

Prokuratura i Prawo

NR 4-5/kwiecień-maj 2020



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE
PROKURATURA KRAJOWA
Adres Redakcji:
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
Tel. 22 12 51 549
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

Druk i dystrybucja:
Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

Tomasz Jasiński i Dorota Wróbel, prokuratorzy Prokuratury Okręgowej w Warszawie	
Weksel jako przedmiot przestępstwa	5
<i>Promissory note as the subject of a crime</i>	21
Zbigniew Mierzejewski, sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego	
Prawo do odwołania się w sprawach karnych w ujęciu wynikającym z Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej	22
<i>Right of appeal in criminal cases under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, International Covenant on Civil and Political Rights, and Charter of Fundamental Rights of the European Union</i>	39
Adam Roch, sędzia Sądu Najwyższego	
Rzecznik dyscyplinarny sędziów jako <i>dominus litis</i> postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego	40
<i>Disciplinary ombudsman for judges as dominus litis of pre-trial and disciplinary proceedings</i>	73
dr Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie del. do Prokuratury Krajowej, Kamil Góral, dyrektor Obszaru Rozwiązań w firmie DataWalk	
Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. I)	74
<i>Prosecutors' involvement in criminal analysis of cryptocurrency transfers (Part I)</i>	96
dr Damian Wąsik, adiunkt w Katedrze Podstaw Prawa Medycznego Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, prokurator Prokuratury Okręgowej w Gdańsku	
Prawnokarna ochrona członków zespołu ratownictwa medycznego	97
<i>Criminal law protection of members of the emergency medical team</i>	116
dr Joanna Zajączkowska-Burtowy, Michał Burtowy, adwokaci z Poznania	
O kryminalizacji tzw. alienacji rodzicielskiej	117
<i>Remarks on criminalization of parental alienation</i>	139

Marcin Gołaszewski, biegły sądowy z zakresu badań poligraficznych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie	
Uwarunkowania zdrowotne poddania badaniom poligraficznym (wariograficznym)	140
<i>Health determinants of submission to polygraph (lie-detector) testing</i>	152

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

dr Bolesław Kurzępa, adiunkt Politechniki Rzeszowskiej	
Prawnokarne aspekty ustaw regulujących rynek usług turystycznych	153
<i>Criminal-law aspects of laws regulating tourism services</i>	181
Paweł Tomasz Kartasiński, starszy asystent sędziego Wydziału IV Rodzinnego i Nieletnich Sądu Rejonowego w Sosnowcu	
Problematyka zadań sądu opiekuńczego w kontekście orzekania o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu na podstawie art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego	182
<i>Guardianship court's tasks in the context of ruling on detention and compulsory appearance under Article 40(2) and Art. 46(2c) of the Act of 19 August 1994 on protection of mental health</i>	223

Glosy/*Commentaries*

do uchwały Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 27 października 2017 r., sygn. SNO 38/17 (dot. przesłanki faktycznej uchylenia immunitetu sędziowskiego) – dr Cezary Golik	224
<i>to the resolution of the Supreme Court – Disciplinary Court of 27 October 2017, file ref. no. SNO 38/19 (concerns factual premises for waiver of judges' immunity) – by Cezary Golik, Ph.D.</i>	235
do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2016 r., sygn. I KZP 21/15 (dot. tajemnicy bankowej) – oprac. Wojciech Wassermann	236
<i>Commentary to the Supreme Court resolution of 30 March 2016, ref. no.: I KZP 21/15 (regarding bank secrecy) – by Wojciech Wassermann</i>	245
do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. II AKa 205/18 (dot. opinii prywatnej) – oprac. dr Piotr Rogoziński	246
<i>Commentary to the judgment of 2 August 2018 of the Appellate Court in Warsaw, II AKa 205/18 (private comments) – by Piotr Rogoziński, Ph.D.</i>	255

ARTYKUŁY

Tomasz Jasiński, Dorota Wróbel

Weksel jako przedmiot przestępstwa

Streszczenie

Prawo wekslowe¹ nie zawiera przepisów karnych. W artykule jest przedstawiona problematyka regulacji Kodeksu karnego², które mogą dotyczyć weksli. Są to art. 310 § 1, art. 270 § 2 i art. 276. Pierwszoplanowe znaczenie mają dwa pierwsze unormowania. Ich stosowanie jest utrudnione, jeśli czyni się to w oderwaniu od przepisów prawa wekslowego, szczególnie art. 7 i 69, które wprowadzają zasadę samoistności zobowiązania inkorporowanego w wekslu. Artykuł prezentuje, w jaki sposób prawo wekslowe sprawia, że karnoprawna ocena czynów wymierzonych w weksel może niekiedy różnić się od oceny dokonywanej w odniesieniu do innych dokumentów. W zakresie art. 276 k.k. artykuł nawiązuje do dotkliwych skutków przestępstwa w sferze praw majątkowych osoby, która z jakiegokolwiek przyczyny utraciła weksel i możliwości ich zapobieżenia, a jeśli nastąpią, to częściowego odwrócenia w sposób określony w prawie wekslowym. Chodzi o instytucje wtóropisu i orzeczenia o umorzeniu weksla. Ponadto w artykule jest poruszone zagadnienie weksla jako dowodu rzeczowego w postępowaniu karnym. Zasada samoistności zobowiązania wekslowego sprawia, że w pewnych wypadkach zabezpieczenie i orzeczenie przypadku sfalszowanego weksla stanowi istotny

¹ Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r., Dz. U. Nr 37, poz. 282 z późn. zm.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm. (dalej pr. weksl.).

problem teoretyczny i praktyczny, który jest zlokalizowany w styczności prawa cywilnego oraz prawa karnego. Na gruncie obowiązujących przepisów jest też nadzwyczaj trudny, o ile w ogóle możliwy, do rozwiązania.

1. Ogólne pojęcie weksla

Przy braku legalnej definicji weksel może zostać określony jako ściśle sformalizowany pod względem treści papier wartościowy na zlecenie wyrażający zobowiązanie do spełnienia świadczenia pieniężnego, którego wykonanie gwarantuje samodzielna i solidarna odpowiedzialność wystawcy i wszystkich podpisanych na dokumencie³.

Stosownie do kryterium płatnika ustawa wyróżnia dwa rodzaje weksli, to jest własny i trasowany. W wekslu własnym wystawca przyrzeka sam zapłacić sumę wekslową odbiorcy weksla, czyli remitentowi lub jego następcom (art. 101 pkt 2 pr. weksl.). Natomiast w trasowanym poleca zapłatę trasatowi i do niego kieruje remitenta po spłatę (art. 1 pkt 2 pr. weksl.). Trasatem jest osoba trzecia, z którą wystawca pozostaje w relacji gospodarczej jako wierzyciel lub w stosunku zwierzchności zawodowej i z tego tytułu może się spodziewać, że polecenie zapłaty będzie honorowane. Po przyjęciu weksla trasat uzyskuje status akceptanta, czyli dłużnika głównego, zaś wystawca nadal odpowiada wekslowo, ale już tylko subsydiarnie (posiłkowo) w ramach zwrotnego poszukiwania, gdy akceptant nie przyjmie lub nie spłaci weksla (art. 9, 43–46 pr. weksl.). Poza typem podstawowym weksel trasowany może zostać wystawiony jako:

- weksel na zlecenie własne, w którym wystawca jest jednocześnie remitentem (art. 3 zd. 1 pr. weksl., przydatny, gdy wystawca chce posłużyć się wekslem trasowanym, ale nie wie, kogo wskazać jako remitenta),
- własny, w którym wystawca jest jednocześnie trasatem (art. 3 zd. 2 pr. weksl., stosowany przez wystawcę z centrali, gdy poleca zapłatę osobie z oddziału zamiejscowego),
- na rachunek osoby trzeciej, jako używany w relacjach w udziałem komisanta i komitenta (art. 3 zd. 3 pr. weksl.).

³ W piśmiennictwie weksel jest definiowany na różne sposoby. Część autorów akcentuje abstrakcyjny charakter inkorporowanego w nim zobowiązania, S. J a n c z e w s k i, *Prawo wekslowe i czekowe*, Warszawa 1994, s. 17, zaś inni kładą nacisk na przynależność weksla do papierów wartościowych, W. Ł a t a ł a, (w:) S. W ł o d y k a (red.), *Prawo papierów wartościowych*, Kraków 1992, s. 112. Każda propozycja jest wyrazem indywidualnego kompromisu w zakresie priorytetu cech uznawanych za najważniejsze. Niekiedy komentatorzy w ogóle odstępują od definiowania weksla wychodząc z założenia, że skoro nie doczekał się on ustawowego określenia, to brakuje uzasadnienia, aby czyniła to doktryna prawa.

Weksel przywodzi na myśl pieniądz, lecz nim nie jest i go nie zastępuje. Zobowiązanie łączące kontrahentów transakcji wekslowej wygasa dopiero z chwilą spłaty długu wekslowego, natomiast wyjątkowo rodzi ten skutek z woli stron. Wręczenie kontrahentowi weksła nie stanowi zapłaty, chyba że umówiono się inaczej⁴.

Istotę weksła wyraża inkorporowane w nim zobowiązanie, które charakteryzuje się sześcioma cechami. Z punktu widzenia art. 310 § 1 k.k. i art. 270 § 2 k.k. najważniejsza jest samoistność. Każdy podpis złożony na wekslu kreuje własne (samoistne) zobowiązanie podpisanego, które ocenia się niezależnie od zobowiązań wynikających z innych podpisów (art. 7 pr. weksl.) i według treści weksła z chwili złożenia podpisu (art. 69 pr. weksl.). Dlatego odpowiedzialność wekslowa jest ściśle zindywidualizowana i może to dawać o sobie znać w różnych okolicznościach, przykładowo w odniesieniu do terminów przedawnienia lub terminu czy miejsca spłaty długu wekslowego. W skrajnym wypadku z weksła podpisanego przez wiele osób będzie odpowiadał tylko ten lub tylko ci, których podpisy są autentyczne. Natomiast pięć pozostałych cech to:

- bezwarunkowość (art. 101 pkt. 2 i art. 1 pkt 2 pr. weksl., nie można warunkować spłaty weksła zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, na przykład wpływem gotówki z innej transakcji),
- abstrakcyjność, która jest pochodną samoistności i bezwarunkowości (zobowiązanie wekslowe powstaje, trwa i ustaje niezależnie do przyczyny, która uzasadniała wystawienie weksła, na przykład wręczenie weksła kontrahentowi powoduje powstanie zobowiązania wekslowego nawet wtedy, gdy nie dostarczył towaru w ramach transakcji rozliczonej wekslowo),
- pieniężność (art. 101 pkt 2 i art. 1 pkt 2 pr. weksl., przedmiotem świadczenia jest tylko zapłata pieniędzy),
- solidarność (art. 47 pr. weksl., wszyscy podpisani na wekslu odpowiadają za dług wekslowy),
- formalizm (art. 102 zd. 1 i art. 2 zd. 1 pr. weksl., weksel, który nie spełnia warunków formalnych jest nieważny).

Weksel jest dokumentem obiegowym, stosowanym dla potrzeb uzgodnionego przez strony bezgotówkowego rozliczania operacji gospodarczych. Wystawca, remitent lub każdy kolejny posiadacz weksła, który nie chce albo nie może zapłacić za świadczenie wręcza kontrahentowi

⁴ Orzeczenie SN z dnia 9 stycznia 1930 r., sygn. RW 649/29, PPH 1931, poz. 721; wyrok SN z dnia 20 grudnia 1933 r., sygn. C III 169/33, Zb. Orz. 1934, poz. 446.

weksel, z którym ten będzie mógł w przyszłości zwrócić się o zapłatę albo indosować dla potrzeb rozliczenia własnej transakcji⁵.

Weksel znajduje szerokie zastosowanie przy zabezpieczaniu roszczeń z umów i czynów niedozwolonych. W obecnych polskich realiach gospodarczych najczęściej są wystawiane weksle własne w związku z transakcjami z odroczoną płatnością oraz w celu zabezpieczenia spłaty kredytów i pożyczek. Natomiast rzadkością jest korzystanie z weksli trasowanych.

2. Forma i treść weksla

Forma weksla wynika z prawa wekslowego. Weksel jest dokumentem pisemnym, o czym przesądza wymóg podpisu wystawcy (art. 101 pkt 5 i art. 1 pkt 8 pr. weksl.). Złożony podpis musi być własnoręczny, czyli narysowany ręcznie, a nie naniesiony jakimkolwiek sposobem mechanicznym⁶. To wszystko sprawia, iż weksel funkcjonuje w formie papierowej i nie jest dopuszczalna forma elektroniczna. W przeszłości weksle wystawiano na urzędowych blankietach wekslowych z nadrukiem opłaty skarbowej. Obecnie można wystawiać weksle na dowolnych kartkach. Integralną, chociaż nie zawsze konieczną, część weksla stanowi przedłużek. Jest to kartka odpowiadająca formatowi wekslowi, którą dokleja się do weksla by uzyskać miejsce na kolejne indosy.

Treść weksla tworzą składniki obligatoryjne. W wekslu własnym jest ich siedem: 1) nazwa weksel, 2) bezwarunkowe przyrzeczenie wystawcy zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej, 3) termin płatności, 4) miejsce płatności, 5) nazwisko osoby, na której rzecz (remitent), lub na której zlecenie (indosatariusz) ma być dokonana zapłata, 6) data i miejsce wystawienia weksla, 7) podpis wystawcy (art. 101 pkt 1–7 pr. weksl.). Natomiast treść weksla trasowanego jest rozbudowana o jeszcze jeden, ósmy element, to jest oznaczenie trasata, który nie występuje w konstrukcji weksla własnego. Ponadto zamiast z przyrzeczeniem zapłaty mamy tam do czynienia z poleceniem zapłaty (art. 1 pkt 1–8 pr. weksl.).

Treść weksla może zostać wzbogacona o fakultatywne klauzule wekslowe, które mają na celu modyfikację ustawowych zasad stosunku wekslowego. Uprawnienie do korzystania z klauzul przysługuje przede

⁵ Indos jest pisemnym oświadczeniem umieszczonym na papierze wartościowym na zlecenie i zawierającym co najmniej podpis zbywcy, oznaczającym przeniesienie praw na inną osobę (art. 921⁹ § 2 k.c.).

⁶ A. Glasner, A. Thaler, *Prawo wekslowe i czekowe*, Bielsko-Biała 1992, s. 23. Wyjątek od zasady własnoręczności podpisu wynika z art. 75 pr. weksl. Za niepiśmiennych lub niemogących się podpisać podpis może złożyć osoba upoważniona.

wszystkim wystawcy weksła. Natomiast już w zdecydowanie bardziej ograniczonym zakresie mogą z niego korzystać akceptant, indosanci i poręczyciele. Przy zastosowaniu kryterium powodowanych skutków, klauzule wekslowe dzielą się na wekslowo skuteczne, pomijalne i unieważniające weksel. Klauzule wekslowo skuteczne, zwane ustawowymi, to te, których możliwość stosowania wynika wprost z prawa wekslowego, jak na przykład klauzula domicylu (art. 4 pr. weksl.) lub oprocentowania sumy wekslowej (art. 5 pr. weksl.). W przeciwieństwie do klauzul wekslowo skutecznych, klauzule pomijane nie wywołują skutków prawnych w dziedzinie prawa wekslowego. O ich istnieniu można dowiedzieć się z ustawy, ale tylko dlatego, że prawo wekslowe stanowi, iż dane zastrzeżenie uważa się za nienapisane. W tym znaczeniu są traktowane jako niedozwolone. Mogą znaleźć się w wekslu z różnych powodów, przykładowo niewiedzy lub nadgorliwości wprowadzającego, który błędnie sądzi, że przez dodatkowe zastrzeżenia lepiej zabezpieczy swoje interesy. Przykładem klauzuli pomijanej jest zastrzeżenie warunku przy indosie, który jest bezwarunkowy (art. 12 ust. 1 pr. weksl.). Klauzule unieważniające weksel rodzą ten skutek, że zobowiązanie wekslowe w ogóle nie powstaje. Są to klauzule do tego stopnia godzące w naturę weksła, że ustawodawca odstąpił od ochrony dotkniętego wadą dokumentu i zrezygnował z wyjścia kompromisowego, które daje możliwość pominięcia zastrzeżenia. Przykładem klauzuli unieważniającej weksel jest zastrzeżenie warunku przy przyrzeczeniu zapłaty w wekslu własnym lub poleceniu zapłaty w wekslu trasowanym, o których wiadomo, że muszą być bezwarunkowe.

Weksel może zostać wystawiony „blankowo”. Wekslem blankowym, występującym również pod nazwami weksła *in blanco* i niepełnego jest dokument niezawierający wszystkich obligatoryjnych elementów treści weksła, który wystawca po podpisaniu wręcza drugiej osobie i upoważnia ją do późniejszego uzupełnienia zgodnie z zawartym przez nich porozumieniem (art. 10 pr. weksl.). W sensie gospodarczym weksel blankowy spełnia tę samą rolę co weksel zupełny, ale różni się od niego treścią, która z założenia nie spełnia wymogów oznaczonych w art. 1 i 101 pr. weksl. Zazwyczaj chodzi o brak oznaczenia sumy wekslowej, która w chwili podpisywania dokumentu przez wystawcę nie jest jeszcze znana. W polskim orzecznictwie i piśmiennictwie dominuje stanowisko, iż weksel wystawiony *in blanco* inkorporuje zobowiązanie wekslowe na zasadzie warunkowej. Powstaje ono po uzupełnieniu dokumentu, natomiast wcześniej wynikająca z weksła wierzytelność może być przedmiotem przelewu (cesji)⁷.

⁷ Wyrok SN z dnia 2 maja 1935 r., sygn. C III 138/34, Zb. Orz. 1936 r., poz. 98; A. Szpunar, Komentarz do prawa wekslowego i czekowego, Warszawa 2001, s. 96;

W tym aspekcie weksel blankowy nie stanowi tylko podpisanej kartki papieru, która do czasu uzupełnienia jest pozbawiona znaczenia prawnego. Weksel wystawiony *in blanco* najczęściej występuje pod postacią weksła gwarancyjnego i kaucyjnego. Pierwszy służy zabezpieczeniu roszczeń wynikających z kontraktów, zaś drugi z tytułu czynów niedozwolonych.

3. Fałszerstwo weksła (art. 310 § 1 k.k.)

Weksel różni się pod wieloma względami od innych dokumentów, nawet tych, które są papierami wartościowymi i inkorporują wierzytelności. Nie chodzi tylko o abstrakcyjny charakter zawartego w nim zobowiązania i możliwość wystawienia w formie blankowej, ale również o kwestię zmienności treści. Podczas gdy dokumenty mają z reguły ustaloną i nadaną im ostateczną treść, to treść weksła z założenia może podlegać wzbogaceniu, stosownie do sposobu wykorzystania i użycia dla potrzeb rozliczania lub zabezpieczania operacji gospodarczych. Dzieje się tak ponieważ jest dokumentem przeznaczonym do obiegu. Natomiast w trakcie obiegu na wekslu są kreślone indosy, często klauzule wekslowe, które mogą pochodzić od indosantów, a także może być poręczony. Skoro zaś inkorporuje wierzytelność, to przechodząc przez ręce kolejnych posiadaczy pozostaje szczególnie narażony na niebezpieczeństwo sfalszowania.

Czyn polegający na fałszerstwie weksła jest stypizowany w art. 310 § 1 k.k. Co prawda w przepisie nie ma mowy o wekslu, ale powszechnie przyjmuje się, że weksel jest dokumentem uprawniającym do otrzymania sumy pieniężnej⁸. Przepis ma zastosowanie do weksli zupełnych i wystawionych jako blankowe. Fałszerstwo weksła, podobnie jak pieniądza lub innych dokumentów, może nastąpić w formie podrobienia lub przerobienia. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej rozróżnienie jest niezwykle istotne. Zasada samoistności zobowiązania wekslowego sprawia, że w wypadku, gdy fałszerstwo weksła następuje w formie przerobienia, odpowiedzialność karna powstaje zależnie od oceny dokumentu w świetle art. 7 i 69 pr. weksl.

Fałszerstwo w formie podrobienia weksła polega na wytworzeniu fałszyfikatu dokumentu, co wyczerpuje znamiona art. 310 § 1 k.k. Fałszyfikatem weksła jest nie tylko dokument z podrobionym podpisem wystawcy,

W. Opalski, (w:) T. Komosa, W. Opalski, Prawo wekslowe i czekowe, Warszawa 1999, s. 44; J. Jastrzębski, (w:) J. Jastrzębski, M. Kaliński, Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz, Warszawa 2012, s. 145.

⁸ Uchwała SN z dnia 21 marca 2007 r., sygn. I KZP 2/07, OSNKW 2007, nr 4, poz. 21, baza LEX.

ale i dokument z autentycznym podpisem wystawcy, tyle że złożonym w innym zamiarze niż wystawienie weksła, przykładowo na niezapisanej kartce, która zgodnie z wolą podpisującego miała być pokwitowaniem odbioru towaru albo gotówki. Dla drugiej sytuacji charakterystyczny jest brak porozumienia wekslowego, które w wypadku weksła blankowego wiąże wystawcę i remitenta oraz dowodzi, że podpisany na dokumencie w charakterze wystawcy zamierzał wykreować zobowiązanie wekslowe.

Fałszerstwo weksła w formie przerobienia polega na wprowadzeniu zmian w treści weksła, który jest dokumentem autentycznym, czyli podpisanym przez wystawcę działającego w zamiarze wykreowania zobowiązania wekslowego. Tutaj możliwość stosowania art. 310 § 1 k.k. jest uzależniona od sposobu przerobienia. Jeśli mamy do czynienia z przerobieniem w ścisłym tego słowa znaczeniu, gdy sprawca mechanicznie ingeruje w dotychczasowy tekst weksła lub (i) podpisy, przykładowo poprzez wymazywanie poszczególnych elementów treści, dopisywanie kolejnych cyfr do sumy wekslowej w celu jej zawyżenia lub fałszowanie podpisów indosantów i poręczycieli, wówczas odpowiada na podstawie art. 310 § 1 k.k. jak za podrobienie dokumentu. Natomiast możliwość stosowania art. 310 § 1 k.k. ulega pewnemu zawężeniu w wypadku, gdy przerobienie jest ograniczone do dopisywania do dotychczasowego tekstu weksła nowych składników treści, które nie są uzgodnione z wystawcą lub (i) ewentualnymi indosantami oraz poręczycielami. W świetle zasady samoistności zobowiązania wekslowego zmiana treści weksła, o ile nie następuje w formie przerabiania dotychczasowych zapisów, podlega różnej ocenie prawnej i niekiedy to, co na pierwszy rzut oka może wydawać się przerobieniem dokumentu, w rzeczywistości kwalifikuje się jedynie jako zmianę tekstu powodującą skutki cywilne, ale już bez dalszych reperkusji karnych. Istnienie art. 7 i 69 pr. weksl. sprawia, że karnoprawna ocena zmiany treści weksła zależy od tego, czy autor podpisał zmianę własnym nazwiskiem, przyjmując na siebie odpowiedzialność za zmieniony tekst. Jeśli to uczynił, odpowiada tylko wekslowo, zaś sprawę zakresu jego odpowiedzialności zamyka art. 69 pr. weksl. Natomiast gdy autor dopisał zmianę w taki sposób, aby skojarzyć ją z podpisem innej osoby, wówczas otwiera się pole do stosowania art. 310 § 1 k.k. Dzieje się tak, ponieważ art. 69 pr. weksl. nie depenalizuje czynu polegającego na dopisywaniu nowych treści weksła na konto innych osób, które wcześniej złożyły swoje podpisy na dokumencie. Art. 69 pr. weksl. dotyczy bowiem cywilnej sprawy zakresów odpowiedzialności wekslowej w związku ze zmianą treści weksła, ale już nie legalizuje fałszerstwa w znaczeniu,

w jakim nadaje się temu pojęciu powszechnie i we wszystkich dziedzinach prawa.

Art. 310 § 1 k.k. nie ma zastosowania w wypadku fałszerstwa deklaracji wekslowej, która jest sporządzana w związku z wystawieniem weksla blankowego. Deklaracja nie jest wekslem, a jedynie ma walor osobnej umowy między wystawcą i odbiorcą dokumentu. Z tego powodu sprawca podrobienia lub przerobienia deklaracji odpowiada już tylko na podstawie art. 270 § 1 k.k. Dlatego w wypadku fałszerstwa weksla blankowego i deklaracji wekslowej może okazać się niezbędne kwalifikowanie pierwszego czynu z art. 310 § 1 k.k., a drugiego już tylko z art. 270 § 1 k.k.

4. Uzupelnienie weksla blankowego niezgodnie z porozumieniem (art. 270 § 2 k.k.)

Z wystawieniem weksla blankowego zawsze łączy się ryzyko, że zostanie uzupełniony sprzecznie z porozumieniem wekslowym i użyty na szkodę wystawcy. Z reguły chodzi o możliwość zawyżenia sumy wekslowej, szczególnie gdy ta ma zostać obliczona dopiero w przyszłości na podstawie okoliczności, które w chwili wystawienia dokumentu nie są jeszcze znane.

Art. 270 § 2 k.k. penalizuje wypełnienie blankietu opatrzonego cudzym podpisem niezgodnie z wolą i na szkodę podpisanego albo użycie tego dokumentu. Zakres stosowania przepisu jest szeroki, gdyż odnosi się do wszystkich dokumentów wystawianych *in blanco*, a w tym weksli. Regulacja nie jest nowa. W kodeksie karnym z 1932 r. odpowiednikiem art. 270 § 2 k.k. był art. 194 k.k.⁹

Orzecznictwo międzywojenne stało na stanowisku, że uzupełnienie dokumentu sprzecznie z wolą wystawcy i na jego szkodę oraz użycie takiego dokumentu stanowią dwa odrębne typy przestępstw, które przy tożsamości sprawcy pozostają w zbiegu realnym¹⁰. Nie wydaje się, aby ten kierunek interpretacji przepisu stracił na aktualności.

W odniesieniu do weksli art. 270 § 2 k.k. różni od art. 310 § 1 k.k. sprawa istnienia porozumienia wekslowego. Weksel blankowy uzupełniony niezgodnie z zawartym porozumieniem, nawet domniemywanym, nie stanowi fałszyfikatu (art. 270 § 2 k.k.), jak to ma miejsce w wypadku wypełnienia kartki z cudzym podpisem w taki sposób, aby bez wiedzy

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r., Dz. U. Nr 60, poz. 571.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 10 stycznia 1935 r., sygn. II K 1425/34, OSN (K) 1935, nr 8, poz. 327.

i wbrew woli podpisanego wytworzyć pozór weksła (art. 310 § 1 k.k.)¹¹. W art. 270 § 2 k.k. nie ma zatem mowy o fałszerstwie weksła, ale o nadużyciu zaufania wystawcy dokumentu. Zachowanie nosi znamiona deliktu cywilnego, który jednocześnie podlega sankcji karnej. Nieprawidłowo uzupełniony weksel blankowy nie jest zatem dokumentem podrobionym lub przerobionym, ale jego treść i tak jest niezgodna z wolą wystawcy.

Art. 270 § 2 k.k. ma zastosowanie także w wypadku, gdy dla potrzeb wystawienia weksła blankowego użyto nie blankietu, ale zwykłej kartki. Żaden argument nie przemawia za różnicowaniem karalności zależnie od sprawy blankietów, tym bardziej że w zakresie weksli zniesiono obowiązek ich stosowania. Warto jednak pamiętać, że użycie blankietu wekslowego, szczególnie w przypadku weksli wystawianych jako niezupełne, jest pomocne w razie konieczności ustalenia, czy osoba podpisana na dokumencie miała zamiar zobowiązać się wekslowo. Blankiet z nadrukiem nazwy „weksel” powinien usuwać wątpliwości.

Bezpośrednim punktem odniesienia dla oceny, czy weksel został uzupełniony zgodnie z wolą wystawcy jest porozumienie wekslowe, czyli w praktyce deklaracja wekslowa. W cywilistyce kwalifikuje się je jako umowę między wystawcą i odbiorcą weksła blankowego, która spełnia dwie funkcje. Po pierwsze, stanowi upoważnienie do uzupełnienia weksła, po drugie, określa warunki uzupełnienia. Istnienie porozumienia dowodzi, że dany dokument został podpisany przez wystawcę w zamiarze wystawienia weksła. Natomiast brak porozumienia sprawia, że zobowiązanie wekslowe nie powstaje¹². Prawo wekslowe nie statuuje wymogów w zakresie elementów treściowych porozumienia. Sprawa jest pozostawiona uznaniu wystawcy i odbiorcy dokumentu. W aspekcie formalnym porozumienie powinno określać sposób uzupełnienia weksła w odniesieniu do treści obligatoryjnej dokumentu, a także, w razie potrzeby, w zakresie klauzul wekslowych, jeśli ich wprowadzanie jest przewidywane lub zabronione. Natomiast w aspekcie materialnym treść porozumienia winna być powiązana z operacją gospodarczą, dla której potrzeb posłużono się wekslem *in blanco*. Dotyczy to zasadniczo sumy wekslowej, która powinna korelować z wartością transakcji rozliczanej wekslowo, a gdy weksel służy zabezpieczeniu wierzytelności należy oczekiwać, że suma nie przekroczy kwoty długu liczonego z odsetkami. Jeśli w chwili wystawiania weksła blankowego suma wekslowa nie jest jeszcze znana, jest oczekiwane by porozumienie możliwie szczegółowo precyzowało warunki jej oznaczenia (obliczenia). Oprócz kwestii sumy wekslowej naj-

¹¹ Wyrok SN z dnia 1 maja 1934 r., sygn. II K 377/34, OSN (K) 1934, nr 12, poz. 271.

¹² A. Glasner, A. Thaler, *op. cit.*, s. 42.

ważniejszymi sprawami określonymi w porozumieniu są termin i (lub) miejsce płatności. Zdarzają się sytuacje, w których treść porozumienia wekslowego określa, kto imiennie ma uprawnienie do uzupełnienia dokumentu i (lub) w jakim terminie może to uczynić. Termin może, ale niekoniecznie musi odpowiadać terminowi przedawnienia roszczenia z transakcji rozliczonej wekslowo. Z punktu widzenia możliwości stosowania art. 270 § 2 k.k. jest pożądanym, aby porozumienie wekslowe było możliwie precyzyjne i nie rodziło wątpliwości interpretacyjnych. Jeśli rodzi, dla jego wykładni ma zastosowanie art. 65 § 2 k.c. Przepis stanowi, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. To zaś oznacza, że punktem odniesienia przy interpretacji porozumienia wekslowego jest operacja gospodarcza, w związku z którą wystawiono weksel blankowy. Art. 10 pr. weksl. mówi o porozumieniu, ale już nie reguluje jego formy prawnej. Tutaj również kwestia jest pozostawiona uznaniu wystawcy i odbiorcy weksla. Dlatego porozumienie może ograniczyć się do uzgodnienia ustnego albo, co też najczęściej ma miejsce, przybrać formę pisemnej deklaracji wekslowej podpisanej tylko przez wystawcę lub przez wystawcę i kontrahenta. Brak sporządzonej na piśmie deklaracji wekslowej nie stanowi przeszkody dla powstania zobowiązania wekslowego¹³. Należy wyraźnie zaznaczyć, że nawet podpisana przez wystawcę i odbiorcę deklaracja wekslowa nie chroni tego pierwszego przed skutkami uzupełnienia, które jest sprzeczne z porozumieniem. Po wręczeniu weksla blankowego wystawca traci bowiem kontakt z dokumentem, a przez to i wpływ na sposób jego uzupełnienia. Ma jednak istotne znaczenie dowodowe¹⁴. W procesie cywilnym ciężar dowodu wypełnienia dokumentu niezgodnie z porozumieniem obciąża dłużnika. Porozumienie wekslowe, jeśli przybiera postać pisemnej deklaracji, jest dokumentem, ale już nie wekslem ani nie stanowi części weksla. A to znaczy, że może mieć także formę elektroniczną. Los prawny porozumienia mającego formę deklaracji wekslowej jest uzależniony od statusu weksla. Przed uzupełnieniem weksla deklaracja zawsze powinna dzielić los dokumentu. To znaczy, że w wypadku rozliczenia kolejnej transakcji wekslem *in blanco* dotychczasowy posiadacz weksla blankowego powinien wręczyć kontrahentowi weksel wraz z deklaracją wekslową. Zresztą w żywotnym interesie kontrahenta leży uzyskanie deklaracji, bowiem w przeciwnym razie nie wiedziałby, jak prawidłowo uzupełnić dokument. Natomiast po uzu-

¹³ K. Piasecki, Prawo wekslowe i prawo czekowe. Komentarz, Bydgoszcz 1997, s. 90.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 28 października 1963 r., sygn. II CR 249/63, OSNCP 1964, nr 10, poz. 208.

pełnieniu weksla losy weksla i deklaracji wekslowej najczęściej się rozchodzą. W rezultacie kolejni posiadacze uzupełnionego weksla w ogóle mogą nie orientować się, że w przeszłości został on wystawiony blankowo.

Zastosowane w art. 270 § 2 k.k. sformułowanie o uzupełnieniu dokumentu niezgodnie z wolą wystawcy powoduje, że odpowiedzialność z tego przepisu powstaje nie tylko w wypadku bezpośredniej sprzeczności uzupełnienia z porozumieniem wekslowym, ale również w każdym przypadku uzupełnienia, gdy następuje ono wbrew woli wystawcy i na jego szkodę. Chodzi o sytuacje, gdy co prawda weksel jest uzupełniony prawidłowo, ale w okolicznościach danego wypadku do uzupełnienia weksla w ogóle nie powinno dojść¹⁵. Za przykład służą trzy różne stany faktyczne:

- nieuczciwy remitent uzupełnia otrzymany weksel blankowy, który otrzymał w zamian za towar, pomimo że nie wywiązał się z umowy rozliczanej wekslowo i nie dostarczył wystawcy przyrzeczonego towaru,
- nieuczciwy remitent uzupełnia weksel blankowy mający stanowić zabezpieczenie kredytu lub pożyczki, pomimo że dług został spłacony i powinien zwrócić wystawcy nieuzupełniony weksel,
- nieuczciwy remitent uzupełnia weksel blankowy w sytuacji przedawania roszczenia wynikającego z transakcji rozliczonej wekslowo.

Wszystkie te sytuacje łączy brak uzasadnienia gospodarczego dla uzupełnienia weksla wystawionego blankowo. Jeśli natomiast uzupełnienie zostaje dokonane i weksel jest skutecznie egzekwowany, to następuje to z realnym pokrzywdzeniem majątkowym wystawcy.

Zakres niezgodności w sposobie uzupełnienia może rozciągać się na składniki obligatoryjnej treści dokumentu i klauzule wekslowe. Wszystko zależy od zakresu uzgodnień składających się na porozumienie wekslowe. Jednak karalność znosi ustalenie wystawcy i remitenta zmieniające warunki porozumienia. W praktyce zdarzają się sytuacje, gdy porozumienie dotyczy sumy wekslowej i na tej kwestii się kończy. Wówczas rodzi się pytanie o zakres swobody wypełnienia weksla. Z pewnością rozciąga się ona na obligatoryjne elementy treści dokumentu, ale nie obejmuje już klauzul wekslowych wystawcy, albowiem ich stosowanie jest uzależnione od jego woli.

Warunkiem odpowiedzialności z art. 270 § 2 k.k. jest, aby uzupełnienie dokumentu niezgodnie z wolą wystawcy nastąpiło na szkodę wystawcy. W wypadku weksli chodzi o szkodę majątkową, którą może wyrażać, zależnie od okoliczności, cała suma wekslowa oznaczona w wekslu albo tylko jej część. Z drugą sytuacją mamy do czynienia w razie

¹⁵ S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 71.

zawyżenia sumy wekslowej. Wówczas szkodę odzwierciedla różnica między kwotą wynikającą z porozumienia wekslowego lub mogącą zostać ustaloną na podstawie porozumienia wekslowego, a kwotą wykraczającą ponad tą wartość.

Art. 270 § 2 k.k. nie określa, czy szkoda powinna w rzeczywistości zaistnieć. Dla weksli oznacza to potrzebę rozstrzygnięcia, czy przesłanką odpowiedzialności z tego przepisu jest już tylko sama niezgodność uzupełnienia z porozumieniem wekslowym, czy też dodatkowo niezbędne jest, by weksel został faktycznie wyegzekwowany, w całości lub nawet tylko częściowo. Wydaje się, że dla powstania odpowiedzialności wystarczy sama niezgodność. Takie też stanowisko reprezentowało orzecznictwo przedwojenne w odniesieniu do art. 194 k.k.¹⁶ Przemawia za tym charakter prawny weksla. Już samo uzupełnienie dokumentu powoduje, że wystawca zostaje włączony do wekslowego stosunku zobowiązaniowego, a przez to powstaje po jego stronie odpowiedzialność za dług wekslowy. Jeśli weksel jest uzupełniony niezgodnie z porozumieniem, wystawca podlega odpowiedzialności majątkowej, która nie ma gospodarczego uzasadnienia. W świetle art. 9 pr. weksl. wystawca z tej odpowiedzialności nie może się zwolnić.

Odpowiedzialności z art. 270 § 2 k.k. podlega również ten, kto używa weksla uzupełnionego niezgodnie z porozumieniem. Przez pojęcie użycia należy rozumieć przedstawienie weksla do zapłaty wystawcy lub którejkolwiek osobie podpisanej na dokumencie w charakterze dłużnika oraz ewentualne dochodzenie spłaty na drodze sądowej i w postępowaniu egzekucyjnym. W rachubę mogą jednak również wchodzić inne formy wykorzystania weksla, przykładowo dla potrzeb zabezpieczenia pożyczki albo rozliczenia kolejnej transakcji.

Art. 270 § 2 k.k. mówi o użyciu dokumentu uzupełnionego niezgodnie z wolą wystawcy. W odniesieniu do weksli może nasuwać się pytanie, czy należy przez to rozumieć całkowite uzupełnienie, czy też wystarczy tylko częściowe. Przykładem drugiej sytuacji jest, gdy sprawca wpisuje do weksla zawyżoną sumę wekslową, po czym jeszcze nie całkowicie uzupełniony dokument wręcza swojemu kontrahentowi. Wydaje się, że w wypadku weksli zakres normowania art. 270 § 2 k.k. rozciąga się na już uzupełnione dokumenty, jak również uzupełnione częściowo, byle tylko był spełniony warunek sprzeczności z wolą wystawcy wynikającą z porozumienia wekslowego.

¹⁶ Dla przedmiotowej istoty przestępstwa z art. 194 k.k. nie jest wymagane rzeczywiste zrządzenie szkody, lecz wystarczy możliwość jej zrządzenia, wyrok SN z dnia 15 maja 1934 r., OSN (K) 1934, nr 12, poz. 273.

Jeśli chodzi o użycie weksla uzupełnionego niezgodnie w porozumieniu wekslowym, sprawa odpowiedzialności karnej z art. 270 § 2 k.k. jest ściśle powiązana z kwestią indosu, czyli oświadczenia o przeniesieniu weksla na inną osobę. Problem dotyczy istotnego ograniczenia możliwości przypisania winy temu, na kogo został indosowany nieprawidłowo uzupełniony weksel. Dzieje się tak z powodu abstrakcyjnej natury indosu. Na nabywcy uzupełnionego weksla nie ciąży już powinność badania wcześniejszych losów dokumentu i w ogóle może nie wiedzieć, że był wystawiony blankowo. W tym sensie indos rodzi skutek w postaci przeniesienia własności uzupełnionego weksla, a przy okazji prowadzi do zatarcia historii prawnej weksla w taki sposób, że indosatariuszowi nie można przypisać świadomości uzupełnienia niezgodnego z porozumieniem. Wyjąwszy przypadek koluzji (zmowy indosanta z indosatariuszem, gdy indosant indosuje wadliwie uzupełniony weksel na świadomego wadliwości indosatariusza) indos powoduje, że odpowiedzialność karna może objąć tylko bezpośredniego odbiorcę weksla lub osobę, której wręczył bez indosowania jeszcze nieuzupełniony dokument, zaś ta dokonała uzupełnienia niezgodnie ze znanym jej porozumieniem. Pewnym zabezpieczeniem dla wystawcy jest wprowadzenie do wystawianego blankowo weksla klauzuli „nie na zlecenie”, która oznacza zakaz indosowania dokumentu (art. 11 ust. 2 pr. weksl.). Weksel opatrzony tą klauzulą bywa określany jako rekta-weksel, jest wykluczony z obiegu na zasadach indosu, a obrót nim odbywa się w formie przelewu wierzytelności.

Krąg sprawców przestępstwa z art. 270 § 2 k.k. obejmuje dwie kategorie osób. Pierwsza to ci, którzy uzupełniają weksel sprzecznie z porozumieniem i na szkodę wystawcy. W tej grupie mogą się mieścić prawni i incydentalni posiadacze weksla blankowego. Prawnym posiadaczem jest bezpośredni odbiorca weksla wystawionego blankowo i jego ewentualni następcy. Nie ma przy tym większego znaczenia tytuł następstwa, który może wynikać z wręczenia weksla, spadkobrania lub darowizny¹⁷. Natomiast status incydentalnego posiadacza przysługuje każdemu, który uzyskał weksel bez wiedzy wystawcy albo nawet wbrew jego woli, jak na przykład znalazca dokumentu albo osoba, która go ukradła. Druga kategoria sprawców to osoby, które używają weksla uzupełnionego niezgodnie z porozumieniem. W tej grupie mieszczą się kolejni posiadacze dokumentu, którzy mając świadomość nierzetelnego uzupełnienia weksla używają dokumentu dla własnych potrzeb gospodarczych. Nie można wykluczyć sytuacji, gdy odpowiedzialność z art. 270 § 2 k.k. będą ponosi-

¹⁷ I. Rosenblüth, *Prawo wekslowe. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 70.

li następujący po sobie posiadacze niezupelnionego w calosci weksla blankowego, ktorzy w sposob rozciagnięty w czasie i niezaleznie od siebie uzupełniali weksel niezgodnie z wolą wystawcy. Dzieje się tak, gdy jeszcze niezupelniony dokument przechodzi przez ręce następujących po sobie posiadaczy, z ktorych część lub nawet każdy może wprowadzić do weksla elementy treści sprzeczne z porozumieniem wekslowym.

5. Zniszczenie, uszkodzenie i ukrycie weksla (art. 276 k.k.)

Art. 276 k.k. ma zastosowanie do wszystkich dokumentów, a w tym i weksli. Sankcji karnej podlega zniszczenie, uszkodzenie, czynienie bezużytecznym, ukrywanie lub usuwanie dokumentu przez osobę, która nie ma prawa nim wyłącznie rozporządzać. Weksel jako przedmiot czynu z art. 276 k.k. zasługuje na szczególną uwagę. Chodzi o skutki jego zniszczenia, uszkodzenia, ukrycia i usunięcia. W każdej z tych sytuacji wierzyciel traci uprawnienie do żądania i wyegzekwowania spłaty długu. Warunkiem uzyskania spłaty jest bowiem posiadanie weksla. Natomiast utrata weksla jako dokumentu i rzeczy prowadzi do utraty inkorporowanej w nim wierzytelności. Według niepisanej, ale powszechnie respektowanej zasady „wierzytelność idzie za dokumentem”. W konsekwencji utrata weksla sprawia, że dotychczas uprawniony posiadacz dokumentu z chwilą utraty weksla traci również przysługującą mu dotąd wierzytelność. Dlatego dłużnik wekslowy może odmówić spłaty weksla w wypadku, gdy nie zostanie mu zwrócony oryginał dokumentu.

Przed tymi drastycznymi skutkami czynu z art. 276 k.k. chroni w pewnym stopniu instytucja wtóropisu (art. 64–66 pr. weksl.). Jest to ochrona niepełna, gdyż ma zastosowanie tylko do weksli trasowanych. Weksel trasowany może być wystawiony w dwóch lub więcej liczbie ponumerowanych egzemplarzy, które są zwane wtóropisami. Każdy z nich ma waler oryginału dokumentu i na podstawie każdego można skutecznie domagać się zapłaty. Nie jest jednak dopuszczalne wystawienie wtóropisu już po zniszczeniu, uszkodzeniu lub ukryciu egzemplarza macierzystego. W tym sensie wystawienie weksla we wtóropisach jest raczej aktem zapobiegliwości, aniżeli odwrócenia skutków przestępstwa.

Wierzyciel wekslowy, na którego szkodę został popełniony czyn z art. 276 k.k. ma możliwość częściowego odwrócenia, a w zasadzie złagodzenia skutków przestępstwa. Otwiera ją instytucja postępowania amortyzacyjnego, czyli dotyczącego umorzenia weksla, który zaginął (art. 96–100 pr. weksl.). W orzecznictwie i piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, że postępowanie amortyzacyjne może zostać przeprowadzone nie tylko

w wypadku zaginięcia weksła, ale w ogóle utraty dokumentu w następstwie istotnego uszkodzenia lub zniszczenia. Jeśli w postępowaniu amortyzacyjnym zostanie potwierdzone, że nastąpiła utrata weksła lub istotne uszkodzenie weksła, sąd wydaje orzeczenie o umorzeniu dokumentu. Na podstawie orzeczenia wierzyciel może żądać zapłaty, ale już nie indosować. Orzeczenie nie jest bowiem weksłem.

6. Weksel jako dowód rzeczowy

Zasada samoistności zobowiązania wekslowego ma daleko idące następstwa dla samego weksła w wypadku, gdy fałszerstwo dokumentu zostało ujawnione i sprawa jest badana w postępowaniu karnym. Chodzi o dalszy los prawny weksła ze sfalszowanym podpisem (podpisami) lub zmienionymi elementami treści, a w tym najważniejszego, to jest sumy wekslowej na wyższą. Sfalszowany weksel istotnie różni się od innych dokumentów pod względem skutków ujawnienia fałszerstwa. Stwierdzenie, że jest podrobiony albo był przerabiany uruchamia odpowiedzialność karną z art. 310 § 1 k.k., lecz nie zawsze musi eliminować dokument z obrotu prawnego. Z art. 7 i 69 pr. weksl. wynika bowiem, że aktualny posiadacz ma zachowaną możliwość żądania spłaty od wszystkich, których podpisy są autentyczne, a ci odpowiadają według treści dokumentu z chwili, w której składali na nim swoje podpisy. W konsekwencji dokument, który nosi znamiona fałszerstwa i jest to oczywiste dla wszystkich zainteresowanych, może pozostawać w obrocie prawnym i być honorowany jako podstawa dla procedur sądowych i egzekucyjnych. Ta ewentualność funkcjonowania w obrocie sfalszowanego weksła rodzi istotne problemy w styczności prawa karnego i cywilnego. Z punktu widzenia prawa karnego kwestionowany weksel powinien zostać zabezpieczony jako dowód, choćby w celu przeprowadzenia koniecznych badań przez biegłego z zakresu badania pisma ręcznego, zaś sprawca pociągnięty od odpowiedzialności karnej. Ostatecznie sfalszowany dokument winien podlegać przepadkowi. Tymczasem ze strony cywilistycznej brakuje dostatecznych przesłanek uzasadniających możliwość pozbawienia wierzyciela dokumentu, czyli w praktyce odebranie weksła uprawnionemu posiadaczowi i orzeczenie przepadku. Prawo wekslowe gwarantuje mu przecież uprawnienie do żądania spłaty od osoby lub osób, których podpisy są autentyczne i które samoistnie (samodzielnie) odpowiadają według tekstu istniejącego przed dokonaniem fałszerstwem. Równie ważne jest, że żaden przepis nie zabrania posiadaczowi, by indosował weksel na kolejną osobę w celu rozliczenia własnej operacji gospodarczej. Za-

bezpieczenie weksła, nie mówiąc już o orzeczeniu przepadku, niweczy te możliwości. Nie wydaje się, aby sprawa mogła znaleźć swoje rozwiązanie na gruncie aktualnie obowiązujących rozwiązań prawnych. Kodeks postępowania karnego¹⁸ zawiera przepisy dotyczące dowodów (art. 167–242), jednak nie ma wśród nich regulacji, która wychodziłaby naprzeciw wyzwaniam, które wynikają z weksła. Z pewnością nie jest tu przydatny art. 233 k.p.k. Dotyczy bowiem depozytu zabezpieczanych dowodowo krajowych lub zagranicznych środków płatniczych. Szczątkową przydatność okazuje również art. 44 § 5 k.k., który stanowi, że nie orzeka się przepadku m.in. przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, jeśli podlegają zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi. Aby móc stosować ten przepis wobec posiadacza weksła, należałoby najpierw określić warunki odebrania mu dokumentu, o którym wiadomo, że może być przydatny dla dochodzenia roszczeń na drodze cywilnej. Ustawa tego nie czyni. Zawodzi też cywilna instytucja wtóropisu, czyli wystawienia kolejnego egzemplarza weksła, który miałby walor oryginału i który miałby zostać pozostawiony posiadaczowi w zamian za odebrany mu weksel. We wtóropisach mogą być wystawiane tylko weksle trasowane, nigdy zaś własne. Poza tym na wystawionym wtóropisie musiałyby zostać powtórzone wszystkie podpisy, a w tym siłą rzeczy także i sfałszowane. Problemu nie rozwiązuje też instytucja odpisu weksła. Dla uzyskania akceptu weksła trasowanego i do uzyskania spłaty weksła własnego i trasowanego jest konieczny oryginał dokumentu. Również nieprzydatna jest instytucja orzeczenia o umorzeniu weksła. Postępowanie amortyzacyjne dotyczy tylko weksli zaginionych, o których nie wiadomo, gdzie się znajdują. Wyjątkowo przeprowadza się je w przypadku weksli zniszczonych. Samo zaś orzeczenie o umorzeniu weksła co prawda zapewnia możliwość żądania spłaty, ale nie jest wekslem i nie podlega indosowaniu. Wyjściem z sytuacji nie jest również przejęcie sfałszowanego weksła dla potrzeb postępowania karnego i pozostawienie w rękach dotychczasowego posiadacza kserokopii odebranego mu dokumentu. Takiej możliwości sprzeciwia się szereg argumentów. Prawo wekslowe dopuszcza zastępowanie weksła tylko wtóropisem, odpisem i orzeczeniem amortyzacyjnym. Pod tym względem stan prawny jest zamknięty. Dłużnik, który spłaca weksel, ma prawo żądania wydania mu weksła w oryginale. W przeciwnym razie naraża się na ponowne żądanie zapłaty. Zastąpienie weksła kserokopią niczego tu nie zmienia. Trudno jest dopuszczać ewentualność żądania spłaty weksła przez osobę postu-

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

gującą się kserokopią, skoro nie może ona tego uczynić mając odpis. Wykonywanie praw z weksła jest dopuszczalne tylko na podstawie oryginału dokumentu. W przeciwnym razie prawo wekslowe nie przewidywałoby instytucji postępowania umorzeniowego. Orzecznictwo stoi na jednoznacznym stanowisku o braku możliwości zastąpienia weksła kopią¹⁹.

Wszystko to sprawia, że samoistność zobowiązania wekslowego nie daje się pogodzić z oczekiwaniami prawa karnego. Jedynym rozwiązaniem wydaje się być zabezpieczenie i orzeczenie przepadku sfałszowanego weksła dopiero wtedy, gdy nastąpi przedawnienie wierzytelności wekslowej. Do tego bowiem czasu każdy posiadacz dokumentu będzie miał zachowaną możliwość żądania spłaty i indosowania.

Promissory note as the subject of a crime

Abstract

The basis of criminal liability of the perpetrator of an act targeting a bill of exchange are provided by article 310 paragraph 1, article 270 paragraph 2 and article 276 of the Criminal Code. The regulations of the Bill of Exchange Law and in particular article 7 and 69 thereof have a significant influence on the manner of interpreting these provisions. Therefore the assessment of the falsification of a bill of exchange is not always done in the same way as in case of other documents. With regards to article 276 of the Criminal Code, the Bill of Exchange Law opens possibilities of preventing or reversing the effects of the offence. In instances when the falsified bill of exchange constitutes evidence in criminal proceedings, problems appear with regards to the possibilities of securing the falsified document and ordering forfeiture thereof. The root of complications is the discrepancy between the criminal procedure and the Bill of Exchange Law. The Criminal Procedure Code dictates treatment of a falsified bill of exchange as any other document, whereas the Bill of Exchange Law allows the possibility of legal existence of a bill of exchange with a single authentic signature.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 9 lipca 1993 r., sygn. III CZP 90/93, OSCP 1994, nr 1, poz. 17.

Zbigniew Mierzejewski

Prawo do odwołania się w sprawach karnych w ujęciu wynikającym z Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Streszczenie

Zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego w porządkach prawnych państw europejskich uważana jest powszechnie za jedną z podstawowych zasad postępowania karnego. Nie wszędzie jednak jej obowiązywanie wynika bezpośrednio z ustawy zasadniczej. Odpowiednie regulacje dotyczące gwarancji do odwołania się do sądu wyższej instancji zawarte są natomiast w aktach prawa międzynarodowego, takich jak Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych. Artykuł przedstawia zakres gwarancji wynikających z prawa do odwołania się od orzeczenia w przedmiocie głównego nurtu postępowania, dotyczącego odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany czyn przestępczy do sądu wyższej instancji w ujęciu nadanym przez orzecznictwo organów międzynarodowych, a także wnioski dotyczące możliwości jego wywieńdzenia na gruncie prawa Unii Europejskiej.

Wstęp

W krajowym porządku prawnym prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych ma umocowanie konstytucyjne i wynika bezpośrednio z art. 78 oraz art. 176 ust. 1 Konstytucji RP¹. Pierwszy z tych przepisów stanowi o zaskarżalności orzeczeń i decyzji

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

wydanym w pierwszej instancji, zaś drugi wprowadza wymóg co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego. Jako podstawę normatywną zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego pomocniczo wskazuje się także art. 45 ust. 1 Konstytucji. Ścisła relacja pomiędzy wskazanymi regulacjami wynika z faktu, iż instancyjność postępowania sądowego związana jest nierozzerwalnie z funkcją kontroli odwoławczej wykonywaną przez sąd drugiej instancji, stanowiąc jednocześnie jeden z elementów prawa do sądowego rozpoznania sprawy².

Na poziomie ustawowym prawo do odwołania się w sprawach karnych wynika z art. 425 § 1 Kodeksu postępowania karnego³, który stanowi, iż od orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji przysługuje środek odwoławczy stronom oraz innym osobom wskazanym w ustawie. Z kolei w art. 444 § 1 i art. 459 § 1 i 2 k.p.k. określono rodzaj przysługującego środka odwoławczego i jego przedmiot, tj. apelację od wyroku sądu pierwszej instancji oraz zażalenie na postanowienia sądu pierwszej instancji zamykające drogę do wydania wyroku oraz co do środka zabezpieczającego, jak również na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie.

Gwarancja prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych została zawarta także w ratyfikowanych przez Polskę aktach prawa międzynarodowego, tj. Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴ oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych⁵.

Przedstawienie regulacji wynikających ze wskazanych umów międzynarodowych ma zarówno walor porównawczy jak i wpływa bezpośrednio na stosowanie i wykładnię przepisów prawa krajowego. Stosownie bowiem do treści art. 87 ust. 1 Konstytucji ratyfikowane umowy międzynarodowe obok Konstytucji, ustaw, oraz rozporządzeń stanowią źródło powszechnie obowiązującego prawa. Nadto, na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji, ratyfikowana, za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, umowa międzynarodowa ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.

Nie tylko treść normatywna ratyfikowanych umów międzynarodowych, ale także ich interpretacja dokonywana przez uprawnione organy, takie

² Wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 30.

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, powoływana dalej jako EKPCz bądź jako Konwencja.

⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167, powoływany dalej jako MPPOiP bądź jako Pakt.

jak ETPCz, TSUE oraz Komitet Praw Człowieka ONZ, oddziałują na wykładnię dokonywaną przez polskie sądy i trybunały. Trybunał Konstytucyjny zwracał wielokrotnie uwagę, że interpretując przepisy Konstytucji RP konieczne jest także uwzględnienie orzecznictwa organów powołanych do kontroli przestrzegania umów międzynarodowych. Mimo, że nie wywiera ono bezpośrednich skutków w porządkach prawnych państw członkowskich, to stanowi cenną wskazówkę interpretacyjną, która powinna zostać uwzględniona przez krajowe organy władzy publicznej⁶.

Do wykładni wynikającej z orzecznictwa ETPCz przy interpretacji zasady rzetelnego procesu sądowego z art. 45 ust. 1 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny odwołał się m.in. w wyroku z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05 stwierdzając, że prawo do korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu sądowym można wywieść, „śladem ETPCz”⁷, z prawa do rzetelnego procesu sądowego.

Wykładania gwarancji konwencyjnej dokonana przez ETPCz stała się zatem jedną z podstaw argumentacyjnych rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w ustaleniu treści i zakresu zasady prawa zawartej w polskiej Konstytucji.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie gwarancji prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych w głównym przedmiocie postępowania w ujęciu wynikającym ze wskazanych na wstępie aktów prawa międzynarodowego oraz prezentacja najważniejszych orzeczeń organów powołanych do jego wykładni, które zgodnie z orzecznictwem polskiego Trybunału Konstytucyjnego powinny stanowić istotny punkt odniesienia przy wykładni dokonywanej przez sądy krajowe.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych na gruncie EKPCz

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w pierwotnym brzmieniu nie zawierała gwarancji prawa do odwołania się

⁶ Wyrok TK z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. SK 77/06, OTK-A 2008, nr 3, poz. 39; por. także wyroki TK z dni: 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03, OTK-A 2004, nr 4, poz. 31; 13 września 2005 r., sygn. K 38/04, OTK-A 2005, nr 8, poz. 92; 20 lipca 2004 r., sygn. SK 19/02, OTK-A 2004, nr 7, poz. 67; 20 listopada 2007 r., sygn. SK 57/05, OTK-A 2007, nr 10, poz. 125.

⁷ Trybunał odwołał się do orzeczeń ETPCz z dni: 21 lutego 1975 r., Golder p. Wielkiej Brytanii, 4451/70, § 26–40; 28 czerwca 1984 r. Campbell i Fell p. Wielkiej Brytanii, 7819/77, § 97–99, 105–107, 111–113, a także 30 października 1991 r., Borgers p. Belgii, 12005/86, § 24, HUDOC.

do sądu wyższej instancji, ani nie nakładała na państwa członkowskie obowiązku ustanowienia sądu odwoławczego⁸. Zawarta w art. 6 ust. 1 EKPCz zasada rzetelnego procesu odnosiła się jedynie do gwarancji sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd, ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia wytoczonego w sprawie karnej.

Przyjmowano wszakże, że jeśli w krajowym porządku prawnym została przewidziana możliwość wniesienia odwołania do sądu wyższej instancji, reguły wynikające z zasady rzetelnego procesu powinny mieć zastosowanie także do istniejących procedur odwoławczych⁹.

Pojęcie „oskarżenia w sprawie karnej”, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ma na gruncie Konwencji znaczenie autonomiczne. W oparciu o standardy wypracowane w orzecznictwie ETPCz przyjmuje się, że o uznaniu oskarżenia w sprawie karnej nie decyduje jedynie zaklasyfikowanie postępowania na podstawie przepisów prawa krajowego, ale także charakter czynu i stopień surowości kary, którą może ponieść skarżący¹⁰.

Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreśla, że choć Konwencja nie działa przeciwko państwom członkowskim wykonującym swoje zadania w zakresie ustanawiania katalogu czynów zabronionych oraz rozróżniania pomiędzy różnymi kategoriami czynów dla celów prawa krajowego, to nie uznaje automatycznie klasyfikacji stworzonej przez państwa. Jeżeli poszczególne państwa w ramach swojego uznania zaklasyfikowałyby oskarżenie jako wykroczenie, bądź jako przewinienie dyscyplinarne zamiast karne, wyłączając działanie podstawowych gwarancji zawartych w Konwencji, zastosowanie tej klasyfikacji nie będzie podporządkowane jedynie

⁸ Por. P. Hofmański, A. Wróbel, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2011, t. I, s. 253.

⁹ Por. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 541–562; wyroki ETPCz z dni: 23 lipca 1968 r., *Delcourt p. Belgii*, 1474/62, § 25; 22 lutego 1984 r., *Sutter p. Szwajcarii*, 8209/78, § 20 i n.; 29 maja 1986 r., *Deumeland p. Niemcom*, 9384/81, § 77; 2 marca 1987 r., *Monnell i Morris p. Wielkiej Brytanii*, 9562/81 i 9818/82, § 54; 26 maja 1988 r., *Ekbatani p. Szwecji*, 10563/83, § 26; 19 grudnia 1989 r., *Kamasiński p. Austrii*, 9783/82, § 106; 28 sierpnia 1991 r., *F.C.B. p. Włochom*, 12151/86, § 29 i n.; 22 kwietnia 1992 r., *Vidal p. Belgii*, 12351/86, § 30 i n.; 16 grudnia 1992 r., *Hadjianastassiou p. Grecji*, 12945/87, § 20 i n.; 23 listopada 1993 r., *Poitrimol p. Francji*, 14032/88, § 28 i n.; 25 marca 1998 r., *Belziuk p. Polsce*, 23103/93, § 37; 22 lutego 2011 r., *Lalmahomed p. Holandii*, 26036/08, HUDOC.

¹⁰ Decyzja ETPCz z dnia 30 maja 2006 r., *Matyjek p. Polsce*, 38184/03, HUDOC.

ich suwerennej woli. Tak daleko idąca dowolność mogłaby bowiem prowadzić do skutków niezgodnych z przedmiotem i celem Konwencji¹¹.

Nie można zatem wykluczyć, iż oskarżenie zakwalifikowane w ustawodawstwie krajowym jako wykroczenie administracyjne bądź przewinienie dyscyplinarne zostanie uznane za oskarżenie w sprawie karnej w rozumieniu przepisów Konwencji, o ile będą na to wskazywać charakter i stopień surowości kary, którą może ponieść skarżący.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji nie wynika także z art. 13 EKPCz¹².

Zgodnie z tym przepisem każda osoba, której prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego. Powyższa regulacja stanowi wyraz zawartego w art. 1 EKPCz, ciężącego na państwie członkowskim obowiązku ochrony praw człowieka w pierwszej kolejności w jego własnym systemie prawnym¹³. Celem gwarancji wynikających z art. 13 EKPCz, pozostającego w ścisłym związku z regulacją zawartą w art. 35 ust. 1 EKPCz, jest zapewnienie skutecznego środka prawnego, na mocy którego osoby, których prawa zagwarantowane w Konwencji zostały naruszone, mogłyby uzyskać zadośćuczynienie na poziomie krajowym zanim skorzystają z prawa do wniesienia skargi do ETPCz¹⁴. Skuteczny środek odwoławczy, o którym mowa w art. 13 EKPCz, dotyczy zatem naruszenia praw i wolności zawartych w Konwencji, mając na celu wzmocnienie jej obowiązywania, a nie obejmuje prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji od orzeczeń wydanych przez sądy krajowe.

Gwarancja prawa do odwołania się od wyroku skazującego w sprawach karnych do sądu wyższej instancji została wprowadzona do EKPCz dopiero Protokołem Nr 7 podpisanym 22 listopada 1984 r. w Strasburgu¹⁵.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 i 2 tego Protokołu każdy, kto został uznany przez sąd za winnego popełnienia przestępstwa, ma prawo do rozpatrzenia przez sąd wyższej instancji jego sprawy, tak w przedmiocie orzeczenia o winie, jak i co do kary. Korzystanie z tego prawa, a także jego

¹¹ Wyrok ETPCz z dnia 21 lutego 1984 r., Öztürk p. Niemcom, 8544/79, HUDOC.

¹² Decyzja ETPCz z dnia 1 września 2015 r., Dorado Baúlde p. Hiszpanii, 23486/12, § 18, HUDOC.

¹³ M. A. Nowicki, Komentarz do art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Lex/EI, stan prawny 1 lutego 2017 r.; wyrok ETPCz z dnia 29 marca 2006 r., Scordino p. Włochom (1), 36813/97, § 188, HUDOC.

¹⁴ Por. A. Zieliński, Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego, PiP 2005, nr 11, s. 7; wyrok ETPCz z dnia 26 października 2000 r., Kudła p. Polsce, 30210/96, § 152, HUDOC.

¹⁵ Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

podstawy, reguluje ustawa. Wyjątki mogą być stosowane w przypadku drobnych przestępstw określonych w ustawie, lub w przypadkach, gdy dana osoba była sądzona w pierwszej instancji przez Sąd Najwyższy lub została uznana za winną i skazana w wyniku zaskarżenia wyroku uniewinniającego sądu pierwszej instancji.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji dotyczy zatem jedynie osób, wobec których wytoczono oskarżenie w sprawie karnej w rozumieniu przyjętym przez Konwencję. Nie obejmuje ono natomiast postępowań cywilnych ani administracyjnych. Realizacja gwarancji z art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 do EKPCz odnosi się do rozstrzygnięcia w przedmiocie głównego nurtu procesu („w przedmiocie orzeczenia o winie, jak i co do kary”) i nie dotyczy kwestii wпадkowych. Ustrojowo polega ona na zapewnieniu dostępu do sądu wyższej instancji jako do odrębnego organizacyjnie organu, usytuowanego w hierarchii sądów wyżej niż sąd pierwszej instancji, posiadającego kompetencje pozwalające na kontrolę zaskarżonego orzeczenia. Warunku tego nie będzie zatem spełniać możliwość wniesienia tzw. zaskarżenia poziomego do tego samego funkcjonalnie sądu rozpoznającego odwołanie w innym składzie.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji gwarantowane jest jedynie dla oskarżonego. Wyłączenie w prawie krajowym możliwości odwołania się od wyroku skazującego, czy też uniewinniającego, przez inne strony postępowania nie stanowi naruszenia Konwencji. Nie stanowi także naruszenia Konwencji wyłączenie możliwości odwołania się do sądu wyższej instancji przez oskarżonego od wyroku uniewinniającego.

Przyjmuje się, że prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji, o którym mowa w art. 2 Protokołu nr 7 do EKPCz, dotyczy także wyroków warunkowo umarzających postępowanie karne. Mimo, że wyrok warunkowo umarzający postępowanie, wydany zarówno w trybie art. 341 § 5 k.p.k., jak i art. 414 § 1 k.p.k., nie jest wyrokiem skazującym, to wymagane do jego wydania ustalenie winy oskarżonego obala domniemania niewinności¹⁶.

¹⁶ W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116, wyd. V, t. 7 do art. 66 k.k., Lex/El; postanowienie SN z dnia 1 marca 2004 r., sygn. V KK 373/03, OSNwSK 2004, poz. 437; S. Steinborn, Ograniczenie zaskarżalności i wyroku wydanego w I instancji jako środek uproszczenia procesu karnego w świetle prawa do dwuinstancyjnego postępowania (uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*), GSP 2005, nr 1, s. 370; A. Wąsek, Krytyczne uwagi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 maja 2000 r. (sygn. P 1/99), dotyczącego warunkowego umorzenia postępowania karnego, (w:) S. Stachowiak (red.), Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi, Poznań 2002, s. 23; E. Skrętowicz, Charakter prawny orzeczenia warunkowo umarzającego po-

W sytuacji przyznania się oskarżonego możliwość wniesienia odwołania co do winy może być wyłączona i ograniczać się jedynie do wymierzonej kary¹⁷. Ewentualne ograniczenia prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji muszą być wszakże uzasadnione i nie mogą naruszać jego istoty¹⁸.

Konwencja dopuszcza możliwość ograniczenia prawa do odwołania od wyroków skazujących wydanych w wyniku porozumienia związanego ze zrzeczeniem się prawa do zwykłej kontroli odwoławczej. Warunkiem uznania ograniczenia za uzasadnione jest świadoma i dobrowolna rezygnacja z prawa do zwykłego merytorycznego rozpoznania sprawy i pełnej kontroli odwoławczej. Nie może być ona rezultatem przymusu bądź fałszywych obietnic ze strony oskarżenia, a także musi zawierać gwarancje przed ewentualnymi nadużyciami¹⁹.

Mając na uwadze różne modele kontroli odwoławczej obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich Konwencja nie określa ani podstaw odwoławczych, ani zakresu postępowania odwoławczego, dopuszczając zarówno możliwość podnoszenia w odwołaniu jedynie zarzutów co do prawa, jak i co do prawa oraz ustaleń faktycznych. Akceptuje także obowiązujący w niektórych państwach członkowskich wymóg uzyskania zgody na wniesienie odwołania, o ile taka zgoda nie jest wydawana przez organ pozasądowy, albo sąd niemający statusu sądu wyższej instancji²⁰. Możliwość wniesienia odwołania nie może być zatem uzależniona od uzyskania zgody sądu, który wydał orzeczenie w pierwszej instancji.

Należy podkreślić, że gwarancja z art. 2 Protokołu nr 7 ma na celu zapewnienie możliwości naprawienia wszelkich uchybień powstałych na etapie procesu lub wyrokowania, jeżeli skutkowały one wydaniem wyroku skazującego. Do naruszenia prawa do odwołania się w sprawach karnych może zatem dojść również wówczas, gdy sąd odwoławczy zostaje pozbawiony możliwości skutecznej kontroli zaskarżonego orzeczenia. Za

stępowanie karne w świetle zasady domniemania niewinności, (w:) S. Stachowiak (red.), Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi, Poznań 2002, s. 19 i n.

¹⁷ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 22 listopada 1984 r., t. 17 do art. 2, s. 5.

¹⁸ Decyzja ETPCz z dnia 26 października 1995 r., E. M. p. Norwegii, 20087/92; wyroki ETPCz z dni: 13 lutego 2001 r., Krombach p. Francji, 29731/96, § 96; 30 października 2014 r., Shvydka p. Ukrainie, 17888/12, § 48–55; 10 kwietnia 2018 r., Tsvetkova i inni p. Rosji, 54381/08, § 186, HUDOC.

