niedopuszczalne, aby w sprawach o przestępstwa przeciwko rodzinie, które zasadniczo nie są przestępstwami katalogowymi, przy okazji prowadzenia kontroli operacyjnej mogły być gromadzone i wykorzystywane materiały uzyskane w sposób tajny, a pochodzące od osób, które mają prawo do odmowy składania zeznań⁷². Jest to zupełne nieporozumienie – uprawnienie określonych osób do odmowy składania zeznań nie ma związku z zakresem innych niż zeznania dowodów możliwych do uzyskania w takich postępowaniach. Wszakże do reguł sztuki prowadzenia postępowania karnego należy szukanie w takich sprawach innych niż osoby najbliższe źródeł dowodowych, nieraz w ramach bardziej ingerujących w prywatność czynności procesowych niż kontrola operacyjna, co dotyczy się w szczególności spraw o przestępstwo znęcania się z art. 207 k.k.⁷³ Nie należy mylić prawa do odmowy składania zeznań z prawem do unieszkodliwienia postępowania karnego – takie przysługuje określonym osobom wyłącznie w sprawach o przestępstwa wnioskowe, i to jedynie w ograniczonym zakresie, co ma swoje głębokie uzasadnienie aksjologiczne. Chodzi bowiem o to, aby chronić pokrzywdzonych przed skrajnie niekorzystnymi zjawiskami, w tym polegającymi na godzeniu w ich zdrowie lub życie. Nie bez powodu na przykład przestępstwa zgwałcenia z art. 197 k.k. są obecnie przestępstwami bezwarunkowo ściganymi z urzędu. Można wręcz powiedzieć, że w przypadku takich czynów jest dokładnie odwrotnie niż przyjął Sąd Najwyższy – jeśli pokrzywdzony przestępstwem znęcania się żyje ze swoim oprawcą, stanem jak najbardziej pożądanym jest dostęp do materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w innej sprawie.

Sąd Najwyższy przyjął przy tym, że dla procesu wykładni art. 168b k.p.k. nie jest istotny fakt uchylenia art. 19 ust. 15a–15e ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji oraz innych odpowiednich przepisów w ustawach regulujących funkcjonowanie innych służb. Ten pogląd również należy uznać za chybiony. Po pierwsze, trafnie zauważono w piśmiennictwie, że w ten sposób zupełnie zignorowano wykładnię historyczną: „skoro ustawodawca celowo rezygnuje z ograniczenia zakresu możliwej do wyrażenia zgody na-

⁷¹ Szerzej na ten temat: *ibidem*.

⁷² Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 16.

⁷³ B. G a d e c k i, *Możliwość...*, *op. cit.*; brak jest podstaw, żeby zakaz dowodowy określony w art. 186 § 1 k.p.k. odnosić do jakichkolwiek innych dowodów niż zeznanie świadka, rozumiane jako relacja na rzecz organu procesowego, z jego inspiracji. Dowód z kontroli operacyjnej można porównać do pamiętników, listów czy notatek pokrzywdzonego, które podlegałyby ujawnieniu na rozprawie na mocy art. 393 § 3 k.p.k., niezależnie od jego woli; należy zauważyć, że art. 19 ust. 15 ustawy o Policji zalicza materiały z kontroli operacyjnej do dokumentów w rozumieniu procesowym, podlegających odczytaniu bądź odsłuchaniu na rozprawie (zob. postanowienie SN z dnia 14 października 2016 r., sygn. III KK 348/16, *Legalis/el.* nr 1537674).

stępczej poprzez wyeliminowanie ograniczającego ją stwierdzenia z brzmienia przepisu, nie jest uprawnione dokonywanie wykładni logicznej, sprzecznej z rzeczywistym, uzewnętrznionym wyrazem woli ustawodawcy⁷⁴. Ponadto, zgodzić należy się z B. Gadeckim, który podniósł, iż „gdyby ustawodawca chciał, aby dalej wtórna kontrola operacyjna dotyczyła »przestępstw katalogowych«, a tylko nie wymagała już formalnego zatwierdzenia przez sąd, to odpowiednio zmieniłby treść przepisów w ustawach regulujących stosowanie kontroli operacyjnej, a nie wprowadzał do Kodeksu postępowania karnego nowy przepis. Po drugie, art. 168b k.p.k. posługuje się sformułowaniem »innego przestępstwa ściganego z urzędu«, a nie – jak w uchylonym art. 19 ust. 15c ustawy o Policji – »przestępstwa (...), w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną«, co świadczy, że pojęcie użyte w art. 168b k.p.k. musi mieć inne znaczenie (zakaz wykładni synonimicznej)”⁷⁵.

W zakresie argumentacji konstytucyjnej i konwencyjnej SN posłużył się zasadniczo wspomnianym rozumowaniem, występującym w piśmiennictwie na tle art. 168b k.p.k., powielając obecne w nim braki logiczne i merytoryczne. W dużej mierze są one konsekwencją wspomnianego już, błędnego utożsamienia przesłanek zarządzenia kontroli operacyjnej z przesłankami wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych przypadkowo, przy okazji jej prowadzenia.

Zupełnym nieporozumieniem jest przyjęcie, że uwzględnienie dowodów popełnienia przestępstwa pozakatalogowego, uzyskanych przy okazji prowadzenia kontroli operacyjnej, stanowiłoby ofiarowanie organom ścigania „narzędzia w postaci nieomal nieograniczonej w swym zakresie, pozostającej poza nadzorem sądowym, kontroli operacyjnej”⁷⁶. Jest to fałszywe zaprezentowanie problemu przynajmniej na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, w sposób oczywisty kontrola operacyjna jest zawsze ograniczona podmiotowo pierwotnym postanowieniem sądu o jej zarządzeniu – innymi słowy, podsłuch zawsze dotyczy konkretnej osoby. Jedynie w obrębie podsłuchiwanie tej konkretnej osoby w sprawie o konkretne przestępstwo katalogowe możliwe jest zdobycie dowodów popełnienia innych przestępstw ściganych z urzędu. Posługiwanie się w tym kontekście tezą o „nieograniczonej kontroli operacyjnej” jest więc istotnym nadużyciem. Po drugie, nieprawdziwa jest teza o pozostawieniu tej kontroli operacyjnej poza nadzorem sądowym – nie dość, że kontrolę operacyjną może zarządzić wyłącznie sąd, co już samo w sobie stanowi realizację postulatu kontroli sądowej, wyrażanego w orzecznictwie ETPCz⁷⁷,

⁷⁴ M. Kurowski, komentarz..., 2021, *op. cit.*, teza 12.

⁷⁵ B. Gadecki, *Możliwość...*, *op. cit.*

⁷⁶ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 19.

⁷⁷ Zob. m.in. wyrok ETPCz z dnia 6 września 1978 r. w sprawie Klass i inni przeciwko Niemcom, skarga nr 5029/71, pkt 55–56; z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie Zakharov przeciwko Rosji, skarga nr 47143/06, pkt 233.

to dowody z tej kontroli operacyjnej są przecież weryfikowane w toku postępowania jurysdykcyjnego również przez sąd. Wszakże w razie stwierdzenia np. naruszenia zakazów dowodowych sąd uzna taki dowód za niedopuszczalny na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Z tych względów chybnym jest twierdzenie, że ze względu na ochronę praw obywatelskich, zapisanych w normach wyższego rzędu, muszą istnieć takie „ograniczenia dla bezwzględnej inwigilacji obywateli w celu poszukiwania dowodów wszelkich przestępstw, które ewentualnie mogliby popełnić”⁷⁸. Powtórzyć należy, że z powodu jednoznacznie określonych granic podmiotowych i przedmiotowych postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej, nie może być mowy o „bezwzględnej inwigilacji obywateli w celu poszukiwania dowodów wszelkich przestępstw, które ewentualnie mogliby popełnić” – zastosowanie art. 168b k.p.k. dotyczy inwigilacji zarządzanej mocą postanowienia niezależnego sądu na podstawie odrębnych przepisów, która jedynie przy okazji ujawniła dowody popełnienia innych przestępstw ściganych z urzędu, tej samej bądź innej osoby. Warto zaznaczyć, że choć w okolicznościach spraw *Verisini-Campinchi* i *Terrazzoni* prawo francuskie w ogóle nie zawierało odpowiednika art. 168b k.p.k. ani art. 237a k.p.k., przewidującego dopuszczalność wykorzystania dowodów uzyskanych poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym zarządzanego podsłuchu, ETPCz nie stwierdził naruszenia art. 8 EKPCz, przyjmując, że z istoty podsłuchiwanie wynika możliwość uzyskania dowodów dotyczących innych osób i przestępstw – polski standard ustawowy, przewidziany w art. 168b k.p.k., jest w tym zakresie bez wątpienia wyższy. Znowu tutaj jaskrawo uwidacznia się „grzech pierworodny” w rozumowaniu przedstawionym przez Sąd Najwyższy, jakim jest zupełne pomylenie porządków zarządzenia kontroli operacyjnej i wykorzystania dowodów uzyskanych w jej trakcie. Nikt nie postuluje nieograniczonych podstaw zarządzenia kontroli operacyjnej – a tylko taki postulat uprawniałby tezę o „bezwzględnej inwigilacji”. Warto przy tym przypomnieć, że w prawie francuskim podsłuch może dotyczyć każdego przestępstwa zagrożonego karą 2 lat pozbawienia wolności – i sądy francuskie zasadnie nie uznają takiego stanu rzeczy za stan „bezwzględnej inwigilacji”.

Z powyższych względów za chybną należy uznać powołanie w uzasadnieniu uchwały I KZP 4/18 obszernego fragmentu uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, który odnosił się wprost i wyłącznie do warunków zarządzenia kontroli operacyjnej⁷⁹, w szczególności biorąc pod uwagę, że w uzasadnieniu tego orzeczenia

⁷⁸ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 21.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 22–24; te same zastrzeżenia dotyczą fragmentów tego orzeczenia powoływanych w P. D a n i l u k, *Instytucja tzw. zgody następczej...*, *op. cit.*, s. 92–93; P. D a n i l u k, *Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168B...*, *op. cit.*, s. 8; D. G r u s z e c k a, komentarz do art. 168b k.p.k..., 2021, *op. cit.*, teza 4.

znajdują się tezy sprzeczne z tezami Sądu Najwyższego⁸⁰. Nieuprawnione jest zwłaszcza, zdarzające się w piśmiennictwie⁸¹, powoływanie na poparcie tezy o „rażącym ignorowaniu zastanego standardu konstytucyjnego” przez art. 168b k.p.k. fragmentu tego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, który mówi o wymaganiu istnienia „odrębnej legitymizacji konstytucyjnej” dla odrębnych przejawów ingerencji w konstytucyjnie chroniony status jednostki. Przede wszystkim, jak wykazano powyżej, w okolicznościach regulowanych przez art. 168b k.p.k. nie dochodzi do odrębnej ingerencji w konstytucyjny status jednostki. Ponadto, odrębna legitymizacja konstytucyjna znaczy tyle, co odrębne konstytucyjne uzasadnienie. Nie jest to pojęcie tożsame z wymogiem uzyskiwania odrębnych zgód sądowych na każdy dowód uzyskany w toku czynności procesowej ingerującej w prywatność. Wyrażenie takiego oczekiwania można porównać do wymagania odrębnego zatwierdzania przez sąd w odrębnej procedurze każdego dowodu ujawnionego w toku przeszukania. Wydaje się to być oczywistym nieporozumieniem.

Nie można się również zgodzić z konkluzjami, które w uchwale I KZP 4/18 z cytowanego fragmentu wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 23/11 wywiódł skład orzekający Sądu Najwyższego, odnosząc do rozpoznawanej sprawy zawarte w tym rozstrzygnięciu sądu konstytucyjnego stwierdzenia, że „niedopuszczalne jest domniemywanie kompetencji władz publicznych w zakresie ingerencji w wolność jednostki”⁸², oraz „aby można było mówić o zachowaniu standardu konstytucyjnego, ustawodawca winien zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw uzasadniających ingerującą w status jednostki kontrolę operacyjną”⁸³. Są to bowiem cytaty, odnoszące się znowu do warunków zarządzenia kontroli operacyjnej, które bezzasadnie odniesiono do warunków wykorzystania dowodu uzyskanego w toku już prowadzonej na mocy postanowienia sądu kontroli operacyjnej. Tymczasem, nie można mówić o domniemywaniu kompetencji władz publicznych, jeśli są one wprost wyrażone w normie rangi ustawowej, zawartej w art. 168b k.p.k. Prawdą jest, że Trybunał Konstytucyjny stwierdził w wyroku K 23/11, iż sama penalizacja czynu nie może przesądzać o możliwości zarządzenia kontroli operacyjnej w sprawie o ten czyn⁸⁴ – ale tego poglądu nikt nie kwestionuje.

SN opowiedział się za koniecznością dokonania w rozpoznawanej sprawie prokonstytucyjnej wykładni art. 168b k.p.k. Problem jednak w tym, że również w tym zakresie postąpiono wadliwie. Jak bowiem jednoznacznie

⁸⁰ Tak trafnie M. Kurowski, komentarz do art. 168b k.p.k., *op. cit.*, teza 12 *in fine*.

⁸¹ P. Daniłuk, Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168B..., *op. cit.*, s. 15.

⁸² Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 24.

⁸³ *Ibidem*, s. 25.

⁸⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7/A, poz. 80, pkt III.5.2.3.

przyjmuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „w sytuacji, w której wykładnia ustawy nie daje jednoznacznego rezultatu, należy wybrać taką wykładnię, która w sposób najpełniejszy umożliwi realizację norm i wartości konstytucyjnych. Należy jednak podkreślić, że zasada wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją nie może prowadzić do podważenia jednoznacznego rezultatu wykładni językowej”⁸⁵. W razie bowiem stwierdzenia niezgodności między jednoznacznym brzmieniem przepisu a normą wyższego rzędu, w świetle art. 193 Konstytucji, sąd ma obowiązek wystąpić z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego „jako jedyne organu w państwie mającego kompetencję badania hierarchicznej zgodności norm i stwierdzenia jej ze skutkiem *erga omnes*”⁸⁶. Innymi słowy, w świetle norm rangi konstytucyjnej oraz ponad dwudziestoletniego dorobku orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego po wejściu w życie Konstytucji RP tzw. rozproszona kontrola konstytucyjności prawa jest niedopuszczalna. Tymczasem Sąd Najwyższy wprost stwierdził w kwestionowanej uchwale, iż art. 168b k.p.k. w jego literalnym brzmieniu jest niezgodny z normami wyższego rzędu. Niezależnie od faktu, iż jest to twierdzenie bezpodstawne – w przypadku nabrania takiego przekonania był zobowiązany wystąpić z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego⁸⁷. Powinność taka spoczywa na sędziu niezależnie od tego, jaka jest praktyka orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego.

⁸⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 listopada 2001 r., sygn. T 33/01, OTK ZU 2002, nr 1/B, poz. 47; por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. P 13/01, OTK ZU 2002, nr 4/A, poz. 42.

⁸⁶ A. Mączyński, J. Podkowiak, komentarz do art. 193 Konstytucji RP, (w:) M. Safjan i L. Bosek (red.), Konstytucja RP, Tom II, art. 87–243, 2016, Legalis/el. 2021, teza 26; L. Bosek, M. Wild, Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych, 2014, Legalis/el. 2021 cz. I, § 3 pkt II.5; por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r., sygn. SK 18/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 256; wyrok z dnia 4 października 2000 r., sygn. P 8/00, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 189; wyrok z dnia 31 stycznia 2001 r., sygn. P 4/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 5; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 marca 2000 r., sygn. P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67.

⁸⁷ Tak trafnie B. Gadecki, *Możliwość...*, *op. cit.* Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2015 r., sygn. SNO 13/15, Legalis/el. nr 1263242, w którym Sąd Najwyższy, orzekając w postępowaniu dyscyplinarnym sędziego, stwierdził: „Prawo do twórczej wykładni niewątpliwie nie stanowi dla sędziego podstawy do dowolnego kształtowania treści interpretowanych przepisów. Sędzia ma prawo i obowiązek identyfikacji treści przepisów, ale z uwzględnieniem zarówno podstawowych zasad prawa jak i znanych metod wykładni i tych granic nie może przekroczyć. Art. 7 Konstytucji statuuje zasadę legalizmu, to jest zasadę podejmowania przez organy państwa działań na podstawie prawnej i w granicach prawa. Adresatem tej normy jest również sąd. Powołanie się przez obwinionego na wynikającą z art. 7 Konstytucji zasadę legalizmu, po to, aby nie stosować przepisów obowiązującej ustawy, wprost tę konstytucyjną zasadę narusza”. Autor dostrzega, że w piśmiennictwie pojawiły się głosy kwestionujące dotychczasowe orzecznictwo TK w tym zakresie (zob. P. Mikuli, *Doktryna konieczności jako uzasadnienie dla rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw w Polsce*, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XL, 2018, s. 635–648 – oraz powołane tam

Należy w tym kontekście krytycznie ocenić postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. K 6/18⁸⁸, którym sąd konstytucyjny umorzył postępowanie z wniosku Prokuratora Generalnego⁸⁹ o stwierdzenie niezgodności przepisu art. 168b k.p.k., rozumianego w ten sposób, że użyte w nim sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, z art. 1, art. 2, art. 5, art. 7, art. 31 ust. 1 i 2, art. 45 ust. 1, art. 82 i art. 83 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Polemika z tym orzeczeniem przekracza ramy niniejszego opracowania, wypada jednak zauważyć, że jak się wydaje, wyrażone w uzasadnieniu tego postanowienia twierdzenia o braku należytego uzasadnienia wniosku wydają się być oderwane od jego treści. Obszerną i szczegółową argumentację, zawartą we wniosku, dostrzeżono i w istotnej mierze podzielono w zdaniu odrębnym sędziego Zbigniewa Jędrzejewskiego, który zaaprobował pogląd o niezgodności kwestionowanej normy z art. 5 w zw. z art. 1 i art. 2 Konstytucji. Trybunał pominął zarówno przedstawione w piśmie inicjującym postępowanie dowody na istnienie normy prawnej o kwestionowanej treści, pochodzące z analizy orzecznictwa, jak i zignorował obszernie przedstawioną argumentację natury konstytucyjnej. Zawarta we wniosku teza o wykreowaniu, wskutek podjęcia wspomnianej uchwały, kwestionowanej tam normy prawnej została potwierdzona w licznych orzeczeniach sądów powszechnych, które od czasu zainicjowania tego postępowania konsekwentnie odmawiają stosowania art. 168b k.p.k. w literalnym brzmieniu, stosując normę prawną utrwaloną przez Sąd Najwyższy⁹⁰. Jak się wydaje, w rezultacie umorzenia postępowania przez Trybunał Konstytucyjny, istotna część praw i wolności obywatelskich, gwarantowanych przez normy sankcjonowane, nieobjęte art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, została pozbawiona ochrony. Wobec wielu poważnych wątpliwości natury konstytucyjnej, wyrażanych z różnych perspektyw pod adresem art. 168b k.p.k., oraz w świetle treści uzasadnienia wniosku Prokuratora Generalnego umorzenie tego postępowania należy uznać za bezzasadne.

orzecznictwo i literatura), lecz SN w ogóle nie dostrzegł tego problemu, głębsza więc polemika w tym zakresie przekraczałaby ramy tego opracowania.

⁸⁸ OTK ZU 2021, nr A, poz. 50.

⁸⁹ Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie K 6/18, dostępny pod adresem <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?sprawa=20792&cid=1>.

⁹⁰ Zob. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. IV Kz 854/18, Legalis/el. nr 2052610; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 12 lutego 2019 r., sygn. II AKa 179/17, Legalis/el. nr 2108120; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2019 r., sygn. II AKa 213/18, Legalis/el. nr 2282669; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 24 listopada 2020 r., sygn. VII Ka 678/20, Legalis/el. nr 2526304; wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. II Ka 200/20, Legalis/el. nr 2546120.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały I KZP 4/18 powołał się również na zasadę proporcjonalności, stwierdzając, że zobowiązuje ona „do poszukiwania takiej interpretacji przepisów ograniczających, która pozwoli zrealizować cel, jaki stawiał sobie prawodawca wprowadzając takie przepisy, a przy tym będzie najmniej uciążliwa dla adresatów norm prawnych, a w każdym razie nie będzie bardziej uciążliwa niż jest to konieczne dla osiągnięcia założonego przez normodawcę celu”⁹¹. Jednakże sąd ten nie zrealizował warunków aplikacji tego poglądu w rozpoznawanej sprawie, ponieważ zignorował założony przez prawodawcę cel regulacji, a właściwie w ogóle zignorował fakt uchwalenia omawianego przepisu, jako że wyrażone przez SN stanowisko jest takie, jakby art. 168b k.p.k. nie istniał, a nadal obowiązywał przepis art. 19 ust. 15c ustawy o Policji. Niezależnie od tego, w świetle wyroków Versini-Campinchi i Terrazoni przeciwko Francji, w których ETPCz szczegółowo przeprowadził przytoczoną powyżej kontrolę proporcjonalności wykorzystania dowodów wypadkowych, uzyskanych w toku stosowania podsłuchu poza jego granicami podmiotowymi i przedmiotowymi, konkluzja przyjęta przez Sąd Najwyższy jawi się jako bezpodstawna i dowolna.

Wątpliwe jest również poczynione przez Sąd Najwyższy stwierdzenie, że „na gruncie omawianego przepisu mamy właśnie do czynienia z wystąpieniem konfliktu dwóch zasad – legalizmu (art. 10 k.p.k.) oraz ochrony wolności człowieka (m.in. art. 47 i 51 Konstytucji RP)”⁹². Sąd Najwyższy przeciwstawił normom rangi konstytucyjnej (art. 47 i 51 Konstytucji) normę rangi ustawowej, tj. zasadę legalizmu w postępowaniu karnym (art. 10 k.p.k.). Jednak zasada legalizmu w postępowaniu karnym znajduje swoje umocowanie w normach rangi konstytucyjnej, tj. art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, a także zasadzie sprawiedliwości społecznej i zasadzie demokratycznego państwa prawnego, określonych w art. 2 Konstytucji⁹³, oraz w art. 1, art. 5 i art. 7 Konstytucji nakładających na organy obowiązek egzekwowania prawa i ochrony obywateli. Jak się więc wydaje, jest to konflikt norm tej samej rangi, który musi zostać rozstrzygnięty przy pomocy reguł kolizyjnych przewidzianych przez Konstytucję. Należy również podkreślić, że zasada legalizmu znajduje umocowanie w normach rangi konwencyjnej, które zobowiązują państwa strony EKPCz do skutecznej egzekucji prawa karnego⁹⁴. W związku z tym nietrafne wydaje się posłużenie się tezą, że skoro ustawy mają „niższą moc prawną” od Konstytucji i ratyfikowanych umów międzynarodowych, „w tym Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – z jej art. 8, to nie mogą pozostawać z nimi

⁹¹ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 25.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ R. Koper, Konstytucyjnoprawne źródła zasady legalizmu, (w:) T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu*, 2011, s. 183–196.

⁹⁴ Zob. orzeczenia ETPCz przytoczone w przypisach 107–109.

w sprzeczności⁹⁵. Pomijając wspomniany już fakt, że w tej sprawie należało rozstrzygnąć konflikt norm rangi konstytucyjnej, ponownie zignorowano, że art. 8 EKPCz składa się z dwóch przepisów – instytucja prawna może ingerować w prawo do prywatności, określone w art. 8 ust. 1 EKPCz, lecz może jednocześnie spełniać warunki przewidziane w art. 8 ust. 2 EKPCz, uzasadniające proporcjonalność tej ingerencji. Biorąc pod uwagę rozstrzygnięcia w sprawach *Versini-Campinchi* i *Terrazzoni* przeciwko Francji, refleksję Sądu Najwyższego należy uznać za nieprawidłową. Nie wydaje się również w tym kontekście trafne stwierdzenie przez SN, że ograniczenia prawa do prywatności zawsze powinny być traktowane jako wyjątek od zasady, a jako takie, nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wszakże wyjątek ten, zgodnie z wymogami ustawy zasadniczej, jest przewidziany w przepisie rangi ustawowej, art. 168b k.p.k. – tymczasem SN postąpił tak, jakby oceniał aplikację prawa przez sąd. Nie wydaje się to być prawidłowym zastosowaniem wspomnianej reguły.

Zgodzić należy się ze stwierdzeniem, iż „konflikt pomiędzy zasadą legalizmu a zasadą poszanowania i ochrony wolności człowieka, musi być rozwiązywany z poszanowaniem zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), poprzez ściśle ustawowe uregulowanie przypadków, kiedy do kompetencji władz publicznych będzie należała ingerencja w wolność jednostki”⁹⁶. Jednakże nie ma żadnego konstytucyjnego ani konwencyjnego uzasadnienia twierdzenie, że jedynie dowody popełnienia przestępstw „katalogowych”, uzyskane w toku legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej w sprawie o konkretne przestępstwo konkretnej osoby, mogą być wykorzystywane w procesie karnym – co potwierdza przytoczone orzecznictwo ETPCz. Z tego względu nieporozumieniem jest twierdzenie, że „przy interpretacji art. 168b k.p.k. należy nadać prymat wykładni systemowej – w szczególności systematyzacji zewnętrznej – która prowadzi do nakazu przestrzegania zasad konstytucyjnych, w tym zasady proporcjonalności”, ponieważ „ingerencja w wolność człowieka – jego prawo do prywatności – nie może mieć charakteru nieograniczonego”, a „ograniczeniem takim winien być katalog poważnych przestępstw uzasadniających ingerującą w status jednostki kontrolę operacyjną”⁹⁷, zawarty w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Jak już bowiem podniesiono, wspomniana ingerencja w prawo do prywatności nie jest nieograniczona, jest ściśle określona postanowieniem o zarządzaniu kontroli operacyjnej, natomiast jeśli w jej toku uzyskiwane są dowody popełnienia innych przestępstw ściganych z urzędu, wykorzystanie ich w odpowiednich procesach również stanowi proporcjonalną ingerencję w prawo do prywatności, co jednoznacznie potwierdził Europejski Trybunał

⁹⁵ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*, s. 25.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 26.

⁹⁷ *Ibidem*.

Praw Człowieka w powołanym wyżej orzecznictwie⁹⁸. Wbrew więc twierdzeniu SN ani względy logiczne, ani wątpliwa wykładnia wspomnianego przepisu, przeprowadzona przez Sąd Najwyższy, nie uzasadniają sentencji uchwały w sprawie I KZP 4/18. Co więcej, przyjęte w tej uchwale rozumienie art. 168b k.p.k. przyniosło rezultat dokładnie odwrotny od zamierzonego przez SN, ponieważ można zaryzykować tezę, iż stosowane obecnie w orzecznictwie sądów powszechnych brzmienie normy zawartej w art. 168b k.p.k., w rozumieniu przyjętym w uchwale I KZP 4/18, godzi w szereg norm wyższego rzędu.

Osiągnięto bowiem rezultat, w którym w przypadku uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa spoza katalogu określonego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji organ procesowy nie ma prawnej możliwości wykorzystania go przeciwko sprawcy przestępstwa, niejednokrotnie bardzo poważnego. Należy przypomnieć, że poza katalogiem wskazanym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji znalazły się takie czyny jak na przykład przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności inne niż popełnione na szkodę małoletniego (rozdział XXV k.k.) czy przestępstwo kradzieży z włamaniem (art. 279 k.k.). Prowadzi to do kuriozalnych paradoksów, takich jak sytuacja, w której sąd w procesie zorganizowanej grupy przestępczej zajmującej się stręczycielstwem i sutenerstwem może oprzeć się na dowodach z kontroli operacyjnej pochodzących z rozmów członków grupy w zakresie ustaleń niezbędnych do skazania ich za przestępstwo uczestnictwa w zorganizowanej grupie przestępczej, które jest przestępstwem katalogowym (art. 258 § 1–3 k.k.), a nie może tych samych rozmów wykorzystać dowodowo do rozliczenia zarzutów dotyczących stręczycielstwa i sutenerstwa, które nie są przestępstwami katalogowymi (art. 204 § 1 i 2 k.k.).

Sytuacja, w której organ procesowy, mając dowód popełnienia jednego z przestępstw ściganych z urzędu, np. przestępstwa zgwałcenia czy sutenerstwa, nie może wykorzystać go do egzekucji sprawiedliwości, jest sprzeczna z aksjologicznymi fundamentami państwa, zapisanymi w normach rangi ponadustawowej, nakładających na organy państwa obowiązek zapobiegania i ścigania przestępstw ściganych z urzędu, popełnianych na szkodę obywateli oraz dobra wspólnego, a więc przede wszystkim w art. 5 w zw. z art. 1 i 2 Konstytucji.

Jeśli bowiem zgodnie z art. 1 Konstytucji Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli, a dobro wspólne w rozumieniu tego przepisu to „suma tych warunków życia społecznego, dzięki którym jednostki, rodziny i zrzeszenia mogą pełniej i łatwiej osiągnąć swoją własną doskonałość, i polega ono przede wszystkim na poszanowaniu przyrodzonych praw oraz obowiązków osoby ludzkiej”⁹⁹, to elementem troski o dobro

⁹⁸ Versini-Campinchi i Crasnianski przeciwko Francji, *op. cit.*; Terrazzoni przeciwko Francji, *op. cit.*

⁹⁹ M. Piechowiak, komentarz do art. 1 Konstytucji RP, (w:) M. Safjan i L. Bosek (red.), Konstytucja RP, Tom I, art. 1–86, 2016, Legalis/el. 2021, teza 59.

wspólne i obowiązkiem Państwa, do którego skierowana jest norma zawarta w art. 1 Konstytucji, jest skuteczne zwalczanie zachowań jednostek, które te przyrodzone prawa osoby ludzkiej naruszają, co z kolei jest wprost zadekretowane w treści art. 5 Konstytucji, który stanowi, że Rzeczpospolita Polska zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli. Stosując odpowiednio wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, dokonaną na tle problematyki przedawnienia przestępstw, należy stwierdzić, że zakaz użycia uzyskanych przy okazji prowadzonej kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przestępstw ściganych z urzędu prowadzi „do naruszenia szeregu fundamentalnych wartości, w tym też ważnego z punktu widzenia państwa prawnego poczucia sprawiedliwości. Owo poczucie sprawiedliwości wkracza zarówno w wymiar dobra wspólnego, jak i dobra jednostkowego (połączonego z należyтым zabezpieczeniem praw obywatela)”¹⁰⁰. W wyroku z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09, Trybunał Konstytucyjny uznał, że godzą w zasadę dobra wspólnego działania, które obniżają prestiż organów państwa, powodują erozję zaufania obywateli do RP czy mogą prowadzić do stanów malejącego stopnia identyfikacji obywateli z państwem¹⁰¹. Niewiele chyba zjawisk bardziej podważa zaufanie obywateli do państwa, obniża prestiż organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości i godzi w identyfikację obywateli z państwem niż odmowa ukarania przez wymiar sprawiedliwości sprawcy przestępstwa wyłącznie ze względu na złe rozumianą ochronę jego prywatności. Z kolei z wywodzonej z art. 2 Konstytucji zasady sprawiedliwości społecznej wynika „nie tylko zasada, według której osoba niewinna nie powinna ponieść odpowiedzialności karnej, ale także, aby osoba winna jej nie uniknęła”¹⁰². Przyjęte przez Sąd Najwyższy rozumienie art. 168b k.p.k. w istotnym zakresie skutecznie uniemożliwia organom procesowym realizację wyżej wskazanych zadań państwa. Skoro bowiem wymiar sprawiedliwości nie może wykorzystać do ścigania przestępstwa legalnie uzyskanego dowodu winy, to cały system prawa i postępowania karnego przestaje spełniać swoją funkcję ochronną w zakresie w ten sposób ujawnionych przestępstw. Wszakże „funkcja ochronna prawa karnego wyraża się w ochronie dóbr prawnych przed przyszłymi atakami. W tym sensie prawo karne pełni rolę prewencyjną, zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak i w zakresie prewencji ogólnej”¹⁰³. Jednak wskutek

¹⁰⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU 2004, nr 5/A, poz. 46, pkt IV; orzeczenie to jest adekwatne w badanym kontekście, ponieważ Trybunał stanął w nim na stanowisku, że konieczność ochrony porządku jest ważniejsza od ekspektatywy sprawcy przestępstwa ograniczenia odpowiedzialności karnej.

¹⁰¹ OTK ZU 2011, nr 6/A, poz. 51, pkt III.4.1.

¹⁰² J. Jodłowski, Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym, 2015, LEX/el. 2021, r. II.6.3.1.1 i 2.

¹⁰³ K. Banasik, Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim, 2013, LEX/el. 2021, r. B.I.5

przyjętego rozumienia art. 168b k.p.k. istotna część ujawnionych przestępstw ściganych z urzędu pozostaje bezkarna. Taki stan rzeczy umacnia w społeczeństwie poczucie, że mimo oczywistych dowodów winy w polskim systemie prawnym przestępstwa uchodzą bez kary, co w sposób oczywisty wpływa degradująco na skuteczność wszelkiej prewencji generalnej. Dostrzegali to również w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny. Choć krytycy literalnego brzmienia art. 168b k.p.k. chętnie powołują się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, to konsekwentnie pomijają w rozważaniach na ten temat fragment tego orzeczenia, w którym sąd konstytucyjny zauważył, iż wyposażenie służb policyjnych oraz służb ochrony państwa w możliwość korzystania ze zdobyczy nowoczesnej techniki w niewystarczającym zakresie „może oznaczać niewywiązanie się państwa z jego konstytucyjnego zadania strzeżenia niepodległości i nienaruszalności terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także zapewnienia bezpieczeństwa obywateli (art. 5 Konstytucji), czy naruszać zasadę sprawności działania instytucji publicznych (wstęp do Konstytucji)”¹⁰⁴.

Takie stanowisko nie ogranicza się do uwag poczynionych na tle ustawy zasadniczej. Podkreślić bowiem należy, że również zgodnie z orzecznictwem ETPCz „na państwie spoczywa obowiązek skutecznego ścigania przestępstw godzących w podstawowe prawa jednostki, które zagwarantowane zostały w EKPC (ostatnio wyrok ETPC z dnia 1 lipca 2003 r. w sprawie *Finucane przeciwko Wielkiej Brytanii* – w kontekście prawa do życia zagwarantowanego w art. 2 EKPC oraz zaniechania skutecznego ścigania sprawcy zabójstwa). Zob. także wyr. ETPC z dnia 28 maja 2002 r. w sprawie *McShane przeciwko Wielkiej Brytanii*”¹⁰⁵. W istocie, ETPCz sformułował w swoim orzecznictwie doktrynę „pozytywnych zobowiązań”¹⁰⁶ państw stron Konwencji, które mają na celu zapewnić ochronę praw ich obywateli, przewidzianych Konwencją, przed naruszeniami ze strony innych osób fizycznych. W wyroku w sprawie *X i Y przeciwko Holandii* z dnia 26 marca 1985 r. ETPCz stwierdził, że fundamentalne wartości i kluczowe aspekty życia prywatnego obywateli muszą podlegać ochronie prawno-karnej, ponieważ wyłącznie rozwiązania funkcjonujące w ramach tej gałęzi prawa mogą stanowić skuteczny środek odstraszania sprawców najpoważniejszych przestępstw¹⁰⁷. W wyroku *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 28 października 1998 r. ETPCz zaakcentował, że na państwie ciążyą trzy kluczowe obowiązki, mają-

¹⁰⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, *op. cit.*, pkt III.1.7.

¹⁰⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, komentarz do art. 10 k.p.k., (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296; P. Hofmański (red.), 2011, Legis/el. 2021, teza 5.

¹⁰⁶ Oryg. *positive obligations*, tłum. wł.

¹⁰⁷ Skarga nr 8978/80, wyrok dostępny pod adresem <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603>, teza 27.

ce na celu ochronę życia obywatela: obowiązek stworzenia odpowiednich, skutecznych regulacji w ramach prawa karnego w celu odstraszenia od popełniania najpoważniejszych przestępstw, obowiązek stworzenia mechanizmu zwalczania przestępczości w celu prewencji, ograniczenia oraz pociągnięcia do odpowiedzialności ich sprawców, a także obowiązek podejmowania prewencyjnych środków mających na celu ochronę obywatela przed zagrożeniem życia wskutek kryminalnego zachowania innej osoby¹⁰⁸. W szczególności jednak w niniejszym kontekście istotny jest wyrok w sprawie M.C. przeciwko Bułgarii, w którym ETPCz wskazał na wynikający z art. 3 i art. 8 Konwencji obowiązek państw stron wprowadzenia odpowiedniej kryminalizacji przestępstwa zgwałcenia, prowadzenia efektywnego śledztwa oraz skutecznego oskarżenia¹⁰⁹. Warto zwrócić uwagę, że uchwała Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 4/18 stoi wprost w sprzeczności z powyższym rozstrzygnięciem, ponieważ przestępstwa zgwałcenia, stypizowane w art. 197 k.k., nie znajdują się w katalogu przestępstw, co do których można zainicjować kontrolę operacyjną, a więc zgodnie z treścią przyjętej uchwały nawet w sytuacji uzyskania dowodu popełnienia przestępstwa zgwałcenia poza pierwotnym zakresem kontroli operacyjnej (nawet zgwałcenia typu kwalifikowanego: zgwałcenia zbiorowego lub zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem) przy okazji jej prowadzenia, dowód ten nie mógłby zostać wykorzystany w postępowaniu karnym przeciwko sprawcy – w trosce o jego szeroko rozumiane prawo do prywatności¹¹⁰.

W piśmiennictwie pojawia się argument, zgodnie z którym utrwalone w uchwale I KZP 4/18 rozumienie normy wywodzonej z art. 168b k.p.k. stanowi jedynie powrót do stanu prawnego sprzed nowelizacji, która wprowadziła ten przepis do systemu prawnego – który nie doprowadził do żadnych

¹⁰⁸ Skarga nr 87/1997/871/1083, wyrok dostępny pod adresem <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257>, teza 115; w zakresie pozytywnych zobowiązań państw stron na tle art. 2 Konwencji (prawo do życia) zob. Paul i Audrey Edwards przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 46477/99, wyrok z dnia 14 marca 2002 r., teza 69-73, oraz Kılıç przeciwko Turcji, skarga nr 22492/93, teza 78-83, wyrok z dnia 28 marca 2000 r.; na gruncie art. 3 Konwencji (zakaz tortur): A. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 100/1997/884/1096, wyrok z dnia 23 września 1998 r.; na gruncie art. 4 Konwencji (zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej): Siliadin przeciwko Francji, skarga nr 73316/01, wyrok z dnia 26 lipca 2005 r., <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>, teza 89; na gruncie art. 10 Konwencji (wolność wyrażania opinii): Özgür Gündem przeciwko Turcji, skarga nr 23144/93, wyrok z dnia 16 marca 2000, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58508>, teza 43; na tle art. 11 Konwencji (wolność zgromadzania i stowarzyszania się): Plattform „ÄRZTE FÜR DAS LEBEN” przeciwko Austrii, skarga nr 10126/82, wyrok z dnia 21 czerwca 1988, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57558>, teza 32, oraz Ouranio Toxo i in. przeciwko Grecji, skarga nr 74989/01, wyrok z dnia 20 października 2005 r., <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70720>, teza 43.

¹⁰⁹ M.C. przeciwko Bułgarii, skarga nr 39272/98, wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r., <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61521>, teza 153, 166.

¹¹⁰ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *op. cit.*

negatywnych konsekwencji¹¹¹. Pomijając fakt, że taki argument wyraża akceptację dla wykładni art. 168b k.p.k., która wprost ignoruje zmiany legislacyjne, przedstawiony sposób rozumowania może świadczyć jedynie o braku dostatecznej perspektywy kryminologicznej.

Podkreślić bowiem należy, że uniwersalną dla systemów prawnych krajów demokratycznych jest rzeczywistość, w której liczba dokonanych przestępstw, które podlegają rozliczeniu w systemie wymiaru sprawiedliwości, wynosi jedynie kilka procent. Na przykład w Stanach Zjednoczonych, gdzie – jak się wydaje – organy ścigania pracują dosyć sprawnie, na 1000 poważnych przestępstw¹¹² policja jest w stanie dokonać identyfikacji jedynie ok. 100 sprawców, a przeciętnie tylko ok. 2% takich przestępstw skutkuje skazaniami¹¹³. Badania wskazują jednoznacznie, że wartości te utrzymują się na względnie stałym poziomie.¹¹⁴ W takich okolicznościach wydaje się, że każdy czynnik negatywnie wpływający na dostępność źródeł dowodowych w postępowaniu karnym będzie powodował obniżenie skuteczności funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości do poziomu, w którym nie można mówić o realizacji przez państwo funkcji wymierzania sprawiedliwości i ochrony obywateli. Tymczasem, jak zasadnie wskazuje się w piśmiennictwie, „za dobro wspólne w pełni można uznać państwo, które jest zdolne do działania i wypełniania swoich podstawowych funkcji. Państwo niesprawne, nierealizujące jakiegokolwiek swojego zadania, traci swój walor jako »dobro«, a staje się ciężarem dla swoich obywateli. Zazwyczaj spotka się wówczas z odrzuceniem i nie zapewni integracyjnej ani regulacyjnej roli. Ustrojowe zadanie ciążyące na wszystkich władzach, zapewnienia instytucjom publicznym »rzetelności i sprawności«, o czym wspomina wstęp do konstytucji, wiąże się z jeszcze jedną okolicznością. Państwo jest bowiem »pierwszym instytucjonalnym strażnikiem i gwarantem« trwania i rozwoju wartości, na których fundamencie zostało zorganizowane, a także realizacji wolności i praw człowieka”¹¹⁵. Jednym z fundamentów demokratycznego państwa prawa jest możliwość egzekucji przez organy państwa uchwalonych przez władzę ustawodawczą norm sankcjonowanych, zabezpieczających podstawowe prawa

¹¹¹ P. D a n i l u k, Jeszcze raz o konstytucyjności..., *op. cit.*, s. 16.

¹¹² Zabójstwo, zgwałcenie, napaść seksualna, rozbój, kwalifikowana napaść, kradzież, kradzież z włamaniem, kradzież samochodu (oryg.: *murder and nonnegligent manslaughter, rape, sexual assault, robbery, aggravated assault, larceny-theft, burglary, motor vehicle theft* – tłum. Autora).

¹¹³ F. H o r v a t h, M. S. M e e s i g, The Criminal Investigation Process and the Role of Forensic Evidence: A review of Empirical Findings, *Journal of Forensic Sciences* 1996, nr 41, s. 963; S. B. B a u g h m a n, How Effective Are Police? The Problem of Clearance Rates And Criminal Accountability, *Alabama Law Review* 2020, nr 47, s. 111.

¹¹⁴ *Ibidem* – wartości dla 1996 r. i 2006 r., przytoczone w tych publikacjach, są bardzo zbliżone.

¹¹⁵ W. S o k o l e w i c z, M. Z u b i k, komentarz do art. 1 Konstytucji, (w:) L. G a r l i c k i, M. Z u b i k (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz*, t. I, 2016, LEX/el. 2021, teza 18.

i wolności człowieka. Państwo, które nie jest w stanie realizować tej funkcji, traci rację bytu.

Należy więc podzielić pogląd wyrażony w zdaniu odrębnym sędziego Zbigniewa Jędrzejewskiego do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. K 6/18, iż przedstawione w uchwale I KZP 4/18 rozumienie art. 168b k.p.k. „powoduje, że organy państwa nie są w stanie realizować swoich konstytucyjnych zadań związanych z ochroną obywateli. Norma wyrażona w uchwale Sądu Najwyższego o sygn. I KZP 4/18 uniemożliwia wykorzystanie w postępowaniu określonych dowodów, dotyczących możliwości popełnienia przestępstwa, jeśli nie mieści się ono w katalogu przestępstw, w przypadku których można zarządzić kontrolę operacyjną. Ogranicza to wykonywanie działań prewencyjnych przez organy władzy publicznej w celu zapobieżenia popełnieniu przestępstwa, podczas gdy zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom z art. 5 Konstytucji polega nie tylko na reakcji na zaistniałe zagrożenie, ale stworzeniu warunków chroniących przez zagrożeniem hipotetycznym. Norma z art. 168b k.p.k. w zakwestionowanym przez wnioskodawcę brzmieniu wprowadza stan, który nie buduje poczucia bezpieczeństwa u obywateli, a mianowicie dopuszcza sytuację, w której mimo posiadania oczywistych dowodów winy przez organy państwa niektóre przestępstwa nie będą ścigane i karane”¹¹⁶. W rezultacie takie rozumienie art. 168b k.p.k. narusza „wynikający z art. 5 Konstytucji obowiązek państwa do ochrony bezpieczeństwa obywateli, co ma związek z realizacją dobra wspólnego (art. 1 Konstytucji) oraz zasadą sprawiedliwości proceduralnej (art. 2 Konstytucji), a który to obowiązek jest realizowany w szczególności przez prawo karne i procedurę karną”¹¹⁷.

Podsumowując poczynione rozważania, należy stwierdzić, że w rezultacie zdominowania dyskursu dotyczącego dowodów uzyskanych w warunkach określonych w art. 168b k.p.k. przez chybioną argumentację, opartą na wadliwym odczytaniu norm wyższego rzędu, utrwaliło się w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych rozumienie art. 168b k.p.k., które nie odpowiada ani standardom konstytucyjnym, ani konwencyjnym. Nie ma dostatecznych podstaw, aby odejść od wykładni językowej tego przepisu ani aby twierdzić, że dowody popełnienia innych przestępstw niż objęte pierwotną zgodą sądu zarządzającego kontrolę operacyjną stanowią dowody nielegalne. Dlatego należy postulować stosowanie art. 168b k.p.k. w literalnym brzmieniu, które przesądza, że legalne uzyskanie dowodu popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu w drodze czynności, o których mowa w tym przepisie, umożliwia wprowadzenie go do procesu¹¹⁸.

¹¹⁶ Zdanie odrębne sędziego Z. Jędrzejewskiego do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. K 6/18, *op. cit.*

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Vide* M. Kurowski, komentarz..., 2021, *op. cit.*, teza 13.

Z drugiej strony, mając na uwadze działalność orzeczniczą Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w tym zakresie, należy postulować *de lege ferenda* ujęcie katalogów przestępstw, w których może być zarządzona kontrola operacyjna oraz podsłuch procesowy, w sposób ujednolicony zarówno w k.p.k., jak i w ustawach szczególnych¹¹⁹ na wzór francuskiej regulacji dotyczącej podsłuchu, przewidzianej w art. 100 i n. francuskiego k.p.k., zweryfikowanej orzecznictwem ETPCz – poprzez ograniczenie możliwości zarządzania kontroli operacyjnej oraz podsłuchu procesowego do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nie niższą niż 2 lata. W ten sposób z jednej strony zostanie zachowana funkcja gwarancyjna katalogu przestępstw, w sprawach o które można stosować kontrolę operacyjną oraz podsłuch procesowy, a z drugiej strony państwo będzie w stanie realizować swoje elementarne funkcje w zakresie wymiaru sprawiedliwości.

Bibliografia

1. Banasik K., Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim, 2013, LEX/el. 2021.
2. Baughman S. B., How Effective Are Police? The Problem of Clearance Rates And Criminal Accountability, *Alabama Law Review* 2020, nr 47.
3. Boratyńska K., Czarnecki P., Królikowski P., komentarz do art. 168b, (w:) Sakowicz A. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, 2018, Legalis/el. 2021.
4. Boratyńska K., Czarnecki P., Królikowski P., komentarz do art. 168b, (w:) Sakowicz A. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, 2020, Legalis/el. 2021.
5. Bosek L., Wild M., Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych, 2014, Legalis/el. 2021.
6. Brzozowski S., Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego, *Pałestra* 2016, nr 6.

¹¹⁹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1486), ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1214), ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 27), ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 687), ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1671), ustawa z dnia 16 listopada o Krajowej Administracji Skarbowej (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 422).