¹⁹ Wyrok ETPCz z dnia 29 kwietnia 2014 r., Natsvlishvili i Togonidze p. Gruzji, 9043/05, § 90–98, HUDOC.

²⁰ Explanatory Report..., t. 18 i 19 do art. 2, s. 5.; S. Steinborn, Ograniczenie zaskarżalności..., s. 371 i n.

naruszenie art. 2 Protokołu nr 7 uznaje się także sytuację, gdy wniesienie odwołania do sądu wyższej instancji nie wstrzymuje wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności. Kontrola odwoławcza przeprowadzona już po odbyciu kary nie może bowiem skutecznie naprawić uchybień rozstrzygnięcia sądu niższej instancji. Oceny tej nie zmienia możliwość dochodzenia przez odwołującego się zadośćuczynienia za szkodę majątkową oraz doznaną krzywdę w razie uchylecia przez sąd odwoławczy zaskarżonego rozstrzygnięcia. Taki czysto odszkodowawczy środek prawny nie jest uznawany za substytut prawa do odwołania się z art. 2 Protokołu nr 7 do EKPCz²¹. Skuteczny środek odwoławczy musi zatem spełniać zarówno wymóg dewolutywności jak i suspensywności.

Konwencja dopuszcza możliwość wyłączenia osobistej obecności oskarżonego w postępowaniu przed sądem odwoławczym, pod warunkiem, że miał on przynajmniej możliwość zostania wysłuchanym w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji²².

Dopuszcza także możliwość wyłączenia prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w razie skazania za drobne przestępstwo określone w ustawie, przy czym jako „drobne przestępstwo” rozumie się takie, które nie jest zagrożone karą pozbawienia wolności²³.

Wyjątki od prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji dotyczą również sytuacji, gdy z uwagi na swój status i związany z nim ustrojowo charakter odpowiedzialności, określone osoby odpowiadają w pierwszej instancji przed Sądem Najwyższym bądź Trybunałem Stanu.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji może być wyłączone także w razie wydania wyroku skazującego dopiero w instancji odwoławczej.

Konwencja nie obejmuje natomiast gwarancji wynikających z zakazu *reformationis in peius*²⁴, choć jest on przewidziany w systemach prawych

²¹ Wyrok ETPCz z dnia 30 października 2014 r., Shvydka p. Ukrainie, 17888/12, § 48–55, HUDOC.

²² Wyrok ETPCz z dnia 22 lutego 2011 r., Lalmahomed p. Holandii, 26036/08, HUDOC.

²³ Explanatory Report..., t. 21 do art. 2, s. 5.

²⁴ Por. odmiennie M. J. Sze w c z y k, *Zakaz reformationis in peius w polskim procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 61–62. Wskazany przez Autora na potwierdzenie wyrażonego poglądu wyrok ETPCz z dnia 26 maja 1988 r., Ekbatani p. Szwecji, 10563/83, dotyczy stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 EKPCz w związku z niewysłuchaniem oskarżonego na rozprawie odwoławczej. Wskazać dodatkowo należy, że sam Trybunał w swoim postępowaniu nie stosuje gwarancji wynikających z zakazu *reformationis in peius* – por. S. S a n z - C a b a l l e r o, *How could it go so wrong? Reformatio in Peius before the Great Chamber of the ECtHR in the case Janowiec and Others v. Russia (or Polish Collective Memory Deceived in Strasbourg)*, (w:) XXIII Polish yearbook of international law, Warszawa 2014, s. 265.

wielu państw członkowskich Rady Europy²⁵. Zalecenie wprowadzenia zakazu *reformationis in peius* we wszystkich procedurach karnych państwach członkowskich zostało zawarte w Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (92)/17 z dnia 19 października 1992 r.²⁶

Nie wykluczając możliwości pogorszenia sytuacji prawnej odwołującego się w postępowaniu przed sądem wyższej instancji Trybunał w swoim orzecznictwie przyjmuje, że ewentualna zmiana orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji powinna być dokonana z zachowaniem gwarancji rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1–3 EKPCz, tj. z zapewnieniem oskarżonemu prawa do realnego i skutecznego skorzystania z prawa do obrony poprzez odpowiednio wczesne poinformowanie go nie tylko o podstawie oskarżenia w zakresie istotnych ustaleń faktycznych, ale także o szczegółowej kwalifikacji prawnej zarzucanych mu czynów²⁷.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych na gruncie MPPOiP

Szersze gwarancje dotyczące prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych zostały zawarte w MPPOiP. Zgodnie z art. 14 ust. 5 Paktu każda osoba skazana za przestępstwo ma prawo

²⁵ Zakaz *reformationis in peius* obowiązuje m.in. w procedurach karnych Albanii, Austrii, Azerbejdżanu, Bośni i Hercegowiny, Bułgarii, Chorwacji, Czech, Danii, Finlandii, Niemiec, Luksemburga, Mołdawii, Holandii, Norwegii, Polski, Rumunii, Serbii, Słowacji, Szwecji, Turcji, Wielkiej Brytanii – por. The legal framework for the re-examination and re-opening of criminal proceedings following the finding of a violation by the European Court of Human Rights: an assessment of the legal framework of Albania, <https://rm.coe.int/assessment-fairness-of-criminal-proceedings/16808b7c68>, dostęp: 22 marca 2020 r., s. 17.

²⁶ <https://rm.coe.int/16804d6ac8>, dostęp: 22 marca 2020 r. – punkt F: “Prohibition of *reformatio in peius*: 1. The principle of the prohibition of *reformatio in peius* should be taken into account where only the defendant appeals. 2. In states where such a remedy exists, the powers of prosecutors to use their right to accessory appeal should not be used with a view to undermining the principle of the prohibition of *reformatio in peius*, thereby deterring offenders from appealing”.

²⁷ Por. wyrok ETPCz z dnia 11 grudnia 2007 r., Drassich p. Włochom, 25575/04, § 34, HUDOC. W sprawie tej skarżący nie został na żadnym etapie postępowania poinformowany o możliwości przyjęcia surowszej kwalifikacji prawnej zarzucanego mu czynu przez Sąd Kasacyjny, w postępowaniu przed którym nie uczestniczył, i od rozstrzygnięcia którego nie mógł się już odwołać; także wyroki ETPCz z dni: 11 czerwca 2010 r., Alkes p. Turcji (2), 16047/04, § 21; 2 czerwca 2015, Kuokkanen i Johannesdahl p. Finlandii, 38147/12, § 27, HUDOC.

do odwołania się do sądu wyższej instancji w celu ponownego rozpatrzenia orzeczenia o winie i karze zgodnie z ustawą.

Podobnie jak na gruncie EKPCz prawo do odwołania się dotyczy oskarżonego w postępowaniu karnym oraz odnosi się do rozstrzygnięcia w przedmiocie głównego nurtu procesu nie obejmując kwestii wpadkowych, tak również wymaga zapewnienia dostępu do sądu wyższej instancji w znaczeniu organizacyjno-ustrojowym, z wyłączeniem możliwości tzw. zaskarżenia poziomego do równorzędnego organizacyjnie sądu. Gwarantowane przez MPPOiP prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji nie obejmuje innych niż oskarżony stron postępowania, jak również nie zapewnia oskarżonemu możliwości odwołania się od wyroku uniewinniającego.

Na gruncie MPPOiP do naruszenia prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji dojdzie nie tylko wówczas, gdy przepisy krajowe nie zapewniają możliwości odwołania się od wyroku skazującego wydanego w pierwszej instancji, ale także wtedy, gdy brak jest możliwości wniesienia odwołania od wyroku skazującego wydanego przez sąd wyższej instancji na skutek rozpoznania odwołania od uniewinniającego orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji²⁸.

Nie stanowi natomiast naruszenia Paktu możliwość skazania oskarżonego i wymierzenia mu kary przez sąd wyższej instancji na skutek rozpoznania odwołania od wyroku warunkowo umarzającego postępowanie. Warunkowe umorzenie postępowania, mimo iż na gruncie polskiej procedury karnej nie jest uważane za skazanie, jest jednak orzeczeniem stwierdzającym winę, a wynikające z niego konsekwencje, wskazane w art. 67 § 3 k.k., jak również możliwość poddania oskarżonego próbie, mogą zostać uznane za odpowiadające „rozstrzygnięciu o karze” w rozumieniu przyjętym na gruncie MPPOiP.

Wątpliwości co do zgodności z gwarantowanym przez Pakt prawem do odwołania się do sądu wyższej instancji dotyczą natomiast możliwości orzeczenia przez sąd wyższej instancji kary po rozpoznaniu odwołania od wyroku skazującego z odstąpieniem od jej wymierzenia. W takim przypadku dochodzi bowiem do wymierzenia kary po raz pierwszy w instancji odwoławczej bez możliwości poddania tego rozstrzygnięcia dalszej kontroli.

²⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny Nr 32, przyjęty na 19 sesji ogólnej Komitetu Praw Człowieka ONZ w Genewie w dniach od 9 do 27 lipca 2007 r. (International covenant on civil and political rights, General Comment No. 32); Genewa 2007, t. 47 do art. 14, s. 14; decyzja Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 1095/2002, Gomariz Valera p. Hiszpanii, § 7.1, Jurisprudence OHCHR.org.

MPPOiP nie nakłada na państwa członkowskie wymogu zapewnienia wielu instancji odwoławczych. Jeżeli jednak w prawie krajowym przewidziano możliwość wniesienia odwołania do sądów kilku instancji, oskarżonemu należy zapewnić efektywny dostęp do każdej z nich²⁹. Przepisy Paktu nie określają także modelu postępowania odwoławczego i nie wymagają ponowienia przed sądem odwoławczym postępowania prowadzonego przed sądem pierwszej instancji³⁰. Jeżeli sąd drugiej instancji odniesienie się do wszystkich aspektów rozpoznawanej sprawy dokonując szczegółowej oceny zasadności zarzutów oskarżenia, jak również podda ocenie dowody przeprowadzone przed sądem pierwszej instancji, a także rozważy wnioski dowodowe zawarte w apelacji i dojdzie do wniosku, że były one wystarczające do wydania wyroku skazującego oraz wymierzenia kary, nie dojdzie do naruszenia art. 14 ust. 5 MPPOiP³¹.

W przeciwieństwie do gwarancji wynikających z art. 2 Protokołu nr 7 do EKPCz prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji na gruncie Paktu nie może być ograniczone jedynie do zarzutów naruszenia prawa z wyłączeniem z kontroli odwoławczej kwestii związanych z ustaleniami faktycznymi³². Obowiązanie w krajowym porządku prawnym jedynie środka odwoławczego w postaci kasacji ograniczonej do zarzutów naruszenia przepisów prawa, zarówno materialnego jak i procesowego, stanowić zatem będzie naruszenie gwarantowanego przez MPPOiP prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji.

Dla efektywnego skorzystania z prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji wymagane jest, aby oskarżony miał zapewnioną możliwość dostępu do pisemnego uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji, a także do protokołów rozpraw oraz innych dokumentów niezbędnych do

²⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 45 do art. 14, s. 14; Komitet Praw Człowieka ONZ nr 230/1987, *Henry v. Jamajce*, § 8.4, Jurisprudence OHCHR.org.; A. Gliszczyńska-Grabias, K. Sękowska-Kozłowska, R. Wieruszewski (red.), Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz, LEX/EI 2012.

³⁰ Decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 1110/2002, *Rolando p. Filipinom*, § 4.5; nr 984/2001, *Juma p. Australii*, § 7.5; nr 536/1993, *Perera p. Australii*, § 6.4, Jurisprudence OHCHR.org.

³¹ Decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 1156/2003, *Pérez Escolar p. Hiszpanii*, § 3; nr 1389/2005, *Bertelli Gálvez p. Hiszpanii*, § 4.5, Jurisprudence OHCHR.org.

³² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 48 do art. 14, s. 14; decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 1100/2002, *Bandajevsky p. Białorusi*, § 10.13; nr 985/2001, *Aliboeva p. Tadżykistanowi*, § 6.5; nr 973/2001, *Khali-lova v. Tadżykistanowi*, § 7.5; nr 623–627/1995, *Domukovsky i inni p. Gruzji*, § 18.11; nr 964/2001, *Saidova p. Tadżykistanowi*, § 6.5; nr 802/1998, *Rogerson p. Australii*, § 7.5; nr 662/1995, *Lumley p. Jamajce*, § 7.3, Jurisprudence OHCHR.org.

efektywnej realizacji prawa do wniesienia odwołania. Jeżeli prawo krajowe zapewnia dostęp do kilku instancji odwoławczych możliwość dostępu do pisemnego uzasadnienia wyroku oraz dokumentów niezbędnych do wniesienia odwołania powinna być zapewniona przynajmniej w postępowaniu przed sądem rozpoznającym odwołanie jako pierwszy w toku instancji³³.

Za naruszenie prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji uznawane jest także nadmierne przekroczenie terminu rozpoznania odwołania³⁴, jak również wyłączenie możliwości wniesienia odwołania od orzeczeń, których wykonanie zostało rozpoczęte, niezależnie od tego, czy o takie odwołanie może wystąpić osoba skazana, czy też zależy ono od dyskrejonalnych uprawnień sędziego lub prokuratora³⁵. Podobnie zatem jak na gruncie EKPCz skuteczny środek odwoławczy musi charakteryzować się zarówno dewolutywnością jak i suspensywnością.

Pojęcie „skazania za przestępstwo” na gruncie MPPOiP rozumiane jest autonomicznie, podobnie jak pojęcie „oskarżenia w sprawie karnej” na gruncie EKPCz. Prawo do odwołania się od wyroku skazującego nie może być zatem ograniczane jedynie do najpoważniejszych przestępstw³⁶. Za naruszenie art. 14 ust. 5 MPPOiP uważa się także wyłączenie możliwości wniesienia odwołania do sądu wyższej instancji w przypadku skazania za zachowanie kwalifikowane w prawie krajowym jako wykroczenie, za które orzeczono karę pozbawienia wolności³⁷.

Szczególną wagę na gruncie MPPOiP przypisuje się możliwości skutecznej realizacji prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach zagrożonych karą śmierci.

³³ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 49 do art. 14, s. 15; Decyzja Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 903/1999, Van Hulst p. Holandii, § 6.4; nr 709/1996, Bailey p. Jamajce, § 7.2; nr 663/1995, Morrison p. Jamajce, § 8.5, Jurisprudence OHCHR.org.

³⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 49 do art. 14, s. 15; decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 845/1998, Kennedy p. Trynidadowi i Tobago, § 7.5; nr 818/1998, Sextus p. Trynidadowi i Tobago, § 7.3; nr 750/1997, Daley p. Jamajce, § 7.4; nr 665/1995, Brown i Parish p. Jamajce, § 9.5; nr 614/1995, Thomas p. Jamajce, § 9.5; nr 590/1994, Bennet p. Jamajce, § 10.5, Jurisprudence OHCHR.org.

³⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 50 do art. 14, s. 15; decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 1100/2002, Bandajevsky p. Białorusi, § 10.13; nr 836/1998, Gelazauskas p. Litwie, § 7.2, Jurisprudence OHCHR.org.

³⁶ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 45 do art. 14, s. 14.

³⁷ Decyzja Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 64/1979, Salgar de Matejo p. Kolumbii, § 10.4, Jurisprudence OHCHR.org.

Odmowa przyznania pomocy prawnej przez sąd rozpoznający odwołanie od orzeczenia skazującego na karę śmierci uważana jest nie tylko za naruszenie prawa do obrony z art. 14 ust. 3 pkt d MPPOiP, ale także za naruszenie prawa do odwołania się z art. 14 ust. 5³⁸.

Za naruszenie art. 14 ust. 5 MPPOiP uważane jest także niepoinformowanie oskarżonego o zamiarze niewnoszenia przez obrońcę odwołania, jako pozbawiające go możliwości poszukiwania innej pomocy prawnej³⁹.

Prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych na gruncie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Zarówno zapisy Traktatów jak i gwarancje wynikające z Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁴⁰ nie zawierają unormowań dotyczących prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji⁴¹. Zasada instancyjności postępowania karnego nie wynika ani z zasady lojalnej współpracy sformułowanej w art. 4 ust. 3 TUE, zobowiązującej państwa członkowskie do zapewnienia na swoim terytorium stosowania i poszanowania prawa Unii, ani z zasady skutecznej ochrony sądowej z art. 19 ust. 1 TUE, zgodnie z którą państwa członkowskie zobowiązane są do ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia jednostkom poszanowania ich praw do skutecznej ochrony sądowej, ani też z zasady skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu z art. 47 Karty Praw Podstawowych. Zadaniem państw członkowskich w odniesieniu do gwarancji z art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych jest bowiem ustanowienie systemu środków i procedur sądowych zapewniających skuteczną kontrolę w zakresie objętym prawem Unii Europejskiej⁴².

³⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 51 do art. 14, s. 15; decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 554/1993, LaVende p. Trinidadowi i Tobago, § 5.8, Jurisprudence OHCHR.org.

³⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny..., t. 51 do art. 14, s. 15; decyzje Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 750/1997, Daley p. Jamajce, § 7.5; nr 680/1996, Gallimore p. Jamajce, § 7.4; nr 668/1995, Smith i Stewart p. Jamajce, § 7.3; nr 928/2000, Sooklal p. Trinidadowi i Tobago, § 4.10, Jurisprudence OHCHR.org.

⁴⁰ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r., Dz. U. z 2009 r., Nr 203, poz. 1569.

⁴¹ Por. N. Półtorak, A. Wróbel (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, Legalis/El 2020, t. 119 do art. 47; wyrok TSUE z dnia 28 lipca 2011 r., Samba Diouf, C-69/10, pkt 69, CURIA.

⁴² Wyroki TSUE z dni: 3 października 2013 r., Inuit Tapiriit Kanatami i in., C-583/11 P, pkt 100, 101; 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, pkt 34, CURIA.

Organizacja tego systemu, zarówno w aspekcie ustrojowym, proceduralnym, jak i materialnoprawnym, należy do zakresu autonomii proceduralnej państw członkowskich⁴³. W orzecznictwie TSUE przyjmuje się wszakże, że zasada skutecznej ochrony sądowej stanowi zasadę ogólną prawa Unii, wynikającą z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, wyrażoną w art. 6 i art. 13 EKPCz oraz potwierdzoną w art. 47 Karty Praw Podstawowych⁴⁴.

Mimo braku formalnego przystąpienia Unii Europejskiej do EKPCz Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie wielokrotnie odwoływał się do gwarancji wynikających z Konwencji, uznając je za prawa podstawowe, mające zastosowanie także na gruncie prawa Unii Europejskiej⁴⁵. Odwołanie to posiada jednak charakter pośredni, gdyż Unia Europejska nie jest stroną Konwencji, w związku z czym gwarancje wynikające z EKPCz są traktowane przez TSUE raczej jako zasady prawne o charakterze optymalizacyjnym, niż jako bezwzględnie obowiązujące normy prawne⁴⁶. Zasadnicze znaczenie dla ustalenia relacji pomiędzy gwarancjami wynikającymi z prawa Unii Europejskiej, a EKPCz ma art. 52 ust. 3 Karty Praw Podstawowych stanowiący, że w zakresie, w jakim zawiera ona prawa odpowiadające gwarancjom zawartym w EKPCz, ich znaczenie i zakres są takie same, jak praw przyznanych przez Konwencję, przy czym znaczenie i zakres tych praw określone są nie tylko przez EKPCz, ale także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Należy zatem uznać, że mimo, iż prawo wspólnotowe nie nakłada na państwa członkowskie obowiązku zapewnienia dostępu do sądu wyższej instancji w zakresie objętym prawem Unii Europejskiej, to o ile w krajo-

⁴³ Wyroki TSUE z dni: 19 listopada 1991 r., *A. Francovich i D. Bonifaci*, C-6/90 pkt 18; 21 maja 1976 r., *Roquette Freres*, C-26/76, pkt 11 i n.; 12 czerwca 1980 r., *Express Dairy Foods Limited*, C-130/79, pkt 16 i n.; 15 września 1998 r., *Ansaldo Energia i in.*, C-279/96, C-280/96 i C-281/96, pkt 28, CURIA.

⁴⁴ Wyroki TSUE z dni: 27 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, pkt 35; 13 marca 2007 r., *Unibet*, C-432/05, pkt 37; 22 grudnia 2010 r., *DEB*, C-279/09, pkt 29-33, CURIA.

⁴⁵ Wyroki TSUE z dni: 17 lutego 2009 r., *Elgafaji*, C-465/07, § 28; 5 maja 2011 r., *McCarthy*, C-434/09, § 29, CURIA.

⁴⁶ Por. D. Kronobis-Romanowska, *Europejska Konwencja Praw Człowieka w systemie prawa Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2001, s. 90; J. Sozański, *Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym*, Warszawa-Poznań 2003, s. 320, 321; A. Skorek, *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec szczególnej roli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jej organu sądowego po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego. Aspekty materialne i proceduralne (w:) E. Karska (red.), Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, Warszawa 2013, s. 170.

wych porządkach prawnych prawo dostępu do sądu wyższej instancji zostało przewidziane, powinno mieć zastosowanie także do skutecznej ochrony sądowej i skutecznego środka prawnego z art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych. Potwierdzenie tej tezy można odnaleźć m.in. w wyroku TSUE z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05, iż zasady postępowania w sprawach mających na celu zapewnienie ochrony uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa wspólnotowego nie mogą być mniej korzystne, niż w przypadku podobnych postępowań o charakterze wewnętrznym (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności)⁴⁷.

Podsumowanie

Orzecznictwo organów międzynarodowych uprawnionych do interpretacji ratyfikowanych przez Polskę aktów prawa międzynarodowego, zawierających gwarancje prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych, przyczyniło się do znacznego poszerzenia zakresu tych gwarancji w stosunku do wynikającego jedynie z ich treści normatywnej.

Zgodnie z orzecznictwem polskiego Trybunału Konstytucyjnego interpretacja aktów prawa międzynarodowego dokonywana przez uprawnione organy powinna być uwzględniana przez krajowe organy władzy publicznej, wywierając w ten sposób bezpośredni wpływ na wykładnię prawa krajowego.

W polskim porządku prawnym zasada instancyjności postępowania karnego gwarantująca prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji ma bezpośrednie umocowanie konstytucyjne. Przepisy Kodeksu postępowania karnego, stanowiące ustawowy wyraz jej realizacji, zawierają szersze gwarancje dotyczące prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji niż minimalne standardy wynikające z EKPCz oraz MPPOiP. W szczególności w polskiej procedurze karnej prawo do odwołania się do sądu wyższej instancji nie jest ograniczone jedynie do oskarżonego, ale przysługuje wszystkim stronom postępowania karnego, a także innym podmiotom określonym w ustawie. Obejmuje ono wszystkie rozstrzygnięcia kończące postępowanie w przedmiocie głównego nurtu procesu, tj. zarówno wyroki skazujące, uniewinniające, umarzające postępowanie oraz warunkowo umarzające postępowanie karne.

⁴⁷ Wyrok TSUE z dnia 13 marca 2007 r., Unibet (London) Ltd i in., C-432/05, pkt 43, CURIA.

Oceniając zgodność ustawowych regulacji oraz praktyki stosowania prawa w krajowych porządkach prawnych z międzynarodowymi gwarancjami prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w sprawach karnych zarówno ETPCz, jak i Komitet Praw Człowieka ONZ, w znacznej części swoich orzeczeń odwoływały się także do zasad prawa do rzetelnego procesu i prawa do obrony z art. 6 ust. 1 i 3 EKPCz oraz art. 14 ust. 1 i 3 MPPOiP, przywołując je jako wzorce kontroli.

Z tych właśnie zasad wywiedziono m.in. wymóg, aby sąd odwoławczy miał zapewnioną możliwość skutecznej kontroli zaskarżonego orzeczenia, za którą nie może zostać uznana kontrola wykonywana po odbyciu kary. Umocowanie w zasadach rzetelnego procesu oraz prawa do obrony ma także wymóg zapewnienia oskarżonemu możliwości dostępu do pisemnego uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji obejmującego motywy rozstrzygnięcia oraz do protokołów rozpraw i innych dokumentów niezbędnych do wniesienia odwołania, jak i wymóg rozpoznania odwołania bez nieuzasadnionej zwłoki.

Nie naruszają gwarancji wynikających z EKPCz oraz MPPOiP ograniczenia normatywne dotyczące odwołania się od wyroków wydanych w trybach konsensualnych przewidziane w art. 447 § 5 k.p.k. oraz ograniczenia prawa oskarżonego do osobistego uczestniczenia w rozprawie odwoławczej z art. 451 k.p.k.

Naruszenie prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji może natomiast wynikać ze stosowania tych ograniczeń w praktyce. Z tego powodu niezwykle istotne jest, aby sądy oraz inne organy stosujące prawo uwzględniały wykładnię prokonwencyjną wynikającą z rozstrzygnięć ETPCz oraz Komisji Praw Człowieka ONZ.

Bibliografia

1. Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg,
2. Gliszczyńska-Grabias A., Sękowska-Kozłowska K., Wieruszewski R. (red.), Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz, LEX/EI 2012,
3. Hofmański P., Wróbel A., (w:) Garlicki L. (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Warszawa 2011,
4. Kronobis-Romanowska D., Europejska Konwencja Praw Człowieka w systemie prawa Wspólnot Europejskich, Warszawa 2001,

5. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Komentarz Ogólny Nr 32, przyjęty na 19 sesji ogólnej Komitetu Praw Człowieka ONZ w Genewie w dniach od 9 do 27 lipca 2007 r. (International covenant on civil and political rights, General Comment No. 32); Genewa 2007,
6. Nowicki M. A., Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Warszawa 2017,
7. Nowicki M. A., Komentarz do art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Lex/EI, stan prawny 1 lutego 2017 r.,
8. Półtorak N., Wróbel A. (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, Legalis/EI 2020,
9. Sanz-Caballero S., How could it go so wrong? *Reformatio in Peius* before the Great Chamber of the ECtHR in the case Janowiec and Others v. Russia (or Polish Collective Memory Deceived in Strasbourg), (w:) XXIII Polish yearbook of international law, Warszawa 2014,
10. Sozański J., Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym, Warszawa–Poznań 2003,
11. Skorek A., Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wobec szczególnej roli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jej organu sądowego po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego. Aspekty materialne i proceduralne, (w:) Karska E. (red.), Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne, Warszawa 2013,
12. Skrętowicz E., Charakter prawny orzeczenia warunkowo umarzającego postępowanie karne w świetle zasady domniemania niewinności, (w:) Stachowiak S. (red.), Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi, Poznań 2002,
13. Steinborn S., Ograniczenie zaskarżalności i wyroku wydanego w I instancji jako środek uproszczenia procesu karnego w świetle prawa do dwuinstancyjnego postępowania (uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*), GSP 2005,
14. Szewczyk M. J., Zakaz *reformationis in peius* w polskim procesie karnym, Warszawa 2015,
15. Wąsek A., Krytyczne uwagi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 maja 2000 r. (sygn. P 1/99), dotyczącego warunkowego umorzenia postępowania karnego, (w:) Stachowiak S. (red.), Współ-

- czesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi, Poznań 2002,
16. Wróbel W., Zoll A., Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53–116, wyd. V, Lex/El.

Right of appeal in criminal cases under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, International Covenant on Civil and Political Rights, and Charter of Fundamental Rights of the European Union

Abstract

The principle of two-instance judicial proceedings is commonly accepted as one of the fundamentals of criminal proceedings under European legal regimes. However, not all of the European countries have the said principle validated directly through their basic laws. Relevant regulations regarding guarantees to appeal to a higher court are contained in international laws, such as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or the International Covenant on Civil and Political Rights. This paper presents both the scope of the guarantees arising from the right of appeal in criminal matters to a higher court as enshrined in the case law of international bodies, and conclusions on whether it is possible to derive the right of appeal from the EU law.

Adam Roch

Rzecznik dyscyplinarny sędziów jako *dominus litis* postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego

Streszczenie

Artykuł przedstawia zasady rządzące postępowaniem wyjaśniającym i dyscyplinarnym prowadzonym przez rzecznika dyscyplinarnego w sprawach sędziów sądów powszechnych, obejmując swoim zakresem również niektóre rozwiązania dotyczące sędziów Sądu Najwyższego, a także prokuratorów. Autor przedstawia prawa i obowiązki osób biorących udział w tych postępowaniach, choć koncentruje się na czynnościach podejmowanych przez rzeczników dyscyplinarnych. W tekście porusza się w szczególności zagadnienia dotyczące przedawnienia, jawności postępowania dyscyplinarnego na różnych jego etapach, właściwości rzeczników dyscyplinarnych przy podejmowaniu określonych czynności, wreszcie zakresu stosowania poszczególnych przepisów Kodeksu postępowania karnego i wiążącej się z tym konieczności wykonania, ale i możliwości odstąpienia od realizacji określonych czynności procesowych przewidzianych w postępowaniu karnym. Praca odwołuje się również w niezbędnym zakresie do norm wynikających z ustawy zasadniczej oraz przepisów prawa międzynarodowego. W artykule uwzględniono stan normatywny na dzień 14 lutego 2020 r., kiedy to weszły w życie zmiany wynikające z przepisów ustawy z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw.

Szczególnie ważna i doniosła rola, jaką odgrywają w polskim systemie prawnym sędziowie, uzasadnia poddanie tej grupy zawodowej szczególnie rzetelnemu postępowaniu dyscyplinarnemu. Sprawują je w Polsce w pierwszej instancji sądy dyscyplinarne przy sądach apelacyjnych, w skład których wchodzi sędziowie sądów powszechnych wszystkich szczebli, oraz Sąd Najwyższy, orzekający w Wydziale Pierwszym Izby Dyscyplinarnej w sprawach przewinień dyscyplinarnych wyczerpujących znamiona umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego lub umyślnych przestępstw skarbowych, w sprawach, w których Sąd Najwyższy zwrócił się

z wnioskiem o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej wraz z wytknięciem uchybienia oraz w sprawach przewinień dotyczących kwestionowania istnienia stosunku służbowego sędziego, skuteczności powołania sędziego lub umocowania konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej¹. Sądem odwoławczym w sprawach dyscyplinarnych sędziów oraz prokuratorów jest Sąd Najwyższy orzekający w Wydziale Drugim Izby Dyscyplinarnej².

Niebagatelną rolę w postępowaniu dyscyplinarnym odgrywają rzecznicy dyscyplinarni, będący wyłącznym organem właściwym do jego zainicjowania oraz pełnienia funkcji oskarżycielskich przed sądami dyscyplinarnymi. Zgodnie z art. 112d ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, rzecznikiem dyscyplinarnym w jej rozumieniu jest Rzecznik Dyscyplinarny Sędziów Sądów Powszechnych, Zastępca Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych, Rzecznik Dyscyplinarny Ministra Sprawiedliwości, zastępca rzecznika dyscyplinarnego działający przy sądzie apelacyjnym oraz zastępca rzecznika dyscyplinarnego działający przy sądzie okręgowym. Co do zasady, o ile sama ustawa nie rozgranicza roli lub kompetencji danego rzecznika, jej uregulowania dotyczą wszystkich rzeczników dyscyplinarnych.

Wskazać należy też na wstępie, co zdaje się nie budzić większych kontrowersji³, że postępowania dyscyplinarne *sensu largo*, wszczynane i prowadzone przez rzeczników dyscyplinarnych poszczególnych zawodów prawniczych, są odpowiednikami postępowania przygotowawczego, normowanego przez Dział VII Kodeksu postępowania karnego⁴. Prowadzone zresztą przez rzeczników dyscyplinarnych postępowania dotyczące adwokatów i radców prawnych zostały przez ustawodawcę wprost nazwane dochodzeniem⁵. Wyprzedzając dalsze rozważania, szczególnie w kontekście art. 114 p.u.s.p., wskazać zatem należy, że działania rzeczników, podejmowane kolejno, w ramach możliwie szeroko rozumianego postępowania dyscyplinarnego dotyczącego sędziów, odnosić należy odpowiednio:

¹ Por. B. Chojnacka-Kucharska, Postępowanie dyscyplinarne sędziego – strony, ich uprawnienia i obowiązki, Lex; art. 110 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm., dalej „p.u.s.p.” oraz art. 27 § 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 825, dalej „u.S.N.”

² Por. art. 27 § 4 pkt 1 u.S.N.

³ P. Czarniecki, Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego, Warszawa 2013, s. 349, 352.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 z późn. zm., dalej „k.p.k.” lub „Kodeks postępowania karnego”.

⁵ Por. art. 95c ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1513 oraz art. 67² ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 75.

- wstępne ustalenie okoliczności koniecznych dla stwierdzenia znamion przewinienia dyscyplinarnego – do art. 307 k.p.k.,
- czynności wyjaśniające – do postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*,
- właściwe postępowanie dyscyplinarne w zakresie prowadzonym przez rzecznika, związane z przedstawieniem sędziemu zarzutu – do postępowania przygotowawczego w fazie *ad personam*⁶.

Rzecznik nie jest przy tym stroną czynności wyjaśniających ani prowadzonego przez siebie postępowania dyscyplinarnego, tak jak nie jest stroną prokurator w postępowaniu przygotowawczym. Można mu przypisać natomiast rolę zwaną *dominus litis*, czyli gospodarza postępowania; jego zadaniem jest wszczęcie i przeprowadzenie czynności wyjaśniających, zgromadzenie materiału będącego na późniejszym etapie podstawą do orzekania, przedstawienie sędziemu zarzutu, a następnie zainicjowanie postępowania przed sądem, bądź podjęcie decyzji o umorzeniu. Rzecznik dyscyplinarny występuje jako rzecznik całej korporacji zawodowej⁷.

Oczywistym jest, że zasada trafności reakcji karnej (dyscyplinarnej) w połączeniu z dyrektywą sprawności i szybkości postępowania powinna powodować niezwłoczne ujawnianie przewinień dyscyplinarnych i przekazywanie informacji o nich rzecznikom dyscyplinarnym, którzy to bez zbędnej zwłoki powinni zebrać niezbędny materiał dowodowy i podjąć decyzję merytoryczną. Tak się jednak w wielu przypadkach nie działo, co niejednokrotnie skutkowało prowadzeniem postępowań dyscyplinarnych wiele lat po zaistnieniu zdarzeń będących ich przedmiotem. W art. 108 p.u.s.p. przewidziano więc zasady kierujące przedawnieniem postępowania dyscyplinarnego. Regułą obecnie jest, że przedawnienie ścigania w przypadku przewinień dyscyplinarnych następuje po upływie pięciu lat od chwili popełnienia czynu. W przypadku czynów o charakterze trwałym bieg przedawnienia rozpoczyna się od ostatniego momentu, gdy obwiniony zrealizował jego znamiona⁸. Wszczęcie postępowania dyscyplinarnego przed upływem tego czasu powoduje przedłużenie terminu przedawnienia, które w takim przypadku wydłuża się do ośmiu lat od chwili popełnienia czynu. W przypadku przewinień dyscyplinarnych, które jed-

⁶ Podobnie B. Chojnacka-Kucharska, Postępowanie dyscyplinarne sędziego...; por. także bieg czynności w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym prokuratorów – A. Roch, Przeddyscyplinarne prokuratorskie postępowanie wyjaśniające, Prok. i Pr. 2017, nr 7–8, s. 127–128 oraz A. Kiełtyka, W. Kotowski, A. Ważny, Prawo o prokuraturze. Komentarz, Warszawa 2017, s. 563.

⁷ Por. P. Czarniecki, Postępowanie dyscyplinarne wobec osób..., s. 312–313.

⁸ Tamże, s. 240.

nocześnie zawierają znamiona przestępstwa, przedawnienie dyscyplinarne nie może nastąpić wcześniej niż przedawnienie przewidziane w przepisach Kodeksu karnego⁹. Rzecznik dyscyplinarny nie może zatem przedstawić sędziemu zarzutu popełnienia przewinienia dyscyplinarnego po upływie pięciu lat od popełnienia czynu, z wyjątkiem określonym w art. 108 § 4 p.u.s.p.¹⁰ W sytuacji uczynienia tego, postępowanie dyscyplinarne przeciwko obwinionemu sędziemu powinno zostać umorzona. Nową normą jest przewidziana w art. 108 § 5 p.u.s.p.¹¹ zasada, zgodnie z którą przeszkodą w dalszym biegu przedawnienia jest złożenie wniosku do sądu dyscyplinarnego, albowiem od tego momentu, do dnia zakończenia postępowania dyscyplinarnego, przedawnienie nie biegnie.

Wejście postępowania w fazę *ad personam* powoduje, że termin przedawnienia karalności wydłuża się do ośmiu lat, co daje *de facto* samemu tylko rzecznikowi dalsze 3 lata na prowadzenie postępowania dyscyplinarnego co do większości spraw. W mojej ocenie, przy kompleksowej analizie przepisów, uwzględniając przewidzianą w art. 108 § 5 p.u.s.p. instytucję wstrzymania biegu przedawnienia, a także wynikającą z art. 128 p.u.s.p., niemożność zwrotu sprawy rzecznikowi dyscyplinarnemu, wydłużanie terminu przedawnienia do 8 lat wydaje się zbędne. Wniosek ten wspiera fakt, że choć wstrzymaniu biegu przedawnienia nie podlegają przewinienia dyscyplinarne stanowiące wykroczenia lub wykroczenia skarbowe, to do tych czynów, rozpoznawanych w trybie art. 81 § 1 p.u.s.p., należy stosować terminy przedawnień wynikające z Kodeksu wykroczeń¹² i Kodeksu karnego skarbowego¹³ (mimo usunięcia z Prawa o ustroju sądów powszechnych z dniem 3 kwietnia 2018 r. dotychczasowej regulacji zawartej w art. 108 § 3¹⁴), a nie terminy, o których mowa w art. 108 p.u.s.p.

W poprzednio obowiązującym stanie prawnym pojawiły się bowiem dwie koncepcje co do ustalenia charakteru odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów za wykroczenia. Jedna z nich zakładała, że odpowiedzialność

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1950, dalej „k.k.” lub „Kodeks karny”.

¹⁰ Oraz w trybie art. 81 § 1 p.u.s.p., o czym mowa poniżej.

¹¹ Dodana przez art. 108 pkt 13 lit. b ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 5) zmieniającej p.u.s.p. z dniem 3 kwietnia 2018 r.

¹² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 821, dalej „k.w.”

¹³ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 19, dalej „k.k.s.”

¹⁴ Norma ta brzmiała: „W zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie przedawnienie dyscyplinarne następuje jednocześnie z przedawnieniem przewidzianym dla wykroczeń”; została uchylona na mocy art. 108 pkt 13 lit. a ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 5).

ta zaistnieje tylko wówczas, gdy popełnione przez sędziego wykroczenie będzie mogło być jednocześnie uznane za przewinienie dyscyplinarne (uchybiecie godności). Jednym z argumentów takiej wykładni było wskazanie na tożsamy termin przedawnienia wykroczeń oraz odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów za wykroczenia, przewidziany w uchylonym obecnie art. 108 § 3 p.u.s.p.¹⁵ Druga natomiast koncepcja wskazywała na jedynie odmiennie określone: właściwość organu orzekającego, tryb postępowania i katalog kar – za popełnione wykroczenie. Podkreślano, iż przyjęcie tej pierwszej, w odniesieniu do wykroczeń niestanowiących jednocześnie przewinień dyscyplinarnych, skutkowałoby całkowitą bezkarnością za te czyny¹⁶. Usunięcie regulacji zawartej w art. 108 § 3 p.u.s.p. wzmacnia ten drugi pogląd, który w mojej ocenie uznać należy za prawidłowy.

Nie może budzić więc wątpliwości, że odpowiedzialności w trybie art. 81 § 1 p.u.s.p. (za popełnione wykroczenie), sędzia powinien podlegać niezależnie od tego, czy popełniony przez niego czyn wypełniający znamiona wykroczenia uchybiał jednocześnie godności urzędu. Karalność czynu będącego przedmiotem postępowania dyscyplinarnego prowadzonego wyłącznie w oparciu o przepis art. 81 § 1 p.u.s.p. przedawni się zatem zgodnie z art. 45 § 1 k.w. oraz art. 51 § 1 i 2 k.k.s. (z uwzględnieniem zasad przewidzianych w art. 44 § 2–4 i 6–7 k.k.s.), co do zasady z upływem roku od czasu jego popełnienia. Jeżeli w tym okresie wszczęte zostanie postępowanie w sprawie dotyczącej wykroczenia, karalność ustanie z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu. Roczny i łącznie trzyletni termin na wszczęcie postępowania i wydanie orzeczenia, to maksymalne okresy, które muszą wystarczyć rzecznikowi i sądowi dyscyplinarnemu na załatwienie sprawy¹⁷. W przypadku uchylenia prawomocnego rozstrzygnięcia sądu dyscyplinarnego w wyniku wznowienia postępowania, termin przedawnienia będzie biegł od daty uchylenia rozstrzygnięcia. Bieg terminu przedawnienia, liczony zgodnie z art. 45 § 2 k.w., ma miejsce jednak wyłącznie wtedy, gdy w dacie uchylenia tego rozstrzygnięcia termin przedawnienia jeszcze nie minął¹⁸.

¹⁵ W stanowisku zbliżonym do powyższego przyjmowano, że istota art. 108 § 3 p.u.s.p. polegała na uznaniu, iż chodzi w nim o sytuację, gdy przewinienie dyscyplinarne zawiera jednocześnie znamiona wykroczenia.

¹⁶ Por. W. Kozieliwicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 154–155 i przytoczona tam literatura; T. Janeczka, A. Roch, *Odpowiedzialność karna, odpowiedzialność za wykroczenia oraz zawieszenie w czynnościach prokuratora w świetle Prawa o prokuraturze*, Prok. i Pr. 2017, nr 4, s. 140–141 i przytoczone tam źródła.

¹⁷ Por. T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz (do art. 45)*, teza 1, Lex.

¹⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2002 r., sygn. II KK 4/02, Lex 53065.

Natomiast w przypadku zaistnienia czynu jednocześnie wypełniającego znamiona wykroczenia i uchybiającego godności urzędu, sędzia powinien odpowiadać w postępowaniu dyscyplinarnym z przywołaniem obu podstaw odpowiedzialności, tj. art. 81 § 1 i art. 107 § 1 pkt 5 p.u.s.p., ewentualnie z odpowiednim zastosowaniem art. 11 § 2 k.k. na podstawie art. 128 p.u.s.p. W sprawie, w której orzeczenie miałyby zapaść w okresie przekraczającym trzy lata od daty czynu, sąd dyscyplinarny powinien poddać rozprawę okoliczności wynikające z uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 20 września 2018 r.¹⁹, wydanej w odniesieniu do rozbieżności w orzecznictwie sądowym, w związku z wykładnią powiązanych przepisów art. 101 k.k. i art. 11 § 2 i 3 k.k. Zgodnie z zasadą wskazaną w tejże uchwale, przedawnieniu ulec może wyłącznie czyn będący przedmiotem postępowania, a nie jego poszczególne kwalifikacje prawne, w razie ich zbiegu. Wymagałoby to przyjęcia w postępowaniu dyscyplinarnym, że jeden czyn, stanowiący jego przedmiot, kwalifikowany jako przewinienie dyscyplinarne i wykroczenie, może posiadać tylko jeden termin przedawnienia. W uchwale wskazano jednak wyjątek, zgodnie z którym jeśli w ocenie prawnej tego samego czynu zbiegają się przepisy ustawy zawierające znamiona typów przestępstw, co do których przewidziano różne tryby ścigania, to przyczyny, dla których ustawodawca wprowadził inny tryb ścigania, mogą uzasadniać wyeliminowanie tego fragmentu czynu z opisu przestępstwa przypisanego i pominięcie jego kwalifikacji prawnej w kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu. Rozstrzygnięcie powyższej kwestii należy pozostawić orzecznictwu dyscyplinarnemu, aczkolwiek wynikająca z art. 10 § 1 k.w. zasada odrębnego procedowania co do sprawy o wykroczenie i odrębnego o przestępstwo, w odniesieniu do czynu wypełniającego jednocześnie znamiona i wykroczenia, i przestępstwa, wskazywać może na zasadność przyjęcia tego drugiego rozwiązania.

Zagadnieniem również wiążącym się z brzmieniem art. 108 p.u.s.p. jest posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „przestępstwa”, zamiast „czynu zabronionego”. Rozstrzygnięcia więc wymaga, czy sąd dyscyplinarny, badając okres przedawnienia powinien rozważać, czy sędzia popełnił przestępstwo, a więc czyn bezprawny, karalny, zawiniony i karygodny, czy też wystarczy dokonanie oceny wypełnienia przez sędziego znamion składających się na ustawowy opis typu czynu zabronionego. Wątpliwość ta stała się przedmiotem rozważań podjętych przez siedmio-

¹⁹ Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 20 września 2018 r., sygn. I KZP 7/18, OSNKW 2018, nr 11, poz. 72.

osobowy skład Sądu Najwyższego²⁰. Głównym przedmiotem uchwały było co prawda inne zagadnienie, niemniej Sąd Najwyższy odniósł się także do omawianego tutaj problemu, uznając, że pojęcie „zawiera znamiona przestępstwa” należy rozumieć jako spełnienie wszystkich przesłanek przestępności czynu. Ustalenie w postępowaniu dyscyplinarnym, iż zarzucane przewinienie zawiera znamiona przestępstwa, musi być oparte na prawomocnym wyroku skazującym za przestępstwo, którego znamiona są zawarte w zarzucanym przewinieniu dyscyplinarnym. Stanowisko to, w kontekście przedawnienia, należy uznać za słuszne.

W tym miejscu dostrzec jednak trzeba, że w przypadku wymiaru kary za przypisane sędziemu przewinienie dyscyplinarne, którego opis odpowiada ustawowym znamionom czynu zabronionego stypizowanego jako przestępstwo umyślne, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 sierpnia 2007 r.²¹ wypowiedział się nieco inaczej, dopuszczając możliwość uwzględnienia tej okoliczności jako obciążającej przy wymiarze kary bez wcześniejszego prawomocnego wyroku uznającego winę. Przyjął mianowicie, iż „z uwagi na treść art. 42 ust. 3 Konstytucji RP²² sąd dyscyplinarny nie może sam stwierdzić, że sędzia (...) dopuścił się przestępstwa. Nie oznacza to jednak ani tego, by można było stracić z pola widzenia, że w istocie rzeczy przewinienie dyscyplinarne (...) odpowiada ustawowym znamionom typu czynu zabronionego (...), ani też tego, aby postępowanie dyscyplinarne było niedopuszczalne, co do zasady, do czasu wydania rozstrzygnięcia przez sąd powszechny w związku z aktem oskarżenia (...). Postępowanie dyscyplinarne unormowane w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych może się bowiem toczyć niezależnie od postępowania karnego także w wypadku jednoczesności i podmiotowo-przedmiotowej tożsamości tych postępowań”. Sąd Najwyższy uznał przy tym za właściwe dokonanie rozróżnienia, że czym innym jest określenie, iż obwiniony dopuścił się przewinienia dyscyplinarnego, którego opis odpowiada ustawowym znamionom typu czynu zabronionego, co sądowi dyscyplinarnemu wolno uczynić, a czym innym, że dopuścił się on umyślnego przestępstwa – co jest wyłączną domeną sądu orzekającego w toku procesu karnego. Pozwoliło to w konsekwencji na przyjęcie, iż „popętnienie przez sędziego przewinienia dyscyplinarnego, którego opis

²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 28 września 2006 r., sygn. I KZP 8/06, OSNKW 2006, nr 10, poz. 87.

²¹ Wyrok z dnia 27 sierpnia 2007 r., sygn. SNO 47/07, OSNKW 2007, nr 11, poz. 83, Biul. SN 2007, nr 11, poz. 17.

²² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997 r., Nr 78, poz. 483, dalej „Konstytucja”.

odpowiada ustawowym znamionom czynu zabronionego stypizowanego jako przestępstwo umyślne, stanowi wyraz tak rażącego lekceważenia porządku prawnego, że z reguły powoduje utratę kwalifikacji do sprawowania urzędu sędziego, niezależnie od oceny jego wcześniejszej służby, a więc za takie przewinienie dyscyplinarne, którego opis odpowiada ustawowym znamionom czynu zabronionego stypizowanego jako przestępstwo umyślne, karą odpowiednią powinno być, z reguły, złożenie sędziego z urzędu”.

W kontekście art. 108 § 5 p.u.s.p. warto odnotować także tezę, z którą należy podjąć polemikę. W literaturze zauważono, że „zawieszenie biegu terminu przedawnienia deliktu dyscyplinarnego na czas trwania postępowania dyscyplinarnego rażąco pogarsza sytuację sędziów w postępowaniach dyscyplinarnych, burząc całą konstrukcję postępowania dyscyplinarnego, które jest wszak *quasi*-karnym, do którego zastosowanie powinny znaleźć wszelkie procesowe i materialne gwarancje, którymi cieszy się obywatel państwa prawa”. Prowadzi to do sytuacji, w której „sędzia popełniający delikt dyscyplinarny jest traktowany dużo surowiej niż sprawca przestępstwa”²³. Wyrażony pogląd istotnie zbliża postępowanie dyscyplinarne i postępowanie karne, postulując obwarowanie ich podobnymi gwarancjami. Tym samym, w ślad za innymi publikacjami²⁴, próbuje się twierdzić, że waga postępowania dyscyplinarnego zbliżona jest do wagi postępowania karnego.

Przyznać należy, że istotnie sankcje dyscyplinarne, które mogą być wymierzone w ramach odpowiedzialności dyscyplinarnej, zbliżają się niejednokrotnie w swej represyjności do kar czy środków karnych przewidzianych w prawie karnym, zwłaszcza gdy chodzi o kary pieniężne czy zakaz wykonywania zawodu. Z tego powodu obwinionemu zapewnia się szereg gwarancji procesowych, podobnych do tych, które przysługują oskarżonemu w postępowaniu karnym, w szczególności prawo do obro-

²³ B. Kołdecki, Komentarz do art. 108, (w:) I. Hańduk-Hawrylak, B. Kołdecki, A. Wlekińska, Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis, teza 3.

²⁴ P. Czarniecki, Postępowanie dyscyplinarne wobec osób..., s. 161–162; J. Makarewicz, Prawo karne. Wykład porównawczy, Lwów–Warszawa 1924, s. 4; W. Świada, Prawo karne, Warszawa 1978, s. 14; M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Kraków 2011, s. 20; A. Bojańczyk, Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych), Państwo i Prawo 2004, nr 9, s. 29; Z. Leoński, Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie Polski Ludowej, Poznań 1959, s. 181; L. Gardocki, Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej, (w:) Księga jubileuszowa z okazji 70 urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kraków 2006, s. 191–200.

ny²⁵. Postępowanie karne, mające charakter powszechny, ma jednak na celu ustalenie odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa i wymierzenie kary, która może sięgać dożywotniego pozbawienia wolności. Dotyka ono zatem absolutnie najważniejszych praw i wolności człowieka. W przypadku natomiast postępowania dyscyplinarnego, najsurowszą sankcją jest wydalenie z zawodu. W doktrynie podnosi się, że jeżeli za pierwszoplanową różnicę gatunkową, wyodrębniającą odpowiedzialność karną jako autonomiczny rodzaj odpowiedzialności prawnej, przyjmujemy represyjny charakter sankcji, to odpowiedzialność dyscyplinarna jawi się jako rodzaj odpowiedzialności blisko „spokrewnionej” z odpowiedzialnością karną²⁶, nie na tyle jednak represyjnej, by mógł on być uznany za klasyczny rodzaj odpowiedzialności karnej. Podnosi się wręcz niekiedy, że jest on bliższy prawu administracyjnemu, podkreślając specyfikę rozwiązań dotyczących różnych zawodów i zaznaczając cechę braku powszechności prawa dyscyplinarnego²⁷. Nie jest ono działem prawa karnego, gdyż nie ma jednego wspólnego prawa dyscyplinarnego dla wszystkich obywateli, nie ma też jednego ogólnego pojęcia przewinienia dyscyplinarnego. Podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej są czyny godzące w dobro danej służby czy też godność wykonywanego zawodu²⁸.

Podkreślić więc trzeba, że odpowiedzialność dyscyplinarna, choć w istocie represyjna, nie jest odpowiedzialnością karną, przez co standardy ochrony praw obwinionego w tym postępowaniu nie muszą być tak wysokie, jak to ma miejsce w postępowaniu karnym: „Przemyślenia wymaga także, czy nie byłoby zasadne ograniczenie stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym. Chociaż w założeniu odesłanie do norm tego Kodeksu miało służyć przede wszystkim uporządkowaniu postępowania dyscyplinarnego, ograniczeniu regulacji postępowania dyscyplinarnego w ustawach szczególnych, a także ochronie praw obwinionego przez stosowanie norm gwarancyjnych zawartych w Kodeksie postępowania karnego, w praktyce powoduje przewle-

²⁵ P. J ó ź w i a k, Przyczynek do badań nad genezą i rozwojem odpowiedzialności dyscyplinarnej, *Themis Polska Nova* 2015, nr 2, poz. 9, s. 174; M. L a s k o w s k i, Czy odpowiedzialność dyscyplinarna jest rodzajem odpowiedzialności karnej?, *Themis Polska Nova* 2013, nr 1, poz. 4, s. 87.

²⁶ M. L a s k o w s k i, Czy odpowiedzialność dyscyplinarna..., s. 97.

²⁷ J. Ś l i w o w s k i, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 4; T. B o j a r s k i, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, s. 27–28.

²⁸ W. K o z i e l e w i c z, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2016, s. 15; patrz także T. J a n e c z e k, A. R o c h, *O odpowiedzialności karnej, służbowej i dyscyplinarnej prokuratorów w świetle prawa o prokuraturze*, *Prok. i Pr.* 2017, nr 2, s. 129–130.

kłość postępowania, której skutkiem jest nierzadko umorzenie postępowania z powodu przedawnienia lub umorzenie kary, a w konsekwencji bezkarność sprawcy przewinienia dyscyplinarnego”²⁹. Powyższy postulat aprobowany jest także w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zgodnie z którym w postępowaniach dyscyplinarnych wystarczające jest zapewnienie fundamentalnych praw jego uczestnikom, w zakresie zbliżonym, ale nie tożsamym, do innych postępowań represyjnych³⁰.

Odpowiedzialności takiej podlegają bowiem określone grupy zawodowe, które pełnią ważne z punktu widzenia interesu publicznego funkcje w państwie, a sama ich działalność jest związana z koniecznością istnienia niezbędnego ku temu zaufania. Członkowie tych grup zawodowych dobrowolnie przyjęli na siebie określone ograniczenia, a wymierzone kary dyscyplinarne ukierunkowane są na zapewnienie prawidłowego wykonywania określonego zawodu³¹. Postępowanie dyscyplinarne służy usunięciu z sądownictwa osób uznawanych za niegodne pełnienia funkcji sędziowskiej, ale także – co nie mniej istotne – jest elementem niezawisłości sędziowskiej, chroni bowiem sędziego przed niezasadnymi zarzutami, które mogą pozostawać w związku ze sprawowaną funkcją. Jest także instrumentem stojącym na straży powagi władzy sądowniczej, gdyż stanowi samokontrolę w jej strukturze³².

Cele stawiane zatem temu postępowaniu, szczególnie w odniesieniu do sędziów, a więc osób, od których wymagany jest nieskazitelny charakter³³, zdają się wystarczająco usprawiedliwiać normę wprowadzoną w art. 108 § 5 Prawa o ustroju sądów powszechnych, dopuszczając istnienie proceduralnych odmienności w postępowaniu dyscyplinarnym i karnym.

Art. 112 § 2a p.u.s.p., wprowadzony mocą art. 1 pkt 36 lit. a ustawy z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów po-

²⁹ K. D u d k a, Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawniczych zawodach zaufania publicznego – analiza orzecznictwa kar dyscyplinarnych, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2013, s. 38; podobnie K. D u d k a, Odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym notariuszy, Rejent, numer specjalny 2010, s. 193.

³⁰ Tak P. C z a r n e c k i, Postępowanie dyscyplinarne wobec osób..., s. 285–286, por. wskazane tam orzecznictwo.

³¹ Za W. K o z i e l e w i c z, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów..., s. 55.

³² B. C h o j n a c k a - K u c h a r s k a, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów i asesorów sądowych, Lex; W. K o z i e l e w i c z, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz, Warszawa 2005, s. 23–24; obszernie w tym przedmiocie wypowiedział się także P. C z a r n e c k i, Postępowanie dyscyplinarne wobec osób..., s. 28–35, 68–69.

³³ Patrz art. 61 § 1 pkt 2 p.u.s.p.; por. także P. M a z u r, Uwagi o odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów za rażącą i oczywistą obrazę prawa w polskim systemie prawnym, *Ethics in Progress*, Vol. 8 (2017), No. 2, Art. #8, s. 97–98.

wszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw³⁴ wskazuje, że Rzecznik Dyscyplinarny Sędziów Sądów Powszechnych i Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych mogą podjąć i prowadzić czynności w każdej sprawie dotyczącej sędziego. Ustawodawca w drodze interwencji legislacyjnej rozstrzygnął więc wątpliwości interpretacyjne, sygnalizowane przez obwinionych i ich obrońców w toku postępowań incydentalnych, które trafiały do Sądu Najwyższego w ramach prowadzonych przez rzeczników postępowań dyscyplinarnych. Wprowadzona regulacja zapeliła tym samym lukę ustawową związaną z potwierdzanym w orzecznictwie brakiem wyraźnego określenia właściwości rzeczowej do prowadzenia postępowań wyjaśniających i dyscyplinarnych przez rzeczników. Sąd Najwyższy uznawał bowiem, że norma wynikająca z art. 112 § 1 i 2 p.u.s.p., zgodnie z jej literalnym brzmieniem, dotyczy wyłącznie realizacji funkcji oskarżycielskich, a więc kształtuje właściwość rzeczową rzeczników dyscyplinarnych jedynie przed sądem dyscyplinarnym³⁵. Również w literaturze trafnie uznawano, że „w przepisie art. 112 p.u.s.p. ustanowiono system organów prowadzących postępowania wyjaśniające oraz dyscyplinarne w sprawach sędziów, a także określono uprawnionych oskarżycieli do występowania przed sądem dyscyplinarnym. (...) Oprócz rzecznika dyscyplinarnego funkcjonują zastępcy rzecznika dyscyplinarnego wybierani dla każdej apelacji oraz dla każdego okręgu sądu okręgowego (...). Do występowania przed sądem dyscyplinarnym w sprawach sędziów sądu apelacyjnego oraz prezesów i wiceprezesów sądów okręgowych jest uprawniony wyłącznie rzecznik dyscyplinarny. (...) Rzecznik dyscyplinarny jest uprawniony do prowadzenia postępowania w sprawach dyscyplinarnych sędziów sądów apelacyjnych, a także prezesów oraz wiceprezesów sądów okręgowych. Może również prowadzić postępowanie w sprawach sędziów sądów okręgowych i sędziów sądów rejonowych zarówno w wypadku, gdy sam podjął czynności dyscyplinarne w sprawach sędziów tych sądów, jak i wówczas, gdy na podstawie art. 112 § 6 p.u.s.p.³⁶ przejmie do osobistego prowadzenia sprawę sędziego sądu okręgowego lub sędziego sądu rejonowego prowadzoną przez zastępcę rzecznika dyscyplinarnego”³⁷.

³⁴ Dz. U. z 2020 r., poz. 190.

³⁵ Por. pierwsze z kilku tej treści – postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. I DSS 5/19, niepubl.

³⁶ Który wówczas brzmiał: „Rzecznik dyscyplinarny jest uprawniony do przejęcia każdej sprawy prowadzonej przez zastępcę rzecznika dyscyplinarnego, jeżeli uzna to za uzasadnione interesem wymiaru sprawiedliwości”.

³⁷ W. Koz i e l e w i c z, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów..., s. 145–146.

Także więc i w poprzednim stanie prawnym, przed wejściem w życie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁸, odróżniano właściwość organów prowadzących postępowania wyjaśniające oraz dyscyplinarne od wskazania uprawnionych oskarżycieli do występowania przed sądem dyscyplinarnym, a przez „uprawnienie do przejęcia każdej sprawy prowadzonej przez zastępcę rzecznika dyscyplinarnego” rozumiano również prawo do samodzielnego podjęcia takich czynności³⁹. W chwili obecnej możliwość podjęcia i prowadzenia czynności w każdej sprawie dotyczącej sędziego przez Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych i jego zastępców nie powinna już budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Art. 112a p.u.s.p. dotyczy, jak się wydaje, spraw wpływających do właściwego zastępcy rzecznika dyscyplinarnego działającego przy sądzie okręgowym. Należy przyjąć, iż regulacja ta obejmuje podział spraw między zastępców rzecznika działających przy jednym sądzie okręgowym, zgodnie z art. 112 § 5a p.u.s.p.

Art. 112b ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych dotyczy całkowicie nowego organu postępowania dyscyplinarnego, tj. Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości. Przepis ten, zbieżny z normą art. 153a i art. 153b ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze⁴⁰, daje Ministrowi Sprawiedliwości prawo powołania Rzecznika Dyscyplinarnego do prowadzenia określonej sprawy dotyczącej sędziego. Powołanie Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości wyłącza innego rzecznika od podejmowania czynności w sprawie. Rzecznik ten powoływany jest spośród sędziów sądów powszechnych lub Sądu Najwyższego, a w sprawach przewinień dyscyplinarnych wyczerpujących znamiona umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego może zostać powołany także spośród prokuratorów wskazanych przez Prokuratora Krajowego.

Rzecznik Dyscyplinarny Ministra Sprawiedliwości ma prawo zarówno do wszczęcia, jak i wstąpienia do toczącego się już postępowania, na dowolnym jego etapie. Powołanie Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości jest równoznaczne z żądaniem podjęcia postępowania wyjaśniającego albo postępowania dyscyplinarnego. W zależności od etapu, na jakim znajduje się postępowanie oraz treści żądania – rzecznik ten ma obowiązek realizacji wydanego polecenia, co jednak nie przesą-

³⁸ Chodzi o zmiany dokonane na mocy art. 108 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2018 r., poz. 5), które weszły w życie z dniem 3 kwietnia 2018 r.

³⁹ W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 109–110.

⁴⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 740, dalej „pr. o prok.”

dza o treści decyzji kończącej owo postępowanie. Funkcja Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości wygasa z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego albo uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne. Wygaśnięcie funkcji Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości nie stoi na przeszkodzie ponownemu powołaniu przez Ministra Sprawiedliwości Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości w tej samej sprawie. Dotyczyć to może sytuacji po wydaniu decyzji o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego lub jego umorzeniu, bądź też celem podjęcia działań zmierzających do zainicjowania postępowania w przedmiocie wznowienia prawomocnie zakończonego postępowania sądowego⁴¹.

Nadmienić należy, że analogiczna instytucja przewidziana jest w art. 76 § 8 u.S.N. w zakresie dotyczącym postępowania dyscyplinarnego wobec sędziów Sądu Najwyższego. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej może bowiem wyznaczyć Nadzwyczajnego Rzecznika Dyscyplinarnego do prowadzenia określonej sprawy dotyczącej sędziego Sądu Najwyższego. Rzecznik ten powoływany jest z grona sędziów Sądu Najwyższego, sędziów sądów powszechnych lub sędziów sądów wojskowych, przy czym w sprawach przewinień dyscyplinarnych wyczerpujących znamiona umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego lub umyślnych przestępstw skarbowych, może to uczynić także spośród prokuratorów Prokuratury Krajowej wskazanych przez Prokuratora Krajowego. Wyznaczenie Nadzwyczajnego Rzecznika Dyscyplinarnego jest równoznaczne z żądaniem podjęcia czynności wyjaśniających, co oznacza, że nie ma on obowiązku wszczynania postępowania dyscyplinarnego.

Specyficzna regulacja znalazła się w treści art. 76 § 9 u.S.N. Zgodnie z nią, w wypadku podjęcia przez Rzecznika Dyscyplinarnego Sądu Najwyższego czynności wyjaśniających na żądanie uprawnionego podmiotu – tj. Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej, Kolegium Sądu Najwyższego, Prokuratora Generalnego lub Prokuratora Krajowego, jeżeli sprawa dotyczy przewinienia dyscyplinarnego wyczerpującego jednocześnie znamiona umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego lub umyślnych przestępstw skarbowych, a Prezydent w terminie 30 dni od dnia złożenia tego żądania, nie wyznaczył Nadzwyczajnego Rzecznika Dyscyplinarnego, uprawnienie do podjęcia działań w celu jego wyzna-

⁴¹ Por. A. Roch, P. Zuber, Zmiany w postępowaniu służbowym i dyscyplinarnym wobec prokuratorów wprowadzone ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, *Prok. i Pr.* 2018, nr 12, s. 57.

czenia zyskuje Minister Sprawiedliwości. W takim wypadku zawiadamia on o tym zamiarze Prezydenta. Jeżeli Prezydent w terminie 30 dni od dnia otrzymania zawiadomienia Ministra Sprawiedliwości nie wyznaczy Nadzwyczajnego Rzecznika Dyscyplinarnego, wówczas wyznaczyć go może Minister Sprawiedliwości.

Odnosząc się do tej nowopowstałej funkcji, uzasadnienie projektu ustawy⁴² wskazywało na realizację w ten sposób uprawnień kontrolnych przez Prezydenta RP w zakresie przestrzegania przez sędziów Sądu Najwyższego zasad deontologicznych, mających umocowanie w pozycji ustrojowej Prezydenta Rzeczypospolitej (art. 126 ust. 1 Konstytucji). Przedmiotowa regulacja miała umożliwić Prezydentowi RP sprawowanie pieczy nad zaufaniem społecznym do sędziów Sądu Najwyższego. Nie przedstawiono natomiast bliżej powodów przyznania omówionych wyżej uprawnień Ministrowi Sprawiedliwości. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Nadzwyczajnym Rzecznikiem Dyscyplinarnym powołanym w sprawie dotyczącej sędziego Sądu Najwyższego był rzecznik dyscyplinarny sędziów sądów powszechnych.

Art. 114 Prawa o ustroju sądów powszechnych normuje zasadniczy przebieg czynności podejmowanych przez rzecznika dyscyplinarnego wobec sędziego, co do którego istnieje podejrzenie, że mógł popełnić przewinienie dyscyplinarne, określone w art. 107 p.u.s.p. lub wykroczenie skutkujące odpowiedzialnością na podst. art. 81 § 1 p.u.s.p.

Rzecznik ma obowiązek podjęcia czynności wyjaśniających, gdy z takim żądaniem wystąpi Minister Sprawiedliwości, prezes sądu apelacyjnego, prezes sądu okręgowego, kolegium sądu apelacyjnego, kolegium sądu okręgowego lub Krajowa Rada Sądownictwa. Pewna odmienność występuje w przypadku Rzecznika Dyscyplinarnego Sądu Najwyższego, który z mocy art. 76 § 1 u.S.N. ma obowiązek podjęcia czynności wyjaśniających na żądanie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej, Kolegium Sądu Najwyższego, Prokuratora Generalnego oraz Prokuratora Krajowego. Instytucja czynności wyjaśniających przewidziana jest także w art. 154 § 1 Prawa o prokuraturze oraz art. 58 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie⁴³.

Rzecznik może podjąć czynności wyjaśniające także z własnej inicjatywy, aczkolwiek w takim wypadku winien uprzednio dokonać wstępnego ustalenia okoliczności koniecznych dla stwierdzenia znamion przewinie-

⁴² [Http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/5AB89A44A6408C3CC12581D800339FED/%24File/2003.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/5AB89A44A6408C3CC12581D800339FED/%24File/2003.pdf), s. 11, 13.

⁴³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1796.

nia dyscyplinarnego. Ustawa nie ogranicza dowodowo rzecznika w odniesieniu do sposobu poczynienia owych wstępnych ustaleń, a impulsem do podjęcia działań z urzędu mogą być także publikacje medialne. Wstępne ustalenie okoliczności koniecznych do ustalenia znamion przewinienia powinno być traktowane jako czynności ogólne, zmierzające do weryfikacji zaistnienia czynu i możliwości jego uznania za konkretne przewinienie dyscyplinarne, pozwalające na określenie przedmiotu postępowania wyjaśniającego, podejmowane jeszcze przed wejściem sprawy w tę fazę⁴⁴. Wpłynięcie do rzecznika dyscyplinarnego żądania podjęcia czynności dyscyplinarnych od innego podmiotu niż wymienione w art. 114 § 1 p.u.s.p. powinno być traktowane jako informacja o możliwości popełnienia deliktu dyscyplinarnego przez sędziego. Rzecznik jest obowiązany wyjaśnić wstępnie okoliczności sprawy, a dopiero po tym ewentualnie podjąć czynności wyjaśniające. W wypadku braku podstaw do podjęcia tych czynności, rzecznik bez podejmowania decyzji procesowej informuje zawiadamiającego o sposobie załatwienia sprawy, tj. odmowie podjęcia czynności wyjaśniających, a na skierowane do wniosku pismo nie przysługuje środek zaskarżenia.

Słusznie podkreśla się, że czynności wyjaśniające polegać mogą na gromadzeniu dokumentów, a także przyjmowaniu zeznań od przesłuchiwanych świadków – innych niż sędzia, którego dotyczy postępowanie. W ocenie Sądu Najwyższego⁴⁵, dokonując czynności wyjaśniających, których celem jest w szczególności wyjaśnienie okoliczności sprawy oraz zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów, rzecznik dyscyplinarny powinien także i w tym zakresie odpowiednio stosować przepisy postępowania karnego. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby w postępowaniu, które może skutkować postawieniem sędziemu zarzutu nie stosowano uregulowanych w ustawie procedur. W szczególności rzecznik winien przesłuchiwanych w toku czynności wyjaśniających świadków pouczać o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Tak jak zaznaczono we wstępnej części niniejszej publikacji, etap ten odpowiada postępowaniu przygotowawczemu w fazie *in rem*.

Wezwany w toku postępowania wyjaśniającego świadek, na podstawie art. 87 § 2 k.p.k. w zw. z art. 128 p.u.s.p., może ustanowić pełnomocnika, jeżeli wymagają tego jego interesy. Rzecznik dyscyplinarny może jednak odmówić dopuszczenia do udziału w postępowaniu takiego pełnomocnika, jeżeli uzna, że nie wymaga tego obrona interesów osoby niebędącej stroną.

⁴⁴ Por. A. Roch, *Przeddyscyplinarne prokuratorskie...*, s. 57.

⁴⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2003 r., sygn. SNO 18/03, Lex 470198.

Z obowiązkiem złożenia zeznań przez wezwaną osobę koresponduje wprowadzona w art. 114a p.u.s.p. możliwość nałożenia na świadka, który bez należytego usprawiedliwienia nie stawiał się na wezwanie rzecznika dyscyplinarnego albo bez jego zezwolenia wydalili się z miejsca czynności przed jej zakończeniem, kary pieniężnej w wysokości do 3000 zł. Organem właściwym do nałożenia kary będzie na podst. art. 114a § 2 p.u.s.p. zawsze sąd dyscyplinarny przy sądzie apelacyjnym, w którego okręgu prowadzi się czynności, niezależnie od tego, czy sądem właściwym do rozpoznania sprawy będzie sąd dyscyplinarny przy sądzie apelacyjnym, czy Sąd Najwyższy. Nie chodzi tu przy tym o miejsce prowadzenia postępowania, w rozumieniu siedziby rzecznika, a o miejsce realnie wykonywanych lub zaplanowanych do realizacji czynności, które zakłócone zostały przez świadka. Do podjęcia decyzji w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej niezbędne jest złożenie stosownego wniosku przez rzecznika dyscyplinarnego. Ewentualne zażalenie na to postanowienie rozpoznaje Sąd Najwyższy w składzie jednego sędziego. W art. 114a § 3 p.u.s.p. błędnie przy tym określono, iż rozpoznaje je „sędzia Izby Dyscyplinarnej”, gdyż takowych nie ma. Sędziowie Sądu Najwyższego orzekający w Izbie Dyscyplinarnej powołani zostali, tak jak sędziowie orzekający w innych izbach w tym sądzie, na stanowiska sędziów Sądu Najwyższego⁴⁶. Zgodnie z art. 114a § 1 p.u.s.p. nałożenie kary pieniężnej nie wyłącza odpowiedzialności dyscyplinarnej, przy czym norma ta może znaleźć zastosowanie tak w stosunku do sędziów bezpodstawnie odmawiających stawienia się na przesłuchanie lub opuszczających miejsce jego prowadzenia, jak i przedstawiciele innych zawodów, w odniesieniu do których przewiduje się odpowiedzialność dyscyplinarną za zachowania uchybiające godności.

Jednym z działań podejmowanych w toku postępowania wyjaśniającego może być także wezwanie sędziego do złożenia pisemnego oświadczenia dotyczącego przedmiotu tych czynności lub odebranie oświadczenia ustnego. Jakkolwiek ustawa wprost o tym nie stanowi, owo oświadczenie w trybie przewidzianym w art. 114 § 2 p.u.s.p. odbiera się od sędziego, co do którego istnieje podejrzenie, że mógł dopuścić się przewinienia dyscyplinarnego lub popełnić wykroczenie. Nie jest to czynność bezwzględnie konieczna i o ile rzecznik nie widzi takiej potrzeby, może ją w toku realizowanych czynności pominąć.

⁴⁶ Patrz M. P. 2018, poz. 993; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., sygn. II DSI 37/18, Lex 2696016.

Obowiązkiem rzecznika jest natomiast, jak podkreśla się w orzecznictwie, przeprowadzenie czynności wyjaśniających⁴⁷. Obligatoryjne jest zgromadzenie w toku tych czynności takich dowodów, które będą wystarczające do umorzenia postępowania w sprawie bądź wszczęcia postępowania dyscyplinarnego i przedstawienia sędziemu zarzutu. W literaturze wskazano, że stosując odpowiednio przepisy k.p.k. „na tym etapie postępowania rzecznik dyscyplinarny nie ma obowiązku przeprowadzenia każdej możliwej czynności dowodowej – chodzi o to, by w ogóle te czynności przeprowadzono. Rzecznik dyscyplinarny ma zdecydować na podstawie wstępnych informacji, które czynności przeprowadzi w ramach postępowania wyjaśniającego ze względu na jego cele, które zaś podejmie we wszczętym postępowaniu dyscyplinarnym”⁴⁸. Wydaje się jednak, głównie ze względu na brzmienie art. 114 § 8 p.u.s.p., zgodnie z którym czynności dowodowe po przedstawieniu sędziemu zarzutu rzecznik przeprowadza jedynie w razie potrzeby, że już w fazie czynności wyjaśniających powinny zostać uzyskane wszelkie dowody mające znaczenie dla rozpoznania sprawy. Co do zasady, po przedstawieniu sędziemu zarzutu, rzecznik powinien podjąć decyzję merytoryczną bądź zweryfikować okoliczności podnoszone przez obwinionego.

Wdrożone w oparciu o ustawę Prawo o ustroju sądów powszechnych czynności wyjaśniające powinny być przeprowadzone w terminie trzydziestu dni od podjęcia pierwszej czynności przez rzecznika dyscyplinarnego, aczkolwiek jest to termin instrukcyjny i jego naruszenie nie spowoduje żadnych skutków dla postępowania.

Jeżeli rzecznik dyscyplinarny po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających na żądanie uprawnionego organu nie znajduje podstaw do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, wydaje postanowienie o odmowie jego wszczęcia. Jego odpis doręcza się organowi, który złożył wniosek o wszczęcie postępowania, a także kolegium właściwego sądu okręgowego lub apelacyjnego oraz osobie, względem której skierowane było żądanie. Ustawa w art. 114 § 9 błędnie przy tym posługuje się określeniem takiego sędziego jako „obwinionego”. Nie ma bowiem do tego podstaw wobec nieprzedstawienia mu zarzutu. Podmiotom, którym przesłano odpis postanowienia ustawa nie przyznaje prawa do zaskarżenia decyzji rzecznika.

Odpis postanowienia o odmowie wszczęcia doręcza się również Ministrowi Sprawiedliwości, który w terminie trzydziestu dni może złożyć sprzeciw. Jest to jedyna przewidziana w Prawie o ustroju sądów po-

⁴⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2005 r., sygn. SNO 58/05, Lex 472153.

⁴⁸ W. Kozielewicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów..., s. 150.

wszechnych możliwość wzruszenia tego postanowienia rzecznika. Wnie-
sienie sprzeciwu jest równoznaczne z obowiązkiem wszczęcia postępo-
wania dyscyplinarnego. Oznacza to, że w takim wypadku rzecznik ma
także wynikający z art. 114 § 3 i 4 p.u.s.p.⁴⁹ obowiązek sporządzenia zar-
zutu, a następnie ogłoszenia go sędziemu i wezwania do złożenia wyja-
śnień. Wątpliwości interpretacyjne budzi zapis ustawowy, że wskazania
Ministra Sprawiedliwości co do dalszego toku postępowania są wiążące
dla rzecznika dyscyplinarnego. Trudno bowiem stanowczo wskazać, jak
dalece mają sięgać owe wskazówki co do „dalszego” toku postępowania.
Wydaje się, że wskazania te mogą dotyczyć jedynie biegu postępowania
dyscyplinarnego do chwili podejmowania przez rzecznika decyzji meryto-
rycznej. Nie ma w mojej ocenie podstaw do przyznawania Ministrowi
Sprawiedliwości uprawnienia do wiązania rzecznika, będącego niezależ-
nym organem w postępowaniu dyscyplinarnym, poglądem ministra co do
sposobu zakończenia postępowania. „Dalsze postępowanie” należy więc
rozumieć jako konieczność wszczęcia i przeprowadzenia postępowania
dyscyplinarnego, w szczególności przedstawienia sędziemu zarzutu,
a także ewentualnego przeprowadzenia wskazanych dowodów lub wyja-
śnienia określonych wątpliwości, analogicznie jak w omawianej dalej sytu-
acji uchylecia przez sąd dyscyplinarny zaskarżonego postanowienia
o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego. Ostateczna ich ocena i wyni-
kający z niej sposób zakończenia postępowania musi być efektem samo-
dzielnych, niezależnych działań kadencyjnego rzecznika dyscyplinarnego.

Nadmienić należy, iż również Rzecznik Dyscyplinarny Sędziów Sądów
Powszechnych nie może wydawać wiążących poleceń ani swym zastęp-
com, ani zastępcom działającym przy sądzie okręgowym lub sądzie ape-
lacyjnym, z braku ku temu stosownej podstawy prawnej. Dotyczy to za-
równo decyzji mających zapaść w przedmiocie wszczęcia postępowania
dyscyplinarnego, sposobu jego zakończenia, jak i rodzaju proponowanej
kary dyscyplinarnej. W sytuacji, gdy Rzecznik Dyscyplinarny Sędziów
Sądów Powszechnych nie akceptuje sposobu prowadzenia czynności
wyjaśniających lub postępowania dyscyplinarnego przez zastępcę, może
przejąć sprawę do własnego prowadzenia⁵⁰.

Na marginesie wskazać należy, iż całkowicie odmiennie ustawodawca
w art. 76 u.S.N. uregulował kwestię doręczania oraz wzruszania posta-
nowienia o odmowie wszczęcia postępowania wobec sędziów Sądu
Najwyższego. Otóż w tym przypadku, jeżeli Rzecznik Dyscyplinarny Są-

⁴⁹ Art. 114 § 3 brzmi: „rzecznik dyscyplinarny wszczyna postępowanie dyscyplinarne i sporządza zarzuty dyscyplinarne”.

⁵⁰ B. Chojnacka-Kucharska, Postępowanie dyscyplinarne sędziego...

du Najwyższego odmówi wszczęcia postępowania dyscyplinarnego na żądanie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej, Kolegium Sądu Najwyższego, Prokuratora Generalnego lub Prokuratora Krajowego, odpis tego postanowienia doręcza się ww. organom. W terminie 30 dni od dnia jego doręczenia każdemu z wyżej wskazanych podmiotów przysługuje zażalenie do Sądu Najwyższego, które rozpoznawane jest w Izbie Dyscyplinarnej. Odpis postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania doręcza się także Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej, któremu jednak zażalenie na tę decyzję nie służy.

W sprawie, w której po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających rzecznik dyscyplinarny zebrał materiał dowodowy dostatecznie uzasadniający podejrzenie, że dany sędzia dopuścił się przewinienia dyscyplinarnego, przedstawia on takiemu sędziemu zarzut popełnienia przewinienia dyscyplinarnego. Zawarte w art. 114 § 3 p.u.s.p. sformułowanie „po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego” trzeba bowiem odnosić do stwierdzenia, iż „dane uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba”, o czym mowa w art. 313 § 1 k.p.k. Zarzut należy sporządzić na piśmie, przy czym ustawa nie nakłada obowiązku wydania w tym zakresie postanowienia. W orzecznictwie i doktrynie uznano jednak, iż w formie postanowienia winna zostać wydana nie tylko decyzja o przedstawieniu zarzutu, ale już o wszczęciu postępowania dyscyplinarnego⁵¹. Także na dalszym etapie postępowania, ze względu na respektowanie gwarancji procesowych, decyzja o zmianie lub uzupełnieniu zarzutu⁵² winna przybrać formę postanowienia.

Doręczając zarzut, rzecznik dyscyplinarny wzywa obwinionego do przedstawienia na piśmie wyjaśnień i wszystkich wniosków dowodowych, w terminie czternastu dni od daty tego doręczenia. Co do zasady rzecznik przyjmuje wyjaśnienia obwinionego w formie pisemnej, może jednak w oparciu o podjętą przez siebie decyzję wezwać sędziego celem odebrania wyjaśnień w drodze przesłuchania, do protokołu. Sposób odebrania wyjaśnień od obwinionego wyznacza rzecznik, jednak złożony przez sędziego wniosek skutkuje obowiązkiem wyznaczenia terminu przesłuchania, podczas którego obwiniony będzie mógł złożyć wyjaśnienia do protokołu.

Treść art. 114 § 6 p.u.s.p. przekonuje przy tym, że złożenie wyjaśnień, w jakiegokolwiek formie, jest prawem obwinionego sędziego, a nie jego

⁵¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2007 r., sygn. SNO 76/07, Lex 471814; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów...*, s. 147–148.

⁵² Odpowiednio stosowany art. 314 k.p.k.

obowiązkiem. Jeśli obwiniony nie zamierza składać wyjaśnień, nie musi on kierować do rzecznika pisma, o którym mowa w art. 114 § 4 p.u.s.p., ani stawiać się na wezwanie. W tej ostatniej sytuacji data wyznaczonego przesłuchania stanie się datą ogłoszenia zarzutu, *per analogiam* do zarządzenia o uznaniu pisma przesyłającego zarzut (zgodnie z art. 114 § 4 p.u.s.p.) za doręczone w trybie art. 133 § 2 zd. 2 k.p.k. Warunkiem tego będzie zawarcie w wezwaniu stosownego pouczenia, o którym mowa w art. 129 § 1 *in fine* k.p.k.

Przedstawienie zarzutu powoduje przejście postępowania dyscyplinarnego w fazę *ad personam* i uruchamia wszelkie gwarancje przysługujące obwinionemu sędziemu, w szczególności prawo do ustanowienia obrońcy (spośród sędziów, prokuratorów, adwokatów lub radców prawnych – art. 113 § 1 p.u.s.p.). Obwiniony może złożyć wniosek o uzasadnienie zarzutu, pisemne lub ustne. Przysługuje mu także prawo do udziału w czynnościach dowodowych, zgodnie z art. 315 § 2, art. 316 i art. 317 k.p.k. Pamiętać przy tym należy o regule ustanowionej w art. 113b p.u.s.p., zgodnie z którą w postępowaniu dyscyplinarnym nie stosuje się przepisu art. 117 § 2 k.p.k. Oznacza to, że niestawiennictwo zawiadomionej o czynności osoby nie uniemożliwia jej przeprowadzenia, z wyjątkiem sytuacji, w której ustawa nakazuje zawiadomienie uczestnika o terminie czynności procesowej, a brak jest dowodu, że został on o nim powiadomiony. Norma ta powoduje zatem, że można przeprowadzić czynność pomimo tego, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że niestawiennictwo osoby zawiadomionej (obwinionego, jego obrońcy albo pełnomocnika świadka) wyniknęło z powodu przeszkód żywiołowych lub innych wyjątkowych przyczyn, a także wtedy, gdy osoba ta usprawiedliwiła należycie niestawiennictwo i wносиła o nieprzeprowadzenie czynności bez jej obecności, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Termin złożenia wniosków dowodowych jest wiążący dla obwinionego, bowiem w przypadku jego niedochowania rzecznik może pozostawić zgłoszone wnioski dowodowe bez rozpoznania, chyba że sędzia wykaże, iż wnioskowany dowód nie był mu wcześniej znany. Rzecznik decyzję o pozostawieniu wniosków bez rozpoznania może podjąć niezależnie od przyczyn niedochowania przez obwinionego terminu⁵³. Należy podkreślić, iż składając wniosek dowodowy, stosownie do treści art. 169 § 1 k.p.k., należy podać oznaczenie dowodu oraz okoliczności, które mają być udowodnione (określić tezę dowodową).

⁵³ B. Chojnacka-Kucharska, Postępowanie przed sądem dyscyplinarnym, Lex.

Równocześnie z doręczeniem obwinionemu zarzutu, na podst. art. 114 § 7 p.u.s.p. rzecznik dyscyplinarny winien także zwrócić się do Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej o wyznaczenie sądu dyscyplinarnego do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji (w zakresie tej normy za zbędne należy uznać tożsame uregulowanie zawarte w art. 110 § 3 zd. 2 p.u.s.p.). Czynność ta powinna zostać zrealizowana przez Prezesa Sądu Najwyższego w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania wniosku. Wydaje się, że wyznaczając sąd (spośród jedenastu w skali kraju), winien on wziąć pod uwagę potrzebę równomiernego obciążenia sprawami wszystkich sądów dyscyplinarnych przy sądach apelacyjnych oraz w miarę możliwości możliwie bliską odległość wyznaczonego sądu od miejsca pełnienia służby przez obwinionego, oczywiście przy uwzględnieniu treści art. 110 § 3 zd. 1 p.u.s.p. Godzi się w tym miejscu nadmienić, iż przed wejściem w życie ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 8 grudnia 2017 r., właściwy sąd dyscyplinarny I instancji do rozpoznania sprawy dyscyplinarnej sędziego, na wniosek rzecznika dyscyplinarnego, analogicznie dyskrecyjną decyzją wyznaczał Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, będący Przewodniczącym sądu dyscyplinarnego⁵⁴.

Złożone przez obwinionego wyjaśnienia, przeprowadzone na jego wniosek dowody bądź li tylko ponowna, odmienna ocena zebranego kompletnego materiału dowodowego dokonana przez rzecznika, może skłonić go do podjęcia decyzji o umorzeniu postępowania przeciwko obwinionemu sędziemu. Odpis tej decyzji należy wówczas doręczyć organowi, który złożył wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, właściwemu kolegium sądu, obwinionemu oraz na podst. art. 140 k.p.k. także jego obrońcy. Podmiotom tym przysługuje zażalenie na przedmiotowe postanowienie, które należy złożyć w terminie 7 dni, do sądu właściwego do rozpoznania sprawy – a zatem sądu dyscyplinarnego przy sądzie apelacyjnym, wyznaczonego w trybie art. 114 § 7 p.u.s.p. (art. 110 § 3 zd. 2 p.u.s.p.) albo do Sądu Najwyższego, każdorazowo za pośrednictwem rzecznika – zgodnie z treścią stosowanych odpowiednio art. 428 § 1 k.p.k. i art. 465 § 1 i 2 k.p.k. Zgodnie z art. 463 § 1 k.p.k. w zw. z art. 128 p.u.s.p. rzecznik dyscyplinarny, na którego postanowienie złożono zażalenie, może je uwzględnić; w przeciwnym wypadku przekazuje je niezwłocznie sądowi dyscyplinarnemu powołanemu do rozpoznania zażalenia, wraz z aktami

⁵⁴ Na podstawie § 3 ust. 1 pkt 11 Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego w Sprawie Regulaminu Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2003 r.; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów...*, s. 148; patrz także uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2019 r., sygn. II DSI 37/18, Lex 2696016.

lub niezbędnymi odpisami z akt sprawy. Przyznanie również obwinionemu prawa do zaskarżenia decyzji umarzającej postępowanie jest realizacją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 marca 2008 r., sygn. SK 3/07⁵⁵. Uznać jednak należy, iż zgodnie z art. 425 § 3 k.p.k. warunkiem złożenia przez niego zażalenia jest posiadany *gravamen*, jak na przykład w przypadku umorzenia postępowania z powodu znikomej szkodliwości czynu. Dopuszczyć należy także możliwość zaskarżenia jedynie uzasadnienia postanowienia o umorzeniu, na podstawie odpowiednio stosowanych przepisów art. 425 § 2 zd. 3 k.p.k. i art. 443a § 1 i 4 k.p.k.

Na podst. art. 127 p.u.s.p. odpis postanowienia o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego, jako decyzji zamykającej drogę do wydania wyroku, doręcza się także Krajowej Radzie Sądownictwa i Ministrowi Sprawiedliwości, choć podmioty te nie są uprawnione do złożenia zażalenia⁵⁶.

Podobnie jak w przypadku możliwości wzruszenia decyzji o odmowie wszczęcia postępowania w sprawie dotyczącej sędziego Sądu Najwyższego, zażalenie na postanowienie Rzecznika Dyscyplinarnego Sądu Najwyższego o umorzeniu postępowania przysługuje Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, Prezesowi Sądu Najwyższego kierującemu pracą Izby Dyscyplinarnej, Kolegium Sądu Najwyższego, Prokuratorowi Generalnemu oraz Prokuratorowi Krajowemu. Odpis postanowienia doręcza się także Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej, któremu zażalenie również i na tę decyzję nie służy.

Sąd dyscyplinarny zażalenie powinien rozpoznać w terminie instrukcyjnym 14 dni, który to termin jest jednak w praktyce nierealny do dotrzymania, w sytuacji konieczności zawiadomienia o terminie posiedzenia stron uprawnionych do wzięcia w nim udziału. Jego przekroczenie, poza oczywistym wydłużeniem czasu trwania danej sprawy, nie powoduje innych negatywnych skutków dla postępowania.

W wyniku rozpoznania zażalenia sąd uchyla zaskarżone postanowienie, w przypadku uznania go za zasadne, bądź utrzymuje decyzję rzecznika w mocy, uznając środek odwoławczy za nietrafny. Sąd *ad quem* powinien wskazać w uzasadnieniu powody podjętej decyzji. Uchylając postanowienie może także podać okoliczności, które należy wyjaśnić, wraz z niezbędnymi do przeprowadzenia czynnościami. Wskazania te są dla rzecznika dyscyplinarnego wiążące, zgodnie z art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 465 § 1 i 2 k.p.k. przy zast. art. 128 p.u.s.p. Rozpoznając ponownie sprawę, po wykonaniu zleconych czynności, rzecznik dokonuje

⁵⁵ OTK-A 2008, nr 2, poz. 25, Dz. U. z 2008 r., Nr 41, poz. 251.

⁵⁶ Por. J. Sawiński, Komentarz do art. 127, teza 6, (w:) A. Górski (red.), Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz, Lex 2013.

na nowo oceny zgromadzonego materiału dowodowego, przy czym nie jest związany sugestiami sądu co do oceny dowodów. Może ponownie wydać postanowienie o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego albo wystąpić do sądu dyscyplinarnego z wnioskiem o rozpoznanie sprawy⁵⁷.

Zbędne jest przy tym w mojej ocenie przeprowadzanie czynności końcowego zaznajomienia obwinionego sędziego przez rzecznika z materiałami postępowania. Odpowiednie bowiem stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego z mocy art. 128 p.u.s.p. w tym wypadku oznacza, iż norm wynikających z art. 321 k.p.k. nie należy stosować. W sytuacji, w której ustawodawca znaczącą rolę w postępowaniu prowadzonym przez rzecznika dyscyplinarnego przydał szybkości tego postępowania (patrzac choćby na 14-dniowy termin na złożenie wyjaśnień oraz wniosków dowodowych, którego niedotrzymanie nawet z usprawiedliwionych przyczyn upoważnia rzecznika do kontynuowania i zakończenia postępowania), opóźnienie biegu sprawy w najlepszym wypadku o blisko miesiąc nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Interpretacji takiej sprzyja także treść art. 114 § 8 p.u.s.p., w którym to przepisie, wskazując na możliwe do przeprowadzenia po przedstawieniu sędziemu zarzutów czynności przed zakończeniem postępowania, nie przydaje się obwinionemu uprawnienia do żądania końcowego zaznajomienia go przez rzecznika z materiałami postępowania⁵⁸. Po upływie bowiem terminu na złożenie wyjaśnień oraz wniosków dowodowych, rzecznik dyscyplinarny w razie potrzeby przeprowadza dalsze niezbędne dowody, a po ich wyczerpaniu, w razie zaistnienia ku temu podstaw merytorycznych, składa wniosek o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej do sądu.

Podkreślić należy, że omawianej czynności procesowej nie wolno utożsamiać z prawem zapoznania się przez sędziego i jego obrońcę z aktami sprawy, na co wyrażenie przez rzecznika zgody powinno być regułą na każdym etapie postępowania dyscyplinarnego *sensu stricto*. Obwiniony, będąc powiadomionym o prawie złożenia wniosków dowodowych, winien z własnej inicjatywy podjąć działania mające na celu zapoznanie się z materiałami sprawy, choćby dla dokonania oceny zasadności składania tychże wniosków i następnie monitorować dalszy bieg postępowania. Działania te nie powinny nastroczać jemu lub ustanowionemu obrońcy żadnych trudności. Sędzia, nawet pozostając w stanie obwinienia, po zapoznaniu się z materiałami sprawy, z pewnością będzie w stanie samodzielnie lub z pomocą obrońcy ocenić wagę zgromadzo-

⁵⁷ Por. W. Kozielewicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów..., s. 149.

⁵⁸ Odmienne B. Chojnacka-Kucharska, Postępowanie dyscyplinarne sędziego...

nych dowodów i okoliczności z nich wynikające. Nakazywanie wykonywania tych działań w formie czynności procesowej rzecznikowi dyscyplinarnemu z zachowaniem obowiązku wyznaczenia jej terminu z odpowiednim wyprzedzeniem uznać należy za zbędny formalizm, skutkujący wyłącznie przedłużeniem postępowania.

Zauważyć trzeba, że nakazujący złożenie do sądu dyscyplinarnego wniosku o rozpoznanie sprawy art. 114 § 8 p.u.s.p. wskazuje co prawda, że powinien być to sąd wyznaczony zgodnie z § 7, to jednak należy przyjąć, iż nie dotyczy to sytuacji, o której mowa w art. 110 § 1 pkt 1 lit. b p.u.s.p. W tym bowiem przypadku wniosek kierowany jest do Sądu Najwyższego Izby Dyscyplinarnej, bez potrzeby występowania uprzednio z wnioskiem, o którym mowa w art. 114 § 7. Na marginesie wskazać należy, iż także we wzmiankowanym art. 110 p.u.s.p. doszło do ewidentnego legislacyjnego błędu poprzez użycie sformułowania „sędzia Izby Dyscyplinarnej”⁵⁹.

Warto w tym miejscu nadmienić, że przewidziana w art. 116 § 1 p.u.s.p. jawność postępowania dyscyplinarnego aktualizuje się właśnie dopiero z chwilą inicjacji postępowania rozpoznawczego przed sądem dyscyplinarnym. W żadnej mierze nie można jej odnosić do postępowania prowadzonego przez rzecznika, choćby było to już postępowanie dyscyplinarne, związane z przedstawieniem sędziemu zarzutu⁶⁰. Takie rozumienie jawności postępowania dyscyplinarnego jest zgodne z wzorcem stanowionym przez art. 45 ust. 1 i 2 Konstytucji oraz art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka⁶¹ i art. 14 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku w dniu 19 grudnia 1966 r.⁶² „Te akty prawa międzynarodowego zapewniają wyłącznie publiczność rozprawy sądowej. Zatem określają zasadę jawności w sposób węższy, a zarazem bardziej precyzyjny niż uczyniono to w Konstytucji. Zawarty w Konstytucji wymóg jawności rozpatrywania sprawy dotyczy przede wszystkim rozpraw sądowych. To rozprawy sądowe obiektywnie mogą być wyposażone w tę cechę. Jawność innych faz postępowania sprowadza się do informowania o ich przebiegu i o podjętych rozstrzygnięciach”⁶³. Pośrednio wynika to zresztą

⁵⁹ Patrz przypis 46.

⁶⁰ Tak P. Czarniecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób...*, s. 296; por. także z uzasadnieniem uchwały Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 marca 2002 r., sygn. Sd 5/02, Lex 1680766.

⁶¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

⁶² Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁶³ B. Chojnacka-Kucharska, *Jawność postępowania dyscyplinarnego sędziów*, Lex.

z samego art. 116 p.u.s.p., który ograniczenia (wyłączenie) jawności postępowania dyscyplinarnego przewiduje tylko dla sądu dyscyplinarnego. Odnoszenie jawności do etapu, w którym postępowanie dyscyplinarne prowadzi jeszcze rzecznik, skutkowałoby koniecznością przyjęcia, iż jest to jawność, której nie sposób wyłączyć, bowiem brak jest podstaw do podjęcia tego rodzaju decyzji przez rzecznika. Wykładni takiej, prowadzącej *ad absurdum*, za prawidłową uznać nie sposób.

Problematyką tą, w kontekście postępowania karnego, zajmował się również Sąd Najwyższy, stwierdzając w uchwale z dnia 28 marca 2012 r.⁶⁴, że jawne muszą być wszystkie te posiedzenia, na których orzeka się o głównym przedmiocie procesu, a także inne, na których orzeka się o ważnych prawach uczestników postępowania (jak np. wniosek o skazanie bez rozprawy, umorzenie lub warunkowe umorzenie postępowania). Gdy chodzi o rozpoznawanie i rozstrzyganie zagadnień incydentalnych, posiedzenia co do zasady nie muszą być jawne, w przeciwieństwie do tych, na których zapadają decyzje co prawda incydentalne, ale mające kluczowe znaczenie dla poszanowania praw osób, których dotyczą, na których sąd decyduje o pozbawieniu człowieka wolności. Odnosnie do nich, waga dobra prawnego, w które ingeruje postanowienie, musi prowadzić do wniosku, że chodzi o „sprawę” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a tym samym w rozumieniu art. 42 § 2 p.u.s.p.

Co jednak istotne, Sąd Najwyższy wyraźnie przesądził, że nawet posiedzenia co do zasady jawne, nie mają tego atrybutu wówczas, gdy odbywają się w toku postępowania przygotowawczego. W tej fazie postępowania sąd bowiem nie „rozpoznaje” i nie „rozstrzyga” spraw w rozumieniu art. 42 § 2 p.u.s.p., ale – co wynika z art. 329 k.p.k. – dokonuje jedynie czynności w postępowaniu przygotowawczym. Charakter „rozpoznawania i rozstrzygania sprawy” mają natomiast czynności sądowe podejmowane na posiedzeniach w związku z zaskarżeniem postanowień kończących postępowanie przygotowawcze (art. 306 § 1 k.p.k.). W tym bowiem wypadku sąd orzeka o losach sprawy w zakresie jej głównego przedmiotu.

Przenosząc te stwierdzenia na grunt niniejszego opracowania stwierdzić należy, że zewnętrzna jawność postępowania dyscyplinarnego nie dotyczy czynności podejmowanych przez rzecznika dyscyplinarnego na etapie czynności wyjaśniających i prowadzonego przez niego postępowania dyscyplinarnego. Charakteru jawnego nie mają zatem także, nie tylko z uwagi na aktualną treść art. 95b k.p.k., czynności sądowe wykonywane przez sąd dyscyplinarny na tych etapach postępowania (jak

⁶⁴ Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 28 marca 2012 r., sygn. I KZP 26/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 36.

orzekanie co do zawieszenia sędziego w czynnościach służbowych, czy też obniżenia wynagrodzenia), jak i posiedzenia sądu dyscyplinarnego w przedmiocie rozpoznania wniosku o wyrażenie zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie⁶⁵. Fazy te są bowiem odbiciem postępowania przygotowawczego w postępowaniu karnym. Odbywają się one w sposób jawny wewnątrznie dla zainteresowanego sędziego, wnioskodawcy i rzecznika dyscyplinarnego. W uzasadnionych przypadkach, szczególnie przy braku sprzeciwu ze strony oskarżyciela (wnioskodawcy), sąd dyscyplinarny może procedować w tych sprawach jawnie, w oparciu o art. 95b § 1 *in fine* k.p.k.

Jawnie co do zasady odbywają się natomiast, zgodnie z art. 116 p.u.s.p., rozprawa dyscyplinarna oraz posiedzenie w przedmiocie rozpoznania zażalenia na postanowienie rzecznika dyscyplinarnego o umorzeniu postępowania. Sąd może jednak wyłączyć jawność postępowania dyscyplinarnego w pewnych przypadkach – ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Przesłanki wyłączenia jawności przewidziane są w art. 116 § 2 p.u.s.p., zatem nie ma podstaw do odpowiedniego stosowania w tym zakresie art. 360 § 1 k.p.k., zgodnie z którym przesłankami wyłączenia jawności mogą być obawy: zakłócenia spokoju publicznego, obrażenia dobrych obyczajów, ujawnienia okoliczności, które ze względu na ważny interes państwa powinny być zachowane w tajemnicy, naruszenia ważnego interesu prywatnego, a także konieczność przesłuchania świadka, który nie ukończył 15 lat. Okoliczności te mogą bez przeszkód znaleźć swoje odbicie w podstawach wyłączenia jawności normowanych w postępowaniu dyscyplinarnym. W razie wyłączenia jego jawności, orzeczenie ogłaszane jest publicznie, na podst. art. 116 § 3 p.u.s.p.

Porównując brzmienie przepisów art. 114 § 8 i art. 115 § 2 p.u.s.p. dostrzec można wyraźną odmienną reguł obejmujących sporządzenie skargi inicjującej postępowanie sądowe od zasad przewidzianych w tym zakresie w postępowaniu karnym. Wniosek o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej powinien zawierać w szczególności dokładne określenie czynu, który jest przedmiotem postępowania, wykaz dowodów uzasadniających wniosek oraz uzasadnienie. Przepis art. 114 p.u.s.p. nie nakazuje formułowania przez rzecznika w samym wniosku o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej, nawiązujących do owego wykazu wniosków dowodowych – czy to o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, czy o przesłucha-

⁶⁵ Tak również B. Chojnacka-Kucharska, *Jawność...*

nie obwinionego lub określonych świadków. Nie można jednak uznać, że jest to kwestia nieuregulowana w ustawie w rozumieniu art. 128 p.u.s.p. Zgodnie z art. 115 § 2 p.u.s.p., to sąd dyscyplinarny, doręczając stronom wezwania na rozprawę, wzywa je do złożenia wniosków dowodowych w terminie czternastu dni od daty doręczenia wezwania. Obowiązek więc oskarżyciela zawnioskowania dowodów celem ich przeprowadzenia na rozprawie powstaje dopiero na wezwanie sądu dyscyplinarnego. Nic nie stoi wszak na przeszkodzie, aby rzecznik uczynił to wcześniej, choćby właśnie w skardze inicjującej dyscyplinarne postępowanie sądowe.

Wskazać należy, iż w tym samym 14-dniowym terminie, na podst. art. 115 § 4 p.u.s.p., sąd dyscyplinarny I instancji wzywa także obwinionego do przedstawienia wyjaśnień na piśmie oraz wskazania obrońcy, jeżeli go ustanowił. Niezłożenie wyjaśnień w tym terminie nie wstrzymuje jednak dalszego postępowania. Podkreślić należy, iż wezwanie to następuje niezależnie od złożenia wyjaśnień (ustnych lub pisemnych) na wcześniejszym etapie postępowania, zgodnie z art. 114 § 4–5 p.u.s.p. Brak ich złożenia, nawet na wezwania obu organów uprawnionych do ich przyjęcia, nie tamuje dalszego biegu postępowania. Jednocześnie, przedstawienie wyjaśnień przez obwinionego rzecznikowi, nie zwalnia sądu z obowiązku ponownego ich zażądania, przy czym ich złożenie jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem obwinionego sędziego.

Gwarancyjny charakter prawa obwinionego do składania i odmowy składania wyjaśnień nakazuje przyjąć, iż w rozumieniu art. 389 § 1 k.p.k. mogą nimi być wyłącznie wyjaśnienia złożone po sformułowaniu przez rzecznika zarzutów – a zatem w oparciu o art. 114 § 4 i 5 oraz art. 115 § 4 p.u.s.p. Wyjaśnień obwinionego nie stanowią oświadczenia składane przez sędziego przed przedstawieniem mu zarzutu (art. 114 § 2 p.u.s.p.).

Składając do sądu wniosek o rozpoznanie sprawy, rzecznik jest uprawniony do sformułowania także dodatkowego wniosku – w szczególności o rozpoznanie sprawy w trybie nakazowym, na podst. art. 115b p.u.s.p., bądź zaproponowania wydania wyroku skazującego, uzgodnionego z obwinionym. Orzekanie w trybie konsensualnym w postępowaniu dyscyplinarnym jest dopuszczalne w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁶⁶. Zwrócić należy jednak uwagę, że w przypadku wydania wyroku w trybie art. 387 k.p.k., ograniczenie przewidziane w art. 447 § 5 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 3 i 4 k.p.k., mającym odpowiednie zastosowanie w postę-

⁶⁶ Wyroki Sądu Najwyższego – z dnia 17 czerwca 2003 r., sygn. SNO 33/03, Lex 470196; z dnia 25 maja 2005 r., sygn. SNO 23/05, Lex 472108; z dnia 7 lipca 2006 r., sygn. SNO 26/06, Lex 472112; z dnia 12 października 2010 r., sygn. SNO 47/10, Lex 1288915; z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. I DSK 9/19, Lex 2779498.

powaniu dyscyplinarnym, dotyczy tylko stron tego postępowania, nie odnosi się natomiast do Ministra Sprawiedliwości oraz Krajowej Rady Sądownictwa, a więc podmiotów, które z racji pełnionych funkcji i przyznanych kompetencji odgrywają istotną rolę w postępowaniu dyscyplinarnym. Skutkuje to uznaniem, że Minister Sprawiedliwości w odwołaniu od wyroku konsensualnego, wydanego w postępowaniu dyscyplinarnym na podstawie porozumienia stron, na którego treść nie miał żadnego wpływu, nie może być pozbawiony możliwości podniesienia zarzutu rażącej niewspółmierności kary⁶⁷.

Art. 115c p.u.s.p. stanowi wyraz tendencji ustawodawcy do umożliwienia korzystania przez sądy ze wszelkich materiałów dowodowych mogących mieć znaczenie dla rozpoznania sprawy. Także więc dowody zdobyte w trybie określonym w art. 168b, art. 237 lub art. 237a Kodeksu postępowania karnego – tj. w ramach kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych oraz kontroli operacyjnej, nie tylko w stosunku do osób, wobec których je zarządzono, ale i innych, mogą być wykorzystane w postępowaniu dyscyplinarnym. Warunkiem tego jest jednak ich uzyskanie do celów postępowania karnego. Przepis ten jest treściowo zbieżny z normą zawartą w art. 158b pr. o prok.⁶⁸

W myśl analizowanego przepisu, uzyskane dla celów postępowania karnego w wyniku stosowania kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego dowody można wykorzystać zarówno w toku postępowania dyscyplinarnego, którego przedmiotem jest delikt dyscyplinarny wyczerpujący znamiona przestępstwa, co do którego możliwe jest wdrożenie procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, czy też kontroli operacyjnej, jak i wyczerpujący znamiona innego przestępstwa (tzw. przestępstwa niekatalogowego), co do którego nie można zarządzić procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, ani kontroli operacyjnej. Dowody tego rodzaju można wykorzystać w postępowaniu dyscyplinarnym, przede wszystkim w sytuacji, kiedy kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych były stosowane wobec sędziego, przeciwko któremu będzie toczyć się to postępowanie. Te, które uzyskane zostały do celów postępowania karnego w wyniku stosowania „podsłuchu procesowego” wobec osoby trzeciej, również można wykorzystać w postępowaniu dyscyplinarnym, jednak pod warunkiem uprzedniego podjęcia decyzji w postępowaniu karnym o wykorzystaniu zgromadzonych

⁶⁷ Wyroki Sądu Najwyższego – z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. SNO 39/16, Lex 2152405; z dnia 26 maja 2014 r., sygn. SNO 21/14, Lex 1488910; z dnia 30 września 2016 r., sygn. SNO 35/16, Lex 2135551.

⁶⁸ A. R o c h, P. Z u b e r t, Zmiany w postępowaniu..., s. 68–71.

materiałów jako dowodów w śledztwie lub dochodzeniu, niezależnie od fazy, w jakiej postępowanie to się znajduje (art. 237a *in fine* k.p.k.).

Problematyka kontroli operacyjnej jest uregulowana w ustawach odnoszących się do poszczególnych służb, a w szczególności w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁶⁹, ustawie z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁷⁰, ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁷¹, ustawie z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej⁷², ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa⁷³. Dowody zgromadzone w wyniku stosowania kontroli operacyjnej można wykorzystać w postępowaniu dyscyplinarnym tak względem sędziego, w stosunku do którego stosowano kontrolę operacyjną, jak i wówczas, gdy zostały one uzyskane w wyniku kontroli operacyjnej stosowanej wobec innej osoby. W tym drugim jednak przypadku, warunkiem ich wykorzystania przez rzecznika lub sąd dyscyplinarny jest uprzednie podjęcie przez prokuratora decyzji, o której mowa w art. 168b *in fine* k.p.k., po przekazaniu mu materiałów z kontroli operacyjnej⁷⁴. Najpierw muszą one zatem stać się pełnoprawnym dowodem w postępowaniu karnym.

Wspomnieć także należy, iż w Trybunale Konstytucyjnym od dnia 1 sierpnia 2018 r. znajduje się wniosek Prokuratora Generalnego o zbadanie zgodności 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 wyrażoną w art. 1 Konstytucji zasadą dobra wspólnego, wywodzonymi z art. 2 Konstytucji zasadami zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz sprawiedliwości społecznej w związku z preambułą Konstytucji, art. 5 Konstytucji, wyrażoną w art. 7 Konstytucji zasadą legalizmu, art. 31 ust. 1 i 2 zd. 1, art. 45 ust. 1, art. 82 i art. 83 Konstytucji. Został on zarejestrowany pod sygn. akt K 6/18 i jak dotąd nie został rozpoznany⁷⁵.

⁶⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067.

⁷⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1993.

⁷¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1920.

⁷² Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2365.

⁷³ Dz. U. z 2018 r., poz. 138.

⁷⁴ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2019 r., sygn. II AKa 202/18, Lex 2728224, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. II AKa 331/17, Lex 2447632.

⁷⁵ <http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/10282-kodeks-postepowania-karnego-zarzadzenie-kontroli-operacyjnej/>.

Możliwość wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów wprowadzonych do procesu z pomocą art. 168b k.p.k. stanowiła już przy tym przedmiot orzeczeń sądów apelacyjnych, tak pozytywnych⁷⁶, jak i kwestionujących *de facto* treść normatywną wymienionego przepisu⁷⁷. Ten drugi pogląd, kwestionujący szerokie wykorzystanie w toku postępowania dyscyplinarnego pozyskanych w sposób niejawnym dowodów, swoje najpełniejsze odzwierciedlenie uwidocznili szczególnie w treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r.⁷⁸, zgodnie z którą „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.” Nie przesądzając w tym miejscu o trafności argumentów zawartych w przywołanym orzeczeniu, zgodzić się należy, iż omawiany przepis istotnie pozwala na wykorzystanie dowodów zebranych w drodze ingerencji w prawa i wolności obywatelskie. Zwrócić jednak uwagę należy, iż ingerencja ta dokonywana jest przez ustawowo do tego umocowany organ państwa, w odniesieniu do zachowań stanowiących czyn zabroniony pod groźbą kary⁷⁹. Należy wyrazić nadzieję, że ostatecznej oceny zasadności stosowania norm wynikających z art. 115c p.u.s.p., w szczególności ich zgodności z Konstytucją, w tym wymogiem proporcjonalności, będzie można dokonać po wydaniu wyroku przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. K 6/18.

Trzeba jednak stanowczo podkreślić, że w sytuacji, gdy uzyskane w wyniku kontroli operacyjnej materiały nie będą stanowić dowodu pozwalającego na wszczęcie postępowania karnego, bądź nie będą mieć znaczenia dla toczącego się postępowania karnego, natomiast będą zawierać dowody popełnienia deliktu dyscyplinarnego przez sędziego, nie będzie można ich wykorzystać w postępowaniu dyscyplinarnym. W takiej bowiem sytuacji zgromadzone materiały podlegać będą niezwłocznemu, protokolarnemu i komisyjnemu zniszczeniu, które winien zarządzić organ

⁷⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 3 października 2017 r., sygn. II AKa 172/17, Lex 2391891, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 września 2017 r., sygn. II AKa 247/17, Lex 2376951.

⁷⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. II AKa 63/17, Lex 2402504.

⁷⁸ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, OSNK 2018, nr 8, poz. 53.

⁷⁹ Por. szersze rozważania – W. J a s i ń s k i, Nielegalnie uzyskane dowody w postępowaniu karnym, Warszawa 2019, s. 464–469.

wnoszący uprzednio o zarządzenie kontroli operacyjnej⁸⁰. Identycznie zresztą sytuacja przedstawiać się będzie w odniesieniu do materiałów z podsłuchu procesowego, bowiem i te materiały, jako niestanowiące dowodu popełnienia przestępstwa, na podst. art. 238 § 3–5 k.p.k., winny ulec zniszczeniu.

Nie ulega również wątpliwości, co także niezmiernie istotne, że ewentualnie uzyskane w tym trybie materiały powinny stanowić jedynie uzupełnienie dowodów zgromadzonych już uprzednio w sprawie dyscyplinarnej, które umożliwiłyby rzecznikowi przedstawienie sędziemu zarzutu. Ustawodawca wyraźnie bowiem wskazał, iż materiały takie przekazać można do postępowania dyscyplinarnego, a nie jakiegokolwiek postępowania dotyczącego przewinienia dyscyplinarnego. Zgodnie z art. 114 § 3 p.u.s.p., rzecznik dyscyplinarny wszczyna postępowanie dyscyplinarne i sporządza zarzuty dyscyplinarne w oparciu o ten sam materiał dowodowy. Przekazanie więc materiałów, o których mowa w art. 115c p.u.s.p., do postępowania znajdującego się na etapie czynności wyjaśniających i dopiero na ich podstawie wszczęcie przez rzecznika wobec sędziego postępowania dyscyplinarnego i przedstawienie mu zarzutu uznać należy za niedopuszczalne. Wyraźne zastrzeżenie, że musi być to postępowanie dyscyplinarne, wyklucza taką możliwość.

Krótkiego omówienia wymaga art. 117 *in fine* p.u.s.p. w kontekście działań, do których zobowiązany jest rzecznik, w przypadku otrzymania z sądu dyscyplinarnego materiałów dotyczących innego przewinienia, nieobjętego wnioskiem o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej. Wydaje się, że w przypadku braku zgody na wyrokowanie ze strony rzecznika dyscyplinarnego bądź obwinionego lub jego obrońcy na rozprawie, sformułowanie „rzecznik dyscyplinarny prowadzi w tym zakresie odrębne postępowanie dyscyplinarne” oznacza powinność niezwłocznego wszczęcia postępowania dyscyplinarnego i przedstawienia sędziemu zarzutu. Skoro bowiem ujawnione na rozprawie przewinienie oparte jest o dowody umożliwiające sądowi dyscyplinarnemu (w przypadku zgody stron) wydanie wyroku, prowadzenie czynności wyjaśniających przez rzecznika jawi się jako zbędne, niezależnie od tożsamyh wskazań wynikających z wykładni językowej tego przepisu. Dowody, którymi dysponuje na rozprawie sąd dyscyplinarny winny w sposób przekonujący wskazywać na osobę sprawcy oraz popełniony przez niego czyn. Tym samym pierwszą czynnością rzecznika po otrzymaniu materiałów w trybie art. 117 p.u.s.p. powinno być wszczęcie postępowania dyscyplinarnego i przedstawienie

⁸⁰ Por. art. 19 ust. 17 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji.

sędziemu zarzutu. Dalsze etapy procesu przebiegać winny w sposób nieodbiegający od standardowego biegu postępowania.

Prowadzonego przez rzecznika dyscyplinarnego i sąd dyscyplinarny postępowania dyscyplinarnego dotyczy także przepis art. 118 p.u.s.p., nakazujący kontynuowanie go w razie rozwiązania lub wygaśnięcia stosunku służbowego sędziego w jego trakcie. Przyjąć należy w drodze rozumowania *a contrario*, że w razie zaistnienia takiej sytuacji na etapie wstępnego ustalania okoliczności koniecznych dla stwierdzenia znamion przewinienia dyscyplinarnego lub prowadzenia czynności wyjaśniających, określonych w art. 114 § 1–2 p.u.s.p., rzecznik powinien podjąć decyzję o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, na podstawie odpowiednio stosowanego art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k.⁸¹ Po wszczęciu postępowania dyscyplinarnego, w sytuacji rozwiązania lub wygaśnięcia stosunku służbowego sędziego, postępowanie musi być kontynuowane na zasadach ogólnych, aż do jego merytorycznego prawomocnego zakończenia, choćby rzecznik nie zdążył przedstawić sędziemu zarzutu popełnienia przewinienia dyscyplinarnego. Przesłanką nakazującą kontynuowanie postępowania nie jest bowiem wejście postępowania w fazę *ad personam*, a wszczęcie postępowania dyscyplinarnego.

Art. 120 § 1 p.u.s.p. wskazuje na czynności, które obligatoryjnie musi podjąć rzecznik dyscyplinarny w sytuacji przesłania mu przez sąd karny (lub prokuratora, w wypadku umorzenia śledztwa po uprzednim przedstawieniu zarzutu) akt prawomocnie zakończonego postępowania karnego przeciwko sędziemu. Akta takie powinny zostać przesłane właściwemu rzecznikowi niezależnie od treści zapadłego wyroku (tj. skazującego, warunkowo umarzającego, umarzającego lub uniewinniającego). Nawet bowiem brak ukarania za przestępstwo, w tym wyrok uniewinniający lub postanowienie o umorzeniu śledztwa, nie wyłącza odpowiedzialności dyscyplinarnej, gdyż nie wyklucza to ustalenia, iż zachowanie danej osoby naruszyło godność służby⁸². W każdej więc sytuacji rzecznik powinien podjąć co najmniej czynności, o których mowa w art. 114 § 1–2 p.u.s.p. – a zatem zmierzające do wstępnego ustalenia okoliczności koniecznych dla stwierdzenia znamion przewinienia dyscyplinarnego lub czynności wyjaśniające. Chodzi zatem o obowiązkowe podjęcie czynności przed wszczęciem postępowania dyscyplinarnego. Nie jest obligatoryjne przedstawienie zarzutu, a jedynie wdrożenie przynajmniej jednego z poprzedzających tę decyzję etapów i wyrażenie oceny co do zasadności wszczęcia postępowania dyscyplinarnego – o ile nie zostało wszczęte wcześniej.

⁸¹ W. Kozieliwicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów..., s. 143.

⁸² W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2010, s. 30–31.

Decyzja o niewszczynaniu postępowania dyscyplinarnego nie jest skarżalna, jak to omówiono już wcześniej, bowiem w aktualnym stanie prawnym postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania może za kwestionować jedynie, na podst. art. 114 § 9 p.u.s.p., Minister Sprawiedliwości. W przypadku natomiast podjęcia decyzji o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego przeciwko obwinionemu sędziemu, zażalenie przysługuje na zasadach ogólnych.

Ostatnią wartą poruszenia kwestią jest problematyka wprost nieuregulowana w ustawie, a mianowicie odpowiedzialność dyscyplinarna samych rzeczników za czyny mające związek z pełnioną funkcją.

W zbliżonym funkcjonalnie i proceduralnie postępowaniu dyscyplinarnym obejmującym prokuratorów, w art. 153 § 4 pr. o prok. przewidziano, że Prokurator Generalny może odwołać każdego rzecznika dyscyplinarnego z pełnionej funkcji przed upływem kadencji w przypadku uzasadnionego podejrzenia dopuszczenia się oczywistego i rażącego naruszenia przepisów prawa lub uchybienia godności urzędu, w szczególności w związku z działaniami lub zaniechaniami powiązаныmi z postępowaniem wyjaśniającym lub dyscyplinarnym. Przesłanką taką jest także przypadek, o którym mowa w art. 161 § 1 pr. o prok., tj. stwierdzenie przez sąd dyscyplinarny oczywistego braku podstaw faktycznych lub prawnych złożonego przez rzecznika wniosku o rozpoznanie sprawy dyscyplinarnej lub oczywiście niesłuszne umorzenie postępowania⁸³.

W przeciwieństwie do powyższych uregulowań, odnoszących się do Rzecznika Dyscyplinarnego Prokuratora Generalnego i jego zastępców, ustawodawca nie zawarł żadnych przepisów mogących stanowić odrębną podstawę odpowiedzialności sędziowskich rzeczników dyscyplinarnych za ewentualne przewinienia związane z wykonywaniem czynności dyscyplinarnych lub oskarżycielskich. Wobec powyższego, przyjęć należy, iż każdy rzecznik dyscyplinarny wymieniony w art. 112d Prawa o ustroju sądów powszechnych może ponosić odpowiedzialność dyscyplinarną za podejmowane przez siebie działania w tym właśnie charakterze, ale w ramach „zwykłej” odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego – tj. za przewinienia służbowe określone w art. 107 § 1 p.u.s.p. Dotyczy to także będącego sędzią lub sędzią w stanie spoczynku Rzecznika Dyscyplinarnego Ministra Sprawiedliwości lub Nadzwyczajnego Rzecznika Dyscyplinarnego. W przypadku, gdy jest on prokuratorem, odpowiadać

⁸³ T. Janeczek, A. Roch, Odpowiedzialność służbowa i dyscyplinarna prokuratorów w świetle Prawa o prokuraturze, *Prok. i Pr.* 2017, nr 3, s. 51, 63–64; A. Herzog, Zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów w Prawie o prokuraturze, *Prok. i Pr.* 2016, nr 7–8, s. 188.

będzie na zasadach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów. Pod rozwagę uprawnionych podmiotów poddać można postulat, aby w razie konieczności realizacji jakichkolwiek czynności dyscyplinarnych wobec Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych lub Zastępców Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych wykonywał je Rzecznik Dyscyplinarny Ministra Sprawiedliwości, powołany spośród sędziów Sądu Najwyższego w stanie czynnym lub pozostających w stanie spoczynku. Podobnie, potencjalne czynności skierowane wobec Rzecznika Dyscyplinarnego Sądu Najwyższego realizować winien Nadzwyczajny Rzecznik Dyscyplinarny, ewentualnie Rzecznik Dyscyplinarny Ministra Sprawiedliwości.

Disciplinary ombudsman for judges as *dominus litis* of pre-trial and disciplinary proceedings

Abstract

This paper presents rules governing pre-trial and disciplinary proceedings conducted by the disciplinary ombudsman against common court judges, including Supreme Court judges and prosecutors. Rights and obligations of relevant persons involved are described, with a particular focus placed on steps taken by disciplinary ombudsmen. Issues related to: a statute of limitations; a public nature of disciplinary proceedings at various stages thereof; competence of disciplinary ombudsmen when taking specific steps; applicability of particular provisions of the Code of Criminal Procedure, and a resulting necessity of performing or refraining from, specific procedural activities in criminal proceedings, are touched upon. Standards arising from the basic law and international law are referred to as necessary. Account is also taken of the relevant legislation in force as at 14 February 2020 or the date of entry into force of changes prescribed by the Act of 20 December 2019 amending the Act – Law on the Organisation of Common Courts, the Act on the Supreme Court, and some other acts.

Paweł Opitek, Kamil Góral

Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. I)

Streszczenie

Badania naukowe, raporty eksperckie i doświadczenia prokuratorów jednoznacznie wskazują, że rola kryptowalut w popełnianiu przestępstw jest znaczna i cały czas rośnie. Jednym z głównych narzędzi przeciwdziałania i skutecznego ścigania takich nadużyć jest analiza kryminalna środowiska funkcjonowania kryptowalut: transferów tokenów, aplikacji do ich przechowywania, czy artefaktów w cyberprzestrzeni powiązanych z kryptowalutą. Takiej analizie poświęcony jest artykuł, który składa się z dwóch części. Część pierwsza traktuje, czym są i jak działają kryptowaluty ze szczególnym uwzględnieniem operacji realizowanych najpopularniejszymi bitmonetami. Jest to ważne zagadnienie, gdyż algorytm funkcjonowania konkretnego blockchain determinuje możliwości realizacji efektywnej analizy kryminalnej. Omówiono także, pod kątem adresów portfeli, symptomy świadczące o praniu pieniędzy lub innej działalności przestępczej prowadzonej z ich wykorzystaniem. W drugiej części opracowania przedstawiono uproszczony schemat śledztwa dotyczącego analizy kryminalnej transakcji, w tym m.in. jakie czynności należy podjąć i co utrudnia analizę. Sformułowano przykładowe pytania, kierowane do analityka. Ważną część opracowania stanowi opis platform wykorzystywanych do prania pieniędzy i innych nadużyć angażujących bitcoina¹ oraz pozostałe żetony cyfrowe. Chodzi o giełdy kryptowalutowe, kantory wymiany walut, bitomaty, platformy hazardowe, brokerów OTC i zbiórki Initial Coin Offering. Artykuł zakończy podsumowanie sformułowane na kanwie badanego zagadnienia.

¹ W tekstach dotyczących kryptowalut nazwa „bitcoin” w tym samym znaczeniu pisana jest z dużej lub małej litery. Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego PWN (<https://sjp.pwn.pl/>) w polszczyźnie w obu znaczeniach (tj. bitcoin, jako nazwa cyfrowej waluty i jednostki monetarnej) używa się w pisowni małych liter. Analogicznie, pisownię z małych liter zastosowano do pozostałych nazw kryptowalut przywołanych w artykule.

Słowa kluczowe

Analiza kryminalna, kryptowaluty, transakcja, ślady cyfrowe, przestępstwo, pranie pieniędzy, giełdy, kantory, kryptobankomaty, bitcoin, monero.

1. Charakterystyka problemu

Liczba nielegalnych działań z wykorzystaniem kryptowalut² stale rośnie, a dodatkowo pojawiają się coraz to nowe sposoby ich bezprawnego wykorzystania. Przestępczości takiej sprzyja rozwój zaplecza logistycznego do obsługi tokenów³ cyfrowych w postaci oprogramowania, rozwiązań sprzętowych i teleinformatycznych. Dochodzi do tego coraz lepsza znajomość cyberprzestrzeni, która jest naturalnym miejscem eksploatacji tokenów, przez ludzi młodych oraz ich zainteresowanie rozwiązaniami opartymi na blockchainach. Badania przeprowadzone w 2019 r. w Prokuraturze Krajowej przez jednego z autorów niniejszego opracowania pokazały, że wolumen omawianych przestępstw zwiększa się, przy czym w ostatnich trzech latach był to wzrost skokowy. Uzyskane wyniki mają solidną podstawę metodologiczną, bowiem zostały sformułowane na podstawie informacji uzyskanych ze wszystkich prokuratur w Polsce.

Organy ścigania każdego roku prowadzą setki postępowań związanych z oszustwami, włamaniami hakerskimi, *ransomware*⁴, *cryptojackingiem*⁵, czy praniem pieniędzy przy zaangażowaniu kryptowaluty. Przykładowo, w jednej ze spraw obywatel Niemiec w przeciągu kilku miesięcy za pomocą wirtualnych platform do transferów bitcoina dokonał malwer-

² W niniejszym opracowaniu wymiennie zastosowano zwroty: „kryptowaluta”, „waluty cyfrowe” i „waluty wirtualne”, chociaż ich zakresy znaczeniowe nie pokrywają się ze sobą idealnie (m.in. tylko „waluty wirtualne” są zdefiniowane w obowiązującym prawie, tj. art. 2 ust. 2 pkt 26 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., Nr 1115 z późn. zm.). Jednak bliższa analiza prawna wspomnianych terminów nie była konieczna dla prawidłowego opisanego podjętego tematu.

³ W artykule słowo „token” oznacza wirtualny żeton (zapis cyfrowy) stanowiący prawo o charakterze majątkowym i jednostkę rozliczeniową. Tokenami są np. jednostki kryptowaluty, takiej jak bitcoin, ale także „pieniądze” w grach sieciowych, czy tokeny cyfrowe stanowiące prawo udziału w nieruchomości.

⁴ *Ransomware* – złośliwe oprogramowanie wykorzystywane w cyberatakach do szyfrowania dostępu do systemów i znajdujących się w nich plików. Najczęściej na monitorze zaatakowanego komputera pojawia się komunikat, że warunkiem odzyskania informacji jest zapłata okupu w kryptowalucie.

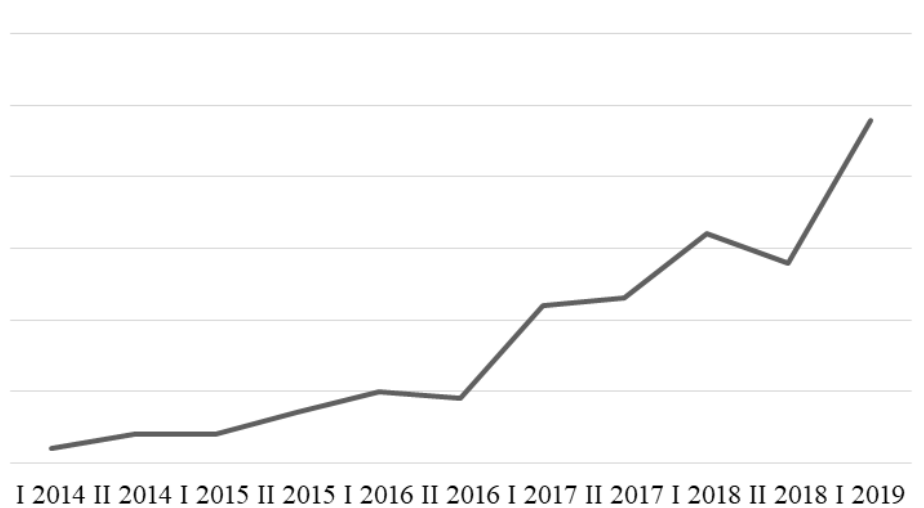
⁵ *Cryptojacking* – ogólna nazwa przestępstw polegających na kradzieży energii elektrycznej lub mocy obliczeniowej komputerów do wydobywania kryptowalut.

sacji setek tysięcy euro pochodzących z ataków *phishingu* i oszustw dokonanych na aukcjach internetowych. Schemat realizacji przestępstwa nosił typowe cechy prania: sprawca posługiwał się spółką zarejestrowaną w Wielkiej Brytanii, operował wieloma rachunkami założonymi „na słupy” (w Polsce, Bułgarii, Rumunii i Niemczech), korzystał z bezpiecznych serwerów działających w obcych jurysdykcjach i hostujących jego platformę tradingową (oprogramowanie umożliwiające inwestorom korzystanie z różnych kontraktów, np. forex), a bitmonety wymieniał na pieniądź fiducjarny (tzw. fiat) na jednej z największych giełd kryptowalutowych na świecie o nazwie Mt. Gox. Śledztwo zostało umorzone „przeciwko” wobec stwierdzenia braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa, gdyż sprawca bronił się podając m.in., że nie miał obowiązku i możliwości weryfikacji danych swoich klientów i źródła pochodzenia inwestowanych przez nich środków. Doświadczenie życiowe i reguły logicznego myślenia wskazywały jednoznacznie, że w sprawie doszło do czynu karalnego. Pojawiły się jednak trudności dowodowe typowe dla śledztw dotyczących prania pieniędzy z wykorzystaniem kryptowalut (np. wskazania przestępstwa bazowego, z którego pochodziły nielegalne aktywa), co spowodowało, że nie wniesiono do sądu aktu oskarżenia. Sytuacjom takim mają przeciwdziałać coraz bardziej rygorystyczne i efektywniejsze ogólnościowe reguły przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (AML/CFT)⁶. Pranie pieniędzy jest bowiem wspólnym mianownikiem przestępstw „kryptograficznych”, ponieważ każdy przestępca, który uzyskał nielegalne bitmonety, zmierza najpierw do ukrycia ich pochodzenia, a potem zamiany środków krypto na gotówkę. Problem jest duży skoro szacuje się, że w 2020 r. łączne uszczuplenia spowodowane przestępczością dotyczącą walut wirtualnych wyniosą 4,5 biliona dolarów, a w 2019 r. straty użytkowników i inwestorów tokenów cyfrowych na skutek malwersacji wzrosły o 533% w porównaniu z rokiem 2018⁷. Stawia to poważne wyzwania przed agencjami rządowymi, bowiem efektywne analizowanie przepływów kryp-

⁶ Skrót AML/CFT (ang. *Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*) określa system przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu. Więcej na temat AML/CFT patrz: P. Opitek, Pranie pieniędzy i finansowanie terroryzmu z wykorzystaniem walut wirtualnych, https://ik.org.pl/wp-content/uploads/ik_brief_programowy_pranie-pieniedzy-i-finasowanie-terroryzmu-z-wykorzystaniem-walut-wirtualnych.pdf, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

⁷ Intelligence January 2020 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report, 2019 Q4. CipherTrace. Cryptocurrency Intelligence January 2020, <https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2020/02/CipherTrace-CAML-2019-Q4.pdf>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

to wymaga stosowania zaawansowanych narzędzi analityki śledczej. Rodzi to z kolei pytania: które programy do analizy kryminalnej stosować? Komu zlecać analizę i na jakiej podstawie prawnej? Jak współpracować z analitykiem? Celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na tak sformułowane problemy badawcze odwołując się momentami do oprogramowania DataWalk.



Ryc. 1. Liczba spraw zarejestrowanych w prokuraturach w latach 2014 – styczeń 2019 i dotyczących kryptowalut

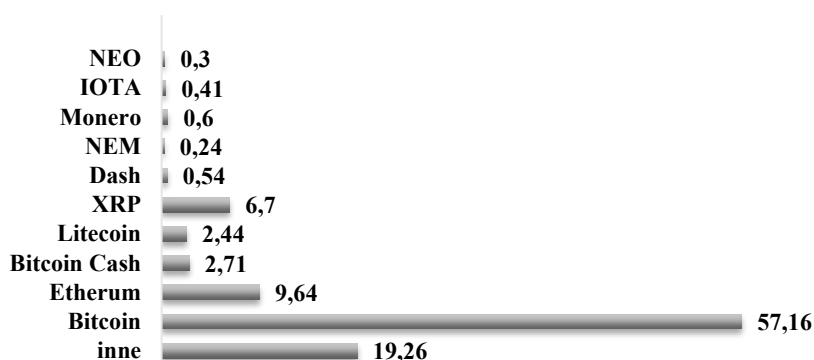
Zasygnalizować należy ponadto, że artykuł nie podejmuje wszystkich niezwykle ważnych problemów rodzących się na tle charakteru współczesnej analizy kryminalnej. Dotyczą one m.in. właściwej podstawy prawnej sporządzenia takiej analizy przy uwzględnieniu, że wymaga ona specjalistycznej wiedzy i zaawansowanego technicznie oprzyrządowania IT. Powstaje zatem pytanie: czy analiza kryminalna transakcji kryptowalutowych jest „tylko” czynnością techniczną, niestanowiącą samoistnego dowodu w sprawie, czy też osoba realizująca analizę powinna mieć status biegłego powołanego na podstawie postanowienia prokuratora? Inna sprawa: jeśli przyjąć, że ma się do czynienia z procesem opiniowania, którego rezultatem jest ekspertyza, to jak kontrolować i weryfikować materiał służący do badań? W nauce podkreśla się, że to organ powołujący biegłego dostarcza mu taki materiał (biegły nie może np. sam dokonywać czynności procesowej oględzin lub przeszukania i wykorzystać do opi-

niowania uzyskane w ten sposób ślady, jako źródło wiedzy). Inaczej sprawy się mają w przypadku analizy kryminalnej w cyberprzestrzeni, kiedy jej wykonawca czerpie większość informacji z baz danych pozostających poza kontrolą prokuratora (np. darknetu, rekordów wewnętrznych specjalistycznych firm zajmujących się białym wywiadem w Internecie). Omówienie wspomnianych problemów wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Warto podkreślić jedynie, że w działaniu organów ścigania, badających przestępstwa oparte na nowych technologiach, coraz częściej widać, jak zaciera się granica pomiędzy tradycyjnym spojrzeniem na instytucje opinii biegłego i analizy kryminalnej.

2. Czym są kryptowaluty?

Odpowiednie przygotowanie prokuratora do prowadzenia postępowania karnego dotyczącego kryptowalut (m.in. uzyskanie analizy/opinii kryminalistycznej) wymaga znajomości chociaż podstawowych zasad funkcjonowania tokenów cyfrowych i technologii blockchain. Samo pojęcie „kryptowaluta” ma charakter niedookreślony w tym sensie, że odnosi się do różnego rodzaju wirtualnych praw majątkowych, które mogą znacznie się różnić pomiędzy sobą. Ma to z kolei znaczenie pod kątem prowadzenia śledztwa. Zawsze chodzi o pewien zapis danych w systemie binarnym, funkcjonujących w ramach programu komputerowego. Program taki generuje określone jednostki rozliczeniowe, nazywane tokenami, żetonami cyfrowymi lub jednostką kryptowaluty, które mogą być przenoszone za pomocą dedykowanych im aplikacji pomiędzy osobami uczestniczącymi w systemie. Według CoinMarketCap⁸ całkowita liczba aktywnych kryptowalut wynosi około 3000, ale licząc także monety powstałe w ramach specjalistycznych projektów, które już porzucono lub upadły – należy przyjąć liczbę dużo większą. Trzon wszystkich tokenów stanowi około 30 kryptowalut, wśród których najpopularniejsza nazywa się bitcoin (BTC) tak samo, jak system w oparciu o który działa – bitcoin. BTC zaliczany jest do typowych tokenów wymiennych (ang. *exchange tokens*), których cena uzależniona jest od wartości, jaką przyznają im uczestnicy rynku. Inne żetony płatnicze określa się zbiorczą nazwą „altcoiny” (np. litecoin, bitcoincash). Często stanowią one modyfikację blockchaina bitcoinowego, płaci się nimi za towary i usługi, a obrót altcoinami, co do zasady, nie jest uzależniony od żadnej odgórnej organizacji.

⁸ <https://coinmarketcap.com/all/views/all/>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.