7. Daniluk P., Instytucja tzw. zgody następcej po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych, *Studia Prawnicze* 2017, nr 3.
8. Daniluk P., Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168B Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego), *Palestra* 2020, nr 12.
9. Drajewicz D., Zgoda następca sądu na stosowanie kontroli operacyjnej, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 1.
10. Gadecki B., Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2019, nr 1, LEX/el. 2021.
11. Gruszecka D., komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2018, Legalis/el. 2021.
12. Gruszecka D., komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2021, Legalis/el. 2021.
13. Herzog A., Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 2.
14. Hoc S., Kudła J., Zgoda następca z art. 168b Kodeksu postępowania karnego. Komentarz praktyczny, 2016, LEX/el. 2021.
15. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., komentarz do art. 10 k.p.k., (w:) Hofmański P. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1–296*, 2011, Legalis/el. 2021.
16. Horvath F., Meesig M. S., The Criminal Investigation Process and the Role of Forensic Evidence: A review of Empirical Findings, *Journal of Forensic Sciences* 1996, nr 41.
17. Jodłowski J., Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym, 2015, LEX/el. 2021.
18. Koper R., Konstytucyjnoprawne źródła zasady legalizmu, (w:) Grzegorz T. (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, 2011.
19. Kulesza C., komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) Dudka K. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 2020, LEX/el. 2021.
20. Kurowski M., komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, 2016, LEX/el. 2021.
21. Kusak M., Wrażliwe czynności dowodowe, (w:) Skorupka J. (red.), Hofmański P. (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. Dowody*, Warszawa 2019.
22. Lach A., Sitkiewicz B., Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 10, LEX/el. 2021.
23. Miłkowski T. M., Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki, 2020, LEX/el. 2021.

24. Mączyński A., Podkowik J., komentarz do art. 193 Konstytucji RP, (w:) Safjan M. i Bosek L. (red.), Konstytucja RP, Tom II, art. 87–243, 2016, Legalis/el. 2021.
25. Piechowiak M., komentarz do art. 1 Konstytucji RP, (w:) Safjan M. i Bosek L. (red.), Konstytucja RP, Tom I, art. 1–86, 2016, Legalis/el. 2021.
26. Sitkiewicz B., Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej oraz podsłuchu procesowego, (w:) A. Lach (red.), Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r., 2017, LEX/el. 2021,
27. Skorupka J., Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, Orzecznictwo Sądów Polskich 2019, nr 1, LEX/el. 2021.
28. Skorupka J., Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym, (w:) Grzegorz T., Olszewski R. (red.), *Verba volant, scripta manent*. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej, 2017, LEX/el. 2021.
29. Skwarcow M., Formuła „zgody następcej”, według treści przepisu art. 168B Kodeksu postępowania karnego, Palestra 2021, nr 6.
30. Sokolewicz W., Zubik M., komentarz do art. 1 Konstytucji, (w:) Garlicki L., Zubik M. (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz, t. I, 2016, LEX/el. 2021.
31. Stefański R. A., Zabłocki S., komentarz do art. 168b k.p.k., (w:) Stefański R. A. (red.), Zabłocki S. (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296, 2018, LEX/el. 2021.
32. Stefański R. A., Stosunek sądu do dowodów nielegalnych, (w:) D. Kala, I. Zgoliński (red.), Postępowanie przed sądem I instancji w znolizowanym procesie karnym, 2018, LEX/el. 2021.
33. Szumiło-Kulczycka D., Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.), Państwo i Prawo 2018, nr 10,
34. Świecki D., Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych, 2016, LEX/el. 2021.
35. Venice Commission, Poland – Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10–11 June 2016).
36. Węglowski M. G., Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, Prokuratura i Prawo 2009, nr 2, LEX/el. 2021.

The issue of compliance of Article 168b of the Code of Criminal Procedure with higher-order legal norms

Abstract

In this article the author undertakes polemics with the views expressed in the literature and jurisprudence on the inconsistency of the literal wording of Article 168b of the Code of Criminal Procedure with norms of a higher order, arguing at the same time that hastily approved theses of such inconsistency led to a significant limitation of the Polish state's ability to carry out one of the most important functions of a democratic state under the rule of law, i.e. the protective function of the state towards its citizens. The article presents the case law of the European Court of Human Rights, which stands in opposition to a substantial part of the arguments presented by the opponents of the application of Article 168b of the Code of Criminal Procedure in its literal wording, and which imposes on the Convention States positive obligations concerning the sphere of horizontal relations between private actors. The article ends with de lege ferenda postulates. The main theses of the article are: 1) arguments claiming that the literal wording of Article 168b infringes the Polish constitution and the European Convention of Human Rights are significantly abused, 2) the jurisprudence of the ECtHR and the Constitutional Tribunal is used in this context in isolation from its actual content, 3) the final result of the understanding of this provision adopted in the jurisprudence, which negates the unequivocal result of its literal interpretation, violates both the constitutional and Convention's legal norms.

Key words

Criminal procedure, operational control, subsequent consent, Constitution, The European Court of Human Rights.

Dariusz Kala*

Środki przymusu w procesie karnym – pojęcie i podstawowe cechy definiujące

Streszczenie

W niniejszym artykule zwrócono uwagę na wieloznaczność pojęcia przymus, zarówno w języku ogólnym, jak też w języku prawnym i prawniczym. Podkreślono, że środki przymusu procesowego to instytucje o wieloaspektowych implikacjach. Określono podstawowe cechy tych środków oraz sformułowano ich realną definicję. Zgodnie z nią, środki przymusu to czynności organów procesowych i innych uprawnionych podmiotów, zmierzające do realizacji niezależnie od woli jednostki i przy użyciu przymusu fizycznego lub psychicznego celów procesowych, ograniczające bądź wyłączające gwarantowane przez Konstytucję lub ratyfikowane umowy międzynarodowe prawa i wolności adresata tych środków. Następnie, odwołując się do kryterium istoty danego środka przymusu i jego funkcji, sformułowano katalog owych środków w procesie karnym oraz określono dyrektywy, które muszą być przestrzegane przez podmioty je stosujące.

Słowa kluczowe

Prawo; proces karny; środki przymusu procesowego; pojęcie i podstawowe cechy tych środków.

Rozważania zmierzające do sprecyzowania pojęcia „środki przymusu” w procesie karnym oraz określenia ich podstawowych cech definiujących, rozpocząć należy od wyjaśnienia tego, jak należy rozumieć sam zwrot „przymus”. Chcąc ustalić jego znaczenie w języku naturalnym (ogólnym) sięgnąć należy do stosownych opracowań słownikowych. Jak wskazuje się w tych opracowaniach, „przymus” to nacisk, presja wywierana przez kogoś, mająca zniewalać inną osobę do działania wbrew jej woli; okoliczność, położenie, zmuszające do robienia czegoś niedobrowolnie, z konieczności; stosowanie siły wobec danej osoby, zmuszanie jej do określonego zachowania się przez użycie siły¹.

* Dr Dariusz K a l a, Profesor na Wydziale Nauk Prawnych, Społecznych i Humanistycznych KPSW w Bydgoszczy, Kierownik Katedry Postępowania Karnego; sędzia Sądu Najwyższego; ORCID: 0000-0002-0610-1481.

¹ Uniwersalny słownik języka polskiego, pod red. S. D u b i s z a, t. 3, Warszawa 2003, s. 1115; Nowy słownik języka polskiego, pod red. E. S o b o l, Warszawa 2002, s. 803; Słownik języka

Poza językiem naturalnym z terminem „przymus” stykamy się m.in. w socjologii, filozofii², jak też w teorii prawa oraz szczegółowych naukach prawnych³. Funkcjonuje on powszechnie w języku prawniczym i prawnym, albo samodzielnie⁴, bądź też jako element bardziej złożonych konstrukcji językowych⁵.

W teorii prawa wyróżnia się przymus prawny, bezprawny i pozaprawny. Ten ostatni nie jest relewantny z punktu widzenia tematu niniejszego opracowania, gdyż jego źródłem pozostaje religia, moralność lub obyczaj. Natomiast przymus prawny ma charakter legalny, jest ujęty w ramach określonych norm. Przybiera on formę zinstytucjonalizowaną, zaś jego stosowanie odbywa się pod kontrolą społeczną. Z kolei przymus bezprawny cechuje nielegalność (nie ma oparcia w obowiązującym porządku prawnym), a wobec tego podlega negatywnej kwalifikacji prawnej⁶. Należy jednak podkreślić, że dostrzegalna jest określona zależność między aktami mającymi postać przymusu bezprawnego lub sprowadzającymi się do gróźb zastosowania tego rodzaju przymusu, a pewnymi formami przymusu prawnego. Zależność ta polega na tym, że stosowanie przymusu prawnego to najczęściej konse-

polskiego, pod red. H. Szymczaka, t. II, Warszawa 1995, s. 998–999; Słownik języka polskiego, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1989, s. 670; Słownik języka polskiego, pod red. W. Doroszewskiego, t. VII, Warszawa 1965, s. 574–575; Słownik języka polskiego PWN: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/przymus.html>; Wielki słownik języka polskiego, pod red. P. Żmigrodzkiego: <https://wsjp.pl/haslo/podglad/24756/przymus>.

² W filozofii przymus często utożsamiany jest z koniecznością i ujmowany jako ograniczenie, a nawet przeciwieństwo wolności (W. Lang, Dylemat wolności i konieczności, Zeszyty Argumentów 1964, nr 6, s. 50–51 i powołana tam literatura).

³ A. Gryniuk, Przymus prawny. Studium socjologiczno-prawne, Toruń 1994, s. 21.

⁴ Z. Ziemiński, Teoria prawa, Warszawa–Poznań 1978, s. 37; Mała encyklopedia prawa, pod red. Z. Rybickiego, Warszawa 1980, s. 597.

⁵ Jedynie przykładowo wskazać tutaj wypada na takie konstrukcje (zwroty) języka prawnego i prawniczego jak: „środki przymusu”, „środki przymusu bezpośredniego”, „przymus bezpośredni”, „przymus fizyczny”, „przymus psychiczny”, „sytuacja przymusowa”, „przymusowe wykonanie czynności”, „przymusowe sprowadzenie” (zob. też Wielka encyklopedia prawa, pod red. E. Smoktunowicza, Warszawa 2000, s. 818; Mała Encyklopedia Prawa, pod red. U. Kaliny-Prasznickiej, Warszawa 2005, s. 595; S. Wronkowska, Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa, Poznań 2003, s. 116; R. Koper, (w:) R. Koper, K. Marszał, J. Zagrodniak (red.), K. Zgryzek, Proces karny, Warszawa 2019, s. 419 i n.; P. Wiliński (red.), Polski proces karny, Wolters Kluwer 2020, s. 361 i n.; J. Skorupka, (w:) D. Gruszecka, K. Kremens, K. Nowicki, J. Skorupka (red.), Proces karny, Wolters Kluwer 2017, s. 475 i n.; K. Dudka, (w:) K. Dudka, H. Paluszkiewicz, Postępowanie karne, Wolters Kluwer 2015, s. 273 i n.; T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2014, s. 554 i n.; J. Kosonoga, System środków dyscyplinujących uczestników postępowania karnego, Lex 2014, s. 17 i n.; W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne, tom II, Bydgoszcz 2001, s. 157; E. Skrętowicz, (w:) R. Kmiecik, E. Skrętowicz, Proces karny. Część ogólna, Kraków 2002, s. 183).

⁶ A. Gryniuk, Przymus prawny..., s. 26.

kwencja i rodzaj reakcji na zachowanie przybierające postać przymusu bezprawnego bądź groźby jego urzeczywistnienia⁷.

Przymus przenika wszystkie sfery życia społecznego, szczególnie zaś związany jest z wszelką władzą, w tym przede wszystkim z władzą państwową⁸. Państwo jako organizacja tworzy przepisy prawne pozwalające w określonym zakresie na kontrolę ludzkich zachowań oraz umożliwiające uregulowanie zaistniałych w społeczeństwie konfliktów⁹. Część z tych przepisów umocowuje określone organy do stosowania w sposób legalny przymusu i pozwala na wkraczanie przy jego użyciu w sferę praw i wolności jednostki. Chodzi tutaj w szczególności o takie dobra jak wolność osobista, netykalność cielesna, nienaruszalność mieszkania, swoboda dysponowania własnym mieniem. Organy stosujące prawo, uciekając się do przymusu, urzeczywistniają jedną z funkcji państwa, jaką jest zapewnienie porządku i bezpieczeństwa wewnętrznego¹⁰.

W dalszych rozważaniach – uwzględniając ramy treściowe niniejszego opracowania, zakreślone jego tytułem – wypada skoncentrować się na problematyce „przymusu prawnego”. W literaturze akcentuje się, że choć powszechnie posługujemy się tym pojęciem, gdyż weszło ono do tradycji, to jednak wolimy nie wnikać głębiej w jego sens z uwagi na cechującą go niejednoznaczność¹¹. Przymus prawny może sprowadzać się do oddziaływania fizycznego (przymus fizyczny) lub psychicznego (przymus psychiczny). Przymus fizyczny „to pozbawienie człowieka przez inną jednostkę (podmiot) faktycznej możliwości pokierowania swoim postępowaniem, przez wybór

⁷ Trafność powyższej tezy obrazują następujące przykłady: funkcjonariusze Policji władni są dokonać na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 360) tzw. zatrzymania porządkowego (prewencyjnego) osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia; prokurator może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie podejrzanego m.in. wówczas (art. 247 § 2 k.p.k.), gdy zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania wobec niego środka zapobiegawczego, gdyż osoba ta grozi popełnieniem przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu (art. 249 § 1 k.p.k. w zw. z art. 258 § 3 k.p.k.); sąd może zastosować wobec oskarżonego tymczasowe aresztowanie m.in. wtedy, gdy stwierdzi istnienie dużego prawdopodobieństwa popełnienia zarzucanej mu zbrodni lub umyślnego występku i jednocześnie ustali, że oskarżony ten groził popełnieniem kolejnego przestępstwa, przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu (art. 249 § 1 k.p.k. w zw. z art. 258 § 3 k.p.k.).

⁸ Jak wskazywał S. Ehrlich (Wstęp do nauki o państwie i prawie, Warszawa 1979, s. 21), „...państwo jest organizacją przymusu w tym sensie, że dysponuje odrębnymi, wyspecjalizowanymi ogniwami, których wyłącznym zadaniem jest wymuszanie przyjętych w tej organizacji zasad zachowania (norm prawnych)”.

⁹ Szerzej A. Redelbach, *Prolegomena do nauk o człowieku, władzy i prawie*, Toruń 2005, s. 223; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1996, s. 32 i n.; W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 271 i n.

¹⁰ M. Maneli, *O funkcjach państwa*, Warszawa 1963, s. 86.

¹¹ A. Gryniuk, *Przymus prawny...*, s. 9.

jednej z alternatyw postępowania, czyli sytuacja, w której istnieje tylko jedna możliwość faktyczna zachowania się, podyktowana wolą oddziałującego, a nie wolą poddanego oddziaływaniu¹². Dodać tutaj trzeba, że wola oddziałującego ma swoje oparcie w treści normy prawnej, a więc jest legalna¹³. I tym różni się zdefiniowany wyżej przymus fizyczny od przemocy¹⁴, którą ujmujemy jako zachowanie bezprawne¹⁵. W państwach demokratycznych przymus fizyczny jest stosowany jako kara za naruszenie prawa bądź jako środek zabezpieczający w przypadkach podejrzenia naruszenia normy, czy też w sytuacjach zagrażających bezpieczeństwu jednostek oraz całego społeczeństwa¹⁶.

Przymus psychiczny w teorii prawa ujmowany jest niejednolicie. Wskazuje się, że są to wyśłowione w normach prawnych groźby (rozumiane jako zapowiedzi negatywnych następstw), zamieszczone tam w celu wpływania na procesy decyzyjne ich adresatów¹⁷. Przymus psychiczny definiuje się też jako sytuację wszelkiego rodzaju zagrożeń (bezpośrednich i pośrednich) pewnymi następstwami uznawanymi przez osobę poddaną oddziaływaniu za ujemne¹⁸. Trafnie wskazuje się przy tym, że wspomniany przymus nie może być sprowadzony jedynie do „zapowiedzi prawa”, a więc oddziaływania norm prawnych *pro futuro* i „urabiania” w ten sposób postaw ludzkich (tzw. pośrednie działanie przymusu)¹⁹. Równie ważne jest to, w jakim stopniu te zapowiedzi urzeczywistniane są na etapie stosowania prawa. Chodzi więc tutaj o tzw. bezpośrednie oddziaływanie przymusu w aktualnych procesach motywacyjnych, o wpływanie przy jego użyciu na konkretne i bieżące zachowania się określonych osób.

W powyższym kontekście wypada zaakcentować, że stosowanie prawa odbywa się w ramach szeregu procedur. Istotną grupę tworzą tutaj procedury karne. Obserwacja prowadzonych w oparciu o nie postępowań pozwala

¹² K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 162.

¹³ Jak wskazuje E. Kuśtra (Wstęp do nauk o państwie i prawie, Toruń 2000, s. 57), „monopol na przymus fizyczny jest kontrolowany przez prawo, ma charakter jawny i dający się przewidzieć”.

¹⁴ Ciekawe uwagi poświęcone rodzajom, źródłom i ocenom przemocy w stosunkach międzyludzkich zaprezentowane zostały w pracy zbiorowej, pod red. B. Hołysta, *Przemoc w życiu codziennym*, Warszawa 1996, s. 16 i n.; zob. też R. A. Stefański, *Recenzja pracy zbiorowej pt. Przemoc w życiu codziennym*, pod red. B. Hołysta, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1996, nr 1, s. 110 i n.

¹⁵ Nietrafnie więc użyto zwrotu „przemoc” w zdaniu: „(...) sankcje karne są bezpośrednio związane z monopolem państwa na stosowanie przemocy (...)” – A. Ornowska, *Prawo karne wspólnot europejskich: przyszłość czy utopia?*, (w:) *Organizacja i funkcjonowanie Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, pod red. J. Maliszewskiej-Nienartowicz, Toruń 2009, s. 307. W tym zdaniu określenie „przemoc” powinno być zastąpione określeniem „przymus prawny”. Wymierzenie kar to bowiem jedna z klasycznych form stosowania przez państwo przymusu prawnego.

¹⁶ E. Kuśtra, *Wstęp do nauk...*, s. 57.

¹⁷ A. Gryniuk, *Przymus prawny...*, s. 33.

¹⁸ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 162.

¹⁹ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 163 i n.

na konstatację, że sądy, prokuratorzy, funkcjonariusze Policji i inne uprawnione organy, podejmują wobec uczestników tych postępowań szereg decyzji zawierających w sobie określony ładunek przymusu psychicznego. Przymus ten ma powodować pożądane, z punktu widzenia oczekiwań tych organów, zachowania się. Przymus psychiczny w takim ujęciu sprowadzał się więc będzie do legalnego nacisku (presji), ukierunkowanego na realizację przez uczestników procesu celu określonego przez daną normę prawną. W sytuacjach krańcowych niezbędne bywa zaś stosowanie przymusu fizycznego.

Warto podkreślić, że scharakteryzowany wyżej przymus fizyczny i psychiczny mogą pozostawać ze sobą w określonych związkach. Jeżeli bowiem przymus psychiczny sprowadzimy do zagrożenia jednostce określonymi następstwami na wypadek niezachowania się zgodnie z żądaniem skonkretyzowanym w decyzji procesowej, to realizacja tej groźby polegała będzie najczęściej na urzeczywistnieniu właśnie przymusu fizycznego. Trafnie też akcentuje się w teorii prawa i dogmatykach prawniczych²⁰, że przymus fizyczny niejednokrotnie działa także jako psychiczny, wpływając na przyszłą postawę osoby nim dotkniętej bądź też oddziałując odstraszańco na inne osoby i kształtując w ten sposób ich aktualne procesy motywacyjne oraz postawy na przyszłość.

Z pewnością najostrzejszym środkiem przymusu prawnego jest kara²¹. W piśmiennictwie wskazuje się, że kara stanowi paradygmat tzw. sankcji negatywnej²². Karę (sankcję karną) zalicza się do kategorii bodźców prawnych negatywnych, „działających odpychająco, obliczonych na wywołanie przeciwmotywów powstrzymujących przed zachowaniem się ocenianym ujemnie z punktu widzenia społecznego i z tej racji bezpośrednio czy pośrednio zakazanym przez prawo”²³. Sankcjami karnymi nasycone jest przede wszystkim prawo karne materialne²⁴, choć nie możemy zapominać o tym, iż bodźce negatywne przybierające postać swego rodzaju kar znajdujemy

²⁰ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 163; M. Cieślak, *Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego (Prace prawnicze) 1960, nr 7, s. 92; W. Wolter, *Przymus w postępowaniu karnym*, *Głos Prawników Śląskich* 1938, nr 4, s. 468–469.

²¹ Zob. też M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, *Środki przymusu stosowane wobec świadków i biegłych w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2010, s. 837 i n.

²² W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa...*, s. 274.

²³ M. Cieślak, *Środki przymusu...*, s. 90–91.

²⁴ Szerzej na temat rozumienia pojęcia „kara” w prawie karnym materialnym oraz typów jej racjonalizacji zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 233 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 152 i n.; M. Dietrich, B. Namysłowska-Gabrysia, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 138 i n.; D. Kala, *Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe*, Toruń 2003, s. 17–19. Bardzo interesujące rozważania odnoszące się do sensu, istoty i celów kary kryminalnej poczynił też M. Cieślak w pracy: *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, *Nowe Prawo* 1969, nr 2, s. 195 i n.

także w prawie cywilnym, administracyjnym, prawie pracy i innych gałęziach prawa materialnego²⁵. Nasycenie prawa karnego materialnego karami nie może dziwić skoro ta gałąź prawa pełni funkcję ochronną (chroni stosunki społeczne i dobra podmiotów tych stosunków przed zamachami na nie) oraz funkcję afirmacyjno-motywacyjną (normy powinnościowe – nakazy i zakazy – określają standardy postępowania w społeczeństwie wskazując, jakie dobra i w jakim zakresie podlegają ochronie, stosowanie sankcji ma natomiast kształtować motywację do przestrzegania tych norm)²⁶. Zasadniczą funkcją prawa karnego procesowego jest urzeczywistnienie norm prawa karnego materialnego. W tym wyraża się instrumentalna funkcja tej dziedziny prawa. Wymóg prowadzenia procesu w sposób sprawny i efektywny (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.), umożliwiający ustalenie prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.) i dokonanie prawidłowego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności danej osoby za zarzucone jej przestępstwo (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.), rodzi konieczność zamieszczenia sankcji karnych także wśród przepisów prawa formalnego. Istnienie tych sankcji sprzyja właściwej realizacji norm prawa materialnego, gdyż pozwalają one dyscyplinować uczestników procesu w sytuacji, gdy uchylają nałożonym na nich obowiązkom (np. stawiennictwa na rozprawę i złożenia zeznań, sporządzenia opinii specjalistycznej, wydania rzeczy).

Przepisy procedury karnej, poza sankcjami karnymi, zawierają jeszcze inne bodźce prawne o charakterze negatywnym, których cechą jest przymus (np. zatrzymanie, środki zapobiegawcze, list żelazny, zabezpieczenie majątkowe, tymczasowe zajęcie mienia ruchomego). Różnego rodzaju bodźce negatywne spotykamy także w innych procedurach, w tym w szczególności cywilnej i administracyjnej²⁷. Jednak w procedurze karnej jest ich najwięcej. Jak trafnie zauważył A. Murzynowski²⁸, „uczciwy proces karny powinien mieć walor skuteczności, aby w miarę możliwości zabezpieczyć ustalenie prawdy materialnej i wyciągnięcie wobec rzeczywistego sprawcy przestępstwa sprawiedliwych konsekwencji prawnych, a więc, aby był on uczciwy także wobec społeczeństwa. Musi on zatem być wyposażony we właściwe środki przymusu, zabezpieczające prawidłowy tok postępowania karnego i środki te w miarę konieczności, choć oczywiście z należyтым umiarem, muszą być przez organy procesowe wykorzystywane”.

Tak więc realizacja celów procesu karnego niekiedy nie byłaby możliwa, bez zastosowania wobec jego uczestników, niezależnie od ich woli, a cza-

²⁵ Szerzej M. Cieślak, Środki przymusu..., s. 89 i n.

²⁶ A. Marek, Prawo karne..., s. 14–15.

²⁷ Zob. K. Marszał, (w:) Z. Gostyński, J. Grabowski, E. Kozłowska, S. Lizer, K. Marszał, J. Samochowiec, Postępowania przed organami państwa. Praca zbiorowa, pod red. K. Marszala, Warszawa 1982, s. 329 i n.

²⁸ A. Murzynowski, Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994, s. 56–57.

sami nawet wbrew woli, odpowiednich bodźców negatywnych²⁹. Poza wielością, charakteryzują się one różnorodnością i daleko posuniętą specyfiką. Wynika to stąd, iż każdy z nich ma do spełnienia ściśle określone funkcje. Sprowadzenie owych bodźców „do wspólnego mianownika” i ich zdefiniowanie nie jest więc rzeczą łatwą. Zagadnienie komplikuje się jeszcze bardziej jeśli uświadomimy sobie, że w teorii procesu karnego nie zawsze nadaje się określeniu „środki przymusu procesowego” tożsame znaczenie. Jak wskazuje W. Daszkiewicz³⁰, pod tym pojęciem rozumie się:

- środki, za pomocą których organy procesowe wywierają w konkretnych sytuacjach presję w celu zmuszenia jej adresatów do określonego zachowania,
- sankcje zastosowane za samo nieposłuszeństwo normie prawnej,
- ustanowienie dolegliwego stanu prawnego,
- sposób egzekwowania obowiązku procesowego z użyciem przymusu,
- instytucje procesowe realizowane przez szereg czynności i nieraz przez dłuższy czas, cechujące się przymusowym charakterem,
- regulacje prawne, które uprawniają organy procesowe do podejmowania działań w celu zapobieżenia pewnym zachowaniom oskarżonego lub umożliwiające wyegzekwowanie od niego i innych osób określonych zachowań³¹.

W tym miejscu przyjmijmy, że środki przymusu w procesie karnym to negatywne bodźce prawne, stosowane niezależnie od woli, a czasami nawet wbrew woli jednostki, których charakterystyczną cechą jest przymus fizyczny lub psychiczny. Oczywiście odwołujemy się tutaj do formuły bardzo ogólnej. Stanowić ona może jedynie punkt wyjścia do dalszych rozważań, których zwieńczeniem powinno być zbudowanie definicji realnej³² środków przymusu.

W piśmiennictwie prawniczym spotkać można autorów, którzy nie podejmując próby zdefiniowania interesującego nas pojęcia oraz wskazania jego

²⁹ Zob. też S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 9–10; M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, tom I, Warszawa 1955, s. 8, 301–327.

³⁰ Szerzej W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, tom II..., s. 157 i n.

³¹ O wieloznaczności pojęcia „środek przymusu” świadczyć może także fakt, iż w literaturze prezentowane jest stanowisko, że swoistym środkiem przymusu jest również zakaz dowodowy, gdyż pełni on rolę dyscyplinującą i odstraszącą wobec organów ścigania, zmuszając je do pozyskiwania dowodów w sposób zgodny z prawem pod rygorem niedopuszczalności ich wykorzystania w toku postępowania sądowego (G. O. Mueller, *Beweisverbote im amerikanischen Strafprozess. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, München–Berlin 1966*, s. 41 – cytowany za S. Waltośiem, *Gwarancje procesowe oskarżonego w procesie karnym USA*, *Państwo i Prawo* 1978, nr 3, s. 127–128).

³² Pod pojęciem definicji realnej należy rozumieć zdanie podające taką charakterystykę pewnego przedmiotu, czy też przedmiotów jakiegoś rodzaju, którą tym i tylko tym przedmiotom można przypisać. Charakterystyka ta powinna być tak dobrana, aby można było na jej podstawie wnioskować o możliwie wszystkich uznawanych za ważne (istotnych) cechach tych przedmiotów (Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2001, s. 44; K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, tom II, Warszawa 1985, s. 226 i n.).

istoty od razu przystępują do charakteryzowania poszczególnych środków przymusu³³. Inni przedstawiciele doktryny ograniczają się do podkreślenia, że bez tych środków normy procesowe nie mogłyby być zrealizowane³⁴. Są także autorzy, którzy nie definiując wspomnianych środków bądź czyniąc to jedynie w sposób nominalny, dokonują ich ogólnej charakterystyki, eksponując w szczególności spełniane przez te środki funkcje³⁵. Wskazują oni, że środki przymusu służą: poszukiwaniu, uzyskiwaniu i zabezpieczeniu dowodów; zapewnieniu osoby oskarżonego dla wymiaru sprawiedliwości; zagwarantowaniu stawiennictwa osób wezwanych oraz wypełnieniu przez te osoby obowiązków procesowych; utrzymaniu powagi sądu; umożliwieniu wykonania grożącej grzywny bądź przepadku rzeczy. Zwraca się także uwagę na pewne pozaprocesowe funkcje środków przymusu. Kwestia ta nabiera szczególnie istotnego znaczenia w odniesieniu do najsurowszego z tych środków, a więc tymczasowego aresztowania³⁶.

Tylko nieliczni przedstawiciele doktryny zdecydowali się na podjęcie próby sformułowania realnej definicji środków przymusu w polskim procesie karnym, przy czym wydaje się, że nie są to definicje w pełni oddające istotę i charakter prawny tych środków³⁷.

³³ S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 375; S. Śliwiński, *Polski proces...*, s. 558 i n.

³⁴ S. Glaser, *Polski proces karny w zarysie*, Kraków 1934, s. 216 i n.; M. Lipczyńska, *Polski proces karny (tom I). Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1986, s. 140; M. Lipczyńska, A. Kordik, Z. Kegel, Z. Świda-Łagiewska, *Polski proces karny*, Warszawa-Wrocław 1975, s. 159.

³⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 400 i n.; *idem*, *Środki przymusu...*, s. 98 i n.; A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*, Warszawa 1963, s. 11 i n.; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 405; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe, tom II...*, s. 157 i n.; P. Wiliński (red.), *Polski proces...*, s. 361; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 508 i n.; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2004, s. 110; A. Kordik, F. Prusak, Z. Świda, *Prawo karne procesowe*, Wrocław-Szczecin 1994, s. 168.

³⁶ Szerzej zob. D. Kala, *O pozaprocesowych funkcjach tymczasowego aresztowania*, t. XIII (2020), nr 2 półrocznika „Teka Komisji Prawniczej PAN”, s. 293 i n.; J. Tylman, *Funkcje tymczasowego aresztowania*, (w:) *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Szymczaka*, Łódź 1994, s. 270 i n.; J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2002, s. 49.

³⁷ Zob. K. Marszał, *Pojęcie środków przymusu i ich system w polskim procesie karnym*, *Problemy Prawa Karnego* 1990, nr 16, s. 110; *idem*, (w:) *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprocesowych ograniczeń praw obywatelskich*, pod red. K. Amelunga i K. Marszała, Katowice 1990, s. 20; P. Hofmański, *Nowe oblicze środków przymusu w procesie karnym*, *Białostockie Studia Prawnicze* 1992, nr 1, s. 152 i n.; *idem*, *Europejskie standardy w zakresie kontroli stosowania przymusu w procesie karnym*, (w:) *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, pod red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 452; J. Skorupka, (w:) D. Gruszecka, K. Kremen, K. Nowicki, J. Skorupka (red.), *Proces karny...*, s. 477; K. Dudka, (w:)

Warto w tym miejscu zauważyć, że w żadnym z obowiązujących dotychczas w Polsce kodeksów postępowania karnego ustawodawca nie zdecydował się na sformułowanie legalnej definicji środków przymusu. Podkreślić przy tym należy, że w k.p.k. istnieje odrębny dział (oznaczony cyfrą VI) zatytułowany właśnie „Środki przymusu”³⁸.

Podejmując próbę realnego i prawidłowego z punktu widzenia wymogów logiki formalnej zdefiniowania pojęcia „środki przymusu procesowego”, wypada zaznaczyć, że istnienie takiej definicji jest czymś niezwykle ważkim, nie tylko z punktu widzenia teorii prawa karnego formalnego, ale także ze względów praktycznych. Nie możemy bowiem zapominać, że stosowanie tych środków odbywa się, w ramach bieżącego funkcjonowania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, relatywnie często. Wynika to w szczególności z faktu niejednokrotnie negatywnego stosunku określonych uczestników postępowań karnych do realizacji przypadających na nich, w toku tych postępowań, obowiązków. Praktyczną wagę prawidłowego zdefiniowania pojęcia „środki przymusu” w procesie karnym wzmacnia fakt, że środki te mają bardzo dolegliwy charakter i wkraczają w sferę chronionych konstytucyjnie i konwencyjnie wolności jednostki³⁹. Ich stosowanie musi więc odbywać się z uwzględnieniem określonych dyrektyw o charakterze gwarancyjnym (szczegółowe wskazanie tych dyrektyw nastąpi w końcowej części pracy). Aby dyrektywy te wcielić w życie organ procesowy najpierw musi uświadomić sobie, z jakim środkiem procesowym ma do czynienia i że jest to właśnie środek przymusu procesowego.

Zaliczenie danej czynności do kategorii środków przymusu możliwe będzie dopiero po zbadaniu, czy wspomniana czynność posiada wszystkie uznawane za ważne cechy tych środków, wyrażone w ich definicji. Trudno także zająć klarowne stanowisko na temat systematyki (katalogu) środków przymusu w polskim procesie karnym, bez uprzedniego zdefiniowania samego pojęcia „środki przymusu”.

Prima facie zasadność wytyczenia powyższej drogi dotarcia do sedna sprawy może budzić pewne wątpliwości. Pojawia się pytanie, czy nie wystarczyłoby sięgnięcie do kodeksu postępowania karnego, aby ustalić jakie instytucje należy zaliczyć do kategorii środków przymusu karnoprosowe-

K. Dudka, H. Paluszkiwicz, Postępowanie karne..., s. 273; R. Koper, (w:) R. Koper, K. Marszał, J. Zagrodnik (red.), K. Zgryzek, Proces karny..., s. 420; E. Skrętowicz, (w:) R. Kmiecik, E. Skrętowicz, Proces karny..., s. 281.

³⁸ Dział o analogicznej nazwie wyodrębniony był też w k.p.k. z 1969 r.

³⁹ Zob. w szczególności art. 41, 47, 52 Konstytucji; art. 5, 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (ratyfikowanej przez Polskę 19 stycznia 1993 r. – Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; dalej powoływana jako EKPCZ); art. 1 protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCZ; art. 2 protokołu dodatkowego nr 4 do EKPCZ; art. 9, 12, 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (ratyfikowanego przez Polskę 3 marca 1977 r. – Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167; dalej powoływany jako MPPOiP).

go? Jak już wskazano, w k.p.k. istnieje przecież odrębny dział zatytułowany „Środki przymusu”. Być może więc sam ustawodawca w ten sposób przesądził, że te i tylko te instytucje, które zamieścił w powyższym dziale tego kodeksu, są właśnie środkami przymusu procesowego? Ten sposób rozumowania, odwołujący się do reguł wykładni systemowej wewnętrznej, może stanowić jedynie punkt wyjścia do dalszej analizy interesującego nas problemu. W żadnym jednak razie nie pozwala na wyczerpujące jego wyjaśnienie. Wynika to z kilku powodów. Po pierwsze, wyliczenie środków przymusu dokonane w poświęconym im dziale VI k.p.k. nie jest kompletne. Środki te rozsięte są również po innych częściach tego kodeksu. Po drugie, wśród zamieszczonych w dziale VI k.p.k. („Środki przymusu”) instytucji prawnych, znajdziemy takie, które w istocie nie mogą być zaliczone do grupy środków przymusu. Nie zawierają w sobie bowiem ani elementu przymusu psychicznego w rozumieniu wskazanym wyżej w niniejszym opracowaniu, ani tym bardziej nie sprowadzają się do przymusu fizycznego. Chodzi tutaj o poszukiwanie oskarżonego uregulowane w art. 278 zdanie pierwsze k.p.k.⁴⁰ oraz o list gończy.

Rozwijając powyższy wątek wypada stwierdzić, że podejmowane przez organy procesowe czynności poszukiwawcze nie mogą być kwalifikowane jako forma przymusu tylko z tego powodu, że odbywają się co do zasady wbrew woli oskarżonego. Czynności dokonywanych wbrew woli tego uczestnika procesu karnego mamy w jego toku mnóstwo. Nie każda z nich może być jednak uznana za czynność należącą do kategorii środków przymusu. Jedynie tytułem przykładu wypada w tym miejscu wskazać na sporządzenie i wniesienie aktu oskarżenia lub zaskarżenie wyroku apelacją na niekorzyść oskarżonego. Przecież w obu przytoczonych tutaj wypadkach zachodzi niezgodność czynności procesowej z wolą oskarżonego, jednak jest oczywiste, że żadna z tych czynności nie może być uznana za środek przymusu procesowego. Nie zawiera w sobie bowiem kluczowego elementu tj. przymusu psychicznego lub fizycznego. Na marginesie należy też zauważyć, że niekiedy poszukiwanie oskarżonego nie jest czynnością podejmowa-

⁴⁰ Trafnie więc nie zaliczają poszukiwania oskarżonego do środków przymusu procesowego K. Marszał (Stosowanie środków przymusu..., s. 51) i S. Waltoś (Proces karny..., s. 406). Pierwszy z autorów uważa, że jest to czynność mająca na celu zapewnienie obecności oskarżonego na potrzeby postępowania karnego, nienależąca do środków przymusu procesowego, natomiast drugi twierdzi, iż poszukiwanie oskarżonego to typowa czynność poszukiwawcza i stąd powinna być uregulowana wśród przepisów o dowodach. Podobne stanowisko zajmują w tej kwestii A. Kordik, F. Prusak, Z. Świda (Prawo karne..., s. 162). Wskazują oni, że poszukiwanie oskarżonego to procesowy środek ustalenia miejsca jego pobytu i omawiają tę instytucję prawną w rozdziale poświęconym środkom dowodowym i ich przeprowadzeniu (w podrozdziale traktującym o poszukiwaniu dowodów). Odmienne stanowisko w tej materii, zaliczając poszukiwanie oskarżonego do środków przymusu procesowego, prezentuje R. A. Stefański, Środki zapobiegawcze w nowym kodeksie postępowania karnego, Warszawa 1998, s. 196; *idem*, Poszukiwanie oskarżonego, Prokuratura i Prawo 1997, nr 10, s. 121.

ną wbrew jego woli. Dzieje się tak wówczas, gdy osoba ta zmieniała miejsce pobytu nie informując organu procesowego dokąd się udaje, jednak nieprzekazanie powyższej informacji nie było wynikiem świadomego działania, zmierzającego do uniknięcia odpowiedzialności karnej, ale wynikało np. z zapomnienia bądź zaniedbania. W tym wypadku pozytywne zwińczenie poszukiwań będzie wręcz dla oskarżonego korzystne, gdyż może uchronić go przed zastosowaniem w dalszej kolejności dolegliwych środków przymusu procesowego zmierzających do zapewnienia jego obecności w prowadzonym postępowaniu (np. tymczasowego aresztowania). Z tych wszystkich powodów wskazanej wyżej instytucji unormowanej w art. 278 zdanie pierwsze k.p.k. nie powinniśmy zaliczać do środków przymusu procesowego. Trzeba w tym miejscu poczynić jeszcze jedną uwagę. Ustawodawca w art. 278 *in fine* k.p.k. wskazuje, że przepis art. 247 k.p.k. (traktuje on o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu) stosuje się odpowiednio. Nie jest to jednak element składowy instytucji poszukiwania. Zatrzymanie i doprowadzenie na gruncie k.p.k. to zupełnie odrębna wobec poszukiwania czynność procesowa, będąca klasycznym środkiem przymusu. Oczywiście może ona stanowić swoiste „zwińczenie” przewidzianych w art. 278 zdanie pierwsze k.p.k. działań zmierzających do stwierdzenia, gdzie aktualnie przebywa oskarżony. To jednak, czy tak się stanie, zawsze uzależnione będzie od okoliczności danej sprawy⁴¹.

Do grupy środków przymusu nie można zaliczyć także listu gończego⁴² (art. 279 i art. 280 k.p.k.). Odmienne poglądy prezentowane niekiedy w tej materii w literaturze⁴³, odwołujące się przede wszystkim do wykładni systemowej (zamieszczenie przepisów o liście gończym w dziale VI k.p.k. „Środki przymusu”), nie zasługują na aprobatę. O charakterze prawnym danej instytucji nie może przesądzać jedynie jej umiejscowienie w określonym dziale lub rozdziale aktu prawnego⁴⁴. Kluczowe znaczenie w tej kwestii musi mieć

⁴¹ Zob. też B. D z i d o, Środki taktyczno-procesowe zmierzające do ujęcia ukrywających się sprawców przestępstw, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1994, nr 2, s. 51.

⁴² Używając w powyższym znaczeniu zwrotu „list gończy” stosujemy określony skrót myślowy. Chodzi tutaj bowiem w istocie o dokonywane na podstawie art. 279 k.p.k. poszukiwanie oskarżonego listem gończym. Oczywiście niekiedy posługujemy się terminem „list gończy” także w znaczeniu dosłownym i rozumiemy przez to dokument, o jakim mowa w art. 280 k.p.k., który rozpowszechnia się w określony w ustawie sposób.

⁴³ T. G r z e g o r c z y k, List gończy jako środek przymusu karnoprocessowego, *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica* 1995, nr 63, s. 35; R. A. S t e f a ń s k i, Środki zapobiegawcze..., s. 203.

⁴⁴ Dobitym tego przykładem jest choćby to, że na gruncie rozwiązań d.k.p.k. przepisy dotyczące listu gończego umiejscowione były w rozdziale 24 traktującym o środkach zapobiegawczych. W doktrynie zdecydowanie dominował jednak pogląd, że list gończy nie jest środkiem zapobiegawczym (zob. S. W a l t o ś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 374; W. D a s z k i e w i c z, *Proces karny. Część ogólna*, Poznań 1995, s. 318; J. G r a j e w s k i, (w:) J. G r a j e w s k i, E. S k r ę t o w i c z, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Gdańsk 1996, s. 186; Z. D o d a, *Zażalenie w procesie karnym*, Warszawa

bowiem istota tej instytucji i jej charakterystyczne cechy⁴⁵. List gończy jest szczególną formą poszukiwania oskarżonego⁴⁶. Znajduje swoje zastosowanie wówczas, gdy osoba ta się ukrywa (*arg. ex art. 279 § 1 k.p.k.*). Przeciwnie uznaniu listu gończego za środek przymusu procesowego przemawia (podobnie jak w przypadku poszukiwania z art. 278 zdanie pierwsze k.p.k.) to, że nie zawiera on w sobie elementów przymusu fizycznego, czy też choćby psychicznego. Prawdą jest, że list gończy ma w postępowaniu karnym charakter pomocniczy (subsydiarny) wobec tymczasowego aresztowania i współlistnieje z tą instytucją prawną⁴⁷. Środkiem przymusu pozostaje tutaj jednak samo tymczasowe aresztowanie. Poszukiwanie oskarżonego listem gończym ma jedynie doprowadzić do skutecznej realizacji postanowienia w przedmiocie tego najsurowszego środka zapobiegawczego i ułatwić szybkie osadzenie osoby poszukiwanej (ukrywającej się) w jednostce penitencjarnej. Podstawą takiego osadzenia będzie postanowienie o tymczasowym aresztowaniu wraz z nakazem przyjęcia⁴⁸, nie zaś list gończy. Ta okoliczność pośrednio również wskazuje, że list gończy nie jest środkiem przymusu.

Z powyższych wywodów wynika więc jednoznacznie, że podejście do zagadnienia w sposób jedynie systemowy i ograniczenie się do takiej metody ustalania, co jest, a co nie jest środkiem przymusu procesowego, nie może być uznane za wystarczające.

Spróbujmy w tej chwili określić charakterystyczne (podstawowe) cechy środków przymusu w procesie karnym. W literaturze⁴⁹ wskazuje się, że:

1985, s. 4; J. Bednarzak, (w:) J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1976, s. 314; odmiennie S. Kalinowski, Polski proces..., s. 381).

⁴⁵ Por. E. Skrętowicz, Zatrzymanie jako środek przymusu, Problemy Praworządności 1970, nr 9–10, s. 4.

⁴⁶ Podobnie F. Pałka, Poszukiwanie sprawcy przestępstwa listami gończymi, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1977, nr 17, s. 148–149 oraz A. Kordik, F. Prusak, Z. Świda, Prawo karne..., s. 162. Jak wskazuje W. Daszkiewicz (Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne, tom II..., s. 182), list gończy nie jest środkiem przymusu, lecz należy do grupy innych czynności, których cel polega na ujawnieniu, wydobyciu i zabezpieczeniu osób lub rzeczy. Także S. Waltoś (Proces karny..., s. 406) nie zalicza listu gończego do środków przymusu twierdząc, że jest to typowa czynność poszukiwawcza, a przepisy dotyczące tej czynności umiejscowione być powinny w rozdziale V k.p.k. traktującym o dowodach. Z kolei K. Marszał (Pojęcie środków przymusu..., s. 111; *idem*, (w:) Stosowanie środków przymusu..., s. 51) uważa, że list gończy nie jest środkiem przymusu i stanowi odrębną czynność procesową mającą na celu zapewnienie obecności oskarżonego na potrzeby procesu karnego.

⁴⁷ M. Lipczyńska, Polski proces..., s. 150.

⁴⁸ Zob. § 25 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawienie wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz. U. z 2015 r., poz. 927).

⁴⁹ M. Cieślak, Środki przymusu..., s. 101–102.

- zmierzają one bezpośrednio do stworzenia pewnych sytuacji, które stanowią warunki osiągnięcia celów wymiaru sprawiedliwości,
- są skutkami prawnymi niewypełnienia obowiązków procesowych; cecha ta nie dotyczy jedynie środków zapobiegawczych, które mają charakter czysto prewencyjny, gdyż uprzedzają możliwą (uprawdopodobnioną lub domniemaną) przeciwną oskarżonego,
- zawierają element bezpośredniego przymusu ze strony władzy państwowej; stosowanie tego przymusu łączy się często z użyciem siły fizycznej, jest pewną dolegliwością, co szczególnie dostrzec można w przypadku kar procesowych,
- przesłanką ich stosowania jest *sui generis* wina danej osoby; swoiste zawinienie ma w odniesieniu do niektórych środków przymusu znaczenie większe, zaś w stosunku do innych mniejsze (odpowiednio najmniejsze, gdy chodzi o środki zapobiegawcze, co wynika z ich, co do zasady, prewencyjnego charakteru).

Autor powyższego wyliczenia – M. Cieślak – nie bez racji dodaje, że cechy wymienione w pkt 3 i 4 zbliżają środki przymusu procesowego do sankcji prawa karnego materialnego.