Ryc. 2. Rola poszczególnych bitmonet w przestępczości z wykorzystaniem kryptowalut

Inny rodzaj tokenów (ang. *security tokens*) odpowiada pojęciu instrumentów finansowych, takich jak akcje spółek prawa handlowego, swapy, umowy forward, czy opcje. W Stanach Zjednoczonych tamtejsza Komisja Papierów Wartościowych i Giełd (SEC) prowadziła wiele postępowań dotyczących emisji *security tokens* bez spełnienia przewidzianych przez prawo procedur. W Polsce z kilku powodów (m.in. stosunkowo małej kapitalizacji rynku walut wirtualnych) podobne sytuacje zdarzają się rzadko, chociaż rodzime organy nadzoru nad rynkiem finansowym podejmowały już interwencje w sprawie oferowanych w Internecie żetonów inwestycyjnych. Dodatkowo Komisja Nadzoru Finansowego na wniosek zainteresowanych przedsiębiorców, wydawała indywidualne opinie prawne, czy planowane inwestycje stanowią emisję papierów wartościowych. Coraz więcej naukowców, prawników i ekspertów przyznaje, że odpowiednio skonstruowany token cyfrowy może podpadać pod legalną definicję któregoś z instrumentów finansowych opisanych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁹, chociaż sprawa jest kontrowersyjna. Wątpliwości dotyczą np. możliwości dematerializacji papierów wartościowych. Spory budzi ponadto stosunek do kwestii: czy w Polsce obowiązuje zasada *numerus clausus* katalogu papierów wartościowych? W przypadku odpowiedzi pozytywnej na tak postawione pytanie, katalog praw majątkowych objętych zakresem pojęcia instrumentu finansowego z art. 2 ust. 1 przywołanej ustawy wykluczałby tworzenie akcji czy obligacji w formie tokenów cyfrowych. Z drugiej strony trudno przyjąć,

⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., Nr 89.

że organy nadzoru nad rynkiem finansowym nie podjęłyby działań represyjnych w przypadku publicznej emisji tokenów stanowiących udziały w spółce kapitałowej i uprawniających np. do otrzymywania dywidendy z wypracowanego zysku bez spełnienia wymogów określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych¹⁰.

Chociaż kryptowaluta to zbiór różnorodnych tokenów, to jednak posiadają one pewne stałe elementy technologiczne pozwalające badać transakcje kryptowalutowe.

Poniżej przedstawiono podstawowe pojęcia związane z funkcjonowaniem kryptowalut.

Blockchain: baza danych zawierająca szereg zapisów zebranych w bloki. Każdy blok jest podłączony do następnego przy użyciu podpisu kryptograficznego w taki sposób, że nie da się modyfikować utworzonych już bloków. Ich łańcuch, w którym zapisana jest chronologiczna ciągłość prowadzonych transakcji, stanowi rozproszony rejestr oraz może być udostępniany i potwierdzany przez każdego, kto posiada stosowne uprawnienia. Jest wiele sposobów na potwierdzenie spójności i aktualności danej wersji rejestru, co powszechnie nazywane jest konsensusem (w przypadku bitcoina proces ten nazywany jest „wydobyciem”, „miningiem” lub „kopaniem”).

Wydobywanie kryptowaluty: proces mający na celu sprawdzenie poprawności transakcji poprzez uzyskanie konsensusu wszystkich węzłów w sieci (każda baza przechowująca pełną historię transakcji musi zawierać identyczne informacje) oraz tworzenie nowych bloków dla kolejnych operacji. Sprawdzenie sald na adresach wymaga rozwiązania określonego zadania kryptograficznego i górnicy konkurują między sobą, kto pierwszy tego dokona. Zwycięzca potwierdza transakcję, dodaje ją do blockchajna i otrzymuje za to nagrodę w postaci nowych bitmonet. W praktyce oznacza to najczęściej „spalanie” mocy obliczeniowej komputerów (poczynając od smartfona, a kończąc na dużych serwerowniach) w celu podtrzymania funkcjonowania systemu. Komputery pracujące nad rozwiązaniem zagadki zużywają dużo energii elektrycznej, co prowokuje różnego rodzaju przestępstwa nazywane ogólnie *cryptojackingiem*.

Architektura sieci *peer-to-peer* (P2P): komputery uczestniczące w takiej sieci działają na równorzędnych prawach, wszystkie węzły odpowiadają za funkcjonowanie systemu, korzystają z niego i jednocześnie dają

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., Nr 623 z późn. zm.

mu moc obliczeniową do „życia”, obsługują proces wydobywania monet i funkcjonowania portfeli. Węzły weryfikują i rozgłaszają transakcje oraz bloki, a ponadto wykrywają i utrzymują połączenia z innymi punktami architektury sieci. Idealne założenie, iż każdy węzeł jest równy i nieograniczony decyzjami odgórnego administratora w praktyce doznaje pewnych ograniczeń. Najbardziej odpowiada mu sieć bitcoin, jako grupa „demokratycznych” węzłów stosujących protokół P2P. Obecnie szacuje się, że funkcjonuje ponad 10 800 węzłów bitcoina głównie w Europie, Ameryce Północnej i Azji; najwięcej z nich znajduje się w Stanach Zjednoczonych (2289), Niemczech (1856), Francji (630) i Holandii (509), chociaż liczba ta jest płynna i nieustannie się zmienia¹¹. Pojawia się jednak niebezpieczeństwo, czy z powodu centralizacji górników w *mining pool* nie dojdzie do odgórnego zarządzania systemem (24 lutego 2020 r. ponad 60% mocy obliczeniowej systemu bitcoin było zarządzane przez 4 duże kopalnie: Poolin, F2Pool, BTC.com i AntPool).

Adres kryptowaluty: generowany na podstawie klucza publicznego ciąg liczb i znaków identyfikowany w transakcji, jako odbiorca środków. Adresy są jawne i można je umieszczać w miejscach publicznych: na portalach crowdfundingowych, stronach internetowych sklepów lub wirtualnych aukcji. Adres składa się z dwóch powiązanych ze sobą ciągów znaków nazywanych kluczami:

- klucz prywatny: tworzona losowo liczba za pomocą bezpiecznego generatora, działającego automatycznie w aplikacji do przechowywania bitcoinów. Klucz prywatny powinien znać tylko właściciel kryptowaluty, gdyż daje on władztwo nad tokenami (utrata takiego klucza przez jedynego jego dysponenta powoduje, że nieodwołalnie traci się dostęp do kryptowaluty, autoryzowanej tym kluczem);
- klucz publiczny: jawny ciąg znaków obliczany na podstawie klucza prywatnego.

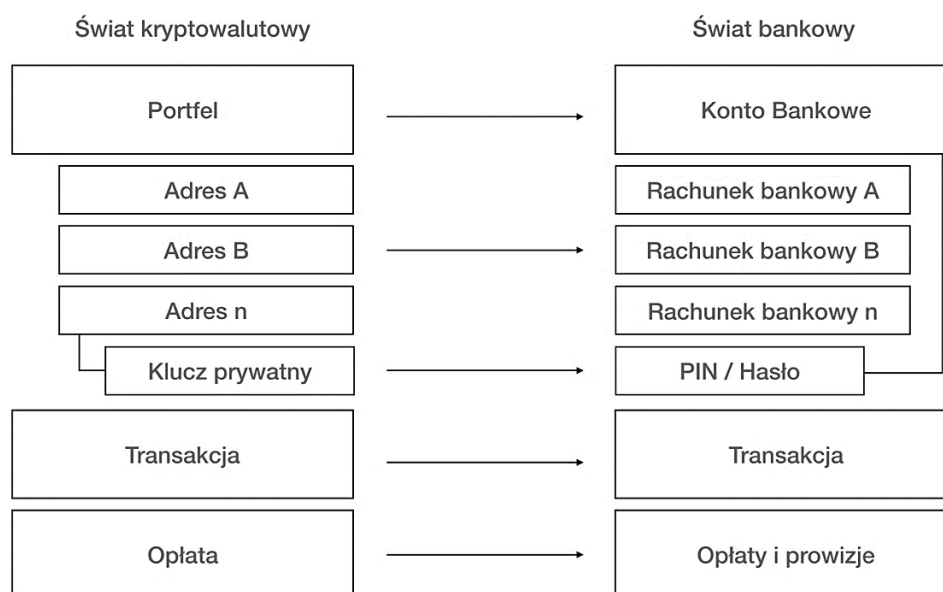
Klucze cyfrowe są tworzone, przechowywane i zarządzane w pliku portfela bez konieczności podłączenia aplikacji do Internetu. Portfel stanowi zatem zbiór wielu par kluczy.

Portfel: urządzenie, program lub usługa przechowująca klucze publiczne i prywatne. Wykorzystywany jest do przyjmowania lub wydawania kryptowaluty, a ponadto oferuje inne usługi związane z siecią i transakcjami (np. przechowuje historię operacji). Portfel generuje losowo klucz prywatny wraz z adresem bitcoin i po powiązaniu takiego adresu z transakcją staje się ona publiczna. Portfel zatem spina niejako klucz prywatny

¹¹ Aktualne informacje o węzłach BTC znajdują się pod adresem: <https://bitnodes.io/>.

z kluczem publicznym i pozwala na rozporządzanie kryptowalutami. Funkcjonuje wiele rodzajów portfeli: aplikacyjne (na smartfonie), sprzętowe (kostka pamięci), papierowe, a także portfele przypisane do giełdy.

Transakcja: zmiana adresu kryptowaluty, która jest akceptowana przez użytkowników sieci i zapisywana w blokach. Transakcje są chronologicznie odnotowywane w blockchain, a każda z nich posiada „wejście” (wydatki) i „wyjście” (środki dodawane na rachunek), które po uwzględnieniu opłaty transakcyjnej powinny sumować się do identycznej wartości. Wszystkie przelewy podpisane są kryptograficznie co oznacza, że mają niezaprzeczalny charakter (nie mogą zostać zmodyfikowane lub cofnięte) i w publicznym blockchainie typu bitcoin można sprawdzić, kto autoryzował przelew. Niektóre węzły przechowują pełną historię operacji, a inne (tzw. lekkie) tylko ich fragmenty.



Ryc. 3. Płatność kryptowalutą przypomina transakcję bankową przelewu pieniądza elektronicznego pomiędzy dwoma rachunkami.

W tradycyjnych transakcjach pieniądzem elektronicznym, jeśli osoba „A” chce wysłać środki do osoby „B”, wówczas „A” musi skorzystać z usługi tzw. zaufanej trzeciej strony (np. banku, organizacji płatniczej Visa, MasterCard itp.). Tożsamość obu uczestników przelewu będzie znana zewnętrznemu podmiotowi poświadczającemu i może on poin-

formować o operacji organy ścigania lub podatkowe. W przypadku przelewów kryptowalutowych brak jest pośrednika, co oznacza, że „A” i „B” mogą przeprowadzać transakcje między sobą bez ujawnienia tożsamości. W dalszej kolejności od algorytmu działania konkretnego blockchajna (prywatnego, publicznego lub stanowiącego hybrydę tych dwóch skrajnych rozwiązań) zależy, jakie ślady pozostawi operowanie kryptowalutami w cyberprzestrzeni.

Opłaty (ang. *fee*): zbiorcza nazwa należności związanych z posiadaniem lub transferem kryptowaluty. Najpopularniejsza z nich dotyczy kwoty uiszczanej górnikom za wykopanie bloku i umieszczenie w nim transakcji (tzw. opłata transakcyjna). System opłat stanowi więc pewną formę mechanizmu rynkowego decydującego o tym, jakie czynności są opłacalne w systemie, a jakich działań pod względem ekonomicznym nie warto podejmować. Inne rodzaje opłat mogą dotyczyć np. prowizji dla giełd kryptowalutowych, czy wynagrodzenia dla traderów. W praktyce pojawia się problem, kto w postępowaniu karnym powinien ponieść opłaty, jeśli kryptowaluta transferowana jest przez organy ścigania w związku z prowadzonym postępowaniem karnym (np. w wyniku przelania BTC do portfela prokuratorskiego tytułem zabezpieczenia majątkowego?). Należy opowiedzieć się za stanowiskiem, że opłaty takie stanowią koszty postępowania przygotowawczego i obciąża się nimi określony podmiot na zasadach ogólnych.

Skoro system funkcjonowania kryptowalut jest dość skomplikowany, a jego zrozumienie wymaga posiadania określonej wiedzy teleinformatycznej, to w praktyce zrozumienie *modus operandi* sprawcy może być trudne dla osoby niespecjalizującej się w blockchain i walutach wirtualnych. Praktycznie problem ten został rozwiązany w Stanach Zjednoczonych. W aktach oskarżenia formułowanych za Oceanem i dotyczących cyberprzestępczości oskarżyciel definiuje pojęcia, których użył w opisie okoliczności faktycznych popełnionego czynu zabronionego. Przykładowo, w skardze¹² dotyczącej Jong Woo Son, który odpłatnie dystrybuował w Internecie dziecięcą pornografię, na wstępie wyjaśniono, czym jest sieć TOR, bitcoin, adres kryptowalutowy i adres IP oraz na czym polegają transfery bitcoinami. Chodziło o pokazanie sądowi rozpatrującemu sprawę, z czym ma do czynienia. Brak przeszkód, aby na gruncie polskiej procedury karnej podobnie objaśniać, czego dotyczy skarga publiczna. Warto postulować ponadto, aby polscy prokuratorzy na sali sądowej śmiało korzystali z metod wizualizacji *modus operandi* sprawcy

¹² <https://www.justice.gov/opa/pr/south-korean-national-and-hundreds-others-charged-worldwide-takedown-largest-darknet-child>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

poprzez techniki typowe dla analizy kryminalnej: grafy powiązań pomiędzy obiektami, umiejscowienie w czasie i przestrzeni zdarzeń i obrazowanie struktury zależności mających znaczenie dla oceny charakteru czynu. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby sprawach szczególnie skomplikowanych z zakresu „cyber” przedstawić na sali sądowej prezentację w programie PowerPoint.

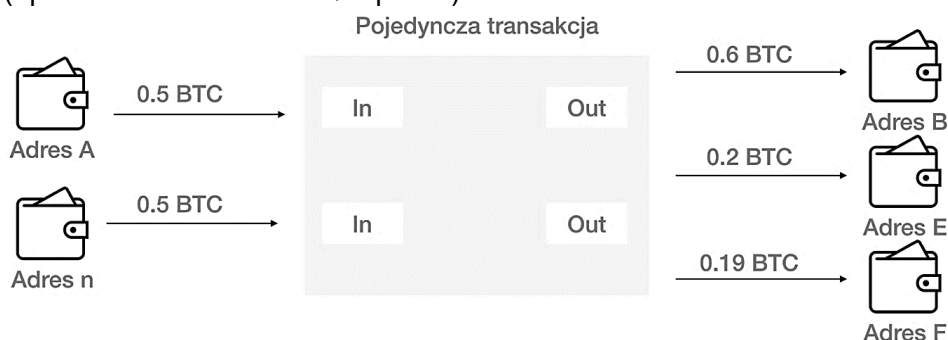
3. Specyfika transakcji najpopularniejszymi kryptowalutami

Spośród wielu elementów odgrywających ważną rolę w analizie kryminalnej transferów kryptowalutami podstawowe znaczenie ma rodzaj tokenów wykorzystanych przez sprawcę. Od tego zależy bowiem, czy w ogóle jest możliwe śledzenie i ustalenie drogi przepływu środków; jeśli tak, to jaki był schemat „wejścia” i „wyjścia” kryptowaluty na/z konkretnego adresu. W niniejszym rozdziale scharakteryzowanych zostanie pięć najpopularniejszych bitmonet, tj. bitcoin, bitcoincash, ether, litecoin, ripple oraz specyficzna kryptowaluta o nazwie monero, która odznacza się całkowitą anonimowością. Szczególną uwagę zwrócono na zastosowany w każdym przypadku algorytm przyjmowania i wypłaty środków, gdyż od niego zależy metodyka badania adresów i sposób podążania za „podejrzanymi” funduszami. Ogólna reguła jest taka, że im bardziej skomplikowany jest schemat przyjmowania i wydawania kwot, to możliwości ich skutecznej analizy zmniejszają się, a brak rozeznania w tej kwestii powoduje nawet błędy w interpretacji wyników analizy.

Bitcoin

System bitcoin został zbudowany przez programistę lub grupę osób ukrywających się pod imieniem Satoshi Nakamoto. Przyjmuje się, że bitcoiny nie istnieją fizycznie (choć *de facto* tworzący je kod binarny musi posiadać substrat materialny, aby przesyłanie danych było w ogóle możliwe), ale są saldami związanymi z kryptograficznie zabezpieczoną księgą publiczną. Chodzi o otwartą sieć blockchain z jawnymi blokami grupującymi transakcje zachodzące pomiędzy adresami. Zachowanie spójności i ciągłości bazy danych wymaga konsensusu w zatwierdzaniu bloków nazywanego „dowodem pracy” (ang. *proof-of-work*). Transakcja jest zatem prostą wiadomością informującą o tym, że „A” chce wysłać bitcoiny do „B” i każdy uczestnik sieci ma prawo ją zainicjować. Wiadomość zostaje rozgłoszona w systemie *peer-to-peer* i górnicy muszą ją potwierdzić, tj. sprawdzić saldo wysyłającego BTC i poprawność operacji. Transakcje są weryfikowane zbiorowo, a zaakceptowany blok rozsyłany

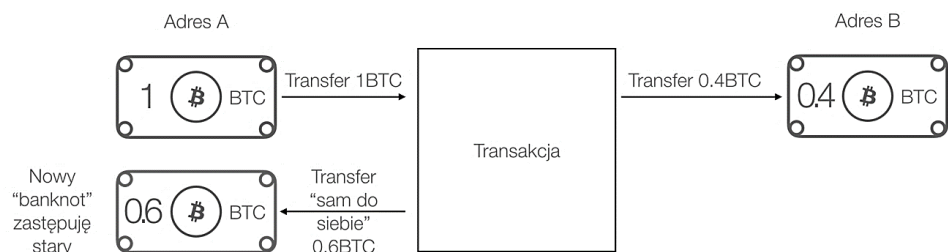
jest do wszystkich użytkowników sieci, co jest równoznaczne z zapisaniem danych w blockchainie. W systemie bitcoin kolejny blok powstaje średnio co 10 minut, a czas oczekiwania na potwierdzenie transakcji zależy od wysokości *fee* oraz przepustowości sieci i w najgorszym scenariuszu może wynosić nawet kilkanaście godzin. Historię operacji i przelewy oczekujące na akceptację można przeglądać na tzw. eksploracjach (np. www.blockchain.com/explorer).



Ryc. 4. Transakcja w BTC o przebiegu wiele „wejść i „wyjść” oraz *fee* o wartości 0,01 BTC

Bitcoinowy blockchain jest specyficzny: podczas, gdy większość kryptowalut działa podobnie do przelewów bankowych przesyłając monety z jednego adresu na inny pojedynczy adres, to transakcja w BTC ma najczęściej wiele wejść (In) i wyjść (Out). Przykładowo: wydanie 1 bitcoina, gdy portfel zawiera dwie poprzednie transakcje o wartości 0,5 BTC każda, wymaga utworzenia nowej transakcji z dwoma wejściami i jednym lub wieloma wyjściami. Dowodzi to, że logika zaprojektowanej przez Nakamoto sieci opiera się na przenoszeniu kwot z poprzednich transakcji.

Użytkownik, właściciel adresu A mając jedną transakcję przychodzącą o wartości 1BTC chce przesłać 0.4BTC na adres B

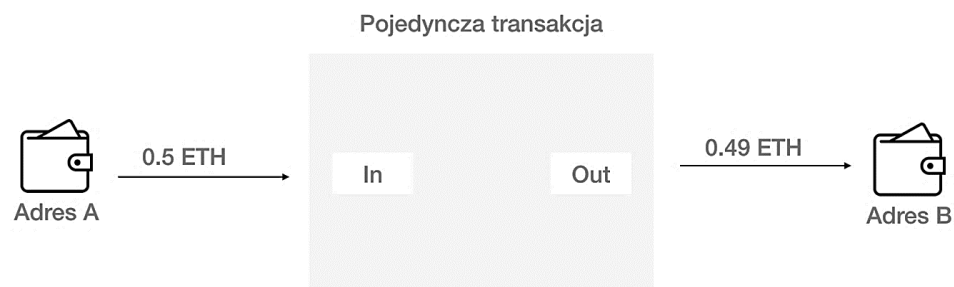


Ryc. 5. Schemat transakcji BTC ze zwrotem reszty

Bitcoin jest pseudoanonimowy i w celu skuteczniejszego zaciemnienia przepływu środków zaleca się utworzenie indywidualnego adresu dla każdej nowej transakcji. W Internecie można z łatwością odnaleźć programy, które umożliwiają generowanie wielu adresów w kilka sekund (np. BTC.com). Inne aplikacje przeznaczone są do zarządzania portfelami automatycznie kreując oryginalny adres w momencie, gdy następuje przesyłanie kryptowaluty na inny rachunek. Zdarzają się jednak sytuacje, że adres „A” wysłał niejako sam do siebie bitmonety, co oznacza np., że: na adresie „A” znajdował się 1 BTC, jego posiadacz wysłał na adres „B” 0,4 BTC i system automatycznie rozmiął monetę w ten sposób, że pozostawił 0,4 BTC na adresie „B” i zwrócił resztę, tj. 0,6 BTC na adres „A” należący do wysyłającego (żeton o wartości 0,6 BTC zastąpił poprzednie 1 BTC).

Ether

System ethereum oferuje tokeny o nazwie ether (ETH) i oprogramowanie *open source*, które wykorzystuje technologię blockchain do tworzenia inteligentnych umów (ang. *smart contracts*). ETH można handlować podobnie, jak bitcoinami, a ponadto umożliwiają one generowanie własnych tokenów realizujących określony schemat biznesowy. Taki rodzaj blockchaina wykorzystuje się do tworzenia aplikacji wykraczających poza najprostsze funkcje płatnicze. Przykładowo, w oparciu o ethereum zbudowano projekt biznesowy TheDAO – cyfrową spółkę, która miała odzwierciedlać tradycyjne instytucje prawa handlowego i w demokratycznym głosowaniu inwestorów decydować o realizacji projektów. Nieco później wyemitowano na rynek tokeny o nazwie CryptoKitties, a ceny utożsamiających je kilku ścieżek kodu programu komputerowego osiągały w sieci zawrotny pułap nawet kilkudziesięciu tysięcy dolarów.

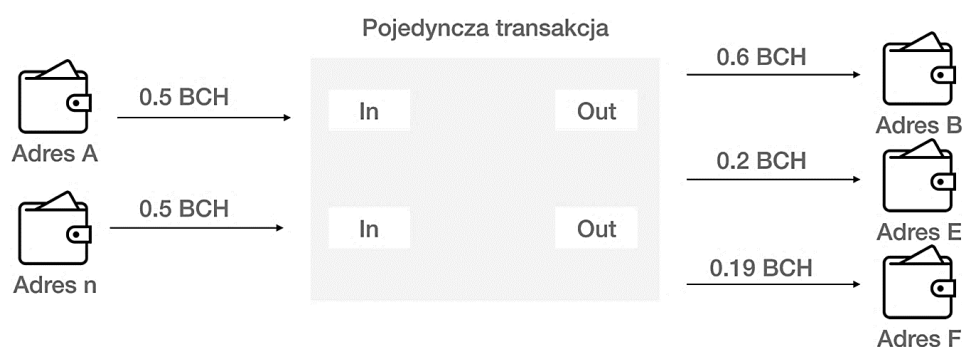


Ryc. 6. Schemat transakcji w ETH

Jeśli chodzi o algorytm wpłat i wypłat, to ether jest prostszy w działaniu od bitcoina: każdorazowo można łatwo wygenerować adresy dla nowych transakcji i każda z nich wykorzystuje tylko jeden adres. W tym przypadku śledzenie przelewów jest łatwiejsze, a historię wszystkich operacji udostępniono na stronie www.blockchain.com/explorer. Wspomniane już tokeny kreują interesujące i specyficzne umowy, których natura prawno-ekonomiczna może być bardzo różna.

Bitcoin cash

Jego powstanie związane jest z problemami małej skalowalności transakcji w BTC i debaty na temat procesu zatwierdzania bloków. W sierpniu 2017 r. część górników operujących na blockchainie bitcoinowym doszła do wniosku, że niewydolny system trzeba usprawnić i przeprowadzić tzw. *fork*, czyli rozłam w łańcuchu bloków (ang. *hard fork*). W efekcie bitcoin został podzielony na dwie różne kryptowaluty (BTC i BCH), które mają wspólną historię transakcji sprzed rozłamu, ale po *forku* działają niezależnie od siebie. BCH posiada własny blockchain o zwiększonym rozmiarze bloków do 8 MB (w przypadku bitcoina limit ten wynosi 1 MB), aby przyspieszyć proces weryfikacji. Chociaż system jest w stanie przetwarzać transakcje szybciej niż pierwotna sieć, a opłaty przesyłowe są niższe, to jednak posiada także pewne wady technologiczne, np. z powodu mniejszej ilości utrzymujących go węzłów jest bardziej scentralizowany i podatny na ataki, aniżeli rejestr danych bitcoina).

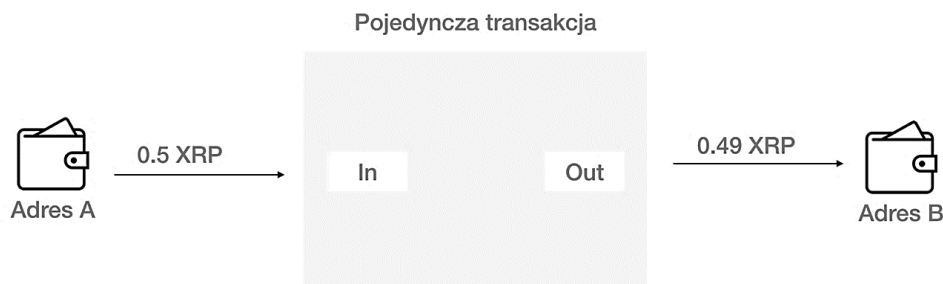


Ryc. 7. Schemat transakcji bitcoin cash

Z punktu widzenia informatyki śledczej bitcoin cash działa podobnie do swego pierwowzoru (historia operacji znajduje się pod adresem <https://www.blockchain.com/explorer>).

Ripple

Ripple jest zdecentralizowaną platformą płatności cyfrowych P2P o otwartym kodzie źródłowym (ale stanowiącym własność prywatną) uruchomioną w 2012 r. przez firmę Ripple, która nadal odpowiada za rozwój *Ripple Transaction Protocol*. Jego największym atutem jest to, że daje sposobność niemal natychmiastowego (ponad 1500 transakcji na sekundę) i bezpośredniego przepływu walut między dwoma użytkownikami sieci, a poza tym token może utożsamiać dowolną jednostkę monetarną, np. dolara amerykańskiego, jena, czy bitcoina. Nie wydobywa się go, liczba XRP na rynku jest stała, a transakcje weryfikowane są przez konsensus między członkami sieci, a nie w procesie kopania. Dzięki temu projekt zużywa stosunkowo mało energii elektrycznej. Poza tym ripple pozwala klientom zintegrować protokół wewnątrz organizacji, co oznacza, że każda instytucja może używać go jako własny system płatności. Dlatego kryptowaluta XRP jest bardzo popularna na całym świecie i wiele banków posługuje się nią do rozliczania płatności transgranicznych o wiele szybciej i taniej, niż przy użyciu istniejących obecnie globalnych sieci transferujących pieniądze elektronicznie. Chociaż ripple pierwotnie został opracowany i przeznaczony dla komercyjnych użytkowników, to dzisiaj posługują się nim także osoby prywatne.



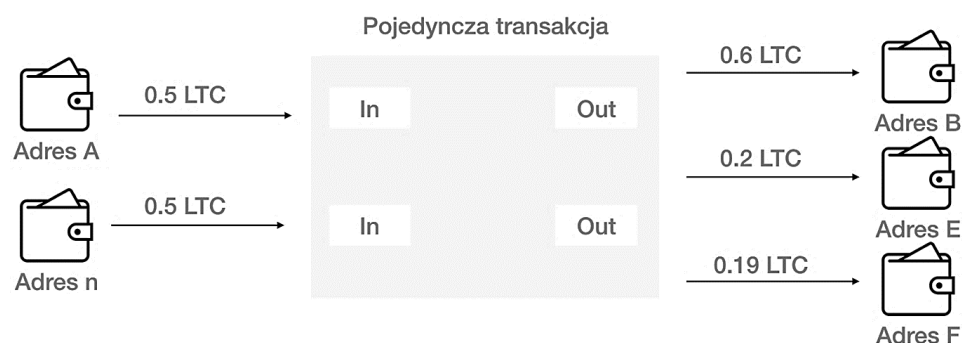
Ryc. 8. Schemat transakcji w XRP

W systemie ripple każda transakcja używa tylko jednego adresu źródłowego i docelowego. Jej potwierdzenie nie wymaga wydobywania i trwa około 2–3 sekundy. Zapis wszystkich operacji znajduje na stronie www.xrpcharts.ripple.com/#/graph.

Litecoin

Technologia powstała w 2011 r. jako kolejna zdecentralizowana waluta oparta na otwartym protokole blockchainowym, podobnym do bitcoina,

choć pozwala na szybsze transfery przy jednocześnie mniejszych opłatach transakcyjnych (wydobycie LTC jest łatwiejsze i wymaga mniejszej mocy obliczeniowej). Pomimo wspomnianych zalet, na dzień 31 sierpnia 2019 r. liczba aktywnych adresów w sieci litecoin posiadających ponad 10 USD wynosiła zaledwie 1,1 miliona w porównaniu z 13,6 mln w sieci bitcoin¹³.





Ryc. 9. Schemat transakcji w LTC

Logika działania litecoina jest podobna do bitcoina: jednym przelewem można wysłać LTC z kilku adresów źródłowych na wiele adresów docelowych, a historia operacji dostępna jest pod adresem <https://live.blockcypher.com/ltc/>.

Monero

Monero to kryptowaluta, która koncentruje się na prywatności, co oznacza, że żaden zewnętrzny obserwator nie zna źródła pochodzenia przesłanych środków, ich wysokości i miejsca docelowego. Podobnie, salda kont pozostają całkowicie ukryte. Monero używa do tego niepublicznego blockchajna, a więc nadal każdy użytkownik XMR może realizować transakcje, ale zna szczegóły tylko swojej operacji. System wykorzystuje do tego specjalny rodzaj kryptografii opartej na „dowodzie pracy”, chociaż w tym przypadku zasady kopania są nieco inne, niż przy bitcoinie, a cały system wykorzystuje własny oryginalny algorytm CryptoNote. Jego tzw. sygnatury pierścieniowe powodują, że klucze bitmonet mieszają się ze sobą, przez co wykładniczo trudno jest ustanowić połączenie między każdą kolejną transakcją.

¹³ <https://coinmetrics.io/>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

BTC 	XMR 
powstał w 2009 r.	powstał w 2014 r.
kapitalizacja 143 miliardy USD (9.3.2020 r.)	kapitalizacja 967 mln USD (9.3.2020 r.)
pseudoanonimowy (blockchain publiczny i jawne informacje o transakcjach)	całkowicie anonimowy
konsensus na podstawie „dowody pracy” oparty na tradycyjnym algorytmie	konsensus na podstawie „dowody pracy” oparty na technologii CryptoNote
użytkowanie dozwolone i powszechne	użytkowanie dozwolone, ale faktycznie ograniczane (np. przez giełdy)
powszechnie wykorzystywany przez przestępców	często wykorzystywany przez przestępców

Ryc. 10. Zestawienie bitcoina z monero

W podrozdziale scharakteryzowano tylko kilka kryptowalut biorąc pod uwagę ich mechanizmy transakcyjne w perspektywie prowadzenia analizy kryminalnej. W praktyce dochodzeniowo-śledczej mogą pojawić się jeszcze inne problemy związane ze statusem konkretnej waluty wirtualnej i decydujące o charakterze sprawy. Dotyczy to m.in. krypto-piramid finansowych i emitowanych przez ich twórców tokenów. W jednym ze śledztw dotyczącym piramidy pojawił się problem określenia, co właściwe otrzymali pokrzywdzeni w zamian za wpłacone pieniądze. W mediach pojawiło się mnóstwo informacji o tym, że cały system jest oszustwem, ale w jaki sposób miał potwierdzić to prokurator? Czy oceniając charakter tokena mógł bazować na doniesieniach medialnych? Czy też powinien powołać biegłego, albo zespół biegłych z zakresu informatyki, ekonomii i programowania komputerowego do przeprowadzenia szczegółowych badań jego kodu źródłowego i sformułowania opinii na ten temat? Realizacja ekspertyzy, jeśli w ogóle wykonalna, zajęłaby wiele czasu i dużo kosztowała. Przed takimi dylematami i trudnymi do rozwiązania problemami stoją coraz częściej osoby prowadzące postępowania karne dotyczące nowych technologii.

4. Nielegalne wykorzystanie kryptowalut w perspektywie analizy kryminalnej

Dzisiejszy obraz przestępczości kryptowalutowej w Polsce dotyczy wielu rodzajów nadużyć począwszy od najprostszych oszustw bazujących na socjotechnice, a kończąc na skomplikowanym *modus operandi* sprawców korzystających z narzędzi hakerskich, złośliwego oprogramowania i specjalistycznych platform cyfrowych do konwersji tokenów. Symptomatyczne jest, że w czasach globalizacji obraz omawianej przestępczości jest bardzo podobny w całej Europie. Dowodzi tego przebieg Konferencji pt. „Kryptowaluty w cyberprzestępczości” zorganizowanej przez Prokuratora Krajowego w dniach 28–30 października 2019 r. w Katowicach. Wystąpienia prelegentów z różnych krajów (m.in. Niemiec, Węgier, Słowacji, Francji i Łotwy) pokazały, że tamtejsze organy ścigania, podobnie jak polska prokuratura, prowadzą postępowania karne dotyczące ataków typu *ransomware*, hakingu i *phishingu*¹⁴, handlu nielegalnymi towarami przy użyciu bitcoina, czy oszustw ukierunkowanych na tokeny cyfrowe. Jeden z wiodących tematów stanowiła realizacja zabezpieczenia majątkowego na kryptowalutach i każde państwo wypracowało własną metodykę lub przynajmniej standardy takiej realizacji¹⁵.

Przedstawiciele krajów europejskich zgodnie podkreślali, że poważny problem stanowi śledzenie transferów kryptowalutowych. Na szczeblu centralnym pomocne są działania Europolu, który prowadzi specjalną platformę (ang. *Secure Platform For Accredited Cybercrime Experts*) dla akredytowanych ekspertów zajmujących się ściganiem omawianych nadużyć. Agencja koordynuje niektóre sprawy karne na szczeblu międzynarodowym, jednak logistyczne i prawne możliwości jej działania ograniczają się tylko do najpoważniejszych przestępstw. W codziennej pracy funkcjonariusze krajowych organów ochrony prawa muszą polegać na własnych kompetencjach i zasobach technicznych w badaniu kryptowalut. Nie jest to zadanie łatwe. Anonimowość transferów wykorzystywana do maskowania źródeł pochodzenia i przeznaczenia bitmonet powo-

¹⁴ *Phishing* – przestępstwa polegające na zastosowaniu fałszywej strony internetowej (tzw. nakładki), imitującej pierwowzór, w celu wyłudzenia poufnych danych (np. loginu i hasła do kryptowalutowego portfela w formie aplikacji) i przejęcia aktywów (np. jednostek kryptowaluty).

¹⁵ W Prokuraturze Krajowej już w 2018 r. została opracowana pierwsza w Polsce i pionierska w skali świata szczegółowa metodyka realizacji tymczasowego zajęcia mienia i zabezpieczenia majątkowego na kryptowalutach (jeden z autorów niniejszego opracowania był jej współtwórcą).

duje, że ich śledzenie lub odtwarzanie przebytej drogi stanowi duże wyzwanie. Rozróżnia się kryptowaluty całkowicie anonimowe i tzw. pseudo-anonimowe. Reprezentantem tych ostatnich jest m.in. bitcoin, gdyż transakcje nim dokonywane są ogólnodostępne w Internecie w zakresie: nazwy adresów uczestniczących w transferze oraz czasu i wysokości operacji. Nie jest to możliwe w przypadku monero lub z-casha. Należy jednak pamiętać, że możliwość identyfikacji osoby zależy nie tylko od rodzaju użytego przez nią tokena, ale wszystkie elementy zachowania przestępcy w sieci determinują to, ile artefaktów cyfrowych nadających się do wykorzystania w śledztwie pozostawiła. Chodzi m.in. o:

- adresy IP i inne numery identyfikacyjne urządzeń prowadzące do sprzętu użytkowanego przez sprawcę lub miejsc jego pobytu, które „wyciekły” w wyniku nieprawidłowo skonfigurowanego systemu i znajdują się np. na serwerach obsługujących ruch sieciowy,
- wcześniej publicznie ogłoszone adresy kryptowalutowe w sposób pozwalający na ustalenie ich właścicieli, które dopiero po pewnym czasie posłużyły do popełnienia przestępstwa (podejrzany może nie pamiętać, że nawet kilka lat temu zamieścił gdzieś post z danymi osobowymi i adresem, który następnie użył do przelania bitcoinów uzyskanych w wyniku oszustwa),
- pozostawione na platformach cyfrowych szeroko rozumiane dane osobowe, dające się powiązać np. z praniem pieniędzy. Nie chodzi tylko o imię i nazwisko, numer rachunku bankowego czy telefonu, ale także każdy inny ślad pozwalający na ustalenie sprawcy lub przynajmniej profilowanie jego osoby (charakterystyczne cechy mowy, jaką się posługuje, strefa czasowa w której przebywa, stan emocjonalny itp.),
- ślady cyfrowe odkładające się w urządzeniach wykorzystanych do popełnienia przestępstwa: zabezpieczony laptop lub smartfon można badać pod kątem znajdujących się w nich aplikacji dedykowanych walutom wirtualnym, nawiązywanych za ich pośrednictwem połączeń z platformami do obsługi tokenów, czy zleceń dotyczących transferów aktywów krypto,
- zapisy monitoringu przemysłowego z bitomatów, czy kantorów stacjonarnych, które coraz częściej wykorzystywane są przez przestępców do realizacji przelewów lub konwersji jednostek cyfrowych na pieniądź fiducjarny.

Wynika z tego, że przelew dokonany pseudoanonimowymi kryptowalutami może być w konkretnym przypadku o wiele bardziej anonimowy, aniżeli przesłanie monero lub innej, podobnie „zaciemnionej” waluty. Wszystko zależy od tego, czy sprawca należycie przestrzega „zasad

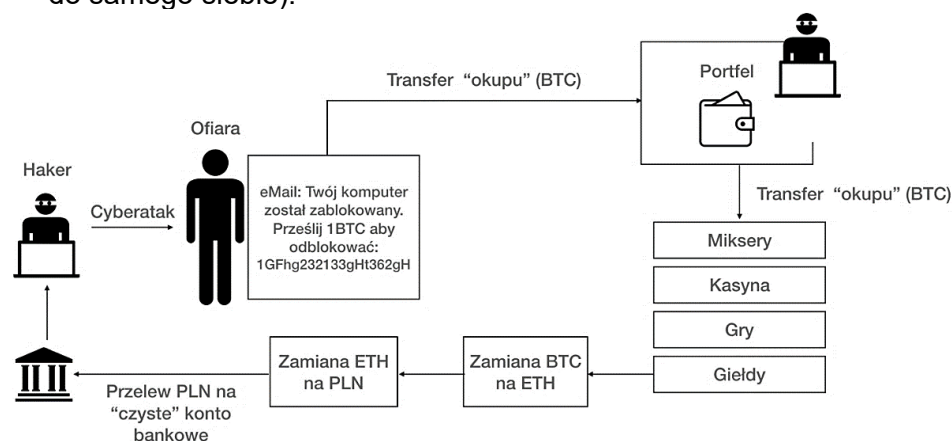
BHP” obowiązujących w cyberprzestrzeni. W darknecie znajdują się szczegółowe poradniki, jak dbać o swoje bezpieczeństwo i anonimowość w sieci. Rekomenduje się szyfrowanie każdego nośnika danych silnym algorytmem kryptograficznym, nawiązywanie komunikacji wyłącznie przez sieć TOR na specjalnie do tego wydzielonych maszynach, szczegółowe skonfigurowanie oprogramowania, korzystanie z VPN-ów, a nawet włamania do routera dalszego sąsiada i podszycie się pod jego IP. Podstawowa zasada nakazuje ponadto płacenie za towary i usługi tylko kryptowalutą. Nie chodzi wyłącznie o rzeczy nielegalne, ale wytrawny cyberprzestępca opłaca w takiej formie także miejsca wynajmowane na serwerach, czy wirtualne sieci. Wszystko po to, aby zgubić ślad prowadzący do jego komputera, który służy m.in. do zarządzania kryptowalutami.

Transfery tokenów realizowane są przez platformy cyfrowe, oferujące bogate spektrum usług: sprzedaż towarów, przeniesienie na inny adres i wymianę tokenów na odmienne aktywa, kamuflowanie portfeli, czy zamianę aktywów krypto na pieniądź fiducjarny. Chodzi w pierwszej kolejności o wirtualne giełdy i kantory oraz bitomaty, a do prania pieniędzy wykorzystuje się ponadto usługi hazardowe i gry komputerowe. Maskowaniu źródła pochodzenia środków dedykowane są specjalne narzędzia IT określone zbiorczą nazwą mikserów. A wszystko po to, aby wprowadzić do obrotu gospodarczego nielegalnie uzyskane fundusze np. pod przykrywką wygranej w grze losowej lub zysku osiągniętego z tradingu. Przestępcy dążą zazwyczaj do zamiany cyfrowego majątku na tradycyjne pieniądze, co ma pewne zalety pod kątem zwalczania przestępczości i odzyskiwania mienia: krzyżowanie się świata wirtualnego z tradycyjnymi instytucjami finansowymi, takimi jak banki i inne miejsca lokowania lub wypłaty gotówki, stwarza realną szansę zatrzymania sprawców i odzyskania mienia.

Z punktu widzenia analizy kryminalnej kryptowalut, symptomy świadczące o praniu pieniędzy lub innej działalności przestępczej prowadzonej z wykorzystaniem kryptowalut, są następujące:

- adres łączy się bezpośrednio lub pośrednio z usługami typu mikser,
- adres obsługuje wiele transakcji w krótkich odstępach czasu,
- duża liczba adresów służy tylko do przekazywania środków (zerowe saldo, a jednocześnie kilka operacji),
- adres z transakcjami pochodzącymi z wielu nowych adresów,
- liczne transfery prowadzące do adresu należącego do giełdy,
- transfery realizowane są do adresu należącego do bitomatu,
- adres dedykowany jest serwisowi hazardowemu,
- opłacane są wysokie prowizje w wielu transakcjach wychodzących w celu przyspieszenia operacji,

- adres wysyła środki do „biznesów” typu *Initial Coin Offering*,
- występują „anomalie” na adresie – nagła zmiana ilości/wartości transakcji,
- adres obsługuje dużą liczbę transakcji poniżej kwoty 15 tys. euro, od której dopiero wymagane jest raportowanie o przekazie organom nadzorującym rynek,
- funkcjonowanie adresu z wieloma transakcjami typu U–turn (przelewy do samego siebie).

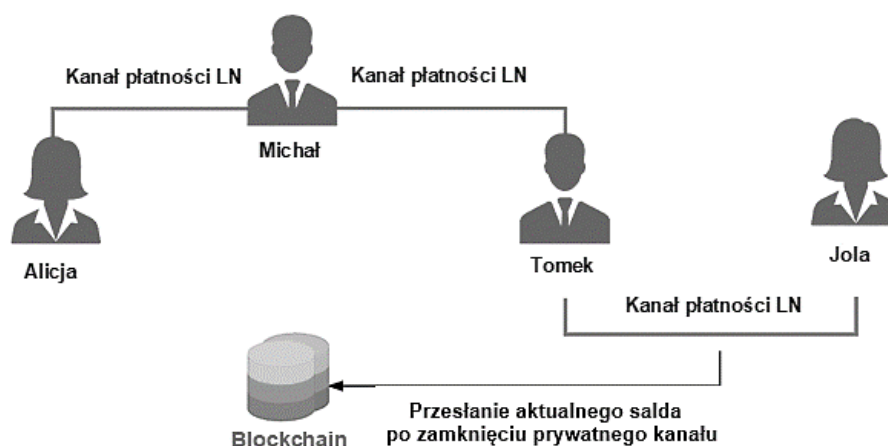


Ryc. 11. Schemat prania pieniędzy uzyskanych w wyniku cyberataku

Wiedza o adresach (ich przeszłości, sposobie funkcjonowania, konoatacjach itd.) stanowi zatem fundament do przeprowadzenia skutecznej analizy kryminalnej. Dlatego stosuje się różne metody oraz specjalistyczne narzędzia do odnajdywania „podejrzanych” rachunków kryptowalutowych i ich kontroli. Kolejny, ważny krok to ustalenie posiadacza/właściciela takiego alfanumerycznego ciągu cyfr i liczb. Może chodzić np. o publiczne adresy przypisane państwowym, instytucjom lub osobom objętym międzynarodowymi sankcjami. Działo się tak w przypadku obywateli Iranu, którzy gromadzili okup w bitcoinach w wyniku ataków *ransomware* o nazwie „SamSam” w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Kanadzie. Amerykański Urząd Kontroli Aktywów Zagranicznych zidentyfikował dwa adresy BTC powiązane z przestępcami oznaczonymi na liście międzynarodowych sankcji. Okazało się, że Irańczycy uczestniczyli w ponad 7000 przelewów dotyczących 6000 bitcoinów wartych miliony dolarów.

Oprócz wspomnianych cech kryptowalut, dodatkowym utrudnieniem dla realizacji efektywnej analizy kryminalnej są niestandardowe metody

płatności. Jedną z nich nosi nazwę *lightning network* (LN). Chodzi o „pozałańcuchowe” kanały przesyłania środków, które rozwiązują problem zbyt małej skalowalności bitcoinowego blockchaina: LN umożliwia wykonywanie szybkich i tanich przepływów w oparciu o system *peer-to-peer* poza łańcuchem bloków, a więc bez konieczności ich każdorazowej weryfikacji przez górników. Za pomocą specjalnej aplikacji można dokonywać poufnych płatności między dwoma węzłami kanału. Na końcu bilans wszystkich transakcji zostaje rozgłoszony i zapisany w blockchainie co sprawia, że użytkownicy LN otrzymują kryptowalutę zgodnie z dostarczonego przez nich rozrachunkiem przelewów wykonanych poza łańcuchem bloków. Strony operujące w *lightning network* podłączają się do blockchaina dwa razy: aby otworzyć kanał płatności, a potem go zamknąć, co oznacza, że wszystkie inne cząstkowe transakcje dokonane w ramach prywatnego kanału nie są odnotowywane w głównym łańcuchu bloków.



Ryc. 12. Schemat transakcji w systemie lightning network¹⁶

Chociaż prywatne kanały płatności umożliwiają wiele transakcji poza łańcuchem, to wymagają jednak przynajmniej dwóch połączeń z rejestrem bloków: utworzenia kanału wyjścia i wejścia. Wynika z tego, że pozostawiają one ślady w danych księgi publicznej bitcoina, a więc można je do pewnego stopnia badać pod kątem analizy kryminalnej przepływów kryptowalutowych. Trudno dzisiaj odgadnąć, czy technologia *lightning*

¹⁶ Schemat opracowano na podstawie: <https://www.saturn.network/blog/what-is-the-lightning-network/>, data odczytu: 23 lutego 2020 r.

network zbuduje ogólnosiwiatową siec transferów wspierających niewydolny system bitcoina. Jest ona wciąż w fazie rozwoju i mimo obiecujących wyników działania niesie ze sobą pewne obawy, dotyczące m.in. podatności na ataki hakerskie i inne malwersacje oraz centralizacji przekazów, czego twórcy pierwszej zdecentralizowanej kryptowaluty starali się właśnie uniknąć.

Prosecutors' involvement in criminal analysis of cryptocurrency transfers (Part I)

Abstract

Scientific research, expert reports and experience gathered by prosecutors all clearly show a significant and continuously greater role of cryptocurrencies in criminal activity. Criminal analysis of areas where cryptocurrencies operate, i.e. token transfers, crypto-storage applications, or artefacts in cyberspace that are connected to cryptocurrencies, is among primary tools to use in prevention and effective control of fraudulent operations. Composed of two parts, this paper focuses on criminal analysis. Part I describes what cryptocurrencies are and how cryptocurrencies work, with particular emphasis placed on Bitcoin transactions. The issue concerned is found crucial as an algorithm in any specific blockchain determines effectiveness of criminal analysis. Signs of money laundering or of other criminal activity involving cryptocurrencies are also discussed taking into account wallet addresses. Part II presents a simplified framework for an investigation involving criminal analysis of transactions, including steps to take and obstacles likely to be faced. Sample questions, which may be posed to an analyst, are formulated. A description of platforms used for money laundering and for other fraudulent activities involving Bitcoins and other digital tokens, such as cryptocurrency exchanges, bureaux de change, bitcoin ATMs, gambling platforms, OTC brokers and ICO collections, constitutes an important section of this paper.

Key words

Criminal analysis, cryptocurrency, transaction, digital trace, offence, money laundering, stock exchange, bureau de change, crypto ATM, Bitcoin, Monero.

Damian Wąsik

Prawnokarna ochrona członków zespołu ratownictwa medycznego

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest przybliżenie granic prawnokarnej gwarancji bezpieczeństwa członków zespołów ratownictwa medycznego oraz ważniejszych wniosków sformułowanych na kanwie wykładni wybranych przepisów Kodeksu karnego, które znajdują zastosowanie w omawianych okolicznościach. W opracowaniu uwzględniono m.in. wytyczne Prokuratora Generalnego nr 9/2018 (PK II P 431.72.2018) w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego oraz osób udzielających świadczeń zdrowotnych w szpitalnych oddziałach ratunkowych, a także orzecznictwo sądowe dotyczące stosowania art. 222 k.k., art. 223 § 1 i 2 k.k., art. 224 § 2 i 3 k.k. i art. 226 § 1 k.k.

Słowa kluczowe

Funkcjonariusz publiczny, państwowe ratownictwo medyczne, znieważenie, naruszenie nietykalności cielesnej.

I. Wprowadzenie

Problematyka prawnokarnej ochrony członków zespołów ratownictwa medycznego, skutecznego ścigania sprawców przestępstw popełnionych na szkodę wyżej wymienionych osób, jak również przykładowego karania tego rodzaju czynów zabronionych od lat wskazywane są jako jedno z ważniejszych zagadnień aktualnej polityki karnej w Polsce. Kolejne bulwersujące społeczeństwo przypadki agresji skierowanej przeciwko lekarzom, ratownikom medycznym czy pielęgniarkom, niosącym pomoc poszkodowanym, spowodowały wydanie przez Prokuratora Generalnego wytycznych nr 9/2018 (PK II P 431.72.2018) w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa popełniane na szko-

dę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego oraz osób udzielających świadczeń zdrowotnych w szpitalnych oddziałach ratunkowych¹. Zauważano, że zespoły medyczne podejmują czynności ratunkowe w warunkach pozaszpitalnych, bardzo często na różnego rodzaju imprezach masowych, w miejscach niebezpiecznych. Osoby, którym udzielana jest pomoc medyczna często znajdują się pod wpływem alkoholu bądź środków odurzających, zastępczych czy farmakologicznych w tym tzw. „dopalaczy”. Wchodzący w skład zespołów – lekarze, pielęgniarki i ratownicy medyczni, wielokrotnie narażeni są na kierowane wobec nich przejawy agresji, zarówno słownej, jak i fizycznej. Wskazywano przy tym, że rolę prokuratury jest wzięcie pod szczególną ochronę pracowników służby zdrowia, którzy udzielając poszkodowanym i chorym pomocy medycznej, ratując ludzkie życie, zbyt często padają ofiarą napaści i agresji. Osoby te nie są wyposażane w jakiegokolwiek służbowe środki ochrony osobistej czy przymusu bezpośredniego, a ponadto z racji podejmowania działań ratunkowych, niejednokrotnie ratujących życie, mają ograniczone możliwości zapewnienia sobie bezpieczeństwa i obrony przed skierowanymi wobec nich agresywnymi zachowaniami. Członkowie zespołów ratownictwa medycznego są ofiarami pobić, naruszenia narządów ciała bądź nietykalności, czy też kierowania gróźb karalnych oraz znieważania. Sprawcami są natomiast osoby, którym udzielana jest pierwsza pomoc, czy też członkowie ich rodziny oraz osoby postronne².

Zjawisko niczym nieuzasadnionej agresji wymierzonej w personel medyczny jest niestety aktualne i wyraźnie dostrzegane w dobie trwającej pandemii koronawirusa. Na podstawie reakcji niektórych przedstawicieli społeczeństwa można przyjąć, że pracownicy medyczni postrzegani są niekiedy nawet jako potencjalne źródło zakażenia. Bezpodstawne obarczanie lekarzy, pielęgniarki czy ratowników medycznych odpowiedzialnością za rosnącą liczbę chorujących na COVID-19 generuje kolejne zachowania dyskryminujące tę grupę zawodową. W mediach opisywane są coraz częstsze przypadki tzw. mowy nienawiści w postaci publikacji internetowych, natomiast poza zdarzają się sytuacje unikania i izolowania pracowników medycznych przez najbliższe sąsiedztwo, zostawianie

¹ Treść dokumentu dostępna jest na stronie internetowej Prokuratury Krajowej: <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2018/11/wytyczne-Prokuratora-Generalnego-nr-92018-.pdf> (dostęp: 20 marca 2020 r.).

² Zob. Wytyczne Prokuratora Generalnego w sprawie zasad prowadzenia postępowań o przestępstwa na szkodę ratowników medycznych. Źródło: <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/wytyczne-prokuratora-generalnego-w-sprawie-zasad-prowadzenia-postepowan-o-przestepstwa-na-szkode-ratownikow-medycznych/> (dostęp: 20 marca 2020 r.).

w skrzynkach pocztowych czy w drzwiach karetek z nieprzyjemnymi wiadomościami, wypraszenie ze sklepów, czy nawet niszczenie mienia i agresja fizyczna. W poszukiwaniu przyczyn takiego stanu rzeczy podkreśla się, że pandemia trwa już długo, nasilają się problemy zawodowe i gospodarcze, niektórzy doświadczają też problemów rodzinnych. Wszystko to potęguje stres i negatywne emocje, które rozładowywane są kosztem personelu medycznego³. O powadze problemu może też świadczyć inicjatywa Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy, którzy postulują o utworzenie w prokuraturach komórek organizacyjnych właściwych do ścigania przypadków agresji wobec personelu medycznego⁴.

W przeszłości, w środowisku prawniczym często zgłaszano problemy w wykładni i stosowaniu przepisów prawa karnego, które miały chronić personel medyczny wchodzący w skład zespołów ratownictwa medycznego. Było to związane z faktem objęcia wymienionej grupy pracowników służby zdrowia ochroną prawną przysługującą funkcjonariuszom publicznym i to w ściśle określonych warunkach. Z tego względu celem niniejszej publikacji jest przybliżenie granic prawnokarnych gwarancji bezpieczeństwa członków zespołów ratownictwa medycznego oraz ważniejszych wniosków sformułowanych na kanwie wykładni przepisów Kodeksu karnego, które znajdują zastosowanie w omawianych okolicznościach. Zagadnienia te wkomponowane zostały w wytyczne Prokuratora Generalnego, w przedmiocie metodyki prowadzenia postępowań przygotowawczych we wskazanych sprawach.

³ Zob. A. K n i a ż, K. B a r t o s i k, Koniec oklasków, pora na hejt. Agresja wobec medyków coraz częstsza. Dostaje się też nauczycielom, 8 maja 2020 r. Źródło: <https://polskatimes.pl/koniec-oklaskow-pora-na-hejt-agresja-wobec-medykow-coraz-czestsza-dostaje-sie-tez-nauczycielom/ar/c1-14960022> (dostęp: 17 maja 2020 r.); D. A b r a m o w i c z, Agresja wobec lekarzy walczących z koronawirusem wynika z mieszaniny strachu z ignorancją. Rozmowa z dr. Romanem Budzińskim z OIL w Gdańsku, 7 maja 2020 r. Źródło: <https://dziennikbałtycki.pl/agresja-wobec-lekarzy-walczacych-z-koronawirusem-wynika-z-mieszaniny-strachu-z-ignorancja-rozmowa-z-dr-romanem-budzinskim-z-oil/ar/c1-14956078> (dostęp: 17 maja 2020 r.); Agresja wobec lekarzy. Prof. Aleksander Sieroń: Dlaczego lekarz to zawód niezaufania społecznego? 8 maja 2020 r. Źródło: <https://dziennikzachodni.pl/agresja-wobec-lekarzy-prof-aleksander-sieron-dlaczego-lekarz-to-zawod-niezaufania-spoecznego/ar/c1-14959190> (dostęp: 17 maja 2020 r.).

⁴ A. S z c z e p a ń s k a, P. N o w o s i e l s k a, Medycy żądają powołania specjalnej komisji do zwalczania agresji wobec personelu medycznego, 6 maja 2020 r. Źródło: <https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1474667,hejt-wobec-medykow-powolanie-specjalnej-komisji.html> (dostęp: 17 maja 2020 r.).

II. Zakres ochrony prawnej osób wykonujących zawody medyczne w ramach zespołów ratownictwa medycznego

Rozważania na temat aspektów prawnokarnych należy poprzedzić syntetyczną prezentacją ważniejszych regulacji z obszaru prawa ochrony zdrowia, dotyczących zasad funkcjonowania zespołów ratownictwa medycznego.

Zespół ratownictwa medycznego definiują przepisy ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 993 ze zm.), dalej jako „u.p.r.m.”. Zgodnie z art. 3 pkt 10 u.p.r.m. jednostkę systemu, o której mowa w art. 32 ust. 1 pkt 2 u.p.r.m., podejmującą medyczne czynności ratunkowe w warunkach pozaszpitalnych, spełniającą wymagania określone w ustawie. W myśl art. 32a u.p.r.m. medyczne czynności ratunkowe są udzielane przez zespół ratownictwa medycznego w ramach rodzaju działalności leczniczej zgodnego z rodzajem działalności wykonywanej przez dysponenta jednostki, w którego skład wchodzi ten zespół ratownictwa medycznego. Zgodnie z art. 36 ust. 1–5 u.p.r.m. zespoły ratownictwa medycznego dzielą się na: 1) zespoły specjalistyczne, w skład których wchodzi co najmniej trzy osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, w tym lekarz systemu oraz pielęgniarka systemu lub ratownik medyczny; 2) zespoły podstawowe, w skład których wchodzi co najmniej dwie osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, w tym pielęgniarka systemu lub ratownik medyczny. Zespół ratownictwa medycznego jest wyposażony w specjalistyczny środek transportu sanitarnego, spełniający cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. W skład wyżej wymienionych zespołów wchodzi kierowca, w przypadku gdy żaden z członków zespołów ratownictwa medycznego nie spełnia warunków, o których mowa w art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 341 i 622). Kierownikiem zespołu ratownictwa medycznego, o którym mowa pkt 1, jest lekarz systemu, natomiast kierownikiem zespołu ratownictwa medycznego, o którym mowa w pkt 2, może być osoba wskazana przez dysponenta jednostki, będąca ratownikiem medycznym lub pielęgniarką systemu, która posiada doświadczenie w udzielaniu świadczeń zdrowotnych w zespole ratownictwa medycznego, lotniczym zespole ratownictwa medycznego lub szpitalnym oddziale ratunkowym, w wymiarze co najmniej 5000 godzin w okresie ostatnich 5 lat. Jednocześnie w orzecznictwie sądowo-administracyjnym zauważa się, że użycie przez ustawo-

dawcę w przepisach art. 36 ust. 1 u.p.r.m. sformułowania „co najmniej” oznacza, że dany zespół ratownictwa może składać się z większej liczby osób niż dwie (w przypadku zespołu podstawowego) lub niż trzy (w przypadku zespołu specjalistycznego)⁵. Co prawda w piśmiennictwie podnosi się, iż stosunki panujące w zespołach ratownictwa medycznego co do zasady oparte są na zasadzie hierarchiczności i podległości w układach: lekarz – ratownik medyczny oraz kierujący (inny ratownik medyczny lub pielęgniarka systemu) – ratownik medyczny. Oznacza to, że równorzędność domniemywać można jedynie w relacjach, w których brak jest „kierującego”, tj. ratownik medyczny – inny ratownik medyczny oraz ratownik medyczny – pielęgniarka systemu. Zakres kompetencji osoby określanej jako „kierujący” polega przy tym na zleceniu wykonania konkretnej czynności⁶. Niemniej nie może to mieć żadnego wpływu na ochronę prawną wymienionych członków zespołu ratownictwa medycznego, albowiem wszyscy oni – niezależnie od pełnionej funkcji i zakresu uprawnień czy obowiązków – objęci są tymi gwarancjami.

Poruszając kwestię zakresu prawnej ochrony osób wykonujących zawody medyczne świadczących pracę w ramach zespołu ratownictwa medycznego nie można pominąć regulacji art. 15a ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 295), dalej jako „u.d.l.” Zgodnie z tym przepisem osoba wykonująca zawód medyczny, udzielająca świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym korzysta z ochrony prawnej przewidzianej w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1950 i 2128) dla funkcjonariuszy publicznych. Przepis powyższy został wprowadzony do porządku prawnego na mocy art. 31 ustawy z dnia 27 października 2017 r. o podstawowej opiece zdrowotnej (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 172). W piśmiennictwie zauważa się, że przepisami, które muszą być zastosowane w przypadku wskazanym w art. 15a u.d.l., są art. 222 k.k., art. 223 k.k. oraz art. 226 k.k. Chodzi tu o przypadki naruszenia nietykalności cielesnej, czynnej napaści i znieważenia osoby wykonującej zawód medyczny, udzielającej świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym podczas lub w związku z pełnieniem przez tę osobę obowiązków służbowych, a także wtedy, gdy bezprawny zamach na nią został podjęty z powodu wykonywanego przez nią zawodu lub zaj-

⁵ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 października 2014 r., sygn. II GSK 1349/13, LEX nr 1591997.

⁶ Zob. J. H a n c, Wzajemne relacje w zespołach ratownictwa medycznego i ich znaczenie dla odpowiedzialności karnej ratownika medycznego – wybrane uwagi, *Prawo i Medycyna* 2015, nr 1, s. 134–150.

mowanego stanowiska. Do ochrony prawnej wskazanej w komentowanym przepisie predestynowane są te osoby, które udzielają aktywnie świadczeń zdrowotnych poza miejscem, w którym zlokalizowany jest zakład leczniczy, a nie tylko np. pełnią dyżur w ambulansie medycznym⁷.

Należy podkreślić, że poza wyżej wymienionym przepisem art. 15a u.d.l. prawnokarną ochronę pracowników medycznych ustanawiają również przepisy ustaw regulujących zasady ich wykonywania. Jak bowiem wcześniej zauważono w skład zespołu ratownictwa medycznego wchodzi przede wszystkim lekarze, ratownicy medyczni oraz pielęgniarki.

Przepis art. 44 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 537 ze zm.), dalej jako „u.z.l.”, stanowi, iż lekarzowi, który: 1) wykonuje czynności w ramach świadczeń pomocy doraźnej lub w przypadku, o którym mowa w art. 30 u.z.l., 2) wykonuje zawód w podmiocie wykonującym działalność leczniczą, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w tym podmiocie – przysługuje ochrona prawna należąca funkcjonariuszowi publicznemu. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 576), dalej jako „u.z.p.p.”, pielęgniarka podczas i w związku z wykonywaniem czynności polegających na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1–5 u.z.p.p. (rozpoznawanie warunków i potrzeb zdrowotnych pacjenta, rozpoznawanie problemów pielęgnacyjnych pacjenta, planowanie i sprawowanie opieki pielęgnacyjnej nad pacjentem, samodzielne udzielanie w określonym zakresie świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych oraz medycznych czynności ratunkowych, realizacja zleceń lekarskich w procesie diagnostyki, leczenia i rehabilitacji)⁸, korzystają z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny.

W art. 5 ust. 1 u.p.r.m. przewidziano z kolei, że osoba udzielająca pierwszej pomocy albo kwalifikowanej pierwszej pomocy, osoba wchodząca w skład zespołu ratownictwa medycznego, osoba udzielająca

⁷ Zob. M. Dercz, Komentarz do art. 15a u.d.l., (w:) M. Dercz, T. Rek, Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz, Warszawa 2019, LEX 2020.

⁸ Por. w zakresie wykonywania zawodu pielęgniarki np. M. Sadowska, Zaniedbania podczas badania podmiotowego jako przestępstwo odpowiedzialności za błąd diagnostyczny, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018, tom XXIII, nr 2, s. 271–290; K. Bączyk-Rozwadowska, Samodzielność zawodowa pielęgniarki, położnej i ratownika medycznego, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018, tom XXII, nr 1, s. 25–48.

świadczeń zdrowotnych w szpitalnym oddziale ratunkowym, dyspozytor medyczny podczas wykonywania swoich zadań oraz wojewódzki koordynator ratownictwa medycznego wykonujący zadania, o których mowa w art. 29 ust. 5 u.p.r.m., korzystają z ochrony przewidzianej w Kodeksie karnym dla funkcjonariuszy publicznych. Istotne w tym względzie są unormowania rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie medycznych czynności ratunkowych i świadczeń zdrowotnych innych niż medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane przez ratownika medycznego (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2478), podzielone na: 1) medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane samodzielnie przez ratownika medycznego⁹, 2) medyczne czynno-

⁹ W tym miejscu warto doodkreślić medyczne czynności ratunkowe, do których uprawnieni są ratownicy medyczni. Do tych zalicza się: 1) ocena stanu pacjenta; 2) układanie pacjenta w pozycji właściwej dla stanu pacjenta lub odniesionych obrażeń; 3) podjęcie i prowadzenie podstawowej i zaawansowanej resuscytacji krążeniowo-oddechowej zgodnie z aktualną wiedzą medyczną; 4) bezprzyrządowe przywracanie drożności dróg oddechowych; 5) przyrządowe przywracanie i zabezpieczanie drożności dróg oddechowych z zastosowaniem w szczególności rurki ustno-gardłowej, rurki nosowo-gardłowej, przyrządów nadgłośniowych oraz konikopunkcji; 6) odsysanie dróg oddechowych; 7) podjęcie tlenoterapii czynnej lub wspomagania oddechu lub sztucznej wentylacji płuc metodami bezprzyrządowymi i przyrządowymi, z użyciem tlenu lub powietrza, w tym z użyciem respiratora; 8) wykonanie intubacji dotchawiczej i prowadzenie wentylacji nieinwazyjnej w nagłym zatrzymaniu krążenia; 9) wykonanie defibrylacji manualnej na podstawie EKG lub zapisu kardiomonitora; 10) wykonanie defibrylacji zautomatyzowanej; 11) wykonanie przezskórnej elektrostymulacji serca w bradyarytmiiach w przypadku pacjentów niestabilnych hemodynamicznie; 12) wykonanie kardiowersji w tachyarytmiiach w przypadku pacjentów niestabilnych hemodynamicznie; 13) wykonanie i ocena zapisu EKG; 14) monitorowanie czynności układu oddechowego; 15) monitorowanie czynności układu krążenia metodami nieinwazyjnymi; 16) wykonanie kaniulacji żył obwodowych oraz żyły szyjnej zewnętrznej; 17) wykonanie dojścia doszypikowego przy użyciu gotowego zestawu; 18) podawanie leków drogą dożylną, domięśniową, podskórną, doustną, podjęzykową, wziewną, dotchawiczą, doodbytniczą oraz doszypikową; 19) odbarczenie odmy prężnej drogą nakłucia jamy opłucnowej; 20) oznaczanie parametrów krytycznych z użyciem dostępnego sprzętu; 21) opatrywanie ran; 22) tamowanie krwawień zewnętrznych; 23) unieruchamianie złamań, zwichnięć i skręceń; 24) unieruchamianie kręgosłupa ze szczególnym uwzględnieniem odcinka szyjnego; 25) przyjęcie porodu; 26) wykonanie segregacji medycznej pierwotnej i wtórnej; 27) przygotowanie pacjenta do transportu i opieka medyczna podczas transportu; 28) wykonanie pomiaru temperatury głębokiej; 29) podawanie leków: acidum acetylsalicylicum (tabletki), adenosinum (roztwór do wstrzykiwań), amiodaroni hydrochloridum (roztwór do wstrzykiwań), atropini sulfas (roztwór do wstrzykiwań), isosorbidi mononitras (tabletki), budesonidum (zawiesina do nebulizacji), captoprilum (tabletki), clemastinum (roztwór do wstrzykiwań), clonazepamum (roztwór do wstrzykiwań), clopidogrelum (po teletransmisji EKG i konsultacji z lekarzem oceniającym zapis EKG – tabletki), dexamethasoni phosphas (roztwór do wstrzykiwań), diazepamum (tabletki, roztwór do wstrzykiwań, wlewka doodbytnicza), drotaverini hydrochloridum (roztwór do wstrzykiwań), epinephrinum (roztwór do wstrzykiwań), fentanylum (roztwór do

ści ratunkowe, które mogą być udzielane przez ratownika medycznego na zlecenie lekarza¹⁰, 3) świadczenia zdrowotne inne niż medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane samodzielnie przez ratownika medycznego¹¹, jak również 4) świadczenia inne niż medyczne

wstrzykiwań), flumazenilum (roztwór do wstrzykiwań), furosemidum (roztwór do wstrzykiwań), glyceroli trinitras (tabletki, aerozol do stosowania podjęzykowego), glucagoni hydrochloridum (roztwór do wstrzykiwań), glucosum 5% (roztwór do wlewu dożylnego), glucosum 20% (roztwór do wstrzykiwań), heparinum natricum (roztwór do wstrzykiwań), hydrocortisonum (roztwór do wstrzykiwań), hydroxyzinum (tabletki, roztwór do wstrzykiwań), ibuprofenum (tabletki), ketoprofenum (tabletki, roztwór do wstrzykiwań), lidocaini hydrochloridum (roztwór do wstrzykiwań, żel), magnesii sulfas (roztwór do wstrzykiwań), manitolum – 15% (roztwór do wlewu dożylnego), metamizolum natricum (roztwór do wstrzykiwań), metoclopramidum (roztwór do wstrzykiwań), metoprololi tartas (roztwór do wstrzykiwań), midazolamum (roztwór do wstrzykiwań), morphini sulfas (roztwór do wstrzykiwań), naloxoni hydrochloridum (roztwór do wstrzykiwań), natrii chloridum 0,9% (roztwór do wlewu dożylnego), natrii hydrogenocarbonas 8,4% (roztwór do wstrzykiwań), papaverini hydrochloridum (roztwór do wstrzykiwań), paracetamolum (czopki, tabletki, roztwór do wstrzykiwań), płyn fizjologiczny wieloelektrolitowy izotoniczny (roztwór do wlewu dożylnego), płyny koloidowe niewymagające pobierania przed iniekcją krwi na grupę oraz próby krzyżowej (skrobia hydroksyetylowana, żelatyna modyfikowana – roztwór do wlewu dożylnego), salbutamolum (roztwór do wstrzykiwań, roztwór do nebulizacji), solutio Ringeri/zbilansowany (roztwór elektrolitowy roztwór do wlewu dożylnego), thiethylperazinum (czopki, roztwór do wstrzykiwań), ticagrelor (po teletransmisji EKG i konsultacji z lekarzem oceniającym zapis EKG – tabletki), tlen medyczny (gaz), urapidilum, a także podawanie koncentratów czynników krzepnięcia oraz desmopresyny w stacjach nagłego zagrożenia zdrowotnego, z zasobów własnych chorego.

¹⁰ Tu wymienić należy: 1) medyczne czynności ratunkowe wymienione, 2) wykonanie intubacji dotchawiczej z użyciem środków zwiotczających, 3) cewnikowanie pęcherza moczowego, 4) zakładanie sondy żołądkowej i płukanie żołądka, po zabezpieczeniu drożności dróg oddechowych, 5) asystowanie przy innych medycznych czynnościach ratunkowych niewymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia, 6) podawanie leków.

¹¹ W tym miejscu należy zwrócić uwagę na: 1) ocenę stanu pacjenta, 2) układanie pacjenta w pozycji właściwej dla stanu pacjenta lub odniesionych obrażeń, 3) podjęcie i prowadzenie podstawowej i zaawansowanej resuscytacji krążeniowo-oddechowej zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, 4) bezprzyrządowe przywracanie drożności dróg oddechowych, 5) przyrządowe przywracanie i zabezpieczanie drożności dróg oddechowych z zastosowaniem w szczególności: rurki ustno-gardłowej, rurki nosowo-gardłowej, przyrządów nadgłośniowych, a także konikopunkcji; 6) odsysanie dróg oddechowych; 7) podjęcie tlenoterapii czynnej lub wspomaganie oddechu lub sztucznej wentylacji płuc metodami bezprzyrządowymi i przyrządowymi, z użyciem tlenu lub powietrza, w tym z użyciem respiratora; 8) wykonanie intubacji dotchawiczej i prowadzenie wentylacji nieinwazyjnej w nagłym zatrzymaniu krążenia; 9) wykonanie defibrylacji zautomatyzowanej, 10) wykonanie defibrylacji manualnej na podstawie EKG lub zapisu kardiomonitora, 11) monitorowanie czynności układu oddechowego; 12) monitorowanie czynności układu krążenia metodami nieinwazyjnymi, 13) wykonanie i ocena zapisu EKG; 14) wykonanie kaniulacji żył obwodowych oraz żyły szyjnej zewnętrznej, 15) wykonanie dojsścia doszypikowego przy użyciu gotowego zestawu, 16) podawanie leków drogą dożylną.

czynności ratunkowe, które mogą być udzielane przez ratownika medycznego na zlecenie lekarza, do których zalicza się np. asystowanie przy drobnych zabiegach chirurgicznych.

Jak wynika z powyższych unormowań ochrona prawna właściwa funkcjonariuszom publicznym przysługuje personelowi medycznemu jedynie w ściśle określonych okolicznościach. W praktyce, na kanwie stosowania przepisu art. 226 § 1 k.k., powstała wątpliwość, czy lekarz, który pełni dyżur w szpitalnym oddziale ratunkowym, jako członek załogi karetki pogotowia ratunkowego, oczekując na wezwanie do wyjazdu, jest lekarzem wykonującym czynności w ramach świadczeń pomocy doraźnej lub w sytuacji, gdy zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia lub w innym przypadku niecierpiącym zwłoki – w rozumieniu art. 44 u.z.l. – a jeżeli tak, to czy sprawca znieważający lekarza znajdującego się w takiej sytuacji dopuszcza się czynu zabronionego z art. 226 § 1 k.k. Kwestia ta została sformułowana jako zagadnienie prawne i skierowana do Sądu Najwyższego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. Sąd Najwyższy odmawiając podjęcia uchwały, w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016 r. (sygn. I KZP 24/15) wyraził jednak pogląd, zgodnie z którym ochrona prawna należna funkcjonariuszowi publicznemu przyznana lekarzowi w art. 44 u.z.l. oraz w art. 5 u.p.r.m. nie obejmuje sytuacji innych, niż udzielanie pomocy doraźnej (a więc udzielanie pierwszej pomocy i podejmowanie medycznych czynności ratunkowych) lub pomocy lekarskiej wtedy, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała albo ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych wypadkach niecierpiących zwłoki. Za wykonywanie czynności w tym zakresie uznać trzeba także działanie zmierzające bezpośrednio do ich udzielenia od chwili odebrania zindywidualizowanego wezwania do ich udzielenia albo od chwili podjęcia przez lekarza stosownych działań z własnej inicjatywy. Ta ochrona prawna nie obejmuje okresu pełnienia przez lekarza dyżuru w szpitalnym oddziale ratunkowym, jeśli polega on

ną, domięśniową, podskórną, doustną, podjęzykową, wziewną, dotchawiczą, doodbytniczą i wziewną oraz doszpikową, 17) odbarczenie odmy prężnej drogą nakłucia jamy opłucnowej, 18) pobieranie krwi żyłnej i włosniczkowej do badań diagnostycznych, 19) opatrywanie ran, 20) tamowanie krwawień zewnętrznych, 21) unieruchamianie złamań, zwichnięć i skręceń, 22) unieruchamianie kręgosłupa ze szczególnym uwzględnieniem odcinka szyjnego, 23) przyjęcie porodu, 24) wykonanie segregacji medycznej pierwotnej i wtórnej, 25) cewnikowanie pęcherza moczowego, 26) wykonanie pomiaru temperatury głębokiej, 27) oznaczanie parametrów krytycznych z użyciem dostępnego sprzętu, 28) przygotowanie pacjenta do transportu i opieka medyczna podczas transportu, 29) podawanie leków wymienionych w tabeli w załączniku nr 1 do rozporządzenia.

tylko na oczekiwaniu na wezwanie do wyjazdu załogi karetki pogotowia ratunkowego. Sąd Najwyższy stanowisko swoje argumentował tym, że granice ochrony lekarza wyznacza nadto treść art. 226 § 1 k.k., który to przepis stanowi, że do stypizowanego w nim czynu zabronionego dochodzi jedynie „podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”. Rozumienie tego wyrażenia nie musi oznaczać absolutnej korelacji czasowej znieważenia lekarza oraz wykonywania przez lekarza czynności pomocy doraźnej lub czynności, o których stanowi art. 30 u.z.l., ale obejmować może również sytuacje, w których czynności te już się zaktualizowały lub w najbliższym czasie zaktualizują. Odwołując się do *ratio legis* objęcia lekarza ochroną prawną należną funkcjonariuszowi publicznemu – zdaniem Sądu Najwyższego – brak jest podstaw do dalszego rozszerzania granic tej ochrony, nawet przy uwzględnieniu wyjątkowej wagi czynności lekarza ratownictwa medycznego. Podkreślano, że w treści art. 226 § 1 k.k. ustawodawca objął szczególną ochroną funkcjonariusza publicznego jedynie podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, a co więcej, ochronę tę rozciągnął także na osobę przybraną do pomocy, ale również tylko w trakcie pomocy w pełnieniu obowiązków.

Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego znalazło aprobatę wśród niektórych przedstawicieli doktryny prawa karnego. Tak chociażby A. Górski stwierdzał m.in., że w wypadku lekarza, co prawda, system prawa nie przewiduje klasycznej odpowiedzialności urzędniczej za nadużycie władzy, lecz faktem jest podobna do funkcjonariusza publicznego odpowiedzialność lekarza, jako „osoby pełniącej funkcję publiczną”. Jego szczególny, wynikający z ustaw, status społeczny i zwłaszcza szczególne narażenie dóbr prawnych podczas wykonywania zawodu, nie mogą być kwestionowane. Zdaniem wymienionego nie wydaje się, by argument „równych praw – równych obowiązków” zdecydowanie sprzeciwiał się takiemu rozwiązaniu legislacyjnemu, polegającemu na rozciągnięciu na lekarza ochrony przysługującej funkcjonariuszowi publicznemu¹². M. Kaszubowicz wskazuje natomiast, że przyjęcie, iż ochrona prawnokarna lekarza rozpoczyna się w momencie podjęcia przez niego pierwszych czynności zmierzających bezpośrednio do realizacji zaktualizowanego zgodnie z art. 30 u.z.l. obowiązku, pozwala na precyzyjne określenie granic ochrony należnej lekarzowi w oparciu o jasne kryteria¹³. Zauważyć należy, że mimo iż powyższe tezy i wnioski sformuło-

¹² Zob. A. Górski, Glosa do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. I KZP 24/15, *Studia Iuridica Lublinensia* 2017, vol. XXVI (2), s. 183.

¹³ Zob. M. Kaszubowicz, Ochrona lekarza jako funkcjonariusza publicznego – problematyka zakresu ochrony karnoprawnej na kanwie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie I KZP 24/15, *Prawo i Medycyna* 2017, nr 1, s. 87–99.

wano w odniesieniu do lekarzy, to znajdują one swoje zastosowanie również względem ratowników medycznych i pielęgniarek wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego. Należy przy tym mieć na względzie dyspozycję art. 231a k.k., zgodnie z którym z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych funkcjonariusz publiczny korzysta również wtedy, jeżeli bezprawny zamach na jego osobę został podjęty z powodu wykonywanego przez niego zawodu lub zajmowanego stanowiska. Celem wprowadzenia tego przepisu do porządku prawnego było rozszerzenie ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariusza publicznego o sytuacje, gdy bezprawny zamach na jego osobę został podjęty z powodu wykonywanego przez niego zawodu lub zajmowanego stanowiska, ale niekoniecznie podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych¹⁴. Umożliwia to rozciągnięcie ochrony prawnokarnej np. na członków personelu medycznego udzielających świadczeń zdrowotnych w szpitalnym oddziale ratunkowym czy w izbie przyjęć szpitala. Tym samym istotne znaczenie dla kwalifikacji prawnej czynu sprawcy będzie mieć dokładne, rzetelne ustalenie okoliczności danego przypadku i motywów popełnienia występk¹⁵.

III. Prawnokarne gwarancje bezpieczeństwa świadczenia pomocy medycznej przez członków zespołów ratownictwa medycznego

Zgodnie z wytycznymi Prokuratora Generalnego, w zależności od charakteru zdarzenia, postępowanie powinno być wszczynane i prowa-

¹⁴ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2017 r., sygn. V KK 300/17, LEX nr 2428825.

¹⁵ Warto podkreślić, że wytyczne Prokuratora Generalnego nr 9/2018 (PK II P 431. 72.2018) w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa popełniane na szkodę osób wchodzących w skład zespołów ratownictwa medycznego oraz osób udzielających świadczeń zdrowotnych w szpitalnych oddziałach ratunkowych, mają zastosowanie nie tylko wobec członków zespołów ratownictwa medycznego, ale także wobec osób udzielających pierwszej pomocy albo kwalifikowanej pierwszej pomocy wskazanych w ustawie o Państwowym Ratownictwie Medycznym. Są to zarówno osoby, które znajdują się na miejscu zdarzenia i podejmują czynności w celu ratowania osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego, jak i ratowników pełniących służbę lub będących członkami jednostek współpracujących z Państwowym Ratownictwem Medycznym. Podmioty te wskazane są w art. 15 ust. 1 u.p.r.m., np. Państwowa Straż Pożarna, Policja, Straż Graniczna, Morska Służba Poszukiwania i Ratownictwa itd. Ochroną tą objęte zostały także osoby udzielające świadczeń zdrowotnych w szpitalnych oddziałach ratunkowych, również będących zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy jednostkami systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego.

dzone w kierunku występów opisanych w rozdziale XXXIX Kodeksu karnego, takich jak art. 222 k.k., art. 223 § 1 i 2 k.k., art. 224 § 2 i 3 k.k. i art. 226 § 1 k.k. Słusznie jednak wskazuje się na możliwość kumulacji z innymi przepisami, jeżeli zachowanie sprawcy wyczerpało znamiona określonych w nich przestępstw.

Stosownie do art. 222 § 1 k.k. kto narusza nietykalność cielesną funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3. W § 2 przepisu wskazano ponadto, że jeżeli wyżej wymieniony czyn wywołało niewłaściwe zachowanie się funkcjonariusza lub osoby do pomocy mu przybranej, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. W orzecznictwie podkreśla się, że zwrot normatywny „narusza nietykalność cielesną” obejmuje, w istocie, wszelkie możliwe sposoby ingerencji sprawcy w nietykalność cielesną drugiej osoby, w tym również popchnięcie¹⁶. Użyty w art. 222 § 1 k.k. zwrot „w związku z pełnieniem czynności służbowych” należy natomiast rozumieć jako powiązanie zachowania sprawcy z konkretną czynnością podejmowaną lub wcześniej wykonaną przez funkcjonariusza w ramach przysługujących mu kompetencji; jeśli postąpienie funkcjonariusza ma charakter bezprawny, często pozorujący legalną czynność służbową, a więc stanowi w znaczeniu negatywnym coś więcej niż „niewłaściwe zachowanie”, o którym mowa w § 2 art. 222 k.k., to wykluczone jest postrzeganie naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza w perspektywie art. 222 k.k.¹⁷ Występek określony w art. 222 § 1 k.k. jest przestępstwem formalnym, albowiem dokonanie przestępstwa nie zależy przeto od zaistnienia skutku w postaci doznania przez funkcjonariusza publicznego jakiegokolwiek uszczerbku, jako skutku fizycznych oddziaływań sprawcy na jego ciało¹⁸.

Zgodnie z art. 223 § 1 i 2 k.k. kto, działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą lub używając broni palnej, noża lub innego podobnie niebezpiecznego przedmiotu albo środka obezwładniającego, dopuszcza się czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego lub osobę do pomocy mu przybraną podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służ-

¹⁶ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. II K 145/10, LEX nr 843073.

¹⁷ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2019 r., sygn. III KK 33/18, LEX nr 2648643.

¹⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 stycznia 2002 r., sygn. II AKa 252/01, LEX nr 104416.

bowych, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Jeżeli jednak w wyniku czynnej napaści nastąpił skutek w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. W judykaturze sformułowano stanowisko, według którego zakres pojęcia czynnej napaści jest szerszy w pewnym aspekcie niż zakres pojęcia naruszenia nietykalności cielesnej. Czynna napaść obejmuje wszelkie działania podjęte w celu wyrządzenia krzywdy fizycznej, choćby cel ten nie został osiągnięty. Samo dopuszczenie się czynnej napaści, chociażby jeszcze w stadium usiłowania naruszenia nietykalności, wypełnia już znamiona dokonanego przestępstwa napaści, gdyż chodzi o gwałtowny charakter zdarzenia, a nie konkretny jego rezultat¹⁹. Przypisanie sprawcy odpowiedzialności za przestępstwo czynnej napaści wymaga zawsze pozytywnego ustalenia: 1) czy atak sprawcy na funkcjonariusza miał miejsce podczas pełnienia obowiązków służbowych (czyli w ich trakcie), 2) czy też doszło do niego w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza obowiązków służbowych. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku sprawcy należy udowodnić, iż obejmował swoim zamiarem, iż dopuszcza się napadu na osobę, która jest funkcjonariuszem publicznym, a także udowodnić, iż swoim zamiarem obejmował, że funkcjonariusz jest w trakcie wykonywania obowiązków służbowych, lub że doszło do niego w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza obowiązków służbowych²⁰. Cel działania, jakim jest wyrządzenie krzywdy funkcjonariuszowi publicznemu powoduje, że popełnienie przestępstwa z art. 223 k.k. jest możliwe, co do zasady, jedynie umyślnie w zamiarze bezpośrednim²¹.

W myśl art. 224 § 2 i 3 k.k. karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia funkcjonariusza publicznego albo osoby do pomocy mu przybranej do przedsięwzięcia lub zaniechania prawnej czynności służbowej, jeżeli jednak następstwem wyżej wymienionego czynu jest skutek określony w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k., sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Przepis art. 224 § 2 k.k., inaczej niż przepis art. 190 § 1 k.k., jako znamienia przestępstwa nie traktuje zaistnienia

¹⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. IV KK 279/14, LEX nr 1648190; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 5 czerwca 2003 r., sygn. II AKa 121/03, LEX nr 108002; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 lutego 2003 r., sygn. II AKa 15/03, LEX nr 80915.

²⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. V KK 1/03, LEX nr 141319.

²¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. II AKa 516/02, LEX nr 145397.

u adresata groźby obawy jej spełnienia²². Przemoc, o której mowa w przepisie art. 224 § 2 k.k. może być skierowana nie tylko przeciwko osobie reprezentującej dany organ, lecz może mieć także charakter pośredni, tzn. może być nakierowana na osobę funkcjonariusza, bądź na inną osobę. Może być ukierunkowana także na przedmiot, ponieważ przepis nie wymaga, by była to przemoc wobec osoby²³. Przykładem prawnej czynności służbowej funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 224 § 2 k.k. jest pobranie krwi dla ustalenia trzeźwości osoby, która zgłasza o kolizji drogowej i przedstawia wersję zdarzenia, wedle której jest ofiarą, gdy wstępne ustalenia pozwalają przypuszczać, że osoba ta mogła być sprawcą owej kolizji jako wykroczenia, choćby w toku dalszego postępowania ustalono, iż osoba ta wykroczenia nie popełniła²⁴.

Zgodnie z art. 226 § 1 i 2 k.k. kto znieważa funkcjonariusza publicznego lub osobę do pomocy mu przybraną, podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Przepis art. 222 § 2 k.k. stosuje się odpowiednio. Zawarte w przepisie art. 226 § 1 k.k. sformułowanie „podczas i w związku” wymaga jednoczesnego wystąpienia obu znamion w zachowaniu oskarżonego²⁵. Co więcej, powyższe oznacza zbieżność czasową i miejscową zachowania sprawcy i wykonywania obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego. Związek czynu sprawcy z pełnionymi przez pokrzywdzonego obowiązkami, stanowi element motywacji sprawcy i przynależy do strony podmiotowej typu czynu zabronionego. Dlatego też niewskazanie tego znamienia w opisie czynu przypisanego oskarżonemu wskazywać może na prywatnoskargowy charakter tego czynu²⁶. Przedmiotem ochrony w art. 226 § 1 k.k. jest autorytet osób realizujących, pełnieniem swych obowiązków, działalność instytucji państwowych, a także ich godność. Jest to przestępstwo bezskutkowe, tj. nie wymaga nawet doznania przez adresata poczucia poniżenia. Chroniona godność pojmowana jest w sposób zobiektywizowany,

²² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2011 r., sygn. V KK 128/11, LEX nr 897778; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 marca 2014 r., sygn. II AKa 23/14, LEX nr 1444871.

²³ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z dnia 6 września 2013 r., sygn. II Ka 379/13, LEX nr 1717947.

²⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 15 maja 2003 r., sygn. II Ka 171/03, LEX nr 1713554.

²⁵ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 6 grudnia 2017 r., sygn. II AKa 172/17, LEX nr 2437809.

²⁶ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. II Ka 536/13, LEX nr 1718007.

określony przez powszechnie przyjęte normy kulturalno-obyczajowe. Zupełnym nieporozumieniem jest włączanie do znamion tego przestępstwa poczucia zagrożenia, jakiego miałyby doznać funkcjonariusz publiczny w związku z wypowiedziami sprawcy²⁷. Co więcej, za znieważenie funkcjonariusza na służbie kara należy się niezależnie od tego, czy do przestępstwa doszło publicznie, czy bez świadków²⁸.

W orzecznictwie zauważa się, że przestępstwo zniewagi musi być interpretowane jednolicie, zarówno na gruncie przepisów art. 226 § 1 k.k. oraz art. 135 § 2 k.k., jak i art. 216 k.k.²⁹ W tej sytuacji aktualność zachowują niektóre poglądy sformułowane w judykaturze na kanwie wymienionych przepisów. Zniewagę stanowią zatem wypowiedzi godzące w godność danej osoby, obelżywe lub ośmieszające, niedające się racjonalizować. Ze względu na to, że zniewaga godzi w poczucie własnej wartości danej osoby, znieważenie – inaczej niż zniesławienie – może nastąpić także wtedy, gdy odbiorcą wypowiedzi o treści naruszającej cześć jest wyłącznie ta osoba³⁰. „Mowa nienawiści” nie może zastępować rzeczowej krytyki, a wolność wyrażania swoich poglądów nie oznacza wolności znieważania³¹. Ocena charakteru wypowiedzi, jako wypełniającej znamiona przestępstwa zniewagi, może być dokonana wyłącznie w drodze dokładnej analizy treści tej wypowiedzi. Nie tylko dosłowna treść wypowiedzi wpływa na jej ocenę karnoprawną, ale w równym stopniu znaczenie mają okoliczności i miejsce jej sformułowania, jak również wcześniejsze zachowanie pokrzywdzonego tą wypowiedzią oraz treść i sposób wyrażenia przez niego określonych opinii. Nie jest przy tym możliwe ustalenie z góry, jaki konkretnie rodzaj wypowiedzi może zostać zakwalifikowany jako wypowiedź znieważająca. Oceny takiej musi dokonać każdorazowo sąd orzekający w sprawie, przy uwzględnieniu specyficznych i wyjątkowych okoliczności faktycznych występujących w realiach takiej sprawy. W konsekwencji tak dokonanej oceny, sąd musi stwierdzić, czy znamiona przestępstwa zniewagi zostały wypełnione – zarówno w sposób formalny, jak i materialny – należycie motywując swoją decyzję, z odwołaniem się do sposobu wy-

²⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 218/12, LEX nr 1254312.

²⁸ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. I KZP 8/12, OSNKW 2012, nr 7, poz. 71.

²⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. II AKa 273/12, LEX nr 1294813.

³⁰ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 lutego 2018 r., sygn. VI ACa 1576/16, LEX nr 2578915.

³¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. II AKa 218/18, LEX nr 2731196.

kładni ustawowych znamion powyższych przestępstw, z uwzględnieniem elementów społecznej szkodliwości czynu³². Co ważne, na kanwie spraw cywilistycznych w orzecznictwie sformułowano tezę, zgodnie z którą wyróżnia się dwa przejawy dobra osobistego, jakim jest cześć człowieka: cześć zewnętrzną (dobre imię) oraz cześć wewnętrzną (godność osobista). Cześć zewnętrzna to, mówiąc krótko, opinia, którą o danej osobie mają inni, a cześć wewnętrzna, to poczucie osoby o swojej wartości; oczekiwanie przez nią szacunku od innych. Odpowiednio do tego rozróżnienia różnicuje się naruszenia czci. Wyodrębnia się zniesławienie: naruszenie czci zewnętrznej, dobrego imienia; oraz znieważenie: naruszenie czci wewnętrznej, godności osobistej. W prawie karnym zróżnicowanie to znajduje odzwierciedlenie w statuowaniu przestępstwa zniesławienia (art. 212 k.k.) i przestępstwa znieważenia (art. 216 k.c.). Do zniesławienia dochodzi w razie przypisania innej osobie takiego postępowania lub takich właściwości, które mogą ją poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego do zajmowania określonego stanowiska lub do wykonywania określonego zawodu bądź prowadzenia określonej działalności. Ze względu na to, że zniesławienie godzi w opinię innych o danej osobie, podrywa ich zaufanie do niej, poniża ją w ich oczach, nie dojdzie do zniesławienia przez wypowiedź, której odbiorcą jest jedynie ta osoba. Aby nastąpiło zniesławienie, wypowiedź zawierająca treści naruszające cześć musi dotrzeć jeszcze do bodaj jednej innej osoby. Zniewagę natomiast stanowią wypowiedzi godzące w godność danej osoby, obelżywe lub ośmieszające, niedające się zracjonalizować. Ze względu na to, że zniewaga godzi w poczucie własnej wartości danej osoby, znieważenie – inaczej niż zniesławienie – może nastąpić także wtedy, gdy odbiorcą wypowiedzi o treści naruszającej cześć jest wyłącznie ta osoba³³. O tym, czy zachowanie miało charakter znieważający, decydują dominujące w społeczeństwie oceny i normy obyczajowe, a nie subiektywne przekonanie osoby rzekomo znieważonej³⁴. Innymi słowy dla oceny, czy określone zachowanie stanowi zniewagę, istotne znaczenie ma obiektywna ocena tego zachowania, rozważenie jego społecznego odbioru przez pryzmat generalnie akceptowanych norm obyczajowych. Uznać zatem trzeba, że znie-

³² Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2017 r., sygn. V KK 278/17, LEX nr 2395411.

³³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2017 r., sygn. VI ACa 636/16, LEX nr 2516046.

³⁴ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. SNO 26/12, LEX nr 1231618.

wagę mogą stanowić jedynie takie zachowania, które są powszechnie uznane za obelżywe³⁵.

Niezwykle trafnym spostrzeżeniem ujętym w wytycznych Prokuratora Generalnego jest obowiązek każdorazowej oceny, czy zachowanie sprawcy można zakwalifikować jako występki o charakterze chuligańskim. Stąd też oprócz stwierdzenia, że doszło do umyślnego zamachu na zdrowie, wolność, cześć lub nietykalność cielesną osób wchodzących w skład zespołu ratownictwa medycznego konieczne jest ustalenie, czy sprawca działał „publicznie i bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu”.

Zgodnie z art. 115 § 21 k.k. występkiem o charakterze chuligańskim jest występki polegający na umyślnym zamachu na zdrowie, na wolność, na cześć lub nietykalność cielesną, na bezpieczeństwo powszechne, na działalność instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, na porządek publiczny, albo na umyślnym niszczeniu, uszkodzeniu lub czynieniu niezdatną do użytku cudzej rzeczy, jeżeli sprawca działa publicznie i bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego. Okoliczności popełnienia występku o charakterze chuligańskim, jak też motywacja sprawcy (działanie publicznie i bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu, okazanie rażącego lekceważenia porządku prawnego), powinny rzutować na ocenę społecznej szkodliwości czynu, a tym samym na wysokość wymierzonej sprawcy kary³⁶. Znamię działania bez powodu albo z oczywiście błędnego powodu należy rozumieć w taki sposób, że nie istnieje racjonalny motyw działania lub działaniu sprawcy brak wszelkiej racji³⁷. Innymi słowy przesłanka „działania bez powodu” lub z „oczywiście błędnego powodu” odnosi się do motywacji (pobudek) podjętego działania. Ma ona charakter subiektywny, ale oceniana powinna być na podstawie przyjmowanych w społeczeństwie kryteriów, ocen i wartości³⁸. O powodzie oczywiście błędnym można mówić wówczas, gdy zachodzi oczywista nieadekwatność reakcji sprawcy do zewnętrznej przyczyny wywołującej działanie, gdy cel, w jakim sprawca

³⁵ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., sygn. II AKa 91/11, LEX nr 895936.

³⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. IV KK 302/18, OSNKW 2019, nr 9, poz. 56.

³⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2019 r., sygn. II AKa 159/19, LEX nr 2719432.

³⁸ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 2 października 2013 r., sygn. VII Ka 822/13, LEX nr 1715935.

działa, nie usprawiedliwia – w rozumieniu powszechnym – drastyczności środków podjętych przez sprawcę dla jego osiągnięcia³⁹.

W praktyce zachowanie sprawców najczęściej kwalifikowane jest jako przestępstwo z art. 226 § 1 k.k. Sprawcy stosujący agresję werbalną często pozostają pod wpływem alkoholu lub narkotyków. Znieważanie członków zespołów ratownictwa medycznego tłumaczone jest np. zdenerwowaniem z powodu złego stanu zdrowia, silnymi emocjami, złością, irytacją z powodu postawy personelu medycznego czy też rzekomą prowokacją pracowników medycznych. Do popełnienia przestępstw dochodzi często w sytuacji, w której członkowie zespołu ratownictwa medycznego współpracują z funkcjonariuszami Policji i innych służb (np. w trakcie interwencji w sprawach przemocy domowej, czy wypadków drogowych), niemniej zdarza się, że sprawcami są osoby wzywające karetkę pogotowia, które następnie swoimi działaniami utrudniają lub wręcz uniemożliwiają podjęcie czynności medycznych. W przypadku wyzywającej, konfrontacyjnej postawy sprawców, którzy znieważają personel medyczny mimo próśb o zachowanie spokoju, w szczególności, gdy mają oni świadomość znaczenia przedsięwziętych czynów, postępowanie takie należy postrzegać jako noszące charakter chuligańskiego.

IV. Podsumowanie

Zapewnienie bezpieczeństwa udzielania świadczeń zdrowotnych niewątpliwie stanowi jeden z fundamentów prawidłowego funkcjonowania systemu ratownictwa medycznego.

Przy ściganiu sprawców przestępstw popełnionych na szkodę członków zespołów ratownictwa medycznego trafne jest zwracanie uwagi na niebagatelną rolę prewencji ogólnej, polegającej z jednej strony na wzmacnianiu poczucia obowiązywania norm prawnych oraz hierarchii wartości społecznych, a z drugiej na zniechęcaniu do popełniania przestępstw, a więc oddziaływania na sferę woluntarywną potencjalnych sprawców czynów zabronionych. W interesie społeczeństwa jest to, aby sankcje karne orzekane wobec sprawców wyżej wspomnianych przestępstw odzwierciedlały wysoki stopień społecznej szkodliwości takich czynów oraz potrzebę kształtowania świadomości prawej społeczeństwa. Tym samym wnioski o wymiar kary nie powinny być składane przez oskarżycieli publicznych w granicach dolnego ustawowego zagrożenia

³⁹ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 8 marca 2013 r., sygn. VI Ka 45/13, LEX nr 2090986.

karą pozbawienia wolności. Co więcej, zaaprobować należy politykę karłą polegającą na wnioskowaniu o karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia w przypadkach pobić czy spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ratownika medycznego, a także spowodowania naruszenia czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający znacznie dłużej niż 7 dni oraz w sytuacji przyjęcia występku o charakterze chuligańskim. Kary oraz środki karne i kompensacyjne orzekane w tego typu sprawach powinny być adekwatne do szkodliwości społecznej i ciężaru przypisanego sprawcy przestępstwa.

Bibliografia

1. Abramowicz D., Agresja wobec lekarzy walczących z koronawirusem wynika z mieszaniiny strachu z ignorancją. Rozmowa z dr. Romanem Budzińskim z OIL w Gdańsku, Dziennik Bałtycki, 7 maja 2020 r. Źródło: <https://dziennikbaltycki.pl/agresja-wobec-lekarzy-walczacych-z-koronawirusem-wynika-z-mieszaniiny-strachu-z-ignorancja-rozmowa-z-dr-romanem-budzinskim-z-oil/ar/c1-14956078> (dostęp: 17 maja 2020 r.);
2. Agresja wobec lekarzy. Prof. Aleksander Sieroń: Dlaczego lekarz to zawód niezauwania społecznego?, Dziennik Zachodni, 8 maja 2020 r. Źródło: <https://dziennikzachodni.pl/agresja-wobec-lekarzy-prof-aleksander-sieron-dlaczego-lekarz-to-zawod-niezauwania-spoiecznego/ar/c1-14959190> (dostęp: 17 maja 2020 r.);
3. Bączyk-Rozwadowska K., Samodzielność zawodowa pielęgniarki, położnej i ratownika medycznego, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018, tom XXII, nr 1;
4. Dercz M., Rek T., Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz, Warszawa 2019;
5. Górski A., Glosa do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. I KZP 24/15, *Studia Iuridica Lublinensia* 2017, vol. XXVI (2);
6. Hanc J., Wzajemne relacje w zespołach ratownictwa medycznego i ich znaczenie dla odpowiedzialności karnej ratownika medycznego – wybrane uwagi, *Prawo i Medycyna* 2015, nr 1;
7. Kaszubowicz M., Ochrona lekarza jak funkcjonariusza publicznego – problematyka zakresu ochrony karnoprawnej na kanwie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie I KZP 24/15, *Prawo i Medycyna* 2017, nr 1;
8. Książ A., Bartosik K., Koniec oklasków, pora na hejt. Agresja wobec medyków coraz częstsza. Dostaje się też nauczycielom, *Polska Ti-*

- mes, 8 maja 2020 r., Źródło: <https://polskatimes.pl/koniec-oklaskow-pora-na-hejt-agresja-wobec-medykow-coraz-czestsza-dostaje-sie-tez-nauczycielom/ar/c1-14960022> (dostęp: 17 maja 2020 r.);
9. Sadowska M., Zaniedbania podczas badania podmiotowego jako przesłanka odpowiedzialności za błąd diagnostyczny, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018, tom XXIII, nr 2;
 10. Szczepańska A., Nowosielska P., Medycy żądają powołania specjalnej komisji do zwalczania agresji wobec personelu medycznego, *Gazeta Prawna*, 6 maja 2020 r. Źródło: <https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1474667,hejt-wobec-medykow-powolanie-specjalnej-komisji.html> (dostęp: 17 maja 2020 r.).

Criminal law protection of members of the emergency medical team

Abstract

The purpose of this publication is to approximate the criminal law limits of safety guarantees for members of emergency medical teams and important conclusions formulated on the basis of the interpretation of selected provisions of the Penal Code, which are applicable in the circumstances discussed. The study includes guidelines of the Attorney General No. 9/2018 (PK II P 431.72.2018) on the principles of conducting preparatory proceedings for crimes committed to the detriment of persons who are members of medical rescue teams and persons providing health services in hospital emergency departments, as well as court rulings regarding the application of Articles 222, 223 § 1 and 2, 224 § 2 and 3 and 226 § 1 of the Polish Criminal Code.

Key words

Public official, state medical emergency, insults, violation of physical integrity. integrity.

Joanna Zajązkowska-Burtowy, Michał Burtowy

O kryminalizacji tzw. alienacji rodzicielskiej

Streszczenie

W artykule rozważane są wybrane, elementarne aspekty planowanego i postulowanego wprowadzenia do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny nowego typu przestępstwa, polegającego na stosowaniu tzw. alienacji rodzicielskiej. Analiza przeprowadzona jest w oparciu o dwa opublikowane w ostatnim czasie projekty zmian k.k.: projekt rządowy z 2019 r., który uległ dyskontynuacji w związku z końcem VIII kadencji Sejmu (druk sejmowy nr 3254) oraz projekt obywatelski wniesiony do Senatu X kadencji w dniu 4 lutego 2020 r. (druk nr 63).

1. Uwagi ogólne – obecny stan prawny

Obecnie prawo karne nie obejmuje wprost swoim zakresem zachowań, polegających na przeciwdziałaniu realizacji uprawnień osoby uprawnionej do wykonywania kontaktów z małoletnim czy też opieki (pieczy) naprzemiennej nad nim, czyli tzw. alienacji rodzicielskiej. W zasadzie nie funkcjonują też w praktyce wymiaru sprawiedliwości sprawy, których przedmiotem byłoby tego typu zachowanie – mimo, iż teoretycznie, jako adekwatną wobec różnych sytuacji powstałych na tle wykonywania kontaktów, można byłoby wyobrazić sobie kwalifikację prawną np. z art. 155–157 k.k., 160 k.k., 189 k.k., 190 k.k., 191 k.k. a przede wszystkim art. 207 k.k.

Ścieżką, która *de lege lata* ma w pierwszej kolejności służyć wymuszaniu respektowania powyższych uprawnień jest uregulowany w art. 598^{15–22} ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego¹ mechanizm zagrożenia nałożeniem sumy pieniężnej i nakazanie zapłaty oraz egzekucja nakazanej przez sąd rodzinny należnej sumy. Należność określona w tych przepisach funkcjonuje jako swego rodzaju „grzywna” stanowiąca dolegliwość majątkową, wymierzaną osobie przeciwdziałającej wykonywaniu kontaktów, a odpowiednio także pieczy naprzemiennej, na wniosek osoby do nich uprawnionej.

¹ Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm., dalej jako: k.p.c.

Niezależnie od tego, niewykluczone jest stosowanie do zachowań polegających na przeszkadzaniu w realizacji kontaktów z małoletnim (opieki naprzemiennej) środków zawartych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie², która zawiera rozwiązania skierowane przede wszystkim do organów administracji publicznej, niezależne od ścieżki procesu cywilnego i karnego³.

Jednakże w związku z narastającą skalą zjawiska celowego hamowania uprawnień do realizacji kontaktów z małoletnimi – szczególnie w postaci utrudniania lub uniemożliwiania wykonywania jednemu z rodziców przez drugiego rodzica kontaktów z dzieckiem, lub też sprawowania przez jednego z rodziców pieczy naprzemiennej – w ostatnim czasie podjęto prace legislacyjne mające na celu kryminalizację tego zachowania. W 2019 r. inicjatywę podjęło Ministerstwo Sprawiedliwości, natomiast w 2020 r. Komisja senacka.

2. Założenia projektów

2.1. Projekt rządowy

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw zakładał w art. 3 wprowadzenie przepisu art. 209a k.k., o następującej treści:

§ 1 „kto, po uprzednim prawomocnym nakazaniu zapłaty sumy pieniężnej na rzecz pokrzywdzonego, będąc zobowiązany do wykonania orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub orzeczenia, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach, uchyla się od wykonania tego orzeczenia lub ugody, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności. (...)”

§ 3. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

§ 4. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1, który nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego wykonywał orzeczenie albo ugodę, o których mowa w § 1 albo w czasie zawieszenia postępowania, o któ-

² Dz. U. z 2005 r., Nr 180, poz. 1493.

³ S. Spurek, Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz, Warszawa 2019, s. 95, teza 17.

rym mowa w art. 318a § 1 Kodeksu postępowania karnego, wykonywał to orzeczenie albo ugodę. (...)⁴

Natomiast art. 4 rządowego projektu ustawy stanowił, że w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego⁵, dodaje się przepis art. 318a k.p.k., o treści:

„§ 1. W sprawach o występki z art. 209a § 1 Kodeksu karnego prokurator może zawiesić postępowanie na okres nie krótszy niż 3 miesiące oraz nie dłuższy niż jeden rok, jeżeli podejrzany złoży oświadczenie na piśmie, w którym zobowiąże się do wykonywania orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub orzeczenia, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach.

§ 2. W czasie zawieszenia postępowania, prokurator zarządza w stosunku do podejrzanego przeprowadzenie, co najmniej raz na 3 miesiące, wywiadu środowiskowego przez kuratora sądowego, w trybie określonym w art. 214, w celu kontroli wykonywania przez podejrzanego orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem, o których mowa w § 1, a jeżeli podejrzany nie wykonuje tego orzeczenia lub ugody – również w celu ustalenia przyczyny tego stanu rzeczy.

§ 3. Jeżeli podejrzany nie wykonuje orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem, o których mowa w § 1, prokurator podejmuje zawieszone postępowanie. Ponowne zawieszenie postępowania z powodu, o którym mowa w § 1, jest niedopuszczalne.

§ 4. W razie stwierdzenia, że podejrzany w czasie zawieszenia postępowania wykonywał orzeczenie sądu albo ugodę zawartą przed sądem lub przed mediatorem, o których mowa w § 1, prokurator umarza postępowanie przygotowawcze.

§ 5. Prokurator zawiadamia sąd opiekuńczy właściwy dla miejsca pobytu małoletniego o czynnościach, o których mowa w § 1–4, w terminie 7 dni od daty ich podjęcia”.

Rządowy projekt ustawy uległ co prawda dyskontynuacji z końcem VIII kadencji Sejmu, jednakże z informacji Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że obecnie znowu trwają prace analityczne mające na celu procedowanie

⁴ Tym samym przepisem projektowano wprowadzenie drugiego typu przestępstwa, polegającego na uchyleniu się od wykonania orzeczenia sądu nakazującego odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (§ 2) oraz wprowadzenie ustawowej klauzuli niekaralności za to przestępstwo (§ 5).

⁵ Dz. U. z 2017 r., poz. 1904 z późn. zm., dalej jako: k.p.k.

nad zmianami ustaw karnych w zakresie przeciwdziałania alienacji rodzicielskiej⁶, a projekt z 2019 r. będzie zapewne podstawą do dalszych prac.

2.2. Projekt obywatelski (druk nr 63)

Wniesiony do Senatu X kadencji projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Kodeks karny jest skonstruowany znacznie prościej, nie zakłada też żadnych zmian w k.p.k., a jedynie dodanie do kodeksu karnego przepisu art. 207a. k.k., o treści:

„§ 1. Kto utrudnia lub uniemożliwia wykonanie kontaktów lub sprawowanie opieki nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, wynikających z orzeczenia albo ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem, podlega karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Jeżeli w następstwie czynu określonego w § 1 pokrzywdzony dozna uszczerbku na zdrowiu psychicznym, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 3.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 12 lat”.

Projekt ten zakłada zatem powstanie nie dwóch, a jednego nowego typu przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece – przeciwdziałania wykonywaniu kontaktów, czy też opieki naprzemiennej. Jak wynika z porównania obu projektów w tym zakresie, założenia legislacyjne wykazują pewne podobieństwa, ale również zasadnicze różnice.

3. Czy alienację rodzicielską należy kryminalizować?

Przed przejściem do analizy treści poszczególnych projektów, kilka uwag wstępnych warto poświęcić pytaniu o sens penalizacji zachowania, polegającego na przeciwdziałaniu realizacji kontaktów czy też sprawowaniu opieki naprzemiennej nad małoletnim. Rozwiązanie to bowiem ma z pewnością tylu zwolenników, co przeciwników.

Przeciwko takiej decyzji może przemawiać zrozumiała rezerwa wobec ingerowania prawa karnego w sferę suwerenności rodziny i relacji rodzinnych⁷. Instytucja kontaktów i pieczy naprzemiennej została bowiem

⁶ <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/utrudnianie-kontaktow-z-dzieckiem-ms-pracuje-nad-rozwiazaniami,497776.html>.

⁷ S. H y p ś, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Lublin 2012, s. 17 i n.

uregulowana jako prawny instrument realizowania oraz ochrony więzi istniejących między członkami rodziny, a prawny wyraz znalazła w ustawie z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁸, należącej tradycyjnie do prawa cywilnego. Wątpliwości może zatem budzić penalizacja zachowań wchodzących w domenę prawa rodzinnego – czyli w tkankę społeczną o chronionej prawnie autonomii⁹, a ponadto drugi biegun ustawodawstwa niż prawo karne. To ostatnie powinno stanowić *ultima ratio* polityki państwa i pełnić funkcję ostatecznej ochrony przeciwko zamachom na dobra społecznie cenne¹⁰.

Co więcej, próba sięgnięcia po ostateczne środki, znane demokratycznemu państwu prawa, może sugerować bezradność aparatu państwa (ustawodawcy, wymiaru sprawiedliwości) wobec patologii dotyczącej omawianą sferę, który to kryzys – w razie bardziej wnikliwego podejścia do problemu od strony ustawodawczej lub od strony stosowania prawa – można byłoby opanować bez sięgania po kodeks karny.

Z drugiej jednak strony prawo karne chroni również dobra prawne będące domeną szeroko pojętej cywilistyki – dotyczy to wprost przestępstw przeciwko rodzinie i opiece (rozdział XXVI k.k.), jak i przestępstw związanych z dobrami indywidualnymi (np. różne przejawy wolności, cześć i nietykalność cielesna – np. rozdziały XXIII–XXV, XXVII k.k.), obrotem cywilnoprawnym (rozdział XXXVI k.k.¹¹), czy wykonywaniem pracy zarobkowej (rozdział XXVIII k.k.). Byłby to zatem argument uzasadniający planowane zmiany, przy czym łatwiej zapewne przyjąć go z punktu widzenia dużej wagi prawidłowych więzi rodzinnych jako dobra prawnego godnego ochrony, niż ze względu na powagę zamachów na to dobro, jaką jest przeciwdziałanie w realizacji kontaktów.

Argumentem wspierającym uzasadnienie wprowadzenia uregulowań prawnokarnych w tym zakresie może być oczywiście „powaga sytuacji”, czyli rosnąca w ostatnich latach skala zjawiska przeciwdziałania wykonywaniu przez osoby uprawnione kontaktów z małoletnimi, czy też sprawowania pieczy naprzemiennej – aż do osiągnięcia przez to negatywne zjawisko statusu poważnego problemu społecznego. Gdy do tego dodać

⁸ Dz. U. z 1964 r., Nr 9, poz. 59, dalej jako: k.r.o. Przepisy art. 113–113⁶ k.r.o.

⁹ S. Hypś, *op. cit.*, s. 17.

¹⁰ L. Gardocki, Prawo karne jako *ultima ratio*. Zasada i praktyka jej stosowania, (w:) B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska (red.), Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesora Eleonory Zielińskiej, Warszawa 2016, s. 81–88.

¹¹ Wprost podkreślił to ustawodawca, decydując się na zmianę nazwy rozdziału ustawą z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny (Dz. U. poz. 870), która obowiązuje od dnia 25 maja 2019 r.

zakres i poziom szkód wynikających z frustracji i bezradności osób pozabawianych kontaktów (z samobójstwami włącznie), możemy mówić o potencjale zachowań cechujących się szkodliwością społeczną wyższą – a czasem znacznie wyższą – niż poziom znikomy.

Zatem analiza konkretnej rzeczywistości społecznej może decydować w tym przypadku o konieczności posługiwania się przez ustawodawcę prawem karnym i o możliwości skutecznego powoływania się na regułę, że prawo karne powinno być traktowane jako *ultima ratio*¹². Uzasadnić to może ingerencję przymusu państwowego w autonomię rodziny z perspektywy funkcji ochronnej prawa karnego¹³.

Ponadto, zwolennicy kryminalizacji utrudniania kontaktów mogą mówić o luce prawnej, która wymaga ustawowego uregulowania. Jest to bowiem sytuacja, w której pojedyncze (nawet powtarzalne) zachowania często nie są same w sobie nielegalne, jednakże ich łączny efekt poważnie godzi w określone dobra prawne – analogicznie jak w przypadku przestępstwa *stalkingu* z art. 190a k.k., które m.in. z tego powodu znalazło swoje miejsce w kodeksie karnym¹⁴.

Z drugiej strony nie zawsze sięganie po środki penalne może przynieść pożądaną efekt społeczny – co powinno stanowić jedno z głównych kryteriów kryminalizacji. Zdaje się, że w przypadku omawianego typu czynu zabronionego istotną rolę miałyby spełniać nie tylko funkcja ochronna, ale również funkcja prewencyjna o charakterze ogólnym¹⁵. W związku z tym istnieje ryzyko, że wprowadzenie przepisów karnych nie spełni takiej funkcji – zwłaszcza, jeśli ich kształt będzie w dużej mierze powieleniem rozwiązań już funkcjonujących, które jednak się nie sprawdziły. Przykładem jest przede wszystkim mała skuteczność „grzywny” uregulowanej w art. 598^{15–22} k.p.c.¹⁶, lub też aresztu uregulowanego w przepisach art. 1053–1059 k.p.c., w rozdziale o egzekucji świadczeń niepieniężnych¹⁷. Istotne jest jednak ustalenie przez ustawodawcę, czy na przeszkodzie skuteczności wprowadzonych wcześniej rozwiązań leżał

¹² Tak L. Gardocki, *Prawo karne jako ultima ratio...*, s. 85.

¹³ S. Hypś, *op. cit.*, s. 17–31, 69–70.

¹⁴ M. Mozgawa, Art. 190a, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red.: *idem*, Warszawa 2019, s. 608, teza 2.

¹⁵ Por. np. projekt rządowy z uzasadnieniem, s. 13–14, 21–22. Na marginesie – w całym uzasadnieniu rządowego projektu ustawy ani razu nie występuje określenie „prewencja”, czy też „funkcja prewencyjna”.

¹⁶ T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 221–222.

¹⁷ R. Zegadło, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r. (sygn. III CZP 75/08), Rodzina i Prawo 2009, nr 11, s. 85–86.*

nieprawidłowy kształt przepisów, czy też inne powody (jak np. mała świadomość obywateli, co do możliwości wykorzystania danej instytucji, czy też przyczyny leżące po stronie organów wymiaru sprawiedliwości).

Do zagadnień teorii kryminalizacji w odniesieniu do zjawiska alienacji rodzicielskiej nieuchronnie należy powrócić w dalszych częściach publikacji, poświęconych analizie poszczególnych elementów projektowanej regulacji. W tym miejscu warto jedynie podsumować, że z uwagi na wspomnianą zasadę *ultima ratio* prawa karnego i idącą z nią w parze zasadę proporcjonalności regulacji karnoprawnej – ściśle związaną z konstytucyjnymi wartościami demokratycznego państwa prawnego¹⁸, prawidłowa kryminalizacja wymaga odpowiedniego poziomu wprowadzonych regulacji. Wobec tego warto przeanalizować opublikowane projekty ustaw zmieniających k.k. w tym zakresie.

4. Aspekty materialnoprawne

4.1. Podmiot przestępstwa

Projektodawcy różnie określili krąg potencjalnych podmiotów przestępstwa.

Projekt rządowy zakłada, że przestępstwo uchylenia się od wykonania orzeczenia albo ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub pieczy naprzemiennej (art. 209a § 1 k.k.) obejmować będzie jedynie osobę zobowiązaną do realizacji tego obowiązku, wskazaną w danym dokumencie¹⁹ – konstruując w ten sposób typ czynu zabronionego, będący przestępstwem indywidualnym właściwym.

Z kolei projekt obywatelski zakłada, że przestępstwo z art. 207a k.k. ma być przestępstwem powszechnym, które popełnić może każdy, kto utrudnia lub uniemożliwia wykonywanie kontaktów lub pieczy naprzemiennej.

W praktyce w obu przypadkach dotyczyć to będzie przede wszystkim jednego z rodziców dziecka – najczęściej tego, z którym dziecko stale prze-

¹⁸ Prawo karne w zwalczaniu zachowań społecznie niepożądanych musi stanowić *ultima ratio*. Oznacza to, że sięganie do instrumentów prawnokarnych uzasadnione jest wtedy tylko, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w żaden inny sposób. Z punktu widzenia uregulowań zawartych w Konstytucji ustanowiona ochrona musi być proporcjonalna, adekwatna do wagi chronionych praw i wolności (tak: K. Wojtyczek, Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, nr 2, 1999, s. 40–46; cyt. za: wyrok TK z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13, teza 8.3). Por także: L. Gardocki, Prawo karne jako *ultima ratio*..., s. 86, M. Królikowski, Sprawiedliwość karania w państwach liberalnych. Zasada proporcjonalności, Warszawa 2005.

¹⁹ Projekt rządowy z uzasadnieniem, s. 21.

bywa, lub jednego z rodziców sprawujących opiekę naprzemienną, jednakże poza tym podobieństwem zakres kryminalizacji jest istotnie odmienny.

Przede wszystkim, gdy w przeciwdziałanie kontaktom lub pieczy naprzemiennej angażują się krewni jednego z rodziców, lub też jego nowy partner (co w odniesieniu do obu kategorii osób jest powszechne) – zgodnie z projektem rządowym będą oni odpowiadać jedyne jako podżegacze lub pomocnicy, natomiast zgodnie z projektem obywatelskim – jako współsprawcy. Co prawda wszystkie te osoby odpowiadać będą w granicach zagrożenia za sprawstwo (art. 19 § 1 k.k.), a każda z nich będzie odpowiadać indywidualnie (art. 20–21 k.k., art. 53 i nast. k.k.), jednakże są to odrębne postacie zjawiskowe przestępstwa i z reguły podżegacza i pomocnika traktuje się łagodniej niż sprawcę²⁰, a wobec pomocnika istnieje dodatkowa możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 19 § 2 k.k.).

Należy również wziąć pod uwagę, że określone uprawnienia co do utrzymywania kontaktów z dzieckiem przysługują krewnym dziecka (przede wszystkim jego rodzicom) na gruncie ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej²¹. Korelują z nimi różnorodne obowiązki podmiotów realizujących zadania określone w art. 1 u.p.z., z których przynajmniej część może zostać naruszona w sposób wpisujący się w pojęcie alienacji rodzicielskiej.

Zagadnienie jest istotne z praktycznego punktu widzenia, gdyż zgodnie z art. 3 ust. 1 u.p.z. obowiązek wspierania rodziny oraz organizacji pieczy zastępczej w zakresie ustalonym tą ustawą spoczywa na jednostkach samorządu terytorialnego oraz na organach administracji rządowej. Teoretycznie zatem osoba odpowiedzialna chociażby pośrednio za ten obowiązek może zostać pociągnięta do odpowiedzialności jako sprawca przestępstwa utrudniania lub uniemożliwiania kontaktów z dzieckiem, co może skutkować rozwiązaniem z taką osobą umowy o pracę. Tytułem przykładu, niektóre obowiązki dotyczące umożliwiania wykonywania kontaktów z dzieckiem mają charakter kontrolny i obowiązują np. pracowników wojewódzkiego szczebla administracji rządowej (art. 122 w zw. z art. 122a pkt 2 u.p.z.), a jednak wpływają one na umożliwianie realizowania kontaktów przez placówki bezpośrednio do tego zobowiązane. Nie jest pewne, czy projektodawcy wzięli to pod uwagę przy redakcji planowanego przepisu, który przecież – w odróżnieniu od projektu rządowego – w omawianym zakresie kreuje przestępstwo powszechne, a zatem sprawcą czynu z art. 207a § 1 k.k. mógłby być każdy, kto naruszy

²⁰ M. Kulik, Art. 19, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, ..., s. 90, teza 2.

²¹ Dz. U. z 2011 r., Nr 149, poz. 887 z późn. zm., dalej jako: u.p.z. Przede wszystkim mowa o przepisach art. 4 pkt 3, art. 40 ust. 1 pkt 7, art. 47 ust. 1 pkt 1, art. 93 ust. 4 pkt 3 u.p.z.

uprawnienie do kontaktów z dzieckiem, także w zakresie chronionym innymi przepisami niż k.r.o. – w tym przede wszystkim u.p.z.

Warto przy tym zauważyć, że część z tych kategorii osób potencjalnie odpowiadałaby również za przestępstwa skutkowe – a zatem za przestępstwo polegające na uniemożliwianiu (wyjątkowo uniemożliwieniu) wykonywania kontaktów, projektowane w przepisach art. 207a § 2 i 3 k.k., jako typy kwalifikowane.

Do grona gwarantów, odpowiedzialnych za przeciwdziałanie skutkowi określoneemu w tych przepisach należałoby bowiem zaliczyć rodziców, których obowiązek niezakłócania kontaktów wynika z art. 113 i nast. k.r.o.²² Ponadto za osoby objęte dyspozycją art. 2 k.k. można byłoby uznać kuratorów sądowych wyznaczonych postanowieniem sądu do nadzoru nad prawidłowym sprawowaniem kontaktów oraz niektóre osoby odpowiedzialne za prawidłowe wykonanie kontaktów na podstawie przepisów u.p.z.

Natomiast raczej nie powinno się do dyspozycji tego przepisu włączać osób nieobjętych konkretnym, prawnym obowiązkiem niezakłócania wykonywania kontaktów lub pieczy naprzemiennej²³.

Zdaje się, że przyjęcie z kolei modelu rządowego oznaczałoby wyłączenie szerszego grona osób poza zakres kryminalizacji alienacji rodzicielskiej – jak bowiem wynika z uzasadnienia, projekt ten dotyczy osób wymienionych w orzeczeniu lub ugodzie – w szczególności rodziców, z którym dziecko zamieszkuje na stałe²⁴. Projekt ten nie przewiduje też typów kwalifikowanych o charakterze przestępstw skutkowych.

Jednakże sam projektowany przepis art. 209a § 1 k.k. stanowi o tym, że karze podlegałby każdy, kto:

- uchyła się od wykonania orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub orzeczenia, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach,
- jest zobowiązany do wykonania orzeczenia sądu albo ugody,
- po uprzednim prawomocnym nakazaniu zapłaty sumy pieniężnej na rzecz pokrzywdzonego.

²² J. Zajączkowska, *Aspekty prawne kontaktów z dzieckiem*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny (dalej.: RPEIS) 2018, t. LXXX, nr 1, s. 274–275, 284.

²³ Odmienny pogląd może założyć powstanie obowiązku gwaranta, który miałby wynikać z wcześniejszego spowodowania zagrożenia dla danego dobra prawnego przez tę osobę, por. wyrok SA w Krakowie z dnia 18 maja 2015 r., sygn. II AKa 62/13; ponadto D. Tokarczyk, *Obowiązek gwaranta w prawie karnym*, RPEIS 2014, t. LXXVI, nr 4, s. 203.

²⁴ Projekt rządowy z uzasadnieniem, s. 21. Tak też zdaje się A. Bodnar, A. Gójska, J. Ignaczewski *et al.*, *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*. Komentarz, Warszawa 2019, s. 265.

Z niefortunnego brzmienia omawianego przepisu można byłoby również dobrze wyprowadzić szeroką interpretację pojęcia „orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem”, a w konsekwencji wywieść sankcję karnoprawną wobec każdej osoby zobowiązanej do wykonania orzeczenia lub ugody w tym przedmiocie, która uchyla się od jego wykonania – po uprzednim prawomocnym nakazaniu zapłaty sumy pieniężnej na rzecz pokrzywdzonego.

Teoretycznie mógłby być to zatem nie tylko krewny lub partner rodzica przeciwdziałającego kontaktom, ale również pracownik instytucji systemu opieki zastępczej – a nawet kurator sądowy lub inny funkcjonariusz państwowy, świadomie przeciwdziałający wykonaniu orzeczenia, jeśliby udowodniono mu spełnienie pozostałych przesłanek odpowiedzialności karnej.

Konkluzje, jakie płyną z analizy obu projektów w tym zakresie dotyczą więc przede wszystkim konieczności przeanalizowania w przyszłym procesie legislacyjnym zakresu kryminalizacji od strony podmiotowej omawianego przestępstwa, a następnie odpowiedniego ujęcia hipotezy przepisu. Będzie on musiał z jednej strony zachować precyzję w celu uczynienia zadość zasadzie *nullum crimen sine lege*. Z drugiej jednak strony warto by było, aby nie raził on kazuistyką, która mogłaby oznaczać zbyt wąski zakres karnoprawnej regulacji i sprzeczność z zasadą *ultima ratio* prawa karnego oraz zasadą proporcjonalności.

4.2. Obiekt czynu zabronionego

Pewne terminologiczne różnice pomiędzy projektami występują również co do przedmiotu czynności wykonawczej (obiektu) planowanego typu czynu zabronionego.

Stylistyka rządowego projektu ustawy zakłada, że przestępcze zachowanie może dotyczyć jedynie kontaktów czy sprawowanie opieki nad „dzieckiem”.

Z kolei projekt obywatelski określa ów przedmiot wskazując, że zakazane przez prawo karne ma być przeciwdziałanie wykonywaniu kontaktów czy sprawowaniu opieki nad „małoletnim”.

Zastanawiając się nad znaczeniem prawnym tej różnicy należy odwołać się do wykładni obowiązującej w nauce prawa rodzinnego. Użycie określenia „dziecko” jest w k.r.o. niejednolite, co oznacza, że pojęcie to ma na gruncie tej ustawy różne znaczenia. Odnosić się one mogą zarówno do zstępnego w linii prostej pierwszego stopnia, jak i do osoby podlegającej władzy rodzicielskiej, lub też do osoby małoletniej – przy

czym w zależności od hipotezy danego przepisu k.r.o. zakresy znaczeniowe mogą się przeplatać lub pokrywać²⁵.

W odniesieniu do instytucji kontaktów – zarówno w tytule Oddziału 2 Rozdziału III, jaki w art. 113–113⁶ k.r.o. mowa jest o kontaktach z dzieckiem, w znaczeniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej, a zatem małoletniej. Świadczy o tym na przykład treść art. 113⁶ k.r.o., według którego orzeczenie lub ugoda w przedmiocie kontaktów może, ale nie musi dotyczyć wyłącznie rodziców dziecka. O uregulowanie tego uprawnienia mogą również wystąpić dziadkowie, rodzeństwo, powinowaci w linii prostej oraz inne osoby (np. rodzice zastępczy).

Jest przy tym kluczowe, że zachowanie polegające na przeciwdziałaniu realizowaniu kontaktów w projektowanym znaczeniu może dotyczyć jedynie małoletniego, tj. osoby pozostającej pod władzą rodzicielską. Jeśliby bowiem po uzyskaniu pełnoletniości dana osoba nie chciała realizować kontaktów z uprawnionym, to nie można mówić o przestępstwie, a zarazem jakiegokolwiek polecenia wydawane przez zobowiązanego, co do uchylania się od kontaktów nie mogą być już dla dziecka wiążące²⁶.

Natomiast ewentualne zachowania osoby uprzednio zobowiązanej w przedmiocie kontaktów, wypełniające wobec dziecka znamiona utrudniania lub też uniemożliwiania kontaktów, od dnia uzyskania przez nie pełnoletniości mogą być zakwalifikowane jako inne, poszczególne typy czynów zabronionych (tytułem przykładu: w zależności od sytuacji może to być pozbawienie wolności z art. 189 k.k., przywłaszczenie mienia z art. 284 k.k., czy też usiłowanie popełnienia tych przestępstw).

W związku z tym należy podkreślić, że mimo, iż efekt legislacyjny użycia obu określeń będzie taki sam, gdyż zawsze w odniesieniu do kwestii kontaktów lub pieczy naprzemiennej nad dzieckiem będzie to osoba małoletnia – to jednak określenie „kontakty z dzieckiem” wprost odwołuje się do regulacji k.r.o., którą przede wszystkim ma chronić przepis karny. W procesie wykładni niezbędne będzie zatem baczenie, aby w razie użycia w przepisie karnym określenia „dziecko”, rozumieć je zgodnie z wykładnią przepisów art. 113–113⁶ k.r.o.²⁷

²⁵ Art. ex art. 61⁹–61¹⁶ k.r.o.

²⁶ Jest tak, ponieważ prawo i obowiązek kontaktu istnieje nadal, lecz nie jest egzekwowlany. Nie podlega więc również ochronie karnoprawnej. Por. J. Zajączkowska, *op. cit.*, s. 272.

²⁷ Nadal częściowo aktualna analiza pojęcia „dziecko” na gruncie k.k. zawarta jest w publikacji J. Potulskiego, *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Gdańsk 2007, s. 57; podobnie np. K. Borkowska, *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, Białystok 2019, s. 204–205 (praca doktorska w formie pdf – na chwilę od dawania tekstu do druku, monografia książkowa była w planach wydawniczych). Za in-

De lege lata jest to zagadnienie istotne, chociażby wobec wykładni tego samego pojęcia obowiązującego na gruncie art. 149 k.r.o., gdzie „dziecko” to istota ludzka w okresie okołoporodowym.

De lege ferenda uproszczenie praktycznej interpretacji przepisów ułatwiłaby zmiana art. 149 k.k. i powrót w tym przepisie do znamienia „noworodka” – jak postuluje część doktryny i jak to miało miejsce w pierwotnej wersji tego przepisu²⁸. Pozwoliłoby to również zbliżyć się do zasady zakazu wykładni homonimicznej, zgodnie z którą na gruncie tego samego aktu prawnego nie należy tym samym słowem nadawać innego znaczenia²⁹.

4.3. Przesłanki czynności sprawczej

Jeśli chodzi o podobieństwa obu projektów w omawianym aspekcie, to przede wszystkim dotyczą one sposobu zachowania się sprawcy, który w obu projektach może działać przez działanie, jak i zaniechanie. Tak bowiem należy rozumieć określenie „uchyla się” zawarte w projekcie rządowym³⁰, jak i określenia „utrudnia” oraz „uniemożliwia” (projekt obywatelski).

Innym – częściowo – podobieństwem jest ujęcie proponowanych zachowań jako przestępstwa formalnego. Nie dotyczy to jednak art. 207a § 2 i 3 k.k. według projektu obywatelskiego, ani też przepisu art. 207a § 1 k.k. w tym zakresie, w jakim sprawca wypełni znamię „uniemożliwiania” odbycia kontaktu.

Do przyjęcia sprawstwa według projektu rządowego wystarczy bowiem samo uchylanie się (lecz nie uchylenie się – por. pkt 3.3.1 poniżej) od wykonania orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów czy pieczy naprzemiennej, a według projektu obywatelskiego – utrudnianie wykonania tych uprawnień.

Do rozważenia pozostaje zatem celowość użycia w projekcie obywatelskim pojęcia „uniemożliwia” w odniesieniu do naruszania uprawnień rodzicielskich. Wprowadzenie tego określenia komplikuje bowiem redakcję art.

terpretacją pojęcia „dziecko” jako osoby od poczęcia do ukończenia 18 roku życia także np. A. Grześkowiak, *Pojęcie dziecka w prawie karnym*, (w:) *Prawo karne w ochronie praw dziecka*, red.: *eadem*, I. Zgoliński, Bydgoszcz 2018, s. 23–47.

²⁸ K. Borkowska, *op. cit.*, s. 182–186; (por. J. Brzezińska, *Dzieciobójstwo*, Aspekty prawne i etyczne, Warszawa 2013, s. 219–231).

²⁹ Omówienie zasady np. w uchwale SN 7 sędziów z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03).

³⁰ W treści k.k. słowo „uchylać” określa z jednej strony zachowanie strony (w tym znaczeniu używane jest z dodatkiem zaimka zwrotnego się, w celu doprecyzowania, że chodzi o uchylanie siebie – tak np. w art. 209 § 1 k.k. lub 68 § 2 k.k.) i może oznaczać działanie lub zaniechanie, a z drugiej strony oznacza ogólnie czynność organu procesowego (np. art. 93b § 2 k.k.), która zawsze przybierze formę „działania” czyli orzeczenia. W przepisie art. 75a § 5 k.k. ustawodawca umieścił określenia w obu znaczeniach.

207a § 1 k.k., a przy tym nie wydaje się niezbędne do oddania pełnego pola kryminalizacji alienacji rodzicielskiej. Jest tak, gdyż okoliczność skutecznego lub nieskutecznego przeciwdziałania realizacji kontaktów można odnieść do stopnia społecznej szkodliwości czynu z art. 115 § 2 k.k., badając konkretny stan faktyczny pod kątem rozmiarów wyrządzonej szkody³¹.

Z drugiej strony *de lege lata* na gruncie k.k. takie alternatywne ujęcie przesłanek funkcjonuje – np. na gruncie art. 225 k.k. Jednakże użyte w tym przepisie określenie „udaremnia”³² jest w doktrynie rozumiane w ten sposób, że przede wszystkim niesie za sobą dalej idące skutki utrudniania czynności kontrolnej, gdyż znosi możliwość jej wykonania w danym miejscu i czasie³³. Dotyczy zatem w gruncie rzeczy stopnia społecznej szkodliwości danego czynu.

Z kolei jeśli chodzi o różnice w obu projektach, w pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę, że odmienna jest proponowana numeracja przepisów k.k. Projekt rządowy planuje wprowadzenie art. 209a k.k., sytuując przeciwdziałanie kontaktom (opiece naprzemiennej) za przestępstwem niealimentacji (art. 209 k.k.) natomiast projekt obywatelski wprowadza art. 207a k.k., umieszczając ten typ czynu zabronionego za przestępstwem znęcania się nad rodziną (art. 207 k.k.). Co prawda oba przestępstwa znajdują się w tym samym, XXVI rozdziale kodeksu karnego, jednakże mimo to wspomniana różnica ma swoje normatywne konsekwencje – choćby z punktu widzenia systemowej wykładni przesłanek nowego przestępstwa, a także jako konsekwencja przyjętej granicy kryminalizacji zachowań objętych hipotezą nowego przepisu.

Mimo zatem, że w uzasadnieniach obu projektów nie poświęcono niezależnego miejsca kwestii umiejscowienia proponowanych przepisów, war-

³¹ W ten sposób skonstruowany jest przepis art. 207a § 3 k.k., gdzie znamieniem jest doprowadzenie pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie – bez względu na to, czy pokrzywdzony poniósł śmierć. Ta ostatnia okoliczność ma natomiast znaczenie np. dla wymiaru kary. Jest to rozwiązanie analogiczne jak w przypadku przepisu art. 151 k.k. Por. np. R. K o k o t, Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k., Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2015, nr 35, s. 13–26; R. K r a j e w s k i, Prawnokarna ochrona człowieka przed targnięciem się na własne życie, *Paestra* 2018, nr 4, 13–24.

³² W procesie legislacyjnym dotyczącym penalizacji alienacji rodzicielskiej warto wziąć pod uwagę zagadnienie, czy „uniemożliwienie” na gruncie art. 207a k.k., ma mieć inne znaczenie prawne niż „udaremnienie” na gruncie art. 225 k.k., czy też należy ujednolicić te pojęcia – gdyż od strony językowej wyrażenia te wydają się oznaczać to samo.

³³ S. K o w a l s k i, Utrudnianie i udaremnienie wykonania czynności służbowej w toku kontroli prowadzonej przez inspektora pracy, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2014, nr 9, s. 24–30.

to pogłębić refleksję w tym zakresie, pozostawiając jednak na marginesie kwestie typów kwalifikowanych.