Zaprezentowane wyżej wywody, odnoszące się do istoty środków przymusu, wymagają określonego komentarza. Wypada przede wszystkim zauważyć, że przytoczona charakterystyka nie jest wyczerpująca, co zostanie wykazane poniżej. Ponadto nie wszystkie uwagi tego autora uznać należy za w pełni trafne, niektóre zaś wymagają uściślenia. W szczególności stanowisko, iż stosowanie środków zapobiegawczych nie wynika z faktu niewypełnienia obowiązków procesowych, lecz ma charakter jedynie prewencyjny, nie jest ścisłe. Często zdarza się przecież, że zastosowanie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania stanowi pochodną niedopełnienia przez oskarżonego procesowego obowiązku powiadomienia organu prowadzącego postępowanie o zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu (art. 75 § 1 k.p.k.). Wówczas, w sytuacji niemożności doręczenia wezwania i nieskuteczności poszukiwania, organowi procesowemu nie pozostaje niekiedy nic innego jak wydanie postanowienia o tymczasowym aresztowaniu (art. 258 § 1 pkt 1 k.p.k.), najczęściej połączonego z poszukiwaniem oskarżonego listem gończym (art. 279 § 1 k.p.k.). Jeśli z kolei oskarżony nie realizuje postanowienia o dozorze Policji, nie stawiając się we właściwej jednostce policyjnej w wyznaczonych dniach, to najczęściej nastąpi zmiana środka zapobiegawczego z dozoru na tymczasowe aresztowanie⁵⁰. W obu

⁵⁰ Zob. też art. 258a k.p.k., zgodnie z którym: jeżeli oskarżony uniemożliwia lub utrudnia wykonywanie zastosowanego wobec niego środka zapobiegawczego lub umyślnie naruszył obowiązek lub zakaz związany ze stosowaniem takiego środka, sąd lub prokurator jest zobowiązany zastosować środek zapobiegawczy gwarantujący skuteczną realizację celów jego stosowania.

wypadkach zastosowanie tymczasowego aresztowania stanowić będzie prostą konsekwencję niedopełnienia przez oskarżonego określonego procesowego obowiązku. Tak więc należałoby zmodyfikować treść wskazanego wyżej punktu 2, poprzez stwierdzenie, iż stosowanie środków zapobiegawczych ma charakter co do zasady prewencyjny, choć może również być wynikiem niewypełnienia obowiązku procesowego.

Pewne wątpliwości co do jego trafności budzi również wskazanie zawarte wyżej w pkt 3 w tym fragmencie, w którym pojęcie „przymus” zostało dookreślone przymiotnikiem „bezpośredni”. Przynajmniej z trzech powodów nie wydaje się to trafne. Po pierwsze, określenie „bezpośredni” ma charakter nieostrej. Po drugie, pojawiają się w tym kontekście pytania, bez jednoznacznej odpowiedzi: czy istnieje w postępowaniu karnym także kategoria „przymus pośredni”, a jeśli tak, to jak powinna być rozumiana; w jaki sposób odróżnić kiedy mamy do czynienia jedynie z „przymusem pośrednim”, a kiedy staje się on już „bezpośredni”? I wreszcie ostatni problem. Zwrot „bezpośredni przymus” rodzi niepotrzebne skojarzenie z innym zwrotem języka prawnego i prawniczego – „środki przymusu bezpośredniego”. Nie są to zaś synonimy⁵¹. Z tych wszystkich powodów wydaje się, że należy posługiwać się po prostu zwrotem „przymus”⁵², po uprzednim właściwym jego zdefiniowaniu. Tak też uczyniono w niniejszym opracowaniu.

W literaturze⁵³ wskazuje się, że kolejną cechą środków przymusu stosowanych w procesie karnym jest to, iż dokonywane są z reguły niezależnie od woli bądź wbrew woli osób nimi dotkniętych. To stwierdzenie wymaga jednak pewnego uściślenia. Realizacja danej czynności w toku postępowania karnego, wbrew stanowisku jego uczestnika, nie wystarcza do uznania, że mamy do czynienia ze środkiem przymusu procesowego, jeśli jednocześnie w ramach tej czynności nie doszło do stosowania przymusu (fizycznego bądź chociażby psychicznego). Jedynie przykładowo należy tutaj wskazać, że wniesienie przez prokuratora apelacji na niekorzyść oskarżonego, to z oczywistych powodów czynność dokonana wbrew woli tej ostatniej osoby. Nie wiąże się jednak ze stosowaniem w stosunku do niej przymusu i wobec tego nie jest środkiem przymusu procesowego. Analogicznie rzecz przedstawia się w przypadku podsłuchu. Otóż kontrola i utrwalenie rozmów telefonicznych (innych rozmów lub przekazów informacji) odbywa się, co oczywiste, bez wiedzy i niezależnie od woli jednostki. Co więcej, czynności te

⁵¹ Środki przymusu bezpośredniego sprowadzają się do stosowania siły fizycznej oraz innego bezpośredniego oddziaływania na osobę i mogą służyć m.in. wykonaniu środków przymusu stosowanych w procesie karnym (zob. np. art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji – tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 360 i § 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej – Dz. U. z 2005 r., Nr 33, poz. 299).

⁵² Oczywiście chodzi tu o przymus prawny, a więc legalny.

⁵³ K. M a r s a ł, Stosowanie środków..., s. 12.

stanowią jednoznacznie ingerencję w chronione konstytucyjnie i konwencyjnie prawa i wolności człowieka⁵⁴. Mimo to jednak podsłuch nie może być zaliczony do grupy środków przymusu właśnie z tego powodu, że jego stosowanie nie sprowadza się do urzeczywistnienia wobec jednostki przymusu fizycznego, czy też choćby psychicznego⁵⁵.

Charakterystyczne dla środków przymusu procesowego jest także to, że ich stosowanie z reguły odbywa się dwufazowo. Najpierw następuje podjęcie decyzji w przedmiocie danego środka (faza decyzyjna), po czym dochodzi do realizacji tej decyzji (faza wykonawcza)⁵⁶. Co ciekawsze, zwykle podmiot stosujący środek przymusu nie jest tożsamy z tym, który następnie odpowiada za jego wykonanie. Dla zobrazowania powyższych tez możemy odwołać się m.in. do instytucji tymczasowego aresztowania lub aresztowania wymuszającego⁵⁷. Postanowienia o zastosowaniu tych środków wydaje sąd, zaś wykonanie wspomnianych orzeczeń należy do Policji i administracji jednostek penitencjarnych.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem⁵⁸, iż interesująca nas dwuetapowość, w odniesieniu do stosowania środków przymusu, niekiedy ulega zatarciu (*vide* zatrzymanie policyjne – art. 244 k.p.k.), a czasami faza wykonawcza poprzedza fazę decyzyjną (np. w wypadku stosowania, w sytuacjach niecierpiących zwłoki, przeszukania – zob. art. 220 § 3 k.p.k.).

Środki przymusu niewątpliwie służą osiągnięciu celów procesu karnego. W tym miejscu pojawia się pytanie, czy zastosowanie tych środków stanowi warunek konieczny realizacji wspomnianych celów, w tym w szczególności wydania trafnego rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu? W tej kwestii należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Jeśli oskarżony i inni uczestnicy prowadzonego postępowania dobrowolnie realizują wszystkie przypadające im do wykonania w jego toku obowiązki, to nie aktualizuje się potrzeba przymusowego ich urzeczywistnienia. Z taką postawą wspomnianych uczestników nie mamy jednak do

⁵⁴ Art. 49 Konstytucji zapewnia wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Prawo do poszanowania tajemnicy korespondencji i innych form komunikowania się wyrażone zostało także w art. 8 EKPCz oraz w art. 17 MPPOiP.

⁵⁵ Odmienne K. Marszał, (w:) *Stosowanie środków...*, s. 54, który uważa, że choć w przypadku podsłuchu „nie możemy mówić o bezpośrednim przymusie w sensie subiektywnym, to jednak w sensie obiektywnym jest to forma przymusu, spełniana niezależnie od woli określonej osoby, polegająca na ograniczeniu tajemnicy korespondencji”. Podsłuch zalicza do grupy środków przymusu także M. Cieślak (*Środki przymusu...*, s. 121). Natomiast W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, tom II..., s. 151 i n.; T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 503 i n.; S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 368 i n., dostrzegając, iż podsłuch wkracza głęboko w sferę praw człowieka, nie traktują go jako środka przymusu procesowego, lecz zgodnie z systematyką kodeksową uznają za jedną z czynności o charakterze dowodowym.

⁵⁶ K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 334.

⁵⁷ M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, *Środki przymusu...*, s. 836.

⁵⁸ K. Marszał, (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny...*, s. 334.

czynienia zbyt często. Stąd też w zdecydowanej większości postępowań karnych dochodzi do stosowania w mniejszym bądź większym stopniu środków przymusu. Ten stan rzeczy należy określić mianem smutnej konieczności.

Kolejną, niezwykle istotną cechą procesowych środków przymusu jest to, że ich stosowanie powoduje ingerencję w sferę praw i wolności jednostki. Ingerencja ta ogranicza, a niekiedy nawet uniemożliwia danej osobie korzystanie z fundamentalnych, gwarantowanych konstytucyjnie i konwencyjnie dóbr osobistych bądź majątkowych. Należałoby tutaj wskazać przede wszystkim na takie dobra jak wolność, nietykalność osobista, nienaruszalność mieszkania, swoboda dysponowania mieniem. Tak więc słuszne jest stanowisko akcentowane w literaturze⁵⁹, że środki przymusu procesowego to instytucje o podwójnych lub wieloaspektowych implikacjach, gdyż za pomocą jednej czynności wywołuje się skutki w sferze kilku dziedzin prawa.

W ramach wywodów odnoszących się do materii wskazanej w tytule niniejszego opracowania należy postawić pytanie, czy samo zagrożenie użyciem przymusu może być utożsamiane ze stosowaniem środków przymusu? Pozytywne stanowisko w tej materii wydaje się prezentować S. Waltoś⁶⁰. Autor ten wskazuje bowiem, że cechą środków przymusu jest posługiwanie się przez dany organ elementem przymusu (często fizycznego) lub co najmniej jego zagrożeniem. Niejednoznacznie w interesującej nas kwestii wypowiada się W. Daszkiewicz⁶¹, który ostatecznie jednak konstatuje, że „gdybyśmy o przymusie mówili jako o swoistej sytuacji nacisku, w której ulega naruszeniu wolność decyzji woli w zakresie zdolności podjęcia lub realizacji tej decyzji albo w sferze motywacyjnych procesów kształtujących tę decyzję, to rzecz jasna, zapowiedź ewentualnego zastosowania sankcji (np. w wezwaniu do stawienia się) należałoby także uznać za środek przymusu”. Natomiast K. Marszał twierdzi, że „(...) samo zagrożenie stosowaniem przymusu nie stanowi jeszcze środka przymusu. W takiej sytuacji określonej osobie pozostawia się możliwość postąpienia zgodnie z ciążącym na niej obowiązkiem, a w razie realizacji tego obowiązku odpada potrzeba stosowania grożącego środka przymusu”⁶².

Wydaje się, że rozwikłanie powyższego problemu nie jest możliwe bez wnikięcia w istotę pojęcia „środek przymusu”. W niniejszym opracowaniu pojęcie to wstępnie zdefiniowaliśmy jako bodziec prawny, stosowany nieza-

⁵⁹ K. Marszał, Pojęcie środków..., s. 107; *idem*, Stosowanie środków..., s. 17; *idem*, Środki przymusu w polskim procesie karnym *de lege ferenda*, (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka, pod red. S. Waltosia, Kraków 1993, s. 434; K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, Proces karny..., s. 331; P. Hofmański, Europejskie standardy..., s. 452; W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe, tom II..., s. 161; S. Waltoś, Proces karny..., s. 406; M. Cieślak, Polska procedura..., s. 400.

⁶⁰ S. Waltoś, Proces karny..., s. 405.

⁶¹ W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne, tom II..., s. 159.

⁶² K. Marszał, Stosowanie środków..., s. 14.

leżnie od woli, a czasami nawet wbrew woli jednostki, zawierający w sobie określony ładunek przymusu fizycznego lub psychicznego. W powyższym kontekście trafne wydaje się, przytoczone w poprzednim akapicie, stanowisko K. Marszała. Skoro wyartykułowanie wobec danej osoby groźby użycia przymusu ma doprowadzić do spełnienia przez nią danego obowiązku procesowego, bez konieczności stosowania środka przymusu, to oczywiście nie możemy utożsamiać owej groźby ze stosowaniem środka przymusu. Są to zupełnie różne stany, przy czym pierwszy z nich z reguły poprzedza drugi i nierzadko czyni jego urzeczywistnienie bezprzedmiotowym. Obserwacja praktyki wskazuje, że bardzo często organ procesowy informuje danego uczestnika postępowania o mogącym nastąpić przymusowym wykonaniu określonej czynności w sytuacji, gdyby uczestnik ten uchylał się od jej dobrowolnej realizacji (np. o możliwości zatrzymania i przymusowego doprowadzenia podejrzanego, który bez usprawiedliwienia nie stawiał się na wezwanie prokuratora w związku z koniecznością wydania postanowienia o modyfikacji zarzutów; o ewentualności zatrzymania i doprowadzenia na rozprawę świadka bądź biegłego przez Policję w sytuacji ich uprzedniego nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na rozprawę). Tego rodzaju informacja (w istocie zaś *sui generis* groźba) jest nie tylko wskazana na płaszczyźnie prakseologicznej, ale niekiedy wręcz nakazana przez przepisy prawa⁶³. Organ procesowy w istocie wywiera tutaj na jednostkę określoną presję i stawia ją przed pewnym wyborem („albo zachowasz się zgodnie z normą prawną, albo podjęte zostaną wobec ciebie określone działania o charakterze przymusowym”). Jak już wcześniej wskazano, jeśli jednostka postąpi zgodnie z pouczeniem i wykona dany obowiązek procesowy, to urzeczywistnienie wobec niej środka przymusu stanie się zbędne. Akceptacja poglądu prezentowanego w powyższej kwestii przez K. Marszała ma również ten ważki walor praktyczny, że pozwala jednoznacznie określić moment, od którego możemy mówić o zastosowaniu środka przymusu.

Po wyeksponowaniu cech, które określilibyśmy mianem kluczowych z punktu widzenia ustalenia pojęcia „środki przymusu” w polskim procesie karnym, nadszedł czas na przedstawienie realnej definicji tych środków. Będzie to definicja klasyczna, skonstruowana wedle znanej w teorii prawa łacińskiej formuły: *Definitio fit per genus et differentiam specificam*. Tak więc środki przymusu to czynności organów procesowych i innych uprawnionych podmiotów, zmierzające do realizacji niezależnie od woli jednostki i przy

⁶³ Tytułem przykładu możemy tutaj wskazać na obowiązek wynikający z art. 300 § 1 k.p.k. Przepis ten nakazuje pouczyć podejrzanego przed pierwszym przesłuchaniem m.in. o treści art. 75 k.p.k. Zgodnie zaś z art. 75 § 2 k.p.k., w razie nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżonego można zatrzymać go i doprowadzić przymusowo.

użyciu przymusu fizycznego lub psychicznego celów procesowych⁶⁴, ograniczające bądź wyłączające gwarantowane przez Konstytucję lub ratyfikowane umowy międzynarodowe⁶⁵ prawa i wolności adresata tych środków. Nie trudno zauważyć, że powyższa definicja ma charakter projektująco-regulujący, a więc ustala na przyszłość wyraźne znaczenie interesującego nas pojęcia, licząc się jednak w tym zakresie z tradycją językową i dotychczasowym dorobkiem doktryny. Definicja ta eksponuje funkcjonalny aspekt środków przymusu procesowego. Takie ujęcie zagadnienia wydaje się niezbędne, bowiem to właśnie realizacja przy użyciu przymusu celów procesu karnego najpełniej oddaje istotę środków przymusu. Należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w literaturze⁶⁶, że dopatrywanie się tej istoty jedynie w ograniczeniu praw i wolności jednostki, bez należytego uwzględnienia celów środków przymusu, przesunąłoby akcent z funkcji, jakie środki te spełniają w procesie, „na obszar tego, co one ograniczają, w stosunku do czego pozostają w relacji konfliktowej”.

Zdefiniowanie pojęcia „środki przymusu” stanowi punkt wyjścia do przedstawienia katalogu tych środków i ich systemu w obszarze wytyczonym przepisami k.p.k. System ten jest obszerny i bardziej rozbudowany niż w innych procedurach (np. cywilnej lub administracyjnej). Wynika to z charakterystycznego dla procesu karnego rygoryzmu, będącego pochodną jego przedmiotu i specyficznych celów (art. 2 § 1 k.p.k.). Nie możemy zapominać o tym, że uczestnicy postępowania karnego, w tym przede wszystkim oskarżeni, nie zawsze są zainteresowani dobrowolną realizacją ciążących na nich obowiązków. Jak już wcześniej wspomniano, organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, chcąc prowadzić proces w sposób zwarty i dynamiczny, dążąc do właściwej realizacji jego celów, w tym w szczególności do uzyskania w przyszłości prawidłowego rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej oskarżonego, muszą posiadać odpowiednio rozbudowany „zestaw” bodźców negatywnych (środków przymusu).

Klarowne przedstawienie wspomnianego katalogu środków przymusu i ich prawidłowe usystematyzowanie, utrudnia nie tylko wielość tych środków, ale także ich znaczne zróżnicowanie. Niektóre z nich są do siebie zbliżone charakterem i funkcjami, inne zaś bardzo się w tych sferach różnią. Wobec powyższego, chcąc uczynić prezentację tych środków odpowiednio „przejrzystą”, konieczne wydaje się pogrupowanie ich w określone zbiory. Oczywiście kryteria wyodrębnienia tych zbiorów mogą być różne. Każdy podział do pewnego stopnia pozostaje przecież pochodną określonej, uznanej

⁶⁴ Wyjątkowo jedynie ustawodawca zezwala przy użyciu środków przymusu uregulowanych w k.p.k. na realizację określonego celu pozapprocesowego (zob. art. 244 § 1a i 1b k.p.k., art. 249 § 1 k.p.k. w zw. z art. 258 § 3 k.p.k., czy art. 275a k.p.k.).

⁶⁵ Zob. art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji.

⁶⁶ W. D a s z k i e w i c z, Prawo karne procesowe, tom II..., s. 161.

przez danego autora za właściwą, konwencji systematyzującej. W tym wypadku konieczne jest pogrupowanie środków przymusu po to, aby uzyskać możliwie najbardziej jasny obraz systemu tych środków na gruncie k.p.k. i sformułować ich wyczerpujący katalog. Mając na uwadze ten aspekt sprawy najwłaściwsze będzie zastosowanie kryterium istoty danego środka przymusu i spełnianych przez ten środek funkcji⁶⁷.

Odwołując się do tego kryterium i uwzględniając aktualne unormowania w tej sferze zawarte w k.p.k., należy wyróżnić:

- I. zatrzymanie obywatelskie, właściwe i w celu doprowadzenia oskarżonego (zob. odnoszące się do tych instytucji regulacje zamieszczone w rozdziałach 8, 27, 43 i 73 wskazanego wyżej kodeksu);
- II. środki zapobiegawcze (zob. odnoszące się do tych instytucji regulacje zamieszczone w rozdziale 28 wskazanego wyżej kodeksu);
- III. list żelazny⁶⁸ (zob. art. 281 k.p.k. i n.);
- IV. kary porządkowe i sankcje wymuszające (zob. odnoszące się do tych instytucji regulacje zamieszczone w rozdziale 31 wskazanego wyżej kodeksu);
- V. przymusowe wykonanie czynności procesowych. To bardzo liczna grupa środków przymusu, stąd niezbędne jest dokonanie ich podziału na:

⁶⁷ Do tego kryterium odwołuje się K. Marszał w pracach: *Proces karny...*, s. 336 i n.; *Pojęcie środków przymusu...*, s. 112; *Stosowanie środków przymusu...*, s. 52 i n.

⁶⁸ Niektórzy autorzy kwestionują przynależność listu żelaznego do grupy środków przymusu. Uważają oni, że list ten to czynność procesowa mająca na celu zapewnienie obecności oskarżonego na potrzeby procesu karnego, niezawierająca jednak w sobie element przymusu (K. Marszał, *Stosowanie środków...*, s. 51), bądź uznają interesującą nas instytucję prawną za formę asekuracji oskarżonego przed zastosowaniem środka zapobiegawczego (A. Kordik, F. Prusak, Z. Świda, *Prawo karne...*, s. 169, 191). Zdecydowanie dominuje jednak pogląd, że list żelazny należy do grupy środków przymusu karnoprocessowego (zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna...*, s. 400, 406–407; M. Lipczyńska, R. Poniowski, *Mały komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1986, s. 175; T. Grzegorzczak, *List żelazny w procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, (w:) *Reforma prawa karnego*, Łódź 1994, s. 39; A. Murzynowski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 1996 r.*, sygn. I KZP 14/96, OSP 1996, nr 11, poz. 14; R. A. Stefański, *Środki zapobiegawcze...*, s. 215; *idem*, *List żelazny w nowym kodeksie postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 11, s. 33 i n.; Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 12 sierpnia 1996 r., sygn. I KZP 14/96, OSNKW 1996, nr 11–12, poz. 78). Wydaje się, że o przynależności listu żelaznego do grupy środków przymusu świadczą przynajmniej trzy okoliczności: istota tej instytucji prawnej (sprowadza się ona do realizacji przy użyciu przymusu psychicznego celów procesu karnego, bowiem sąd wydając oskarżonemu list żelazny i zapewniając w ten sposób jego udział w toczącym się postępowaniu, stawia jednocześnie oskarżonego przed alternatywą – „albo zachowasz się w sposób zgodny z treścią listu żelaznego, albo przestaniesz odpowiadać z wolnej stopy”); racje systemowe (ustawodawca zamieszcza przepisy o liście żelaznym w rozdziale VI k.p.k. poświęconym środkom przymusu); fakt wkraczania listu żelaznego w sferę wolności osobistych oskarżonego – list ten nakłada bowiem na tego uczestnika procesu obowiązek obrania sobie w Polsce miejsca pobytu i nieoddalania się z tego miejsca bez zgody sądu (art. 282 § 1 pkt 2 k.p.k.).

- zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie świadka, biegłego, tłumacza i specjalisty (art. 285 § 2 k.p.k.),
- przymusowe poszukiwanie, wydobywanie bądź odebranie dowodów. Obejmuje ono:
 - oględziny ciała oskarżonego (osoby podejrzanej) i pokrzywdzonego (art. 74 § 2 pkt 1 k.p.k., art. 74 § 3 k.p.k. i art. 192 § 1 k.p.k.),
 - odebranie rzeczy (przedmiotów) w warunkach art. 217 § 5 k.p.k.,
 - wydanie przesyłek i korespondencji na żądanie organu procesowego (art. 218 k.p.k.),
 - przeszukiwanie osób, odzieży, podręcznych przedmiotów i pomieszczeń (art. 219 k.p.k.),
- przymusowe przeprowadzenie badań lekarskich lub psychologicznych. Obejmuje ono:
 - przeprowadzenie badań oskarżonego (osoby podejrzanej) w warunkach art. 74 § 2 pkt 1 i 2 k.p.k.,
 - umieszczenie oskarżonego na obserwacji w zakładzie leczniczym w celu zbadania stanu jego zdrowia psychicznego (art. 203 k.p.k.),
 - badanie pokrzywdzonego (art. 192 § 1 k.p.k.),
- przymusowe wykonanie wobec oskarżonego (osoby podejrzanej) czynności w celach ewidencyjnych (fotografowanie, okazywanie, pobieranie odcisków palców, włosów, krwi oraz wydzielin organizmu – art. 74 § 2 k.p.k., art. 192a § 1 i 3 k.p.k.),
- przymusowe zapewnienie porządku na sali rozpraw bądź swobody wypowiedzi przesłuchiwanym w trakcie rozprawy osób. Stosowne czynności podejmuje tutaj przewodniczący składu sądu, a sprowadzają się one do wydalenia oskarżonego:
 - z sali rozpraw, jeśli zakłóca powagę, spokój lub porządek czynności sądowych (art. 375 § 1 k.p.k.),
 - z sali rozpraw jeżeli należy się obawiać, że jego obecność mogłaby oddziaływać krępująco na wyjaśnienia współoskarżonego, zeznania świadka lub biegłego (art. 390 § 2 k.p.k.),
 - zabezpieczenie majątkowe i tymczasowe zajęcie mienia ruchomego (zob. przepisy rozdziału 32 wskazanego wyżej kodeksu).

Zaprezentowana wyżej systematyka środków przymusu, nawiązująca do ich istoty i funkcji, pozostaje tylko jedną z wielu możliwych do zastosowania. W doktrynie polskiego procesu karnego gradacji środków przymusu dokonuje się niekiedy także w oparciu o rodzaj aktu prawnego, w którym zamieszczone są przepisy będące podstawą ich stosowania⁶⁹. W ten sposób wyróżnimy kodeksowe (uregulowane w k.p.k., k.k.s. i k.p.s.w.)⁷⁰ i pozakodeksowe

⁶⁹ Szerzej K. Ma r s z a ł, *Stosowanie środków...*, s. 50.

⁷⁰ Zob. w szczególności przepisy: działów VI k.p.k. i VI k.p.s.w.; rozdziału 13 k.k.s.

(unormowane w u.p.n. i u.s.p.) środki przymusu. Nietrudno zauważyć, że walor poznawczy takiego podziału nie jest jednak zbyt duży.

Wyodrębnić możemy także środki przymusu o charakterze procesowym (zob. w szczególności przepisy działu VI k.p.k.)⁷¹ i pozaprocesowym (np. zatrzymanie: porządkowe⁷², administracyjne⁷³; umieszczenie cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub w areszcie dla cudzoziemców⁷⁴; zatrzymanie właściwe oparte na podstawach z art. 244 § 1a i b k.p.k.; nakaz okresowego opuszczenia przez oskarżonego lokalu mieszkalnego realizowany w warunkach art. 275a k.p.k.).

Innym kryterium podziału jest rodzaj podmiotu stosującego środek przymusu⁷⁵, bądź status osoby, wobec której dany środek został urzeczywistniony⁷⁶. W doktrynie dzieli się też środki przymusu na proste i złożone oraz przybierające postać decyzji procesowych i tzw. czynności faktyczne⁷⁷.

W latach dwudziestych ubiegłego wieku S. Glaser, omawiając problematykę środków przymusu w procesie karnym, dokonał rozróżnienia na środki przymusu osobowego i rzeczowego⁷⁸. Według tego autora, w ramach tej pierwszej grupy, przymus zwraca się przeciwko osobie (np. areszt), a w ramach drugiej skierowany jest przeciwko rzeczy (np. zatrzymanie rzeczy). S. Glaser trafnie przy tym wskazywał, że „może się jednakowoż zdarzyć, iż przymus zastosowany względem rzeczy ma na celu zabezpieczenie osoby

⁷¹ Zob. też D. K a l a, Procesowe funkcje zatrzymania osoby w świetle rozwiązań kodeksu postępowania karnego, (w:) *Studia Iuridica Toruniensia*, tom IV, pod red. D. Janickiej, Toruń 2008, s. 93 i n.

⁷² Uprawnienie Policji do dokonywania tego typu zatrzymań zawarte jest w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 360). Zgodnie z tym przepisem policjanci wykonując powierzone im czynności władni są zatrzymywać osoby stwarzające w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia.

⁷³ Zgodnie z art. 40 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1119), osoby w stanie nietrzeźwości, które swoim zachowaniem dają powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu lub zdrowiu innych osób, mogą zostać doprowadzone do izby wytrzeźwień lub placówki, podmiotu leczniczego albo do miejsca zamieszkania lub pobytu; w razie braku izby wytrzeźwień lub placówki, ww. osoby mogą być doprowadzone do jednostki Policji.

⁷⁴ Zob. odnoszące się do tej sfery przepisy ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 35 ze zm.).

⁷⁵ Wyróżnić tutaj możemy środki przymusu stosowane przez organy procesowe (chodzi tu w szczególności o sąd, prokuratora, funkcjonariusza Policji prowadzącego postępowanie przygotowawcze) oraz inne podmioty (np. obywatela w warunkach art. 243 k.p.k.).

⁷⁶ Środek przymusu może dotyczyć uczestnika procesu karnego (podejrzanego, oskarżonego, świadka, biegłego, specjalisty) bądź podmiotu niebędącego takim uczestnikiem (np. osoby podejrzanej w warunkach art. 244 § 1 k.p.k.).

⁷⁷ Szerzej W. D a s z k i e w i c z, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, tom II..., s. 157.

⁷⁸ S. G l a s e r, *Zarys polskiego procesu karnego*, Warszawa 1929, s. 135; *idem*, *Polski proces karny...*, s. 216.

(np. zatrzymanie majątku, kaucja, poręczenie) i na odwrót, przymus zastosowany względem osoby może mieć na celu zabezpieczenie rzeczy (np. rewizja osobista); decydującym jest tutaj zawsze cel danego zarządzenia⁷⁹. Jak nietrudno zauważyć, kryterium powyższego podziału pozostaje sfera prawna (dobro prawne), w którą dany środek wkracza, przy uwzględnieniu celu tego środka. Możemy przyjąć, że środki przymusu osobowego odnoszą się do sfery praw osobistych człowieka (wolności, nietykalności), zaś środki przymusu rzeczowego ingerują w jego prawa majątkowe, w szczególności ograniczając swobodę dysponowania mieniem⁸⁰. Do podziału środków przymusu zaproponowanego przez S. Glasera nawiązał S. Kalinowski⁸¹ wskazując, iż możemy wyodrębnić środki odnoszące się do sfery wolności osobistej i te, które ingerują w obszar związany z rozporządzaniem mieniem.

W grupie środków przymusu wkraczających w sferę dóbr osobistych jednostki wyróżnić możemy takie, które polegają na pozbawieniu jej wolności osobistej. Mają więc one charakter izolacyjny⁸². Te środki, które prowadzą jedynie do ograniczenia wolności człowieka, naruszenia jego nietykalności bądź w ogóle nie wkraczają w prawa i wolności osobiste, a jedynie ograniczają prawa majątkowe (niekiedy zawodowe, pracownicze), określimy mianem nieizolacyjnych środków przymusu. Wypada jeszcze nadmienić, że dotychczas w doktrynie polskiego procesu karnego pojęć „środki izolacyjne” i „nieizolacyjne” używano jedynie w odniesieniu do środków zapobiegawczych⁸³. Z językowego punktu widzenia nie ma jednak żadnych przeszkód, aby określić te odnosić również do środków przymusu. Tak więc zwroty: „izolacyjny (nieizolacyjny) środek przymusu” oraz „środek przymusu polegający na pozbawieniu wolności (niepozbawiający wolności)”, traktować należy jako synonimy.

⁷⁹ S. Gla ser, *Polski proces karny...*, s. 216–217.

⁸⁰ Zob. szerzej A. Bułsiewicz, *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*, Toruń 1991, s. 24–25; A. Bułsiewicz, D. Kala, *Środki przymusu procesowego w sferze praw majątkowych w Kodeksie postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.*, (w:) *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1998, s. 92–93; D. Ta r n o w s k a, *Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym*, Toruń 2002, s. 34.

⁸¹ S. Ka l i n o w s k i, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1966, s. 31.

⁸² W odniesieniu do izolacyjnego charakteru zatrzymania i tymczasowego aresztowania zob. też uwagi zamieszczone w uzasadnieniach wyroków TK odpowiednio z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. K 34/06 oraz z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. K 3/16.

⁸³ Zob. S. Wałtoś, *Proces karny...*, s. 406; E. Skrętowicz, (w:) R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny...*, s. 288; A. Bułsiewicz, *Środki przymusu polegające na pozbawieniu wolności uczestników procesu karnego na tle przemian ustrojowych w Polsce (1989–1999)*, (w:) *Przemiany polskiego prawa (1989–1999)*, pod red. E. Kustry, *Studia Iuridica Toruniensia*, Toruń 2001, s. 202; R. A. Stefański, *Środki zapobiegawcze...*, s. 13; E. Bieńkowska, J. Skupiński, M. Zawisza, *Stosowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych w praktyce prokuratorskiej*, *Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne* 1989, tom 20, s. 39; F. P r u s a k, *Nieizolacyjne środki zapobiegawcze w procesie karnym*, *Palestra* 1977, nr 1, s. 56.

Grupa środków przymusu polegających na pozbawieniu wolności jest bardzo wąska⁸⁴. Ten stan rzeczy nie może dziwić, zważywszy na szczególnego rodzaju dobro, w które środki te godzą. Potrzeba uciekania się do tego typu oddziaływania musi być ograniczona do sytuacji zupełnie wyjątkowych. Tak też wygląda to na gruncie rozwiązań k.p.k. Ta wąska grupa środków przymusu jest jednak niezwykle interesująca zważywszy na doniosłe skutki wynikające z ich stosowania zarówno w dziedzinie prawa karnego procesowego, jak i na płaszczyźnie konstytucyjnej i konwencyjnej, a niekiedy także w sferze cywilnoprawnej, w dziedzinie prawa pracy, prawa karnego materialnego czy w obszarze odpowiedzialności dyscyplinarnej. Środki te wkraczają bowiem w gwarantowane przez ustawę zasadniczą oraz przepisy konwencyjne prawo człowieka o charakterze podstawowym, jakim jest prawo do wolności⁸⁵. Niesłuszne pozbawienie wolności rodzić też może cywilnoprawną odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody nim spowodowane⁸⁶. Trzeba także pamiętać, że umowa o pracę wygasa z upływem 3 miesięcy nieobecności pracownika w pracy z powodu tymczasowego aresztowania, chyba że pracodawca rozwiązał wcześniej tę umowę bez wypowiedzenia z winy pracownika (art. 66 § 1 k.p.). W sytuacji stwierdzenia, że zastosowanie środka przymusu polegającego na pozbawieniu wolności nastąpiło bez jakiejkolwiek podstawy prawnej, wyłoni się zwykle potrzeba wdrożenia wobec osób winnych tego stanu rzeczy postępowania dyscyplinarnego, a niekiedy także karnego. W obliczu przytoczonych tutaj okoliczności, w pełni uprawniona wydaje się zaprezentowana już wcześniej teza, iż środki przymusu, szczególnie zaś te izolacyjne, to instytucje o wieloaspektowych implikacjach.

⁸⁴ Eksponuje tę okoliczność A. Bułsiewicz w opracowaniu: *Środki przymusu...*, s. 200. Autor ten zalicza do grupy środków przymusu polegających na pozbawieniu wolności: tymczasowe aresztowanie, zatrzymanie, karę porządkową aresztu, umieszczenie oskarżonego na obserwacji w zakładzie leczniczym, schronisko dla nieletnich.

⁸⁵ Zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji „każdemu zapewnia się (...) wolność osobistą”. Natomiast art. 5 ust. 1 EKPCz stanowi, że „każdy ma prawo do wolności (...)”. Analogicznie kwestia ta ujęta została w art. 9 ust. 1 MPPoiP; zob. też D. Kała, *Zatrzymanie osoby w celu doprowadzenia jej do organu prowadzącego postępowanie karne – uwagi na tle regulacji konstytucyjnych i konwencyjnych*, (w:) D. Kała, I. Zgoliński (red.), *Postępowanie przed sądem I instancji w znowelizowanym procesie karnym* Warszawa 2018, s. 59 i n.; D. Kała, *Materialne i formalne warunki obserwacji psychiatrycznej oskarżonego w zakładzie leczniczym, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury* 2011, nr 1, s. 42 i n.

⁸⁶ Zob. w szczególności przepisy rozdziału 58 k.p.k. („Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie”) oraz regulacje księgi III tytułu VI k.c. („Czyny niedozwolone”); D. Kała, *Procedura dochodzenia roszczeń z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania i zatrzymania*, (w:) *Dochodzenie roszczeń cywilnych a proces karny*, pod red. A. Lacha, Warszawa 2018, s. 78; D. Kała, M. Klubińska, *Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie i niesłuszne stosowanie środków przymusu procesowego – analiza trybu i zasad dochodzenia roszczeń – cz. I i II*, *Przegląd Sądowy* 2016, nr 1 i 2, s. 7 i n. i 48 i n.

Jak trafnie zauważył A. Bulsiewicz⁸⁷, „środki te (polegające na pozbawieniu wolności – uwaga Autora), choć niezbyt liczne, różnią się od siebie w sposób znaczny, nie tylko ze względu na charakter prawny, ale także m.in. z uwagi na organ procesowy uprawniony do ich stosowania czy podmioty, wobec których mogą one być zastosowane”.

Podsumowując powyższe uwagi wypada stwierdzić, że środki przymusu w procesie karnym to szeroka grupa instytucji prawnych uregulowanych zarówno w dziale VI k.p.k., jak też rozsiąanych po innych działach tego kodeksu. Konieczność ich stosowania w toku procedowania jest pochodną wielu czynników, z których część ma charakter obiektywny, a część wynika z „nie-subordynacji” ich adresatów. Ze względu na dolegliwość środków przymusu procesowego oraz fakt, iż wkraczają one w sferę chronionych konstytucyjnie i konwencyjnie praw i wolności jednostki, stosowanie tych środków winno odbywać się przy ścisłym uwzględnieniu następujących, poniższych dyrektyw:

- każdy środek przymusu musi mieć podstawę ustawową i powinien być stosowany jedynie dla realizacji celu wynikającego z tej podstawy,
- niedopuszczalne jest dokonywanie wykładni rozszerzającej w zakresie podstaw środków przymusu, jak też korzystanie w tej sferze z analogii,
- nie należy posługiwać się przymusem, jeśli założony cel może być osiągnięty dobrowolnie (zasada konieczności),
- z kilku możliwych do zastosowania środków przymusu trzeba wybrać najłagodniejszy, o ile wystarczy on do realizacji danej czynności procesowej (zasada minimalizacji, umiaru),
- stosowanie omawianych środków nie może prowadzić do niehumanitarnego lub poniżającego traktowania osoby⁸⁸.

Bibliografia

1. Ajdukiewicz K., Język i poznanie, tom II, Warszawa 1985.
2. Bafia J., Bednarzak J., Flemming M., Kalinowski S., Kempisty H., Siewierski M., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1976.
3. Bieńkowska E., Skupiński J., Zawisza M., Stosowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych w praktyce prokuratorskiej, *Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne* 1989, tom 20.

⁸⁷ A. Bulsiewicz, *Środki przymusu...*, s. 200.

⁸⁸ Zob. W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, tom II..., s. 160 i n.; K. Marszał, *Stosowanie środków...*, s. 70 i n. oraz 93 i n.; M. Jeż-Ludwichowska, D. Kala, *Środki przymusu...*, s. 840; K. Dudka, (w:) K. Dudka, H. Paluszkiewicz, *Postępowanie karne...*, s. 274–275; zob. też art. 3 EKPCz.

4. Bulsiewicz A., Kala D., Środki przymusu procesowego w sferze praw majątkowych w Kodeksie postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r., (w:) Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe, Kraków 1998.
5. Bulsiewicz A., Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym, Toruń 1991.
6. Bulsiewicz A., Środki przymusu polegające na pozbawieniu wolności uczestników procesu karnego na tle przemian ustrojowych w Polsce (1989–1999), (w:) Przemiany polskiego prawa (1989–1999), pod red. E. Kustry, Studia Iuridica Toruniensia, Toruń 2001.
7. Cieślak M., O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary, Nowe Prawo 1969, nr 2.
8. Cieślak M., Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1984.
9. Cieślak M., Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego (Prace prawnicze) 1960, nr 7.
10. Cieślak M., Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, Warszawa 1955.
11. Daszkiewicz W., Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne, tom II, Bydgoszcz 2001.
12. Daszkiewicz W., Proces karny. Część ogólna, Poznań 1995.
13. Dietrich M., Namysłowska-Gabrysiak B., Prawo karne. Część ogólna, Warszawa 2003.
14. Doda Z., Zażalenie w procesie karnym, Warszawa 1985.
15. Doroszewski W., Słownik języka polskiego, t. VII, Warszawa 1965.
16. Dubisz S. (red.), Uniwersalny słownik języka polskiego t. 3, Warszawa 2003.
17. Dudka K., Paluszkiwicz H., Postępowanie karne, Wolters Kluwer 2015.
18. Dzido B., Środki taktyczno-procesowe zmierzające do ujęcia ukrywających się sprawców przestępstw, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1994, nr 2.
19. Ehrlich S., Wstęp do nauki o państwie i prawie, Warszawa 1979.
20. Gardocki L., Prawo karne, Warszawa 2004.
21. Glaser S., Polski proces karny w zarysie, Kraków 1934.
22. Glaser S., Zarys polskiego procesu karnego, Warszawa 1929.
23. Grajewski J., Przebieg procesu karnego, Warszawa 2004.
24. Grajewski J., Skrętowicz E., Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Gdańsk 1996.
25. Gryniuk A., Przymus prawny. Studium socjologiczno-prawne, Toruń 1994.
26. Grzegorzczak T., List gończy jako środek przymusu karnoprosesowego, Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica 1995, nr 63.

27. Grzegorzczak T., List żelazny w procesie karnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) Reforma prawa karnego, Łódź 1994.
28. Grzegorzczak T., Tylman J., Polskie postępowanie karne, Warszawa 2014.
29. Hofmański P., Europejskie standardy w zakresie kontroli stosowania przymusu w procesie karnym, (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka, pod red. S. Waltosia, Kraków 1993.
30. Hofmański P., Nowe oblicze środków przymusu w procesie karnym, Białostockie Studia Prawnicze 1992, nr 1.
31. Hołyst B. (red.), Przemoc w życiu codziennym, Warszawa 1996.
32. Izydorczyk J., Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2002.
33. Jeż-Ludwichowska M., Kala D., Środki przymusu stosowane wobec świadków i biegłych w procesie karnym – zagadnienia wybrane, (w:) Węzłowe problemy procesu karnego, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2010.
34. Kala D., Klubińska M., Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie i niesłuszne stosowanie środków przymusu procesowego – analiza trybu i zasad dochodzenia roszczeń, cz. I, Przegląd Sądowy 2016, nr 1.
35. Kala D., Klubińska M., Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie i niesłuszne stosowanie środków przymusu procesowego – analiza trybu i zasad dochodzenia roszczeń, cz. II, Przegląd Sądowy 2016, nr 2.
36. Kala D., Materialne i formalne warunki obserwacji psychiatrycznej oskarżonego w zakładzie leczniczym, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2011, nr 1.
37. Kala D., O pozaprosesowych funkcjach tymczasowego aresztowania, t. XIII (2020), nr 2 półrocznika „Teka Komisji Prawniczej PAN”.
38. Kala D., Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe, Toruń 2003.
39. Kala D., Procedura dochodzenia roszczeń z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania i zatrzymania, (w:) Dochodzenie roszczeń cywilnych a proces karny, pod red. A. Lacha, Warszawa 2018.
40. Kala D., Procesowe funkcje zatrzymania osoby w świetle rozwiązań kodeksu postępowania karnego, (w:) Studia Iuridica Toruniensia, tom IV, pod red. Danuty Janickiej, Toruń 2008.
41. Kala D., Zatrzymanie osoby w celu doprowadzenia jej do organu prowadzącego postępowanie karne – uwagi na tle regulacji konstytucyjnych i konwencyjnych, (w:) D. Kala, I. Zgoliński (red.), Postępowanie przed sądem I instancji w znowelizowanym procesie karnym, Warszawa 2018.

42. Kalina-Prasznic U. (red.), Mała Encyklopedia Prawa, Warszawa 2005.
43. Kalinowski S., Polski proces karny, Warszawa 1971.
44. Kalinowski S., Postępowanie karne. Zarys części ogólnej, Warszawa 1966.
45. Kmiecik R., Skrętowicz E., Proces karny. Część ogólna, Kraków 2002.
46. Kordik A., Prusak F., Świda Z., Prawo karne procesowe, Wrocław–Szczecin 1994.
47. Kosonoga J., System środków dyscyplinujących uczestników postępowania karnego, Lex 2014.
48. Kustra E., Wstęp do nauk o państwie i prawie, Toruń 2000.
49. Lang W., Dylemat wolności i konieczności, Zeszyty Argumentów 1964, nr 6.
50. Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., Teoria państwa i prawa, Warszawa 1986.
51. Lipczyńska M., Kordik A., Kegel Z., Świda-Łagiewska Z., Polski proces karny, Warszawa–Wrocław 1975.
52. Lipczyńska M., Polski proces karny, tom I. Zagadnienia ogólne, Warszawa 1986.
53. Lipczyńska M., Ponikowski R., Mały komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1986.
54. Maneli M., O funkcjach państwa, Warszawa 1963.
55. Marek A., Prawo karne, Warszawa 2005.
56. Marszał K., (w:) Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprocesowych ograniczeń praw obywatelskich, pod red. K. Amelunga i K. Marszała, Katowice 1990.
57. Marszał K. (red.), Gostyński Z., Grabowski J., Kozłowska E., Lizer S., Samochowiec J., Postępowania przed organami państwa, Warszawa 1982.
58. Marszał K., Środki przymusu w polskim procesie karnym *de lege ferenda*, (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka, pod red. S. Wąłtosia, Kraków 1993.
59. Marszał K., Pojęcie środków przymusu i ich system w polskim procesie karnym, Problemy Prawa Karnego 1990, nr 16.
60. Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K., Proces karny, Katowice 2003.
61. Morawski L., Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 1996.
62. Mueller G.O., Beweisverbote im amerikanischen Strafprozess. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, München–Berlin 1966.
63. Murzynowski A., Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu, Warszawa 1963.
64. Murzynowski A., Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 1996 r., sygn. I KZP 14/96, OSP 1996, nr 11.
65. Murzynowski A., Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994.

66. Opałek K., Wróblewski J., Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969.
67. Ornowska A., Prawo karne wspólnot europejskich: przyszłość czy utopia?, (w:) Organizacja i funkcjonowanie Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane, pod red. J. Maliszewskiej-Nienartowicz, Toruń 2009.
68. Palka F., Poszukiwanie sprawcy przestępstwa listami gończymi, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1977, nr 17.
69. Prusak F., Nieizolacyjne środki zapobiegawcze w procesie karnym, Pałestra 1977, nr 1.
70. Redelbach A., Prolegomena do nauk o człowieku, władzy i prawie, Toruń 2005.
71. Rybicki Z. (red.), Mała encyklopedia prawa, Warszawa 1980.
72. Skorupka J. (red.), Gruszecka D., Kremens K., Nowicki K., Proces karny, Wolters Kluwer 2017.
73. Skorupka S., Auderska H., Łempicka Z., Słownik języka polskiego, Warszawa 1989.
74. Skrętowicz E., Zatrzymanie jako środek przymusu, Problemy Praworządności 1970, nr 9–10.
75. Słownik języka polskiego PWN: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/przymus.html>.
76. Smoktunowicz E., Wielka encyklopedia prawa, Warszawa 2000.
77. Sobol E. (red.), Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2002.
78. Stefański R. A., List żelazny w nowym kodeksie postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 1997, nr 11.
79. Stefański R. A., Recenzja pracy zbiorowej pt. Przemoc w życiu codziennym, pod red. Brunona Hołysta, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1996, nr 1.
80. Stefański R. A., Środki zapobiegawcze w nowym kodeksie postępowania karnego, Warszawa 1998.
81. Stefański R. A., Poszukiwanie oskarżonego, Prokuratura i Prawo 1997, nr 10.
82. Szacki J., Historia myśli socjologicznej, tom 1, Warszawa 1983.
83. Szymczak H. (red.), Słownik języka polskiego t. II, Warszawa 1995.
84. Śliwiński S., Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne, Warszawa 1948.
85. Tarnowska D., Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym, Toruń 2002.
86. Tylman J., Funkcje tymczasowego aresztowania, (w:) Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Szymczaka, Łódź 1994.
87. Waltoś S., Gwarancje procesowe oskarżonego w procesie karnym USA, Państwo i Prawo 1978, nr 3.
88. Waltoś S., Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 1995.
89. Waltoś S., Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2005.
90. Wiliński P. (red.), Polski proces karny, Wolters Kluwer 2020.

91. Wolter W., Przymus w postępowaniu karnym, Głos Prawników Śląskich 1938, nr 4.
92. Wronkowska S., Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa, Poznań 2003.
93. Zagrodnik J. (red.), Koper R., Marszał K., Zgryzek K., Proces karny, Warszawa 2019.
94. Ziemiński Z., Logika praktyczna, Warszawa 2001.
95. Ziemiński Z., Teoria prawa, Warszawa – Poznań 1978.
96. Żmigrodzki P. (red.), Wielki słownik języka polskiego: <https://wsjp.pl/haslo/podglad/24756/przymus>.