Odnosząc się natomiast w tym miejscu krótko do kwestii typów kwalifikowanych należy dostrzec, że projekt rządowy nie uwzględnia ich wcale i to zarówno na poziomie normy sankcjonowanej, jak i sankcjonującej. Przewidując bowiem jedynie zagrożenie karne w postaci kar grzywny i ograniczenia wolności projekt pozostawia lukę prawną, gdyż w razie doznania w wyniku alienacji rodzicielskiej po stronie pokrzywdzonego uszczerbku na zdrowiu albo targnięcia się na własne życie brakuje podstawy prawnej do pociągnięcia alienatora do surowszej odpowiedzialności karnej. Rezygnując z penalizacji skutków alienacji rodzicielskiej projektodawca może w ten sposób pomijać pozostające w związku z przeciwdziałaniem uprawnieniom rodzicielskim naruszenia najbardziej cennych dóbr osób pokrzywdzonych, takich jak zdrowie i życie.

Z kolei projekt obywatelski uwzględnia dwa typy kwalifikowane ze względu na skutek przestępczy, przy czym niesłusznie w art. 207a § 2 k.k. pomija znamię uszczerbku fizycznego, a także przesłankę trwałości lub stałości uszczerbku na zdrowiu. Należy to ocenić jako uchybienie projektodawcy, gdyż po pierwsze skoro skutkiem alienacji rodzicielskiej może być targnięcie się na życie osoby pokrzywdzonej (art. 207a § 3 k.k.) – to tym bardziej może nim być fizyczne uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia. Natomiast co do przesłanki „trwałego” lub „stałego” uszczerbku na zdrowiu jako skutku alienacji rodzicielskiej, jej wprowadzenie byłoby niezbędne do zachowania racji bytu tego przepisu, gdyż innego rodzaju uszczerbek na zdrowiu (zwłaszcza psychicznym) w postaci krzywdy będzie wpisany w realizację przesłanek typu podstawowego. Gdyby było inaczej, społeczna szkodliwość alienacji rodzicielskiej nie spełniałaby kryteriów penalizacji.

4.3.1. Art. 209a k.k.

Jak wspomniano, nowy przepis art. 209a k.k. z projektu rządowego odwołuje się do podobieństwa z art. 209 k.k., penalizującym przestępstwo niealimentacji³⁴.

Zbliżoną do przestępstwa niealimentacji przesłanką karalności stosowania alienacji rodzicielskiej jest m.in. istnienie sporządzonego uprzednio dokumentu nakładającego stosowny obowiązek, a zachowanie przestępcze polega na uchylaniu się zobowiązanego od realizowania go.

³⁴ Projekt rządowy z uzasadnieniem, s. 20.

Projekt rządowy zakłada więc pewną „kaskadowość” przesłanek, co zapewne ma pomóc ustalić zakres podmiotowy i przedmiotowy kryminalizacji dokonanej tym przepisem.

W związku z tym doprecyzowania wymagać będzie wykładnia pojęcia „orzeczenie lub ugoda w przedmiocie kontaktów z dzieckiem”, gdyż językowe brzmienie tego przepisu może prowadzić do szerokiej interpretacji tego przepisu³⁵. Pojęcie to można bowiem odnieść do każdej sprawy o ustalenie, ograniczenie albo zakazanie kontaktów z dzieckiem, w tym także zmiany rozstrzygnięć w tym przedmiocie, zawartych w wyroku orzekającym rozwód, separację, unieważnienie małżeństwa albo ustalającym pochodzenie dziecka, jak również orzeczenia o ograniczeniu lub pozbawieniu władzy rodzicielskiej i umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej (art. 579 i nast. k.p.c.). Częściowo powyższe sprawy w „przedmiocie kontaktów z dzieckiem” mogą być regulowane w drodze ugody zawartej przed mediatorem.

Pracując nad wprowadzeniem nowych przepisów karalności alienacji rodzicielskiej ustawodawca powinien więc zbadać, czy użyte sformułowanie co do „orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem” spełnia kryteria ustawowej precyzji przesłanek przestępstwa. Uwagę na to powinno się zwrócić tym bardziej, że odwołanie się do uprzedniego nakazania zapłaty według przepisów art. 598^{15–22} k.p.c. wskazuje raczej na czasowy (a nie podmiotowo-funkcjonalny) związek tej przesłanki z przesłanką uchylania się od obowiązków z orzeczenia lub ugody. Rodzic to może – zapewne niezamierzone przez ustawodawcę – wątpliwości co do określenia kategorii osób „zobowiązanych do wykonania” orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub pieczy naprzemiennej³⁶.

Kolejna kwestia dotyczy przesłanki „uchylania się” od wykonania orzeczenia lub ugody. Jak wynika z uzasadnienia projektu, założeniem ustawodawcy jest posiłkowanie się wykładnią przepisu o karalności niealimentacji³⁷. Przepis art. 209 k.k. w brzmieniu aktualnym, tj. po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów wprowadza kilkukrotność przestępczego zachowania³⁸. Odpowiednio więc przy przestępstwie 209a k.k. co do zasady nie powinno to być jednokrotne

³⁵ Por. pkt 3.1 powyżej.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Por. przypis 39 powyżej.

³⁸ Dz. U. z 2017 r., poz. 952. W przepisie art. 209 § 1 k.k. jest to łączna wysokość zaległości stanowiąca równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosząca co najmniej 3 miesiące.

„uchylenie się” od wykonania orzeczenia lub ugody, ale „uchylanie się” od wykonania prawnego obowiązku co najmniej kilkukrotne. Pozwoli to między innymi na bardziej wyraźne wyselekcjonowanie zachowań cechujących się negatywnym nastawieniem psychicznym sprawcy i zamiarem zadania dolegliwości osobom pokrzywdzonym przestępstwem.

Taki sposób wykładni wspiera również interpretacja podobnych przepisów zawartych w k.k., gdzie używając zwrotu „uchyla się” ustawodawca nie odnosi się z reguły do czynności jednorazowej³⁹.

Ponadto skoro znamieniem przestępczego działania będzie wcześniejsze prawomocne nakazanie przez sąd opiekuńczy sumy przymusowej, to należy przyjąć po stronie sprawcy istnienie uporczywości w zachowaniu.

4.3.2. Art. 207a k.k.

Za umieszczeniem normy dotyczącej alienacji rodzicielskiej przy stygizowanym w art. 207 k.k. przestępstwie znęcania się nad rodziną przemawia to, że podstawową wartością, mającą podlegać ochronie nowego przepisu k.k. ma być prawidłowe realizowanie kontaktów lub opieki naprzemiennej. Są to zatem zachowania służące tworzeniu i pogłębianiu niematerialnych więzi pomiędzy osobami spokrewnionymi. Temu przede wszystkim służy również uregulowanie zakazu znęcania się nad członkami rodziny z art. 207 k.k., gdy tymczasem pod ochroną art. 209 k.k. są głównie materialne podstawy egzystencji osób uprawnionych do alimentów i innych świadczeń⁴⁰.

Po drugie, znamiona określające czynność sprawczą przestępstwa znęcania się i nowego przepisu dotyczącego ochrony kontaktów lub pieczy naprzemiennej będą miały wiele cech wspólnych i nie zmienia tego faktu okoliczność, że w odróżnieniu od przestępstwa znęcania się, poszczególne zachowania (działania lub zaniechania) składające się na proponowane nowe przestępstwo stosowania alienacji rodzicielskiej mogą być zasadniczo legalne⁴¹.

Zbliżone zatem będą:

³⁹ Tak w odniesieniu do „uchylania się” od dozoru, obowiązków, orzeczonych środków karnych, przypadku lub środków kompensacyjnych itd. teza postanowienia SA w Krakowie z dnia 25 lipca 2018 r., sygn. II AKz 578/18. Odmiennie na gruncie art. 225 § 2 k.k. S. Kowalski, *op. cit.*

⁴⁰ S. Hypś, *op. cit.*, s. 249–263.

⁴¹ Przy przestępstwie z art. 207 § 1 k.k. też taka sytuacja może się wyjątkowo zdarzyć, por. postanowienie SN z dnia 2 sierpnia 2017 r., sygn. II KK 133/17.

- znamię psychicznego dręczenia, sprawiania cierpień moralnych pokrzywdzonemu oraz cel działania sprawcy, jakim jest sprawianie psychicznej dolegliwości lub poniżenia pokrzywdzonego;
- obiektywne sytuacje potwierdzające ten stan rzeczy;
- trwałość zachowania (np. powtarzalność odmowy) lub trwałość skutków jednorazowego zachowania (np. ukrycie dziecka);
- związane z okolicznością poprzednią;
- istnienie pewnej przewagi po stronie sprawcy oraz
- brak możliwości przeciwstawienia się zamachom.

Idąc tym tropem trzeba również uznać, że autorzy projektu obywatelskiego, sytuując przepis art. 207a k.k. obok przestępstwa znęcania, słusznie nie wprowadzili określenia „uporczywie”, jako przesłanki zachowań polegających na utrudnianiu lub uniemożliwianiu realizacji kontaktów. Rozwiązanie takie pozwala posiłkować się wykładnią przepisu art. 207 k.k. i wobec tego przyjąć, że również „utrudnianie” lub „uniemożliwianie” realizacji kontaktów lub pieczy naprzemiennej musi być w pewien sposób „kwalifikowane” przez odpowiednie natężenie negatywnych cech zachowania sprawcy i mieć charakter powtarzalny.

Argument powyższy może również wzmacniać wnioskowanie *a maiori ad minus*. W tym przypadku każe ono przyjąć, że skoro znęcanie się stanowi typ przestępstwa jakościowo inny od składających się nań zachowań, które samoistnie również są przestępstwami⁴² – to tym bardziej „utrudnianie” lub „uniemożliwianie” realizacji kontaktów z dzieckiem czy też opieki naprzemiennej musi stanowić odpowiednio obszerną sekwencję lub zbiór zachowań nacechowanych negatywnie, skoro jako typ przestępstwa może składać się z zachowań pierwotnie legalnych.

Przy takiej konstrukcji przepisu powstaje jednak pytanie: od kiedy „utrudnianie” lub „uniemożliwianie” realizowania kontaktów lub pieczy naprzemiennej staje się przestępstwem? Gdzie zatem leży granica kryminalizacji tego typu zachowania – tym bardziej, że katalog form kontaktów jest otwarty i bardzo szeroki, a projekt nie wyklucza żadnej z nich⁴³? Pojemność ustawowego sformułowania czynności sprawczej przy braku dodatkowych, szczegółowych przesłanek stwarza konieczność wyjątko-

⁴² J. Jodłowski, M. Szewczyk, Art. 207, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. II, Warszawa 2017, s. 861, teza 15.

⁴³ Jak stanowi art. 113 § 2 k.r.o. „kontakty z dzieckiem obejmują w szczególności przebywanie z dzieckiem (odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu) i bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji, korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej”.

wego baczenia na zachowanie gwarancyjnej funkcji prawa karnego wyrażonej w paremii *nullum crimen sine lege scripta et certa*⁴⁴.

Należy jednak pamiętać, że projektowany w tym kształcie czyn zabroniony pozostawałby oczywiście pod ochroną art. 1 k.k. – a zatem, aby stać się przestępstwem musiałby cechować się określonym stopniem zawinienia oraz społecznej szkodliwości w stopniu wyższym niż znikomy. Na straży gwarancyjnej funkcji prawa karnego stałyby również regulacje procesowe i sądowa wykładnia prawa – zwłaszcza orzecznictwo Sądu Najwyższego⁴⁵, które słusznie opowiada się ostatnio za derywacyjną koncepcją interpretacji przepisów, a zatem za uwzględnianiem oprócz dyrektyw językowych również wykładni systemowej (tj. na przykład dobroku wykładni art. 207 k.k.), celowościowej i porównawczej⁴⁶.

Wobec tego należałoby jednak usunąć sprzeczność pomiędzy powyższym rozumieniem przesłanki „utrudniania” lub „uniemożliwiania” realizacji kontaktów z dzieckiem lub pieczy naprzemiennej, a przesłanką „wykonania” tego uprawnienia. Należałoby raczej zastąpić ją określeniem „wykonywania” kontaktów lub pieczy naprzemiennej, aby rozumieć ją jako sytuację wielokrotną – a jedynie wyjątkowo jednorazową.

4.3.3. Pozostałe kwestie

Podsumowując ten fragment rozważań należy ponownie podkreślić – w stosunku do obu propozycji legislacyjnych, jako ogólną dyrektywę stosowania przyszłego przepisu – konieczność precyzyjnego określania konkretnych okoliczności czasu i miejsca, w których miało miejsce „uchylanie się” od wykonania orzeczenia lub ugody, lub „utrudnianie” bądź „uniemożliwianie” realizacji uprawnień rodzicielskich. Nie będzie zatem wystarczające ogólne poprzestanie w akcie oskarżenia lub wyroku na wskazaniu, że oskarżony w danym czasie „uchylał się” „utrudniał” lub „uniemożliwiał” realizację uprawnień rodzicielskich – ale należy opisać konkretne sytuacje, które złożyły się na takie zachowanie⁴⁷.

⁴⁴ Na ten temat zob. np. M. Tomczyk, Zasada *nullum crimen sine lege certa* i jej ograniczenia na tle języka etnicznego, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 2018, t. LXXX, nr 2, s. 105–107, gdzie jednak podkreśla się, że nie należy znaleźć złoty środek pomiędzy ogólnikowością a kazuistyką sformułowań ustawowych. Ponadto: J. Długosz, Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym, Warszawa 2016; A. Rychlewska-Hotel, Zasada *nullum crimen sine lege* jako wymóg przewidywalności konsekwencji prawnokarnych, Kraków 2019, s. 205–268.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 258–268.

⁴⁶ Por. np. postanowienie SN 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. I KZP 17/15, uchwała SN 7 sędziów z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. I KZP 2/17.

⁴⁷ Podobnie, w odniesieniu do art. 225 k.k. – S. Kowalski, *op. cit.*

4.4. Wybrane zagadnienia sankcji

Już poprzednio, przy rozważaniu poszczególnych aspektów wprowadzenia nowego typu przestępstwa, pojawiały się uwagi co do kwestii zagrożenia karnego za penalizowane zachowanie.

Obecnie warto dodać, że z istotnych podobieństw obu projektów główną cechą jest wprowadzenie zagrożenia karnego w postaci kary ograniczenia wolności. Jest to rozwiązanie prawidłowe, gdyż kara ta może mieć efekt odstraszący wobec sprawców alienacji rodzicielskiej – zwłaszcza, gdy nieskuteczne jest stosowanie dolegliwości majątkowych, a ograniczenie wolności ma postać pracy społecznie użytecznej.

Pomiędzy projektami istnieją również poważne różnice, przy czym pierwsza z nich dotyczy kary pozbawienia wolności.

Jak już wcześniej wspomniano w nowym przepisie art. 209a k.k. według projektu rządowego brakuje nie tylko typów kwalifikowanych, ale w ogóle zagrożenia karnego w postaci kary pozbawienia wolności. Jest tak mimo uwag prawoporównawczych co do stosowania tej kary w wielu innych krajach Europy⁴⁸. Nie przesądzając o słuszności tego rozwiązania należy zwrócić uwagę, że może zastanawiać czy jest prawidłowe, iż nowy typ przestępstwa nie będzie zawierał narzędzia karania najbardziej poważnych przejawów alienacji rodzicielskiej, skutkujących trwałym uszczerbkiem na zdrowiu lub śmiercią pokrzywdzonego. Trudno zarazem przyjąć, że projektodawca nie zdaje sobie sprawy z tego, iż takie sytuacje występują i to w postaci poważnego problemu społecznego – skoro zdecydował się na kryminalizację tego typu zachowania.

Co więcej, zwolennikom wprowadzenia surowszego rozwiązania na pewno odpowiadałby argument, iż skala natężenia konfliktów jest tak wysoka, że wprowadzenie surowej kary w postaci pozbawienia wolności może czynić zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Rozwiązanie takie może także obrazowo wpisywać się w rolę odpłaty, jaką kara tradycyjnie pełni w społeczeństwie. Skoro bowiem zachowanie przestępcze polega na celowym, dolegliwym izolowaniu bliskich osób od siebie – to kara polegająca na izolacji więziennej może być uznana za sankcję adekwatną do nieakceptowanego społecznie zachowania.

Ponadto należy zastanowić się, czy wprowadzenie kary pozbawienia wolności mogłoby pełnić funkcję kompensacyjną dla ofiar przestępstwa, jakimi *sensu largo* są nie tylko osoby dorosłe (najczęściej izolowany rodzic), ale przede wszystkim dziecko. Mowa o sytuacji, gdy pobyt w wię-

⁴⁸ Projekt rządowy z uzasadnieniem, s. 20–21.

zieniu sprawcy przestępstwa może umożliwić pokrzywdzonym nadrobienie czasu straconego wskutek alienacji.

Z drugiej strony decyzja ustawodawcy o pominięciu kary pozbawienia wolności może mieć również swoje uzasadnienie i wynikać na przykład z uznania nieproporcjonalności kary pozbawienia wolności do zachowania polegającego na przeciwdziałaniu realizacji kontaktów. Nie zostało to jednak w uzasadnieniu projektu wystarczająco podbudowane merytorycznie.

W odniesieniu do projektu obywatelskiego, który z kolei przewiduje karę pozbawienia wolności, można dyskutować, czy jej wprowadzenie zapewni realizację głównej funkcji wprowadzanego przepisu – czyli ochronę kontaktów, a zatem więzi osób bliskich. Można bowiem wątpić w to, czy przykładowe zachowanie uprawnionego rodzica, zmierzające do skazania alienatora na karę bezwzględnego pozbawienia wolności będzie sprzyjać budowaniu pozytywnego wizerunku u dziecka, z którym chce on utrzymywać kontakty.

W tym kontekście szczególne zastrzeżenia można mieć do surowości sankcji przewidzianych w typach kwalifikowanych⁴⁹. Oczywiście orzekanie o karze za przestępstwa z art. 207a § 2 i 3 k.k. również odbywałoby się z zastosowaniem ogólnych dyrektyw wymiaru kary, ale – tytułem przykładu – w razie usiłowania, pomocnictwa lub podżegania do przestępstwa art. 207 § 3 k.k. nie będzie możliwe zastosowanie instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego. Z kolei praktyczna szansa na uzyskanie warunkowego zawieszenia kary byłaby dużo mniejsza – mimo iż teoretycznie za każde z przestępstw uregulowanych w art. 207a § 1–3 k.k. byłaby taka możliwość.

W odniesieniu do kary grzywny trzeba podkreślić, że projekt rządowy w części, w której przewiduje za planowane przestępstwo zagrożenie tego typu karą, jest nieracjonalny. Nie można bowiem inaczej określić konstrukcji przepisu, który ustanawia karę grzywny w sytuacji, gdy w obrocie prawnym pozostaje niewyegzekwowane, prawomocne nakazanie zapłaty sumy nałożonej postanowieniem sądu opiekuńczego. Takie ujęcie mechanizmu ochrony uprawnień rodzicielskich nie tylko nie będzie skuteczne, ale może wręcz pogłębiać lekceważenie wobec porządku prawnego ze strony osób ignorujących z różnych powodów wcześniejsze orzeczenie sądu opiekuńczego. Należy bowiem podkreślić, że dotychczasowa nieskuteczność mechanizmu z art. 598¹⁵ i nast. k.p.c. wiązała się często z niewykazywaniem bądź ukrywaniem dochodów – a zatem

⁴⁹ Sprawca przestępstwa z art. 207a § 2 k.k. podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 3, natomiast sprawca przestępstwa z art. 207a § 3 k.k. podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 12 lat.

brakiem możliwości ustalenia realnych możliwości zarobkowych i nałożenia grzywny. To kolejny z argumentów za niecelowością wprowadzenia sankcji w postaci grzywny, która w obecnie obowiązującym systemie stawek dziennych również uzależniona byłaby od dochodów. Nie byłby to zatem skuteczny instrument wobec osób zamożnych – które mogą zapłacić grzywnę i nadal ignorować orzeczenie, jak i wobec osób ubogich, wobec których kary pieniężne już w praktyce się nie sprawdziły.

W tym zakresie przepis może nawet spotkać się z zarzutem niekonstytucyjności, poprzez niezgodność z zasadami sprawiedliwości społecznej i proporcjonalności. Ustawodawca nie może bowiem wprowadzać do porządku prawnego sankcji oczywiście nieadekwatnych do czynu i jego skutków lub nieracjonalnych albo niewspółmiernie dolegliwych⁵⁰. Projekt obywatelski słusznie zatem pomija zagrożenie karne w postaci kary grzywny.

5. Zagadnienia procesowe

Zagadnienia procesowe co do projektowanego przestępstwa stanowią zaledwie przyczynkę do badań nad tym zagadnieniem. Ich sygnalizacja może mieć jednak znaczenie w procesie legislacyjnym. Częściowo odnoszą się one do obu projektów, a częściowo do projektu rządowego, który wprost przewiduje wprowadzenie zmian w k.p.k.

Przede wszystkim warto przeanalizować krąg pokrzywdzonych przestępstwem alienacji rodzicielskiej. Teoretycznie można przyjąć, że pokrzywdzonym jest alienowany dorosły (lub dorośli), gdyż to on jest stroną lub uczestnikiem postępowań w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub pieczy naprzemiennej i on jest traktowany jako uprawniony w przepisach art. 113 i nast. k.r.o., wobec czego zespół znamion czynu zabronionego obejmuje jedynie jego⁵¹. Jednakże nie można pomijać, że ze swojej istoty takie samo uprawnienie do niezakłóconej realizacji kontaktów ma dziecko⁵², a stosowanie alienacji wobec dorosłego równa się najczęściej izolowaniu dziecka, które doznaje uszczerbku co do tych samych indywidualnych dóbr prawnych co dorosły. Odpowiada to zatem wprost definicji pokrzywdzonego z art. 49 § 1 k.p.k. Wniosek ten odnieść można do całej regulacji, jednakże szczególnie wyraźnie nasuwa się on gdy weźmie się pod uwagę konstrukcję typów kwalifikowanych w projekcie obywatelskim.

⁵⁰ Por. wyrok TK z dnia 1 lipca 2014 r., sygn. SK 6/12.

⁵¹ Tak m.in. w odniesieniu do wykładni pojęcia pokrzywdzonego uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 r., sygn. I KZP 43/99.

⁵² J. Zajackowska, *op. cit.*, s. 272–273.

Można bowiem równie łatwo wyobrazić sobie uszczerbek na zdrowiu lub targnięcie się na swoje życie alienowanego rodzica, jak i dziecka izolowanego zachowaniem sprawcy.

Tak więc – przy całej świadomości, że w projektowanym zakresie przepisy karne mają przede wszystkim sprzyjać przestrzeganiu prawa rodzinnego (materialnego i procesowego) – należy uznać, że krąg podmiotów pokrzywdzonych przestępstwem alienacji rodzicielskiej powinien obejmować również dziecko.

W związku z tym, z uwagi na treść art. 51 § 1–3 k.p.k. jego prawa w procesie karnym wykonywać będzie przedstawiciel ustawowy, którym najczęściej będzie rodzic. Jednakże, jeśli to w jego sprawie lub przeciwko niemu będzie toczyć się postępowanie karne – prawa dziecka powinien wykonywać wyznaczony przez sąd kurator⁵³.

Projekt rządowy przewiduje wprowadzenie do k.p.k. nowego przepisu art. 318a k.p.k.⁵⁴ Przepis ten daje możliwość zawieszenia postępowania celem udzielenia podejrzanemu możliwości dobrowolnego wykonania orzeczenia lub ugody w przedmiocie kontaktów z dzieckiem lub pieczy naprzemiennej.

Pomysł ten należy ocenić aprobująco, natomiast rozwiązanie – krytycznie, z kilku powodów.

Po pierwsze instytucja zawieszenia postępowania z art. 22 k.p.k. nie została wprowadzona po to, aby służyć wywieraniu wpływu na strony postępowania. Jej celem jest utrzymanie zawisłości postępowania w razie zaistnienia długotrwałej przeszkody uniemożliwiającej jego prowadzenie⁵⁵.

Po drugie sposób konstrukcji przesłanek wprowadza niepotrzebną kauzystykę do k.p.k., zarówno co do przesłanek zawieszenia, jak i co do samego zastosowania tej instytucji – skoro zgodnie z art. 325i k.p.k. w szczególnie uzasadnionych przypadkach prokurator może przedłużyć okres trwania dochodzenia na dalszy czas oznaczony.

Gwoli sprawiedliwości należy dodać jednak, że instytucja zawieszenia postępowania poza k.p.k. jest niekiedy stosowana jako swoisty środek związany z poddaniem sprawcy próbie. Podstawa taka istnieje w art. 72 ust. 1 i art. 73 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁵⁶.

⁵³ Por. postanowienie SN z dnia Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2015 r. sygn. I KZP 8/15 i przytoczone tam wcześniejsze orzecznictwo oraz literatura.

⁵⁴ Por. pkt 2.1. powyżej.

⁵⁵ Z. Gostyński, *Zawieszenie postępowania w nowym ustawodawstwie karnoprosocym*, Warszawa 1998, s. 88.

⁵⁶ Dz. U. z 2019 r., poz. 852.

Jednakże w stosunku do przestępstwa, którym inspirował się przy konstruowaniu przepisu penalizującego alienację rodzicielską – czyli przestępstwa niealimentacji, zastosowano ustawową klauzulę niekaralności (art. 209 § 4 k.k.) oraz możliwość odstąpienia od wymierzenia kary (art. 209 § 5 k.k.) w razie dobrowolnego uregulowania zaległości. Wobec tego spójność legislacyjna nakazywałaby umieszczenie w projektowanym przepisie tego typu rozwiązań w k.k., co dodatkowo uchroniłoby k.p.k. od szkodliwej zmiany.

Na marginesie, niezrozumiałe jest wprowadzenie jedynie pisemnej formy co do oświadczenia podejrzanego – gdy poza szczególnymi przypadkami, zarezerwowanymi dla zasadniczych dokumentów procesowych (jak akt oskarżenia, wyrok, apelacja) dopuszczalna jest forma pisemna lub ustna do protokołu (art. 116 k.p.k.).

6. Podsumowanie

Podsumowując rozważania przedstawione w artykule, należy mieć nadzieję, że przygotowanie ewentualnych zmian w kodyfikacji karnej obejmować będzie wnikliwą ocenę skutków regulacji, która przyniesie odpowiedzi na powyższe, a także inne pytania i wątpliwości – zgodnie z naczelną rolą procesu legislacyjnego w urzeczywistnianiu konstytucyjnej zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a zarazem zapobieganiu pochopnym decyzjom prawotwórczym⁵⁷.

Remarks on criminalization of parental alienation

Abstract

This paper discusses some fundamental aspects of a new offence of parental alienation, which is intended and demanded to be introduced into the Act of 6 June 1997 – Penal Code. The aspects are analysed based on two recently published draft amendments to the Penal Code: draft amendment initiated by the government in 2019 and subsequently dropped with the end of the 8th term of the Sejm (Sejm paper no. 3254), and draft amendment submitted to the Senate of the 10th term by citizens on 4 February 2020 (paper no. 63).

⁵⁷ L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2019, s. 15.

Marcin Gołaszewski¹

Uwarunkowania zdrowotne poddania badaniom poligraficznym (wariograficznym)

Streszczenie

W postępowaniach karnych i procedurach wewnętrznych instytucji, w których zleca się badania poligraficzne (wariograficzne) często stawia się pytania o potencjalne przeszkody natury zdrowotnej w przeprowadzeniu miarodajnych testów z wykorzystaniem poligrafu. Z kolei, gdy do takiego badania dochodzi, podnosi się niekiedy wątpliwości o wpływ na jego wyniki rozmaitych okoliczności związanych ze stanem psychofizycznym osoby badanej. Autor artykułu, w oparciu o posiadane wiadomości specjalne i doświadczenie zawodowe, dokonuje systematyzacji takich okoliczności i wskazuje, które z nich całkowicie wyłączają możliwość przeprowadzenia badania poligraficznego, albo utrudniają tę czynność – ale w ograniczonym zakresie – a które stanowią tylko pozorne przeszkody, wykorzystywane przez osoby badane lub strony niezadowolone z rezultatów testów do tego, by bez konsekwencji uniknąć poddania się badaniu lub podważać wartość dowodową opinii sporządzonej przez biegłego.

Słowa kluczowe

Poligraf, wariograf, badania psychofizjologiczne, zdrowie, stan psychofizyczny, zaburzenia, testy, miarodajność, opinia, biegły, postępowanie karne, procedury kadrowe, kryminalistyka.

Wprowadzenie

Kwestia uwarunkowań zdrowotnych badań poligraficznych (szerzej – związanych z aktualnym stanem psychofizycznym osoby poddawanej badaniu) pozostaje w przedmiocie zainteresowania zlecniodawców

¹ Autor jest biegłym sądowym z zakresu badań poligraficznych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie; sprawuje funkcję Prezesa Zarządu Polskiego Towarzystwa Badań Poligraficznych (www.ptbp.pl).

ekspertyz (m.in. przedstawicieli organów procesowych czy właściwych przełożonych w instytucjach, w których przeprowadza się takie badania), osób badanych i ich pełnomocników oraz badających. Ewentualne przeciwwskazania natury zdrowotnej bywają skrupulatnie analizowane w szczególności przez stronę niezadowoloną z wyników badania, a także tego, który z różnorodnych powodów poszukuje uzasadnienia (nieraz pozornego), aby nie poddać się testom w wykorzystaniem poligrafu, pomimo ich dobrowolności². W polskiej literaturze przedmiotu zagadnienia te nie zostały jak dotąd usystematyzowane w jednym miejscu i często budzą niedomówienia, kontrowersje. Z kolei ze źródeł obcojęzycznych – najistotniejszym dokumentem wydają się *Modelowe zasady oceny dopuszczalności osób badanych do badań poligraficznych*, opublikowane przez wiodące zrzeszenie ekspertów tej specjalności na świecie – *American Polygraph Association (APA)*³.

Tytułem uwag wstępnych należy powiedzieć, że badanie poligraficzne (badanie psychofizjologiczne z wykorzystaniem poligrafu) polega na przeprowadzeniu bezpośredniego wywiadu, rejestracji niewolicjonalnych (niezależnych od woli człowieka) zmian reakcji fizjologicznych na bodźce testowe (najczęściej werbalnie zadawane pytania, albo zaprezentowane fotografie, przedstawiające ludzi lub przedmioty), a następnie interpretacji zapisów na poligramach w odniesieniu do odpowiedzi i innych zachowań osoby badanej w czasie testów. Odbywa się to w oparciu o potwierdzone naukowo kryteria diagnostyczne przewidziane dla różnych systemów analizy danych, dostosowanych do poszczególnych rodzajów testów. Testy zawierające tzw. pytania porównawcze (dawniej określane jako „kontrolne”) i pytania relewantne (inaczej „krytyczne”), są skuteczne z powodu różnych poziomów kognitywnego zaangażowania, istotności (zwłaszcza, gdy dochodzi do tego zagrożenie zdemaskowania kłamstwa

² Badanie poligraficzne nie może być przeprowadzone pod przymusem – nie tylko ze względu na obowiązujące przepisy prawa, ale przede wszystkim – ze względu na samą istotę tego badania. Wymaga ono bowiem współpracy między osobą poddawaną badaniu a ekspertem. Badany powinien wypełniać wszelkie instrukcje przekazywane przez badającego. Z nie do końca pełną dobrowolnością mamy do czynienia jedynie w przypadku badań funkcjonariuszy i pracowników w instytucjach państwowych. Skierowanie na badanie jest w tym przypadku poleceniem służbowym, którego odmowa wykonania może być potraktowana jako delikt dyscyplinarny. Chodzi natomiast wyłącznie o odmowę nieuzasadnioną racjonalnymi przesłankami. W każdym wypadku decyzja o wyrażeniu zgody (lub nie) na poddanie się badaniu poligraficznemu należy do badanego, a poligrafer jest zobowiązany ją uszanować.

³ American Polygraph Association, Model Policy for the Evaluation of Examinee Suitability for Polygraph Testing, (*online*), 2012, <https://apoa.memberclicks.net/assets/docs/suitability%20model%20policy.pdf> (dostęp: 15 stycznia 2020).

lub konsekwencji dokonanego czynu), wynikających z treści wymienionych głównych kategorii pytań dla badanych prawdomównych i odpowiadających nieszczerze. Z kolei test ukrytych informacji („wiedzy winnego”, „wiedzy o czynie”) sprawdza się z powodu różnicy w znaczeniu kluczowego bodźca względem bodźców neutralnych – z punktu widzenia osoby, która rozpoznaje kluczową odpowiedź (szczegół ulokowany w sekwencji bodźców).

Średnia dokładność rozmaitych testów poligraficznych kształtująca się na poziomie 90% plasuje przedmiotowe badania w czołówce powszechnie uznawanych i praktykowanych badań kryminalistycznych – znacznie wyżej niż wskazywałyby na to obiegowe opinie, także środowiska prawniczego⁴. Wnikliwe zapoznanie z przedmiotową materią pozwala na zmianę stereotypowego myślenia o poligrafie, czego przykładem jest teza jednego z orzeczeń Sądu Okręgowego w Białymstoku z 2016 r. Sąd zauważył wówczas, że dowód z opinii biegłego zakresu badań poligraficznych jest ważnym, przydatnym dowodem naukowym, dowodem ze znormalizowanymi procedurami i ustalonymi standardami badań, którego „skuteczność procentowa” prezentuje się wręcz bardziej korzystnie niż dowodów uzyskanych na podstawie badań dotyczących innych dziedzin naukowych, w tym kryminalistycznych, które są powszechnie wykorzystywane w procesach karnych⁵.

Trzeba przy tym pamiętać, że niezwykle istotne jest, komu powierza się przeprowadzenie badania poligraficznego. To nie od „maszyny”, lecz eksperta zależy prawidłowość wydanej opinii i zgodność wykonanych czynności z powszechnie uznanymi standardami profesjonalnymi (regułami sztuki). W polskiej rzeczywistości na rynku prywatnym funkcjonują różne podmioty, nawet o poważnie, naukowo brzmiących nazwach, których działalność budzi ogromne wątpliwości. Co więcej – nawet wpis na listę biegłych sądowych nie zawsze jest miarodajnym potwierdzeniem specjalistycznych kwalifikacji i gwarancją dobrej praktyki. Realnym punktem odniesienia w tej dziedzinie są certyfikaty potwierdzające ukończenie pełnowymiarowego szkolenia (obejmującego 320–400 godzin zajęć) – wydawane przez American Polygraph Association; poświadczenia rekomendacji eksperckich, udzielane w ramach sformalizowanej procedury przez Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych, a także zaświadcze-

⁴ Szerzej na ten temat: M. Gołaszewski *et al.*, Postrzeganie badań poligraficznych w Polsce oraz ich użyteczność w służbach i innych obszarach działalności, *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 2018, nr 18 (10), s. 151–167.

⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 5 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. III K 92/15, dostępny w Internecie (16 stycznia 2020 r.): [http://orzeczenia.bialystok.so.gov.pl/details/\\$N/150505000001506_III_K_000092_2015_Uz_2016-01-05_002](http://orzeczenia.bialystok.so.gov.pl/details/$N/150505000001506_III_K_000092_2015_Uz_2016-01-05_002).

nia o uprawnieniach eksperta wystawiane podległym funkcjonariuszom i pracownikom przez osoby sprawujące kierownicze funkcje w instytucjach państwowych, w szczególności w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Służbie Kontrwywiadu Wojskowego.

Badania poligraficzne w Polsce i na świecie przeprowadza się na użytek procesu karnego (przy czym ustawodawstwo w tym zakresie jest zróżnicowane), w procedurach kadrowych (przedzatrudnieniowych i w ramach wewnętrznej kontroli pracowników, funkcjonariuszy), w nadzorze i terapii osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej (obecnie w USA i Wielkiej Brytanii – jako element swoistego kontraktu dotyczącego warunków przedterminowego zwolnienia) oraz na rozmaite potrzeby prywatne (np. przy wewnętrznych ustaleniach w przedsiębiorstwie, dotyczących okoliczności strat materialnych, a pośród osób fizycznych dominuje popyt na weryfikację wierności partnera).

W polskim procesie karnym badanie poligraficzne wykonuje się w postaci ekspertyzy – dla celów eliminacyjnych (art. 192a § 2 k.p.k.) i dowodowych (art. 199a k.p.k.). Można je zlecić na dowolnym etapie postępowania karnego – wobec podejrzanego, świadka, oskarżonego, a nawet osoby o nieustalonym jeszcze statusie procesowym⁶. Wśród ograniczeń pozostają właściwie tylko konieczność uzyskania zgody osoby badanej oraz zakaz dowodowy łączenia badania poligraficznego z czynnością procesową przesłuchania, wynikający z art. 171 § 5 ust. 2 k.p.k. W praktyce amerykańskiej, po zakończeniu fazy testów, badanie wieńczy etap przesłuchania, ale w modelu europejskim sprawa wygląda nieco inaczej – jest to badanie „kliniczne”. Nie zawiera zwykle elementów konfrontowania, badany zachowuje pełną swobodę wypowiedzi, a badanie mierza to dokonania prawidłowych pomiarów reakcji organizmu i postawienia diagnozy – wydania opinii o sposobie reagowania osoby badanej. Rozmowa po testach ma na celu umożliwić badanemu dokonanie ewentualnych uzupełnień złożonych wcześniej oświadczeń czy wyjaśnienie przyczyn jego niespójnych reakcji z udzielonymi w czasie badania odpowiedziami, ale nie jest to prowadzone w formie przesłuchania.

Po badaniu (czasem niemal natychmiast, a często dopiero po czasochłonnej analizie danych) ekspert może się wypowiedzieć czy zarejestrowane przez poligraf zapisy reakcji badanego przy udzielaniu odpowiedzi na poszczególne pytania są – w zestawieniu ze statystycznymi

⁶ Por. J. Widacki, *Opinia z badań poligraficznych w procesie karnym*, Palestra 2017, nr 7–8, s. 5–10; M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w polskim procesie karnym po Postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r.*, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2015, nr 13 (7), s. 139–150.

danymi referencyjnymi – typowe dla osób odpowiadających szczerze, albo przeciwnie – takie, które zwykle obserwuje się u osób nieprawdomównych. Możliwe jest także stwierdzenie, czy reakcje badanego wskazują na rozpoznanie przez niego pewnych szczegółów związanych z danym zdarzeniem (takich, które – poza śledczymi – powinny być znane wyłącznie uczestnikowi zdarzenia – sprawcy, albo naocznemu świadkowi).

Poligraf (zarówno analogowy, jak i współcześnie częściej – komputerowy) powinien być wyposażony w: a) dwa pneumografy, mierzące ruchy górnej i dolnej części klatki piersiowej, odzwierciedlające zmiany w cyklu oddechowym, b) mankiety do pomiaru ciśnienia krwi i tętna; c) elektrody mierzące zmiany w przewodnictwie elektrycznym skóry (odruch skórnogalwaniczny – GSR/EDA); d) czujnik aktywności motorycznej (obligatoryjnie na siedzisko, a fakultatywnie również pod stopy, przedramiona i czujnik aktywności mięśni żuchwy); e) fotopletysmograf (PPG/PLE), który mierzy reakcje naczynioruchowe (zmiany w amplitudzie pulsu). Informacji diagnostycznych dostarczają zapisy reakcji, za które odpowiada autonomiczny układ nerwowy. Z kolei dane z czujników ruchu pozwalają ocenić, które zapisy wynikają z naturalnych reakcji organizmu, a które należałoby potraktować jako artefakty (sztuczne, niediagnostyczne zapisy). Pneumografy zakłada się na górnej części klatki piersiowej oraz w okolicach przepony. Mankiety umieszcza się zwykle na ramieniu (alternatywnie – w wyjątkowych wypadkach – na przedramieniu, nadgarstku, łydce lub palcu u dłoni, na co pozwalają różne rodzaje mankietów). Elektrody wielorazowego użytku umieszcawiane są na palcach u dłoni. Stosuje się także jednorazowe elektrody, przyklejane na wewnętrznej części dłoni lub do podeszwy (dolnej powierzchni stopy). Fotopletysmograf zakłada się na koniuszek środkowego palca u dłoni. Natomiast czujniki ruchu układane są na siedzisku, na oparciach fotela do badań, na podłodze przed fotelem, a stosunkowo nowy, nieco mniej znany czujnik aktywności mięśni żuchwy ma postać dużych słuchawek nausznych.

Zrozumienie, choćby w podstawowym stopniu, istoty badania poligraficznego – do czego służy i jak wyglądają jego etapy, a także z czego składa się poligraf i co mierzy – powinno pozwolić na trafniejsze rozważenie znaczenia potencjalnych odchyłeń od normalnego, dobrego stanu psychofizycznego osoby badanej. W szczególności – które okoliczności powodują wyłączenie możliwości przeprowadzenia takiego badania, a których nie należy przeceniać. Uwarunkowania zdrowotne badań poligraficznych należy rozpatrywać w następujących płaszczyznach:

– czy istnieją bariery fizyczne uniemożliwiające przeprowadzenie badania?

- czy przeprowadzenie badania może wywołać negatywne skutki dla zdrowia i życia osoby badanej?
- czy istnieją takie okoliczności związane ze stanem zdrowia, które z założenia powodują niemiernodajność wyników testów, albo zniekształcająco wpływają na część pomiarów poligrafu, nie przekreślając całkowicie możliwości wydania diagnostycznej opinii?

Odpowiednie przygotowanie kandydata do badania

Jest wskazane, aby osoba przewidziana do poddania testom z wykorzystaniem poligrafu została poinformowana o tym fakcie co najmniej 24 godziny przed planowanym terminem czynności – co daje jej niezbędną czas na odpowiednie przetworzenie tej informacji, także na poziomie nieświadomym. Na badanie powinna stawić się względnie zdrowa, wypoczęta, po porannym posiłku. Chodzi o to, aby stworzyć – w miarę możliwości – warunki, które sprzyjają optymalnemu funkcjonowaniu organizmu. Takiego stanu nie uda się uzyskać, jeśli osoba badana nie będzie miała zaspokojonych potrzeb biologicznych, np. gdy wystąpi deprywacja snu czy głód.

W przypadku przyjmowania leków przepisanych przez lekarza do regularnego stosowania, nie należy ich odstawiać. Badany powinien funkcjonować w sposób jak najbardziej zbliżony do zwyczajnego. Przykładowo, nałogowemu palaczowi tytoniu warto zezwolić na zapalenie papierosa przed badaniem, a nawet zarządzić w tym celu przerwę w trakcie długotrwałej czynności.

Powyższe zalecenia obrazują pożądaną kondycję psychofizyczną kandydata do badania. Niespełnienie niektórych z nich nie zawsze musi oznaczać konieczność odstąpienia od przeprowadzenia testów – tym bardziej, że w realnych warunkach trudno jest za każdym razem spełnić wszystkie zalecenia jednocześnie. Poniżej prześledzimy zatem niektóre z możliwych okoliczności, które mogą wystąpić w związku z badaniem poligraficznym, koncentrując się na uwarunkowaniach zdrowotnych.

Okoliczności wyłączające możliwość przeprowadzenia badania poligraficznego

Zgodnie z wytycznymi APA⁷ – osoba poddawana badaniu powinna mieć ukończone co najmniej 12 lat, być zdolna do abstrakcyjnego myślenia, odróżniania fikcji od rzeczywistości, mieć świadomość kontekstu przeprowa-

⁷ American Polygraph Association, Model Policy...

dzanego badania, wgląd we własne motywacje oraz innych ludzi, przewidywać konsekwencje różnych zachowań, orientować się w czasie i przestrzeni.

Badań poligraficznych nie przeprowadza się wobec osób, które:

- wykazują aktualne (czyli przypadające na czas badania) zaburzenia psychotyczne, np. związane z chorobami przewlekłymi (m.in. schizofrenią), jak i psychozami reaktywnymi (w tym – z powodu traumatycznego przeżycia) oraz egzogennymi (np. wywołanymi przez zażywanie środków odurzających czy urazy mózgu). Przy tej kategorii schorzeń występują bowiem poważne zakłócenia w postrzeganiu rzeczywistości, z urojeniami i halucynacjami włącznie;
- w testach psychologicznych (np. psychometrycznych) mają stwierdzone poważne opóźnienie umysłowe lub poziom IQ poniżej 55, albo wskaźniki MAE (ang. *mean age equivalence*) czy SAS (ang. *standard age score*) poniżej 12 roku życia;
- w skali oceny funkcjonowania (GAF – *global assessment of functioning*) według klasyfikacji DSM–V osiągnęły wynik nieprzekraczający 50, wymagając stałej obserwacji i wsparcia;
- według klasyfikacji DSM–I znajdują się w stanie psychicznym określanym jako „ciężki” lub z cechami psychotycznymi;
- doświadczają związanego ze stanem chorobowym, ostrego cierpienia, bólu lub skrajnego wyczerpania fizycznego;
- mają zauważalnie upośledzone funkcje poznawcze z powodu środków farmakologicznych, odurzających (włącznie z alkoholem).

Niekiedy na przeszkodzie mogą stać ułomności fizyczne, poważne problemy z kręgosłupem czy doraźne kontuzje, uniemożliwiające utrzymanie pozycji siedzącej przez dłuższy czas. Możliwe są sytuacje, w których osoba badana ma amputowaną dłoń, albo brakujące palce u dłoni w wyniku jakiegось wypadku. Wówczas ekspert ma zwykle jeszcze różne alternatywne możliwości, aby założyć czujniki w innych miejscach – np. czujniki EDA na stopy zamiast dłonie. Każdy przypadek wymaga indywidualnego podejścia.

Pozostałe potencjalne ograniczenia w przeprowadzaniu badań poligraficznych

O osobie doświadczającej dolegliwości zdrowotnych, które jednak nie wykluczają całkowicie poddania jej badaniu poligraficznemu – mówi się, że jest na granicy dopuszczalności do badania, ale w dalszym ciągu nie rezygnuje się z przeprowadzenia tej czynności. Ma to uzasadnienie zwłaszcza, jeśli bezpieczeństwo narodowe, dobro wymiaru sprawiedli-

wości czy dobro służby przewyższają dobre samopoczucie, komfort osoby badanej, bez jednoczesnego realnego ryzyka dla jej zdrowia. Trzeba pamiętać, że poza celem wykrywczo-diagnostycznym, badanie poligraficzne może spełniać też inne funkcje: informacyjną (poprzez pozyskanie potencjalnie istotnych oświadczeń badanego w danej sprawie) i prewencyjną, odstrasżającą (poprzez zniechęcanie do niepożądanych zachowań np. pośród osób zatrudnionych, albo regularnie kontrolowanych sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej). W przypadku wątpliwości dotyczących stanu psychofizycznego osoby badanej warto rozważyć możliwość skorzystania z konsultacji lekarza specjalisty lub psychologa.

Inne niż psychotyczne zaburzenia psychiczne

Osoby, które cierpią na jakieś schorzenia psychiczne (np. nerwicę natręctw i wiele innych), ale nie znajdują się w stanie aktywnej psychozy, mogą być poddane badaniu poligraficznemu, jeśli ich stan jest ustabilizowany. W innym wypadku badanie należy przełożyć. Wyniki testów badanych zaburzonych psychicznie należy brać pod uwagę, ale z zachowaniem ostrożności i odnotowaniem takich informacji w sprawozdaniu po badaniu.

Traumatyczne przeżycia, silne zaabsorbowanie problemami zewnętrznymi

Zdarza się, że na badanie przybywa osoba, która doświadczyła właśnie jakiegoś traumatycznego przeżycia, związanego np. z wypadkiem, śmiercią bliskiej osoby czy byciem ofiarą dotkliwego przestępstwa. Możliwe, że ktoś pozostaje głęboko zatroskany problemami rodzinnymi, finansowymi czy innymi. Ekspert w trakcie wywiadu ustala wówczas, na ile taka osoba jest w stanie wypełniać przekazywane jej instrukcje i zachować odpowiednią koncentrację na tym, co dzieje się tu i teraz. Badania nie trzeba bezwarunkowo odwoływać, ale może warto je wówczas przełożyć na inny termin, jeśli sprawa nie należy do niecierpiących zwłoki.

Mityczna bariera ciśnienia krwi i tętna oraz inne problemy kardiologiczne

Ekspert prowadzący badanie poligraficzne zazwyczaj nie ma wykształcenia medycznego i nie jest zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek pomiarów medycznych, w tym bezwzględnych wartości ciśnienia krwi i tętna. Podczas testów zainteresowany jest względnymi wartościami

mi, obrazującymi zmiany reakcji organizmu. Nie musi nawet wiedzieć, czy zmiany te zachodzą na wysokim pułapie ciśnienia czy na niskim. Podwyższone ciśnienie krwi i tętno są zresztą zjawiskiem normalnym, ponieważ wiążą się ze stresem egzaminacyjnym. Nawet przy zwykłych pomiarach u lekarza znamy tzw. reakcję „na biały fartuch”. Dlatego ewentualna decyzja o odstąpieniu od przeprowadzenia badania z powodu nadciśnienia, albo tachykardii powinna należeć do samego badanego, w razie niepewności – po uprzedniej konsultacji lekarskiej.

W historii badań poligraficznych zdarzały się np. zasłabnięcia, ale nie były one spowodowane działaniem poligrafu, lecz doświadczeniem stresu. Czy z powodu silnego stresu, albo podwyższonego ciśnienia – podejrzany nie zostałby przesłuchany? Czasem zbyt wysokie pobudzenie emocjonalne może doprowadzić do licznych artefaktów, nieklarownych zapisów na poligramach (wykresach) i utrudnić jednoznaczne rozstrzygnięcie testów. Jak dotąd, nie zaistniały natomiast żadne dowody naukowe, które potwierdzałyby ryzyko wystąpienia fałszywych wyników testów z powodu problemów z ciśnieniem krwi lub tętnem.

Niektórzy polscy eksperci z zakresu badań poligraficznych decydują się jednak na dokonanie wstępnego sprawdzenia za pomocą ciśnieniomierza. To oni biorą wówczas odpowiedzialność za decyzję o kontynuowaniu lub odstąpieniu od dalszych czynności. Jako wartości graniczne przyjmują zwykle ciśnienie skurczowe 170 mmHg, rozkurczowe – 100 mmHg, a tętno – do 100/min. W świetle powyższych rozważań nie wydaje się to jednak konieczne, ani nawet szczególnie zasadne. Co więcej – praktyka pomiarów ciśnienia nie jest praktykowana w większości miejsc na świecie (a na pewno nie w Stanach Zjednoczonych czy Izraelu – krajach, gdzie popularność badań poligraficznych jest bardzo wysoka, a eksperci budzą międzynarodowe uznanie).

Z kolei w przypadku różnych arytmii serca może się okazać, że jeden parametr – *cardio* – nie dostarczy danych diagnostycznych. Może tak być w przekroju całego testu, albo tylko jego fragmentach. Jeśli tylko fragmentarycznie – nie ma powodu, by wyłączać całość zapisów z analizy. Najczęściej pojawia się jednak tylko drobna arytmia w postaci ekstrasytoli, czyli dodatkowych skurczy serca, przedwczesnego pobudzenia mięśnia sercowego. Nie musi oznaczać zjawiska chorobowego, a sprzyja temu niekiedy po prostu stres.

Problemy z drogami oddechowymi

Skoro jedynym z parametrów mierzonych przez poligraf są zmiany w sposobie oddychania – choroby z objawami kaszlu, duszności, a na-

wet zwykłego kataru nie sprzyjają klarownym zapisom na poligramach. Podobnie jak przy innych przejściowych dolegliwościach – należy wówczas rozważyć badanie w innym terminie, ale gdy sprawa należy do pilnych ekspert powinien sobie poradzić ze skutecznym przeprowadzeniem badania, choć pewnie będzie wymagało dodatkowych powtórzeń zadawanych pytań i wydłuży się w czasie – do momentu uzyskania wystarczającej ilości danych umożliwiających wydanie konkluzywnej opinii.

Środki farmakologiczne, alkohol, narkotyki

Generalnie leki stosowane zgodnie z medycznym przeznaczeniem, albo jako próba zakłócenia prawidłowych wyników badania poligraficznego – wbrew powszechnemu przekonaniu laików – nie stanowią dużego wyzwania dla poligrafera. Leki czy substancje narkotyczne mogą bowiem podwyższyć lub obniżyć ogólny poziom pobudzenia fizjologicznego osoby badanej, zwiększyć lub zmniejszyć reaktywność w jakimś parametrze, ale nie ma dowodów na to, by jakakolwiek substancja wpłynęłaby na zróżnicowany sposób reagowania, w zależności od kategorii bodźca. Mówiąc obrazowo nie istnieje taka pigułka, która spowodowałaby bardziej lub mniej znaczące zmiany reakcji organizmu tylko na wybrane przez badanego pytania testowe.

W skrajnym przypadku może dojść do niemal całkowitego zniwelowania zmian w jakimś z parametrów mierzonych przez poligraf. Przykładowo stosowane m.in. w leczeniu nadciśnienia, drżenia mięśni czy profilaktyce napadów migrenowych tzw. beta-blokery, powodują m.in. spadek częstotliwości pracy serca i obniżenie ciśnienia tętniczego poprzez hamowanie wydzielania reniny. Antyperspiranty aplikowane na dłoń mogą istotnie zablokować zmiany w przewodnictwie elektrycznym skóry⁸. Co najwyżej doprowadzi to jednak do nierozstrzygniętego wyniku testu. Nie sprawi, że osoba nieprawdomówna nagle zacznie reagować tak, jak zwykle reaguje osoba odpowiadająca szczerze. Wyłączenie z analizy jednego z parametrów może obniżyć nieco ogólną jakość uzyskanych danych, natomiast w dalszym ciągu nie wyklucza wydania opinii na temat pozostałych zmian reakcji fizjologicznych organizmu.

Jeżeli chodzi o alkohol – wszystko zależy od tego, czy osoba badana znajduje się w stanie, który istotnie upośledza jej funkcje poznawcze. Niewielka ilość alkoholu, stan „po spożyciu”, który nie jest jeszcze „sta-

⁸ Szerzej o wpływie środków chemicznych na pomiary poligrafu w: M. Gołaszewski (red.), *Współczesne standardy badań poligraficznych*, Warszawa 2013, s. 121–122.

nem nietrzeźwości”, należy uznać za bez znaczenia dla prawidłowego toku badania poligraficznego. Paradoksalnie – jeśli badaniu miałby być poddany alkoholik intensywnie pijący w dniach poprzedzających czynność – nagłe odstawienie mogłoby spowodować gorszą dyspozycję organizmu, niż np. po jednym piwie w dniu badania. Alkohol może mieć natomiast wpływ na miarodajność badania, jeśli weryfikowany czyn nastąpił w czasie całkowitej utraty świadomości (tzw. „urwanego filmu”) osoby badanej w chwili jego popełnienia. Wówczas taka osoba może zwyczajnie nie pamiętać, co naprawdę zrobiła i odpowiadać na pytania szczerze, choć niezgodnie ze stanem faktycznym. W rzadkich przypadkach mamy do czynienia z tzw. upojeniem patologicznym – czyli krótkotrwałym stanem psychozy, połączonym z agresją i niepamięcią. Biegli psychiatrzy orzekają wówczas, że zdolność rozumienia znaczenia i kierowania swoim postępowaniem jest u takiego człowieka zniesiona – oznacza więc niepoczytalność.

Ciąża

Szczególną kategorię osób badanych stanowią kobiety ciężarne. Jak mawiają – „ciąża to nie choroba”, jednak ze zrozumiałych względów poligrafer powinien zachować w tym przypadku szczególną ostrożność. Nie oznacza to, że należy automatycznie odstępować od badań kobiet w ciąży. Mając na uwadze, że badanie poligraficzne nie należy do metod inwazyjnych, a technicznie nie ma istotnych przeszkód czy czynników zakłócających wartość diagnostyczną danych rejestrowanych przez poliograf, zasadność wykonania takiego badania wymaga po prostu rozsądnego rozważenia z uwzględnieniem celu ekspertyzy i stanu osoby badanej⁹. Jeśli procedura nie jest pilna – np. przy badaniu kadrowym, które można bez większych konsekwencji przełożyć na inny termin – to nie ma sensu się spieszyć – zwłaszcza, gdy przeszkoda ma charakter przejściowy. Jednak nie zawsze można i warto czekać, gdy w grę wchodzi prawidłowy tok postępowania karnego, albo zapewnienie bezpieczeństwa publicznego czy ochrona życia i zdrowia innej jednostki. Przed ewentualnym badaniem należy pozyskać stosowne zaświadczenie lekarskie, potwierdzające, że ciąża nie jest zagrożona i nie ma powodu sądzić, że poddanie testom z wykorzystaniem poliografu spowoduje jakieś komplikacje. Ostatecznie decydujące jest tu stanowisko samej osoby badanej.

⁹ M. Gołaszewski, *Polygraph Examination of Pregnant Women: Dilemmas and Recommendations*, *European Polygraph* 2014, nr 2, s. 69–78.

Konkluzje

Reasumując należy jednoznacznie podkreślić, że badanie poligraficzne nie jest metodą, która łączy się z ingerencją w organizm ludzki. Autorem nie jest znany jakiegokolwiek przypadek, w którym takie badanie samo przez się spowodowało negatywne konsekwencje zdrowotne. Biegły powinien natomiast, za każdym razem, odnotować w opinii lub sprawozdaniu wszystkie pozyskane od osoby badanej istotne informacje na temat jej stanu psychofizycznego, a na pewno te, które – w oparciu o aktualny stan nauki – mogłyby mieć wpływ na wyniki testów. Powinien także wskazać, które fragmenty sformułowanych wniosków należałoby potraktować z ostrożnością, jeśli przemawiają za tym jakieś okoliczności zdrowotne. Nie istnieje jednak żadne teoretyczne uzasadnienie, ani – jak dotąd – jakiegokolwiek opublikowane badanie naukowe, które sugerowałoby, że u osoby spełniającej kryteria normalnego funkcjonowania dla osób poddawanych badaniom poligraficznym, problemy zdrowotne czy zażywane leki skutkowałyby fałszywymi rezultatami testów. Tego typu okoliczności mogą zwiększać odsetek wyników nierozstrzygniętych, ale nie ma dowodów na to, by rosło ryzyko dostarczania opinii fałszywie obciążających albo odciążających osoby badane.

Przykładowo powoływanie się na wysokie ciśnienie tętnicze bywa wykorzystywane jako przesłanka pozornie uzasadniająca odstąpienie od przeprowadzenia badania poligraficznego. Generalnie warto zadać sobie pytanie, czy konkretny podejrzany, oskarżony, świadek może uczestniczyć w czynnościach procesowych, np. w przesłuchaniu. Czy funkcjonariusz pozostaje zdolny do służby i można z nim przeprowadzić rozmowę służbową? Jeżeli odpowiedzi na te pytania będą twierdzące, to tym bardziej trudno o stwierdzenie przeszkód do przeprowadzenia badania poligraficznego, jako że testy z wykorzystaniem poligrafu są daleko mniej inwazyjne niż zawierające elementy konfrontowania przesłuchanie. Jedynie, co łączy wszystkie czynności to potencjalnie towarzyszący im stres, a poligraf „miernikiem stresu” nie jest. Trudno wyobrazić sobie, by np. prokurator nie przesłuchał kogoś tylko dlatego, że ma podwyższone ciśnienie krwi, jest głodny, albo niewyspany. Tak samo dla poligrafera nie powinny to być powody dostatecznie uzasadniające odstąpienie od czynności. Powinien je natomiast mieć na względzie analizując dane rejestrowane przez poligraf.

Jeżeli w toku wywiadu przedtestowego nie zostaną stwierdzone okoliczności z definicji wyłączające możliwość poddania danej osoby badaniu poligraficznemu, to – jak już zostało ustalone – ewentualne inne przesłanki mogą, ale nie muszą wykluczać diagnostycznego rozstrzy-

gnięcia. O tym zdecyduje ekspert przeprowadzający badanie, który – choćby po pierwszym teście demonstracyjnym – dowiaduje się, czy dalsze badanie ma sens i czy zapisy reakcji fizjologicznych badanego wskazują na zmiany, które mogą być przydatne diagnostycznie. Z powodzeniem badano ludzi z nadciśnieniem tętniczym, rozrusznikiem serca, brakującymi palcami u dłoni, niesłyszących, a nawet z chorobą Parkinsona. To oznacza, że trzeba najpierw sprawdzić, czy którakolwiek z takich okoliczności rzeczywiście będzie miała istotne znaczenie, a nie z góry rezygnować z podjęcia czynności.

Health determinants of submission to polygraph (lie-detector) testing

Abstract

In criminal proceedings and in internal procedures of institutions, which request polygraph testing, questions about potential health conditions likely to prevent reliable polygraph testing are often raised. And when a lie-detector test is taken, doubts are sometimes raised about test results being impacted by various circumstances related to a psychophysical status of a tested individual. Based on his special knowledge and professional experience, the author of this paper systematizes relevant circumstances and indicates those of them which rule out totally any possibility of conducting polygraph testing, or impede polygraph testing to a limited extent, and which are nothing but apparent obstacles used by individuals tested or to be tested, or by parties dissatisfied with test results, to avoid testing or to question the probative value of an expert's opinion, without any consequences.

Key words

Polygraph, lie-detector, psychophysiological examination, health, psychophysical status, disorder, test, reliability, opinion, expert, criminal proceedings, staffing procedures, criminal science.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Bolesław Kurzępa

Prawnokarne aspekty ustaw regulujących rynek usług turystycznych

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są przestępstwa i wykroczenia bezpośrednio odnoszące się do rynku usług turystycznych w naszym kraju, które zawarte są w ustawie z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych oraz w Kodeksie wykroczeń. Przede wszystkim omówione zostały przepisy sankcjonowane (administracyjne) znajdujące się w pierwszym z wymienionych aktów pranych i w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych, a następnie wspomniane wyżej normy prawne. Problematyka ta, jak do tej pory, nie była przedmiotem rozważań na gruncie prawa karnego materialnego (poza Kodeksem wykroczeń). Usługi turystyczne stały się ważną gałęzią polskiej gospodarki, zatem Autor nieco uwagi poświęcił obowiązującym w tym zakresie regulacjom karnym.

Słowa kluczowe

Przestępstwa turystyczne, wykroczenia turystyczne, usługi turystyczne, bezpieczeństwo wewnętrzne.

1. Uwagi wstępne

Usługi turystyczne stały się na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat niezwykle dynamicznie rozwijającą się gałęzią gospodarki. Obejmują one

nie tylko tradycyjne zwiedzanie jakiegoś zakątka kraju czy kontynentu, ale także transport grup turystycznych, rozbudowaną bazę hotelarską i gastronomiczną, usługi przewodników i pilotów wycieczek, opracowywanie oraz wydawanie przewodników, map itp. W skali Europy usługi turystyczne dają stałe lub sezonowe zatrudnienie milionom osób, zaś w Polsce w tej sferze usług pracuje ich – na stałe i sezonowo – kilkaset tysięcy. Bardzo duże są też obroty firm turystycznych i z każdym rokiem, a właściwie sezonem, wielkości te rosną. Na rozwój sektora turystycznego wpływa wiele czynników, ale do tych najważniejszych zaliczyć należy: zwiększającą się zamożność społeczeństw, skracanie czasu pracy w związku z postępującą automatyzacją i informatyzacją procesów produkcyjnych, dynamicznie rozwijający się transport lotniczy, coraz większą dostępność usług turystycznych, a także sprzyjające rozwojowi turystyki regulacje prawne. Rosnący popyt na tego rodzaju usługi ma też i ciemniejszą stronę, a mianowicie różnego rodzaju nadużycia ze strony właścicieli firm turystycznych, rozdźwięk między ofertą a faktyczną jej jakością, słabe kwalifikacje zawodowe personelu zatrudnionego przy obsłudze turystów itp. Konkurencja w tym sektorze, szczególnie ta nieuczciwa, doprowadza często do upadku operatorów turystycznych, a straty finansowe dotyczą przede wszystkim turystów. Przypadki takie szeroko relacjonują media, szczególnie w okresie wakacyjnym. Aby ten sektor gospodarki funkcjonował zgodnie z wymogami międzynarodowymi, a przede wszystkim unijnymi oraz krajowymi, wprowadzonych zostało cały szereg przepisów zawartych w ustawach, rozporządzeniach i umowach międzynarodowych, których jedną ze stron jest nasz kraj.

Rynek usług turystycznych w Polsce regulują aktualnie dwie ustawy: z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych¹ i z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych². Druga z tych ustaw stanowi wdrożenie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE0 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG³. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. określa warunki świadczenia usług hotelarskich oraz usług pilotów wycieczek i przewodników turystycznych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także za granicą, jeżeli umowy z turystami

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 238. Ustawa weszła w życie w dniu 1 lipca 1998 r.

² Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 548. Ustawa obowiązuje od dnia 1 lipca 2018 r.

³ Dz. Urz. UE L 326 z dnia 11 grudnia 2015, s. 1.

o świadczenie tych usług są zawierane na terytorium naszego kraju. Z kolei ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. określa warunki oferowania, sprzedaży i realizacji imprez turystycznych oraz powiązanych usług turystycznych na terytorium Polski, a także za granicą, jeżeli umowy z podróźnymi są zawierane przez przedsiębiorców turystycznych mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zawiera ona również zasady funkcjonowania Turystycznego Funduszu Gwarancyjnego. Rzecz jasna nie są to wszystkie akty prawne rangi ustawowej, gdyż przepisy bezpośrednio związane z usługami turystycznymi znajdują się też w Kodeksie cywilnym, Prawie bankowym, Prawie przedsiębiorców i innych ustawach oraz rozporządzeniach. Jeżeli chodzi zaś o normy karne odnoszące się bezpośrednio do sfery usług turystycznych, to są one zawarte w ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych oraz w Kodeksie wykroczeń. Oczywiście, wiele czynów przestępczych zaistniałych na rynku usług turystycznych wyczerpuje znamiona przestępstw i wykroczeń powszechnych, określonych w Kodeksie karnym, Kodeksie karnym skarbowym, Kodeksie wykroczeń, a także w innych ustawach zawierających przepisy karne. Aspekty prawne tego rodzaju działalności są mało znane i opisane w nauce prawa karnego, zatem warto poświęcić im nieco uwagi. Dla większej przejrzystości artykułu, użyto w nim – być może na wyrost – określeń: przestępstwa turystyczne i wykroczenia turystyczne. Rzecz jasna rozumieć je należy raczej w węższym, a nie szerszym znaczeniu.

2. Przestępstwa turystyczne

W ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, a konkretnie w jej rozdziale ósmym, cztery czyny stypizowane zostały jako przestępstwa (art. 58–60). Wszystkie są zagrożone alternatywnie określoną grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat trzech. Ich ściganie w każdym przypadku następuje z urzędu.

3. Zaniżanie wysokości należnej składki na Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny

Pierwszy z tych występów (tzn. z art. 58 ustawy) popełni ten, kto zaniża wysokość należnej składki w deklaracji, o której mowa jest w art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy, składanej do Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego. Powołany przepis administracyjny stanowi, że organizatorzy

turystyki oraz przedsiębiorcy ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych są obowiązani składać terminowo do Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego deklaracje zawierające:

- wyliczenie wysokości należnych składek na Turystyczny Fundusz Gwarancyjny,
- określenie liczby i rodzaju umów o udział w imprezie turystycznej oraz umów zawartych przez podróżnego z przedsiębiorcą ułatwiającym nabywanie powiązanych umów turystycznych, zawartych w danym miesiącu oraz liczby podróżnych objętych tymi umowami,
- informacje o zabezpieczeniach finansowych posiadanych w okresie, za jaki jest składana deklaracja, oraz o podmiotach ich udzielających,
- informację o liczbie podróżnych, za których składka jest należna na Turystyczny Fundusz Gwarancyjny, a impreza turystyczna lub powiązana usługa turystyczna została odwołana przez organizatora turystyki lub przedsiębiorcę ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych z powodu niewystarczającej liczby zgłoszeń, jeżeli realizacja usług była uzależniona od liczby zgłoszeń, w przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy przez podróżnego, a także w przypadku zmiany liczby podróżnych, których dotyczy dana umowa.

W przepisie tym użytych zostało kilka określeń, które wymagają szerszego wyjaśnienia. Mianowicie termin „impreza turystyczna” oznacza na gruncie omawianej ustawy połączenie co najmniej dwóch różnych rodzajów usług turystycznych na potrzeby tej samej podróży lub wakacji, spełniające następujące warunki:

- usługi turystyczne zostały połączone przez jednego przedsiębiorcę turystycznego, w tym na prośbę podróżnego lub zgodnie z jego wyborem, przed zawarciem umowy obejmującej wszystkie usługi lub
- niezależnie od tego, czy zawarto odrębne umowy z dostawcami poszczególnych usług turystycznych, usługi te są:
 - nabywane w jednym punkcie sprzedaży i zostały wybrane, zanim podróżny zgodził się dokonać zapłaty lub
 - oferowane lub sprzedawane po cenie obejmującej wszystkie usługi, lub po cenie całkowitej, lub gdy jedną z tych cen obciążany jest nabywca, lub
 - reklamowane lub sprzedawane przy użyciu określenia „impreza turystyczna”, lub podobnego, lub
 - łączone po zawarciu umowy, na podstawie której podróżny został uprawniony do dokonania wyboru spośród różnych rodzajów usług turystycznych, lub

- nabywane od odrębnych przedsiębiorców turystycznych za pośrednictwem powiązanych procesów rezerwacji online, podczas których przedsiębiorca turystyczny, z którym zawarta została pierwsza umowa, przekazuje innemu przedsiębiorcy turystycznemu lub przedsiębiorcom turystycznym: imię i nazwisko podróżnego, adres poczty elektronicznej oraz szczegóły płatności, a umowa z tym innym przedsiębiorcą turystycznym lub przedsiębiorcami turystycznymi zostanie zawarta najpóźniej 24 godziny po potwierdzeniu rezerwacji pierwszej usługi turystycznej (art. 4 pkt 2 ustawy).

Zwrot „umowa o udział w imprezie turystycznej” należy rozumieć jako umowę dotyczącą imprezy turystycznej, jako całości lub, jeżeli impreza turystyczna jest realizowana na podstawie odrębnych umów, wszystkie umowy obejmujące poszczególne usługi turystyczne w ramach tej samej imprezy turystycznej (art. 4 pkt 3 ustawy)⁴. Z kolei „powiązane usługi turystyczne” to niestanowiące imprezy turystycznej połączenie co najmniej dwóch różnych rodzajów usług turystycznych nabytych na potrzeby tej samej podróży lub wakacji, objęte odrębnymi umowami z dostawcami poszczególnych usług turystycznych. Do ich utworzenia dochodzi, jeżeli przedsiębiorca turystyczny ułatwia podróżnym nabywanie usług turystycznych przy okazji jednej wizyty lub kontaktu z jego punktem sprzedaży, z możliwością dokonania wyboru i zapłaty odrębnie za każdą usługę turystyczną, lub w sposób ukierunkowany od innego przedsiębiorcy turystycznego w zakresie co najmniej jednej dodatkowej usługi turystycznej, jeżeli umowa z tym przedsiębiorcą turystycznym zostanie zawarta najpóźniej 24 godziny po potwierdzeniu rezerwacji pierwszej usługi turystycznej (art. 4 pkt 6 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy). Zasady powoływania i funkcjonowania Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego zawarte są w rozdziale siódmym (art. 96–119) ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych⁵. Powinnością adresata ustawy jest terminowość i rzetelność sporządzania i składania wymaganych deklaracji do Ubezpieczeniowego Funduszy Gwarancyjnego. Jego podmiotem będzie wyłącznie organizator turystyki bądź przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych (przestępstwo indywidualne). Organizatorem turystyki – w myśl art. 4 pkt 8 ustawy – jest przedsiębiorca turystyczny, który tworzy i sprzedaje lub oferuje do sprzedaży imprezy turystyczne, bezpośrednio lub za pośrednictwem

⁴ P. Cybula, Usługi turystyczne. Komentarz do art. 4. Lex/el 2012 (dostęp 15 marca 2020 r.).

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2214.

innego przedsiębiorcy turystycznego lub razem z innym przedsiębiorcą turystycznym, lub też przedsiębiorca turystyczny, który przekazuje dane podróznego innemu przedsiębiorcy turystycznemu zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e ustawy⁶. Z kolei „przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych” to przedsiębiorca w rozumieniu art. 43¹ Kodeksu cywilnego, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych⁷. Z powyższego wynika, że zarówno organizator turystyki, jak i przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych to podmioty kwalifikowane i tylko oni mogą odpowiadać za przestępstwo z art. 58 ustawy. Przedmiotem ochrony art. 58 ustawy jest porządek publiczny, któremu mogłoby zagrozić nieprzestrzeganie przepisów dotyczących wysokości składki na rzecz Turystycznego Funduszu Gwarancyjnego.

Strona przedmiotowa omawianego występkę polegać będzie na zaniżeniu przez sprawcę wysokości należnej składki w wymaganej deklaracji do Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego. Znamię „zaniżyć” należy rozumieć, jako zmniejszyć coś, pomniejszyć, obniżyć wartość czegoś⁸. Zaniżyć można jedynie przez działanie, gdyż trudno jest wyobrazić sobie zaniżenie przez zaniechanie. W powołanym wcześniej art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy wymieniono cztery rodzaje obowiązków nałożonych na organizatorów turystyki oraz przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych. Jednak penalizacją z art. 58 ustawy objęto tylko zachowanie polegające na zaniżeniu wysokości należnej składki w deklaracji, tj. obowiązek określony w art. 7 ust. 1 pkt 4 lit. a. Poza jego zakresem pozostawiono obowiązki wynikające z art. 7 ust. 1 pkt 4 lit. b, c, d ustawy. Bez znaczenia dla bytu przestępstwa jest to, kto fak-

⁶ Przepis art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e ustawy stanowi, że niezależnie od tego, czy zawarto odrębne umowy z dostawcami poszczególnych usług turystycznych, usługi te są nabywane od odrębnych przedsiębiorców turystycznych za pośrednictwem powiązanych procesów rezerwacji online, podczas których przedsiębiorca turystyczny, z którym zawarta została pierwsza umowa, przekazuje innemu przedsiębiorcy turystycznemu lub przedsiębiorcom turystycznym: imię i nazwisko podróznego, adres poczty elektronicznej oraz szczegóły płatności, a umowa z tym innym przedsiębiorcą turystycznym lub przedsiębiorcami turystycznymi zostanie zawarta najpóźniej 24 godziny po potwierdzeniu rezerwacji pierwszej usługi turystycznej.

⁷ Według art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową; z kolei art. 33¹ § 1 k.c. stanowi, że do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych.

⁸ H. Zgółk o w a (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, Tom 48, Poznań 2004, s. 258.

tycznie dokonał zaniżenia składki w deklaracji, tzn. organizator turystyki lub przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych, czy też podległy mu pracownik lub osoba, której zlecił dokonanie wyliczenia. Jeżeli deklarację podpisał organizator lub przedsiębiorca, to on ponosi odpowiedzialność z art. 58 ustawy. Jeżeli natomiast wyliczenia i zaniżenia dokonał np. pracownik biura rachunkowego i on też – mając upoważnienie organizatora lub przedsiębiorcy – podpisał i złożył deklarację z zaniżoną wysokością składki, to on też ponosi odpowiedzialność z art. 58 ustawy. W przypadku, gdyby organizator lub przedsiębiorca nakłaniał go do wykazania w deklaracji zaniżonej wysokości składki, to ten ostatni będzie ponosił odpowiedzialność za podżeganie do przestępstwa z art. 58 ustawy. Deklaracje podatkowe – to w myśl art. 3 pkt 5 Ordynacji podatkowej – zeznania, wykazy, zestawienia oraz informacje, do których składania obowiązani są, na podstawie przepisów prawa podatkowego, podatnicy, płatnicy i inkasenci⁹. Jest to więc dokument stanowiący podstawę naliczenia określonej daniny publicznej (np. podatku) lub składki oraz rozliczenia się z organem, na rzecz którego jest ona wnoszona¹⁰. Analogicznie można traktować deklarację, o której mowa jest w art. 58 ustawy. Składką należną jest składka, którą trzeba odprowadzić na konto Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego, w wysokości wyliczonej zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wspomniane przepisy znajdują się w art. 36 ustawy i wynika z nich m.in., że składka na Fundusz jest naliczana w wysokości nie wyższej niż 30 zł od każdego podróżnego z tytułu zawartej umowy o udział w imprezie turystycznej lub z tytułu każdej usługi wykonywanej przez przedsiębiorcę ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych i opłaconej przez podróżnego. Jest ona należna z dniem zawarcia umowy lub z dniem dokonania płatności przez podróżnego na rzecz organizatora turystyki lub przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych, jeżeli jest on wcześniejszy niż dzień zawarcia umowy. Szczegóły związane z naliczaniem składek znajdują się w rozporządzeniu Ministra Sportu i Turystyki z dnia 27 grudnia 2017 r. w sprawie określenia wysokości składki na Turystyczny Fundusz Gwarancyjny¹¹. Natomiast wzór deklaracji określony został w rozporządzeniu Ministra Sportu i Turystyki z dnia 29 maja 2018 r. w sprawie wzoru deklaracji składanej przez organizatorów turystyki

⁹ Ustawa z dnia z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 900).

¹⁰ W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 264–265.

¹¹ Dz. U. z 2017 r., poz. 2465. Rozporządzenie obowiązuje od dnia 1 lipca 2018 r.

i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych do Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego¹².

Przestępstwo z art. 58 ustawy można popełnić w obu odmianach umyślności. Jest to zarazem występki formalny, gdyż jego dokonanie nie zależy od nastąpienia jakiegokolwiek skutku.

4. Pełnienie funkcji członka organu w podmiocie prowadzącym działalność bez wpisu do rejestru lub wbrew zakazowi

Drugim przepisem karnym zawartym w omawianej ustawie jest ten znajdujący się w art. 59 ust. 1. statuujący odpowiedzialność osoby, która w podmiotach prowadzących działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych, bez wymaganego wpisu albo w przypadku działalności objętej zakazem, pełni funkcję członka:

- zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego,
- zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółdzielni,
- zarządu fundacji lub stowarzyszenia.

W odróżnieniu od poprzedniego, przepis ten ma nieco bardziej złożoną budowę, gdyż jest przepisem sankcjonującym dla kilku regulacji zawartych w przepisach administracyjnych (sankcjonowanych) ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych. Aby właściwie zdekodować znamiona występkę z jej art. 59 ust. 1, trzeba wcześniej wskazać, o które konkretnie unormowania chodzi. Według art. 22 ust. 1 i 2 ustawy, do działalności w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, dotyczące regulowanej działalności gospodarczej oraz kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy¹³. Tego rodzaju działalność wymaga wcześniejszego uzyskania wpisu do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych, prowadzonego przez marszałka województwa właściwego ze względu na siedzibę przedsiębiorcy turystycznego. Do kompetencji marszałka województwa należy m.in. kontrola zgodności działalności wykonywanej przez wymienionych organizatorów i przedsiębiorców z przepisami ustawy o imprezach turystycznych i po-

¹² Dz. U. z 2018 r., poz. 1174. Rozporządzenie weszło w życie w dniu 1 lipca 2018 r.

¹³ Dz. U. z 2019 r., poz. 1292.

wiązanych usługach turystycznych (art. 30 ust. 4 ustawy). Jeżeli okaże się, że doszło do naruszenia zasad w nich zawartych, wydaje on decyzję administracyjną:

- o wykreśleniu przedsiębiorcy turystycznego z rejestru i o zakazie wykonywania działalności objętej wpisem do rejestru przez okres 3 lat, w przypadku, gdy:
 - przedsiębiorca turystyczny złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 2 ustawy, niezgodne ze stanem faktycznym¹⁴, lub
 - przedsiębiorca turystyczny nie usunął naruszeń warunków wymaganych do wykonywania działalności organizatora turystyki lub przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych w wyznaczonym przez marszałka województwa terminie, lub
 - stwierdzi rażące naruszenie przez przedsiębiorcę turystycznego warunków wykonywania działalności organizatora turystyki lub przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych,
- o wykreśleniu przedsiębiorcy turystycznego z rejestru i o zakazie wykonywania działalności objętej wpisem do rejestru przez okres 3 lat w przypadku rażącego naruszenia warunku wykonywania działalności, o którym mowa w art. 31 pkt 2¹⁵, na wniosek Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego, chyba że przed wydaniem decyzji administracyjnej przedsiębiorca ten spełni swoje obowiązki ustawowe,
- o wykreśleniu przedsiębiorcy turystycznego z rejestru w związku z zaprzestaniem przez niego wykonywania działalności objętej wpisem do rejestru na wniosek tego przedsiębiorcy,
- o zakazie wykonywania działalności organizatora turystyki lub przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych przez okres 3 lat z urzędu i o stwierdzeniu wykonywania działalności

¹⁴ Przepis art. 24 ust. 2 ustawy stanowi, że do wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorca turystyczny dołącza poświadczoną za zgodność z oryginałem przez adwokata, radcę prawnego lub notariusza kopię lub oryginał gwarancji lub umowy, o której mowa w art. 7 ust. 2 pkt 1–3 oraz oświadczenie następującej treści: „Oświadczam, że: 1) dane zawarte we wniosku o wpis do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych są kompletne i zgodne z prawdą; 2) znane mi są i spełniam warunki wykonywania działalności w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych, określone w ustawie z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych”.

¹⁵ Przepis art. 31 pkt 2 ustawy stanowi, że rażącym naruszeniem warunków wykonywania działalności jest uchylanie się, mimo wezwania, od obowiązku terminowego składania deklaracji lub opłacania należnych składek na Turystyczny Fundusz Gwarancyjny.

- organizatora turystyki lub przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych bez wymaganego wpisu do rejestru,
- o wykreśleniu przedsiębiorcy turystycznego z rejestru w przypadku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z urzędu¹⁶,
 - o wykreśleniu przedsiębiorcy turystycznego z rejestru po uzyskaniu informacji z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo Krajowego Rejestru Sądowego o wykreśleniu przedsiębiorcy turystycznego z urzędu,
 - o wykreśleniu z rejestru przedsiębiorcy turystycznego posiadającego siedzibę w państwie, które na podstawie umowy z Unią Europejską i jej państwami członkowskimi wdrożyły postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302/UE z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającą rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającą dyrektywę Rady 90/314/EWG (Dz. Urz. UE L 326 z dnia 11 grudnia 2015, s. 1) do krajowego porządku prawnego,
 - o umorzeniu postępowania w sprawie wykreślenia przedsiębiorcy turystycznego z rejestru na podstawie art. 105 k.p.a.¹⁷ (art. 30 ust. 7 ustawy).

Decyzje wymienione w punktach 1, 2 i 4, z mocy art. 30 ust. 8 ustawy, podlegają natychmiastowemu wykonaniu. Wykaz zachowań, które ustawodawca zaliczył do rażących naruszeń warunków wykonywania działalności zawarty jest w art. 31 pkt 1–8 ustawy. Z powołanego wyżej przepisu art. 31 ust. 7 ustawy wynika, że przedsiębiorca, który został wykreślony z rejestru i w stosunku do którego wydano decyzję o zakazie wykonywania działalności objętej wpisem do rejestru, nie tylko nie może prowadzić działalności gospodarczej jako organizator turystyki, czy też przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych, ale

¹⁶ W art. 26 ust. 3 ustawy mowa jest o tym, że organ prowadzący rejestr z urzędu wykreśla, w drodze decyzji administracyjnej, organizatora turystyki lub przedsiębiorcę ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych z rejestru w przypadku braku zawiadomienia o zmianie wpisu w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego polegającej na ujawnieniu informacji o wznowieniu wykonywania działalności, po upływie okresu zawieszenia.

¹⁷ Według art. 105 k.p.a., w sytuacji, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. Natomiast organ administracji publicznej może umorzyć postępowanie, jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte, a nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym.

także nie może pełnić funkcji w organach spółek prawa handlowego, spółdzielni oraz fundacji lub stowarzyszenia.

Przedmiotem ochrony art. 59 ust. 2 ustawy jest porządek publiczny, któremu mogłoby zagrażać nieprzestrzeganie przepisów dotyczących zasad prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych.

Strona przedmiotowa omawianego występku będzie polegała na pełnieniu funkcji członka zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego lub spółdzielni bądź też członka zarządu fundacji albo stowarzyszenia w podmiocie prowadzącym działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych, kiedy nie posiadają one wymaganego wpisu albo jeżeli ich działalność objęta jest zakazem. W omawianym kontekście zwrot „pełnić funkcję” należy rozumieć jako piastować lub zajmować stanowisko.

Przestępstwo to można popełnić w obu odmianach umyślności. Ma ono charakter formalny i można je popełnić przez działanie, chociaż możliwe jest też jego popełnienie przez zaniechanie, np. gdy podmiot objęty jest zakazem działalności, a sprawca nadal pełni wymienione w art. 59 ust. 1 ustawy stanowiska. Sprawcą omawianego występku może być osoba spełniająca kryteria formalne wyboru na wymienione w art. 59 ust. 1 ustawy stanowiska (przestępstwo indywidualne).

5. Prowadzenie działalności bez wymaganego wpisu albo wbrew zakazowi

Trzecie przestępstwo określone w ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych zostało określone w jej art. 59 ust. 2. Popełni je osoba, która prowadzi działalność gospodarczą w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych:

- bez wymaganego wpisu albo
- w przypadku działalności objętej zakazem:
- na własny rachunek lub
- wspólnie z innymi osobami lub
- jest przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności.

Strona przedmiotowa tego występku będzie polegać na prowadzeniu działalności gospodarczej w omawianej sferze bez wymaganego ustawą

wpisu do rejestru albo wbrew zakazowi¹⁸. Prowadzenie działalności bez wpisu, to nie tylko zupełny jego brak (np. w wyniku niezgłoszenia działalności do zarejestrowania), ale także kontynuowanie działalności mimo wykreślenia z rejestru (art. 27 ust. 7 i art. 28 ust. 1–3 ustawy). Należy zauważyć, że w omawianym przepisie chodzi wyłącznie o brak wpisu do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych, a nie wpisu do rejestru przedsiębiorców w ogóle, tzn. do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz do Krajowego Rejestru Sądowego. Osoba, która wykonuje działalność gospodarczą bez wymaganego zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej popełnia wykroczenie z art. 60¹ § 1 k.w. W przypadku więc braku wpisu do wspomnianego rejestru oraz ewidencji działalności gospodarczej, czyn taki stanowi naruszenie art. 59 ust. 2 ustawy i art. 60¹ § 1 k.w. Zgodnie z regułą zawartą w art. 10 § 1 k.w., jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych.

Przedmiotem ochrony art. 59 ust. 2 ustawy jest porządek publiczny, któremu mogłoby zagrażać nieprzestrzeganie przepisów dotyczących zasad prowadzenia działalności gospodarczej regulowanej w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych. Jest to przestępstwo formalne, do którego dokonania nie jest konieczne wywołanie przez zachowanie sprawcy jakichś zmian w świecie zewnętrznym. Popełnione może być przez zaniechanie. Sprawcą czynu z art. 59 ust. 2 ustawy może być każda osoba (przestępstwo powszechne).

¹⁸ Chodzi o rejestr organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych, prowadzony przez marszałka województwa właściwego ze względu na siedzibę przedsiębiorcy turystycznego lub adres zamieszkania przedsiębiorcy turystycznego będącego osobą fizyczną, przypadku przedsiębiorcy zagranicznego, który utworzył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oddział, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2018 r., poz. 649 i 1293), organem właściwym do prowadzenia rejestru jest marszałek województwa właściwy ze względu na siedzibę oddziału. Natomiast w przypadku przedsiębiorcy turystycznego nieposiadającego siedziby ani oddziału na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej organem właściwym do prowadzenia rejestru jest wybrany przez niego marszałek województwa (art. 23 ust. 1 i 2 ustawy).

6. Prowadzenie działalności bez uzyskania zabezpieczenia finansowego

W art. 60 ustawy określone zostało przestępstwo, które popełni ten, kto bez uzyskania zabezpieczenia finansowego na wypadek niewypłacalności zgodnie z wymaganiami, o których mowa w art. 7 ust. 2 pkt 1–3, prowadzi działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych lub prowadzi działalność, jako przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych. Użyty w tym przepisie zwrot „zabezpieczenie finansowe” należy rozumieć jako gwarancję bankową, gwarancję ubezpieczeniową, umowę ubezpieczenia na rzecz podróży lub umowę o turystyczny rachunek powierniczy (art. 4 pkt. 14 ustawy). W myśl art. 7 ust. 2 pkt 1–3 ustawy, organizatorzy turystyki oraz przedsiębiorcy ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych są obowiązani spełniać wymienione w nim warunki m.in. przez:

- zawarcie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej zgodnie z wzorem formularza i przepisami określającymi minimalną wysokość sumy gwarancji, lub
- zawarcie umowy ubezpieczenia na rzecz podróży zgodnie z wzorem formularza i przepisami określającymi minimalną wysokość sumy ubezpieczenia, lub
- zawarcie umowy o turystyczny rachunek powierniczy zgodnie z wzorem tej umowy i przyjmowanie wpłat podróży wyłącznie na ten rachunek, jeżeli świadczą imprezy turystyczne lub ułatwiają nabywanie powiązanych usług turystycznych świadczonych wyłącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Tego rodzaju zabezpieczenie na wypadek niewypłacalności obejmuje podróży bez względu na ich miejsce zamieszkania, miejsce rozpoczęcia podróży lub miejsce sprzedaży imprezy turystycznej oraz bez względu na państwo, w którym siedzibę ma podmiot zapewniający ochronę na wypadek niewypłacalności (art. 7 ust. 3 ustawy). Szczegóły związane z konkretnymi kwotami zabezpieczenia znajdują się w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 27 grudnia 2017 r. w sprawie minimalnej wysokości sumy gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej wymaganej w związku z działalnością wykonywaną przez organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych¹⁹.

¹⁹ Dz. U. z 2017 r., poz. 2507. Rozporządzenie obowiązuje od dnia 1 lipca 2018 r.

Strona przedmiotowa występku z art. 60 ustawy będzie zatem polegała na prowadzeniu działalności w zakresie organizowania imprez turystycznych lub ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych bez uzyskania zabezpieczenia finansowego na wypadek niewypłacalności. Jego sprawcą może być wyłącznie podmiot kwalifikowany, tj. osoba prowadząca działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych lub jako przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych.

Przedmiotem ochrony art. 60 ustawy jest bezpieczeństwo nabywców usług turystycznych w zakresie możliwości powrotu z miejsca odbywania się imprezy turystycznej do miejsca zamieszkania. Jest nim również porządek publiczny, któremu mogłoby zagrażać nieprzestrzeganie przepisów dotyczących zasad prowadzenia działalności gospodarczej w sferze organizowania wspomnianych wyżej imprez. Jest to przestępstwo formalne, które można popełnić przez zaniechanie, w obu odmianach umyślności.

7. Wykroczenia turystyczne

Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, oprócz przepisów określających cztery przestępstwa, nie zawiera żadnego wykroczenia. Z kolei w drugiej z tzw. ustaw turystycznych, tzn. z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach wycieczek i przewodników turystycznych, w ogóle nie ma przepisów karnych. Przepisy statuujące wykroczenia, bezpośrednio związane z drugą ustawą umiejscowione zostały w art. 60¹ § 4 i art. 138 k.w. W sumie jest ich siedem. Wszystkie one zagrożone są alternatywnie określoną karą ograniczenia wolności albo grzywną. Jednak, aby zdekodować ich znamiona, należy sięgnąć do drugiej z wymienionych ustaw, gdyż w niej zawarte są przepisy sankcjonowane (administracyjne).

8. Wykonywanie zadań przewodnika górskiego bez uprawnień

Przepis art. 60¹ § 4 pkt 1 k.w. stanowi, że wykroczenie to popełni ten, kto wykonuje odpłatnie zadania przewodnika górskiego bez uprawnień wymaganych dla określonego obszaru górskiego. Za przewodnika turystycznego uznaje się osobę zawodowo oprowadzającą turystów lub odwiedzających po wybranych obszarach, miejscowościach i obiektach, udzielającą fachowej informacji oraz sprawującą nad turystami lub odwiedzającymi opiekę w zakresie wynikającym z umowy. Zadania przewodników turystycznych wykonują przewodnicy górscy dla określonych

obszarów górskich, przewodnicy miejscy dla poszczególnych miast oraz przewodnicy terenowi dla poszczególnych województw, powiatów, gmin, a także regionów oraz tras turystycznych (art. 21 ust. 1 ustawy). Wykonywanie zadań przewodnika górskiego dla danego obszaru górskiego wymaga posiadania uprawnień określonego ustawą o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (art. 21 ust. 1a ustawy). Aby uzyskać uprawnienia przewodnika górskiego należy mieć ukończone 18 lat, nie być karanym za przestępstwa umyślne lub inne popełnione w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek, a przede wszystkim trzeba odbyć szkolenie teoretyczne i praktyczne dla określonego obszaru górskiego oraz zdać egzamin. Po spełnieniu wszystkich tych wymogów, uprawnienia nadaje – w drodze decyzji administracyjnej – marszałek województwa właściwy dla miejsca zamieszkania kandydata na przewodnika. On też prowadzi rejestr uprawnień przewodników górskich (art. 28 ust. 3 ustawy).

Przedmiotem ochrony art. 60¹ § 4 pkt 1 k.w. jest porządek publiczny w zakresie prawidłowości wykonywania niektórych rodzajów działalności gospodarczej w sferze usług przewodników górskich²⁰. Stroną przedmiotową tego wykroczenia będzie polegała na wykonywaniu odpłatnie zadania przewodnika górskiego bez uprawnień wymaganych dla określonego obszaru górskiego. Wykroczenie to ma charakter formalny, co oznacza, że do jego zaistnienia nie jest wymagane wystąpienie (wywołanie) jakiegokolwiek skutku. Czyn określony w art. 60¹ § 4 pkt 1 k.w. polega na działaniu. Można go popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 5 k.w.). Odczytując omawiany przepis należy stwierdzić, że nie dojdzie do zaistnienia wykroczenia z art. 60¹ § 4 pkt 1 k.w. jeżeli przewodnik górski wykonuje swoje zadania nieodpłatnie. Przewodnik górski posiadający uprawnienia dla określonego obszaru (np. dla Tatr), który chciałby je rozszerzyć na inny obszar górski (np. na Bieszczady), musi zdać dodatkowy egzamin umożliwiający uzyskanie uprawnień obejmujących dodatkowy obszar, ale w takim przypadku jest zwolniony z konieczności odbycia szkolenia teoretycznego i praktycznego (art. 22a ustawy). Przewodnik turystyczny nie musi świadczyć swoich usług, jako przedsiębiorca. Może je czynić na podstawie umowy cywilnoprawnej, nie będąc przedsiębiorcą w rozumieniu Prawa przedsiębiorców²¹. Należy mieć też na uwadze, że już po uzyskaniu wspomnianych uprawnień, mogą one zostać zawieszono za powtarzające się uchybienia w wykonywaniu zadań lub postępo-

²⁰ B. Kurzępa, Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 2008, s. 241.

²¹ P. Cybula, Usługi turystyczne. Komentarz Lex /el 2012. Komentarz do art. 1 (dostęp 24 marca 2020 r.).

waniu przewodnika turystycznego albo pilota wycieczek, jeżeli uchylenie stwierdzą osoby uprawnione do kontroli albo w wypadku skarg, potwierdzonych co do ich słuszności. Okres zawieszenia może wynosić maksymalnie 12 miesięcy (art. 26 cyt. ustawy). Zawieszenie uprawnień jest w tym wypadku równoznaczne z brakiem wymaganych uprawnień i wykonywanie w tym czasie zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek stanowi wykroczenie przewidziane w art. 60¹ § 4 pkt 1. Podobnie rzecz się ma w razie cofnięcia uprawnień, które może nastąpić w razie, gdy przewodnik turystyczny lub pilot wycieczek zostanie skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne albo inne popełnione w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek, albo nie zda egzaminu sprawdzającego wyznaczonego przez marszałka województwa w razie zawieszenia posiadanych uprawnień, bądź wykonywania zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek bez przedstawienia marszałkowi województwa aktualnego orzeczenia o braku przeciwwskazań do wykonywania tego rodzaju zadań. Cofnięcie uprawnień jest równoznaczne z ich brakiem, co skutkuje odpowiedzialnością za komentowane wykroczenie²².

Sprawcą omawianego wykroczenia może być każdy, kto ma zdolność do ponoszenia odpowiedzialności za wykroczenia (art. 8 k.w.).

9. Prowadzenie szkolenia bez wymaganego wpisu do rejestru organizatorów szkoleń

Wykroczenie z art. 60¹ § 4 pkt. 1a k.w. popełni ten, kto prowadzi szkolenie dla kandydatów na przewodników górskich bez wymaganego wpisu do rejestru organizatorów szkoleń. Regulacje dotyczące działalności w zakresie szkolenia dla kandydatów na przewodników górskich znajdują się w art. 24 ustawy o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych. Podmiot, który zamierza prowadzić tego rodzaju działalność musi wcześniej uzyskać wpis do rejestru organizatorów szkoleń dla kandydatów na przewodników górskich, prowadzonego przez marszałka województwa. Wpis taki może dotyczyć zgłoszenia przeprowadzenia jednego szkolenia lub szkolenia na stałe. Aby uzyskać wpis, należy spełnić następujące warunki:

- zapewnić kadrę wykładowców posiadających wykształcenie wyższe – do prowadzenia zajęć teoretycznych, a także instruktorów posiadających udokumentowaną praktykę w zakresie wykonywania zadań

²² B. Kurzępa, Kodeks..., s. 242.

przewodnika górskiego dla określonego obszaru górskiego w wymiarze co najmniej 50 dni w okresie 5 lat poprzedzających dzień złożenia wniosku o wpis do rejestru organizatorów szkoleń – do prowadzenia zajęć praktycznych,

- zapewnić warunki umożliwiające realizację zajęć, w tym także praktycznych, oraz odpowiednią obsługę biurową wraz z przechowywaniem i udostępnianiem dokumentacji szkolenia,
- realizować program szkolenia dla kandydatów na przewodników górskich, określony w przepisach wydanych na podstawie art. 34 ust. 1 pkt 4 ustawy²³,
- przedstawiać uczestnikom szkoleń wewnętrzny regulamin szkolenia, określający w szczególności warunki potwierdzania udziału w zajęciach teoretycznych i praktycznych oraz ich zaliczania.

Dokumentem poświadczającym dokonanie wpisu do rejestru organizatorów szkoleń jest zaświadczenie wydane przez marszałka województwa. Rejestr jest jawny i prowadzony w systemie teleinformatycznym. Na podstawie informacji o dokonanych wpisach do rejestru organizatorów szkoleń przekazywanych w postaci elektronicznej przez marszałków województw, na stronie internetowej Ministra Sportu i Turystyki tworzony jest i zamieszczany Centralny Wykaz Organizatorów Szkoleń dla Kandydatów na Przewodników Górskich. Artykuł 24 wspomnianej ustawy jest zatem przepisem sankcjonowanym przez przepis art. 60¹ § 4 pkt. 1a k.w. Strona przedmiotowa będzie polegała na prowadzeniu szkolenia dla kandydatów na przewodników górskich bez wymaganego wpisu do rejestru organizatorów szkoleń. Jest to wykroczenie powszechne, które można popełnić przez działanie zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Ma ono charakter formalny. Przedmiotem jego ochrony jest porządek publiczny w zakresie prawidłowości wykonywania niektórych rodzajów działalności gospodarczej w sferze usług przewodników górskich, a konkretnie prowadzących szkolenie dla kandydatów na tego rodzaju przewodników. Wykroczenie z art. 60¹ § 4 pkt 1a k.w. może popełnić także ten, kto będąc organizatorem szkolenia został przez marszałka województwa wykreślony z rejestru organizatorów szkoleń, ale mimo tego faktu, nadal prowadzi działalność szkoleniową (art. 24a ust. 10 ustawy). Dodatkową sankcją dla niego – oprócz skazania za popełnienie wykroczenia – jest to, że nie może on zostać ponownie wpisany do rejestru organizatorów

²³ Chodzi o rozporządzenie Ministra Sportu i Turystyki z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie nabywania uprawnień przewodnika górskiego (Dz. U. z 2014 r., poz. 868 z późn. zm.), które obowiązuje od dnia 1 lipca 2014 r.

szkoleń przed upływem trzech lat od dnia wydania decyzji o wykreśleniu z rejestru (art. 24a ust. 11 i 12 ustawy).

10. Używanie przy świadczeniu usług hotelarskich nazw rodzajowych lub określenia kategorii obiektów hotelarskich bez decyzji albo niezgodnie z decyzją

W art. 60¹ § 4 pkt. 2 k.w. określone zostało wykroczenie, które popełni ten, kto świadcząc usługi hotelarskie używa nazw rodzajowych lub określenia kategorii obiektów hotelarskich bez decyzji bądź niezgodnie z decyzją. Definicja pojęcia „usługi hotelarskie” zawarta jest w art. 3 pkt 8 ustawy o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych i oznacza krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych. Tego typu usługi mogą być świadczone w obiektach hotelarskich, które spełniają wymagania co do wielkości obiektu, jego wyposażenia oraz zakresu świadczonych usług ustalone dla rodzaju i kategorii, do których obiekt został zarezerwowany, jak też wymagania sanitarne, przeciwpożarowe oraz inne określone odrębnymi przepisami (art. 35 ust. 1 ustawy). Ustawa dopuszcza możliwość świadczenia usług hotelarskich również w innych obiektach, jeżeli obiekty te spełniają minimalne wymagania co do wyposażenia oraz wymagania sanitarne, przeciwpożarowe oraz inne określone odrębnymi przepisami. Za inne obiekty, w których mogą być świadczone usługi hotelarskie, uważa się także wynajmowane przez rolników pokoje i miejsca na ustawianie namiotów w prowadzonych przez nich gospodarstwach rolnych, jeżeli obiekty te spełniają minimalne wymagania co do wyposażenia oraz wymagania sanitarne, przeciwpożarowe i inne określone odrębnymi przepisami (art. 35 ust. 2–4 ustawy). W art. 36 ustawy wymienionych zostało osiem rodzajów obiektów hotelarskich:

- hotele – obiekty posiadające co najmniej 10 pokoi, w tym większość miejsc w pokojach jedno- i dwuosobowych, świadczące szeroki zakres usług związanych z pobytem klientów,
- motele – obiekty położone przy drogach, dysponujące parkingiem, posiadające co najmniej 10 pokoi, w tym większość miejsc w pokojach jedno- i dwuosobowych,
- pensjonaty – obiekty posiadające co najmniej 7 pokoi, świadczące dla swoich klientów całodzienne wyżywienie,

- kempingi (campingi) – obiekty strzeżone, umożliwiające nocleg w namiotach, samochodach mieszkalnych (campobusach) i przyczepach samochodowych, przyrządzanie posiłków, parkowanie samochodów, a także świadczące usługi związane z pobytem klientów; obiekty te mogą dodatkowo umożliwiać nocleg w domkach turystycznych lub innych obiektach stałych,
- domy wycieczkowe – obiekty posiadające co najmniej 30 miejsc noclegowych, dostosowane do samoobsługi klientów oraz świadczące minimalny zakres usług związanych z pobytem klientów,
- schroniska młodzieżowe – obiekty przeznaczone do indywidualnej i grupowej turystyki młodzieżowej, dostosowane do samoobsługi klientów,
- schroniska – obiekty zlokalizowane poza obszarami zabudowanymi, przy szlakach turystycznych, świadczące minimalny zakres usług związanych z pobytem klientów,
- pola biwakowe – obiekty niestrzeżone, umożliwiające nocleg w namiotach.

Ponadto ustalono pięć kategorii oznaczonych gwiazdkami dla hoteli, moteli, pensjonatów, cztery kategorie oznaczone gwiazdkami dla kempingów (campingów) oraz trzy kategorie oznaczone cyframi rzymskimi dla domów wycieczkowych i schronisk młodzieżowych (art. 37 ustawy). Jak z powyższego widać, podział ten nie obejmuje wszystkich rodzajów obiektów hotelarskich. Ustawodawca dokonując podziału na poszczególne kategorie, nie dokonał go w sposób jednolity z tego powodu, że mamy do czynienia z obiektami oznaczonymi gwiazdkami (hotele, motele, pensjonaty, kempingi) oraz obiektami oznaczonymi cyframi rzymskimi (domy wycieczkowe oraz schroniska młodzieżowe), a ponadto w ramach numerycznego podziału występują obiekty, dla których ustalono pięć kategorii (hotele, motele, pensjonaty), cztery kategorie (kempingi) oraz trzy kategorie (domy wycieczkowe oraz schroniska młodzieżowe). Taki sposób podziału na kategorie spowodował, że system ten jest nieco skomplikowany i może być trudny do zrozumienia, w szczególności przez odbiorców tych usług²⁴. Zaszeregowania obiektów hotelarskich do poszczególnych rodzajów dokonuje, kategorię nadaje oraz prowadzi ich ewidencję marszałek województwa właściwy ze względu na miejsce położenia obiektu hotelarskiego. Natomiast zaszeregowania pól biwakowych oraz pokoi wynajmowanych przez rolników dokonuje i prowadzi ich ewidencję wójt lub burmistrz bądź też prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce ich położenia (art. 38 ust. 1–3 ustawy). Następuje to w formie

²⁴ P. Cybulka, Usługi turystyczne. Komentarz Lex/el 2012. Komentarz do art. 35, 36 i art. 37 (dostęp 25 marca 2020 r.).

decyzji administracyjnej. Jeszcze przed rozpoczęciem świadczenia usług hotelarskich w obiekcie hotelarskim przedsiębiorca ma obowiązek uzyskać zaszeregowanie tego obiektu do odpowiedniego rodzaju i kategorii. Gdyby jednak przedsiębiorca rozpoczął świadczenia usług w obiekcie hotelarskim, który posiada zaszeregowanie do poszczególnych rodzajów, to wtedy jest on obowiązany wystąpić do właściwego marszałka województwa o potwierdzenie lub zmianę dotychczasowego zaszeregowania. Podobnie musi postąpić przedsiębiorca lub rolnik zamierzający świadczyć usługi hotelarskie w gospodarstwie rolnym, który powinien zgłosić ten obiekt do ewidencji prowadzonej przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, właściwego ze względu na miejsce położenia tego obiektu. Wszyscy oni mają też obowiązek informowania właściwego organu o okolicznościach powodujących zmianę rodzaju lub kategorii obiektu hotelarskiego oraz o zakończeniu świadczenia usług hotelarskich (art. 39 ustawy). Do prowadzenia tego rodzaju działalności będzie też warunkowo dopuszczony przedsiębiorca, który może ubiegać się o przyzreczenie zaszeregowania obiektu hotelarskiego do odpowiedniego rodzaju i kategorii (promesa). Promesę wydaje, w formie decyzji administracyjnej i na wniosek przedsiębiorcy, marszałek województwa właściwy ze względu na miejsce położenia obiektu hotelarskiego. Jest ona wydawana na czas określony nie dłuższy niż dwa lata. W okresie ważności promesy przedsiębiorca nie może świadczyć usług hotelarskich w obiekcie, z tym jednak zastrzeżeniem, iż marszałek województwa może, w drodze postanowienia, zezwolić na rozpoczęcie świadczenia usług hotelarskich przez przedsiębiorcę, który otrzymał promesę, po złożeniu przez niego kompletnego wniosku o zaszeregowanie obiektu hotelarskiego do odpowiedniego rodzaju i kategorii. W okresie, kiedy obiekt jeszcze nie funkcjonuje, przedsiębiorca ma prawo używać nazwy rodzajowej i oznaczenia kategorii do celów informacyjnych i promocyjnych obiektu hotelarskiego (art. 39a ustawy)²⁵.

Przedmiotem ochrony art. 60¹ § 4 pkt 2 k.w. jest porządek publiczny w zakresie obowiązujących zasad prowadzenia usług hotelarskich określonych przede wszystkim w przepisach zawartych w rozdziale 5 (art. 35–45) ustawy oraz wydanych z ich upoważnienia rozporządzeniach. Strona przedmiotowa będzie polegała na używaniu podczas świadczenia usług hotelarskich nazw rodzajowych lub określenia kategorii obiektów hotelarskich bez decyzji lub niezgodnie z decyzją. Chodzi o wcześniej wskazane decyzje administracyjne marszałka województwa, wójta, burmistrza lub prezydenta miasta. W przypadku używania nazw lub kategorii nie-

²⁵ Tamże, Komentarz do art. 39a (dostęp 26 marca 2020 r.).

zgodnie z decyzją, to odnosi się to do posługiwania się nazwą nieodpowiadającą rodzajowo użytkowanemu obiektowi (np. hotel, podczas gdy faktycznie jest to dom wycieczkowy), bądź też używanie kategorii wyższej niż rzeczywiście przyznana w decyzji²⁶. Sprawcą wykroczenia może być wyłącznie osoba świadcząca usługi hotelarskie (wykroczenie indywidualne). Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić przez zaniechanie, zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie.

11. Świadczenie usług hotelarskich przy użyciu oznaczeń mogących wprowadzić w błąd co do rodzaju lub kategorii obiektu hotelarskiego

Art. 60¹ § 4 pkt 2a k.w. określa wykroczenie, które może popełnić ten, kto świadcząc usługi hotelarskie, używa oznaczeń, które mogą wprowadzić klientów w błąd co do rodzaju lub kategorii obiektu hotelarskiego. Przepis nawiązuje do art. 44 ust. 1 i 2 ustawy (przepis sankcjonowany), który nakazuje umieścić w widocznym miejscu w obiekcie hotelarskim, a także na zewnątrz, następujące informacje:

- nazwę oraz siedzibę lub imię i nazwisko, a także adres przedsiębiorcy świadczącego usługi hotelarskie w tym obiekcie,
- tablicę określającą rodzaj i kategorię obiektu,
- informację o zakresie świadczonych usług wraz z podstawowymi cenami,
- informację o przystosowaniu obiektu do obsługi osób niepełnosprawnych.

Informacje powinny zostać umieszczone również na zewnątrz obiektu hotelarskiego. Rzecz oczywista, że wszystkie te informacje muszą być rzetelne i podawać rzeczywisty stan obiektu. Oznacza to, że nie mogą one w najmniejszym nawet zakresie wprowadzać klienta w błąd co do faktycznego rodzaju lub kategorii. W błąd nie może zatem wprowadzać nie tylko sama treść informacji, ale także napisy, oznaczenia, rysunki sugerujące, że mamy do czynienia z obiektem o innym standardzie niż w rzeczywistości²⁷. Przedmiotem ochrony art. 60¹ § 4 pkt 2 k.w. – podobnie jak w poprzednio omawianym wykroczeniu – jest porządek publiczny w zakresie obowiązujących zasad prowadzenia usług hotelarskich określonych przede wszystkim w przepisach zawartych w rozdziale 5 (art. 35–45) ustawy oraz wydanych z ich upoważnienia rozporządzeniach. Strona przedmiotowa będzie polegała na używaniu podczas

²⁶ B. Kurzępa, Kodeks wykroczeń ..., s. 244.

²⁷ Tamże, s. 244–245.

świadczenia usług hotelarskich oznaczeń, które mogą wprowadzić klientów w błąd co do rodzaju lub kategorii obiektu hotelarskiego. Jak słusznie stwierdza A. Michalska-Warias „przez oznaczenia mogące wprowadzić w błąd należy rozumieć takie oznaczenia, które nie są jawnie oszukańcze, ale ze względu na niejednoznaczność używanych w nich napisów czy rysunków (lub innych znaków graficznych) mogą zostać zinterpretowane jako określające niezgodnie z rzeczywistością rodzaj lub kategorię obiektu. W przypadku bowiem oznaczenia wyraźnie niezgodnego z rzeczywistością sprawca zrealizuje znamiona wykroczenia określonego w art. 60¹ § 4 pkt 2 k.w.”²⁸ Podmiotem wykroczenia określonego w art. 60¹ § 4 pkt 2a k.w. będzie przedsiębiorca świadczący usługi hotelarskie (wykroczenie indywidualne). Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić umyślnie, bądź nieumyślnie. Między art. 60¹ § 4 pkt 2a k.w. a art. 286 § 1 k.k. może zachodzić pozorny zbieg przepisów, który powinien być rozstrzygany zgodnie z zasadą konsumpcji.

12. Świadczenie usług w obiekcie niezgłoszonym do ewidencji

Wykroczenie określone w art. 60¹ § 4 pkt 3 k.w. popełni ten, kto wbrew obowiązkowi świadczy usługi hotelarskie w obiekcie niezgłoszonym do ewidencji. W myśl art. 38 ust. 1 i art. 39 ust. 1 ustawy jeszcze przed rozpoczęciem świadczenia usług hotelarskich w obiekcie hotelarskim przedsiębiorca ma obowiązek uzyskać zaszeregowanie tego obiektu do odpowiedniej kategorii i rodzaju. Ewidencję obiektów prowadzi marszałek województwa, a ewidencję pól biwakowych, innych obiektów wymienionych w art. 35 ust. 2 ustawy oraz pokoi i miejsc na ustawianie namiotów przez rolników – wójt, burmistrz lub prezydent miasta. Zaszeregowanie następuje na wniosek świadczącego usługi hotelarskie. Uchybienie temu obowiązkowi, tzn. świadczenie wymienionych usług w obiekcie niezgłoszonym uprzednio do ewidencji, stanowi o istocie omawianego wykroczenia. Przedmiotem ochrony art. 60¹ § 4 pkt 3 k.w. jest porządek publiczny w zakresie obowiązujących zasad prowadzenia usług hotelarskich określonych w przepisach zawartych w rozdziale 5 (art. 35–45) ustawy oraz wydanych z ich upoważnienia rozporządzeniach. Wykroczenie, o którym mowa w art. 60¹ § 4 pkt 3, ma charakter formalny i można je popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Jego sprawcą może być osoba świadcząca usługi hotelarskie.

²⁸ A. Michalska-Warias, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz. Komentarz do art. 60¹, Lex/el 2020 (dostęp 26 marca 2020 r.).

13. Świadczenie usług hotelarskich wbrew decyzji nakazującej wstrzymanie ich świadczenia

Kolejne wykroczenie określone zostało w art. 60¹ § 4 pkt 4 k.w. i pełni je ten, kto świadczy usługi hotelarskie wbrew decyzji nakazującej wstrzymanie ich świadczenia. Jest to przepis sankcjonujący w stosunku art. 41 ust. 2 ustawy, który stanowi, że jeżeli obiekt, w którym są świadczone usługi hotelarskie, nie spełnia wymagań określonych w art. 35 ust. 1 pkt 2 lub w art. 35 ust. 2 ustawy, wówczas organ prowadzący ewidencję obiektu może nakazać wstrzymanie świadczenia usług hotelarskich do czasu usunięcia stwierdzonych uchybień. Nakazanie wstrzymania świadczenia usług hotelarskich następuje w formie decyzji administracyjnej organu, który wcześniej zezwolił na ich prowadzenie, tzn. marszałka województwa, wójta, burmistrza lub prezydenta miasta. Świadczenie usług hotelarskich po uprawomocnieniu się wspomnianej decyzji lub nieprawomocnej decyzji, której nadano rygor natychmiastowej wykonalności, stanowi o istocie komentowanego wykroczenia. Powołany wcześniej art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy określa, że usługi hotelarskie mogą być świadczone w obiektach, które spełniają wymagania sanitarne, przeciwpożarowe oraz inne określone odrębnymi przepisami, zaś art. 35 ust. 2 ustawy zezwala na świadczenie usług hotelarskich w innych obiektach pod warunkiem, że spełniają one minimalne wymagania co do wyposażenia, zawarte w rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie²⁹.

Sprawcą wykroczenia określonego w art. 60¹ § 4 pkt 4 k.w. może być tylko osoba świadcząca usługi hotelarskie (wykroczenie indywidualne). Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić przez działanie, zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie.

14. Niezawiadomienie organu rejestrowego o zawieszeniu wykonywania działalności

W art. 60¹ § 4 pkt 5 k.w. stypizowano wykroczenie polegające na niezawiadomieniu organu prowadzącego rejestr organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych o zawieszeniu wykonywania działalności w terminie 7 dni od dnia tego zawieszenia. Przepis ten jest przepisem sankcjonującym dla

²⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2166, które obowiązuje od 30 sierpnia 2004 r.

przepisu administracyjnego zawartego w art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych³⁰ stanowiącego, że organizator turystyki lub przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych jest obowiązany zawiadomić organ prowadzący rejestr o zmianie wpisu w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, polegającej na ujawnieniu informacji o zawieszeniu, przedłużeniu zawieszenia lub wznowieniu wykonywania działalności, w terminie 7 dni od dnia ujawnienia tej informacji. Rejestr prowadzi marszałek województwa właściwy ze względu na siedzibę przedsiębiorcy turystycznego lub adres zamieszkania przedsiębiorcy turystycznego będącego osobą fizyczną (art. 23 ustawy).

Czyn z art. 60¹ § 4 pkt 5 k.w. jest wykroczeniem formalnym, które można popełnić przez zaniechanie, zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Jego sprawcą może być wyłącznie organizator turystyki i przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych.

15. Wprowadzanie w błąd co do posiadanych uprawnień przewodnika górskiego

Ostatnie dwa wykroczenia dotyczące bezpośrednio usług turystycznych znalazły się w art. 138d k.w.³¹ Pierwsze z tych wykroczeń popełni ten, kto podejmując zadania przewodnika górskiego na określonym obszarze górskim wprowadza w błąd co do posiadanych uprawnień. Przepis art. 138d § 1 k.w. chroni turystów przed narażeniem ich na świadczenie usługi turystycznej przewodnika górskiego przez osobę bez wymaganych uprawnień. Przewodnikiem turystycznym – w myśl definicji zawartej w art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych – jest osoba zawodowo oprowadzająca turystów lub odwiedzających po wybranych obszarach, miejscowościach i obiektach, udzielająca o nich fachowej informacji oraz sprawująca nad turystami lub odwiedzającymi opiekę w zakresie wynikającym z umowy. Do wykonywania zadań przewodnika turystycznego dopuszczona może być osoba, która posiada uprawnienia określone wspomnianą wyżej ustawą. Oprócz obowiązków

³⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 548. Ustawa obowiązuje od dnia 1 lipca 2018 r.

³¹ Przepis art. 138d k.w. został dodany do Kodeksu wykroczeń przez art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy o usługach turystycznych oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2010 r., Nr 106, poz. 672) i obowiązuje od dnia 17 września 2010 r.

wskazanych w definicji przewodnika turystycznego, dodatkowo przewodnik górski musi troszczyć się o bezpieczeństwo powierzonych mu turystów, w szczególności podczas wyjść wymagających odpowiednich technik i specjalistycznego sprzętu. Przewodnicy turystyczni mogą uzyskać uprawnienia w następujących kategoriach: przewodnicy górscy dla określonych obszarów górskich, przewodnicy miejscy dla poszczególnych miast, przewodnicy terenowi dla poszczególnych województw, powiatów, gmin, a także regionów oraz tras turystycznych (art. 21 ust. 1 ustawy). Aby uzyskać uprawnienia przewodnika górskiego, trzeba spełnić cztery warunki: mieć ukończone 18 lat, posiadać wykształcenie co najmniej średnie oraz stan zdrowia umożliwiający wykonywanie zadań przewodnika, nie być karanym za przestępstwa umyślne lub inne popełnione w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego albo pilota wycieczek, odbyć szkolenie teoretyczne i praktyczne dla określonego obszaru górskiego i zdać egzamin. Uprawnienia przewodników górskich dzielą się na trzy klasy w zależności od stopnia trudności klas i wycieczek. Przepis art. 22a ustawy umożliwia osobom posiadającym już uprawnienia przewodnika górskiego przystąpienie do egzaminu na uzyskanie uprawnień obejmujących dodatkowo obszar bez konieczności odbycia kolejnego szkolenia teoretycznego i praktycznego. Egzaminy przeprowadza komisja egzaminacyjna powoływana przez marszałka województwa właściwego ze względu na zakres terytorialny jednej z części obszaru górskiego, którego dotyczą uprawnienia przewodnika górskiego (art. 25 ust. 2 ustawy). Po spełnieniu wszystkich wymogów formalnych, uprawnienia przewodnika górskiego nadaje, w drodze decyzji administracyjnej, marszałek województwa właściwy dla miejsca zamieszkania osoby składającej wniosek o nadanie uprawnień w dniu złożenia tego wniosku, a w przypadku nieposiadania miejsca zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – marszałek województwa wybrany przez osoby ubiegające się o te uprawnienia (art. 28 ust. 1 ustawy). Szczegółowe regulacje dotyczące postępowania w sprawie uzyskania uprawnień przewodnika górskiego oraz wzory dokumentów potwierdzających posiadanie tych uprawnień znajdują się w rozporządzeniu Ministra Sportu i Turystyki z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie nabywania uprawnień przewodnika górskiego³².

Strona przedmiotowa wykroczenia z art. 138d § 1 k.w. będzie polegała na wprowadzeniu w błąd, a więc wywołaniu u osoby pokrzywdzonej mylnego wyobrażenia o istniejącej rzeczywistości. W tym przypadku bę-

³² Dz. U. z 2014 r., poz. 868. Rozporządzenie obowiązuje od dnia 1 lipca 2014 r.

dzie to błąd co do posiadania przez podejmującego się zadania przewodnika górskiego uprawnień na określony obszar górski³³. Dla odpowiedzialności sprawcy bez znaczenia jest sposób, w jaki sprawca wprowadził w błąd osobę pokrzywdzoną. Do zaistnienia omawianego wykroczenia dojdzie nie tylko wtedy, gdy sprawca w ogóle nie ma uprawnień przewodnika na określony obszar górski, ale także wówczas, gdy posiadane uprawnienia zostały mu zawieszony³⁴. Aby można mówić o zaistnieniu wykroczenia z art. 138d § 1 k.w., niezbędne jest spełnienie przez sprawcę równocześnie dwóch warunków: wprowadzenie w błąd i podjęcie się zadania przewodnika górskiego na określonym obszarze górskim. Jeżeli chodzi o stronę podmiotową tego wykroczenia, to zgodzić się należy z A. Michalską-Warias, która uważa, że „wykroczenia określone w art. 138d k.w. mogą zostać popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Wniosek taki płynie z faktu, że w art. 65 k.w., którego strona przedmiotowa także polega na wprowadzaniu w błąd, ustawodawca wprost zastrzegł umyślność sprawcy. Brak zatem takiego określenia w art. 138d k.w. oznacza, że stroną podmiotową należy określać zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 k.w.”³⁵ Omawiane wykroczenie ma charakter powszechny. Można je popełnić przez działanie. Czyn określony w art. 138d § 1 k.w. będzie pozostawał w zbiegu z art. 60¹ § 4 pkt 1 k.w., w którym stypizowano wykroczenie polegające na wykonywaniu bez wymaganych uprawnień zadań przewodnika górskiego. W takiej sytuacji art. 138d § 1 k.w. należy przyjąć za *lex specialis* w stosunku do art. 60¹ § 4 pkt 1 k.w. Możliwy jest też pozorny zbieg art. 138d § 1 k.w. z art. 286 § 1 lub 3 k.k., który rozstrzygnąć należy na zasadzie konsumpcji.

16. Wprowadzenie w błąd podróźnych przez organizatora turystyki lub przedsiębiorcę co do posiadanych uprawnień osób wykonujących zadania przewodnika górskiego

Ostatnie wykroczenie dotyczące sfery usług turystycznych zawarte jest w art. 138d § 2 k.w. Do jego popełnienia dojdzie wtedy, gdy organi-

³³ M. Zbrojewska, T. Grzegorzczak (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. II. Komentarz do art. 138d. Lex/el 2013 (dostęp 28 marca 2020 r.).

³⁴ Podstawą do zawieszenia uprawnień przewodnika górskiego mogą być powtarzające się uchybienia w wykonywaniu zadań lub postępowaniu przewodnika górskiego, jeżeli stwierdzą to osoby uprawnione do kontroli, bądź w przypadku skarg potwierdzonych co do ich słuszności. Zawieszenia dokonuje marszałek województwa na okres do 12 miesięcy (art. 26 ustawy).

³⁵ A. Michalska-Warias, T. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz. Komentarz do art. 60¹, Lex/el 2020 (dostęp 28 marca 2020 r.).

zator turystyki lub przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych wprowadzi podróżnych w błąd co do uprawnień osób, którym powierza wykonywanie zadań przewodnika górskiego. Jego celem jest ochrona turystów przed narażeniem ich na świadczenie usługi turystycznej przewodnika górskiego przez osobę bez wymaganych uprawnień. Obowiązkiem organizatora turystyki jest zapewnienie klientowi uczestniczącemu w imprezie turystycznej opieki osoby reprezentującej organizatora turystyki, a więc przewodnika turystycznego i pilota wycieczki. Musi to być osoba o odpowiednich uprawnieniach i kwalifikacjach, potwierdzonych stosownym dokumentem. Podobny obowiązek spoczywa na przedsiębiorcy ułatwiającym nabywanie powiązanych usług turystycznych. Wymogi formalne dotyczące kwalifikacji przewodnika górskiego zostały omówione wcześniej, a znajdują się one w przepisach art. 21, art. 22a, art. 25–29 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych, a także w rozporządzeniu Ministra Sportu i Turystyki z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie nabywania uprawnień przewodnika górskiego.

Strona podmiotowa z art. 138d § 2 k.w. będzie polegała na wprowadzeniu w błąd podróżnego co do rzeczywistych uprawnień osób, którym powierzono wykonywanie zadań przewodnika górskiego. Wprowadzenie w błąd, to wywołanie u pokrzywdzonego (podróżnego) mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy. W tym przypadku będą to faktyczne kwalifikacje przewodnika górskiego. Warunkiem odpowiedzialności sprawcy wprowadzającego w błąd będzie faktyczne powierzenie wykonywania zadań przewodnika górskiego. Pojęcie „podróżny” oznacza każdego, kto chce zawrzeć umowę lub jest uprawniony do podróżowania na podstawie umowy zawartej w zakresie stosowania ustawy³⁶. Osobą wprowadzoną w błąd może być tylko klient (podróżny) organizatora turystyki lub przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych. Wykroczenie to można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (patrz uwagi do art. 138d § 1 k.w.). Ma ono charakter indywidualny, gdyż jego sprawcą może być jedynie organizator turystyki lub przedsiębiorca ułatwiający nabywanie powiązanych usług turystycznych. Możliwy jest pozorny zbieg art. 138d § 12 k.w. z art. 286 § 1 lub 3 k.k., który rozstrzyga się na zasadzie konsumpcji.

³⁶ Definicja zawarta jest w art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 548).

17. Uwagi końcowe

Usługi turystyczne przez dłuższy okres traktowane były w naszym kraju jako jeden z mniej znaczących sektorów gospodarki, którego funkcjonowanie regulowały ogólne przepisy o działalności gospodarczej oraz Kodeks cywilny. Tym samym nie było też odrębnych przepisów karnoprawnych, gdyż nie istniała potrzeba ich wprowadzania. Podejście do turystyki zaczęło zmieniać się na przełomie lat 80. i 90. ubiegłego wieku, kiedy do Polski zaczęło przyjeżdżać coraz więcej turystów zagranicznych, a i Polacy odkryli urok podróży nie tylko w celach czysto komercyjnych, lecz również poznawczych. Wymagania turystów z innych krajów stawały się coraz wyższe i aby im sprostać, branża turystyczna zmuszona została m.in. do domagania się od władz państwowych stworzenia przepisów, które pozwoliłyby na zbliżenie polskiego rynku usług turystycznych do standardów europejskich. Pojawiły się też różnego rodzaju patologie w funkcjonowaniu tej branży, z którymi trudno było walczyć przy użyciu dotychczasowych przepisów administracyjnych czy też karnych. Dlatego też w dniu 29 sierpnia 1997 r. Sejm uchwalił ustawę o usługach turystycznych, w której znalazły się przepisy administracyjne regulujące funkcjonowanie rynku turystycznego w naszym kraju³⁷. Ustawa ta nie zawierała wprawdzie przepisów karnych, ale wprowadziła do Kodeksu wykroczeń przepis art. 60¹ § 4, w którym określono cztery rodzaje wykroczeń, jako przepisów sankcjonujących do niektórych norm wspomnianej ustawy. Po wielu zmianach legislacyjnych, ostatecznie ten akt prawny nosi nazwę: ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych. Drugim aktem prawnym odnoszącym się bezpośrednio do usług turystycznych jest ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, która zawiera już w swoim tekście przepisy karne (art. 58–60). Rzecz jasna do branży turystycznej mają zastosowanie także przepisy karne znajdujące się w wielu innych aktach prawnych np. Kodeksie karnym, Kodeksie karnym skarbowym, Kodeksie wykroczeń. Jednak czyny określone w art. 60¹ § 4 i art. 138d k.w. oraz w art. 58–60 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. odnoszą się wyłącznie do specyficznych zachowań na rynku usług turystycznych. Trudno jest ocenić, czy wymienione przepisy są wystarczające na obecnym etapie rozwoju krajowego rynku usług turystycznych. Jak wszystkie regulacje prawne, mają do spełnienia dwie role; pierwsza – stanowią re-

³⁷ Dz. U. z 1997 r., Nr 133, poz. 884. Ustawa weszła w życie 1 lipca 1998 r.

akcję państwa na naruszenie reguł obowiązujących w danej dziedzinie życia; druga – wyznaczają granicę, po przekroczeniu której sprawcę spotka represja karna. Bezspornie jednak obie wymienione wyżej ustawy powinny stanowić jeden akt prawny, a przepisy karne – zarówno statuujące przestępstwa, jak i wykroczenia – znajdować się w tej jednej ustawie. Uwaga ta odnosi się przede wszystkim do wykroczeń turystycznych umiejscowionych obecnie w art. 60¹ § 4 i art. 138d k.w.

Criminal-law aspects of laws regulating tourism services

Abstract

This paper deals with offences and misdemeanours that directly affect tourism services in Poland and are included in the Act of 24 November 2017 on Tourism Events and Related Tourism Services, and in the Code of Petty Offences. It discusses sanctioned (administrative) provisions included in the Act of 24 November 2017 and in the Act of 29 August 1997 on Hotel, Trip Leader and Tour Guide Services, as well as the criminal-law norms of the Code. So far, the issue concerned has not been adequately addressed by substantive criminal law (except the Code of Petty Offences). As tourism services have become an essential sector of the Polish economy, this paper gives some attention to relevant criminal regulations.

Key words

Tourism-related offences, tourism-related misdemeanours, tourism services, internal security.

Paweł Tomasz Kartasiński

Problematyka zadań sądu opiekuńczego w kontekście orzekania o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu na podstawie art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹

Streszczenie

Autor opiniowanego artykułu bardzo dokładnie przeanalizował istniejący stan prawny w zakresie orzekania o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu na podstawie art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, wykorzystując poglądy doktryny w tym zakresie (także medycznej), orzecznictwo sądów polskich oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Koniec pracy wieńczy jego przemyślenia o najważniejszych mankamentach wskazanych przepisów cyt. ustawy.

1. Uwagi wstępne

Przepisy ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, zawierają ograniczone i niezupełnie kompletne regulacje w kontekście zadań sądu opiekuńczego oddziałujących na sytuację faktyczną osoby, poddanej rygorom związanym z orzeczeniem o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym, bądź w domu pomocy społecznej – bez jej zgody. Brakuje w unormowaniach regulacji pozwalających na wyróżnienie sformalizowanego postępowania wykonawczego, chociaż niektóre przepisy przewidują działanie sądu już po uprawomocnieniu się postanowienia końcowego, wydanego co do meritum w sprawie z wniosku o umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, bądź w domu pomocy społecznej. Dopuszczalne jest wydanie orzeczenia, mocą którego dotychczasowego uczestnika postępowania można zatrzymać i przymusowo doprowadzić do szpitala psychiatrycznego, bądź domu pomocy społecznej. Niemniej jed-

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 685 – dalej „u. o o.z.p.” lub „ustawa z 1994 r.”

nak brak jest regulacji o charakterze gwarancyjnym czy rozbudowanych unormowań, klarownie wskazujących na rzeczywiste kompetencje sądu, jak i faktyczne możliwości i uprawnienia osób, względem których zapadło orzeczenie sądu opiekuńczego. Dokonywane na przestrzeni od 2011 r. nowelizacje ustawy z 1994 r. wprowadzają raczej szczątkowe regulacje (dotyczące chociażby pełnomocnika z urzędu, czy przeprowadzania wywiadu środowiskowego), pozwalające zarysować pewien schemat działań sądu względem osób, które nie poddają się postanowieniu o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym, bądź w domu pomocy społecznej – niemniej jednak brak kompleksowej regulacji w tym zakresie, zwłaszcza w kontekście możliwości orzeczenia przez sąd o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu człowieka do określonej placówki. Zachodzi zatem istotna potrzeba wprowadzenia unormowań, pozwalających na ujednoczenie – dotychczas rozbieżnej praktyki sądowej – a mianowicie, przewidujących wprost prowadzenie postępowania wykonawczego względem osób, co do których sąd opiekuńczy orzekł o izolacji w szpitalu psychiatrycznym, bądź domu pomocy społecznej; zakładających ograniczenie czasowe w kontekście czynności o charakterze wykonawczym; precyzujących formę i treść orzeczenia, wydawanego przez sąd na podstawie art. 40 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2c ustawy; a wreszcie regulujących wprost kontrolę instancyjną wydawanego na tej podstawie orzeczenia.

2. Prawne podstawy zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do szpitala psychiatrycznego oraz do domu pomocy społecznej

„Uznając, że zdrowie psychiczne jest fundamentalnym dobrem osobistym człowieka, a ochrona praw osób z zaburzeniami psychicznymi należy do obowiązków państwa, stanowi się, co następuje”: – taka preambuła zaczyna tekst ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego. Pozwala to założyć, że istotnie wszelkie, a zwłaszcza te najbardziej elementarne, prawa osób doznających zaburzeń psychicznych są należycie chronione i zagwarantowane przepisami rangi ustawy. Wydaje się jednak, że nie do końca tak jest, gdy chodzi o prawo do wolności osobistej, co potwierdza również niejednolita praktyka sądowa.

Od 11 lutego 2011 r. obowiązują przepisy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego². Mocą przepisu art. 1 pkt 18 tej ustawy przepis art. 40 ust. 2 ustawy z 1994 r. przyjął kształt: „Jeżeli osoba, wobec której wydano postanowienie o przyjęciu do domu pomocy społecznej, odmawia stawienia się w domu pomocy spo-

² Dz. U. z 2011 r., Nr 6, poz. 19.

łecznej lub w inny sposób utrudnia wykonanie tego postanowienia, sąd z urzędu lub na wniosek organu do spraw pomocy społecznej może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie tej osoby do domu pomocy społecznej przez Policję”. Z kolei mocą przepisu art. 1 pkt 20 lit. b ustawy z 2011 r. wprowadzono do art. 46 ustawy z 1994 r. przepis ust. 2c, w swej istocie analogiczny do przepisu art. 40 ust. 2, aczkolwiek odnoszący się do osób psychicznie chorych, względem których sąd orzekł o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego. Zgodnie z nim: „Jeżeli osoba psychicznie chora, wobec której wydano postanowienie o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego, odmawia stawienia się w szpitalu psychiatrycznym lub w inny sposób utrudnia wykonanie tego postanowienia, sąd z urzędu lub na wniosek upoważnionego przez marszałka województwa lekarza psychiatrii może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie tej osoby do szpitala psychiatrycznego przez Policję”.

Wprowadzenie zmiany dotyczącej realizacji orzeczeń o umieszczeniu w domu pomocy społecznej uzasadniano wyjściem naprzeciw postulatom organów pomocy społecznej, które – obligowane do zapewnienia osobom z zaburzeniami psychicznymi należytej pomocy i opieki w domach pomocy społecznej – sygnalizowały niemożność realizacji prawomocnych orzeczeń sądowych, wobec braku odpowiednich uprawnień do podjęcia skutecznych działań. Zauważono, że nowe uregulowania wyeliminują sytuacje objawiające się brakiem realizacji prawomocnego orzeczenia sądowego i pomogą lepiej chronić życie i zdrowie osób umieszczanych w domach pomocy społecznej przymusowo. Z kolei zmianę w treści art. 46 ustawy motywowano wskazaniem, że nowa regulacja przysłuży się usprawnieniu realizacji orzeczeń sądowych o przymusowym umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym, ważąc iż dotychczasowe unormowania nie precyzowały sposobu działania względem tych osób, które po wydaniu rzeczonych postanowień uchylały się od ich realizacji lub utrudniały ich wykonanie³. Tutaj na marginesie tylko można wspomnieć, że kierowanie do domu pomocy społecznej należy do zadań własnych gminy o charakterze obowiązkowym, zaś prowadzenie i zapewnienie miejsc w domach pomocy społecznej i ośrodkach wsparcia o zasięgu gminnym oraz kierowanie do nich osób wymagających opieki należy do zadań własnych gminy, zaś prowadzenie i rozwój infrastruktury domów pomocy społecznej o zasięgu ponadgminnym oraz umieszczanie w nich skierowanych osób należy do zadań własnych powiatu⁴.

³ [Http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3349.htm](http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3349.htm).

⁴ Art. 17 ust. 1 pkt 16; art. 17 ust. 2 pkt 3, art. 19 pkt 10, ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1507 ze zm.).

W praktyce chodzi zatem o następujące sytuacje.

Pierwsza dotyczy orzeczenia przez sąd opiekuńczy, na podstawie art. 39 ustawy, o przyjęciu do domu pomocy społecznej:

- osoby, która wskutek choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego nie jest zdolna zaspokajać podstawowych potrzeb życiowych i nie może korzystać z opieki innych osób oraz potrzebuje stałej opieki i pielęgnacji, lecz nie wymaga leczenia szpitalnego, a która nie wyraża zgody na przyjęcie do tego domu (bądź też ustanowiony dla niej przedstawiciel ustawowy nie wyraża takiej zgody), zaś brak opieki zagraża życiu tej osoby (postępowanie prowadzone jest z wniosku organu do spraw pomocy społecznej);
- osoby przebywającej w szpitalu psychiatrycznym, która nie jest zdolna samodzielnie zaspokajać podstawowych potrzeb życiowych, a potrzebuje stałej opieki i pielęgnacji, natomiast nie wymaga dalszego leczenia w tym szpitalu (postępowanie prowadzone jest z wniosku kierownika szpitala psychiatrycznego).

Druga dotyczy przypadków, gdy sąd opiekuńczy – właściwy według miejsca zamieszkania osoby chorej psychicznie – orzekł o jej umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym bez zgody zainteresowanego – działając w tzw. trybie wnioskowym (czyli w wyniku inicjatywy legitymowanej osoby bliskiej lub organu pomocy społecznej), w oparciu o treść art. 29 ustawy. Zgodnie z nim osobę chorą psychicznie można przyjąć do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody, jeśli dotychczasowe jej zachowanie wskazuje, że brak hospitalizacji będzie skutkowało znacznym pogorszeniem jej zdrowia psychicznego lub osoba ta nie jest zdolna zaspokajać podstawowych potrzeb życiowych w sposób samodzielny, a przewiduje się, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym spowoduje poprawę stanu jej zdrowia.