Coercive measures in criminal proceedings: definition and key features

Abstract

This paper draws attention to the ambiguity of the term “coercion” in the general language as well as in the legal language and in the language of the law. That fact that coercive measures have multifaceted implications is emphasised. Key features and a true definition of coercive measures are identified. According to the definition, coercive measures are actions used by authorities responsible for proceedings and by other authorised agencies to meet procedural objectives regardless of an individual's will, using physical or psychological coercion and restricting or excluding rights and freedoms granted those facing the measures by the Constitution or ratified international agreements. With a reference to the essence and functions of particular coercive measures, a catalogue and instructions for use of coercive measures applicable in a criminal justice process are formulated.

Key words

Law; criminal proceedings, coercive measures in proceedings; definition and key features of coercive measures.

Aleksander Tomaszuk¹, Dariusz Piekarski², Paweł Opitek³

Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej (część I)

Streszczenie

Artykuł dotyczy nadzoru sprawowanego przez prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej. Składa się on z dwóch części. W pierwszej dokonano na wstępie ogólnej charakterystyki, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze, a szczególnie kontrola operacyjna. Dalej napisano o kwestiach proceduralnych dotyczących nadzoru nad wspomnianą kontrolą, a więc: kto go sprawuje, kiedy i na jakich zasadach. Scharakteryzowano kompetencje Prokuratora Generalnego, prokuratorów okręgowych i zastępców prokuratorów okręgowych do spraw wojskowych na omawianym polu. Jeden z rozdziałów poświęcony został roli Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi w Prokuraturze Krajowej, jako ważnemu ogniwu w systemie nadzoru nad prowadzeniem kontroli operacyjnej w prokuraturach okręgowych oraz przez Policję i inne służby. Opisano realizację przez Prokuratora Generalnego obowiązku corocznego składania Sejmowi i Senatowi jawnej, rocznej informacji o liczbie osób objętych kontrolą procesową i operacyjną. Szczegółowe dane statystyczne, co do osób objętych kontrolą, stanowią treść drugiej części opracowania.

Słowa kluczowe

Kontrola operacyjna, podsłuch, czynności operacyjno-rozpoznawcze, nadzór, Prokurator Generalny, prokurator.

1. Wprowadzenie

Czynności operacyjno-rozpoznawcze, a przede wszystkim kontrola operacyjna, to bardzo drażliwy temat w dyskursie społecznym. Otoczone są one

¹ Aleksander Tomaszuk, prokurator Prokuratury Regionalnej w Warszawie, delegowany do Prokuratury Krajowej, Naczelnik Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi.

² Dariusz Piekarski, prokurator Prokuratury Regionalnej w Białymstoku, delegowany do Prokuratury Krajowej, Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi.

³ Paweł Opitek, doktor nauk prawnych, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie, delegowany do Prokuratury Krajowej, Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi.

aurą tajemniczości co wynika z faktu, że działania takie mają charakter niejawnny, realizowane są przez funkcjonariuszy działających pod przykryciem, a ich skuteczność zależy od poufności metod związanych z techniką i taktyką pracy operacyjnej. W przeciwnym razie przestępcy wiedzieliby, w jaki sposób mogą zostać rozpracowywani, a wspomniana aktywność służb przeciwdziałających przestępczości zostałaby przez nich zneutralizowana. Faktem jest, że skuteczne ściganie najpoważniejszych przestępstw bez czynności operacyjno-rozpoznawczych byłoby bardzo utrudnione, a w niektórych przypadkach wręcz niemożliwe. Stąd demokratyczne państwa dopuszczają prowadzenie czynności wkraczających w podstawowe prawa i wolności swoich obywateli, m.in. prawo do tajemnicy korespondencji i wolności komunikowania się, w imię walki z groźnymi przestępcami. Chodzi zatem o pewien kompromis pomiędzy ochroną wspomnianych praw, a skuteczną polityką karną. Z tego powodu wdrożenie kontroli operacyjnej obwarowane zostało ścisłymi regułami: może być prowadzona tylko w ostateczności, po wyczerpaniu mniej „inwazyjnych” środków, w celu uzyskania dowodów, a ponadto ogranicza się ją do przestępstw tzw. katalogowych. Wspomniana kontrola została poddana nadzorowi i kontroli organów zewnętrznych, usytuowanych poza strukturą podmiotu, który wnosi o jej zarządzenie, a następnie prowadzi podsłuch. Odpowiednie kompetencje w tym zakresie przyznano sądom i prokuratorom.

Powyższe kwestie zostały opisane w literaturze przedmiotu, chociaż artykułów i pozycji książkowych poświęconych czynnościom operacyjno-rozpoznawczym jest stosunkowo mało. Wynika to z faktu, że temat jest trudny, jego zgłębienie wymaga sporego doświadczenia, a najlepsze opracowania bazują na praktycznej wiedzy i doświadczeniach osób realizujących pracę operacyjną. Paradoksalnie jednak posiadana przez nich wiedza ma w znacznym stopniu charakter poufny i jej przekaz w opracowaniach dydaktyczno-naukowych siłą rzeczy musi być ograniczony do zagadnień ogólnych oraz też i twierdzeń wynikających z wykładni prawa. Podobny charakter ma niniejsze opracowanie, gdyż składa się na nie wiedza i kompetencje prokuratorów na co dzień zajmujących się nadzorem nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Sposób przedstawienia zagadnienia oraz podane dane statystyczne mieszczą się jednak w zakresie informacji jawnych.

W artykule skupiono się przede wszystkim na nadzorze prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej, jako najbardziej zaawansowanej formie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wynikało to m.in. z faktu, że w stosunku do kontroli operacyjnej przepisy prawa przewidują składanie przez Prokuratora Generalnego do Sejmu i Senatu rocznej, jawnej informacji o liczbie osób „podsłuchiowanych”. Opracowana na tej podstawie statystyka została zaprezentowana w drugiej części niniejszego artykułu. Niemniej trzeba mieć świadomość, że nadzór uprawnionych prokuratorów nad niejawnymi działaniami służb nie dotyczy wszystkich czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Zwrócić należy uwagę, że poczynione komentarze na temat kontroli operacyjnej nierzadko odnoszą się także do pozostałych form czynności operacyjno-rozpoznawczych, a w szczególności zakupu kontrolowanego, przesyłki niejawnie nadzorowanej, czy udostępniania przez obowiązane instytucje tajemnicy prawnie chronionej.

Prezentowany artykuł ma dwa podstawowe cele: pierwszy, to opisanie zadań Prokuratora Generalnego i podległych mu prokuratorów w procesie nadzoru nad realizacją kontroli operacyjnej ze szczególnym uwzględnieniem roli, jaką spoczywa na Wydziale Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi w Prokuraturze Krajowej. Drugie zadanie, to przedstawienie danych statystycznych dotyczących liczby osób objętych kontrolą operacyjną w określonym przedziale czasu oraz z podziałem na Policję i pozostałe służby. Postawiona teza zawiera się w stwierdzeniu, że obowiązujące przepisy prawa pozwalają na sprawowanie skutecznego nadzoru przez prokuratorów nad kontrolą operacyjną i rzeczywiście jest on efektywnie realizowany. Temat jest ciekawy, ważny i warto się z nim zmierzyć szczególnie, że w tym roku Prokurator Generalny złożył kolejną, dziesiątą już jawną informację o liczbie osób, wobec których został skierowany do sądu wniosek o zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów lub wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej.

2. Charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych

W obowiązującym stanie prawnym dziewięciu służbom przyznano kompetencje do prowadzenia kontroli operacyjnej:

- 1) Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁴ (dalej: uABW),
- 2) Centralnemu Biurowi Antykorupcyjnemu na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁵ (dalej: uCBA),
- 3) Inspektorowi Nadzoru Wewnętrznego na podstawie art. 11n ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych⁶ (dalej: uSzForSpNadz),
- 4) Krajowej Administracji Skarbowej na podstawie art. 118 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej⁷ (dalej: uKAS),
- 5) Policji na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁸ (dalej: uPol),

⁴ Dz. U. z 2020 r., poz. 27, 2320.

⁵ Dz. U. z 2019 r., poz. 1921 z późn. zm.

⁶ Dz. U. z 2020 r., poz. 13, 2320.

⁷ Dz. U. z 2021 r., poz. 422 z późn. zm.

- 6) Służbie Kontrwywiadu Wojskowego na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (dalej: uSKW)⁹,
- 7) Służbie Ochrony Państwa na podstawie art. 42 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa¹⁰ (dalej: uSOP),
- 8) Straży Granicznej na podstawie art. 9e ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej¹¹ (dalej: uSG) oraz
- 9) Żandarmerii Wojskowej na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych¹² (dalej: uŻW).

Chodzi zatem o stosunkowo dużą grupę podmiotów, jednak Inspektor Nadzoru Wewnętrznego, jak i Komendant Służby Ochrony Państwa nie skierował do końca 2020 r. żadnego wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Na świecie, jak i w Polsce, widoczne są tendencje dotyczące prób rozszerzania uprawnień do stosowania wspomnianej kontroli o kolejne formy elektronicznej „inwigilacji”. Przykładem tego jest brytyjska ustawa o nazwie *Investigatory Powers Act* (IPA), która weszła w życie 29 listopada 2016 r. i przyznała tamtejszym służbom i agencjom daleko idące uprawnienia w zakresie prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w cyberprzestrzeni łącznie z masowym gromadzeniem wrażliwych danych (ang. *bulk communications data*) z całego świata¹³. W Polsce ogłoszono niedawno rządowy projekt z dnia 27 lipca 2021 r. ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw dotyczący powołania Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości¹⁴. W pierwotnej wersji planował on wprowadzenie do policyjnej pragmatyki art. 19c ust. 1 o treści: „Służba zwalczania cyberprzestępczości może wytwarzać lub pozyskiwać urządzenia lub programy komputerowe, o których mowa w art. 269b Kodeksu karnego, oraz ich używać w celu rozpoznawania, zapobiegania i zwalczania przestępstw, o których mowa w art. 19 ust. 1, popełnianych przy użyciu nowoczesnych techno-

⁸ Dz. U. z 2020 r., poz. 360 z późn. zm.

⁹ Dz. U. z 2019 r., poz. 687.

¹⁰ Dz. U. z 2019 r., poz. 828, 1091, 1635, 1726.

¹¹ Dz. U. z 2020 r., poz. 305 z późn. zm.

¹² Dz. U. z 2021 r., poz. 1214.

¹³ Więcej na ten temat: P. Opitek, Nowoczesne techniki działań operacyjnych ukierunkowane na zwalczanie cyberprzestępczości i terroryzmu w Wielkiej Brytanii, (w:), V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), Kryminalistyka a nowoczesne technologie, Monografia, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2019 r., s. 23 i nast. Na temat dopuszczalności masowego gromadzenia danych metodą podsłuchu elektronicznego wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Case of Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*, dostęp: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-210077%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-210077%22]}).

¹⁴ Projekt ustawy znajduje się na stronie MSWiA: <https://www.gov.pl/web/mswia/powstanie-centralne-biuro-zwalczania-cyberprzestepczosci>, data odczytu: 6 sierpnia 2021 r.

logii teleinformatycznych (...)"'. Analiza wspomnianej regulacji nasuwała sporo wątpliwości¹⁵ i zapewne dlatego w kolejnym projekcie ustawy nowelizującej z dnia 8 września 2021 r. wyrugowano art. 19c.

Przechodząc do charakterystyki czynności operacyjno-rozpoznawczych podkreślić należy brak ustawowej definicji, czym są w istocie takie czynności. Faktem jest, że byłaby ona niepraktyczna i mało przydatna. Chodzi bowiem o różnego rodzaju działania, których nie da się opisać precyzyjnie jednym lub kilkoma zdaniem lub wyliczyć w formie zamkniętego katalogu, ale łączy je kilka wspólnych cech. Autorzy niniejszego opracowania proponują na przykład, aby czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi określać czynności dozwolone na podstawie normy ustawowej i realizowane w granicach prawa w sposób poufny z zastosowaniem określonej techniki i taktyki kryminalistycznej z uwzględnieniem zasady celowości, proporcjonalności i ostateczności. Wynika z tego, że ustawa musi dopuszczać możliwość podjęcia określonych działań; w przypadku Policji chodzi m.in. o korzystanie z danych o osobie, w tym również w formie zapisu elektronicznego, uzyskanych przez inne organy, służby i instytucje państwowe oraz przetwarzanie takich danych w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych, przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości bez wiedzy i zgody osoby, której dane te dotyczą (art. 14 ust. 1 pkt 4 uPol), korzystanie z informacji kryminalnej zgromadzonej w Krajowym Centrum Informacji Kryminalnych (art. 14 ust. 1 pkt 5 uPol), obserwowanie i rejestrowanie przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych w tym dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom (art. 15 ust. 5a uPol), kontrolę operacyjną (art. 19 uPol), zakup kontrolowany (art. 19a uPol), przesyłkę niejawnie nadzorowaną (art. 19b), czy instytucję uzyskiwania informacji i danych stanowiących tajemnicę prawnie chronioną (art. 20 ust. 1 uPol). W praktyce realizacja w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych ogólnej ustawowej kompetencji może polegać na różnorodnych działaniach mniej lub bardziej formalnych. Chodzi m.in. o wykorzystanie osobowych źródeł informacji, które to czynności regulowane są w przepisach rangi wewnętrznych zarządzeń czy instrukcji o charakterze niejawnym.

„Poufność”, to kolejna cecha determinująca omawiane czynności: wiedza uzyskana w trakcie ich realizacji ma status „informacji niejawnych” w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁶. Dokumentom wytworzonym w ramach czynności operacyjno-

¹⁵ Z poszerzoną analizą (nieaktualnego już) projektu art. 19c ustawy o Policji można zapoznać się w artykule: P. Opitek, Nowe (?) formy czynności operacyjno-rozpoznawczych w projekcie przepisów powołujących Centralne Biuro Zwalczania Cyberprzestępczości, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/centralne-biuro-zwalczania-cyberprzestepczosci-formy-czynnosci,509841.html>, data odczytu: 17 września 2021 r.

¹⁶ Dz. U. z 2019 r., poz. 742.

rozpoznawczych nadaje się klauzule: „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne” kierując się przesłankami opisanymi w art. 5 wspomnianej ustawy, która reguluje ponadto kwestie ochrony i przetwarzanie takich informacji. W przeciwnym razie praca służb byłaby nieskuteczna zarówno w wąskiej, jak i w szerokiej perspektywie. W pierwszym przypadku chodzi o to, że figurant sprawy wiedząc o tym, że „interesują się” nim organy ścigania, mógłby neutralizować podejmowane wobec niego działania, stałby się bardzo ostrożny, a nawet zaprzestał na jakiś czas niezgodnej z prawem aktywności tylko po to, aby nie dostarczyć dowodów swojej winy. W ujęciu szerszym, publiczne ujawnienie i dyskusowanie o niejawnym metodach pracy Policji i służb spowodowałoby, że sprawcy wiedzieliby, jak skutecznie zacierać ślady popełnionych przestępstw i pozostaliby *de facto* bezkarnymi.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze muszą być logiczne, a więc opierać się na regułach poprawnego rozumowania uzasadniających twierdzenie, że ich realizacja implikuje realne szanse na wystąpienie określonego skutku. Aby tak się stało, trzeba przedsięwziąć celowe i efektywne zasady postępowania oraz środki techniczne służące osiągnięciu postawionego zadania. Prosty przykład: wnioskowanie o zarządzanie kontroli operacyjnej musi opierać się na założeniu, że figurant sprawy posługuje się w nielegalnych działaniach aparatem telefonicznym i istnieją możliwości techniczne założenia „podśluchu” lub wdrożenia innej formy kontroli operacyjnej. Ingerują one najdalej spośród wszystkich czynności operacyjno-rozpoznawczych w prawa i wolności obywatelskie i dlatego zostały ściśle opisane w języku prawnym w każdej z dziewięciu ustaw dopuszczających prowadzenie takiej kontroli. W przypadku Policji chodzi o art. 19 ust. 6 uPol zgodnie z którym „Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne;
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;
- 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek”.

Kolejna zasada – celowości w przypadku kontroli operacyjnej została wprost określona w art. 19 ust. 1 uPol: podejmuje się ją „w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów (...) przestępstw”. Podobny zwrot znajduje się w pozostałych ustawach regulujących najwyższą formę aktywności pozaprocessowej służb. Cel działania to nic innego, jak to do czego się dąży, czemu coś ma służyć. Widać zatem, jak róż-

ne mogą być intencje realizacji kontroli operacyjnej, chociaż zazwyczaj będą wchodziły w grę wszystkie cele wymienione w art. 19 ust. 1 uPol.

Jest zarządzana tylko wtedy, „gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne” (art. 19 ust. 1 uPol *in fine*). Stanowi zatem ostateczny środek z grupy czynności operacyjno-rozpoznawczych, który daje realną możliwość osiągnięcia zamierzonego celu w prowadzonym rozprawianiu. Niedopuszczalna jest droga „na skróty” i wdrożenie kontroli pomimo, że oczekiwane informacje i dane można było uzyskać stosując mniej inwazyjne działania nawet, jeśli wymagałyby one większego nakładu pracy i dłuższego czasu. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy od razu wiadomo, że tylko omawiana kontrola przyniesie oczekiwane efekty, gdyż inne środki będą nieprzydatne i nieskuteczne. Chodzi jednak o sprawy zupełnie wyjątkowe, gdyż w praktyce zastosowanie kontroli poprzedzone jest zgromadzeniem danych o figurancie i jego aktywności z różnych źródeł: registratur, w wyniku obserwacji, od osobowych źródeł informacji itp. Dlatego wniosek o zarządzanie przez sąd kontroli operacyjnej oraz materiały na podstawie których został on przygotowany powinny szczegółowo wskazywać, że wyczerpano inne ścieżki efektywnego gromadzenia informacji i danych, a kontrola operacyjna w realiach danej sprawy stanowi ostateczną konieczność.

3. Prokurator Generalny i prokuratorzy okręgowi

Wyznaczoną w przepisach prawa aktywność Prokuratora Generalnego w zakresie kontroli operacyjnej można podzielić na trzy zasadnicze grupy zadań; chodzi o:

- 1) bezpośredni udział w zarządzaniu stosowania kontroli operacyjnej w konkretnej sprawie,
- 2) ogólny nadzór nad prawidłowością realizacji kontroli,
- 3) obowiązki informacyjne wobec Sejmu i Senatu.

Model taki zaczerpnięto z ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. Prawo o prokuraturze¹⁷, chociaż nie obowiązywał on od samego początku jej funkcjonowania. Zgodnie z art. 2 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 7a Prokurator Generalny i podlegli mu prokuratorzy realizowali zadanie prokuratury polegające na strzeżeniu praworządności oraz czuwaniu nad ściganiem przestępstw m.in. przez „nadzór nad zgodnością z prawem inicjowania i przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez organy ścigania w zakresie

¹⁷ W pierwotnej wersji ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. Prawo o prokuraturze (Dz. U. z 1985 r., Nr 31, poz. 138) zadania Prokuratora Generalnego i podległych mu prokuratorów zostały określone w art. 2 i art. 3 tej ustawy; w żadnym z tych przepisów nie ma mowy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, a tym bardziej o nadzorze sprawowanym przez prokuratora nad takimi czynnościami.

przewidzianym w ustawach regulujących organizację i przedmiot działania tych organów”. Cytowany przepis wprowadzono dopiero ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁸. Jednocześnie, na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 18 ust. 5 ustawy, Minister Sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Prokuratora Generalnego, wydał rozporządzenie z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie sposobu realizacji kompetencji prokuratora w zakresie nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi¹⁹. Określało ono kryteria nadzoru Prokuratora Generalnego nad wspomnianymi czynnościami, kryteria analizowania wniosków i informacji przed zajęciem stanowiska, co do ich zasadności i poprawności, możliwości uzyskiwania danych uzupełniających od organów uprawnionych do wnioskowania o zarządzenie kontroli oraz upoważniało Prokuratora Generalnego i prokuratorów okręgowych do wyznaczenia prokuratorów uprawnionych do przeprowadzenia analizy i merytorycznej oceny wniosków, informacji lub zawiadomień.

W obowiązującym stanie prawnym kompetencje Prokuratora Generalnego do sprawowania nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi wynikają z art. 57 § 2 uPprok, jak i ustaw szczególnych. Posiada on prawo wglądu w materiały zgromadzone w toku kontroli w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych. W razie odmowy udostępnienia Prokuratorowi Generalnemu takich materiałów przełożony odpowiedzialnego funkcjonariusza lub kierownika jednostki organizacyjnej wszczyna postępowanie służbowe lub dyscyplinarne. Wspomniana kompetencja przysługuje także Prokuratorowi Krajowemu lub upoważnionemu przez niego innemu prokuratorowi. Jeśli chodzi o pozostałe uprawnienia nadzorcze, to przepis art. 36 § 4 uPprok scedował na szefa resortu sprawiedliwości obowiązek określenia, w drodze rozporządzenia, sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi określonymi w art. 57 § 2 uPprok. Na jego podstawie Minister Sprawiedliwości wydał rozporządzenie z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (dalej: rozporządzenie MS), które odnosi się do prokuratorskiej kontroli nad wszystkimi służbami uprawnionymi do prowadzenia kontroli operacyjnej.

Zgodnie z § 2 rozporządzenia MS kontrola prokuratora nad czynnościami jest sprawowana w szczególności przez badanie faktycznych podstaw tych czynności oraz ich legalności, prawidłowości i efektywności. Poszczególne desygnaty zawarte w § 2 dają się scharakteryzować jako:

¹⁸ Dz. U. z 2011 r., Nr 53, poz. 273.

¹⁹ Dz. U. z 2011 r., Nr 121, poz. 692.

- 1) badanie faktycznych podstaw działania: chodzi o analizę okoliczności faktycznych sprawy i ustalenie, czy w zaistniałej sytuacji wdrożenie kontroli operacyjnej będzie legalne, prawidłowe i efektywne,
- 2) legalność: sprowadza się do ustalenia, czy organ występujący z wnioskiem jest uprawniony do prowadzenia kontroli w przedmiotowej sprawie, czy przyjęta kwalifikacja prawna dotyczy przestępstwa „katalogowego” itd.,
- 3) prawidłowość: wniosek o zarządzanie kontroli i jej przedłużenie musi zawierać obligatoryjne elementy takie, jak podstawa prawna, opisanie formy pracy operacyjnej zgodnie z treścią zawartą w ustawie, wyczerpujące uzasadnienie napisane poprawną polszczyzną (brak błędów językowych, logiczny wywód) itd.,
- 4) efektywność: z dokumentu powinno jasno wynikać, że zachodzą techniczne możliwości wdrożenia kontroli i uzasadnione jest przypuszczenie, że przyniesie ona oczekiwany rezultat.

Inna ważna kompetencja Prokuratora Generalnego wynika z art. 57 § 3 uPprok. Otóż, może on zwrócić się o przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez uprawnione organy, jeżeli pozostawałyby one w bezpośrednim związku z toczącym się postępowaniem przygotowawczym oraz zapoznać się z materiałami zgromadzonymi w toku takich czynności. W pewnych sytuacjach bowiem czynności procesowe będą nieadekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu w prowadzonym śledztwie. Z drugiej strony uprawnienie z art. 57 § 3 uPprok ma charakter wyjątkowy, aby nie „mieszać” ze sobą trybu uzyskiwania informacji w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych z procedurą gromadzenia dowodów zapisaną w Kodeksie postępowania karnego.

Jest rzeczą oczywistą, że Prokurator Generalny i Prokurator Krajowy, a w terenie – prokuratorzy okręgowi – nie są w stanie wykonywać wszystkich czynności technicznych związanych z oceną tysięcy wniosków o zarządzanie kontroli operacyjnej, a następnie jej realizacją. Z reguły podejmują oni decyzje merytoryczne po zreferowaniu wniosków przez prokuratorów. Przepis § 3 ust. 2 rozporządzenia MS przewiduje możliwość wyznaczenia przez Prokuratora Generalnego albo prokuratora okręgowego spośród prokuratorów podległej mu jednostki – prokuratora lub zespół prokuratorów do dokonania analizy i oceny przedłożonych przez uprawniony organ wniosków, zawiadomień i informacji. Natomiast § 3 ust. 3 stanowi, że prokurator lub zespół prokuratorów wyznaczony na podstawie ust. 2 przedstawia ustnie, a w razie potrzeby pisemnie, ocenę wniosku, informacji lub zawiadomienia prokuratorowi, który go wyznaczył. Zadania realizowane przez prokuratorów upoważnionych zostaną omówione w następnym rozdziale artykułu.

Prokurator Generalny bierze bezpośredni udział w procedurze wdrażania kontroli operacyjnej: swoim podpisem wyraża zgodę lub odmawia wyrażenia zgody na wystąpienie do Sądu Okręgowego w Warszawie lub Wojskowego

Sądu Okręgowego w Warszawie z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej – i odpowiednio o przedłużenie jej stosowania – w przypadku, gdy wniosek taki pochodzi od Komendanta Głównego Policji, Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji lub Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Policji (art. 19 ust. 1 uPol), Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 27 ust. 1 uABW), Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego (art. 17 ust. 1 uCBA), Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (art. 118 ust. 1 uKAS), Komendanta Służby Ochrony Państwa (art. 44 ust. 1 uSOP), Inspektora Nadzoru Wewnętrznego (art. 11n ust. 7 uSzForSpNadz), Komendanta Głównego Straży Granicznej i Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Straży Granicznej (art. 9e ust. 1 uSG), Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej (art. 31 ust. 1 uŻW) oraz Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego (art. 31 ust. 1 uSKW). Po zarządzeniu kontroli operacyjnej, na polecenie Prokuratora Generalnego organ prowadzący czynności informuje go o ich przebiegu, następnie o wynikach przeprowadzonej kontroli operacyjnej po jej zakończeniu.

Wspomniane uprawnienia Prokuratora Generalnego przysługują odpowiednio prokuratorom okręgowym, jeśli wniosek o wyrażenie zgody na wystąpienie do sądu składa: komendant wojewódzki Policji (art. 19 ust. 1 uPol), komendant oddziału Straży Granicznej (art. 9e ust. 1 uSG) lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej (art. 31 ust. 1 uŻW). W tym ostatnim przypadku decyzję podejmuje zastępca prokuratora okręgowego do spraw wojskowych.

Jeśli chodzi o obowiązki informacyjne Prokuratora Generalnego względem Parlamentu, to w obecnym kształcie po raz pierwszy zostały wprowadzone ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²⁰. Przepis art. 10ea ustawy Prawo o prokuraturze z 1985 r. nakładał na Prokuratora Generalnego obowiązek przedstawiania Sejmowi i Senatowi do dnia 30 czerwca jawnej rocznej informacji o łącznej liczbie osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów lub wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, ze wskazaniem liczby osób, co do których:

- 1) sąd zarządził kontrolę i utrwalanie rozmów lub kontrolę operacyjną,
 - 2) sąd odmówił zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej,
 - 3) wniosek o kontrolę operacyjną nie uzyskał zgody prokuratora,
- z wyszczególnieniem liczby osób w wymienionych kategoriach, co do których o kontrolę operacyjną wnioskował organ Policji.

Obecnie kwestię tą reguluje, obowiązujący od dnia 4 marca 2016 r., art. 11 § 1 uPprok. Ma on identyczne brzmienie, jak „stary” art. 10ea, jeśli chodzi o treść pkt 1), 2) i 3) z tą zasadniczą różnicą, że obowiązek wyszczególnienia liczby osób wobec których odmówiono lub zarządzono kontrolę dotyczy

²⁰ Dz. U. z 2011 r., Nr 53, poz.273.

nie tylko Policji, ale wszystkich służb. Zatem Prokurator Generalny przedstawia Sejmowi i Senatowi jawną roczną informację o łącznej liczbie osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzanie kontroli i utrwalania rozmów lub wniosek o zarządzanie kontroli operacyjnej, ze wskazaniem liczby osób, co do których:

- 1) sąd zarządził kontrolę i utrwalanie rozmów lub kontrolę operacyjną,
 - 2) sąd odmówił zarządzania kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej,
 - 3) wniosek o kontrolę operacyjną nie uzyskał zgody prokuratora
- z wyszczególnieniem liczby osób w wymienionych kategoriach, co do których o kontrolę operacyjną wnioskował właściwy organ. W § 2 tego przepisu zdecydowano, że informacja taka powinna być przedstawiona Sejmowi i Senatowi do dnia 30 czerwca roku następnego po roku nią objętym.

Opisana regulacja stanowi pewien kompromis pomiędzy koniecznością zachowania w tajemnicy sposobu realizacji przez służby kontroli operacyjnej, a ujawnieniem niektórych informacji jej dotyczących w celu sprawowania społecznej kontroli nad działalnością służb. Jak zauważył bowiem Naczelny Sąd Administracyjny: z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego oraz społeczeństwa obywatelskiego niezwykle istotne jest to, aby działalność służb specjalnych, w tym Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, podlegała społecznej kontroli w obszarach, które nie ograniczają możliwości ich skutecznego działania i nie dotyczą konkretnych prowadzonych postępowań czy też stosowanych w nich metod operacyjnych²¹. W 2021 r. Prokurator Generalny przedstawił obu izbom Parlamentu szóstą z kolei informację przygotowaną na podstawie art. 11 § 1 uPprok, a jej omówienia z udziałem Zastępcy Prokuratora Generalnego i prokuratorów z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi Prokuratury Krajowej dokonano w dniu 21 lipca 2021 r. na posiedzeniu senackiej Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji.

Przepis art. 11 § 1 uPprok określa zamknięty katalog informacji, jakie Prokurator Generalny przedstawia Parlamentowi i nie może zostać rozszerzany np. o dane dotyczące liczby urzędzeń objętych kontrolą operacyjną, czy szczegółowe określenie rodzaju spraw karnych, których kontrola dotyczyła. Budzi to niekiedy pewne nieporozumienia, ponieważ w trakcie posiedzenia senackiej Komisji rozpatrującej roczną informację, senatorowie i zaproszeni goście domagają się od prokuratorów bardziej konkretnych danych. Tymczasem ich ujawnienie narażałoby zarówno prokuratora, jak ich samych na ewentualną odpowiedzialność karną. W takich sytuacjach prokuratorzy

²¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 2012 r., sygn. I OSK 1393/12, Lex 3821.

prezentują jedynie ogólne informacje nie przekraczając granic określonych przez treść art. 11 § 1 uPprok.

Jeśli chodzi o obowiązek informacyjny względem Parlamentu, to inaczej realizowany jest on w przypadku Policji. Zgodnie z art. 19 ust. 22 uPol Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji przedstawia corocznie Sejmowi i Senatowi do dnia 30 czerwca informację za rok poprzedni o działalności Policji określonej w art. 19 ust. 1–21, w tym informacje i dane, o których mowa w art. 20 ust. 3. Policja informuje²² o ilości wystosowanych wniosków o uzyskanie tzw. tajemnic, o których mowa w art. 20 ust. 2 uPol, oraz liczbie uzyskanych informacji i danych.

Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji przedstawia ponadto corocznie Marszałkowi Sejmu i Marszałkowi Senatu:

- 1) informacje o działalności określonej w art. 11n ust. 1–28 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych w tym informacje i dane o których mowa w art. 11p ust. 1 tej ustawy (art. 11n ust. 29 uSzForSpNadz);
- 2) informacje o działalności określonej w art. 42–53 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa w tym informacje i dane o których mowa w art. 11p ust. 1 tej ustawy (art. 55 uSOP).

Wskazać należy ponadto, że zgodnie z art. 129 uKAS Szef Krajowej Administracji Skarbowej przedstawia corocznie Sejmowi i Senatowi informację o działalności KAS m.in., w zakresie realizacji kontroli operacyjnej (art. 118 ust. 1–17 uKAS), zakupu kontrolowanego (art. 119 ust. 1–10 uKAS) oraz niejawnego nadzoru wytwarzania, przemieszczania i przechowywania przedmiotów przestępstwa oraz obrotu nimi (art. 120 ust. 1–6 uKAS). W przeciwieństwie do dokumentu wytworzonego przez Prokuratora Generalnego na podstawie art. 11 § 1 uPprok, informacja Szefa KAS ma charakter niejawnny.

4. Wydział Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi

Wydział Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi został utworzony w 2016 r. i funkcjonuje nieprzerwanie w ramach struktury Biura Prezydialnego Prokuratury Krajowej. Jego poprzednikiem był Zespół Kontroli Działań Operacyjnych Organów Ścigania wpierw działający w Biurze Prezydialnym Prokuratury Krajowej, następnie od października 2007 r. do marca 2010 r. w strukturze Biura do Walki z Przestępczością Zorganizowaną tejże Prokuratury, a od marca 2010 do 2016 r. w Biurze Prezydialnym Prokuratury Generalnej. Prokuratorzy z Wydziału wykonują powierzone im przez Proku-

²² Informacja Policji za rok 2020 dostępna jest pod adresem: https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k10/dokumenty/druki/400/442.pdf.

ratora Generalnego zadania dotyczące szeroko rozumianej kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi w tym prawidłowością realizacji kontroli operacyjnej. Chodzi przede wszystkim o analizowanie wniosków o zarządzanie kontroli operacyjnej i jej przedłużenie oraz przedkładanie ich wraz z opinią Prokuratorowi Generalnemu lub Zastępcom Prokuratora Generalnego w celu podjęcia przez nich decyzji o wyrażeniu zgody na wystąpienie do sądu o zarządzanie kontroli lub odmowie wyrażenia takiej zgody (§ 7 ust. 1 rozporządzenia MS). Wnioski są badane pod kątem merytorycznym i formalnym, a przepisy prawa (np. art. 19 ust. 7 uPol, art. 118 ust. 5 pkt 3 uKAS, art. 27 ust. 7 pkt 3 uABW, art. 31 ust. 8 uŻW) wprost wymieniają obligatoryjne informacje składające się na treść takiego dokumentu; chodzi w szczególności o:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim,
- 2) opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej (jedynie art. 17 ust. 7 pkt 3 uCBA bezwzględnie wymaga podania kwalifikacji prawnej czynu),
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków,
- 4) dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania,
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli.

Sporządzanie wniosków przez funkcjonariuszy służb, a następnie ich prokuratorską kontrolę ułatwia fakt, że stosowne rozporządzenia zawierają urzędowe wzory wniosków, podobnie jak wzory informacji o sposobie zakończenia działań²³.

Zastosowany w dziewięciu ustawach, odnośnie obligatoryjnych elementów każdego wniosku, termin „w szczególności” oznacza, że w praktyce uzasadnienie wniosku składa się z jeszcze innych elementów, odnoszących się do charakteru danej sprawy i specyfiki służby prowadzącej rozpracowanie. Chodzi m.in. o:

- 1) wyliczenie, że „wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów”, co stanowi niekiedy warunek zaliczenia danego czynu do przestępstwa „katalogowego” (np. art. 19 ust. 1 pkt 4 uPol, art. 118 ust. 1 pkt 1 i 4 uKAS),

²³ Chodzi m.in. o wydane na podstawie art. 19 ust. 21 uPol rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 czerwca 2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów (Dz. U. z 2019 r., poz. 2264). Inny przykład, to wydane na podstawie art. 118 ust. 18 uKAS rozporządzenie Ministra Finansów i Rozwoju z dnia 13 kwietnia 2017 r. w sprawie dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Krajową Administrację Skarbową (Dz. U. z 2017 r., poz. 1595).

- 2) opisanie okoliczności warunkujących zarządzanie kontroli operacyjnej „w wypadkach niecierpiących zwłoki” (np. art. 19 ust. 3 uPol, art. 118 ust. 3 uKAS, art. 27 ust. 3 uABW). Chodzi o sytuacje, gdy procedowanie sprawy w zwykłym trybie mogłoby spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa i wówczas kontrolę zarządza właściwy komendant lub szef danej służby po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, zwracając się jednocześnie do sądu z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. Wypadek szczególny będzie miał miejsce, jeśli np. Policja uzyskała wiadomość, że poważne przestępstwo związane z uprowadzeniem człowieka jest w trakcie realizacji i włączenie kontroli pozwoli ująć sprawców czynu, ale przede wszystkim pomóc pokrzywdzonemu uniknąć negatywnych konsekwencji dla jego życia i zdrowia,
- 3) wskazanie na pojawienie się nowych okoliczności istotnych dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, warunkujących przedłużenie kontroli operacyjnej powyżej sześciu miesięcy (np. art. 19 ust. 9 uPol, art. 118 ust. 7 uKAS, art. 27 ust. 9 uABW). Okolicznością taką jest m.in. ustalenie, że figurant popełnia jeszcze inne czyny zabronione, aniżeli opisane we wniosku o zarządzanie kontroli, współdziała z kolejnymi, dotychczas nieustalonymi osobami lub zasięg jego aktywności i rozmiar wyrządzonej szkody jest o wiele większy, aniżeli początkowo sądzono i zachodzi konieczność doprecyzowania tych elementów,
- 4) wykazanie, że ma się do czynienia z funkcjonariuszem publicznym, osobą pełniącą funkcję publiczną lub szkoda powstała w wyniku przestępstwa została wyrządzona w mieniu jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu odpowiednich przepisów lub jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych ale otrzymującej środki publiczne. Cechy takie należą niekiedy do znamion przestępstwa i warunkują zaliczenie czynów popełnianych przez figuranta do przestępstw „katalogowych” albo powodują, że sprawa należy do kompetencji konkretnej służby (np. art. 1 ust. 4 uCBA, art. 118 ust. 1 pkt 6 uKAS).

Ponadto, wniosek musi sprostować zasadzie indywidualizacji figuranta, a więc dokładnie określać, o jaką osobę chodzi podając jej dane personalne oraz opisać, że rzeczywiście korzysta ona z urzędnika poddanego kontroli. Niemniej zaistnieć może sytuacja, że przestępca używa telefonu do nielegalnych działań wspólnie z inną osobą, co nie przekreśla możliwości prowadzenia podsłuchu. W stosunkowo nielicznych przypadkach zdarza się, że w wypadku niecierpiącym zwłoki zarządzeniem objęta jest osoba o nieustalonej tożsamości, ale i tak w trakcie działań operacyjno-rozpoznawczych jej dane personalne zazwyczaj są ustalane.

Każda służba przedstawia wniosek wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, o czym stanowi m.in. art. 118

ust. 2 uKAS, art. 17 ust. 1a uCBA, art. 27 1a uABW, art. 19 ust. 1a uPol, art. 42 ust. 3 uSOP oraz art. 31 ust. 1a uŻW. Chodzi o to, aby wnikliwie zbadać sprawę, a następnie przygotować Prokuratorowi Generalnemu miarodajną i kompletną opinię, czy zachodzą przesłanki do uwzględnienia wniosku, czy też wydania decyzji odmownej. Opiniowanie jest procesem dynamicznym i może składać się z różnych działań w zależności od charakteru sprawy oraz poziomu merytorycznego i formalnego przedłożonego Prokuratorowi Generalnemu do akceptacji wniosku. Niekiedy wymaga ono zorganizowania spotkania i przeprowadzenia rozmowy z referentem sprawy lub jego przełożonym w celu wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości po pierwszej lekturze dokumentu. Podkreślenia wymaga, że zarówno Prokurator Generalny, jak i sąd uczestniczący w całej procedurze, mają prawo zapoznać się z materiałami (teczką pracy operacyjnej) wytworzonymi w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych poprzedzających wystosowanie wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej. Identyczne prawo przysługuje im w momencie decydowania, czy kontrola powinna zostać przedłużona. Uprawnienie to znajduje zakotwiczenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zgodnie z którym kontrola operacyjna jest zarządzana i przedłużana przez niezawisły organ sądowy²⁴. W założeniu ustawodawcy, sędzia ma być osobą, która proceduralnie nie współpracuje ze służbami i dysponując przymiotem niezawisłości daje gwarancje obiektywnego arbitra, który wyda słuszną decyzję w sprawie. Podobnie, jak ma to miejsce w przypadku wyrażenia zgody przez prokuratora na wystąpienie z wnioskiem do sądu, także instytucja udziału sądu w zarządzaniu kontroli operacyjnej jest uregulowana analogicznie we wszystkich dziewięciu ustawach przewidujących prowadzenie takiej kontroli. Chodzi tu o zwięzłe regulacje mówiące o tym, że „sąd okręgowy może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną” po spełnieniu takich samych przesłanek, w świetle których badane są wnioski przez Prokuratora Generalnego i pozostałych prokuratorów.

Powracając do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, to zgodnie z jego § 3 przed zajęciem stanowiska w przedmiocie wniosku lub informacji dokonuje się ich analizy i oceny, uwzględniając w szczególności:

- 1) faktyczną i prawną podstawę stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w związku z którymi złożono wniosek lub informację oraz analizę danych wymienionych w ich treści,

²⁴ Na temat orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na temat warunków prowadzenia kontroli operacyjnej zobacz: P. Opitek, A. Choroszeńska, Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II), *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 10–11, s. 194 i nast.

- 2) dopuszczalność stosowania środków technicznych z uwagi na rodzaj, miejsce i sposób ich wykorzystania,
- 3) zakres i sposób przeprowadzenia czynności,
- 4) okres, przez jaki czynności operacyjno-rozpoznawcze mają być lub były stosowane;
- 5) niezbędność planowanych lub wykonywanych czynności oraz bezskuteczność lub nieprzydatność innych środków,
- 6) sposób dokumentowania czynności pod względem przydatności ich wykorzystania na potrzeby postępowania karnego,
- 7) terminowość zarządzenia i wykonania zarządzenia o zniszczeniu materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego.

Wspomniane rozporządzenie uprawnia ponadto prokuratorów z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi i wyznaczonych prokuratorów w prokuraturach okręgowych do następujących działań:

- 1) zażądania od uprawnionego organu uzupełnienia, w określonym zakresie i w wyznaczonym terminie, przedłożonego wniosku (§ 4 ust. 1),
- 2) jeżeli wniosek dotyczy osoby, wobec której toczy się postępowanie karne, prokurator przed podjęciem decyzji lub wyrażeniem oceny może zwrócić się do prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie o przekazanie mu niezbędnych danych dotyczących tego śledztwa (§ 6 ust. 1),
- 3) w uzasadnionych przypadkach prokurator ma prawo polecić organowi prowadzącemu kontrolę przedstawienie do wglądu materiałów zgromadzonych w jej toku (§ 8 ust. 1). Działania takie muszą być podejmowane z zachowaniem poufności, a materiały zawierające wizerunki osób wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze są przekazywane w formie uniemożliwiającej ustalenie tożsamości tych osób (§ 8 ust. 4),
- 4) w szczególnie uzasadnionych przypadkach Prokurator Generalny albo Prokurator Krajowy może zwrócić się do uprawnionego organu, aby materiały uzyskane w toku kontroli były mu przedstawione w postaci zapisów treści utrwalonych w wyniku tych czynności (§ 8 ust. 2).

Na podstawie zapisów wynikających z ustawy i rozporządzenia codzienna praktyka sprawowania kontroli przez prokuratorów z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi nad realizacją „podstuchów” polega na bieżącej analizie wniosków i informacji, co niejednokrotnie wymaga skontaktowania się ad hoc z przedstawicielami Policji lub innej służby w celu omówienia konkretnych problemów. Wspomniana analiza nie rzadko rodzi konieczność przeprowadzenia wykładni przepisów prawa na podstawie opisanego we wniosku stanu faktycznego, czy sięgnięcia do historycznego zasobu danych i sprawdzenia figurantów pod kątem wcześniej prowadzonego rozpracowania.

Oprócz czynności o charakterze incydentalnym (tj. wyłaniających się na kanwie konkretnej, pozostającej na biegu sprawy), prokuratorzy z Wydziału skupiają się na jeszcze innego rodzaju działaniach mających wpływ na prawidłową praktykę realizacji kontroli operacyjnej:

- 1) biorą udział w zaplanowanych naradach z przedstawicielami Policji i innych służb na temat prowadzonych, konkretnych spraw operacyjno-rozpoznawczych, jak i ogólnych problemów faktycznych i prawnych powstałych w trakcie realizacji kontroli operacyjnej,
- 2) opiniują w procesie legislacyjnym nowelizacje przepisów prawa dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych,
- 3) przygotowują projekty stanowisk, pism instruktażowych oraz wytycznych Prokuratora Generalnego dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych,
- 4) prowadzą szkolenia dla prokuratorów, funkcjonariuszy Policji, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straży Granicznej i Krajowej Administracji Skarbowej,
- 5) sami uczestniczą w charakterze słuchaczy w różnego rodzaju szkoleniach wewnętrznych i zewnętrznych w celu podnoszenia swoich kompetencji zawodowych zgodnie z art. 98 uPprok.

Prokuratorzy z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi oraz upoważnieni prokuratorzy w prokuraturach okręgowych biorą udział nie tylko w procedurze inicjowania samej kontroli; analizują ponadto informacje dotyczące jej przebiegu oraz wyniki kontroli po jej zakończeniu.

Rozporządzenia MS przewiduje ponadto instytucję kontroli inicjowanej zarówno przez Prokuratora Generalnego, jak i prokuratorów okręgowych. Zgodnie z § 9 rozporządzenia MS, prokurator okręgowy albo wyznaczony przez niego prokurator lub zespół prokuratorów dokonuje okresowej kontroli pozostających w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, w odniesieniu do których wyraził zgodę lub nie zarządził ich zaniechania. W ramach kontroli wzywa się uprawniony organ do udzielenia informacji dotyczących toku czynności i określa termin udzielenia odpowiedzi. Dokonując kontroli pozostających w toku podsłuchów operacyjnych bada się w szczególności:

- 1) zgodność czasu trwania czynności z terminami określonymi w postanowieniu sądu lub decyzji prokuratora;
- 2) zgodność czynności z warunkami określonymi w postanowieniu sądu lub decyzji prokuratora;
- 3) terminowość zawiadamiania o zarządzeniu i wykonaniu zarządzenia o zniszczeniu materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego (§ 10 ust. 1 rozporządzenia MS).

Drugi rodzaj kontroli, inicjowanej pisemnym poleceniem Prokuratora Generalnego lub Prokuratora Krajowego, statuuje § 11 ust. 1 rozporządzenia MS. Upoważniony przez niego prokurator lub zespół prokuratorów dokonuje

oceny sposobu realizowania przez prokuratorów ich kompetencji w zakresie kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. W poleceniu określa się zakres, termin dokonania oceny oraz osobę, która ma ją przeprowadzić, a wynik kontroli zostaje przedstawiony do wglądu prokuratorowi poddanemu ocenie, który ma prawo ustosunkować się do dokonanych ustaleń. Ostatecznie prokurator zlecający kontrolę otrzymuje sprawozdanie o stwierdzonych uchybieniach lub nieprawidłowościach i na jego podstawie udziela zaleceń „naprawczych”. Sprawozdanie pokontrolne powinno zawierać m.in.:

- 1) oznaczenie czasu dokonania oceny,
- 2) czasowy i tematyczny zakres oceny,
- 3) zwięzły opis dokonanych ustaleń,
- 4) wyniki dokonanej oceny, w tym stwierdzone uchybienia lub nieprawidłowości oraz
- 5) odniesienie do realizacji zaleceń związanych z poprzednią oceną,
- 6) udzielone zalecenia.

W razie braku uchybień i nieprawidłowości sprawozdanie można ograniczyć do notatki służbowej.

Na kanwie wyników kontroli, podmiotowi zlecającemu jej przeprowadzenie, przysługują dalsze uprawnienia opisane w § 12 ust. 1 i 3 rozporządzenia MS. Otóż, Prokurator Generalny, Prokurator Krajowy oraz prokurator okręgowy mogą przekazywać organowi uprawnionemu do wykonywania czynności kontrolnych uwagi wynikające z realizowanej kontroli, które mogą mieć znaczenie dla zapewnienia zgodności z prawem inicjowania i przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, sprawności postępowania w ich przedmiocie oraz prawidłowości wykonywania zarządzeń o zniszczeniu materiałów zbędnych dla postępowań karnych. Organ uprawniony informuje odpowiedniego prokuratora o sposobie wykorzystania otrzymanych uwag.

Wyznaczeni przez Prokuratora Generalnego na podstawie § 11 ust. 1 rozporządzenia MS prokuratorzy z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi w okresie od lutego 2017 do maja 2019 skontrolowali 21 prokuratorów okręgowych w zakresie oceny sposobu realizowania przez nich kompetencji dotyczących kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi prowadzonymi przez organy Policji. Chodziło o Prokuratora Okręgowego w Warszawie, Krakowie, Katowicach, Olsztynie, Białymstoku, Łodzi, Poznaniu, Szczecinie, Wrocławiu, Lublinie, Rzeszowie, Kielcach, Opolu, Gorzowie Wielkopolskim, Radomiu, Zielonej Górze, Gliwicach, Gdańsku, Bydgoszczy, Przemyślu i Nowym Sączu. Skontrolowano także 2 zastępców prokuratora okręgowego do spraw wojskowych w Poznaniu i Warszawie, a ich ocena dotyczyła czynności operacyjno-rozpoznawczych realizowanych przez Żandarmerię Wojskową. Poziom sprawowania przez wskazanych prokuratorów kontroli uznano za dobry, co odzwierciedlała treść sprawozdań pokontrolnych.

Kolejna, ważna rzecz: prokuratorzy pracujący w Wydziale Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi przygotowują dla Prokuratora Generalnego projekt rocznej informacji dla Sejmu i Senatu, o której mowa w art. 11 § 1 uPprok. Jest to żmudny, trwający kilka miesięcy proces, wymagający uzyskania szczegółowych informacji i danych z kilku jednostek organizacyjnych Prokuratury Krajowej, a ponadto od wszystkich prokuratur regionalnych, okręgowych i rejonowych w kraju. Uzyskane odpowiedzi wymagają następnie wnikliwej analizy i uszeregowania według kryteriów ustawowych. Finalnie, Zastępca Prokuratora Generalnego przedstawia roczną informację na posiedzeniu komisji senackiej; w komisji biorą udział także prokuratorzy z Wydziału. Zagadnienie to zostało szczegółowo omówione we wcześniejszym rozdziale pt. „Prokurator Generalny i prokuratorzy okręgowi”.

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. Prawo o prokuraturze (Dz. U. z 1985 r., Nr 31, poz. 138).
2. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2020 r., poz. 360 z późn. zm.).
3. Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2020 r., poz. 305 z późn. zm.).
4. Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 13, 2320).
5. Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1214).
6. Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2020 r., poz. 27, 2320).
7. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2019 r., poz. 1921 z późn. zm.).
8. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2019 r., poz. 687).
9. Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r., Nr 53, poz. 273).
10. Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2021 r., poz. 422 z późn. zm.).
11. Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 828, 1091, 1635, 1726).
12. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie sposobu realizacji kompetencji prokuratora w zakresie nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (Dz. U. z 2011 r., Nr 121, poz. 692).

Orzecznictwo sądowe

1. Wyrok Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie Case of Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, dostęp: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-210077%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-210077%22]}).
2. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 2012 r., sygn. I OSK 1393/12, Lex 3821.

Literatura

1. Opitek P., Nowoczesne techniki działań operacyjnych ukierunkowane na zwalczanie cyberprzestępczości i terroryzmu w Wielkiej Brytanii, (w:), V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), Kryminalistyka a nowoczesne technologie, Monografia, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2019 r.
2. Opitek P., Choroszeńska A., Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II), Prokuratura i Prawo 2000, nr 10–11.
3. Opitek P., Nowe (?) formy czynności operacyjno-rozpoznawczych w projekcie przepisów powołujących Centralne Biuro Zwalczania Cyberprzestępczości, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/centralne-biuro-zwalczania-cyberprzestepczosci-formy-czynnosci,509841.html>, data odczytu: 17 września 2021 r.

Inne źródła

1. Informacja Policji za rok 2020 dostępna jest pod adresem: https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k10/dokumenty/druki/400/442.pdf.

Prosecutor's supervision over wiretapping (part I)

Abstract

Consisting of two parts, this paper explores a prosecutor's supervision over wiretapping. Part I provides a general description of operational reconnaissance, including specifically wiretapping, followed by a discussion on proce-

dural issues around such supervision, namely, who exercises supervision, when and according to what procedure. Supervising competences of the Prosecutor General, circuit prosecutors and deputy military circuit prosecutors are outlined. A specific section of this paper focuses on the role of the Division for Operational Reconnaissance Supervision in the National Prosecutor's Office, which is seen as an important part of the system of supervision over wiretapping conducted by circuit prosecutor's offices, the Police and other services. The implementation of the Prosecutor General's obligation to report a number of persons subject to procedural control and wiretapping to the Sejm and Senate on the annual non-classified basis is described. Detailed statistical data concerning such persons form part II of this paper.

Key words

Wiretapping, eavesdropping, operational reconnaissance, supervision, Prosecutor General, prosecutor.

Daniela Wybrańczyk¹

Udział Rzecznika Praw Dziecka i prokuratora w postępowaniu o rozwód rodziców małoletniego dziecka

Streszczenie

Jedną z podstawowych zasad prawa rodzinnego jest zasada ochrony dobra dziecka. Przejawem realizacji tej zasady jest m.in. możliwość udziału w sprawie o rozwód Rzecznika Praw Dziecka (dalej RPD) i prokuratora.

W artykule przedstawiono pojęcie dobra dziecka oraz podstawy prawne i faktyczne udziału RPD oraz prokuratora w postępowaniu o rozwód rodziców małoletniego. Celem artykułu jest także określenie roli RPD i prokuratora w tym postępowaniu oraz wskazanie kryteriów wyznaczających kierunek ich działania.

W artykule wyrażono aprobatę dla propozycji nowelizacji art. 59 k.p.c.

Słowa kluczowe

Rozwód, dobro dziecka, RPD, prokurator.

1. Wprowadzenie – pojęcie dobra dziecka

Pojęcie dobra dziecka nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę. W związku jednak z tym, że użyte jest ono w wielu przepisach, regulujących różne instytucje prawa rodzinnego i opiekuńczego, doktryna i orzecznictwo wypracowały szereg jego pomocniczych definicji. Ich wspólną cechą jest definiowanie dobra dziecka przy respektowaniu jego fundamentalnego znaczenia w systemie preferencji społecznych, co wywodzi się z podstawowej w prawie rodzinnym dyrektywy nakazującej uwzględniać interes dziecka jako prymarny przy kształtowaniu stosunków rodzinnych².

¹ Daniela Wybrańczyk, doktor nauk prawnych, asystent sędziego XV Wydział Wizytacyjny Sądu Okręgowego w Katowicach, ORCID: 0000-0001-6961-5474.

² O tym jak rozumie się pojęcie dobra dziecka w literaturze zob. m.in.: S. Kołodziejski, Dobro wspólnych małoletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu, *Pał.* 1965, nr 9, s. 30; A. Olejniczak, Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu, *Poznań* 1980, s. 52; Z. Radwański, Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie ro-

Na potrzeby dalszych rozważań, dobro dziecka rozumiane jest jako cel, do którego RPD i prokurator powinni dążyć w toku postępowania o rozwód rodziców małoletniego. Realizuje się on przez wydanie rozstrzygnięcia zaspokajającego podstawowe potrzeby materialne dziecka i tworzącego mu warunki dla bezpiecznego oraz harmonijnego rozwoju we wszystkich sferach, w tym psychicznej i emocjonalnej z uwzględnieniem jego indywidualnej sytuacji życiowej. Przy dążeniu do tego, by zapadłe w sprawie orzeczenie uwzględniało dobro małoletniego w najpełniejszy sposób, nie można pomijać uwarunkowań obiektywnych (takich jak np. wiek, płeć dziecka) i subiektywnych (wrażliwość dziecka, poczucie bezpieczeństwa), na co uczestniczący w sprawie RPD i prokurator winni zwracać szczególną uwagę.

2. Podstawy prawne i faktyczne udziału RPD oraz prokuratora w postępowaniu o rozwód

Jednym z przejawów realizacji zasady ochrony dobra dziecka jest możliwość udziału w sprawie o rozwód prokuratora i RPD³. Zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 3 u.r.p.d. RPD może żądać wszczęcia postępowania w sprawach cywilnych⁴ oraz wziąć udział w toczącym się już postępowaniu, na prawach przysługujących prokuratorowi, przy czym różnica między RPD a prokuratorem wyraża się w tym, że RPD działa w interesie dziecka przeciwko państwu

dzinnym i opiekuńczym, SC 1981, t. XXXI, s. 9; W. Stojanowska, (w:) T. Smoczyński (red.), System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze, t. 11, Warszawa 2014, s. 638, nb 99. Pojęcie dobra dziecka było także przedmiotem rozważań SN w wielu orzeczeniach. Zob. w szczególności: uchwałę SN z dnia 6 kwietnia 1952 r., sygn. C 798/51, OSN 1952, nr 1, poz. 1, (pkt II); uchwałę SN z dnia 18 marca 1968 r., sygn. III CZP 70/66, OSN 1968, nr 5, poz. 77, (pkt III); postanowienie SN z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. IV CSK 442/17, LEX nr 2483681.

³ Rzecznik Praw Dziecka podejmuje również inne działania zmierzające do ochrony dziecka, np. występuje do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej bądź o wydanie lub zmianę innych aktów prawnych (art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 141, dalej u.r.p.d.), upowszechnia prawa dziecka oraz metody ich ochrony poprzez opracowanie standardów ochrony praw dziecka. Szerzej o zakresie przedmiotowym działalności rzecznika i jego zadaniach zob. P. Sołtysiak, Rzecznik Praw Dziecka. Zagadnienia ustrojowo-prawne, Warszawa 2019, s. 121 i n., 130 i n. Autorka zaznacza, że podejmowane przez RPD działania najczęściej przybierają formę informacji kierowanej do zainteresowanych o przysługujących im formach pomocy, dostępnych środkach prawnych i adresach instytucji, których statutowym celem jest pomoc dziecku oraz objęcie toczącego się postępowania sądowego nadzorem. Tamże, s. 147. Tam też szerzej o działalności kontrolnej RPD (s. 157 i n.). Środki prawne podejmowane przez RPD w związku z prowadzoną kontrolą zmierzają do usunięcia ewentualnych naruszeń praw dziecka.

⁴ Sprawa o rozwód zgodnie z art. 1 k.p.c., jako sprawa z zakresu prawa rodzinnego, stanowi sprawę cywilną.

(np. gdy sąd narusza prawa jednostki)⁵, a prokurator w interesie publicznym przeciwko jednostce (np. rodzicowi) chroniąc porządek państwowy. Artykuł 7 k.p.c. stanowi, że prokurator może żądać wszczęcia postępowania w każdej sprawie, jak również wziąć udział w każdym toczącym się już postępowaniu, jeżeli według jego oceny⁶ wymaga tego ochrona praworządności, praw obywateli lub interesu społecznego. W sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego prokurator może wytaczać powództwa tylko w wypadkach wskazanych w ustawie. Niemniej jednak ograniczeniem tym objęte jest wyłącznie wytoczenie powództwa, co oznacza, że prokurator (a także RPD) może brać udział w sprawie o rozwód wszczętej przez strony⁷.

Przystąpienie do sprawy o rozwód jest uzasadnione wówczas, gdy prokurator lub RPD dowiadyje się o potencjalnym zagrożeniu dobra dziecka (np. poprzez stosowanie przemocy wobec dziecka, wikłanie go w konflikt lojalności lub gdy rodzice są niewygodni wychowawczo)⁸. Taka okoliczność mieści się bowiem w przesłankach udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym, którymi są: ochrona praworządności, ochrona praw obywateli⁹ i ochrona in-

⁵ E. Kruk, *Pozycja ustrojowa i kompetencje Rzecznika Praw Dziecka*, (w:) M. Bartnik, M. Bielecki, J. Parchomiuk, B. Uliasz (red.), *Ochrona dziecka w prawie publicznym*, Tomaszów Lubelski Lublin 2008, s. 216, ujmując to w ten sposób, że RPD nie zajmuje się stosunkami poziomymi, ale działa w imieniu i na rzecz dziecka reprezentując go w relacjach z państwem.

⁶ Ocena ta nie podlega żadnej kontroli, a w szczególności kontroli sądu. Tak W. Broniewicz, *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*, PiP 1966, nr 7–8, s. 32, 34. P. Bury, *Prokurator jako powód w postępowaniu procesowym*, (w:) I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne jako procesowa gwarancja praw chronionych konstytucyjnie*, Wrocław 2018, s. 87, zwraca uwagę, że z brakiem obowiązku prokuratora do przystąpienia do toczącego się postępowania cywilnego koresponduje § 353 ust. 2 rozporządzenia MS z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2016 r., poz. 508, dalej Regulamin), zgodnie z którym prokurator m.in. samodzielnie ocenia przesłanki określone w art. 7 k.p.c.

⁷ Dawniej, w braku inicjatywy małżonków, gdy zachodziła konieczność wytoczenia powództwa z uwagi na dobro dziecka, dopuszczano możliwość takiego działania przez prokuratora. Jako przykłady uzasadniające wytoczenie powództwa o rozwód przez prokuratora podawano też konieczność doprowadzenia do konwalidacji małżeństwa bigamicznego. Zob. S. Włodzka, *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1957, s. 120. Z. Krzeminski, *Postępowanie odrębne w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1973, s. 31, błędnie podaje, że prokurator nie ma nawet uprawnienia do przystąpienia do sprawy o rozwód.

⁸ Por. J. Misztal-Konecka, *Wzięcie udziału przez prokuratora w postępowaniu cywilnym jako gwarancja zapewnienia efektywności ochrony prawnej*, Zeszyty Naukowe KUL 2017, nr 3, s. 25, która podkreśla, że ochrona praw obywateli staje się aktualnym celem prokuratora, gdy jednostki, w praktyce z powodu szczególnych przeszkód, nie są w stanie chronić swoich praw same, np. z powodu nieporadności.

⁹ S. Włodzka, *Powództwo...*, s. 51, zaznacza, że obowiązkiem prokuratora jest ochrona praw obywateli, która w zakresie przestrzegania prawa cywilnego polega na czuwaniu, aby nie zachodziły wypadki naruszenia podmiotowych praw cywilnych. Dalej autor podkreśla, że stosunki prawne związane z małżeństwem i rodziną, jako znajdujące się pod szczególną ochroną, powinny być przedmiotem wzmożonej uwagi ze strony prokuratora. Tamże, s. 55.

teresu społecznego¹⁰. Przesłanki te wraz z dobrem dziecka wyznaczają kierunek działania prokuratora (odpowiednio RPD¹¹) w toczącym się postępowaniu¹². Przyjmuje się, że jeżeli działania prokuratora służą ochronie dobra dziecka realizują równocześnie interes społeczny¹³. Ponadto wskazuje się, że najczęściej prokurator korzysta ze swego uprawnienia wówczas, gdy osoba bezpośrednio i osobiście zainteresowana nie może tego uczynić¹⁴. Jeśli chodzi o RPD, to przesłanki jego udziału w sprawie należy też interpretować przez pryzmat art. 1 ust. 2 u.r.p.d.¹⁵

Artykuł 59 k.p.c. stanowi, że sąd zawiadamia prokuratora o każdej sprawie, w której jego udział uważa za potrzebny¹⁶. Prokurator może mieć jednak wiedzę o sprawie również z innych źródeł, np. od strony postępowania

¹⁰ Szerzej o tych przesłankach zob. M. Muliński, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Art. 1–424¹², t. 1a, Warszawa 2020, s. 31 i n., nb 4 i n.; P. Wiśniewski, *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Prokuratura i Prawo 1997, nr 10, s. 70 i n.; M. Kosek, *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*, Warszawa 2016, s. 88 i n. Z badań M. Koska wynika, że w praktyce prokuratorzy najczęściej korzystają ze swoich uprawnień powołując się na przesłankę ochrony praw obywateli. Zob. M. Kosek, *Powództwo...*, s. 113. Zob. też art. 3 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 66 ze zm., dalej ProkU).

¹¹ P. Sołtysiak, *Rzecznik...*, s. 138, podaje, że dobro dziecka stanowi kryterium działania RPD. Autorka zaznacza, że dobro to określa jednocześnie granice działania RPD z powołaniem się na zasadę legalności.

¹² P. Jaros, *Rzecznik Praw Dziecka w Polsce. Ukształtowanie Rzecznika Praw Dziecka w Polsce jako organu państwowego*. Komentarz do ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka, Warszawa 2013, s. 146, zaznacza, że wobec niewielkiej ilości adwokatów specjalizujących się w dziedzinie ochrony praw dziecka, udział RPD w wielu postępowaniach jest wręcz konieczny.

¹³ E. Holewińska-Łapińska, *Powództwo prokuratora o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka oraz o unieważnienie uznania dziecka* (art. 86 KRO), Warszawa 2005, s. 14, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/E-Holewi%C5%84ska-Pow%C3%B3dztwo-prokuratora-o-ustalenie-lub-zaprzeczenie-pochodzenia-dziecka-20051-1.pdf>. Autorka podkreśla, że interes społeczny należy oceniać przez pryzmat indywidualnie ocenianego dobra dziecka. Por. uchwałę SN z dnia 12 czerwca 1992 r., sygn. III CZP 48/92, OSNC 1992, nr 10, poz. 179, w której omówiono zagadnienie stosunku interesu dziecka do interesu społecznego.

¹⁴ Tamże, s. 2. Autorka trafnie podaje, że prokurator winien badać i porównywać interes indywidualny oraz społeczny.

¹⁵ Z zał. nr 6 dotyczącego przystąpienia do spraw sądowych i administracyjnych w latach 2009–2017 wynika, że w 2017 r. RPD przystąpił do 363 spraw sądowych i administracyjnych. Zob. *Informacja o działalności Rzecznika Praw Dziecka za rok 2017 oraz uwagi o stanie przestrzegania praw dziecka*, Warszawa 2018, http://bip.brpd.gov.pl/sites/default/files/informacja_o_dzialalnosci_rzecznika_praw_dziecka_za_rok_2017.pdf, s. 631. Szczegółowy wykaz spraw, w tym ich przedmiot (o rozwód) i efekt przystąpienia zawiera zał. nr 5 – przystąpienia do spraw sądowych i administracyjnych. Zob. tamże, s. 610 i n.

¹⁶ Szerzej o celowości/niecelowości dokonania czynności określonej w art. 59 k.p.c. zob. A. Jaworski, *Uprawnienia prokuratora w postępowaniu cywilnym w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego – propozycja podstawowych założeń*, (w:) K. Markiewicz, A. Torbus (red.), *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, Warszawa 2014, s. 522.

czy organizacji społecznej, w szczególności pozarządowej. Podobnie RPD podejmuje działania określone w ustawie z własnej inicjatywy, biorąc pod uwagę w szczególności informacje pochodzące od obywateli lub ich organizacji, wskazujące na naruszanie praw lub dobra dziecka (art. 9 ust. 1 u.r.p.d.)¹⁷. Poinformowanie prokuratora nie jest równoznaczne z tym, że prokurator przystąpi do toczącego się postępowania. Prokurator nadal jest bowiem uprawniony do oceny, czy mimo takiego zawiadomienia, zachodzą przesłanki uzasadniające jego udział w sprawie¹⁸. Przepis nie stanowi, jaką treść powinno zawierać zawiadomienie sądu skierowane do prokuratora. Należy jednak przyjąć, że niezbędne jest wskazanie na okoliczności potwierdzające potrzebę jego udziału w danym postępowaniu i przedstawienie stanu sprawy. Ocena zasadności przystąpienia do sprawy powinna być dokonywana każdorazowo na podstawie oceny okoliczności konkretnego przypadku i sytuacji małoletniego. W tym celu prokurator może na podstawie art. 69 ProkU żądać nadesłania lub przedstawienia akt.

Zgodnie z art. 60 k.p.c. prokurator może wstąpić do postępowania w każdym jego stadium¹⁹, może w szczególności wstąpić do sprawy, składając równocześnie wniosek o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia i jego doręczenie wraz z uzasadnieniem. Prokurator nie jest związany z żadną ze stron, może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie²⁰. Może także domagać

¹⁷ Ł. Żukowski, Rola Rzecznika Praw Dziecka w ochronie praw dzieci, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja ochronna konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 876, podkreśla, że działania RPD w praktyce mają charakter następczy, gdyż są inicjowane w drodze zawiadomień dotyczących naruszania lub podejrzenia naruszenia praw lub dobra dziecka. Szerzej o działaniach podejmowanych przez RPD w sprawach indywidualnych, w tym o ocenie, czy nastąpiło naruszenie praw dziecka i zasadność podjęcia czynności oraz o „postępowaniu wyjaśniającym” zob. P. Sołtysiak, *Rzecznik...*, s. 166 i n.

¹⁸ J. Ignatowicz, *Udział prokuratora w sprawach o prawa stanu cywilnego w świetle przepisów obowiązujących od 1 stycznia 1965*, PiP 1966, nr 4–5, s. 717; W. Masewicz, *Prokurator w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1975, s. 123; J. Jodłowski, *Udział prokuratora i organizacji społecznych w postępowaniu cywilnym*, (w:) J. Jodłowski, Z. Resich (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1987, s. 268. Zob. też O. Skoczyła, *Rola prokuratora w postępowaniu cywilnym*, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały* 2020, nr 1, s. 172–173. Prezentowany jest też pogląd, zgodnie z którym powiadomienie sądu niejako zastępuje ocenę zasadności wstąpienia do postępowania dokonywaną przez prokuratora. Szerzej na ten temat zob. M. Kosek, *Powództwo...*, s. 128 i n. Por. M. Stypułkowska, *Zakres uprawnień prokuratora w postępowaniu cywilnym*, *Nowe Prawo* 1957, nr 12, s. 67.

¹⁹ Sformułowanie, że prokurator może wstąpić „w każdym stadium postępowania” oznacza, że wstąpienie prokuratora staje się bezprzedmiotowe, gdy postępowanie zostało zakończone i to bez względu na sposób zakończenia. Tak W. Masewicz, *Prokurator...*, s. 108–109. Wstąpienie przez prokuratora do sprawy w postępowaniu apelacyjnym skutkuje tym, że sąd nie może pominąć zgłoszonych przez niego wniosków dowodowych jako spóźnionych.

²⁰ Szerzej o czynnościach podejmowanych przez prokuratora po wstąpieniu do postępowania zob. tamże, s. 125 i n.

się ponownego przeprowadzenia dowodu. Przystąpienie prokuratora do toczącego się postępowania nie napotyka na żadne ograniczenia wynikające z przepisów prawa, nawet w tych sprawach, w których prokurator nie może wytoczyć powództwa, czyli m.in. w sprawach o rozwód. Zgłoszenie udziału powinno nastąpić w drodze wyraźnego oświadczenia i może być też połączone z dokonaniem czynności procesowej. Czynności procesowe, których może dokonywać prokurator, zależą od stadium postępowania, do którego wstępuje. Wobec tego, że stanowisko prokuratora jest niezależne od stanowisk stron, może on podejmować czynności procesowe bez ich zgody, a nawet wbrew ich woli²¹.

Od chwili, kiedy prokurator zgłosił udział w postępowaniu, należy mu doręczać pisma procesowe, zawiadomienia o terminach i posiedzeniach oraz orzeczenia sądowe²². W odniesieniu do rozwodzących się małżonków rodzi to obowiązek załączania jednego dodatkowego odpisu każdego pisma procesowego i załączników, celem doręczenia ich prokuratorowi. Należy jednak pamiętać, że przystąpienie prokuratora do sprawy nie narusza uprawnień stron do podjęcia czynności takich jak np. zawarcie ugody²³, przy czym w razie jej sprzeczności z prawem, zasadami współżycia społecznego albo dążeniem do obejścia prawa, prokurator może wnioskować o uznanie jej za nieważną.

Prokurator może zaskarżyć każde orzeczenie sądowe, od którego służy środek odwoławczy. Nie jest przy tym związany przesłanką *gravaminis* i może zaskarżyć nawet to orzeczenie, w którym uwzględniono jego stanowisko²⁴. Terminy do zaskarżenia orzeczeń sądowych, ustanowione dla stron, wiążą również prokuratora. Przy czym, gdy prokurator, który nie bierze udziału w sprawie, złoży wniosek o doręczenie orzeczenia z uzasadnieniem, to termin do zaskarżenia liczy się od daty doręczenia mu orzeczenia z uzasadnieniem. Taki skutek następuje wtedy, gdy prokurator złożenie wniosku o doręczenie orzeczenia z uzasadnieniem połączy ze wstąpieniem do postępowania na podstawie art. 60 § 1 k.p.c.²⁵ Wstąpienie do sprawy, o którym mowa w art. 60 § 1 k.p.c., nie jest uzależnione od uprzedniego zawiadomie-

²¹ Z. Zawadzka, *Formy udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 10, s. 92, 94.

²² Niezawiadomienie prokuratora o terminach posiedzeń sądu, pomimo zgłoszenia przez prokuratora udziału w sprawie, stanowi uchybienie procesowe, które może mieć wpływ na wynik sprawy, gdyż uczestnictwo prokuratora powinno się przyczynić do wyjaśnienia sprawy. Uchybienie to nie pozbawia jednak strony możliwości obrony swych praw, a zatem nie jest podstawą do stwierdzenia nieważności postępowania. Tak wyrok SN z dnia 30 stycznia 1967 r., sygn. II PR 284/66, OSNC 1967, nr 9, poz. 159, którego teza, z uwagi na zasadę ochrony dobra dziecka wydaje się jednak wątpliwa.

²³ A. Lesińska, *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym w teorii i praktyce*, (w:) I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne jako procesowa gwarancja praw chronionych konstytucyjnie*, Wrocław 2018, s. 111.

²⁴ Zob. uchwałę SN z dnia 15 maja 2014 r., sygn. III CZP 88/13, OSNC 2014, nr 11, poz. 108.

²⁵ Postanowienie SN z dnia 2 października 2003 r., sygn. V CZ 88/03, LEX nr 84308.

nia na podstawie art. 59 k.p.c. Przepisy prawa nie stoją na przeszkodzie, aby prokurator przestał brać udział w sprawie, do której wstąpił. Skuteczność rezygnacji, w zakresie wpływu na dalsze czynności sądowe, wymaga jednak oświadczenia prokuratora, że uznał swą rolę za zbędną²⁶.

3. Rola i znaczenie prokuratora w sprawach o rozwód. Propozycja zmiany art. 59 k.p.c.

Jak już wyżej wskazano, rola prokuratora w sprawach o rozwód jest istotna. Prokurator bowiem nie tylko poprzez uczestnictwo w sprawie o rozwód stoi na straży realizacji zasady ochrony dobra dziecka, ale także sprawuje kontrolę nad działaniami skonfliktowanych rodziców podejmowanymi względem dziecka.

Biorąc pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy prokurator powinien sprzeciwiać się nieuzasadnionemu pozbawieniu kontaktów dziecka z rodzicem oraz wciąganiu małoletniego przez jego rodziców i bliskich (np. dziadków) w konflikt lojalności. Ponadto prokurator może przeciwstawiać się pozbawieniu lub ograniczeniu władzy rodzicielskiej, jeżeli uważa, że nie zachodzą ku temu przesłanki. Kontrowersyjna może być dopuszczalność domagania się przez prokuratora oddalenia powództwa, gdy uważa on, że orzeczenie rozwodu jest sprzeczne z dobrem małoletniego dziecka. Wydaje się, że nie można tego całkowicie wyłączyć. Nie można także wykluczyć, by prokurator wnosił o uznanie za niedopuszczalne cofnięcia powództwa o rozwód przez jednego z rodziców, na które zgodę wyraził drugi, gdy okoliczności sprawy wskazują, że cofnięcie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa²⁷. Należy też zgodzić się z tezą, że rolą prokuratora nie jest wykonywanie funkcji adwokata i wyręczanie obywateli w realizacji przysługujących im praw podmiotowych²⁸, niemniej jednak w określonym zakresie, zwłaszcza w sytuacji, gdy prokurator działa na rzecz ochrony dobra małoletniego, jego działania mogą przybrać postać podobną do działań „adwokata dziecka”, o którym niżej w podsumowaniu.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 8 listopada 1963 r., sygn. I PZ 48/63, OSN 1964, nr 6, poz. 126. Zob. też § 361 Regulaminu.

²⁷ Por. A. Franusz, Dokonywanie czynności dyspozytywnych o charakterze materialnym w procesie z powództwa prokuratora na rzecz oznaczonej osoby, *Prokuratura i Prawo* 2016, nr 9, s. 128, która zwraca uwagę, że „sprzeciw” prokuratora dotyczący cofnięcia pozwu powinien wzmocnić czujność sądu. Sąd powinien uznać cofnięcie pozwu za niedopuszczalne, gdy stwierdzi przede wszystkim, że strona pod wpływem błędu, podstęp lub przymusu – z jakiegokolwiek strony – działała na swoją niekorzyść lub nie zdaje sobie sprawy z następstw swej czynności. Tak postanowienie SN z dnia 22 kwietnia 1985 r., sygn. II CZ 51/85, LEX nr 8712.

²⁸ E. Białowąs, *Prokurator w postępowaniu cywilnym i administracyjnym. Część I*, Edukacja Prawnicza 2010, nr 4, s. 22.

W celu pełniejszej ochrony dobra dziecka, w literaturze rozważa się wprowadzenie ustawowego obowiązku powiadomienia prokuratora o sprawach, które w sposób szczególny wpływają na sytuację dziecka (np. o pozbawienie władzy rodzicielskiej). Obecnie ma to miejsce np. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej (zob. art. 598¹ k.p.c.)²⁹, zaprzeczenie pochodzenia dziecka, o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa i rozwiązanie przysposobienia (zob. art. 457 k.p.c.). Takie rozwiązanie można również przyjąć w sprawach o rozwód, w których sąd rozważa pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej. Odpowiedzią na zgłaszane w tej kwestii postulaty jest propozycja nowelizacji art. 59 k.p.c. w ten sposób, by sąd zawiadamiał prokuratora o każdej sprawie dotyczącej dziecka, którego dobro jest zagrożone, w szczególności w sprawach o ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej lub o zmianę rozstrzygnięcia w tym zakresie wszczętej przez sąd z urzędu, oraz o innej sprawie, w której udział prokuratora uważa za potrzebny³⁰. Projektowane rozwiązanie zmierza m.in. do wzmocnienia ochrony dobra dziecka w postępowaniu o rozwód. Konieczność zawiadomienia prokuratora o każdej sprawie dotyczącej dziecka, którego dobro jest zagrożone, umożliwia zapewnienie odpowiednio wczesnej reakcji prokuratora wyposażonego w środki prawne do przeciwdziałania niepożądanym zachowaniom wobec małoletnich. Można również zastanowić się nad obowiązkiem zawiadamiania prokuratora, gdy sąd rozważa orzeczenie o zakazaniu kontaktów rodzica z dzieckiem oraz zmianę rozstrzygnięcia w tym zakresie, a także, gdy sąd ma informację, że równolegle toczy się postępowanie karne dotyczące rozwodzących się stron, np. w sprawie o znęcanie. Powyższe jest istotne również dlatego, że prokurator może wywieść apelację od rozstrzygnięcia, które np. w jego ocenie godzi w dobro małoletniego.

W uchwale SN z dnia 27 marca 1981 r.³¹ przyjęto, że prokurator może wnieść rewizję (obecnie apelację) od wyroku rozwiązującego małżeństwo przez rozwód³². Uchwała ta jest nadal aktualna zwłaszcza w odniesieniu do rozstrzygnięć dotyczących władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem.

²⁹ M. Kosek, *Powództwo...*, s. 137. Zob. też § 364 pkt 6 i 7 Regulaminu.

³⁰ Zob. art. 2 pkt 1 rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 2 lipca 2019 r., druk sejmowy Sejmu RP VIII kadencji nr 3564, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4E56AF4D3D7E47D9C125842C002CE0CF/%24File/3564.pdf>. Zob. też uwagi krytyczne P. Feliga, (w:) T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505*³⁹, t. 1, Warszawa 2019, Legalis, art. 59 k.p.c., nb 16–17.

³¹ Uchwała SN z dnia 27 marca 1981 r., sygn. III CZP 14/81, OSN 1981, nr 10, poz. 184.

³² Podobnie Z. Zawadzka, *Formy...*, s. 86, która zaznacza, że ograniczenie działań procesowych prokuratora dotyczy tylko wniesienia pozwu („wytoczenia powództwa”). Inaczej Z. Krzemiński, *Wnoszenie apelacji cywilnej*, Warszawa 2007, s. 15–16, który podaje, że w związku z tym, że ustawodawca nie przyznał prokuratorowi prawa do wytoczenia powództwa o rozwód, pozostawiając tę inicjatywę wyłącznie stronom, należy przyjąć, że niedopuszczalne jest też składanie przez prokuratora apelacji w sprawach o rozwód.

Trzeba też pamiętać, że prokurator nie może wnieść apelacji od wyroku oddalającego powództwo o rozwód³³. Ponadto przyjmuje się, że prokurator może wnieść apelację niezależnie od tego, czy brał udział w toczącym się postępowaniu. Dopuszczalność takiego zaskarżenia nie jest bowiem uzależniona od udziału prokuratora w danej sprawie. Oznacza to, że może on zaskarżyć załadnie orzeczenie, ale w terminie wiążącym strony (art. 60 § 2 zd. 2 k.p.c.)³⁴.

4. Podsumowanie

Niewielka liczba adwokatów specjalizujących się w dziedzinie ochrony praw dziecka sprawia, że udział RPD i prokuratora w wielu postępowaniach jest pożądanym. Ich udział jest także znaczący w postępowaniach, w których skonfliktowani małżonkowie nie są reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników. Praktyka dowodzi jednak, że sądy nie doceniają znaczenia udziału RPD i prokuratora w postępowaniu o rozwód, albo też powiadamiają prokuratora o potrzebie wzięcia w nim udziału jedynie w wyjątkowych okolicznościach, gdy inne środki prawne nie są wystarczające dla zapewnienia należytego przebiegu postępowania sądowego.

Niezależnie od słusznego stanowiska, że postępowanie cywilne służy ochronie interesów prywatnych, stąd też udział organów państwowych w tym postępowaniu jest niepożądany, to biorąc pod uwagę specyfikę postępowania o rozwód i nieporadność małoletniego dziecka rozwodzących się małżonków, a także szczególną rolę prokuratora jako rzecznika interesu publicznego, należy opowiedzieć się za potrzebą zachowania uprawnienia prokuratora do udziału w takich postępowaniach³⁵.

Coraz częściej postuluje się również wprowadzenie nowej instytucji działającej dla dobra dziecka, tj. „adwokata dziecka” jako rzecznika interesu dziecka, który występowałby w sądowym postępowaniu rozwodowym jego rodziców po to, by reprezentacja dziecka była rzeczywista³⁶. W sprawach

³³ P. Wiśniewski, Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym, Toruń 2014, s. 187–188; A. Zieliński, (w:) K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2019, s. 142, nb 8. Zob. też P. Feliga, (w:) Kodeks..., Legalis, art. 60 k.p.c., nb 8.

³⁴ M. Sorysz, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–729, t. 1, Warszawa 2013, s. 242, nb 8. Zob. też K. Stefko, Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym, Warszawa 1956, s. 80–81; A. Meszorer, Stanowisko i czynności procesowe prokuratora w postępowaniu cywilnym, Warszawa 1957, s. 158–159.

³⁵ W tym kontekście nie można się zgodzić z A. Harlą, Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, Pal. 2006, nr 4, s. 37, który proponuje ograniczenie uprawnień prokuratora przez wprowadzenie zasady, iż prokurator może wstąpić do postępowania tylko w takiej sprawie cywilnej, którą może sam wytoczyć.

³⁶ Zob. Projekt Kodeksu rodzinnego z lipca 2018 r., http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks_rodzinny_projekt_z_uzasadnieniem.pdf, w tym m.in. art. 21 pkt 1. Projekt jest efektem prac

o rozwód konflikt interesów dziecka i rodziców, ze względu na stan antagonizmu rodziców, często wyłącza ich współdziałanie dla dobra małoletniego. Adwokat dziecka zapewniałby mu należytą pomoc i odpowiednią pozycję w postępowaniu. Do inicjatywy tej należy odnieść się pozytywnie, niemniej jednak alternatywnym rozwiązaniem może być wprowadzenie ustawowego obowiązku zawiadamiania prokuratora o sprawach o rozwód, w których sąd rozważa pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej bądź zakazanie kontaktów z dzieckiem. Istnieją już projekty podobnych rozwiązań, jednak nadal nie weszły one w życie. Słusznie podkreśla się w nich, że konieczność zawiadomienia prokuratora umożliwia zapewnienie odpowiednio wczesnej reakcji prokuratora wyposażonego w środki prawne do przeciwdziałania niepożądanym zachowaniom wobec małoletnich.

Łącząc się z powyższymi postulatami jest propozycja, by działania RPD, zwłaszcza po wstąpieniu do procesu o rozwód, przybrały postać działań o charakterze mediacyjnym. Należy bowiem przyjąć, że RPD, może posługiwać się „mediacją” w celu ochrony praw oraz wolności³⁷. Oznacza to, że w postępowaniu o rozwód może zachęcać strony do podjęcia działań polubownych, uzmysławiać im profity tych działań oraz korzyści jakie uzyskują nie tylko sami rozwodzący się małżonkowie, ale zwłaszcza ich małoletnie dziecko. Dodatkowo warto również rozważyć dopuszczalność ustanawiania terenowych pełnomocników RPD, wspierających go w działaniach na rzecz ochrony dzieci³⁸.

Bibliografia

1. Andrzejewski M., Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych in-

Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego, utworzonej w lipcu 2012 r. Zob. też M. Andrzejewski, Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy), *Acta Iuris Stetinensis* 2014, nr 6, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego nr 821, s. 382, który rozważa zasadność powołania instytucji rzecznika interesu dziecka w sprawach o rozwód; J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2014, s. 84; D. Wybrańczyk, *Sytuacja prawna małoletniego dziecka rozwodzących się rodziców*, Katowice 2020 (rozprawa doktorska), s. 379.

³⁷ Por. A. Domańska, *Pozycja ustrojowo-prawna Rzecznika Praw Obywatelskich*, Łódź 2012, s. 260, która na takie uprawnienie wskazuje w odniesieniu do Rzecznika Praw Obywatelskich.

³⁸ Mogłoby się to odbyć na zasadach analogicznych do tych zawartych w ustawie z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2179 ze zm.). Zgodnie z art. 22 tej ustawy Rzecznik Praw Obywatelskich, za zgodą Sejmu, może ustanowić swoich pełnomocników terenowych. Gdyby wprowadzić analogiczne regulacje w u.r.p.d., rozwodzące się strony mogłyby udać się do pełnomocnika terenowego RPD ze swoją sprawą, a ponadto ustanowienie pełnomocnika terenowego znacznie rozszerzyłoby możliwości badania spraw na miejscu.

- nych ustaw (wybrane problemy), *Acta Iuris Stetinensis* 2014, nr 6, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego nr 821.
2. Białowas E., Prokurator w postępowaniu cywilnym i administracyjnym. Część I, *Edukacja Prawnicza* 2010, nr 4.
 3. Broniewicz W., Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym, *PiP* 1966, nr 7–8.
 4. Bury P., Prokurator jako powód w postępowaniu procesowym, (w:) I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne jako procesowa gwarancja praw chronionych konstytucyjnie*, Wrocław 2018.
 5. Domańska A., *Pozycja ustrojowo-prawna Rzecznika Praw Obywatelskich*, Łódź 2012.
 6. Feliga P., (w:) T. Szanciło (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505³⁹*, t. 1, Warszawa 2019.
 7. Harla A., Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Pal.* 2006, nr 4.
 8. Holewińska-Łapińska E., *Powództwo prokuratora o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka oraz o unieważnienie uznania dziecka (art. 86 KRO)*, Warszawa 2005.
 9. Ignaczewski J., *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2014.
 10. Ignatowicz J., Udział prokuratora w sprawach o prawa stanu cywilnego w świetle przepisów obowiązujących od dnia 1 stycznia 1965 r., *PiP* 1966, nr 4–5.
 11. Jaros P., *Rzecznik Praw Dziecka w Polsce. Ukształtowanie Rzecznika Praw Dziecka w Polsce jako organu państwowego. Komentarz do ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka*, Warszawa 2013.
 12. Jaworski A., *Uprawnienia prokuratora w postępowaniu cywilnym w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego – propozycja podstawowych założeń*, (w:) K. Markiewicz, A. Torbus (red.), *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, Warszawa 2014.
 13. Jodłowski J., Udział prokuratora i organizacji społecznych w postępowaniu cywilnym, (w:) J. Jodłowski, Z. Resich (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1987.
 14. Kołodziejcki S., *Dobro wspólnych małoletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu*, *Pal.* 1965, nr 9.
 15. Kosek M., *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*, Warszawa 2016.
 16. Kruk E., *Pozycja ustrojowa i kompetencje Rzecznika Praw Dziecka*, (w:) M. Bartnik, M. Bielecki, J. Parchomiuk, B. Uliasz (red.), *Ochrona dziecka w prawie publicznym*, Tomaszów Lubelski Lublin 2008.
 17. Krzemiński Z., *Postępowanie odrębne w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1973.
 18. Krzemiński Z., *Wnoszenie apelacji cywilnej*, Warszawa 2007.

19. Lesińska A., Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym w teorii i praktyce, (w:) I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne jako procesowa gwarancja praw chronionych konstytucyjnie*, Wrocław 2018.
20. Masewicz W., *Prokurator w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1975.
21. Meszorer A., *Stanowisko i czynności procesowe prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1957.
22. Misztal-Konecka J., Wzięcie udziału przez prokuratora w postępowaniu cywilnym jako gwarancja zapewnienia efektywności ochrony prawnej, *Zeszyty Naukowe KUL* 2017, nr 3.
23. Muliński M., (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–424¹², t. 1a*, Warszawa 202.
24. Olejniczak A., *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980.
25. Radwański Z., Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym, *SC* 1981, t. XXXI.
26. Skoczylas O., Rola prokuratora w postępowaniu cywilnym, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały* 2020, nr 1.
27. Sołtysiak P., *Rzecznik Praw Dziecka. Zagadnienia ustrojowo-prawne*, Warszawa 2019.
28. Sorysz M., (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–729, t. 1*, Warszawa 2013.
29. Stefko K., *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1956.
30. Stojanowska W., (w:) T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze, t. 11*, Warszawa 2014.
31. Stypułkowska M., Zakres uprawnień prokuratora w postępowaniu cywilnym, *Nowe Prawo* 1957, nr 12.
32. Wiśniewski P., Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 10.
33. Wiśniewski P., *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Toruń 2014.
34. Włodyka S., *Powództwo prokuratora w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1957.
35. Wybrańczyk D., *Sytuacja prawna małoletniego dziecka rozwodzących się rodziców*, Katowice 2020 (rozprawa doktorska).
36. Zawadzka Z., *Formy udziału prokuratora w postępowaniu cywilnym*, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 10.
37. Zieliński A., (w:) K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
38. Żukowski Ł., *Rola Rzecznika Praw Dziecka w ochronie praw dzieci*, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja ochronna konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014.

Participation of a Children's Ombudsman and a prosecutor in proceedings for divorce of parents of a minor

Abstract

One of the overarching principles in family law is the principle of protection of the best interests of the child. The principle is implemented through things such as the possibility for a Children's Ombudsman and for a prosecutor to be involved in divorce cases.

This paper presents the concept of the best interests of the child and legal and factual basis for the involvement of a Children's Ombudsman and a prosecutor in proceedings for divorce of parents of a minor. The purpose of this paper is also to define the roles, and indicate criteria determining a line of action, of a Children's Ombudsman and a prosecutor.

This paper approves a proposed amendment to Article 59 of the Code of Civil Procedure.

Key words

Divorce, best interest of the child, Children's Ombudsman, prosecutor.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Tomasz Szczepański¹, Barbara Konior², Urszula Więckiewicz³,
Patrik Puculek⁴

Analiza możliwości wdrożenia do praktyki śledczej próbkowania materiału dowodowego w obszarze badań daktyloskopijnych

Streszczenie

Artykuł podejmuje temat związany ze zlecaniem laboratoriom kryminalistycznym badań daktyloskopijnych obszernego materiału dowodowego, który mogą stanowić m.in. banknoty, opakowania, dokumenty i inne. W przypadku możliwości jednoznacznego stwierdzenia jednorodności materiału pod kątem zarówno cech fizycznych (np. rodzaj podłoża), jak również innych wynikających z kontekstu sprawy (np. miejsce i czas zabezpieczenia), możliwe jest wdrożenie algorytmu próbkowania tj. losowego wytypowania, wydzielania i poddania badaniom reprezentatywnej próbki całości materiału. Przeprowadzona analiza teoretycznych modeli, jak również analiza zrealizowanej autentycznej ekspertyzy daktyloskopijnej, wskazuje na zasadność wdrożenia procedury próbkowania, w szczególności w sprawach, w których nie wytypowano jeszcze sprawcy. Wynika to z przeprowadzonych obliczeń wskazujących, że wytypowanie co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę z całego zbioru (np. obiektu ze śladami linii papilarnych sprawcy) jest wysoce prawdopodobne. Takie postępowanie może w znacznym stopniu usprawnić proces wykrywczy przez szybszą identyfikację sprawców, bądź pozwolić na wytyczenie kierunków działań w ramach prowadzonego

¹ Doktor, funkcjonariusz Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, ORCID: 0000-0002-0157-6293.

² Funkcjonariusz Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, ORCID: 0000-0003-2492-7276.

³ Funkcjonariusz Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, ORCID: 0000-0002-6993-0869.

⁴ Funkcjonariusz Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, ORCID: 0000-0003-3644-6541.

postępowania przygotowawczego. Należy podkreślić, że próbkowanie materiału do badań daktyloskopijnych nie wyklucza późniejszego poddania badaniom pozostałej części materiału dowodowego. Jednakże istotne dla sprawy informacje zawarte w przekazanym do badań daktyloskopijnych materiale mogą być uzyskane już na wcześniejszym etapie.

Kluczowe słowa

Daktyloskopia, próbkowanie, ślady linii papilarnych.

1. Wstęp

Daktyloskopia przez przeszło sto lat obecności w praktyce śledczej ugruntowała swą silną pozycję jako wiarygodna metoda identyfikacji człowieka. Linie papilarne tworzą na wewnętrznych powierzchniach palców, dłoni i stóp różnorodne układy obejmujące m.in. wzory, przebieg i kąty jakie wyznaczają linie, wzajemne rozmieszczenie cech szczególnych (minucji), cechy poroskopijne i krawędzioskopijne, a także białe linie czy też blizny. To właśnie ta różnorodność i bardzo trudna do wyrażenia w teoretycznych modelach mnogość możliwych do powstania kombinacji, przy empirycznie stwierdzonej niepowtarzalności i niezmienności, stanowią podstawy tej metody identyfikacji człowieka.

Jako dziedzina kryminalistyki, daktyloskopia pozwala na fizyczne powiązanie osoby z określoną powierzchnią, stanowiącą część obiektu lub jakiegoś miejsca. Pozwala to wnioskować o udziale w zdarzeniu konkretnej, identyfikowalnej osoby, a czasem nawet stawiać hipotezy dotyczące domniemanego przebiegu zdarzenia i charakteru uczestnictwa w nim (np. ślady linii papilarnych ofiary na ostrzu noża i ślady linii papilarnych sprawcy na chwycie noża lub ślady linii papilarnych odwarstwione we krwi ofiary, pozostawione przez sprawcę).

W Polsce przyjmuje się, że pozytywna identyfikacja wymaga wyznaczenia zgodnego układu co najmniej 12 cech szczególnych (minucji) lub zastosowania reguł zbliżonych do określonych przez Edmunda Locarda, a mianowicie wyznaczenia zgodnego układu co najmniej 8 cech szczególnych, biorąc przy tym pod uwagę m.in. częstość występowania minucji i jeżeli na to pozwala czytelność śladu, cechy poroskopijne i krawędzioskopijne^{5,6}. Wymagania te określa się mianem standardu numerycznego. Należy podkreślić, że mimo braku naukowych dowodów pozwalających na przyjęcie takiego założenia, to w przeszło 100-letniej polskiej praktyce (w tym przy wdrożeniu wielkoskalowego systemu automatycznej identyfikacji daktylo-

⁵ DAB–10 Akredytacja Laboratoriów Badawczych – dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, wydanie 2 z dnia 15 grudnia 2020 r.

⁶ E. Locard, Dochodzenie przestępstw według metod naukowych. Tłumaczenie: R. Mer-son, E. Wiśniewski, Warszawa 1937, Księgarnia Powszechna, s. 108.

skopijnej – AFIS), nie stwierdzono zgodności 12 minucji dwóch odbitek linii papilarnych pochodzących od różnych osób, przy braku niezgodności innych cech. Warto także podkreślić, że wiele krajów zrezygnowało z określonego minimalnego progu liczby cech szczególnych pozwalającego na kategoryczną identyfikację, stosując standard holistyczny (np. USA, Kanada, UK, Szkocja, kraje skandynawskie, Chiny, Australia, Nowa Zelandia). Wiele krajów stosuje nadal standard numeryczny, jednak nie zawsze minimalna liczba minucji pozwalająca na kategoryczną identyfikację wynosi 12⁷. Osobną kwestię stanowi zagadnienie związane z kategorycznością opinii daktyloskopijnych, które przyjmowane są jako wiarygodny i wartościowy dowód procesowy. W takiej postaci są akceptowane przez polski wymiar sprawiedliwości bez większych zastrzeżeń, gdyż pozwalają na jednoznaczną identyfikację osoby, która pozostawiła ślad. To powoduje, że formułowane wnioski z badań daktyloskopijnych, zarówno w standardzie numerycznym, jak i holistycznym, są kategoryczne (ślad pochodzi od.../ślad nie pochodzi od...). Oznacza to, że nie występują opinie prawdopodobne, a eksperci zobligowani są do podejmowania jednoznacznych decyzji, mimo pojawiających się wątpliwości w przypadkach śladów granicznych. Problem z kategorycznością opinii daktyloskopijnych, nie jest nowy i wymaga podjęcia dyskusji przez wszystkich zainteresowanych, w tym przez środowisko prawników. Badania nad zasadnością wprowadzenia do kategorycznego opiniowania daktyloskopijnego wniosków prawdopodobnych w Polsce prowadził Jarosław Moszczyński⁸.

Ślady linii papilarnych należą do najczęściej zabezpieczanych śladów kryminalistycznych bezpośrednio na miejscu zdarzenia. Zwykle ślady te, zabezpieczone na foliach daktyloskopijnych, przekazywane są do badań porównawczych (badania identyfikacyjne). Równie często, zabezpieczone tam przedmioty trafiają do laboratorium kryminalistycznego, celem poddania badaniom ujawniającym ślady linii papilarnych, przy zastosowaniu zaawansowanych metod i technik (badania wizualizacyjne). Badania daktyloskopijne pozwalają na stwierdzenie, czy na danej powierzchni (obiekcie) znajdują się ślady linii papilarnych, a jeżeli tak, to czy powstały w wyniku kontaktu z tym podłożem tego samego fragmentu skóry palca lub dłoni (sporadycznie stopy), który stanowi materiał porównawczy.

⁷ Ch. Champod, Ch. Lennard, P. Margot, M. Stojilovic, *Fingerprint and other ridge skin impressions*. Second Edition, Boca Raton, CRC Press 2016, s. 107.

⁸ J. Moszczyński, *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych. Przyczyny i zakres stosowania subiektywnych ocen w wybranych metodach identyfikacji człowieka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego 2011, s. 73–78.

2. Próbkowanie

Badania daktyloskopijne zlecane są przez organy procesowe na podstawie art. 193 § 1 k.p.k. W tym celu uprawniony podmiot przekazuje biegłym zebrane i odpowiednio zabezpieczone z miejsca zdarzenia ślady wraz z materiałem porównawczym w postaci odbitek linii papilarnych pobranych na karty daktyloskopijne, zlecając badania identyfikacyjne (porównawcze). W przypadku przedmiotów zabezpieczonych w całości, organ procesowy zleca w pierwszej kolejności przeprowadzenie badań wizualizacyjnych (ujawniających), a jeżeli na tym etapie dysponuje materiałem porównawczym, ewentualnie zleca także dalsze badania identyfikacyjne. W praktyce obszerność dostarczanego do badań zarówno materiału dowodowego, jak i porównawczego jest różna, co bezpośrednio przekłada się na czas realizacji i koszty wydawanych opinii. Sprawy obejmujące obszerniejszy materiał badawczy zlecane są najczęściej z zakresu wizualizacji śladów.

Ciekawe podejście w zakresie możliwości wykorzystania próbkowania materiału w wizualizacyjnych badaniach daktyloskopijnych prezentują Brytyjczycy. Materiał do badań jest typowany w całości, bądź jego części, przede wszystkim pod kątem jasno sprecyzowanych potrzeb prowadzonego postępowania. Czynność ta może zostać przeprowadzona jeszcze przed dostarczeniem materiału do badań w laboratorium. Należy podkreślić, że przyjęta strategia próbkowania musi być uzgodniona ze zlecającym badania oraz dobrze udokumentowana. Jako możliwe powody wdrożenia procedury próbkowania Brytyjczycy wskazują na:

- ukierunkowanie uwagi i nadanie priorytetu przedmiotom o wyższej wartości dowodowej,
- zbyt liczny zbiór obiektów uniemożliwiający poddanie badaniom całości,
- możliwość uzyskania istotnych, z punktu widzenia sprawy, odpowiedzi po przebadaniu części materiału,
- zminimalizowanie przewidzianych nakładów pracy, przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich prawnych i naukowych wymagań,
- inne szczególne powody wynikające ze specyfiki konkretnej sprawy⁹.

Problematyka próbkowania nie jest obca innym gałęziom nauki i praktyki. W przypadku badań chemicznych, etap próbkowania stanowi fundamentalny, a zarazem wyjątkowo newralgiczny punkt całego procesu analitycznego. Błędy popełnione na tym etapie mogą istotnie wpłynąć na końcowy wynik analizy powodując wyprowadzenie błędnych wniosków i podjęcie błędnych decyzji, niwecząc tym samym ogół pracy i poświęconych środków. Stopień złożoności

⁹ Code of Practice and Conduct, Friction Ridge Detail (Fingerprint) Visualisation and Imaging, FSR-C-127, Issue 2, 2020, Forensic Science Regulator Overseeing Quality, www.gov.uk/government/organisations/forensic-science-regulator.

próbkowanego materiału stanowi o złożoności koniecznego do przygotowania planu próbkowania. Zatem dla materiałów wysoce niejednorodnych będzie on również znacznie bardziej skomplikowany, aniżeli dla materiałów jednorodnych. Kluczowe dla całego procesu analitycznego jest zatem utworzenie takiej próbki analitycznej, która wiarygodnie będzie odzwierciedlała właściwości całej partii materiału przeznaczonego do badań. Niezależnie od zróżnicowanej charakterystyki materiałów będących przedmiotem próbkowania, niektóre zagadnienia związane z tą problematyką mają charakter uniwersalny. Pierwszym etapem próbkowania jest pobranie kilku próbek pierwotnych z różnych miejsc partii materiału. Przez połączenie próbek pierwotnych uzyskuje się próbkę ogólną. Teoretycznie próbka ogólna powinna być tym większa:

- im bardziej niejednorodny jest skład materiału badawczego,
- im mniejsza jest zawartość poszukiwanego składnika,
- im większa jest partia produktu.

W praktyce laboratoryjnej przyjmuje się, że wielkość próbki ogólnej waha się od 0,1% dla dużych partii materiału do 1% dla małych partii materiału. W dalszej kolejności z tak utworzonej próbki ogólnej, przez wieloetapowe pomniejszanie, tworzy się próbkę laboratoryjną¹⁰. Utworzenie takiej próbki dla ciał stałych bywa niejednokrotnie problematyczne ze względu na ich niehomogeniczny charakter. Zatem dla partii materiału o charakterystyce ciała stałego każda próbka pierwotna powinna zostać pobrana z różnych miejsc zlokalizowanych, w miarę możliwości, równomiernie w całej jego masie i grubości¹¹. Próbki reprezentatywne materiałów o ciekłym stanie skupienia powinny być pobierane podczas przepompowywania produktu. Jeśli nie jest to możliwe, do pobrania próbek należy użyć odpowiedniego zagłębnika do cieczy, a próbki pobrać z całej wysokości słupa cieczy. W przypadku produktów o małej objętości, z odpowiednio wymieszanego roztworu, próbki można pobrać pipetą. Do pobierania próbek gazów wykorzystuje się specjalnie przygotowane w tym celu pojemniki w postaci worków teflonowych, pipet gazowych czy złożów adsorbentów¹². Dla próbek o stałym stanie skupienia najszerzej wykorzystywaną techniką w celu pomniejszenia próbki jest metoda stożka prowadząca do zmniejszenia masy próbki o połowę. Polega na usypaniu stożka, a następnie spłaszczeniu go do postaci „placka”, który dzieli się następnie na ćwiartki. Dwie przeciwległe ćwiartki wybiera się losowo i usypuje kolejny stożek celem powtórzenia procedury. Schemat ten powtarza się do momentu uzyskania próbki o odpowiedniej masie – próbki la-

¹⁰ A. Cygański, *Chemiczne metody analizy ilościowej*, Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa 1999, wydanie 5, s. 34.

¹¹ H. Szumilo, *Ogólne zagadnienia analizy ilościowej klasycznej*, (w.) R. Kocjan (red.), *Chemia analityczna 2002, Podręcznik dla studentów. Tom I. Analiza jakościowa. Analiza ilościowa klasyczna*, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2002, wydanie 2, s. 385–386.

¹² A. Cygański, *op. cit.*, s. 34.

laboratoryjnej – stanowiącej reprezentatywną część badanego materiału. Próbkę w dalszej kolejności rozdrabnia się i przesiewa przez specjalne sита do osiągnięcia odpowiedniej wielkości ziaren. Proces ten jest konieczny do zapewnienia pełnej homogeniczności próbki oraz ułatwienia jej roztwarzania bądź stapiania w dalszych etapach procesu analitycznego¹³. Innym sposobem utworzenia próbki reprezentatywnej jest rozpuszczenie naważki o znacznej masie w dużej objętości rozpuszczalnika, który zapewni odpowiednią trwałość roztworu i łatwość w przygotowaniu próbek badawczych.

Z zagadnieniem próbkowania w swojej pracy spotykają się także biegli rewidenci, którzy stosują określone procedury badań wrywkowych. Proces ten polega na badaniu mniej niż 100% pozycji składających się na saldo konta lub kategorii transakcji, przy czym każda z jednostek próby ma szansę zostać wybraną do próbki. Takie podejście umożliwia biegłemu rewidentowi uzyskanie i ocenę dowodów badania dotyczących niektórych cech wybranych pozycji, pozwalających na sformułowanie wniosku dotyczącego populacji, z której dana próbka została pobrana. Przy tym biegły rewident może stosować zarówno metody statystyczne, jak i niestatystyczne¹⁴.

Rozważając zagadnienie próbkowania w badaniach kryminalistycznych nie sposób pominąć tematyki akredytacji laboratoriów badawczych. W Polsce działalność laboratoryjna w obszarze badań daktyloskopijnych (linii papilarnych) podlega akredytacji i ma charakter obligatoryjny z mocy Decyzji Ramowej Rady 2009/905/WSiSW z dnia 31 listopada 2009 r.^{15,16} Próbkowanie opisane jest wymaganiami normy PN-EN ISO/IEC 17025:2018–02 i może być potwierdzane w ramach akredytacji laboratoriów badawczych¹⁷. Norma wskazuje, że badania mogą być wykonywane łącznie z pobieraniem próbek i w odniesieniu do próbek dostarczanych do laboratorium. Pobieranie próbek stanowi ustalone czynności związane z pobieraniem do badań lub wzorcowań części określonej substancji, materiałów lub wyrobów, w celu zapewnienia próbki reprezentatywnej dla całości (przedmiotu badań). Należy jednak pamiętać, że proces ten powinien uwzględniać czynniki, które wymagają stałego nadzoru, w celu zapewnienia miarodajności wyników badań i wzorcowań. Laboratorium, które pobiera próbki substancji, materiałów lub wyrobów do dalszych badań lub wzorcowań opracowuje odpowiedni program ich pobierania,

¹³ H. Szumilo, *op. cit.*, s. 385–386.

¹⁴ www.ifac.org/system/files/downloads/Polish_GuidetoUsingISAa_Glossary.pdf (dostęp: 31 marca 2021 r.).

¹⁵ DAB–10 Akredytacja Laboratoriów Badawczych – dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, wydanie 2 z dnia 15 grudnia 2020 r.

¹⁶ Decyzja Ramowa Rady 2009/905/WSiSW z dnia 31 listopada 2009 r. w sprawie akredytacji dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, Dz. U. UE L 322 z dnia 9 grudnia 2009.

¹⁷ PN-EN ISO/IEC 17025:2018–02 Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących.

w którym określa cel, strategię działań (określenie miejsca pobierania próbek, częstotliwości pobierania próbek, typu i wielkości próbki, odczynników i materiałów itp.). Istotne jest opracowanie i stosowanie odtwarzalnej metodyki (planu i procedury pobierania próbek), która umożliwia zagwarantowanie reprezentatywności pobranej próbki dla całej partii lub dostawy, z której została pobrana.

Mimo zapisów normy PN-EN ISO/IEC 17025:2018–02 w dokumencie sektorowym wydanym przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) w 2016 r. dotyczącym m.in. badań daktyloskopijnych – DAB–10 wydanie 1, przyjęto, że laboratoria badawcze, dostawcy usług kryminalistycznych, w tym, wykonujący czynności laboratoryjne nie pobierają próbek¹⁸. Natomiast w wydaniu 2 tego dokumentu zapisy odnoszące się do próbkowania zostały już całkowicie usunięte¹⁹. Zatem należy przyjąć, że w interpretacji Polskiego Centrum Akredytacji (PCA) proces akredytacji czynności laboratoryjnych w obszarze badań daktyloskopijnych nie obejmuje zagadnienia próbkowania w rozumieniu normy PN-EN ISO/IEC 17025:2018–02.

Istotne do rozważenia jest, czy organy procesowe zobligowane do stosowania zasady prawdy materialnej zgodnie z art. 2 § 2 k.p.k., a co za tym idzie dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych, w przypadku obszernego aczkolwiek jednorodnego materiału dowodowego, mają obowiązek zlecenia przeprowadzenia badań kryminalistycznych całości, czy też mogą sami, bądź upoważniając do tego ekspertów, wytypować reprezentatywną próbkę. Należy podkreślić, że wszystkie dziedziny kryminalistyki w tym zakresie ze względu na swoją specyfikę będą się różniły. Z tego względu ujęte w niniejszym opracowaniu rozważania będą skupiały się wyłącznie na badaniach daktyloskopijnych i będą dotyczyć sytuacji, w których zabezpieczony materiał można określić jako jednorodny. Przykładowo do tej kategorii zaliczyć można m.in. pakiety z narkotykami, torebki z zapęciem strunowym, worki foliowe, kartki, dokumenty, banknoty, itp. Wydaje się, że w badaniach daktyloskopijnych zastosowanie próbkowania materiału dowodowego możliwe jest do rozważenia w określonych sytuacjach wynikających bezpośrednio ze stanu realizacji procesu wykrywczego, w tym zrealizowanych i planowanych dalszych czynności.

W przypadku ujawnienia licznych zidentyfikowanych śladów linii papilarnych na dużej liczbie pojedynczych obiektów z obszernego i jednorodnego materiału dowodowego, będzie wskazywać na zintensyfikowany charakter kontaktu (powiązania) osoby z tym materiałem. W sytuacji przeciwnej, jeden ujawniony i zidentyfikowany ślad linii papilarnych na dużej liczbie obszernego jednorodnego materiału dowodowego, może wskazywać na incydentalny charakter kontaktu (powiązania) osoby z tym materiałem. Jako przykład

¹⁸ DAB–10 Akredytacja Laboratoriów Badawczych – dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, wydanie 1 z dnia 12 września 2016 r.

¹⁹ DAB–10 Akredytacja Laboratoriów Badawczych – dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, wydanie 2 z dnia 15 grudnia 2020 r.

można wskazać sytuację ujawnienia śladów linii papilarnych na torebkach zawierających niedozwolone substancje: liczne zidentyfikowane ślady linii papilarnych mogą wskazywać na diler, natomiast pojedynczy zidentyfikowany ślad linii papilarnych może wskazywać na klienta. Bezspornie, takie informacje mogą pozwolić na budowanie hipotez co do charakteru i intensywności udziału zidentyfikowanej osoby w danym zdarzeniu. Wiąże się to jednak z koniecznością poddania badaniu całości materiału, a co za tym idzie większymi kosztami i dłuższym oczekiwaniem na opinię. Nie bez znaczenia pozostaje obowiązek stosowania zasad wydatkowania środków publicznych wynikających bezpośrednio z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Należy także pamiętać, że organy ścigania mogą przeprowadzić postępowanie dowodowe w inny sposób dochodząc do tych samych konkluzji.

W pewnych sytuacjach, w szczególności na wstępnym etapie realizowanych czynności, przy braku wytypowanych sprawców, zlecenie badań daktyloskopijnych obszernego materiału dowodowego, może spowolnić proces wykrywczy. Wynika to z oczywistego faktu, że przeprowadzenie badań wymaga określonego czasu. Wówczas wdrożenie odpowiedniego próbkowania materiału dowodowego przeznaczonego do badań daktyloskopijnych może przyspieszyć proces identyfikacji osób, kierując dalsze czynności, które organy ścigania mogą bez zbędnej zwłoki przedsięwziąć. Należy podkreślić, że w konkretnej sprawie, wrywkowe badania obszernego materiału i przekazanie wyników zlecającemu, nie wykluczają poddania dalszym badaniom całości materiału.

Zagadnienie próbkowania w daktyloskopijnych badaniach wizualizacyjnych było już w polskiej literaturze podejmowane. Krzysztof Tomaszyski i współpracownicy poddali analizie cztery ekspertyzy daktyloskopijne z zakresu wizualizacji śladów, obejmujące materiał dowodowy uznany za jednorodny. Przedstawione wnioski odnoszące się wyłącznie do badań ujawniających, przy określonych odstępstwach, wskazywały na brak przesłanek do zastosowania w praktyce losowego typowania próbek. Powyższe stwierdzenie wynikało z przyjętego rozumowania, że każdy ujawniony w toku ekspertyzy ślad linii papilarnych może być powiązany z inną osobą, co może mieć rozstrzygające znaczenie dla sprawy. Przemawiała za tym także możliwość wykorzystania baz danych takich jak system automatycznej identyfikacji daktyloskopijnej AFIS. Konsekwencją takiego założenia było przyjęcie definicji pozytywnego wyniku ekspertyzy daktyloskopijnej z zakresu wizualizacji śladów, a mianowicie: ujawnienie śladu daktyloskopijnego nadającego się do badań identyfikacyjnych. W odniesieniu do ekspertyz z zakresu identyfikacji daktyloskopijnej przyjęto definicję: stwierdzenie tożsamesgo układu cech szczególnych co najmniej jednego badanego odwzorowania dowodowego i konkretnego odwzorowania linii papilarnych na karcie daktyloskopijnej osoby podejrzaney. Przy tym autorzy dopuszczali możliwość zastosowania

próbkowania w badaniach wizualizacyjnych w określonych sytuacjach mających na celu powiązanie osoby z konkretnymi przedmiotami lub miejscem²⁰.

3. Modele teoretyczne

W celu rozważenia zasadności wykorzystania próbkowania materiału badawczego w badaniach daktyloskopijnych, analizie poddano trzy stworzone modele teoretyczne, których populacje zawierają jednorodne obiekty, gdzie pożądane cechy – ujawnienie i/lub identyfikacja śladu linii papilarnych, występują z różną częstością:

- model 1/100 – zbiór 100 jednorodnych obiektów, z których 1 posiada pożądaną cechę, co stanowi 1% całości.
- model 10/100 – zbiór 100 jednorodnych obiektów, z których 10 posiada pożądaną cechę, co stanowi 10% całości.
- model 20/100 – zbiór 100 jednorodnych obiektów, z których 20 posiada pożądaną cechę, co stanowi 20% całości.

Częstość występowania obiektów posiadających pożądaną cechę w populacjach tworzących modele dobrano opierając się na danych otrzymanych w trakcie realizacji autentycznych spraw oraz opublikowanych danych pochodzących z podobnych badań²¹.

4. Analiza modeli teoretycznych i danych empirycznych

Na początku należy przypomnieć podstawowe zagadnienia wynikające z rachunku prawdopodobieństwa i interpretacji obliczonych wartości. Jeżeli prawdopodobieństwo wynosi 1 to znaczy, że wystąpienie rozważanego zdarzenia jest pewne. Wartość 0,5 należy rozumieć jako równorzędne prawdopodobieństwo zarówno wystąpienia, jak również niewystąpienia danego zdarzenia. W przypadku wartości 0 należy stwierdzić, że zajście określonego zdarzenia jest niemożliwe. Zatem wartości większe od 0,5 w większym stopniu uprawdopodobniają wystąpienie rozważanego zdarzenia, w przeciwieństwie do wartości mniejszej, od 0,5, które w mniejszym stopniu to uprawdopodobniają.

W stworzonych modelach teoretycznych, jak również w analizie realnej sprawy, próbkowanie obejmowało losowe typowanie partii obiektów w liczbie: 10%, 25% i 50% populacji (całości materiału), liczonych od wartości początkowej. Analizie rozkładu prawdopodobieństwa poddano trzy sytuacje:

²⁰ K. Tomaszewski, B. Krzemińska, T. Szczepański, Zarządzanie badaniami wizualizacyjnymi – próbkowanie, *Problemy Kryminalistyki* 2008, nr 261, s. 27–34.

²¹ *Ibidem*.

- ściśle określona liczba wytypowanych w kolejnych losowaniach obiektów posiada pożądaną cechę,
- co najmniej jeden wytypowany w kolejnych losowaniach obiekt posiada pożądaną cechę (w tym przypadku prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby próbek o wartości >0 będzie się sumowało),
- wszystkie wytypowane w losowaniu obiekty posiadają pożądaną cechę.

Prawdopodobieństwo takiego wytypowania wyliczono wykorzystując funkcję rozkładu hipergeometrycznego w programie Microsoft Excel 2016. Tego samego narzędzia użyto do graficznego przedstawienia wyników analizy w postaci wykresów graficznych.

Funkcja rozkładu hipergeometrycznego charakteryzuje się tym, że prawdopodobieństwo sukcesu w kolejnych próbach się zmienia. Przykładem takiego doświadczenia jest losowanie bez zwracania. Ze zbioru N elementowego pobiera się próbkę liczącą n elementów, wśród których M obiektów ma pożądaną przez nas cechę, a $N-M$ nie posiada tej cechy. Podaną sytuację dobrze opisuje poniższy wzór²²:

$$P(X = x) = h(x; n, M, N) = \frac{\binom{M}{x} \binom{N-M}{n-x}}{\binom{N}{n}}$$

gdzie:

x = liczba sukcesów ($0 \leq x \leq \min(n, M)$),

n = liczebność próbki ($n = 0, 1, 2, \dots, N$),

M = liczba elementów posiadających pożądaną cechę ($M = 0, 1, 2, \dots, N$),

N = liczebność populacji ($N = 0, 1, 2, \dots$).

Dla potrzeb niniejszej publikacji przyjęto pewne założenia co do sposobu zapisu wartości liczbowych:

- ze względu na fakt, że obliczone wartości prawdopodobieństwa w wielu przypadkach przyjmowały przybliżone wartości, podawane są z rozszerzeniem do trzeciego miejsca po przecinku,
- w przypadku prawdopodobieństw bliskich wartości 1, przyjęto formę zapisu: $0,(9)_n$, gdzie n oznacza liczbę dziewiątek po przecinku²³,
- dla wartości bliskich zeru przyjęto formę zapisu $1 \cdot 10^{-n}$, gdzie n oznacza liczbę zer po przecinku²⁴.

²² W. Krysiński, J. Bartos, W. Dyczka, K. Królikowska, M. Wasilewski, Rachunek prawdopodobieństwa i statystyka matematyczna w zadaniach. Rachunek prawdopodobieństwa, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012, wydanie 9, s. 84.

²³ Przykładowo zapis $0,(9)_5$ oznacza liczbę 0,99999, natomiast zapis $0,(9)_{10}$ oznacza liczbę 0,9999999999.

W celu zweryfikowania możliwości zastosowania w praktyce próbkowania materiału w badaniach daktyloskopijnych i porównania wyników ze stworzonymi teoretycznymi modelami, analizie poddano także sprawę z praktyki laboratoryjnej Biura Badań Kryminalistycznych ABW. Przedmiot badań stanowiły dokumenty finansowe w liczbie 850 arkuszy, których zawartości nie analizowano, a ze względu na sposób zabezpieczenia, uznano je za jednorodny materiał badawczy (uzyskane informacje od zlecającego badania dotyczące miejsca zabezpieczenia wskazywały, że nie można było wyróżnić jakiegokolwiek części bądź poszczególnych elementów z całości materiału). Badaniom daktyloskopijnym poddano całość materiału, wobec czego możliwe było przeprowadzenie analizy prawdopodobieństwa uzyskania konkretnych wyników w trakcie kolejnych losowań, w tym przypadku ujawnienia śladów daktyloskopijnych, jak również ustalenia zgodności (identyfikację) ujawnionych śladów z materiałem porównawczym, na poszczególnych arkuszach dokumentów.

W wyniku przeprowadzonych daktyloskopijnych badań wizualizacyjnych ujawniono ślady linii papilarnych kwalifikujące się do identyfikacji na 142 arkuszach, co stanowiło 16,71% wszystkich dostarczonych do badań arkuszy. Dalsze badania identyfikacyjne pozwoliły wskazać, że ślady linii papilarnych pochodzące od osoby, której odfitki linii papilarnych stanowiły w ekspertyzie materiał porównawczy, zostały ujawnione na 63 arkuszach, co stanowiło 7,41% wszystkich dostarczonych do badań arkuszy. W dalszych analizach uwzględniano tylko liczbę arkuszy. Zatem w sytuacji, gdy na jednym arkuszu ujawniono, bądź zidentyfikowano więcej niż jeden ślad linii papilarnych, w dalszych analizach uwzględniano to jako jeden arkusz stanowiący próbkę posiadającą pożądaną cechę.

Podobnie jak w przypadku analizy teoretycznych modeli, obliczono prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby arkuszy, jak również co najmniej jednego arkusza, posiadających pożądaną cechę (ujawnienie śladów linii papilarnych lub zidentyfikowanie ujawnionego śladu linii papilarnych).

4.1. Prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby próbek posiadających pożądaną cechę

4.1.1. Model 1/100

W przypadku próbkowania z populacji, stanowiącej zbiór 100 jednorodnych obiektów, po 10% materiału (dziesięć losowań), prawdopodobieństwo wytypowania jednej (w tym przypadku jedynej) próbki posiadającej pożądaną cechę w pierwszym losowaniu wynosi 0,1 i z każdym kolejnym losowa-

²⁴ Przykładowo zapis $1 \cdot 10^{-5}$ oznacza liczbę 0,00001, natomiast zapis $1 \cdot 10^{-10}$ oznacza liczbę 0,0000000001.

niem nieznacznie wzrasta osiągając wartość 0,333 przy ósmym losowaniu. Dopiero dziewiąte losowanie daje wartość 0,5, co daje takie samo prawdopodobieństwo wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę, jak i próbki nieposiadającej tej cechy. Ostatnie dziesiąte losowanie wskazuje na wartość 1, co należy rozumieć jako pewność, że wytypowana zostanie jedyna próbka posiadająca pożądaną cechę. Jak łatwo zauważyć, wynik nie może być inny, gdyż jedyna próbka posiadająca pożądaną cechę w poprzednich losowaniach nie została wytypowana.

Zmiana wielkości typowanych z populacji w kolejnych losowaniach próbek do 25% (cztery losowania) powoduje, że wartość prawdopodobieństwa wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę w losowaniu pierwszym wzrasta do 0,25 i 0,333 w drugim. Trzecie losowanie daje wartość 0,5, co daje 50% szansy na powodzenie, i co łatwo przewidzieć ostatnie czwarte losowanie daje pewność wylosowania próbki posiadającej pożądaną cechę.

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje, że w pierwszym losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę wynosi już 0,5, co daje takie samo prawdopodobieństwo jej niewytypowania. Naturalnie ostatnie, a w tym przypadku drugie losowanie, daje wartość 1.

4.1.2. Model 10/100

Model ten pod względem analizy jest bardziej skomplikowany, ponieważ zachodzi możliwość wystąpienia w kolejnych losowaniach większej kombinacji próbek posiadających pożądaną cechę, a mianowicie od 0 do 10. W przypadku próbkowania z populacji po 10% materiału (dziesięć losowań), prawdopodobieństwo wytypowania 1 próbki waha się w granicach od 0,408 do 0,332 w pierwszych kolejnych pięciu losowaniach. W szóstym i siódmym losowaniu występuje największe prawdopodobieństwo wytypowania 2 próbek posiadających pożądaną cechę (odpowiednio 0,337 i 0,31). Ósme losowanie wskazuje na najbardziej prawdopodobne wytypowanie – 3 próbek (0,309), natomiast dziewiąte – 4 próbek (0,344). Przy kolejnym, ostatnim (dziesiątym) losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania 10 próbek osiąga wartość 1, co należy rozumieć jako pewność, że wytypowane zostaną wszystkie próbki posiadające pożądaną cechę. Podobnie jak w poprzednim rozważanym modelu wynik nie może być inny, gdyż 10 próbek posiadających pożądaną cechę w poprzednich losowaniach nie zostało wytypowanych.

Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (cztery losowania) powoduje nieznaczne obniżenie wartości obliczonego prawdopodobieństwa wytypowania próbek posiadających pożądaną cechę i wynosi maksymalnie 0,292 dla 2 próbek w pierwszym losowaniu, 0,277 dla 3 próbek w drugim i 0,275 dla 5 próbek w trzecim losowaniu. Ostatnie

czwarte losowanie daje pewność (wartość 1) wylosowania wszystkich dziesięciu nietrafiionych wcześniej próbek posiadających pożądaną cechę.

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje, że w pierwszym losowaniu występuje największe prawdopodobieństwo wytypowania 5 próbek posiadających pożądaną cechę i wynosi 0,259. Naturalnie ostatnie, a w tym przypadku drugie losowanie, daje wartość 1.

4.1.3. Model 20/100

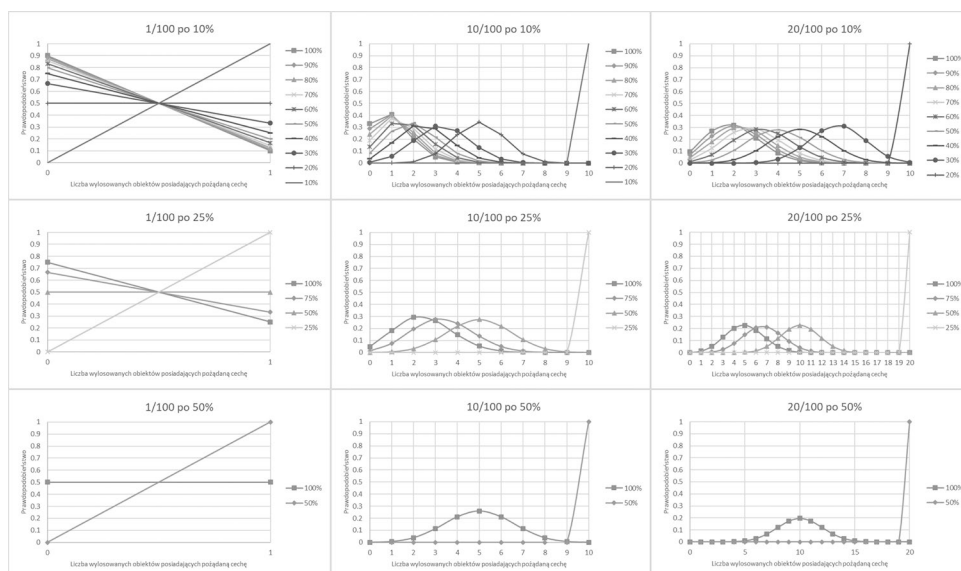
Model ten jest podobny do poprzednio rozważanego, w szczególności jeżeli chodzi o próbkowanie z populacji po 10% materiału (dziesięć losowań). Należy podkreślić, że w tym przypadku liczba w zbiorze próbek posiadających pożądaną cechę (20 próbek) jest większa niż liczba typowanych próbek w każdym losowaniu (10 próbek). W tym przypadku najbardziej prawdopodobne będzie wytypowanie 2 próbek posiadających pożądaną cechę w kolejnych trzech pierwszych losowaniach (odpowiednio 0,318, 0,314 i 0,295). W czwartym i piątym typowaniu najbardziej prawdopodobne będzie wylosowanie 3 próbek posiadających pożądaną cechę i wyniesie odpowiednio wartość 0,287 i 0,282. Podobne prawdopodobieństwo uzyskamy przy 4 próbkach w szóstym (0,28) i 5 próbkach w siódmym losowaniu (0,284). Prawdopodobieństwo wytypowania 7 próbek w ósmym losowaniu osiągnie wartość 0,31. Ze względu na wspomnianą wcześniej zależność między wielkością typowanych próbek a zbiorem próbek posiadających pożądaną cechę, obliczona wartość prawdopodobieństwa wytypowania wszystkich 20 próbek, wyniesie wartość 1 już w dziewiątym losowaniu (pozostały zbiór zawiera 20 elementów). W tym wypadku analiza losowania dziesiątego jest zatem bezzasadna.

Zmiana wielkości typowanych próbek do 25% (cztery losowania) powoduje nieznaczne obniżenie wartości obliczonego prawdopodobieństwa i wynosi 0,226 dla 5 próbek, 0,212 dla 7 próbek i 0,227 dla 10 próbek, obliczonych dla pierwszych trzech kolejnych losowań. Ostatnie czwarte losowanie daje pewność (wartość 1) wylosowania wszystkich dwudziestu nietrafiionych wcześniej próbek posiadających pożądaną cechę.

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje, że w pierwszym losowaniu występuje największe prawdopodobieństwo wytypowania 10 próbek posiadających pożądaną cechę i wynosi 0,197. Ostatnie, a w tym przypadku drugie losowanie, daje wartość 1.

Na rycinie 1 przedstawiono w formie wykresów zależność prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby próbek posiadających pożądaną cechę, obliczone dla trzech rozważanych modeli teoretycznych.

Rycina 1. Wykresy przedstawiające prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby próbek posiadających pożądaną cechę, obliczone dla trzech zastosowanych modeli teoretycznych (1/100, 10/100, 20/100) przy zastosowaniu próbkowania obejmującego 10%, 25% i 50% materiału badawczego liczonego od wartości początkowej.



Źródło – opracowanie własne.

4.1.4. Sprawa z daktyloskopijnej praktyki laboratoryjnej (populacja 850 arkuszy, z których ślady linii papilarnych ujawniono na 142 i zidentyfikowano na 63)

W badaniach wizualizacyjnych (populacja 850 → sukces 142 – 16,71%) w przypadku próbkowania po 10% materiału (85 arkuszy – 10 losowań), w pierwszym losowaniu największe prawdopodobieństwo zachodzi dla wytypowania 14 arkuszy, na których zostały ujawnione ślady linii papilarnych i wynosi 0,122. Drugie losowanie wskazuje na prawdopodobieństwo o wartości 0,116 ujawnienia śladów na 15 lub 0,117 na 16 arkuszy, natomiast trzecie losowanie wskazuje na takie samo prawdopodobieństwo wylosowania 17 lub 18 arkuszy (0,112). W kolejnych losowaniach prawdopodobieństwo wynosi 0,104, 0,109, 0,106 i dotyczy odpowiednio 19, 20, 21 arkuszy w czwartym, 0,104 dla 23 i 0,105 dla 24 arkuszy w piątym, 0,102 dla 28 i 0,101 dla 29 arkuszy w szóstym, 0,1 dla 35 i 36 arkuszy w siódmym oraz 0,106 dla 47 i 0,105 dla 48 arkuszy w ósmym losowaniu. W dziewiątym zachodzi największe prawdopodobieństwo wytypowania 71 arkuszy i wynosi 0,163. Należy podkreślić, że w tym przypadku liczba w zbiorze próbek po-

siadających pożądaną cechę jest większa niż liczba typowanych próbek i z tego powodu analiza losowania dziesiątego jest bezzasadna.

Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (213 arkuszy – cztery losowania) powoduje, że najbardziej prawdopodobne jest wytypowanie 34, 35 lub 36 arkuszy w pierwszym, 47 w drugim, 71 w trzecim. Należy podkreślić, że we wszystkich tych przypadkach prawdopodobieństwo wynosi tylko ok. 0,08, co należy interpretować jako mało prawdopodobne. Co łatwo przewidzieć ostatnie czwarte losowanie daje pewność (wartość 1) wylosowania wszystkich arkuszy, na których ujawniono ślady linii papilarnych.

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (425 arkuszy – dwa losowania) powoduje, że w pierwszym losowaniu najbardziej prawdopodobne jest wytypowanie 71 arkuszy i wynosi 0,073. Naturalnie ostatnie, a w tym przypadku drugie losowanie, daje wartość 1.

Jeżeli chodzi o badania identyfikacyjne (populacja 850 → sukces 63 – 7,41%) w przypadku próbkowania po 10% materiału (85 arkuszy – 10 losowań), w pierwszym losowaniu zachodzi największe prawdopodobieństwo wytypowania 6 arkuszy, na których ślady linii papilarnych zostały ujawnione, a następnie zidentyfikowane i wynosi 0,174. Drugie losowanie wskazuje na prawdopodobieństwo o wartości 0,165, wytypowania na 7 arkuszach. W kolejnych losowaniach prawdopodobieństwo wynosi 0,155 dla 7 i 0,157 dla 8 arkuszy w trzecim i 0,15 dla 9 arkuszy w czwartym. W piątym zachodzi największe prawdopodobieństwo wytypowania 10 arkuszy i wynosi 0,143, zaś w szóstym 12 lub 13 arkuszy i wynosi odpowiednio 0,134 i 0,133. Dalej największe prawdopodobieństwo wynosi 0,127 i dotyczy 16 arkuszy w siódmym, 0,122 dla 21 w ósmym oraz 0,126 dla 31 i 32 w dziewiątym losowaniu. Ostatnie dziesiąte losowanie wskazuje na wartość 1, co należy rozumieć jako pewność, że wytypowane zostaną wszystkie 63 arkusze, na których ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane. Wynik nie może być inny, gdyż arkusze te w poprzednich losowaniach nie zostały wytypowane.

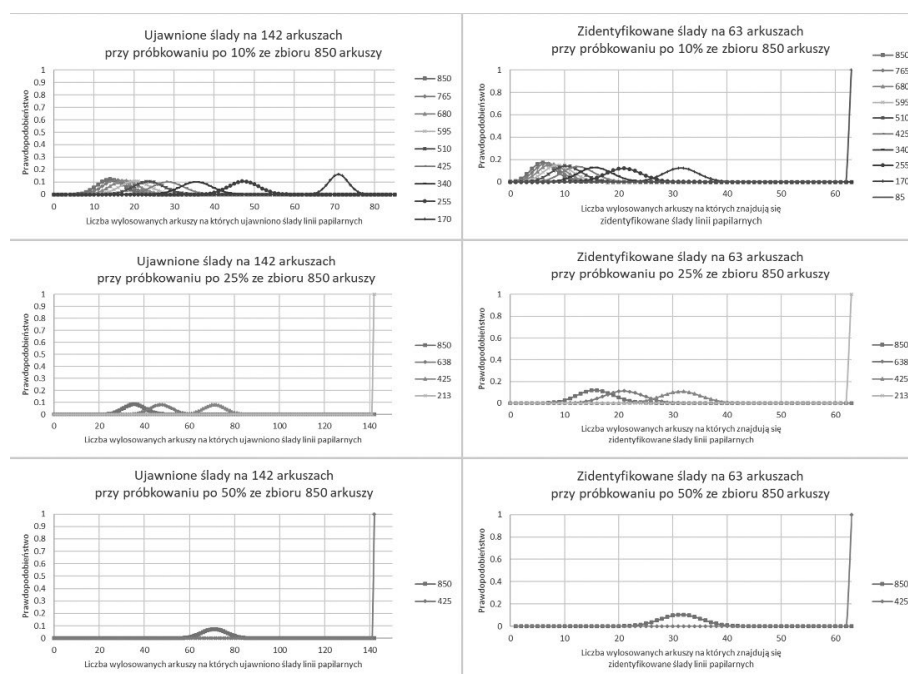
Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (213 arkuszy – cztery losowania) powoduje, że najbardziej prawdopodobne jest wytypowanie 16 w pierwszym, 21 w drugim, 32 w trzecim. Należy podkreślić, że we wszystkich tych przypadkach prawdopodobieństwo wynosi ok. 0,1. Co łatwo przewidzieć ostatnie czwarte losowanie daje pewność wylosowania wszystkich arkuszy, na których ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane.

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (425 arkuszy – dwa losowania) powoduje, że w pierwszym losowaniu najbardziej prawdopodobne jest wytypowanie 31 i 32 arkuszy i wynosi tylko 0,103. Naturalnie ostatnie, a w tym przypadku drugie losowanie, daje wartość 1.

Na rycinie 2 przedstawiono w formie wykresów zależność prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby arkuszy posiadających pożądaną cechę (ujawniony bądź zidentyfikowany ślad linii

papilarnych), obliczone dla danych pochodzących z autentycznej sprawy z daktyloskopijnej praktyki laboratoryjnej.

Rycina 2. Wykresy przedstawiające prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby arkuszy ze śladami ujawnionymi (zbiór 142 z 850 – 16,71%) oraz ze śladami zidentyfikowanymi (zbiór 63 z 850 arkuszy – 7,41%), obliczone przy zastosowaniu próbkowania obejmującego 10%, 25% i 50% materiału badawczego liczonego od wartości początkowej.



Źródło – opracowanie własne.

4.2. Prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę.

4.2.1. Model 1/100

W przypadku próbkowania z populacji po 10% materiału (dziesięć losowań), prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednej (w tym przypadku jedynej) próbki posiadającej pożądaną cechę w pierwszym losowaniu wynosi 0,1 i z każdym kolejnym losowaniem wzrasta osiągając wartość 0,5 przy dziewiątym losowaniu. Ostatnie dziesiąte losowanie wskazuje na wartość prawdopodobieństwa 1, co należy rozumieć jako pewność, że próbka posiadająca pożądaną cechę zostanie wytypowana.

Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (cztery losowania) powoduje, że wartość prawdopodobieństwa wytypowania

próbki posiadającej pożądaną cechę w losowaniu pierwszym wzrasta do 0,25. W kolejnych dwóch losowaniach prawdopodobieństwo dalej wzrasta do wartości odpowiednio 0,333 i 0,5. Ostatnie czwarte losowanie daje pewność (wartość 1) wylosowania próbki posiadającej pożądaną cechę.

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje, że w pierwszym losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę wynosi 0,5, co daje takie samo prawdopodobieństwo jej niewytypowania. Naturalnie ostatnie, a w tym przypadku drugie losowanie, daje wartość 1.

4.2.2. Model 10/100

W przypadku próbkowania z populacji po 10% materiału (dziesięć losowań), prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednej z 10 próbek posiadającej pożądaną cechę już w pierwszym losowaniu wynosi 0,67 i z każdym kolejnym losowaniem wzrasta osiągając wartość 0,999 przy ósmym losowaniu. Ostatnie dziesiąte losowanie wskazuje na wartość 1, co należy rozumieć jako pewność, że wszystkie 10 próbek posiadających pożądaną cechę zostanie wytypowane.

Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (cztery losowania) powoduje, że wartość prawdopodobieństwa wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę już w pierwszym losowaniu wzrasta do 0,952. W praktyce oznacza to, że jest bardzo mało prawdopodobne niewytypowanie już w pierwszym losowaniu co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę. W kolejnych losowaniach prawdopodobieństwo to jeszcze wzrasta osiągając w ostatnim wartość 1, co daje pewność wylosowania co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę (w rzeczywistości wszystkich 10 próbek).

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje także w tym przypadku, że już w pierwszym losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę jest prawie pewne i wynosi 0,999, a drugie losowanie daje wartość 1.

4.2.3. Model 20/100

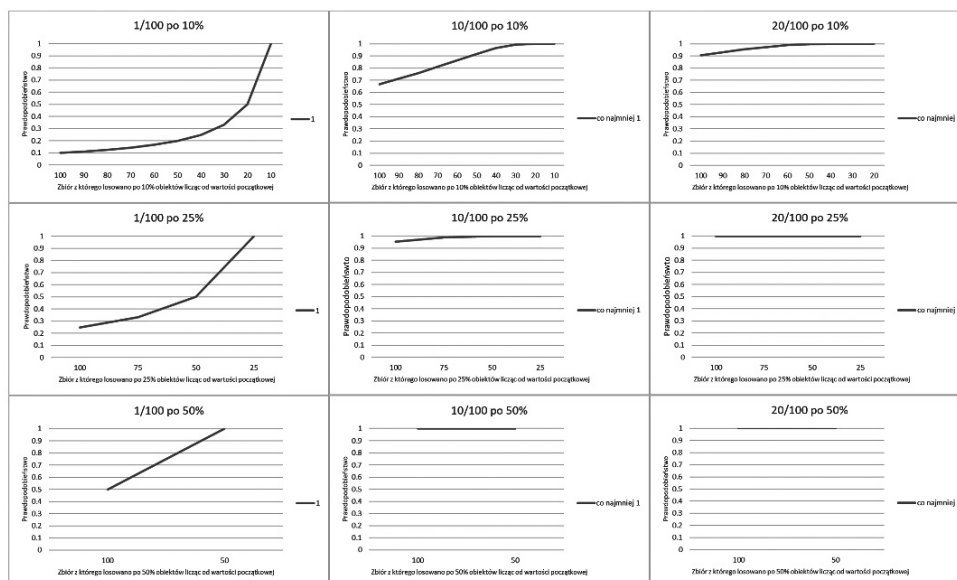
Jeżeli chodzi o próbkowanie z populacji po 10% materiału (dziesięć losowań), to prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednej z 20 próbek posiadającej pożądaną cechę już w pierwszym losowaniu wynosi 0,905 i z każdym kolejnym losowaniem wzrasta osiągając wartość 0,999 w siódmym losowaniu. Ze względu na wspomnianą już wcześniej zależność między wielkością typowanych próbek a zbiorem próbek posiadających pożądaną cechę, obliczona wartość prawdopodobieństwa wytypowania co najmniej 1 próbki, o ile wcześniej nie została wytypowana, wyniesie wartość 1 już w ósmym losowaniu (pozostały zbiór zawiera 20 elementów). W tym wypadku analiza losowania dziesiątego jest zatem bezzasadna.

Zwiększenie zbioru typowanych próbek do 25% (cztery losowania) powoduje, że wartość prawdopodobieństwa wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę już w pierwszym losowaniu osiąga wartość 0,999. W praktyce oznacza to, że jest bardzo mało prawdopodobne niewytypowanie już w pierwszym losowaniu co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę. W kolejnych losowaniach prawdopodobieństwo to jeszcze wzrasta osiągając w ostatnim wartość 1, co daje pewność wylosowania co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę (w rzeczywistości wszystkich 20 próbek).

Kolejne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje także w tym przypadku, że już w pierwszym losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania próbki posiadającej pożądaną cechę jest niemal pewne (0,999), a drugie losowanie daje oczekiwaną wartość 1.

Na rycinie 3 przedstawiono w formie wykresów zależność prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę, obliczone dla trzech rozważanych modeli teoretycznych.

Rycina 3. Wykresy przedstawiające prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę obliczone w trzech zastosowanych modelach teoretycznych (1/100, 10/100, 20/100) przy zastosowaniu próbkowania obejmującego 10%, 25% i 50% materiału badawczego liczonego od wartości początkowej.



Źródło – opracowanie własne.

4.2.4. Autentyczna sprawa z daktyloskopijnej praktyki laboratoryjnej (populacja 850 arkuszy, z których ślady linii papilarnych ujawniono na 142 i zidentyfikowano na 63)

W badaniach wizualizacyjnych (populacja 850 → sukces 142 – 16,71%) w przypadku próbkowania po 10% materiału (85 arkuszy – 10 losowań) prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednego arkusza, na którym zostały ujawnione ślady linii papilarnych jest ekstremalnie duże, i już w pierwszym losowaniu wynosi $0,9_7$. Kolejne losowania jeszcze bardziej zwiększają to prawdopodobieństwo jednak odnotowywane różnice dotyczą już wyłącznie pojawiających się kolejnych dziewiątek po przecinku, by już w czwartym, i tak aż do dziewiątego losowania, osiągnąć wartość 1. Jak już wspomniano, w tym przypadku liczba w zbiorze próbek posiadających pożądaną cechę jest większa od liczby typowanych próbek w każdym losowaniu, zatem analiza losowania dziesiątego jest bezzasadna (pozostały zbiór w liczbie 170 zawiera wszystkie 142 arkusze z ujawnionymi śladami).

Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (cztery losowania) powoduje, że w pierwszym i drugim losowaniu prawdopodobieństwo wylosowania co najmniej jednego arkusza, na którym zostały ujawnione ślady linii papilarnych według obliczeń wynosi $0,9_{14}$. W trzecim i czwartym losowaniu prawdopodobieństwo wynosi 1.

Następne zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje, że w pierwszym i drugim losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednego arkusza, na którym zostały ujawnione ślady linii papilarnych jest pewne i wynosi 1.

Podobnie wygląda sytuacja, jeżeli chodzi o badania identyfikacyjne (populacja 850 → sukces 63 – 7,41%). W przypadku próbkowania po 10% materiału (85 arkuszy – 10 losowań), w pierwszym losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednego arkusza na którym ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane wynosi już $0,9_3$. W kolejnych losowaniach wartość prawdopodobieństwa zwiększa się jeszcze bardziej, by w ósmym i kolejnych losowaniach osiągnąć wartość 1.

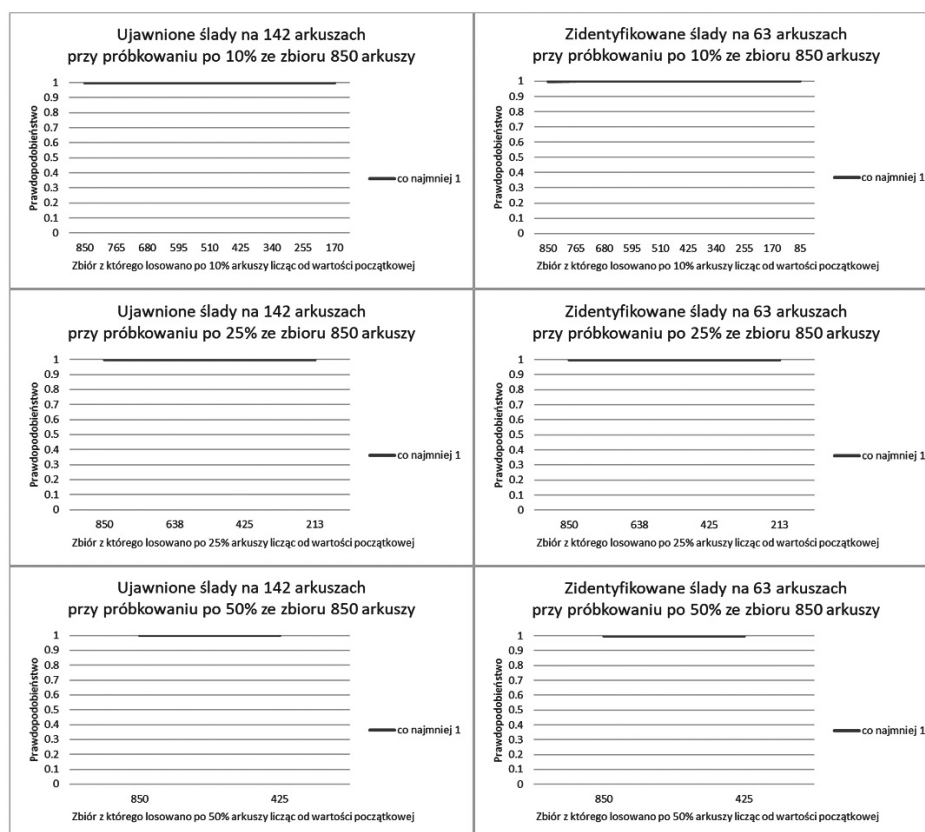
Zmiana wielkości typowanych w kolejnych losowaniach próbek do 25% (cztery losowania) także nie powoduje zmiany sytuacji. Już w pierwszym losowaniu prawdopodobieństwo wylosowania co najmniej jednego arkusza, na których ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane jest wysokie i wynosi $0,9_8$, a w drugim $0,9_{12}$. W kolejnych dwóch losowaniach wyliczone prawdopodobieństwo osiąga wartość 1.

Zwiększenie rozmiaru typowanych próbek do 50% (dwa losowania) powoduje, że w pierwszym i drugim losowaniu prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednego arkusza z którego ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane wynosi 1.

Powyższe dane należy interpretować w taki sposób, że sytuacja, w której przy każdym losowaniu nie wytypowano co najmniej jednego arkusza na którym zostały ujawnione ślady linii papilarnych, jak również co najmniej jednego arkusza z którego ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane jest w większości przypadków wysoce nieprawdopodobna.

Na rycinie 4 przedstawiono w formie wykresów zależność prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach co najmniej jednego arkusza posiadającego pożądaną cechę (ujawniony bądź zidentyfikowany ślad linii papilarnych), obliczone dla danych pochodzących ze sprawy z daktyloskopijnej praktyki laboratoryjnej.

Rycina 4. Wykresy przedstawiające prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach co najmniej jednego arkusza ze śladami ujawnionymi (zbiór 142 z 850 – 16,71%) oraz ze śladami zidentyfikowanymi (zbiór 63 z 850 arkuszy – 7,41%), obliczone przy zastosowaniu próbkowania obejmującego 10%, 25% i 50% materiału badawczego liczonego od wartości początkowej.



Źródło – opracowanie własne.

4.3. Prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę.

4.3.1. Model 1/100

W tym modelu wylosowanie zbioru próbek posiadających pożądaną cechę w liczbie większej niż jeden jest niemożliwe, gdyż populacja zawiera tylko jeden taki obiekt. Zatem prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich (w tym przypadku jednej) dla wszystkich rozpatrywanych typowań różnej liczby obiektów jest tożsame z analizowanym powyżej przypadkiem opisanym w punkcie 4.2.1., wskazującym na prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednego obiektu z badanej populacji.

4.3.2. Model 10/100

W przypadku próbkowania z populacji po 10% materiału (dziesięć losowań) prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę w kolejnych dziewięciu losowaniach jest niezwykle mało prawdopodobne i wynosi w pierwszym $5,78 \cdot 10^{-14}$, następnie minimalnie wzrasta, by osiągnąć w dziewiątym $5,4 \cdot 10^{-6}$.

Zwiększając zbiór typowanych próbek do 25% (cztery losowania) prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę wynosi $1,89 \cdot 10^{-7}$ dla pierwszego, $3,94 \cdot 10^{-6}$ dla drugiego i $3,2 \cdot 10^{-4}$ dla trzeciego losowania. W ostatnim losowaniu prawdopodobieństwo wzrasta do wartości 1.

Dla próbkowania po 50% (dwa losowania) prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę wynosi $5,93 \cdot 10^{-4}$ dla pierwszego i 1 dla drugiego losowania.

4.3.3. Model 20/100

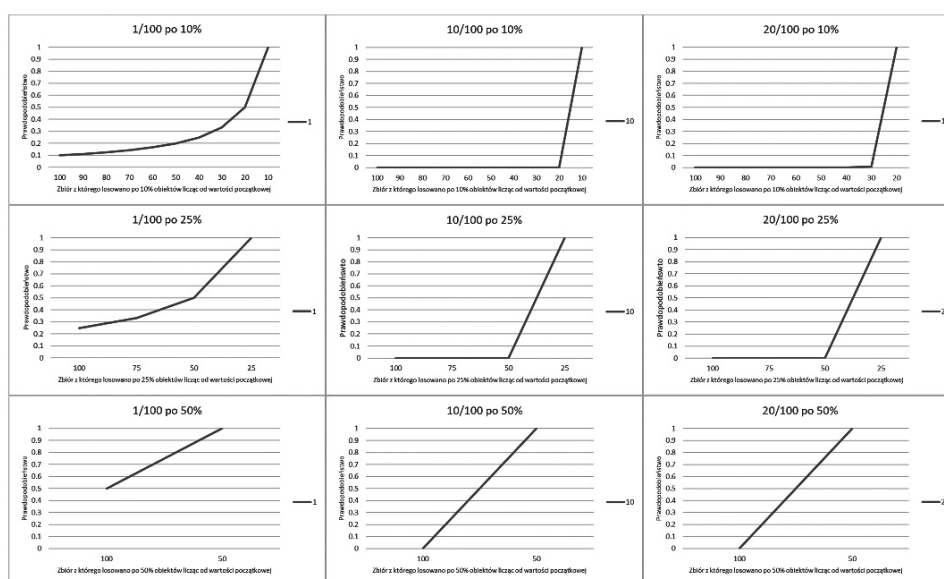
W przypadku próbkowania z populacji po 20% materiału, prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę w kolejnych dziewięciu losowaniach jest mało prawdopodobne i wynosi w pierwszym $1,07 \cdot 10^{-8}$, a następnie minimalnie wzrasta, by osiągnąć w ósmym $6,15 \cdot 10^{-3}$. W ostatnim dziewiątym losowaniu prawdopodobieństwo osiąga wartość 1. W tym przypadku można przeprowadzić tylko dziewięć losowań z uwagi na fakt, że liczba próbek posiadających pożądaną cechę jest dwukrotnie wyższa od liczby typowanych w każdym losowaniu próbek.

Zwiększając zbiór typowanych próbek do 25% (cztery losowania) prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę wynosi $9,9 \cdot 10^{-17}$ dla pierwszego, $6,62 \cdot 10^{-14}$ dla drugiego i $1,13 \cdot 10^{-9}$ dla trzeciego losowania. W ostatnim losowaniu prawdopodobieństwo wzrasta do wartości 1.

Dla próbkowania po 50% (dwa losowania) prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę wynosi $8,79 \cdot 10^{-8}$ dla pierwszego i 1 dla drugiego losowania.

Na rycinie 5 przedstawiono w formie wykresów zależność prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę, obliczone dla trzech rozważanych modeli teoretycznych.

Rycina 5. Wykresy przedstawiające prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę obliczone w trzech zastosowanych modelach teoretycznych (1/100, 10/100, 20/100) przy zastosowaniu próbkowania obejmującego 10%, 25% i 50% materiału badawczego liczonego od wartości początkowej.



Źródło – opracowanie własne.

4.3.4. Sprawa z daktyloskopijnej praktyki laboratoryjnej (populacja 850 arkuszy, z których ślady linii papilarnych ujawniono na 142 i zidentyfikowano na 63)

W badaniach wizualizacyjnych (populacja 850 → sukces 142 – 16,71%) liczba arkuszy, na których ujawniono ślady linii papilarnych jest większa niż liczba typowanych próbek w każdym losowaniu i w przypadku próbkowania po 10% możliwe jest przeprowadzenie tylko dziewięciu losowań. Z tego względu w każdym kolejnym losowaniu obliczono prawdopodobieństwo

wytypowania 85 arkuszy (próbkowanie 10% populacji), a nie wszystkich obecnych w całej populacji 142 arkuszy. Nie zmienia to faktu, że we wszystkich możliwych kolejno przeprowadzanych losowaniach prawdopodobieństwo wytypowania 85 arkuszy, na których ujawniono ślady linii papilarnych jest bliskie 0, począwszy od $5,13 \cdot 10^{-79}$ dla pierwszego i $2,58 \cdot 10^{-10}$ dla dziewiątego losowania.

Dla 25% próbkowania, prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich arkuszy, na których ujawniono ślady linii papilarnych, w kolejnych losowaniach jest ekstremalnie małe i wynosi $3,3 \cdot 10^{-108}$ dla pierwszego i $2,79 \cdot 10^{-59}$ dla trzeciego losowania. W ostatnim losowaniu prawdopodobieństwo wzrasta do wartości 1.

W przypadku 50% próbkowania prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich arkuszy, na których ujawniono ślady linii papilarnych wynosi $1,19 \cdot 10^{-49}$ dla pierwszego i 1 dla drugiego losowania.

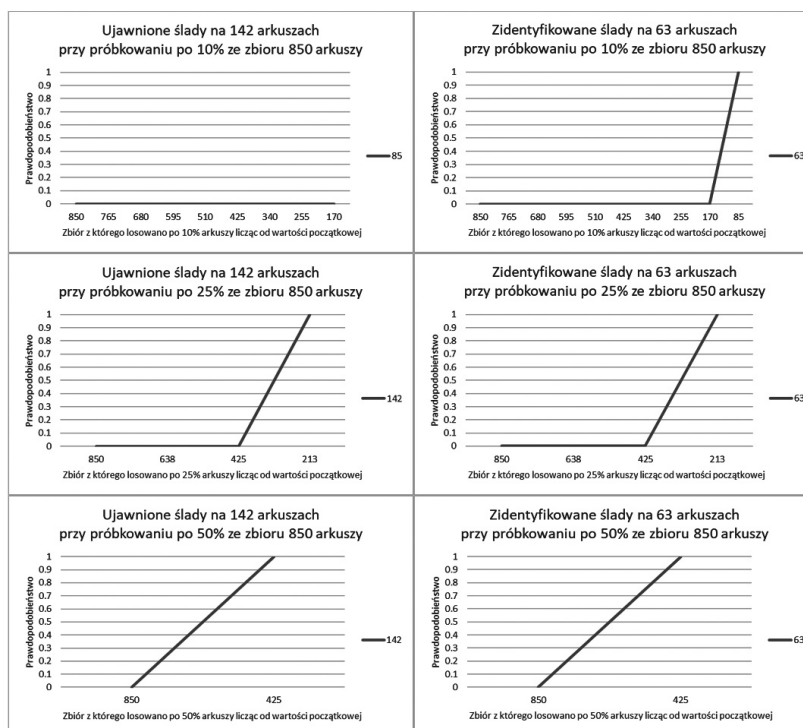
Jednakowo wygląda sytuacja, jeżeli chodzi o badania identyfikacyjne (populacja 850 → sukces 63 – 7,41%). Dla próbkowania po 10% prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich arkuszy, na których ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane, w kolejnych losowaniach wynosi $7,39 \cdot 10^{-77}$ dla pierwszego i wzrasta do $4,24 \cdot 10^{-28}$ dla dziewiątego losowania. Dopiero w ostatnim losowaniu prawdopodobieństwo wzrasta do wartości 1.

Dla 25% próbkowania, prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich arkuszy, na których zostały zidentyfikowane, w kolejnych losowaniach jest ekstremalnie małe i wynosi $5,21 \cdot 10^{-42}$ dla pierwszego i $5,75 \cdot 10^{-22}$ dla trzeciego losowania. W ostatnim losowaniu prawdopodobieństwo wzrasta do wartości 1.

W przypadku 50% próbkowania prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich arkuszy, na których ślady linii papilarnych zostały zidentyfikowane, wynosi $9,06 \cdot 10^{-21}$ dla pierwszego i 1 dla drugiego losowania.

Na rycinie 6 przedstawiono w formie wykresów zależność prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach wszystkich arkuszy posiadających pożądaną cechę (ujawniony bądź zidentyfikowany ślad linii papilarnych), obliczone dla danych pochodzących z autentycznej sprawy z daktyloskopijnej praktyki laboratoryjnej.

Rycina 6. Wykresy przedstawiające prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach wszystkich arkuszy ze śladami ujawnionymi (zbiór 142 z 850 – 16,71%) oraz ze śladami zidentyfikowanymi (zbiór 63 z 850 arkuszy – 7,41%), obliczone przy zastosowaniu próbkowania obejmującego 10%, 25% i 50% materiału badawczego liczonego od wartości początkowej.



Źródło – opracowanie własne.

5. Dyskusja

Analiza stworzonych modeli teoretycznych tworzących różnorodne populacje, jak również sprawy z praktyki laboratoryjnej Biura Badań Kryminalistycznych ABW, dostarczyła danych obejmujących rozkłady prawdopodobieństwa wytypowania próbek w trzech rozpatrywanych sytuacjach próbkowania, a mianowicie po 1%, 10% i 20% całości populacji.

W pierwszej kolejności obliczono prawdopodobieństwo wytypowania w kolejnych losowaniach określonej liczby próbek posiadających pożądaną cechę. Stwierdzono zależność polegającą na zmniejszaniu się wartości maksymalnego prawdopodobieństwa wytypowania określonej liczby próbek posiadających pożądaną cechę wraz ze wzrostem liczebności zbioru tych próbek w całej populacji.

Obliczone rozkłady prawdopodobieństwa uzyskania w losowaniu z badanych populacji co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę wskazały kolejne zależności:

- zwiększanie puli losowanych próbek powoduje wzrost prawdopodobieństwa wytypowania w każdym losowaniu co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę. Dla populacji o niskiej częstotliwości występowania próbek posiadających pożądaną cechę (np. 1%), prawdopodobieństwo wylosowania co najmniej jednej takiej próbki w pierwszym losowaniu wynosi 0,1 przy próbkowaniu 10%. Zwiększenie typowanego zbioru powoduje wzrost prawdopodobieństwa do 0,25 przy 25% i 0,5 przy 50%. Wartości te rosną z każdym kolejnym losowaniem osiągając w końcu wartość 1,
- zwiększenie procentowe w populacji udziału próbek posiadających pożądaną cechę powoduje znaczący wzrost prawdopodobieństwa wytypowania co najmniej jednej takiej próbki i wynosi dla próbkowania po 10% dla pierwszego losowania 0,1 przy populacji 1/100 i już 0,67 przy populacji 10/100 oraz ok. 0,9 dla populacji 20/100,
- wzrost liczebności całej populacji, mimo zachowania stałego stosunku liczby próbek posiadających pożądaną cechę do liczby próbek nieposiadających, powoduje zwiększenie prawdopodobieństwa wytypowania w każdym losowaniu co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę. Zależność tę łatwo zauważyć w odniesieniu do porównania danych modeli i autentycznej sprawy. W przypadku modelu 10/100 (10% udział w populacji liczącej 100 próbek posiadających pożądaną cechę), przy próbkowaniu 10%, prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę w pierwszym losowaniu wynosi 0,67. Dla porównania zwiększenie liczebności populacji zaobserwowanej w autentycznej sprawie, przy niewielkim zmniejszeniu próbek posiadających pożądaną cechę (7,41% udział w populacji liczącej 850 próbek posiadających pożądaną cechę), powoduje, że prawdopodobieństwo wytypowania co najmniej jednej próbki posiadającej pożądaną cechę już w pierwszym losowaniu jest bliskie wartości 1. W tym przykładzie jest to wartość prawdopodobieństwa wyższa o blisko 0,3 w odniesieniu do modelu 10/100, przy takiej samej metodzie próbkowania.

Rozkłady prawdopodobieństwa uzyskania w losowaniu z badanych populacji wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę, zarówno dla stworzonych modeli teoretycznych, jak również analizowanej autentycznej sprawy, wskazują, że prawdopodobieństwo wytypowania wszystkich takich próbek w kolejnych losowaniach jest bliskie 0. Naturalnie w ostatnim losowaniu prawdopodobieństwo to wzrasta do wartości 1.

Otrzymane rozkłady prawdopodobieństwa wytypowania w kolejnych losowaniach próbek posiadających pożądaną cechę są zbliżone do wyników

otrzymanych przez Tomaszyckiego i współpracowników²⁵ Przedstawione wówczas negatywne podejście do próbkowania w daktyloskopijnych badaniach wizualizacyjnych nie obejmowało zagadnienia związanego z ekonomiką postępowania, a skupiało się na aspektach wykrywczych, w tym przy możliwości wykorzystywania systemu AFIS. Niemniej, należy stwierdzić, że w wielu sytuacjach podejście takie nie jest właściwe. O ile otrzymanie w kolejnych losowaniach wszystkich próbek posiadających pożądaną cechę w rozważanych modelach oraz w autentycznej sprawie jest mało prawdopodobne, to wytypowanie co najmniej jednej takiej próbki jest już wysoce prawdopodobne i rośnie wraz ze zwiększającym się losowanym zbiorem. W praktyce może to oznaczać kluczowy moment realizowanych czynności wykrywczych. W autentycznej sprawie wytypowanie co najmniej jednej próbki, na której ujawniono i zidentyfikowano ślad, bez względu na rozważaną metodę próbkowania, wynosił blisko 1 już w pierwszym losowaniu. Oznacza to, że typując 10% ze zbioru zawierającego 850 próbek, co daje liczbę 85 obiektów, dało prawdopodobieństwo właściwie równe pewności (wartość 1) wskazania już w pierwszym losowaniu osoby podejrzanej. Informacja taka w pewnych sytuacjach mogłaby wcześniej ukierunkować dalsze czynności wykrywcze w prowadzonym postępowaniu. W tym miejscu należy mieć na uwadze fakt, że uzyskany efekt wiązałby się z dużo mniejszymi nakładami sił i środków, co przyczyniłoby się także do krótszego czasu oczekiwania na opinię, umożliwiając zaplanowanie dalszych czynności. Pozostała większa część materiału, w razie potrzeby mogłaby zostać przebadana później, a w tej sytuacji mogłoby to zostać zrealizowane w dogodnym terminie zarówno dla zlecającego badania, jak i dla laboratorium kryminalistycznego. W tej kwestii niezmiernie ważne wydaje się zatem zagadnienie bieżącej współpracy organu zlecającego ekspertyzę z biegłymi, na każdym etapie czynności, gdzie stałe konsultacje mogą przyczynić się do bardziej sprawnego prowadzenia postępowania i unikania zbędnych czynności.

6. Wnioski

Przeprowadzone analizy rozkładów prawdopodobieństwa modeli teoretycznych i autentycznej sprawy wskazują na zasadność rozważenia wdrożenia w praktyce śledczej procedury próbkowania w badaniach daktyloskopijnych. Warunkiem takiego podejścia jest jednak możliwość bezsprzecznego stwierdzenia, że cała przeznaczona do badań populacja jest jednorodna. Obejmować może to zarówno cechy fizyczne np. rodzaj podłoża, jak również kontekst sprawy np. miejsce i czas zabezpieczenia. W praktyce badań daktyloskopijnych, taka sytuacja może dotyczyć zabezpieczonego materiału dowodowego takiego jak: pakiety dokumentów, banknoty, różnego rodzaju

²⁵ K. Tomaszyccki i in., *op. cit.*

opakowania, w tym zawierające substancje odurzające i wiele innych. Należy pamiętać, że wdrożenie próbkowania materiału zależy także od kontekstu prowadzonej sprawy i informacji, jakimi w danej chwili dysponuje organ zlecający badania. Decyzja o wdrożeniu próbkowania powinna być zawsze podjęta przez zlecającego badania, który ma największą wiedzę o prowadzonym postępowaniu, wspólnie z biegłymi, którzy z kolei mają największą wiedzę o metodyce prowadzonych badań daktyloskopijnych. W efekcie, taka decyzja mogłaby usprawnić prowadzone czynności wykrywcze w wielu sytuacjach, a tym samym przyczynić się do szybszego zakończenia postępowania przygotowawczego, przy zachowaniu wszelkich wymagań.

Autorzy dziękują ekspertowi z zakresu badań pisma dr Magdalenie Białas za cenne uwagi przy opracowaniu publikacji.

Bibliografia

1. Champod, Ch., Lennard, Ch., Margot, P., Stoilovic, M., *Fingerprint and other ridge skin impressions. Second Edition*, Boca Raton 2016, CRC Press.
2. *Code of Practice and Conduct, Friction Ridge Detail (Fingerprint) Visualisation and Imaging, FSR-C-127, Issue 2, 2020, Forensic Science Regulator Overseeing Quality.*
3. Cygański A., *Chemiczne metody analizy ilościowej*, Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa 1999, wydanie 5, s. 34.
4. DAB-10 Akredytacja Laboratoriów Badawczych – dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, wydanie 2 z dnia 15 grudnia 2020 r.
5. DAB-10 Akredytacja Laboratoriów Badawczych – dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, wydanie 1 z dnia 12 września 2016 r.
6. Decyzja Ramowa Rady 2009/905/WSiSW z dnia 31 listopada 2009 r. w sprawie akredytacji dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne, Dz. U. UE L 322 z dnia 9 grudnia 2009.
7. Krysicki W., Bartos J., Dyczka W., Królikowska K., Wasilewski M., *Rachunek prawdopodobieństwa i statystyka matematyczna w zadaniach. Rachunek prawdopodobieństwa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012, wydanie 9.
8. Locard E., *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*. Tłumaczenie: R. Merson, E. Wiśniewski, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1937,.
9. Moszczyński J., *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych. Przyczyny i zakres stosowania subiektywnych ocen w wybranych metodach identyfikacji człowieka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego 2011.
10. PN-EN ISO/IEC 17025:2018-02 *Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących.*

11. Szumilo H., Ogólne zagadnienia analizy ilościowej klasycznej, (w:) Kocjan R. (red.), Chemia analityczna, Podręcznik dla studentów. Tom I. Analiza jakościowa. Analiza ilościowa klasyczna, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2002, wydanie 2.
12. Tomaszyci K., Krzemińska B., Szczepański T., Zarządzanie badaniami wizualizacyjnymi – próbkowanie, Problemy Kryminalistyki 2008, nr 261.
13. www.gov.uk/government/organisations/forensic-science-regulator (dostęp: 31 marca 2021 r.).
14. www.ifac.org/system/files/downloads/Polish_GuidetoUsingISAA_Glossary.pdf (dostęp: 31 marca 2021 r.).

Analysis of practical applicability of fingerprint evidence sampling in investigations

Abstract

This paper addresses the topic of engaging forensic laboratories to examine an extensive body of evidence, including but not limited to banknotes, packaging, documents, etc., for fingerprint identification purposes. Where it is possible to unequivocally determine that material is homogenous in terms of both its physical properties (e.g. type of surface on which impressions of friction ridges are left) and other properties resulting from the context of the case (e.g. preservation location and time), it is possible to use a sampling algorithm, i.e. random selection, isolation and examination of a representative sample of the whole material. The analysis of both theoretical models and authentic expertise in fingerprint identification shows that the implementation of the sampling procedure is reasonable particularly in cases in which no perpetrator has been identified. This is clear from calculations which show that it is highly probable that at least one sample having a desired property will be chosen for examination from the whole set (e.g. an object that bears traces of a perpetrator's friction ridges). Such a procedure may considerably facilitate a detection process as it offers faster identification of perpetrators or allows for identifying lines of action for pending preparatory proceedings. It should be emphasised that the sampling of material for any fingerprint examination does not prevent the remaining part of the evidence from being examined at any later date. However, included in the material submitted for fingerprint examination, information relevant to the case are already obtainable at an earlier stage.

Key words

Dactyloscopy, sampling, fingerprints.

GLOSY

Robert Stefanicki*

Glosa do wyroku NSA z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. II FSK 1416/17¹

Streszczenie

W orzecznictwie występują problemy z rozszyfrowaniem przesłanek pozwalających na zwolnienie byłego małżonka z odpowiedzialności za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań podatkowych powstałych w czasie trwania wspólności majątkowej, działającego tu jako osoba trzecia. Przy badaniu tego zagadnienia konieczne wydaje się odwołanie także do wykładni systemowej i funkcjonalnej. W komentowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że przesłanki odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka w żaden sposób nie uzależniają decyzji o solidarnej odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań podatkowych powstałych w okresie wspólności majątkowej.

Słowa kluczowe

Interes publiczny, odpowiedzialność osób trzecich, wspólność majątkowa, obowiązki podatkowe, wartość udziału.

Przesłanki odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka nie uzależniają w żaden sposób rozstrzygnięcia w sprawie solidarnej odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań podatkowych powstałych w czasie trwania wspólności majątkowej od dobrowolnych wpłat na poczet zaległości podatkowych byłego małżonka. Przesłanki negatywne, które umożliwiają uwolnienie się

* Prof. dr hab., Uniwersytet Wrocławski, ORCID: 0000-0002-6087-4231.

¹ LEX nr 2657621.

od odpowiedzialności osoby trzeciej, nie występują w przypadku odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka, gdyż art. 110 Ordynacji podatkowej ich nie przewiduje.

Przedstawiona poniżej glosa wpisuje się w kontekst złożonych problemów łączonych z instytucją wspólnoty majątkowej małżeńskiej. Ten ustawowy model ustroju majątkowego z racji uzasadnienia aksjologicznego² ma służyć umacnianiu więzi małżeńskich i ułatwieniu ich współdziałania w interesie rodziny³. Jednak praktyka pokazuje, że problematyka związana z zarządzaniem wspólnym majątkiem⁴ i odpowiedzialnością byłych małżonków za zobowiązania podatkowe nie należy do materii łatwej w zastosowaniach⁵.

Odpowiedzialność byłego małżonka za zobowiązania podatkowe byłej małżonki (małżonka) stanowi wyjątek od zasady odpowiedzialności osobistej zobowiązanego z tego tytułu⁶. Przedmiotowa odpowiedzialność ma miejsce, gdy zobowiązanie podatkowe dotyczyło okresu wspólności majątkowej. Wkraczamy tu w sferę chronionych przez ustawę zasadniczą wartości, jaką stanowi prawo własności. Jej ograniczenia, mające na celu zabezpieczenia

² Aksjologia to ogólna teoria wartości wyrosła z etycznych koncepcji dobra i słuszności.

³ Nie jest on jednak dostatecznie umocowany w normatywnych i pozanormatywnych ramach, a zwłaszcza w adekwatnych do potrzeb mechanizmach ich stosowania, S. Karp, Instytucja małżeństwa w prawie kanonicznym, *Studia Prawnicze KUL* 2019, nr 3, s. 248. Zob. też P. Smoleń, Trudności i wątpliwości rodzące się na tle tzw. prorodzinnej polityki podatkowej państwa, (w:) B. Kucia-Guściora, P. Smoleń (red.), *Problemy i kontrowersje związane z opodatkowaniem dochodów osób fizycznych*, Lublin 2008, s. 11 i n.; D. Przewłocka, Czynności prawne małżonków rozporządzające majątkiem wspólnym a ochrona wierzyciela przed czynnościami fraudacyjnymi, Warszawa 2020, s. 129.

⁴ Prawo polskie nie wyodrębnia i nie normuje wprost wspólności praw i obowiązków. Odnosi ono konstrukcję wspólności łącznej jedynie do aktywów, nabytych przez kilka osób połączonych określonym stosunkiem podstawowym, uzasadniającym istnienie takiej wspólności – *de lege lata* stosunkiem małżeństwa (art. 35, 41 i 47 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego). Zob. A. Herbert, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), *Wielość dłużników albo wierzycieli*, Kodeks cywilny. Komentarz, tom III, Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–531), Warszawa 2018, s. 117 i n.

⁵ Na niektóre kwestie w tej materii wskazuje R. Stefanicki, *Przynależność i wykonywanie nabytych z majątku wspólnego – praw udziałowych w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (spójność prawa handlowego i rodzinnego w zakresie statusu małżonka współnika)*, *PiP* 2017, nr 10. Problem przynależności udziałów do majątku wspólnego jest przedmiotem wielopłaszczyznowego sporu doktrynalnego, P. Zdanikowski, *Podział udziałów w spółce z o.o. po ustaniu wspólności ustawowej małżeńskiej*, *PPH* 2019, nr 4, s. 35–36, oraz cytowana przez Autora literatura przedmiotu. Dla zabezpieczenia społecznego ładu prostota reguł filiacji ma podstawowe znaczenie, B. Malinowski, *Małżeństwo, pokrewieństwo*, (w:) A. Mencwel (red.), *Wiedza o kulturze. Antropologia kultury. Zagadnienia i wybór tekstów*, Warszawa 2005, s. 292.

⁶ W prawie podatkowym odpowiedzialność byłego małżonka traktowanego jako osoba trzecia wiąże się ze stosunkami o charakterze majątkowym, w jakich pozostaje ona z podmiotem pierwotnie zobowiązanym do świadczenia. R. Dowgier, (w:) L. Eteł (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, Gdańsk 2021, art. 107 o.p., pkt 1.

interesu fiskalnego państwa⁷, nie mogą godzić w istotę tych praw⁸. Z punktu widzenia wartości chronionych konstytucyjnie istotne jest takie sformatowanie treści obowiązków podatkowych, które chronią skutecznie interes publiczny, nie naruszają chronionego ustawą zasadniczą interesu podatkowo zobowiązanego. Zważywszy na fakt, że gdy chodzi o odpowiedzialność podatkową byłego małżonka jako osoby trzeciej mamy do czynienia z regulacją o charakterze szczególnym, wyjątkowym, interpretować ją należy ściśle, wążąc każdorazowo w grę wchodzące interesy zasługujące na ochronę prawną, aby w okolicznościach badanej sprawy nadać prymat jednemu z nich.

Omawianą w poniższej glosie materię reguluje art. 107 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa⁹ stanowiący, że w przypadkach i zakresie przewidzianym w rozdziale 15 działu III o.p. za zaległości podatkowe podatnika odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie również osoby trzecie¹⁰. Natomiast art. 110 § 1 o.p.¹¹ stanowi, że rozwiedziony małżonek podatnika odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z byłym małżonkiem za zaległości podatkowe powstałe w czasie trwania wspólności majątkowej, jednakże tylko do wysokości wartości przypadającego mu udziału w majątku wspólnym¹². W czasie trwania związku opartego na wspólnocie majątkowej zastosowanie ma art. 29 o.p.¹³ Przyjmuje się tutaj, że skoro małżonek podatnika odpowiada za zobowiązania podatkowe współmałżonka majątkiem wspólnym¹⁴, to odpowiedzialność ta rozciąga się na byłego małżonka, jeżeli obciążenia podatkowe powstały w czasie trwania małżeńskiej wspólności ma-

⁷ Konsekwencją ukształtowanego modelu jest wyposażenie ustawodawcy w daleko idącą swobodę. Jej granice wyznacza jednak rozbudowany katalog konstytucyjnych wymogów o charakterze formalnym, które musi respektować ustawodawca, określając treść obowiązków w zakresie podatków i innych danin publicznych. Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. K 52/16, OTK-A 2018, nr 28.

⁸ Konstytucja RP dopuszcza, co prawda, możliwość ograniczenia własności (art. 64 ust. 3), ale pod ściśle określonymi warunkami. A. Buczek, (w:) H. Dzwonkowski (red.), Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2020, art. 107 o.p., pkt 3. B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2009, s. 334 i n.; M. Florczak-Wątor, (w:) P. Tuleja (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2019, pkt 4 i 5 uwag do art. 64.

⁹ Ordynacja podatkowa, Dz. U. z 2019 r., poz. 900. Dalej jako o.p.

¹⁰ Szerzej B. Adamiak, P. Borszowski, Ordynacja podatkowa (nowości na 2019 rok), Wrocław 2019, komentarz do art. 117d (Odpowiedzialność solidarna zarządcy sukcesyjnego. Odpowiedzialność zarządcy faktycznego).

¹¹ Na temat zakresu przedmiotowego odpowiedzialności rozwiedzonego małżonka R. Dówwier, (w:) L. Eteł (red.), Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, Gdańsk 2021, art. 110 o.p., pkt 2.

¹² Zasady odpowiedzialności dotyczące byłego małżonka stosuje się odpowiednio do unieważnienia małżeństwa (art. 21 k.r.o.) oraz orzeczenia o separacji (art. 54 § 1 k.r.o.).

¹³ A. Buczek, (w:) H. Dzwonkowski (red.), Ordynacja..., art. 110 o.p., pkt 2.

¹⁴ M. Budziarek, (w:) Ordynacja podatkowa: komentarz, pod red. H. Dzwonkowskiego, Warszawa 2019, art. 29 o.p., pkt II.

jątkowej¹⁵. Dotyczą one zarówno tych, których termin płatności upłynął w okresie wspólności majątkowej, jak również takich, gdy nastąpił on po ustaniu wspólności, ale samo zobowiązanie podatkowe powstało w jej trakcie¹⁶. Zważywszy na fakt, że w wypadku odpowiedzialności małżonka jako osoby trzeciej mamy do czynienia ze wspomnianą już ingerencją w prawo własności, przedmiotowe ograniczenia dla swej skuteczności wymagają respektowania zarówno warunków formalnych, jak i z zakresu prawa materialnego¹⁷. W praktyce orzeczniczej ujawniają się problemy związane z dookreśleniem podstawy zwolnienia od odpowiedzialności byłego małżonka za zobowiązania podatkowe tego ostatniego z wymienionych. Powołany już art. 110 o.p. nie przewiduje jej wprost.

Z powyższej perspektywy na uwagę zasługuje tytułowy dla niniejszego opracowania wyrok NSA¹⁸. Dotyczy on kwestii istotnych i stosunkowo rzadko podejmowanych w judykaturze – odpowiedzialności rozwiedzonego małżonka za zaległości podatkowe podatnika. NSA po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Finansowej skargi kasacyjnej Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w K. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G. z w sprawie ze skargi K.G. na decyzję Dyrektora wskazanej Izby w przedmiocie odpowiedzialności za zaległości podatkowe od towarów i usług osób trzecich uchylił zaskarżone orzeczenie w całości i oddalił wniesioną skargę. Uzasadnienie faktyczne rozstrzygnięcia było następujące:

WSA wyrokiem z 2017 r. w sprawie ze skargi K.G. uchylił decyzję Dyrektora Izby Skarbowej w K. w przedmiocie wskazanej tutaj odpowiedzialności na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. W sprawie nie było sporu co do tego, że skarżący decyzję organów podatkowych w momencie powstania zobowiązania podatkowego pozostawał w ustroju wspólnoty majątkowej. W związku z ujawnionymi zaległościami byłej

¹⁵ Na temat odpowiedzialności za zobowiązania, które powstały przed dniem ustania wspólności, zob. A. Huchla, (w:) H. Dzwonkowski, C. Kosikowski, A. Huchla, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2003, art. 110.

¹⁶ A. Buczek, (w:) H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja...*, art. 107 o.p., pkt 3. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny przedmiotową odpowiedzialnością nie są objęte płatności, których termin płatności przypada po dacie zniesienia wspólności majątkowej, S. Babiarczyk, (w:) B. Dauter, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 110, pkt 1; por. stanowisko w tej materii C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Huchla, *Ustawa – ordynacja podatkowa*, wydanie 3, Warszawa 2003, s. 336.

¹⁷ Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, A. Buczek, (w:) H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja...*, art. 107 o.p., pkt 2, szczególną wagę należy przypisywać realizacji przepisów materialnych, zważywszy na problem kolizji interesu finansowego państwa z ochroną własności prywatnej. Tam, gdzie prawo materialne reguluje pewne kwestie w sposób ogólny, rosnąć musi rola procedur w kształtowaniu stosunków prawnych. W takich wypadkach szczególne znaczenie przypisuje się celom danej regulacji. Szerzej F. Geburczyk, *Słuzebna funkcja postępowania administracyjnego jako paradygmat? Tło historyczne a perspektywa współczesna*, PiP 2020, nr 7, s. 86–88.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. II FSK 1416/17.

małżonki w ich płatności organ podatkowy I instancji wezwał K.G. – za pośrednictwem osoby upoważnionej do odbioru korespondencji – do złożenia stosownej informacji dotyczącej podziału majątku wspólnego oraz odniesienia się do okoliczności, które wyłączałyby jego solidarną odpowiedzialność.

Zważywszy na fakt, że wezwanie pozostało bez odpowiedzi, Dyrektor Izby Skarbowej uznał, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie występują przeszkody przeniesienia odpowiedzialności za zaległości podatkowe byłej współmałżonki na skarżącego. Powstały one w czasie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej, a egzekucja wobec podatnika okazała się bezskuteczna. Organ podatkowy ustalił też, że małżonkowie w trakcie związania ustrojem wspólnoty majątkowej, założyli spółkę z o.o., do której wnieśli kapitał po 50 tys. zł każdy z nich. W tych okolicznościach skarżący odpowiada za zaległości podatkowe byłej żony powstałe w trakcie trwania wspólności majątkowej do wysokości posiadanego udziału. Na decyzje Izby Skarbowej w K. K.G. wniósł skargę do WSA w G., wnioskując o jej uchylenie jako wydanej z naruszeniem prawa¹⁹. Zdaniem skarżącego organ podatkowy i przyjmujący jego ustalenia organ drugiej instancji przy wydawaniu przedmiotowej decyzji nie wziął pod uwagę tego, że w trakcie prowadzonego postępowania egzekucyjnego wnoszone były dobrowolne wpłaty przez byłą małżonkę na poczet obciążających ją zaległości podatkowych.

Sąd I instancji uznał wniesioną skargę za uzasadnioną. W wyniku przeprowadzonej analizy prawnej postępowania przed organami podatkowymi doszedł do wniosku, że nie ustaliły one udziału skarżącego w majątku wspólnym po jego podziale, ani nie zweryfikowały jego twierdzeń w odniesieniu do stopniowego regulowania zobowiązań podatkowych przez byłą małżonkę, WSA uznał, że ustalenia te były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Z analizy częstotliwości tych świadczeń, z ustalenia ich skali w stosunku do całości zobowiązania podatkowego, a także z badania sytuacji materialnej, w jakiej aktualnie znajdowali się byli małżonkowie, organy mogły przesunąć szalę ocen na korzyść bądź nie podatkowo zobowiązanego. Sąd I instancji uznał, że w sytuacji, jaka tu miała miejsce braku umownego lub sądowego podziału majątku, koniecznym było przesłuchanie na tę okoliczność byłej żony, zwłaszcza w związku z sytuacją utrudniającą kontakt ze skarżącym, zważywszy odbywanie przez niego kary w zakładzie karnym. Zatem organ powinien przede wszystkim ustalić faktyczną wartość udziału K.G. w majątku wspólnym oraz wyjaśnić kwestie dobrowolnych wpłat na poczet zobowiązania podatkowego. Konsekwencją tej weryfikacji pozostawałoby ustalenie, czy nie przekroczyły one sumy zobowiązania podatkowego.

Skargę kasacyjną do NSA od wyroku sądu I instancji złożył Dyrektor Izby Administracji Skarbowej, wnosząc o uchylenie go w całości oraz o przekaza-

¹⁹ Skarżący zarzucił naruszenie art. 121 § 1, art. 122, art. 123 § 1, art. 187 § 1, art. 191, art. 192 o.p.

zanie sprawy do ponownego jej rozpoznania przez WSA. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów postępowania, o którym mowa w art. 174 pkt 2 p.p.s.a.²⁰ w związku z błędnym stwierdzeniem, że organy podatkowe nie zebrały całego materiału dowodowego na okoliczność, że decyzja była przedwczesna i nie ustaliły faktycznej wartości udziału byłego małżonka w majątku wspólnym oraz nie odniosły się do dobrowolnie wnoszonych wpłat na poczet zobowiązania podatkowego, w tym nie zweryfikowały jego twierdzeń odnoszących się do znaczenia tej kwestii.

Kontrola sądowno-administracyjna działań organów administracji publicznej w zasadzie odnosi się do kryterium legalności i stwierdzenia naruszeń prawa. Mamy tu do czynienia z pewnym uproszczeniem²¹, gdyż w złożony proces stosowania prawa włączany jest mechanizm jego elastyczności i wartościowania w drodze wykorzystywania w tym celu pojęć ogólnych, zwrotów nieostrych lub klauzul generalnych odnoszonych do słusznosciowych i funkcjonalnych aspektów. Zdaniem NSA zasadniczym punktem sporu jest w badanej sprawie ocena znaczenia solidarnego charakteru odpowiedzialności osoby trzeciej za zobowiązania podatkowe podatnika (byłej żony). Zgodnie z powołanymi już przepisami ordynacji podatkowej rozwiedziony małżonek podatnika odpowiada z nim solidarnie za zobowiązania podatkowe powstałe w czasie trwania wspólności majątkowej. Jednakowoż odpowiedzialność takiej osoby nie może wychodzić poza pułap wartości przypadającego jej udziału w majątku wspólnym. NSA przyjął tutaj trafnie, że zaległości podatkowe dotyczyć mają jedynie zobowiązań powstałych w okresie ich wspólności majątkowej. Zważywszy, że odpowiedzialność byłego małżonka jest odpowiedzialnością ograniczoną do zidentyfikowanych wartości przypadającego mu udziału w majątku wspólnym, to zasadniczo do rozstrzygnięcia niezbędne jest ustalenie wysokości wartości udziału byłego małżonka w tym majątku (art. 110 §1o.p.)²².

²⁰ Tj. art. 141 § 4 i art. 154 § 1 pkt 1 p.p.s.a. w związku z art. 121 § 1, art. 122, art. 123 § 1, art. 187 § 1 i art. 188 oraz art. 191 i 192 o.p.

²¹ Zauważają je M. Gutowski, P. Kardas, Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji, Warszawa 2017, s. 443.

²² Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r., sygn. I FSK 632/10 przyjął, że wartość udziału w majątku wspólnym rozwiedzonego małżonka ustalana winna być na datę powstania zobowiązania podatkowego. O udziale w majątku wspólnym można mówić dopiero z ustaniem wspólnoty majątkowej i dokonaniem podziału. Wprawdzie o podziale przesądza umowa zawarta między małżonkami albo orzeczenie sądu. NSA w tym wyroku zwrócił uwagę, że w niektórych wypadkach niezbędne może okazać się przeprowadzenie postępowania dowodowego w tym przedmiocie przez organy podatkowe orzekające o odpowiedzialności podatkowej byłego małżonka. A. Kalicińska, (w:) A. Mariański (red.), Ordynacja podatkowa 2019. Poradnik dla praktyków, Warszawa 2019, pkt 2.1) podnosi również: jeżeli organ nie dysponuje dokumentami o podziale majątku małżonków w postaci umowy czy wyroku sądowego, to ma w tym zakresie dokonywać własnych ustaleń. Udział stanowi jedynie wartość hipoteczną i dla poniesienia odpowiedzialności nie jest konieczne, aby małżonek tę wartość faktycznie otrzymał.

W uzasadnieniu prawnym rozstrzygnięcia NSA wskazał, że organy podatkowe prawidłowo ustaliły, że składnikiem majątku nabytym w trakcie małżeństwa ze środków wspólnych były udziały wniesione do założonej przez nich spółki²³. Zważywszy na fakt, że skarga oparta została w całości na naruszeniu przepisów postępowania, Sąd kasacyjny uznał, że dochowane zostały podstawowe w tej materii procedury. Podniósł w tym zakresie, że aby w pełni ustalić rzeczywistą wartość udziału skarżącego w majątku wspólnym, organy podatkowe zapewniły K.G. możliwość czynnego udziału w każdym stadium postępowania, w tym wypowiedzenia się w sprawie i ustosunkowania się do zebranego materiału dowodowego. Wykonywaniu prawa do obrony służyć miało udostępnienie skarżącemu akt podatkowych zgromadzonych w sprawie.

Zdaniem NSA organy podatkowe w procesie ustalania rzeczywistej wartości udziału w majątku wspólnym działały zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej wyrażoną w art. 122 o.p. w związku z art. 187 § 1 o.p. Sąd ten trafnie przyjął, że art. 187 §1 o.p. stanowi konkretyzację fundamentalnej zasady prawdy materialnej przewidzianej w art. 122 o.p. Rozwiązanie to nie daje jednak podstaw do uwzględniania elementów stanu faktycznego, które nie mają żadnego odniesienia do podatkowoprawnego stanu rozpatrywanej sprawy. Rodzi się jednak pytanie, czy organy podatkowe spełniły te wymogi. NSA uznał, że postępowanie podatkowe prowadzone było w sposób budzący zaufanie do organów je stosujących. Za takie więc uznał, m.in. rezygnację z przeprowadzenia dowodów z przesłuchania skarżącego, jego byłej żony i komornika sądowego. Odmowa ta miała mieć oparcie o art. 188 o.p. Przepis ten ma zastosowanie, gdy przeprowadzone wnioskowanie może być oparte o inne dowody, albo gdy zgłoszone wnioski nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Organy podatkowe nie wyjaśniły jednak, jakie czynniki przesądziły o odmowie. Według oceny NSA przeprowadzenie wnioskowanych przez K.G. dowodów nie jest zasadne m.in. z tego powodu, że podstawy odpowiedzialności byłego małżonka są określone w ustawie Ordynacja podatkowa, a ta nie uzależnia rozstrzygnięcia w sprawie solidarnej odpowiedzialności współmałżonka od dobrowolnych wpłat byłej małżonki na poczet zaległości podatkowych. W zaistniałym stanie rzeczy NSA uchylił zaskarżony wyrok w całości i zasądził od K.G. pokrycie kosztów postępowania kasacyjnego na rzecz Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w K.

²³ W kwestii złożoności problemów występujących w praktyce odnośnie do wspólności udziałów w spółce z o.o. pochodzących z majątku wspólnego małżonków zob. M. Dumkiewicz, *Wspólność udziału w spółce z o.o.*, Warszawa 2011, rozdział II, pkt 2.1.2. P. Zdanikowski zauważa (*Podział udziałów...*, s. 42), że pomimo upływu kilkunastu lat od przyjęcia k.s.h. i poważnej nowelizacji prawa majątkowego małżeńskiego doktryna nie wypracowała spójnej i akceptowanej koncepcji układu relacji między prawem rodzinnym a prawem spółek. Wprowadzenie do k.s.h. art. 183¹ sytuację tę skomplikowało jeszcze bardziej. Krytycznie o regulacji art. 183¹ k.s.h., z perspektywy braku jej spójności z regulacjami kodeksu rodzinnego. R. Stefanicki, *Przynależność i wykonywanie...*, s. 65 i n. oraz powołane przez autora piśmiennictwo.

W świetle wiążących reguł postępowania, to na stosującym prawo organie spoczywa obowiązek poszanowania podstawowych zasad prowadzenia postępowania i ustalania prawidłowych relacji między nimi. Do fundamentalnych zasad postępowania zaliczana jest wspomniana już zasada prawdy obiektywnej. Ma ona ogromny wpływ na ukształtowanie całego postępowania, a zwłaszcza na rozłożenie ciężaru dowodu²⁴. Według oceny dokonanej przez NSA przy ustalaniu wartości wspólnego majątku organy działały zgodnie z tym przepisem oraz z konkretyzującym, zawartą w nim zasadą art. 187 o.p. W świetle ostatniego z wymienionych przepisów w prowadzonym postępowaniu uwzględniać należy tylko takie elementy stanu faktycznego i dowody, które mają bezpośrednie odniesienie do rozpatrywanej sprawy oraz zmierzają do ustalenia lub zaprzeczenia hipotezy określonej normy materialnego prawa podatkowego. Na organie stosującym prawo spoczywa nie tylko obowiązek wyczerpującego rozpatrzenia całego materiału dowodowego, ale również rzeczowego odniesienia się do dowodów, którym odmówiono wiarygodności lub wagi dla rozstrzygnięcia²⁵. Według opinii przedstawionej przez K.G., a także analizy dokonanej przez Sąd I instancji tego ostatniego wymogu nie dochowano w przedmiotowym postępowaniu.

Postępowanie dowodowe w sprawach podatkowych nie jest celem samym w sobie, lecz ma być ukierunkowywane na poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy w określonym stanie faktycznym i prawnym sytuacja podatnika, a także osoby trzeciej, o której tutaj mowa podpada, czy też nie pod hipotezę normy materialnego prawa podatkowego²⁶. Mający tu zastosowanie art. 110 §1 o.p. stanowi o odpowiedzialności solidarnej z podatnikiem byłego małżonka. Ma ona charakter odpowiedzialności subsydiarnej, bowiem przeniesienie egzekucji podatkowej z zobowiązanego z tego tytułu na osobę trzecią może nastąpić dopiero, gdy egzekucja z jego majątku okaże

²⁴ Jej fundamentalny charakter wyraża się także tym, że rzutuje ona na wykładnię pozostałych reguł postępowania dowodowego, w tym art. 187–192 o.p., S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany* pod red. L. Etela, komentarz do art. 122, pkt 1, Warszawa, Lex 2019. A. Kabat, (w:) B. Dauter, R. Hauser, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 122, pkt 1.

²⁵ B. Dauter, (w:) S. Babiarz, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 187, pkt 4. P. Pietrasz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany* pod red. L. Etela, Warszawa, Lex 2019, komentarz do art. 187, pkt 5.

²⁶ Trafnie przyjmuje się w orzecznictwie (zob. wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 2011 r., sygn. I FSK 927/10), że przeprowadzenie takiego postępowania powinno być dokonywane na tle konkretnego stanu faktycznego, w którym uwzględnia się skład majątku wspólnego, upływ czasu między datą ziszczenia się zobowiązania a ustaniem małżeńskiej wspólności majątkowej, a także inne sytuacje mające wpływ na powstanie zobowiązania podatkowego.

się w całości lub w części bezskuteczna²⁷. Zakres odpowiedzialności byłego małżonka dotyczy zobowiązania podatkowego powstałego w trakcie trwania wspólnoty majątkowej i ograniczony jest do wysokości wartości przypadającego mu udziału we wspólnym majątku²⁸. Ze względu na szczególny, wyjątkowy charakter odpowiedzialności osób trzecich za zobowiązania podatkowe podatnika wykładnia mających tu zastosowanie przepisów nie może mieć charakteru rozszerzającego²⁹. Zastosowane procedury mają pełnić tu szczególnie istotną funkcję wobec standardów prawa materialnego. Dotyczą nawet sfery, w których regulacji materialnej brak, stała się nieaktualna albo aksjologicznie wątpliwa. Ewolucja, jaka dokonuje się w prawie administracyjnym, wyraża się w szczególności w przesuwaniu sfery ochrony z materialnej na proceduralną prawidłowość. W konsekwencji takiego podejścia nie można już mówić o decyzji administracyjnej jako o prostym przedłużeniu prawa materialnego. Bardziej adekwatna wydaje się teza – być może wypowiediana na wyrost – że prawo administracyjne współcześnie żyje procedurą³⁰.

W postępowaniu dowodowym organ stosujący prawo jest zobligowany do rzeczowego odniesienia się do złożonych przez skarżącego wniosków. Także pominięcie w postępowaniu niektórych dowodów lub nadanie im nierelevantnego charakteru, powinno być transparentne dla adresata normy, zwłaszcza, gdy dotyczy sfery nakładania na niego obowiązków czy ograniczenia w wykonywaniu przysługujących mu praw. Ciążąca na organie podatkowym powinność zebrania całego materiału dowodowego ma przede wszystkim kluczowe znaczenie dla stosowania przepisów prawa podatkowego materialnego, wobec których procedury pełnią ważką funkcję³¹. Jak już podniesiono, współcześnie funkcje procedur wychodzą poza tradycyjnie wąsko pojmowaną ich służebność wobec prawa merytorycznego. Powoli kształtuje się nowy model funkcjonowania administracji z akcentem w nim na procedury, a w ich ramach sytuuje się zielone światło dla rzeczywistej komunikacji między zainteresowanymi podmiotami wraz z możliwością wy-

²⁷ M. Wachowski, Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe, *Doradca Podatkowy* 2011, nr 6, s. 37 i n. Zob. też analizę orzecznictwa NSA, (w:) R. Stefanicki, *Należyta staranność zawodowa członka zarządu spółki kapitałowej*, Warszawa 2020, s. 217 i n.

²⁸ Szerzej A. Goettel, *Podatkowoprawne skutki zawarcia i ustania małżeństwa*, Warszawa WK 2016, rozdział 2.1.3; A. Sputowski, *Odpowiedzialność małżonków za zaległości podatkowe*, *Doradca Podatkowy* 2003, nr 5, s. 27.

²⁹ Szerzej w tej kwestii Z. Kwaśniewski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1999 r., sygn. II CKN 298/99, *Prawo bankowe* 2000, nr 4, s. 15; E. Prejs, *Odpowiedzialność cywilnoprawna małżonka podatnika względem osoby trzeciej, która poniosła odpowiedzialność za jego zobowiązanie podatkowe*. Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., sygn. IV CSK 442/12, *Glosa* 2015, nr 4, s. 106 i n.

³⁰ F. Geburczyk, *Służebna funkcja...*, s. 87.

³¹ P. Pietrasz, *Ordynacja podatkowa...*, pkt 2. Szerzej współczesne funkcje procedur administracyjnych pojmuję P. Kaczmarek, *Zdolność sądowa jako problem teorii prawa*, Warszawa 2006, s. 71.

ważania interesów i wartości w procesie dyskursu prawniczo-jurydycznego³². Mając na uwadze powyższe, należałoby w odniesieniu do omawianego sporu uznać, że organy podatkowe obydwu instancji nie odniosły się dostatecznie do zgłaszanych przez skarżącego informacji o wnoszeniu przez byłą małżonkę dobrowolnych wpłat na poczet zaległości podatkowych.

Zaznaczono już, że jedynie WSA dostrzegł konieczność weryfikacji tych danych i ustalenia ich znaczenia dla rozstrzygnięcia³³. Trafnie przyjął, że w sytuacji, jak tutaj miała miejsce, braku umownego lub sądowego podziału majątku koniecznym było przesłuchanie na tę okoliczność byłej żony, w szczególności, że kontakt z byłym małżonkiem był utrudniony. Za konieczne Sąd ten uznał także zweryfikowanie twierdzeń skarżącego w kwestii wcześniejszej spłaty zobowiązań. Jeżeli obejmują one w całości deklarowane sumy należności podatkowej, to powinno mieć to odzwierciedlenie w omawianym rozstrzygnięciu. Z tym stanowiskiem należy się zgodzić. Sąd ten przyjął, że nie można ograniczyć prowadzonego badania do wykładni językowej art. 110 o.p., ale sięgać należy do istoty i funkcji odpowiedzialności osoby trzeciej (byłego małżonka) za zobowiązania podatkowe byłego współmałżonka. Organ podatkowy nie może prowadzić postępowania w sposób z góry ukierunkowany na założony przez siebie cel nadawania bezwzględnego prymatu interesowi publicznemu ani gromadzić dowodów, które go przybliżają³⁴. Chodzi tutaj wprawdzie o zabezpieczenie niezbędnej ekonomiki postępowania – jej dochowywanie umiejscawia się wśród standardów szeroko rozumianego prawa każdej jednostki do sądu (art. 45 Konstytucji)³⁵, ale sprawność postępowania nie może być osiągana kosztem braku dochowywania podstawowych standardów prawa, zwłaszcza reguł ukierunkowanych na słuszne w danych okolicznościach rozstrzygnięcie³⁶.

³² Szerzej F. Geburczyk, *Służebna funkcja...*, s. 89 i powołana przez Autora literatura przedmiotu.

³³ Należy mieć na uwadze fakt, że prawo publiczne nie zamyka się w samej ustawie. Trafnie przyjmuje A. Gomułowicz, *Sędzia a prawo*, (w:) J. Królikowski, J. Podkowiak, J. Sułkowski (red.), *Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2017, że dzięki sędziowskiemu aktywizmowi może powstać nowa, a przy tym ogólna reguła postępowania tam, gdzie jej dotąd nie było i to o treści, która nie miała wcześniej miejsca.

³⁴ B. Dauter, (w:) S. Babiarz, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, *Ordynacja podatkowa...*, art. 187, pkt 2.

³⁵ W odniesieniu do interpretacji zasady szybkości postępowania w sprawach związanych z wykonywaniem działalności gospodarczej, A. Żurawik, *Uwagi do art. 27 ustawy Prawo przedsiębiorców* (ustawa z dnia 6 marca 2018 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 646), (w:) G. Kozieł (red.), *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 192 i n.

³⁶ Trafnie podnoszą M. Gutowski, P. Kardas (*Wykładnia i stosowanie...*, s. 215), że prawo, aby mogło zachować społeczną akceptację, bez której system traci funkcjonalną operatywność, musi kształtować podstawy dla realizacji funkcji sprawiedliwościowej i to zarówno w aspekcie prawnym, jak i materialnym.

Postępowanie organów podatkowych powinno być prowadzone w sposób budzący zaufanie do instytucji podatkowych. Z tym zgadzają się w zasadzie wszyscy, w tym – jak już podniesiono NSA w głosowanym wyroku – ale co do źródeł tego zaufania występują już znaczne różnice. W mechanizm tego zaufania wpisują się zasady przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji) i zagwarantowanie pewności i bezpieczeństwa prawnego, a także zasada przyjaznej dla strony postępowania interpretacji przepisów³⁷. Niedające się usunąć w drodze wykładni wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść strony³⁸ postępowania administracyjnego³⁹. Wprawdzie daleki jestem od uogólnień pejoratywnych, to mam jednak pewne wątpliwości w kwestii rzeczywistego stosowania tej reguły w praktyce organów podatkowych.

Nie każde naruszenie przepisów postępowania daje podstawę do uchylenia zaskarżonego rozstrzygnięcia (wyroku, decyzji), lecz jedynie takie, które mogą mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Jednak tę jakościową różnicę sąd administracyjny jest zobligowany wykazać w uzasadnieniu orzeczenia i dać odpowiedź w kwestii, jakie istotne naruszenie przepisów postępowania ma przełożenie na stosowanie przepisów prawa materialnego w konkretnej sprawie⁴⁰. Precyzja i przejrzystość uzasadnień przekładają się na mechanizmy przysługującego każdej jednostce prawa do obrony.

Organ podatkowy nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia, że określone wnioski strony nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ale jest on zobligowany do uzasadnienia zajmowanego stanowiska⁴¹, w tym w odniesieniu do odmowy przeprowadzenia dowodów w postaci przesłuchania skarżącego, byłej żony i komornika sądowego, aby zweryfikować ich twierdzenia o stanie uregulowania zobowiązań podatkowych. Ich nieprzeprowadzenie, a zwłaszcza brak dostatecznego uzasadnienia pominięcia nie wpisują się w standardy dobrej administracji. Jeżeli organ lub sąd uzna, że

³⁷ Szerzej na temat wykładni *in dubio pro libertate*, A. Żurawik, Uwagi do art. 11 ustawy Prawo przedsiębiorców, (w:) G. Kozieł (red.), Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz, Warszawa 2019, s. 108 i n.

³⁸ Tutaj dotyczy on podatnika. Najpierw zasada ta była traktowana jako ogólna reguła ukształtowana w drodze praktyki orzecniczej i nauki prawa, a na mocy ustawy nowelizującej ustawę o ordynacji podatkowej (z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 1197) dodano art. 2a. W jego świetle niedające się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego, a więc i powinności zobowiązanych z tego tytułu rozstrzygać należy na korzyść podatnika.

³⁹ B. Brzeziński, W. Nykiel, Zasady ogólne prawa podatkowego, Przegląd Podatkowy 2002, nr 3, s. 10. Zob. wyroki NSA zgodnie z zasadą *in dubio pro tributario*, sygn.: II FSK 3729/14, II FSK 545/15.

⁴⁰ F. Geburczyk, Służebna funkcja..., s. 87.

⁴¹ Zdaniem J. Bocia (Uwarunkowania rozwoju administracji publicznej, (w:) J. Boć (red.), A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Administracja publiczna, Wrocław 2003, s. 119) widoczny jest w ostatnich latach trend do humanizacji prawa administracyjnego. Dzieje się to pod wpływem rozwoju praw człowieka i ich kodyfikacji w przestrzeni ponadnarodowej.

strona nie dostarczyła pełnych informacji – w omawianym wypadku dotyczyły one dokonywania dobrowolnych spłat zaległości podatkowych i wyraźnego rozstrzygnięcia kwestii podziału majątku – to powinnością podmiotu stosującego prawo było uruchomienie mechanizmu komunikacyjnego w celu wypracowania adekwatnego do danej sytuacji rozwiązania.

Naczelny Sąd Administracyjny w przedstawionej argumentacji na rzecz przyjętego rozstrzygnięcia wyakcentował tezę, że przesłanki odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka określone w ustawie Ordynacja podatkowa nie uzależniają w żaden sposób rozstrzygnięcia w sprawie jego solidarnej odpowiedzialności za zaległości podatkowe powstałe w czasie trwania wspólności majątkowej od dobrowolnie dokonywanych wpłat na ich poczet przez zobowiązaną podatkowo byłą małżonkę. Ograniczył się tutaj do językowej interpretacji art. 110 o.p. Nie uwzględnił zatem w prowadzonych analizach celowościowo-funkcjonalnego kontekstu kwalifikacji odpowiedzialności byłego małżonka jako osoby trzeciej za zobowiązania podatkowe. Uznał, że przesłanki negatywne uwolnienia się od omawianej tu odpowiedzialności, nie zostały przewidziane we wskazanym tu przepisie. Tymczasem nie można gubić z pola widzenia faktu, że za literą prawa kryją się jego cele i wartości.

Taką niekwestionowaną wartość stanowi w określonych sytuacjach ochrona interesu podatnika, a także osoby trzeciej przed ryzykiem ich naruszenia przez wadliwą legislację podatkową lub zastosowaną wykładnię przez organy podatkowe. Ta ostatnia nieprawidłowość może wynikać z ciągle jeszcze lansowanego przez część judykatury i doktryny prawniczej podejścia *stricte* formalistycznego, ograniczonego do warstwy językowej przepisów. Ograniczanie się do egzegezy tekstów prawnych bez uwzględnienia funkcji społecznych, jakim dane regulacje mają służyć i otwierania się na zewnętrzną aksjologię, traktowane jest współcześnie z dezaprobatą przez niemal wszystkie kierunki prawoznawstwa⁴².

W dyskursywnym, otwartym modelu interpretowania i stosowania prawa bierze się pod uwagę cele danej regulacji. W omawianym wypadku będą nimi zabezpieczenia interesu publicznego przez sprawne i skuteczne ściąganie podatków oraz wspomniane już interesy podatkowo zobowiązanych. Należy je więc kojarzyć zarówno z regulacją i realizacją w praktyce polityki fiskalnej, jak i ochroną interesu jednostki zobowiązanej do danin publicznych, w tym także realizującej te świadczenia jako osoba trzecia. Mogą one

⁴² J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1976, s. 12 i n. Trafnie zauważa M. Zirk-Sadowski (*Wykładnia i hermeneutyka prawa a udział Polski w prawie unijnym*, (w:) *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019, s. 54 i n.), że wąskie u nas, pozytywistyczne rozumienie legalności prowadzi do tego, że wykładnia funkcjonalna nie jest chętnie stosowana przez naszą judykaturę. A. Szajkowski, *O metodzie badania prawa handlowego*, (w:) *KSH po piętnastu latach obowiązywania*, pod red. J. Frąckowiaka, Warszawa 2018, s. 174 i n. oraz powołane przez autora piśmiennictwo.

przecież pozostawać w różnych prawnych i faktycznych sytuacjach i mieć trudności obiektywne ze spełnieniem zaległości podatkowych. Trudno byłoby stawiać w jednym szeregu podatnika, dokonującego dobrowolnie spłaty zaległości podatkowych, z takimi osobami, które w podobnej sytuacji ich nie realizują. Rodzi się pytanie, warte dyskursu prawniczego, czy faktycznie objęty z aksjologicznego punktu widzenia był zgłoszony przez K.G., niekwestionowany zresztą fakt dobrowolnego wykonywania etapami zobowiązań podatkowych przez byłą żonę. Skoro miałyby to irrelewantny charakter, to dlaczego NSA dopuszcza w razie ewentualnej egzekucji administracyjnej możliwość podniesienia przez skarżącego zarzutów, o jakich mowa w art. 33 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji odnoszących się do wykonania w całości albo w części obowiązku⁴³. Trudno uznać za satysfakcjonujące stronę takie rozwiązanie.

Reguły odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe bezpośrednio zobowiązanego w sposób szczególny uprzywilejowują wierzyciela podatkowego, gdyż może on dochodzić zaspokojenia długu od takiej osoby. Jednak jej odpowiedzialność stanowi wyjątek od zasady prawa podatkowego, zgodnie z którą odpowiedzialność z tytułu oznaczonych tu zobowiązań ma charakter osobisty⁴⁴. Z tej też przyczyny mechanizmy łączone ze statusem osób trzecich powinny być ściśle przestrzegane⁴⁵. Obowiązek przeprowadzenia całego postępowania dowodowego, co do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia spoczywa na organie podatkowym i nie może być przerzucony na podatnika⁴⁶. Ten ostatni nie powinien być stawiany na pozycji niepewnej, co do swego położenia prawnego ani zaskakiwany decyzjami⁴⁷. Podkreślić wypada kolejny w tych rozważaniach raz, że regulacje prawa podatkowego mają na celu nie tylko zabezpieczenie interesu publicznego w sprawnym i skutecznym egzekwowaniu podatku⁴⁸ oraz terminowym wy-

⁴³ Należy mieć na uwadze możliwość uzyskania przez rozwiedzionego małżonka za zgodą podatnika zaświadczenia od organu podatkowego o zaległościach powstałych w czasie trwania wspólności majątkowej. Wydawane są one w trybie art. 306h o.p. Odrębną kwestią jest wiedza zainteresowanych co do takiej możliwości.

⁴⁴ K. Dworńiak, *Ordynacja podatkowa. Komentarz, uwagi do art. 107 o.p.*, Warszawa, Lex 2003.

⁴⁵ A. Buczek, (w:) H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja...*, art. 107 o.p., pkt 4.

⁴⁶ Szerzej P. Pietrasz, *Ordynacja podatkowa...*, pkt 4.

⁴⁷ A. Błaś, *Współczesne problemy prawa administracyjnego i nauki administracji*, (w:) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*, Księga jubileuszowa dedykowana Prof. J. Bociowi, pod red. J. Supernata, Wrocław 2009, s. 48.

⁴⁸ W komentowanej sprawie nie mamy do czynienia z obejściem prawa podatkowego, które polega nie na dokonaniu czynności prawnych z nim sprzecznych, ale na wykorzystywaniu określonych środków i instytucji w celu uniknięcia albo złagodzenia konsekwencji podatkowych, D. Łukowska-Białogłowska, *Wprowadzenie klauzuli przeciwdziałającej obejściu prawa podatkowego do polskiego systemu prawnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2020, rozdział 4, § 2 pkt 2.2.

konaniu zobowiązania podatkowego⁴⁹, ale także ochronę interesu indywidualnego w zakresie dysponowania prawem własności. Z konstytucyjnego punktu widzenia i z całości ustawodawstwa zwykłego można wyprowadzić założenie dobrej wiary podatnika⁵⁰. Przybliżony w niniejszym opracowaniu wyrok pozwala wątpić, czy zasada ta znajduje pełne zastosowanie w praktyce organów podatkowych oraz orzecznictwie sądowym.

Podniesiono już, że w komentowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, iż przesłanki odpowiedzialności rozwiedzionego małżonka, określone art. 110 o.p., nie uzależniają w żaden sposób rozstrzygnięcia w sprawie jego solidarnej odpowiedzialności za zaległości podatkowe, powstałe w czasie trwania wspólności majątkowej od dobrowolnych wpłat na ich poczet przez byłego małżonka. Przyjęcie powyższej tezy może prowadzić w praktyce do nieetycznych zachowań strony podatkowo zobowiązanej przez, nieznajdujące żadnego uzasadnienia, uchylanie się od wykonania zobowiązania podatkowego.

Za trafne należy więc przyjąć stanowisko doktryny, że opierając się jedynie na formalnym ujęciu prawa bez odniesień do jego celów, istoty i sensu, możemy doprowadzić do rozstrzygnięć w kontekście prawnym zgodnych z jego literą, gubiąc po drodze wartości, które leżą u jego podstaw. Prowadzić to może do materialnej niesprawiedliwości⁵¹. Arbitralne podejście do zabezpieczenia skuteczności polityki podatkowej, osiągania pozytywnych jej rezultatów dla dochodów państwa, może oddalać z pola widzenia potrzebę doboru odpowiednich narzędzi przez stosującego prawo, stosowania adekwatnych, proporcjonalnych środków. W tym konglomeracie ważkie wydaje się aksjologiczne umocowanie wykładni pozycji prawnej osoby trzeciej, zobowiązanej solidarnie za zobowiązania podatkowe byłego małżonka w rozumieniu art. 107 i 110 Ordynacji podatkowej⁵². Zapłata zaległości podatkowej spoczywającej na podatniku przez osobę trzecią, będącą nabywcą majątku podatnika, nie powoduje stanu wzbogacenia innej osoby trzeciej, ale co najwyżej stan bezpodstawnego wzbogacenia podatnika. Wynika to z samej istoty odpowiedzialności osób trzecich, które ponoszą odpowiedzialność

⁴⁹ M. Budzianek, Ordynacja..., art. 29 o.p. uwagi ogólne pkt 4.

⁵⁰ Przedsiębiorca, który opierając się na pozytywnych ustaleniach kontrolnych urzędu skarbowego, kontynuował prowadzenie biznesu z nieuczciwym kontrahentem, nie może być karany za niedochowanie należytej staranności, zob. wyrok NSA z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. I FSK 323/18. Na wyprowadzenie takiego wniosku pozwalają zasady przyjęte w powołanej już ustawie Prawo przedsiębiorców.

⁵¹ M. Zdyb, (w:) M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, Prawo przedsiębiorców. Komentarz, Warszawa 2019, pkt III.2 uwagi do art. 9 pp.

⁵² Powyższe przepisy (ale też art. 29, 91, 111) ordynacji podatkowej „przewidują (...) konkretne rozwiązania, mające na celu ochronę interesu Skarbu Państwa przed działaniami podatków, zmierzającymi do uchylenia się od wykonania zobowiązania podatkowego. Jednak jako uregulowania szczegółowe trzeba je wyklądać ściśle, a nie rozszerzająco”, Z. Kwaśniewski, Glosa..., s. 15.

za cudzy dług⁵³. Prawo to również określony katalog wartości, reguł rozumowania i interpretacji tekstu, akceptowalne strategie legitymizacji orzeczeń. Treść prawa nie zamyka się w samych przepisach. Prawo zawsze powinno być nośnikiem wartości – tutaj odnoszących się do ochrony interesu publicznego i ochrony interesu indywidualnego. Oznacza to w procesie jego interpretacji potrzebę wychodzenia poza wykładnię językową, jeżeli przemawiają za tym względy słuszności i sprawiedliwości⁵⁴. Punktem odniesienia tej praktyki powinny być zasady konstytucyjne, z których wynika obowiązek spójnego postrzegania relacji między władzą publiczną a podatnikiem. Ogólne zasady wysłowione w jej art. 2, odnoszonym do demokratycznego państwa prawnego, przemawiają zarówno przeciw arbitralności regulacji prawa podatkowego i praktyki jego interpretacji oraz stosowania, niepozwalającej przewidzieć zakresu spoczywającej na jednostce powinności publiczno-prawnych. Stąd uzasadnienia decyzji sądowych wpisują się w żywą formę komunikacji społecznej, która obrazuje jakość stosowania prawa.

Bibliografia

1. Adamiak B., Borszowski P., Ordynacja podatkowa (nowości na 2019 rok), Wrocław 2019.
2. Babiarz S., (w:) B. Dauter, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2019.
3. Błaś A., Współczesne problemy prawa administracyjnego i nauki administracji, (w:) Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego, Księga jubileuszowa dedykowana Prof. J. Bociowi, pod red. J. Supernata, Wrocław 2009.
4. Boć J., Uwarunkowania rozwoju administracji publicznej, (w:) J. Boć (red.), A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Administracja publiczna, Wrocław 2003.
5. Brzeziński B., Nykiel W., Zasady ogólne prawa podatkowego, Przegląd Podatkowy 2002, nr 3.
6. Buczek A., (w:) H. Dzwonkowski (red.), Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2020.
7. Budziarek M., (w:) Ordynacja podatkowa: komentarz, pod red. H. Dzwonkowskiego, Warszawa 2019.
8. Dauter B., (w:) S. Babiarz, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2019.

⁵³ E. P r e j s, Odpowiedzialność cywilnoprawna..., s. 106 i n.

⁵⁴ Względy te przemawiać mogą za łagodzeniem w praktyce orzecniczej skutków nadmiernego formalizmu. Na temat możliwości zastosowań kryteriów słusznościowych w postaci dobrej wiary w prawie podatkowym P. G r z y b o w s k i, Dobra wiara w podatku od wartości dodanej, Warszawa WKP 2020, rozdział II, pkt 1.

9. Dowgier R., Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, pod red. L. Etela, Gdańsk 2021.
10. Dumkiewicz M., Wspólność udziału w spółce z o.o., Warszawa 2011.
11. Dworniak K., Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa, Lex 2003.
12. Goettel A., Podatkowoprawne skutki zawarcia i ustania małżeństwa, Warszawa WK 2016.
13. Gomułowicz A., Sędzia a prawo, (w:) J. Królikowski, J. Podkowik, J. Sułkowski (red.), Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Warszawa 2017.
14. Herbet A., (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), Wielość dłużników albo wierzycieli, Kodeks cywilny. Komentarz, tom III, Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–531), Warszawa 2018.
15. Huchla A., (w:) H. Dzwonkowski, C. Kosikowski, A. Huchla, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2003.
16. Kabat A., (w:) B. Dauter, R. Hauser, M. Niezgodka-Medek, J. Rudowski, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Warszawa 2019.
17. Kalicińska A., (w:) A. Mariański (red.), Ordynacja podatkowa 2019. Poradnik dla praktyków, Warszawa 2019.
18. Karp S., Instytucja małżeństwa w prawie kanonicznym, Studia Prawnicze KUL 2019, nr 3.
19. Kwaśniewski Z., Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1999 r., sygn. II CKN 298/99, Prawo bankowe 2000, nr 4.
20. Malinowski B., Małżeństwo, pokrewieństwo, (w:) A. Mencwel (red.), Wiedza o kulturze. Antropologia kultury. Zagadnienia i wybór tekstów, Warszawa 2005.
21. Małecki J., Lex falsa lex non est?, (w:) *Ex iniuria non oritur ius*. Księga ku czci Profesora W. Łączkowskiego, PWPiA UAM, t. 9, Poznań 2003.
22. Pietrasz P., Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, pod red. L. Etela, Warszawa, Lex 2019.
23. Prejs E., Odpowiedzialność cywilnoprawna małżonka podatnika względem osoby trzeciej, która poniosła odpowiedzialność za jego zobowiązanie podatkowe. Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., sygn. IV CSK 442/12, Glosa 2015, nr 4.
24. Presnarowicz S., Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, pod red. L. Etela, Warszawa, Lex 2019.
25. Przewłocka D., Czynności prawne małżonków rozporządzające majątkiem wspólnym a ochrona wierzyciela przed czynnościami fraudacyjnymi, Warszawa 2020.
26. Smoleń P., Trudności i wątpliwości rodzące się na tle tzw. prorodzinnej polityki podatkowej państwa, (w:) B. Kucia-Guściora, P. Smoleń (red.),

- Problemy i kontrowersje związane z opodatkowaniem dochodów osób fizycznych, Lublin 2008.
27. Sputowski A., Odpowiedzialność małżonków za zaległości podatkowe, Doradca Podatkowy 2003, nr 5.
 28. Stefanicki R., Należyta staranność zawodowa członka zarządu spółki kapitałowej, Warszawa 2020.
 29. Stefanicki R., Przynależność i wykonywanie nabytych z majątku wspólnego – praw udziałowych w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (spójność prawa handlowego i rodzinnego w zakresie statusu małżonka wspólnika), PiP 2017, nr 10.
 30. Wachowski M., Odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania podatkowe, Doradca Podatkowy 2011, nr 6.
 31. Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. I FSK 323/18.
 32. Wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. II FSK 1416/17.
 33. Wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 2011 r., sygn. I FSK 632/10.
 34. Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. III CSK 146/17.
 35. Wyrok TK z dnia 18 kwietnia 2018 r., K 52/16.
 36. Zdanikowski P., Podział udziałów w spółce z o.o. po ustaniu wspólności ustawowej małżeńskiej, PPH 2019, nr 4.
 37. Żurawik A., Uwagi do ustawy Prawo przedsiębiorców (ustawa z dnia 6 marca 2018 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 646), (w:) G. Kozieł (red.), Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz, Warszawa 2019.

Commentary to the judgment of 12 April 2019 of the Supreme Appellate Court, ref. no. II FSK 1416/17

Abstract

Past rulings unveil problems with deciphering criteria that allow for exempting an ex-spouse, who is a third party, from liability for tax arrears due to tax obligations arising under a joint marital property regime. Systemic and functional interpretation apparently needs to be resorted to for examination of the issue concerned. In their judgment, the Supreme Appellate Court held that the criteria for the divorced spouse's liability do not in any way whatsoever determine a decision on the divorced spouse's joint and several liability for tax arrears due to tax liabilities arising under a joint marital property regime.

Key words

Public interest, third party liability, joint marital property regime, tax obligations, value of the share.

Z HISTORII PROKURATURY

Dr Józef Garbaczyński **wiceprokurator Sądu Apelacyjnego w Krakowie**

Józef Garbaczyński, syn Józefa i Antoniny z d. Kalita urodził się 29 marca 1897 r. w Mokrzecu, w ówczesnym powiecie ropczyńskim, w województwie krakowskim. Początkowo zamieszkiwał w miejscu urodzenia, a następnie z rodziną przeniósł się do Krakowa, gdzie w latach 1903–1907 uczęszczał do szkoły powszechnej. W latach 1907–1915 kontynuował naukę w Gimnazjum im. Bartłomieja Nowodworskiego w Krakowie, a następnie w Gimnazjum w Jaśle, gdzie 16 sierpnia 1915 r. złożył egzamin dojrzałości, z odznaczeniem.

W latach 1915–1918 i 1920–1922 Józef Garbaczyński studiował na Uniwersytecie Jagiellońskim, gdzie 27 września 1922 r. uzyskał absolutorium na Wydziale Prawa. Zdał tam również egzaminy: historyczno-prawniczy, sądowy i polityczny. W dniu 25 czerwca 1924 r. otrzymał dyplom doktora praw.

Od 10 stycznia 1919 r. do 25 listopada 1920 r. pełnił służbę wojskową w batalionie akademickim, który powstał w listopadzie 1918 r. po wyzwoleniu Krakowa zajętego przez wojska austriackie. Następnie służył w 1. pułku wojsk kolejowych z przydziałem do obsługi pociągów pancernych. Pociągi te o nazwach „Piłsudczyk” i „Śmiały”, powstały ze zdobytego 1 listopada 1918 r., przez polskich kolejarzy i żołnierzy, którzy wcześniej służyli w armii austriackiej, nowoczesnego austro-węgierskiego pociągu pancernego. Posiadał on w składzie dwie opancerzone lokomotywy, dwa wagony artyleryjskie, dwa wzmocnione wagony dla piechoty oraz jeden szturmowy. Podzielono go na dwie części, tworząc pociągi pancerne „Piłsudczyk” i „Śmiały”, które wzięły udział m.in. w polsko-ukraińskich walkach o Lwów. Dowództwu pociągów podporządkowano 1. kompanię krakowskiego batalionu akademickiego, w którym służył Józef Garbaczyński.



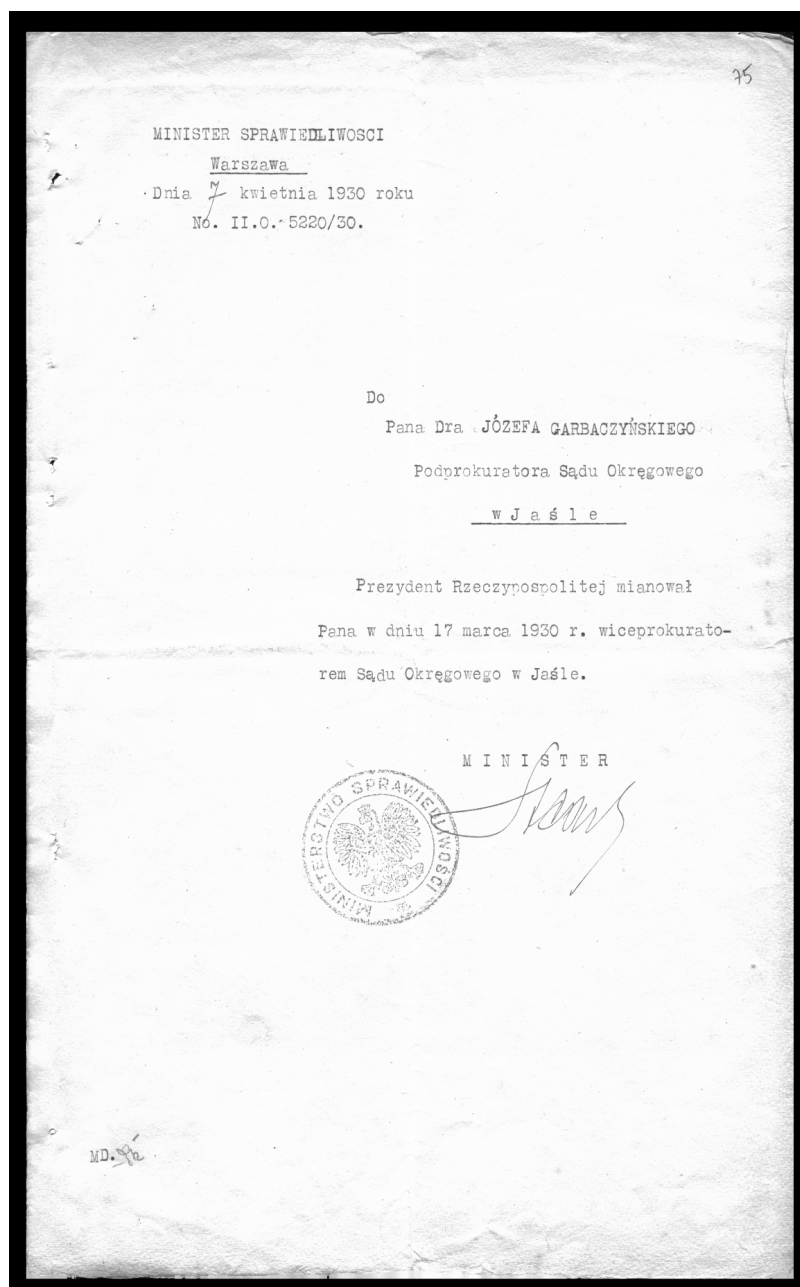
Pociąg pancerny „Śmiały”.
Źródło: Narodowe Archiwum Cyfrowe.

W czasie służby wojskowej Józef Garbaczyński walczył o niepodległą Polskę, biorąc udział w walkach na froncie ukraińskim, czeskim oraz w walkach z bolszewikami. Uczestniczył m.in. w walkach pod Sądową Wisznią, Lwowem, Brzeżnami, Równem i Rożyszcami.

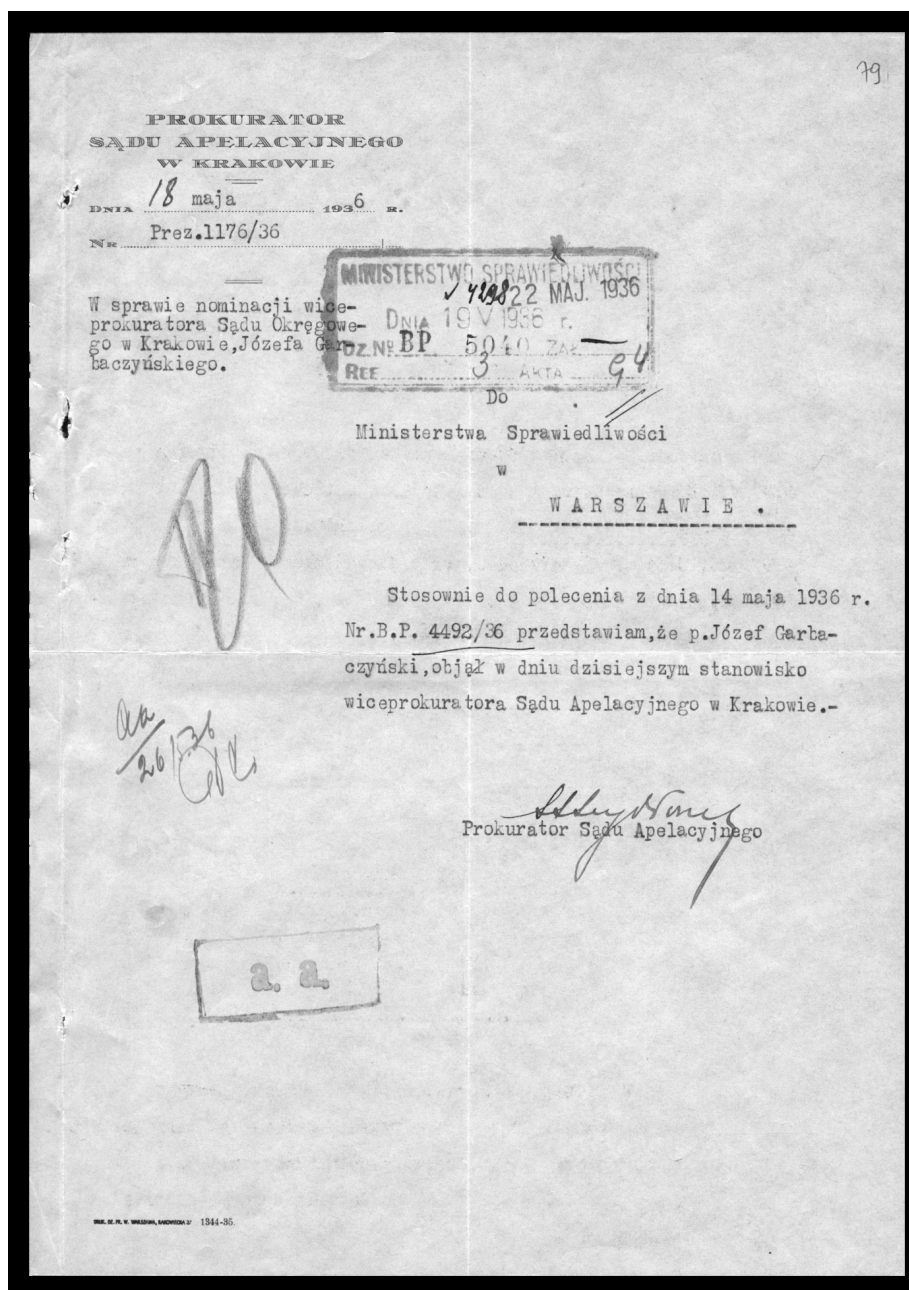
Po zakończeniu wojny polsko-bolszewickiej przeniesiono go do rezerwy w stopniu starszego sapera z przydziałem do 1. pułku saperów. Po tym Józef Garbaczyński kontynuował swoją karierę prawniczą. Dekretem Prezesa Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 czerwca 1923 r. mianowany został aplikantem sądowym. Przydzielono go do służby w Sądzie Okręgowym w Tarnowie. Po złożeniu 28 maja 1925 r. przed Komisją Egzaminacyjną przy Sądzie Apelacyjnym w Krakowie egzaminu sędziowskiego, z wynikiem dobrym, mianowany został w dniu 28 września 1925 r. sędzią powiatowym w Radomyślu Wielkim.

W dniu 14 lutego 1925 r. zawarł w Krakowie związek małżeński z Julią Marią z Przewłockich, z którą miał syna Bogusława Marjana urodzonego 3 grudnia 1925 r.

Z dniem 18 czerwca 1927 r. Józef Garbaczyński został mianowany podprokuratorem Sądu Okręgowego w Jaśle, a następnie w dniu 17 marca 1930 r. wiceprokuratorem tego sądu.



*Pismo Ministra Sprawiedliwości nr No. II.O. 5520/30.
Źródło: Archiwum Akt Nowych w Warszawie.*



Pismo Prokuratora Sądu Apelacyjnego w Krakowie nr Prez. 1176/36.
Źródło: Archiwum Akt Nowych w Warszawie.

Postanowieniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 1932 r. przeniesiony został na stanowisko wiceprokuratora Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

W opinii kwalifikacyjnej dotyczącej Józefa Garbaczynskiego z dnia 18 kwietnia 1932 r. Prokurator Sądu Okręgowego w Jaśle wskazał m.in. „... odznacza się doskonałą znajomością ustaw, gorliwą pracą, ogromną dokładnością w zupełnie samodzielnym załatwianiu wszelkiego rodzaju spraw. Nadzwyczaj pilny i sumienny oraz dokładny, kierował także zastępczo Urzędem prokuratorskim ku pełnemu zadowoleniu. Posiada doskonałą swadę i wielką siłę argumentacji, zachowując zawsze zupełny spokój”.

Następnie na mocy postanowienia Ministra Sprawiedliwości w dniu 25 stycznia 1933 r. Józef Garbaczynski objął stanowisko wiceprokuratora Sądu Okręgowego w Krakowie. Zarządzeniem Prokuratora Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 1 lipca 1935 r. Józef Garbaczynski został ustanowiony jego zastępcą. W dniu 18 maja 1936 r. objął stanowisko wiceprokuratora Sądu Apelacyjnego w Krakowie, które piastował aż do śmierci.

Józef Garbaczynski w dniu 12 grudnia 1929 r. został odznaczony medalem Dziesięciolecia Odzyskanej Niepodległości.

Po wybuchu II wojny światowej i agresji ZSRS na Polskę w dniu 17 września 1939 r. został aresztowany przez funkcjonariuszy NKWD i zamordowany przez nich wiosną 1940 r. Jego ciało spoczywa na Polskim Cmentarzu Wojennym w Bykowni. Jest on wymieniony na tzw. Ukraińskiej Liście Katyńskiej opublikowanej w 1994 r.

Nazwisko Józefa Garbaczynskiego zostało umieszczone na uroczyscie odsłoniętej w siedzibie Prokuratury Krajowej w dniu 17 września 2020 r. tablicy, upamiętniającej prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, którzy oddali życie za Ojczyznę w latach 1939–1945.

Źródła

1. Archiwum Akt Nowych w Warszawie.
2. „Śmiały” 1919–5.XI.–1920. W rocznicę wyruszenia na front poc. panc. „ŚMIAŁY”. Warszawa 1920, Drukarnia Żołnierza Polskiego.
3. Listy katyńskiej ciąg dalszy. Straceni na Ukrainie, Zeszyty Katyńskie, nr 4, Warszawa 1994.
4. <https://katyn.miejscapamieci.gov.pl/page/strona-glowna/lista.php> (dostęp: 15 października 2021 r.).

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 **Pasporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

Wynik kolejnej oceny **ICV 2019 = 47.15** uwidocznił na liście czasopism **ICI Journals Master List 2019** <https://journals.indexcopernicus.com/search/formjml> oraz w **Pasporcie** naszego czasopisma <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169&lang=pl>.

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 21 cm, wysokość 29,7 cm), marginesy: górny 5 cm, boczne (lewy i prawy) 4,2 cm i dolny 6,5 cm, czcionka Arial 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 oraz słowa kluczowe, a na ostatniej alfabetyczny wykaz wykorzystanej literatury. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska, a także ORCID. Od studentów, doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane. Niewykorzystane materiały zwracane są na wyraźne życzenie autora.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.