W tych sytuacjach (w sprawach wnioskowych), w momencie gdy sąd wydaje orzeczenie, ale i w czasie gdy orzeczenie to staje się prawomocne, osoba, będąca bezpośrednim adresatem orzeczenia, pozostaje jeszcze poza domem pomocy społecznej bądź szpitalem psychiatrycznym. Ważne jest, że postanowienie sądu, wydawane w trybie art. 29 bądź art. 39 ustawy ani nie wskazuje, w jakim terminie ma nastąpić umieszczenie osoby chorej psychicznie w szpitalu psychiatrycznym bądź w domu pomocy społecznej, ani też nie precyzuje miejsca, w jakim to orzeczenie ma się urzeczywistnić (czyli szpitala lub domu pomocy społecznej, do którego uczestnik postępowania ma trafić), ani wreszcie nie wskazuje, do kiedy najpóźniej dana osoba ma trafić do szpitala psychiatrycznego lub domu pomocy społecznej. Oczywiście najprostszym uzasadnieniem dla takiego stanu rzeczy jest fakt, że regulacja ustawowa nie przewiduje obowiązku orzeka-

nia w tych kwestiach. To jednak można uznać za brak, rzutujący na praktykę, ale i skutkujący niepewnością po stronie bezpośredniego adresata orzeczenia sądu. Wszak osoba doznająca zaburzeń psychicznych kwalifikowanych, jako choroba psychiczna, w gruncie rzeczy, nawet jeśli uświadamia sobie, że dotyczy jej prawomocne orzeczenie o skutku izolującym społecznie, to przecież nie ma żadnych wskazówek, gdzie i kiedy powinna się udać, aby to orzeczenie urzeczywistnić. Ważąc cel regulacji można zaś zakładać, że uczestnik, którego postanowienie dotyczy, powinien znaleźć się – odpowiednio – w domu pomocy społecznej, bądź w szpitalu psychiatrycznym najwcześniej i najpóźniej zarazem z chwilą uprawomocnienia się postanowienia sądu rodzinnego. Rzecz jasna – w tym miejscu należy przywołać poglądy, jakoby postanowienie sądu, wydawane w trybie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, jako orzeczenie sądu opiekuńczego, nie korzystało z walorów określonych w przepisie art. 578 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁵, według którego, postanowienia sądu opiekuńczego są skuteczne i wykonalne z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 kwietnia 1997 r., zauważył, że do postanowień sądu opiekuńczego co do istoty sprawy, zapadłych w sprawach dotyczących zdrowia psychicznego, nie ma zastosowania regulacja z art. 578 k.p.c.⁶ Są też jednak odmienne poglądy w tej kwestii, wskazujące – w ślad za powołanym przepisem – że orzeczenie sądu opiekuńczego o potrzebie przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego, wydane w oparciu o treść art. 29 ustawy jest skuteczne i wykonalne już z chwilą jego ogłoszenia, bądź też, że postanowienia sądu opiekuńczego wydawane względem osoby, o której stanowi art. 38 ustawy, a dotyczącej jej umieszczenia w domu pomocy społecznej, są skuteczne i wykonalne z chwilą ogłoszenia⁷. To determinowane jest ustawowym założeniem, że w kwestiach unormowanych przepisami ustawy z 1994 r. rozstrzyga sąd opiekuńczy. Zatem sama kwalifikacja podmiotu decyzyjnego warunkuje przymioty przypisywane samemu rozstrzygnięciu. Nie wydaje się taki automatyzm słuszny i zasadne byłoby odróżnienie sytuacji, kiedy sąd ma orzekać w przedmiocie faktycznego odizolowania człowieka w szpitalu psychiatrycznym bądź w domu pomocy społecznej

⁵ Dz. U. z 2019 r., poz. 1460 ze zm. – dalej „k.p.c.”

⁶ Sygn. III CKU 22/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 139; tak też P. Gałęcki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz, Warszawa 2013, s. 194.

⁷ J. Duda, Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz, s. 259; K. Eichstaedt, Ustawa..., s. 206.

w postępowaniach inicjowanych wnioskiem. Wniosek ów pochodzi zawsze od podmiotu trzeciego względem osoby, której postępowanie dotyczy, a której orzeczenie dotknie jednak bezpośrednio. To nie są sytuacje tak nagłe, jak w przypadku spraw normowanych przepisami art. 22–23 ustawy, gdy sąd orzeka w sytuacji, kiedy osoba już znajduje się w szpitalu psychiatrycznym. Osobna kwestia, że od 7 listopada 2019 r., wskutek wejścia w życie przepisów nowelizujących procedurę cywilną, skraca się – do siedmiu dni – okres uprawomocnienia orzeczenia merytorycznego sądu opiekuńczego, wydawanego w trybie nieprocesowym, w sytuacji, gdy nie złożono wniosku o sporządzenie uzasadnienia postanowienia⁸.

3. Brak wyodrębnionego postępowania wykonawczego w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. Postulaty *de lege ferenda*

W tym miejscu należy dokonać ważnej uwagi.

Przepisy regulujące postępowanie przed sądem opiekuńczym – sądem rodzinnym, w gestii którego leży orzekanie w przedmiocie umieszczenia osoby w domu pomocy społecznej lub w szpitalu psychiatrycznym bez jej zgody⁹, nie przewidują prowadzenia postępowania wykonawczego, w związku z orzeczeniami wydanymi w sprawach uregulowanych przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Tutaj odwołuję się do unormowań samej ustawy, jak też przepisów Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych¹⁰ oraz przepisów Zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej¹¹.

Można uznać to za lukę prawną (choćby w zestawieniu z sytuacją orzekania w przedmiocie obowiązku odwykowego osób uzależnionych od alkoholu). Prowadzi się bowiem wobec potencjalnego pensjonariusza domu pomocy społecznej, czy też przyszłego pacjenta szpitala psychia-

⁸ Tutaj wymaga podkreślenia, że skoro adresat orzeczenia nie jest jeszcze umieszczony w placówce szpitalnej czy socjalnej, to nie ma względem niego zastosowania przepis o obligatoryjnym doręczeniu postanowienia, w oparciu o treść art. 327 § 2 k.p.c.

⁹ Art. 12 § 1a pkt 1 ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 365), art. 42 ustawy z 1994 r.

¹⁰ Dz. U. z 2019 r., poz. 1141, podobnie zresztą, jak dotychczas obowiązujące Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23 grudnia 2015 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 2316).

¹¹ Dz. Urz. MS z 2019 r., poz. 138 ze zm.– dalej „Instrukcja kancelaryjna”. Podobnie zresztą jeśli chodzi o dotychczas obowiązujące Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz. Urz. MS z 2003 r., Nr 5, poz. 22 ze zm.).

trycznego¹² postępowanie sądowe (rejestrowane w repertorium RNs), które kończy się z momentem uprawomocnienia się postanowienia wydanego w przedmiocie przyjęcia do domu pomocy społecznej lub umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym bez wymaganej zgody¹³. Formalnie – nie ma dalszego ciągu, nie zakłada i nie prowadzi się akt postępowania wykonawczego, jak w przypadku chociażby spraw dotyczących leczenia odwykowego osób uzależnionych od alkoholu, gdzie zgodnie z § 283 ust. 1 pkt 4 i § 321 Instrukcji kancelaryjnej prowadzi się wykaz „Alk”. Na marginesie można właśnie na wspomnianą regulację zwrócić baczniejszą uwagę, albowiem normuje ona w sposób dość rozbudowany rejestrację czynności w ramach postępowania wykonawczego względem osób zobowiązanych do leczenia odwykowego.

Wydaje się warta uwagi sygnalizacja potrzeby rozważenia zmiany stanu prawnego, poprzez unormowanie zakładające prowadzenie przez sąd opiekuńczy postępowania wykonawczego wobec osób, co do których orzeczono o umieszczeniu w domu pomocy społecznej lub w szpitalu psychiatrycznym, bez ich zgody. To bowiem gwarantuje stosunkowo ciągłe, uporządkowane i organizowane kontrolowanie sytuacji takiej osoby, w trosce o ochronę jej interesów, jej zdrowia, ale także o poszanowanie jej prawa do wolności.

Analiza istniejących uregulowań, a w szczególności treść art. 40 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2c ustawy 1994 r. przekonuje przecie, że ustawodawca dopuszcza i zakłada – po wydaniu orzeczenia, w tej swoistej fazie wykonawczej – również działanie sądu z urzędu, albowiem to Sąd może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie przez Policję – do domu pomocy społecznej lub do szpitala psychiatrycznego – osoby, wobec której orzeczono o przyjęciu do rzeczony placówki, a która odmawia stawienia się w teje lub w inny sposób utrudnia wykonanie orzeczenia sądu.

Można byłoby zatem dokonać zmiany regulacji ustawowej w ramach ustawy z 1994 r., poprzez zapis, że sąd opiekuńczy prowadzi postępowanie wykonawcze w zakresie orzeczeń wydanych w przedmiocie umieszczenia w domu pomocy społecznej lub w szpitalu psychiatrycznym. W tym zakresie można zaproponować wprowadzenie w art. 46 u. o o.z.p. ustępu 6 o treści: W zakresie orzeczeń w sprawach osób, co

¹² Rzecz jasna chodzi tutaj o osoby, które nie podlegają opiece lub kurateli i których bieżąca sytuacja nie jest monitorowana przez sąd opiekuńczy w ramach postępowania wykonawczego, dotyczącego ustanowionej opieki prawnej bądź kurateli.

¹³ Statystycznie zaś sprawę zakreśla się w repertorium RNs z momentem wydania przez sąd pierwszej instancji postanowienia kończącego postępowanie przed tym sądem, a więc rozstrzygającego co do istoty – taki wniosek wynika z analizy przepisu § 83 ust. 1 pkt 1 Instrukcji kancelaryjnej.

do których sąd orzekł o ich umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym bądź w domu pomocy społecznej, prowadzi się postępowanie wykonawcze. W rezultacie bowiem obszarem postępowania wykonawczego w tym układzie objęte byłyby działania sądu podejmowane z urzędu, jak i te, które są następstwem wniosków złożonych w trybie art. 40 ust. 2 lub art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r.

W ślad za tym można byłoby również dokonać zmiany regulacji § 283 Instrukcji kancelaryjnej, aby dodać w ust. 1 punkcie 4 literę d) z zapisem o kolejnym urządzeniu ewidencyjnym, w postaci wykazu „Psych”, dla spraw osób, co do których sąd orzekł o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym bądź w domu pomocy społecznej bez ich zgody. W konsekwencji po § 326 można byłoby wprowadzić Oddział 3a zatytułowany Wykaz „Psych”, obejmujący przepisy: § 326¹ ust. 1. Do wykazu „Psych” wpisuje się nazwiska i imiona osób, co do których sąd orzekł o umieszczeniu w domu pomocy społecznej bądź w szpitalu psychiatrycznym, bez ich zgody; ust. 2. Wpisu do wykazu dokonuje się niezwłocznie po uprawomocnieniu się orzeczenia w tym przedmiocie; ust. 3. W wykazie „Psych” odnotowuje się w szczególności: 1) numer porządkowy; 2) datę wpisu do wykazu; 3) nazwisko i imię osoby, której dotyczy orzeczenie; 4) datę i treść orzeczenia oraz sygn. „RNs”; 5) datę prawomocności orzeczenia; 6) datę i rodzaj czynności wykonawczej; 7) datę złożenia wniosku o zarządzenie zatrzymania i przymusowe doprowadzenie do domu pomocy społecznej lub do szpitala psychiatrycznego oraz określenie podmiotu składającego wniosek; 8) datę postanowienia o zarządzeniu zatrzymania i przymusowym doprowadzeniu do domu pomocy społecznej lub do szpitala psychiatrycznego przez Policję; 9) datę umieszczenia osoby w domu pomocy społecznej lub w szpitalu psychiatrycznym; 10) nazwę i siedzibę domu pomocy społecznej lub szpitala psychiatrycznego; 11) datę i treść postanowienia zmieniającego orzeczenie o przyjęciu do domu pomocy społecznej lub postanowienia o nakazaniu wypisania ze szpitala psychiatrycznego lub postanowienia ordynatora (lekarza kierującego oddziałem) o wypisaniu ze szpitala psychiatrycznego osoby tam przebywającej bez jej zgody; 12) datę opuszczenia przez osobę domu pomocy społecznej lub szpitala psychiatrycznego; § 326². W wykazie „Psych” zamieszcza się dla wyróżnienia wpisów następujące oznaczenia: 1) „d.p.s.” – w przypadku gdy orzeczenie dotyczy umieszczenia osoby w domu pomocy społecznej bez jej zgody; 2) „s.p.” – w przypadku gdy orzeczenie dotyczy umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym bez jej zgody; § 326³. Przez datę i rodzaj czynności wykonawczej należy rozumieć zamieszczenie informacji o datach i treści czynności podjętych

przez sąd w ramach postępowania wykonawczego (np. o wezwaniu do dobrowolnego stawienia się w domu pomocy społecznej lub w szpitalu psychiatrycznym, o zleceniu kuratorowi sądowemu przeprowadzenia wywiadu środowiskowego).

4. Brak czasowych ograniczeń stosowania zatrzymania i przymusowego doprowadzenia w kontekście istoty orzeczenia o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym bądź w domu pomocy społecznej. Propozycje nowelizacji

Analizując interesujące regulacje ustawy 1994 r. wydaje się nieodzowne zestawienie kwestii orzekania przez sąd opiekuńczy o wskazanych dotychczas zagadnieniach z kwestią orzekania przez sąd o obowiązku leczenia odwykowego, w trybie przepisów ustawy z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁴. Pomijając już wątek prowadzenia – pod sygnaturą Alk – postępowania wykonawczego, po uprawomocnieniu się postanowienia wydane go w trybie art. 26 ustawy z 1982 r., to dostrzegalny jest też większy rygoryzm w dookreślaniu terminów, w jakich osoba uzależniona od alkoholu może być poddawana oddziaływaniom leczniczym, determinowanym uprzednim orzeczeniem sądowym. Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy z 1982 r. postępowanie wykonawcze w stosunku do osoby borykającej się z problemem alkoholowym może być prowadzone maksymalnie jedynie w okresie dwóch lat od uprawomocnienia się postanowienia, nakładającego obowiązek leczenia odwykowego¹⁵ – po upływie tego terminu postępowanie wykonawcze (prowadzone pod sygnaturą Alk), umarza się obligatoryjnie. Zatem tylko w tym – ustawowo doprecyzowanym, nieprzekraczalnym – okresie człowiek może być poddany działaniom, o których stanowi art. 32 ust. 1 i ust. 3 ustawy z 1982 r.: sąd może wezwać osobę, wobec której orzekł prawomocnie obowiązek poddania się leczeniu odwykowemu, do stawienia się dobrowolnie w oznaczonym dniu we wskazanym zakładzie leczenia odwykowego w celu poddania się leczeniu, z zagrożeniem zastosowania przymusu w wypadku uchylania się od wykonania tego obowiązku; a w razie, gdy osoba ta jednak uchyla się od wykonania tego obowiązku, sąd zarządza przymusowe doprowadzenie do zakładu leczniczego przez Policję.

¹⁴ Dz. U. z 2019 r., poz. 2277 – dalej „ustawa z 1982 r.”

¹⁵ Przepis art. 34 ust. 1 stanowi: Obowiązek poddania się leczeniu trwa tak długo, jak tego wymaga cel leczenia, nie dłużej jednak niż 2 lata od chwili uprawomocnienia się postanowienia.

Z kolei przepis art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c pozwala na zatrzymywanie osób, co do których zapadło postanowienie w trybie art. 39 bądź art. 29 ustawy z 1994 r., bez ograniczeń czasowych, sam w sobie nie dając przy tym praktycznie żadnych gwarancji.

To o tyle znamienne, że zasadniczo działania sądu opiekuńczego – orzekającego w kwestiach umieszczenia człowieka, bez jego zgody, w szpitalu psychiatrycznym bądź w domu pomocy społecznej – jak i czynności podmiotów zaangażowanych w postępowanie (jako wnioskodawców), są obwarowane pewnymi terminami.

Kiedy bowiem ma być prowadzone postępowanie wnioskowe, dotyczące orzeczenia o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym, to ustawodawca wymaga od wnioskodawcy przedstawienia – jako załącznika do wniosku – stosunkowo aktualnego zaświadczenia lekarskiego. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy, do wniosku składanego w trybie art. 29 ustawy, dołącza się orzeczenie lekarza psychiatry szczegółowo uzasadniające potrzebę leczenia w szpitalu psychiatrycznym, wydawane przez lekarza na uzasadnione żądanie podmiotu uprawnionego do zgłoszenia wniosku o wszczęcie postępowania. Wedle art. 30 ust. 2 ustawy, w razie braku takiego orzeczenia przy składaniu wniosku, bądź też gdy orzeczenie to wydano w okresie dłuższym niż 14 dni przed dniem złożenia wniosku, sąd zwraca wniosek (nie stosując tutaj procedury uzdrawiania braków pisma procesowego).

Zgodnie zaś z art. 45 ustawy z 1994 r., w postępowaniach prowadzonych w oparciu o treść art. 29 bądź art. 39 ustawy, sąd powinien orzec niezwłocznie po przeprowadzeniu obligatoryjnej rozprawy sądowej, przeprowadzonej nie później niż w terminie 14 dni od dnia wpływu wniosku. Zapis o niezwłocznym orzekaniu jest wynikiem regulacji z art. 1 pkt 14 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz niektórych innych ustaw¹⁶. Jakkolwiek zatem rzeczony termin czternastodniowy ma charakter instrukcyjny, wobec czego nawet jego przekroczenie nie pozbawia działań sądu charakteru działań skutecznych i legalnych, to jednak podkreśla się, że musi to być termin realny, pozwalający na dokonanie wszelkich – koniecznych dla prawidłowego, rzetelnego rozstrzygnięcia sprawy – czynności. Termin ów spełnia funkcję gwarancyjną i powinien być przestrzegany, gdyż w razie znacznego jego przekroczenia może dojść do pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności dyscyplinarnej¹⁷. Wydaje się nawet, że dotychczas

¹⁶ Dz. U. z 2017 r., poz. 2439 – dalej „ustawa nowelizująca (I) z 2017 r.”

¹⁷ J. Duda, *Ustawa...*, s. 361–362; I. Wrześniewska-Wal, *Wnioskowy...*, s. 116; P. Gałęcki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 201–202.

niewco liberalizowane podejście do wskazanego terminu, powinno być zastrzeżone, albowiem teraz już nie do pogodzenia jest wymóg niezwłocznego orzekania – po przeprowadzeniu rozprawy – z założeniem, że termin czternastodniowy to tylko przykład instrukcji dla szybkiego działania, która nie musi być ściśle dochowywana. Wydaje się, że konsekwentny i racjonalny ustawodawca, w kwestiach tak newralgicznych, jak rozstrzygnięcie o faktycznym izolowaniu społecznym człowieka w placówce szpitalnej, czy socjalnej, wymaga jednak działania zwanego w czasie, pozbawionego znamion opieszałości, rozwlekłości czasowej, dyktowanej gromadzeniem materiału dowodowego w sprawie.

Tu warto, w kontekście wskazania w ustawie pewnych – determinujących działanie sprawne i ochronne – terminów, wspomnieć o przepisie art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o pomocy społecznej i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹⁸. Przepis zakłada rozbudowanie regulacji zawartej w przepisie art. 55 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej o kompetencję sądu opiekuńczego do orzekania w przedmiocie wniosku o uchylenie ograniczenia możliwości samodzielnego opuszczania domu pomocy społecznej, stanowiąc jednocześnie, iż sąd ma orzec niezwłocznie po przeprowadzeniu rozprawy, która powinna odbyć się nie później, niż w terminie 14 dni od dnia wpływu wniosku o uchylenie ograniczenia.

Sumując ten wątek, należy zatem podkreślić, że działania sądu ukierunkowane na umieszczenie człowieka w odosobnieniu, powinny być zwarte w czasie, ale też sytuacja podsądnego – uczestnika postępowania i adresata orzeczenia sądu – dla niego samego powinna być przejrzysta, klarowna, przewidywalna.

Nie wydaje się pozbawiony racji postulat, aby – na podobieństwo regulacji zawartej w przepisach wspomnianej już ustawy z 1982 r. – wprowadzić unormowanie przewidujące granice czasowe – może nie tyle dla prowadzenia samego postępowania wykonawczego, co dla możliwości podjęcia przez sąd opiekuńczy działań skutkujących zastosowaniem rygору zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do szpitala psychiatrycznego bądź domu pomocy społecznej¹⁹. Na przykład w treści art. 40 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2c można byłoby zamieścić przepis o treści: Postanowienie o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu nie może być wydane później niż trzy miesiące od uprawomocnienia się postanowienia o przyjęciu do domu pomocy społecznej/szpitala psychiatrycznego.

¹⁸ Dz. U. z 2019 r., poz. 1690.

¹⁹ Zgodnie z art. 34 ust. 1 Obowiązek poddania się leczeniu trwa tak długo, jak tego wymaga cel leczenia, nie dłużej jednak niż 2 lata od chwili uprawomocnienia się postanowienia.

Zauważa się, że orzeczenie sądu o potrzebie hospitalizacji nie oznacza, że osoba może być umieszczona w szpitalu bezterminowo. Okres pobytu w szpitalu jest uwarunkowany istnieniem (ustaniem) przyczyny wydania przez sąd postanowienia w trybie art. 29 ustawy z 1994 r.²⁰

Sąd Najwyższy konsekwentnie zajmuje stanowisko, że wynikiem orzeczenia uwzględniającego wniosek jest ingerencja w sferę praw i wolności obywatelskich chorego człowieka²¹. Zauważa się, że hospitalizacji przymusowej nie należy stosować wobec osób chorych psychicznie, które postępują nawet rażąco odmiennie od społecznych zasad i oczekiwań, ale jednak mogą bez komplikacji funkcjonować w rodzinie, miejscu zamieszkania i pracy²². Izolacja szpitalna ma być stosowana tylko względem osób, którym jest absolutnie niezbędna, ale tutaj trzeba uzupełnić, że ma ona być również aktualna i adekwatna. Jak zauważył Europejski Trybunał Praw Człowieka: „w celu ustalenia, czy ktoś został pozbawiony wolności, punktem wyjścia musi być konkretna sytuacja tej osoby. Należy (...) wziąć pod uwagę (...) rodzaj, czas trwania, skutki i sposób wykonywania przedmiotowego środka. W kontekście pozbawienia wolności ze względu na stan zdrowia psychicznego, (...) osoba może zostać uznana za „pozbawioną wolności” nawet w czasie, kiedy przebywa na oddziale otwartym w szpitalu i może regularnie oraz samodzielnie wychodzić na niezabezpieczone tereny przyszpitalne oraz wychodzić poza szpital (...) na pojęcie pozbawienia wolności składa się nie tylko element obiektywny w postaci odosobnienia danej osoby na konkretnej, ograniczonej przestrzeni przez okres czasu, którego nie można uznać za pomijalny. Osoba może zostać uznana za pozbawioną wolności, jeżeli – w charakterze dodatkowego elementu subiektywnego – nie wyraziła ważnej zgody na przedmiotowe odosobnienie (...) Prawo do wolności jest zbyt ważne w demokratycznym społeczeństwie, by dana osoba mogła utracić korzy-

²⁰ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 413; J. Duda, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego*, s. 259, s. 276; P. Gałęcki, K. Bobińska, K. Eichstedt, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 160, zwłaszcza powołane w tych pozycjach postanowienie SN z dnia 10 marca 1998 r., sygn. I CKN 571/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 170. D. Karkowska idzie nawet nieco dalej, twierdząc, że Sąd powinien wskazać w treści orzeczenia termin pobytu w szpitalu psychiatrycznym, uprzednio zapoznając się z opinią biegłego lekarza psychiatry w tym zakresie.

²¹ Postanowienie z dnia 12 lipca 1996 r., sygn. II CRN 81/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 164; postanowienie z dnia 22 lipca 2010 r., sygn. I CSK 234/10, OSNC-ZD 2011, nr B, poz. 32; postanowienie z dnia 14 lutego 1996 r., sygn. II CRN 201/95, PiP 1997, nr 1, s. 111; postanowienie z dnia 27 lutego 2008 r., sygn. III CSK 318/07, LexPolonica nr 2037078; postanowienie z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08, LexPolonica nr 2353124, postanowienie z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. V CSK 384/09, Lex nr 688057).

²² Postanowienie SN z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. V CSK 384/09, Lex nr 688057.

ści płynące z ochrony konwencyjnej jedynie dlatego, że pozwoliła na pozbawienie wolności, zwłaszcza wówczas, gdy poza sporem jest to, iż osoba ta jest w świetle prawa niezdolna do wyrażenia zgody lub sprzeciwu w odniesieniu do zaproponowanego działania”²³.

Jeżeli chodzi o umieszczenie w domu pomocy społecznej, to z jednej strony wyrażono pogląd, jakoby przymusowe umieszczenie w takiej placówce, celem zapewnienia koniecznej opieki medycznej oraz zadowalających warunków życia i higieny nie stanowiło pozbawienia wolności²⁴. Aktualne orzecznictwo Trybunału dostarcza jednak podstaw dla twierdzenia, że umieszczenie osoby upośledzonej umysłowo w domu pomocy społecznej, stanowi pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 § 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁵.

I. Wrześniewska-Wal wskazała, że „każdorazowo o hospitalizacji pacjenta będą decydowały istniejące w momencie przyjęcia wskazania do pobytu w szpitalu. Nie zachodzi zatem ryzyko powstania sytuacji, w której do szpitali psychiatrycznych przyjmowane będą osoby, które kiedyś posiadały skierowanie do takiego szpitala, ale ich obecny stan zdrowia nie wymaga hospitalizacji”²⁶. Wydaje się jednak, że takie ryzyko istnieje zawsze w sytuacji, kiedy orzeczenie nie jest zbyt szybko – adekwatnie do warunków, a zwłaszcza potrzeb osoby zobligowanej, aby się do niego dostosować – wykonywane. Pamiętać należy bowiem o tym, że postępowania i orzeczenia wydawane w trybie art. 29 u. o o.z.p. dotyczą osób chorych psychicznie, które mają prawo nie być tak zorientowane, przedsiębiorcze i zapobiegliwe, jak osoby niedotknięte żadnymi przypadłościami w sferze psychicznej. Kiedy więc kończy się postępowanie rozpoznawcze, trudno oczekiwać od samej zainteresowanej osoby, aby podejmowała kroki zmierzające do urzeczywistnienia postanowienia o skutku izolacyjnym.

²³ Wyrok ETPC z dnia 17 stycznia 2012 r., sprawa 36760/06 Stanev vs Bułgaria LEX nr 1101582.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 26 lutego 2002 r., skarga nr 39187/98, M. A. Nowicki, Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka, Wybór orzeczeń 1999–2004, Kraków 2005, s. 374; K. Eichstaedt, Ustawa..., s. 205.

²⁵ Wyrok z dnia 24 października 1979 r., w sprawie Winterwerp przeciwko Holandii, skarga nr 6301/73, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57597%22%5D%7D>; wyrok z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Raudevs przeciwko Łotwie, skarga nr 24086/03; wyrok z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie D.D. przeciwko Litwie, skarga nr 13469/06; wyrok w sprawie K.C. przeciwko Polsce z dnia 25 listopada 2014 r., skarga nr Skarga nr 31199/12.

²⁶ I. Wrześniewska-Wal, Wnioskowy tryb przyjęcia do szpitala psychiatrycznego – nowelizacja ustawy, Prawo i Medycyna 2011, nr 1 (42, vol. 13), s. 116.

Zauważono też, że sąd opiekuńczy ma bacznie czuwać, aby korzystanie z wnioskowego trybu przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej nie prowadziło do nadużyć, co w niektórych wypadkach może być kuszące, lecz aby następowało tylko w tych sytuacjach, w których spełnione zostaną wszystkie określone w ustawie materialne przesłanki przymusowego umieszczenia²⁷. Doskonale należy sobie zdawać sprawę z tego, że tryb wnioskowy, zarówno w zakresie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym, jak i w domu pomocy społecznej może okazać się kuszący w przypadku, gdy chodzi o sytuację, w której osoba mająca być poddana oddziaływaniom sądu opiekuńczego w trybie przepisów ustawy z 1994 r. albo faktycznie zajmuje lokal, stanowiący przedmiot zainteresowania w rozliczeniach wewnątrzrodzinnych (na przykład spadkowych), albo przysługuje jej udział w prawie do takiego lokalu (zwłaszcza, gdy istnieje przy tym jakiś wewnętrzny konflikt rodzinny). Nie ulega kwestii, że wnikliwie należy rozważać też wnioski, dotyczące osób zajmujących lokale wchodzące w skład zasobów gminnych, a pochodzące od organów pomocy społecznej.

J. Duda wspominał natomiast, że postępowanie w trybie wnioskowym, w odróżnieniu od trybu nagłego, wymaga dłuższego czasu, w ciągu którego stan psychiczny osoby, o której mowa w art. 29, ulega niekiedy tak znacznej zmianie, że pacjent może bezpośrednio zagrażać sobie lub innym i wymagać natychmiastowej hospitalizacji, a tym samym wszczęcia postępowania przewidzianego dla trybu nagłego²⁸. Niewykluczone jednak, że sytuacja może być również odwrotna i osoba, która aktualnie wymaga stosunkowo pilnej hospitalizacji, po upływie paru tygodni, miesięcy, już nie będzie potrzebować izolacji szpitalnej. Niemniej jednak postanowienie sądu będzie nadal funkcjonować w obrocie prawnym, przez co będą istnieć formalnie warunki do zatrzymania i przymusowego doprowadzenia.

Jeśli bowiem chodzi o możliwość zatrzymania i doprowadzenia do szpitala osoby chorej psychicznie, to właściwie wydaje się, że nie ma żadnych barier czasowych, jak gdyby przyjęto, że dany człowiek, raz uznany za chorego psychicznie (w konsekwencji wymagającego odizolowania w szpitalu), jest chory i wymaga odosobnienia formalnie przez cały czas, dopóki nie zostanie uchylone orzeczenie sądu. Podobnie jest w sytuacji, gdy sprawa dotyczy osoby, względem której wydano orzeczenie o umieszczeniu w domu pomocy społecznej – jakby stan niezdolności

²⁷ P. Gałęcki, K. Bobińska, K. Eichstaedt, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 160–161; I. Wrześniewska-Wal, *Wnioskowy...*, s. 111.

²⁸ J. Duda, *Ustawa*, s. 262 i powołany tam S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego*, s. 44–45.

do zaspokajania elementarnych potrzeb życiowych i równoległa do niego niemożność skorzystania ze stale potrzebnej opieki innych, raz stwierdzone orzeczeniem sądu, były niejako przez to orzeczenie utrwalone, determinowane i niezmiennie. Wszak to orzeczenie sądu jest właśnie podstawą do zatrzymania człowieka i umieszczenia go w domu pomocy społecznej lub w szpitalu, chociaż nie ulega wątpliwości, że sąd opiekuńczy wydając orzeczenie co do istoty sprawy – w kwestii zasadności wniosku z art. 29 lub art. 39 ustawy z 1994 r., bazuje na stanie faktycznym w dacie wydania orzeczenia²⁹.

Na marginesie można tutaj rozważyć, czy orzeczenie o przyjęciu do domu pomocy społecznej lub o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym bez wymaganej zgody może być skonsumowane poprzez jednokrotny pobyt w domu pomocy społecznej bądź jednokrotną hospitalizację osoby chorej psychicznie, czy jednak stanowi podstawę wielokrotnych izolacji (o ile tylko w ich czasie formalnie obowiązuje i funkcjonuje w obrocie prawnym). Wówczas, gdyby założyć jednorazowe działanie orzeczenia, można byłoby bez głębszych analiz negatywnie załatwiać kolejne – poza pierwszym – wnioski o zarządzanie zatrzymaniem i przymusowego doprowadzenia. Wydaje się jednak, że odpowiedź na takie pytanie jest taka, że póki postanowienie sądowe, dotyczące przymusowej bytności w domu pomocy społecznej lub przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej funkcjonuje jako prawomocne, to osoba, które orzeczenie dotyczy, musi mu się poddawać bez limitu. To też nie jest do końca przekonujące, bo w najprostszym rozumieniu oznaczałoby to tylko tyle, że pobyt w szpitalu bądź domu pomocy społecznej nie był jednak efektywny, a to z kolei stoi w sprzeczności z założeniem istnienia przesłanek powodujących wypisanie ze szpitala bądź zwolnienie z domu pomocy społecznej. Należałoby się zatem opowiedzieć za stanowiskiem, że postanowienie sądu opiekuńczego, wydane w warunkach przepisu art. 29 lub art. 39 ustawy z 1994 r. jest konsumowane przez jednokrotną hospitalizację bądź pobyt w domu pomocy społecznej. Automatyzm, którego stwierdzenie byłoby nieuniknione w przypadku założenia, że orzeczenie to nadaje się do wielokrotnego użytku, jest równoznaczny z brakiem poszanowania elementarnych praw człowieka, a na pewno z niezrozumieniem faktu, że stan psychiczny może zmieniać się w czasie, w tym również polepszać w kierunku eliminującym potrzebę izolowania człowieka poza jego środowisko.

Kontrargumentem dla oczekiwań przeciwnych może być oczywiście twierdzenie, że przecież możliwe jest dochodzenie przed sądem zmiany

²⁹ Taki argument wypływa z treści art. 316 k.p.c.

orzeczenia dotyczącego umieszczenia w domu pomocy społecznej. Zagadnienie to obecnie reguluje przepis art. 41 ustawy z 1994 r., według którego: Osoba przyjęta do domu pomocy społecznej, w tym również osoba ubezwłasnowolniona, jej przedstawiciel ustawowy, małżonek, krewni w linii prostej, rodzeństwo oraz osoba sprawująca nad nią faktyczną opiekę, mogą występować do sądu opiekuńczego z wnioskiem o zmianę orzeczenia o przyjęciu do domu pomocy społecznej (ust. 1). Z wnioskiem o zmianę orzeczenia o przyjęciu do domu pomocy społecznej może także wystąpić kierownik domu pomocy społecznej, jeżeli uzna, że zmieniły się okoliczności uzasadniające orzeczenie o przyjęciu osoby do domu pomocy społecznej (ust. 2). W przypadku gdy osoba nie wyraża zgody na dalsze przebywanie w domu pomocy społecznej i nie została do niego przyjęta na podstawie orzeczenia sądu opiekuńczego o przyjęciu do domu pomocy społecznej, osoba ta, jej przedstawiciel ustawowy, małżonek, krewni w linii prostej, rodzeństwo, osoba sprawująca nad nią faktyczną opiekę lub kierownik domu pomocy społecznej mogą wystąpić do sądu opiekuńczego z wnioskiem o zniesienie obowiązku przebywania w domu pomocy społecznej (ust. 3). Nie sposób pominąć, że powołany przepis nabrał obecnego kształtu w wyniku nowelizacji przepisem art. 1 pkt 11 ustawy nowelizującej (I) z 2017 r. Dotychczas przepis wskazywał, że o zmianę orzeczenia sądu opiekuńczego o przyjęciu do domu pomocy społecznej może występować wyłącznie osoba umieszczona w takiej placówce w trybie art. 39 ustawy, jej przedstawiciel ustawowy, małżonek, krewni w linii prostej, rodzeństwo oraz osoba sprawująca nad nią faktyczną opiekę, a także kierownik domu pomocy społecznej, jeżeli uzna, że zmieniły się okoliczności uzasadniające orzeczenie o przyjęciu osoby do domu pomocy społecznej. Zmiana podyktowana jest również modyfikacją treści art. 38 ustawy. Jest też uwarunkowana doświadczeniami Polski przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – chodzi tutaj o dwie sprawy.

5. Doświadczenia polskie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w kontekście regulacji ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i ich konsekwencje

W pierwszej sprawie, Kędzior przeciwko Polsce (skarga nr 45026/07)³⁰, zakończonej wyrokiem ETPC z dnia 16 października 2012 r., skarżący Stanisław Kędzior zarzucił, że umieszczenie w domu

³⁰ <https://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/index.html?ComplainantName=K%c4%99dzior&ComplainantYear=0&CaseType=Decision%2cSentence>.

pomocy społecznej, bez jego zgody, bez możliwości uzyskania zwolnienia, stanowiło naruszenie art. 5 ust. 1 i 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Skarżący był osobą całkowicie ubezwłasnowolnioną (na wniosek swojego brata, który później stał się opiekunem prawnym). Następnie, na wniosek opiekuna, skarżącego umieszczono w domu pomocy społecznej (co trwało dziesięć lat), a co nastąpiło bez uprzedniej zgody sądu, gdyż przyjęcie do domu pomocy społecznej na wniosek traktowano jako dobrowolne, niewymagające zatwierdzenia przez sąd. Składane w międzyczasie wnioski skarżącego o zwolnienie z domu pomocy społecznej, traktowano negatywnie przyjmując, że pozbawiony całkowicie zdolności do czynności prawnych skarżący nie mógł składać takich wniosków i nie był stroną w postępowaniach dotyczących umieszczenia go w domu pomocy społecznej. Trybunał po pierwsze stwierdził, iż przymusowy pobyt skarżącego w domu pomocy społecznej (od lutego 2002 r.), stanowił pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, skoro zarządzający domem pomocy społecznej sprawowali całkowitą i skuteczną kontrolę nad leczeniem, opieką, miejscem zamieszkania i poruszaniem się skarżącego, jak również kontrolowali pozostałą do jego dyspozycji część renty inwalidzkiej, a nadto – chociaż skarżący był ubezwłasnowolniony, był jednak zdolny do wyrażania opinii w zakresie swojej sytuacji i nigdy nie wyraził zgody na umieszczenie w domu pomocy społecznej. Trybunał zauważył, że opinię o stanie zdrowia psychicznego skarżącego sporządzono dla celów sprawy o ubezwłasnowolnienie, a nie w celu ustalenia, czy stan zdrowia skarżącego wymagał przymusowego umieszczenia w domu pomocy społecznej. Nadto skarżący nie był pod nadzorem psychiatry, wobec czego nie kontrolowano stanu jego zdrowia. Trybunał stwierdził, że obowiązujący w Polsce stan prawny, dotyczący umieszczenia w domach pomocy społecznej osób całkowicie ubezwłasnowolnionych, nie zapewniał niezbędnych gwarancji. Sumując, Trybunał wskazał, że umieszczenie skarżącego w domu pomocy społecznej nie zostało zarządzane w zgodzie z procedurą określoną prawem, a więc pozbawienie wolności nie było uzasadnione przez art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Trybunał stwierdził też naruszenie art. 5 ust. 4 Konwencji z uwagi na brak zaangażowania sądu, na jakimkolwiek etapie, w kwestię umieszczenia skarżącego w domu pomocy społecznej, gdyż prawo polskie nie przewidywało automatycznej sądowej kontroli zgodności z prawem umieszczenia i przetrzymywania osoby w domu pomocy społecznej. Zakwestionowano też brak możliwości inicjowania jakiegokolwiek procedury kontrolnej przez skarżącego, jako osobę całkowicie ubezwłasnowolnioną. Skarżący

był pozbawiony prawa i możliwości niezależnego wniesienia środka prawnego o charakterze sądowym, celem zakwestionowania jego przymusowego odosobnienia.

W drugiej sprawie, K.C. przeciwko Polsce (skarga nr 31199/12)³¹, zakończonej wyrokiem ETPC z dnia 25 listopada 2014 r., skarżąca – będąca, z powodu zaburzeń psychicznych, osobą częściowo ubezwłasnowolnioną – zarzuciła naruszenie art. 5 Konwencji w związku z umieszczeniem w domu opieki społecznej wbrew jej woli, a na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Żarach z 19 czerwca 2008 r., wydanego w trybie art. 39 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Trybunał analizował sprawę względem naruszenia art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji w związku ze zgodnością z prawem pozbawienia skarżącej wolności oraz art. 5 ust. 4 Konwencji przewidującego prawo do skutecznego środka prawnego umożliwiającego ustalenie legalności umieszczenia skarżącej w domu pomocy społecznej oraz niezbędności dalszego stosowania tego środka. Trybunał uznał, że polskie prawo nie przewiduje obowiązku systematycznej oceny stanu zdrowia osoby umieszczonej w domu pomocy społecznej.

W obliczu tych doświadczeń, a nadto wskazując na konieczność wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2016 r. (sygn. K 31/15)³², wprowadzono regulacje wymagające do przyjęcia do domu pomocy społecznej osoby bez jej zgody, a za zgodą jej przedstawiciela ustawowego – zezwolenia właściwego sądu opiekuńczego. Gdy zaś sprawa dotyczy osoby małoletniej powyżej 16 roku życia lub osoby pełnoletniej całkowicie ubezwłasnowolnionej, zdolnej do wyrażenia zgody, wymagana jest również zgoda tej osoby na przyjęcie. Przy kolizji oświadczeń w sprawie przyjęcia do domu pomocy społecznej, konieczne jest orzeczenie właściwego sądu opiekuńczego. Zwłaszcza jeśli chodzi o małoletniego, podkreślono, że jest to ważniejsza sprawa dotycząca jego osoby, co każe skorelować art. 38 ustawy z 1994 r. z art. 156 Kodek-

³¹ <https://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/index.html?ComplainantYear=0&Code=31199%2f12&CaseType=Decision%2cSentencje>.

³² Zgodnie z którym przepis art. 38 ustawy z 1994 r. utracił moc w zakresie, w jakim nie przewiduje czynnego udziału osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej w sprawach o uzyskanie przez jej opiekuna zezwolenia sądu opiekuńczego na złożenie wniosku o umieszczenie tej osoby w domu pomocy społecznej. Natomiast przepis art. 41 ust. 1 ustawy z 1994 r. utracił moc w zakresie, w jakim pomija uprawnienie osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej, umieszczonej w domu pomocy społecznej za zgodą jej opiekuna, do domagania się weryfikacji podstaw jej przebywania w domu pomocy społecznej; <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/9067-osoby-calkowicie-ubezwlasnowolnione-zasady-umieszczania-w-domach-opieki-spoecznej-prawa-osob/>.

su rodzinnego i opiekuńczego³³ w związku z art. 108 tegoż kodeksu, wymagającymi uzyskania przez opiekuna (jak też rodziców dziecka całkowicie ubezwłasnowolnionego) zezwolenia sądu opiekuńczego we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby małoletniego. Wprowadzono również obowiązek okresowego (co najmniej raz na sześć miesięcy) badania stanu zdrowia psychicznego takiej osoby w zakresie uzasadniającym jej pobyt w domu pomocy społecznej. Przewidziano również możliwość wnioskowania o zmianę orzeczenia o przyjęciu do domu pomocy społecznej, a dodatkowo wprowadzono procedurę zniesienia obowiązku przebywania w domu pomocy społecznej względem osoby, która nie wyraża zgody na dalsze przebywanie w domu pomocy społecznej i nie została do niego przyjęta na podstawie orzeczenia sądu opiekuńczego³⁴.

Wymaga jednak uwagi, że regulacja wprowadzona w 2017 r. operuje pojęciem osoby przyjętej do domu pomocy społecznej, a zatem już w nim przebywającej, faktycznie umieszczonej. Przyjęty, to taki, którego przyjęto – a przyjąć, to m.in. zapewnić komuś pobyt gdzieś, udostępnić jakieś pomieszczenie, ulokować kogoś u siebie³⁵. Również, jeśli chodzi o inne osoby (m.in. przedstawiciel ustawowy, wskazani krewni), to oczywiście mają to być osoby pozostające w danym stosunku prawnym bądź faktycznym względem rzeczywistego pensjonariusza domu pomocy społecznej. Literalnie przepis nie reguluje sytuacji osób, które jeszcze nie zostały w takie placówki usytuowane (nie daje im uprawnień na równi z osobami już umieszczonymi). Zastanawiać musi także i to, że w nowobrzmiącym przepisie art. 45 nie wskazano, że niezwłocznie orzekać należy również w przypadku spraw z art. 41. Wydaje się to być poważny brak regulacji, która odnosi się przecież do osób faktycznie odosobnionych i ograniczonych w zakresie korzystania ze swoich swobód i wolności.

6. Problemy praktyczne w stosowaniu art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Analizując literalnie przepis art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. należy zauważyć, że bezspornie odmawiać stawiennictwa w szpitalu bądź utrudniać w inny sposób wykonanie postanowienia o przyjęciu do szpitala ma osoba psychicznie chora, wobec której wydano postanowienie o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego. Innymi słowy, rzeczona osoba

³³ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2086.

³⁴ Sejm RP VIII kadencji, Nr druku: 1847; <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=FF6D864718874385C12581A8003720EE>.

³⁵ M. S z y m c z a k (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1994, s. 1040.

musi być chora psychicznie w momencie: 1) wydania (jak również uprawomocnienia) postanowienia o przyjęciu w szpitalu psychiatrycznym; 2) wydania orzeczenia stanowiącego podstawę zatrzymania i przymusowego doprowadzenia tej osoby do szpitala psychiatrycznego przez Policję.

Jeśli chodzi o przepis art. 40 ust. 2 ustawy z 1994 r., to zauważalnie nie posłużono się tutaj dookreśleniem „osoba chora psychicznie”. Rzecz jasna chodzi jednak o osobę, co do której orzeczono o umieszczeniu w domu pomocy społecznej dlatego, że istniały przesłanki z art. 38 i art. 39 ustawy, czyli osobę albo chorą psychicznie, albo upośledzoną umysłowo, niezdolną do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych i – jakkolwiek potrzebującą stałej opieki i pielęgnacji – to pozbawioną możliwości skorzystania z niej (ewentualnie osobę przebywającą w szpitalu psychiatrycznym, czyli zasadniczo również chorą psychicznie).

Pytanie jednak, czy i kto powinien weryfikować faktyczny, aktualny stan zdrowia uczestnika postępowania, który winien poddać się – wydanemu w przeszłości – postanowieniu sądu opiekuńczego. Nie jest to tylko kwestia z gatunku dywagacji akademickich, ponieważ zdarzają się sytuacje, gdy przed sąd wpływa wnioski o zarządzanie zatrzymania i doprowadzenia do szpitala lub domu pomocy społecznej nawet po dwóch – trzech latach od czasu, kiedy prawomocnie zakończono postępowanie rozpoznawcze. W każdym razie, na pewno nie jest tak, iż zachodzi tutaj jakaś ciągłość i kontrolowana działalność sądu, która ukierunkowana byłaby na sprawy osoby, mającej być umieszczoną w szpitalu, czy domu pomocy społecznej. Oczywiście może zachodzić wówczas poważna wątpliwość, czy okoliczności, będące podstawą faktyczną wydania orzeczenia w trybie art. 29 bądź art. 39 ustawy, pojmowane oczywiście kumulatywnie, jeszcze trwają.

Problem polega na tym, że podmioty wnioskujące do sądu o zarządzanie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do szpitala lub do domu pomocy społecznej, wymagają i oczekują niejako natychmiastowego, prawie automatycznego i schematycznego działania ze strony sądu, co czasem obrazuje się nawet poprzez pisma, faksy, telefony ponagląjące sąd w danej kwestii. Zdarza się natomiast, że pisma – wnioski nie zawierają wskazania konkretnej placówki, do której miałyby nastąpić przymusowe doprowadzenie, albo też nie naświetlają należycie aktualnej sytuacji faktycznej, wobec czego nie wiadomo, na czym w istocie miałyby polegać odmowa stawienia się w szpitalu lub domu pomocy społecznej, bądź też inne utrudnianie wykonania orzeczenia. O ile oczywiście dochodzi tutaj do sytuacji, gdy funkcjonuje w obrocie – bo na takowe powołują się te podmioty – prawomocne postanowienie sądu opiekuńczego, to nie sposób podchodzić do tych wniosków bezrefleksyjnie, gdy chodzi

o decyzję w przedmiocie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia człowieka do miejsca odosobnienia (faktycznej izolacji).

Dla przykładu – ale i w kontekście postulatów działania stosunkowo szybkiego i aktualnego w zakresie nawet i przymusowej realizacji orzeczeń o izolacji w szpitalu psychiatrycznym, bądź domu pomocy społecznej – można wskazać, że na przestrzeni lat 2018 i 2019 w jednym z sądów opiekuńczych, na 19 przypadków uwzględnionych wniosków o umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym bez wymaganej zgody (przy złożonych 53 wnioskach) oraz na 20 przypadków uwzględnionych wniosków o umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym bez wymaganej zgody (przy złożonych 104 wnioskach) wpłynęło 5 wniosków o zarządzenie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia – w tym 3 osób do szpitala psychiatrycznego, a 2 do domu pomocy społecznej. Tyle, że w jednym przypadku wniosek o zarządzenie zatrzymania i doprowadzenia do domu pomocy społecznej wpłynął 25 kwietnia 2019 r., choć postanowienie sądu o umieszczeniu w placówce (wydane 27 września 2018 r.) uprawomocniło się 19 października 2018 r. W innym przypadku, orzeczenie o umieszczeniu w domu pomocy społecznej wydano 24 kwietnia 2018 r. (prawomocne 10 czerwca 2018 r.), natomiast wniosek organu pomocy społecznej o zarządzenie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia złożono 7 maja 2019 r. W jeszcze innym przypadku wniosek do sądu o zarządzenie zatrzymania i doprowadzenia do domu pomocy społecznej wpłynął 7 listopada 2017 r., choć postanowienie sądu o umieszczeniu w placówce (wydane 18 grudnia 2014 r.) uprawomocniło się 9 stycznia 2015 r. W kontekście umieszczeń w szpitalu psychiatrycznym w jednej sprawie postanowienie sądu wydano 16 stycznia 2018 r., uprawomocniło się ono 7 lutego 2018 r., a wniosek z organu pomocy społecznej złożono 8 czerwca 2018 r. W innym przypadku orzeczenie o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym zapadło 27 lutego 2018 r., uprawomocniło się 21 marca 2018 r., natomiast wniosek organu pomocy społecznej o zarządzenie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia wpłynął przed sąd 25 kwietnia 2019 r. Tych parę przypadków, ujawnionych w praktyce jednego tylko sądu, przekonuje, że jednak nie jest tak, iż postanowienia sądowe, wydawane w oparciu o treść art. 29 czy art. 39 u. o o.z.p. są realizowane bezproblemowo, płynnie, a przede wszystkim bez przesunięć czasowych. To zaś niewątpliwie uderza w poczucie pewności i stabilności po stronie uczestników postępowań, ale i grozi nadszarpnięciem zaufania do jakości działania organów publicznych.

Zagadnienie realizacji orzeczeń sądów opiekuńczych w omawianych kwestiach zostało częściowo dostrzeżone i poruszone już w Interpelacji

poselskiej nr 11825 do ministra zdrowia z dnia 15 listopada 2012 r., w sprawie procedury zapewnienia realizacji postanowień sądowych przez marszałków województw dotyczących przyjęcia do szpitali psychiatrycznych osób chorych psychicznie bez ich zgody oraz innych wątpliwości związanych z ustawą o ochronie zdrowia psychicznego, zgłoszonej przez posła Marka Hoka. W treści interpelacji wskazano, że problemem jest brak monitorowania przez sądy realizacji orzeczeń o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego wydanych w oparciu o treść art. 29 ustawy. Podkreślono, że sąd poza wydaniem orzeczenia w przedmiocie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego nie podejmuje już żadnych dalszych działań, z wyjątkiem przypadku, gdy zarządza zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie tej osoby do szpitala psychiatrycznego przez policję. Zaznaczono, że sąd nie określa w postanowieniu, które jest przekazywane do urzędów marszałkowskich konkretnej placówki leczniczej ani nie wydaje skierowania do placówki. Postulowano, aby sąd wyznaczał taką placówkę w oparciu o opinię biegłego psychiatry, dotyczącą stanu zdrowia uczestnika postępowania, bo to pozwalałoby dookreślić ewentualne warunki dotyczące transportu osoby chorej psychicznie do szpitala i ułatwić zadanie lekarzowi, zlecającemu transport. Kwestionowano także uprawnienie lekarza psychiatry do wnioskowania o zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby chorej psychicznie³⁶.

W odpowiedzi na interpelację nr 11825 podsekretarz stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – Igor Radziejewicz-Winnicki, wskazał 24 stycznia 2013 r., iż w opinii konsultanta krajowego w dziedzinie psychiatrii nie jest zasadne zamieszczanie w ustawie przepisów precyzujących sposób realizacji postanowień sądu wydanych w oparciu o treść art. 29 ustawy. Zaznaczono, że obowiązek nakreślony przepisem art. 46 ust. 2 b ustawy realizowany jest tak, że osoba bliska pacjentowi lub organ pomocy społecznej (których działanie było impulsem do wszczęcia postępowania sądowego o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego) po uzyskaniu orzeczenia sądu czuwa nad jego realizacją (podkreślano przy tym, że to osoby zainteresowane losem chorego, a inicjujące tzw. tryb wnioskowy, dbają o to, aby postanowienie sądu o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym zgodnie z art. 29 ustawy było realizowane). Wykluczono zasadność wprowadzania do ustawy z 1994 r. nowych, dodatkowych regulacji, dotyczących środka transportu osoby chorej psychicznie, jak również dotyczących technik, które należałoby stosować przy zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu osoby chorej psychicz-

³⁶ <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=531F5FCD>.

nie przez Policję. Podkreślono, że sąd nie ma za zadanie wybierać szpitala, do którego ma trafić docelowo uczestnik, a i tak najczęściej osoba ta jest przewożona do szpitala położonego najbliżej jej miejsca zamieszkania, co ułatwia jej kontakt z osobami najbliższymi. Rozwiązanie problemu polegającego na sprzeciwie osoby chorej psychicznie wobec orzeczenia sądowego widziano w „rutynowych procedurach postępowania z osobami cierpiącymi na zaburzenia psychiczne, które wymagają hospitalizacji psychiatrycznej, a które nie wyrażają zgody na taką hospitalizację”, wskazując przy tym, że „sąd dysponuje instrumentami prawnymi umożliwiającymi mu egzekwowanie wykonania wydanych przez siebie postanowień”. Dostrzeżono, iż decyzja o udziale Policji podczas transportu osoby uczestnika do szpitala powinna być podejmowana w chwili realizacji orzeczenia, a nie w czasie jego wydawania (gdy sąd ma na względzie wnioski opinii biegłego lekarza psychiatry)³⁷. Z tym stanowiskiem można byłoby oczywiście polemizować w kontekście uwagi, że to podmiot inicjujący postępowanie przed sądem opiekuńczym, powinien czuwać nad realizacją postanowienia o izolacji w szpitalu psychiatrycznym bądź domu pomocy społecznej. Jeśli bowiem inicjatorem postępowania jest krewny osoby niebędącej ubezwłasnowolnioną, to można poważnie zastanowić się, w jakiej mierze później, po zakończeniu postępowania, ów inicjator jest jeszcze odpowiedzialny za realizację orzeczenia, skoro nie ma kwalifikacji prawnej, by podejmować jeszcze jakieś władcze działania względem potencjalnego pensjonariusza domu pomocy społecznej, czy pacjenta szpitala psychiatrycznego. Wyjątkiem jest wniosek o wydanie postanowienia w trybie art. 40 ust. 2 lub art. 46 ust. 2c.

7. Obligatoryjne ustanowienie pełnomocnika z urzędu w kontekście zatrzymania i przymusowego doprowadzenia

Omawiając rozważane zagadnienia, należy wskazać, że od 1 stycznia 2018 r. zaczęły obowiązywać przepisy ustawy nowelizującej ustawę z 1994 r., wśród których na szczególną uwagę zasługuje regulacja wymagająca ustanowienia dla osoby chorej psychicznie – czyli uczestnika postępowania – pełnomocnika z urzędu w osobie adwokata lub radcy prawnego. Pytanie oczywiście, czy przepis art. 48 ustawy, w znowelizowanym kształcie odnosi się do sytuacji unormowanej w treści art. 46 ust. 2c ustawy i co w sytuacji, gdy sprawa dotyczy postanowienia sądu opiekuńczego, wydane w trybie art. 29 ustawy, ale przed 1 stycznia 2018 r.

³⁷ <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=4AAA7A30>.

W tym względzie należy od razu wyjaśnić, że ustawa nowelizująca, w swoich przepisach przejściowych nie zawiera uregulowania, iżby miała być stosowana wyłącznie do spraw rozpoczętych po dacie 1 stycznia 2018 r. Osobna rzecz, że przecież w gruncie rzeczy sprawy, zakończone prawomocnie orzeczeniem o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym bez wymaganej zgody jeszcze przed 1 stycznia 2018 r. mogą się doczekać sytuacji opisanej w treści art. 46 ust. 2c właśnie po tej dacie (podobnie zresztą, jak sprawy dotyczące umieszczenia w domu pomocy społecznej mogą doczekać się sytuacji opisanej w art. 40 ust. 2 ustawy). Ustawa nowelizująca tego nie wyklucza. Przekonujące jest twierdzenie, że nowa ustawa niejako obejmuje prowadzone postępowania w biegu, przy czym nie chodzi tutaj *stricto* o postępowania rozpoznawcze, ale raczej o każde działanie formalno-faktyczne prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z 1994 r. Sensowne wydaje się zatem założenie, że do takich spraw nowobrzmiący art. 48 ustawy ma również zastosowanie. Bez wątplenia wzmacnia to charakter gwarancyjny regulacji zawartej w ustawie z 1994 r., a z pewnością poszerza możliwości uczestnika postępowania, który będąc poddanym reżimowi orzeczenia, wydanego w trybie art. 29, czy art. 39 ustawy, w istocie nie będzie pozostawiony sam sobie, nawet gdy nie miał pełnomocnika procesowego ustanowionego z urzędu w trybie art. 48 ustawy w kształcie obowiązującym jeszcze przed 1 stycznia 2018 r., czyli w postępowaniu rozpoznawczym. Podkreślenia wymaga bowiem ten fakt, że obecnie ustanowienie profesjonalnego pełnomocnika procesowego jest obligatoryjne.

Oczywiście osobnym problemem w tym wątku jest kwestia formalnego umocowania dla pełnomocnika procesowego. Wydaje się zasadne twierdzenie, że skoro obowiązujące przepisy nie przewidują pewnej proceduralnej ciągłości działania sądu w odniesieniu do osób, względem których wydano postanowienie w oparciu o treść art. 29 bądź art. 39 ustawy, to wraz z uprawomocnieniem się orzeczenia kończącego postępowanie, a pozytywnego w tym sensie, że stanowiącego podstawę do umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym lub domu pomocy społecznej bez wymaganej zgody – kończy się też rola pełnomocnika procesowego. Zatem w razie dodatkowych działań sądu, unormowanych w przepisach art. 40 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2c i to jeszcze w sytuacji, gdy następują one po upływie paru, czy parunastu miesięcy od uprawomocnienia się postanowienia, dany adwokat bądź radca prawny nie ma już legitymacji do działania w imieniu i na rzecz uczestnika, będącego podmiotem i adresatem oddziaływań sądu. Wówczas należy oczekiwać, iż sąd – w momencie, gdy tylko otrzyma wniosek złożony w trybie art. 40 ust. 2 bądź art. 46 ust.

2c (ewentualnie sygnał uzasadniający działanie z urzędu) – wyda niezwłocznie postanowienie o ustanowieniu dla uczestnika, co do którego ma zapaść postanowienie o doprowadzeniu do określonej placówki – pełnomocnika z urzędu. Pytanie tylko, czy będzie to postanowienie niejako blankietowe, wymagające dalszych działań, w postaci zwrócenia się do właściwej rady adwokackiej o wskazanie konkretnego pełnomocnika, czy też sądowi wolno będzie ustanowić od razu konkretnego prawnika, zwłaszcza gdy był on już pełnomocnikiem danego uczestnika w ramach postępowania rozpoznawczego. Celowe wydawałoby się w tym przypadku funkcjonowanie list adwokatów lub radców prawnych, wskazanych jako osoby dyżurujące, na wypadek konieczności szybkiego umocowania do działania w konkretnej sprawie. Można byłoby też rozważyć ustanowienie tymże pełnomocnikiem prawnika, który już reprezentował danego uczestnika w postępowaniu rozpoznawczym.

8. Wywiad środowiskowy kuratora sądowego w kontekście zatrzymania i przymusowego doprowadzenia

Ciekawym – w kontekście omawianych zagadnień – rozwiązaniem jest również, obowiązujący od 5 stycznia 2018 r., wprowadzony na podstawie art. 3 ustawy z dnia 12 października 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz ustawy o ochronie zdrowia psychicznego³⁸ przepis art. 42a ustawy z 1994 r., zgodnie z którym: Sąd może zarządzić przeprowadzenie przez kuratora sądowego wywiadu środowiskowego w celu ustalenia warunków życiowych osoby, której postępowanie dotyczy, oraz jej funkcjonowania w środowisku.

Wprowadzenie tej regulacji motywowano wskazaniem, że charakter spraw regulowanych przepisami ustawy z 1994 r. i ich przebieg może wymagać podjęcia działań bądź nawet zainicjowania postępowania z urzędu w innej sprawie, wobec czego zasadne jest wyposażenie sądu opiekuńczego w podstawę prawną do zlecenia kuratorom sądowym przeprowadzania wywiadów środowiskowych w tych sprawach, skoro pozyskane przez kuratora informacje mogą być pomocne przy ustaleniu przesłanek wskazanych w art. 29 ust. 1 pkt 2 (niezdolność do samodzielnego zaspokajania potrzeb życiowych) w przypadku potencjalnego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym bez zgody lub art. 38 (możliwość ko-

³⁸ Druk nr 1676 Sejmu RP VIII kadencji, Dz. U. z 2017 r., poz. 2245.

rzystania z opieki innych osób) w przypadku możliwego kierowania do domu pomocy społecznej bez zgody³⁹.

Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby ta nowa regulacja znajdowała zastosowanie w praktyce sądu także w momencie, kiedy należy rozważyć kwestię zarządzenia zatrzymania i przymusowego doprowadzenia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego. Na pewno nie ma tutaj klarownego wykluczenia normatywnego. Na pierwszy plan wysuwają się natomiast przesłanki dotyczące celu zarządzenia przeprowadzenia wywiadu środowiskowego, odnoszące się do warunków życiowych oraz funkcjonowania osoby, której postępowanie dotyczy w środowisku. W zestawieniu z przesłankami decydującymi o zasadności orzeczenia o przymusowej hospitalizacji w trybie art. 29 ustawy, a odwołującymi się do:

- dotychczasowego zachowania osoby chorej psychicznie, wskazującego, iż nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego, bądź też
- niezdolności osoby chorej psychicznie do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, gdy uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę stanu zdrowia tej osoby.

wydaje się nieodzowna konkluzja, że nowa regulacja może i powinna znaleźć zastosowanie przed podjęciem decyzji w trybie art. 46 ust. 2c ustawy. Nie ulega kwestii, że zachowanie osoby chorej psychicznie, zdolność tej osoby do samodzielnego zaspokajania elementarnych potrzeb egzystencjalnych, to nic innego, jak właśnie kwestie dotyczące bieżących warunków życiowych oraz funkcjonowania konkretnej jednostki w otoczeniu rodzinno-sąsiedzkim. Podobne spostrzeżenia można odnieść do regulacji zawartej w przepisie art. 40 ust. 2 ustawy z 1994 r., skoro przy orzekaniu o przyjęciu do domu pomocy społecznej danego człowieka bez jego zgody analizuje się również aspekt niezdolności do zaspokajania elementarnych potrzeb życiowych i niemożności korzystania z opieki innych osób oraz potrzeby stałej opieki i pielęgnacji w warunkach nieszpitalnych. Tutaj od razu może powstać wątpliwość, czy zlecając przeprowadzenie wywiadu środowiskowego, sąd może lub powinien określić kuratorowi termin do wykonania tegoż i złożenia sprawozdania. Ważąc materię, o jakiej tutaj mowa, należałoby się opowiedzieć za powinnością wskazania terminu, i to stosunkowo krótkiego, aby możliwie szybko móc zapoznać się z relacją

³⁹ <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=7F04C24630B712C4C125814E004C1C1A>.

kuratora, przeprowadzającego na miejscu wywiad, ustalający aktualne warunki życia i bieżące funkcjonowanie w otoczeniu człowieka, względem którego wydano już – czasem w niekoniecznie niedalekiej przeszłości – postanowienie o izolacji w szpitalu psychiatrycznym bądź domu pomocy społecznej. W istocie to właśnie kurator sądowy, będąc swoistym narzędziem percepcji sądu w terenie, może dostarczyć najbardziej miarodajnych i aktualnych, najświeższych informacji, pozwalających zasadnie, trafnie zdecydować o zatrzymaniu i doprowadzeniu konkretnego uczestnika do szpitala psychiatrycznego bądź domu pomocy społecznej. Oczywiście może powstać kwestia, czy wystarczające jest wykonanie jednego wywiadu, złożenie jednego sprawozdania, a także co w sytuacji, gdy mimo zlecenia, wywiad nie dochodzi do skutku, z uwagi na nieobecność uczestnika w domu, czy chociażby zwyczajne unikanie kontaktu z nim ze strony uczestnika, objętego orzeczeniem o przymusowej hospitalizacji, czy o pobycie w domu pomocy społecznej. Tutaj jednak należy podkreślić, że zgodnie z przepisem wywiad ma na celu ustalić warunki życiowe osoby, której postępowanie dotyczy, a dodatkowo jej funkcjonowanie w środowisku. Pytanie zatem, czy konieczny zawsze będzie bezpośredni kontakt kuratora z osobą sprawdzaną, skoro w grę może wchodzić rozpytanie innych współlokatorów, krewnych, sąsiadów. Najlepsza byłaby oczywiście obserwacja połączona z ustaleniami w środowisku, ale wystarczająca i miarodajna wydaje się być również jedna z tych opcji.

Nie jest również wykluczone w tym przypadku, aby doszło do bezpośredniego wysłuchania przez sąd osoby, względem której ów sąd ma orzec o faktycznym zatrzymaniu i doprowadzeniu do szpitala, bądź domu pomocy społecznej. Szczególnie, jeśli ma się do czynienia z przypadkiem, gdy sąd orzekł o umieszczeniu w izolacji parę miesięcy, bądź lat wcześniej, a aktualnie ma do załatwienia wnioszek o zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie. Wydaje się, że na miejscu jest tutaj przywołać – wyrażony w orzecznictwie ETPC – pogląd, iż osoby chore umysłowo winny zostać wysłuchane w postępowaniu, skoro pełnią w nim niejako podwójną rolę: strony i głównego obiektu badań sądu. Sędzia powinien mieć możliwość budowania osobistej opinii o stanie umysłowym strony, która pomimo swej choroby, jest relatywnie niezależną osobą⁴⁰.

Tytułem niezbędnego uzupełnienia tych wątków w okresie pandemii COVID-19, wywołanej wirusem SARS-CoV-2, uzmysłowić należy sobie ewentualne trudności w bezpośredniej realizacji czynności kuratora, któremu zlecono przeprowadzenie wywiadu środowiskowego, czy też sę-

⁴⁰ Wyrok ETPC z dnia 27 marca 2008 r., sprawa nr 44006/05, Shtukaturov vs Rosja, LEX 357779.

diego, mającego prowadzić wysłuchanie uczestnika – co powodowane może być zaleceniami dotyczącymi względów bezpieczeństwa. Osobna sprawa, że obserwacja praktyki pokazuje, że w tym czasie również faktyczna realizacja zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do szpitala psychiatrycznego, bądź domu pomocy społecznej zostaje nieco odsunięta w czasie, co spowodowane jest sygnalizacją o występowaniu ognisk zakażeń u pacjentów, pensjonariuszy i personelu tych placówek⁴¹.

9. Zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie w trybie przepisów ustawy z 1994 r. – sprawa pilna, czy czynność niecierpiąca zwłoki?

Tutaj można również zastanowić się, czy rozstrzygnięcie o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu do szpitala psychiatrycznego, bądź do domu pomocy społecznej stanowi przypadek sprawy pilnej, do której odnosi się przepis § 2 pkt 5 lit. d Regulaminu urzędowania sądów powszechnych, czy też stanowi przypadek czynności niecierpiącej zwłoki. O ile przepisy regulaminu wskazują, co należy rozumieć, jako sprawę pilną (wyliczenie w § 2 pkt 5 Regulaminu), to już nie precyzują, co jest czynnością niecierpiącą zwłoki. W rezultacie, gdyby tak było, że orzekanie w trybie art. 40 ust. 2 lub w trybie art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. jest sprawą pilną, to należałoby brać jeszcze pod uwagę przepis § 49 ust. 4 oraz przepis § 79 ust. 1 i ust. 2 Regulaminu. Zgodnie z nimi, sprawy pilne są kierowane do przydziału niezwłocznie, także w przypadku wstrzymania przydziału. Nadto, sprawy pilne należy kierować na termin rozprawy lub posiedzenia poza kolejnością, określoną wpływem spraw do danego referatu, wynikająca z przepisów szczególnych lub wynikająca z innych uzasadnionych przyczyn zmiany kolejności, podyktowanych organizacją pracy sądu. Analiza treści § 2 pkt 5 skłania do refleksji, czy pojęcie sprawy pilnej rozciąga się na omawiane przypadki, bo z pewnością obejmuje sytuacje do-

⁴¹ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-sytuacja-w-kolejnych-dps-i-prywatnym-zakladzie-opieki>; <https://www.trojmiasto.pl/wiadomosci/Koronawirus-w-Szpitalu-Psychiatrycznym-Zakazone-dwie-osoby-z-personelu-n144618.html>; <https://lubliniec.naszemiasto.pl/koronawirus-u-pacjentki-wojewodzkiego-szpitala/ar/c1-7638751>; <https://zdrowie.wprost.pl/koronawirus/10313472/koronawirus-w-15-domach-pomocy-spolesznej-ministerstwo-apeluje-do-wolontariuszy.html>; <https://www.portalsamorzadowy.pl/ochrona-zdrowia/poznan-150-pacjentow-w-szpitalu-zakaznym-z-czego-149-to-pensjonariusze-dps-ow,181161.html>; <https://www.radiowroclaw.pl/articles/view/96182/Koronawirus-Kilkunastu-pracownikow-DPS-u-w-Legnickim-Polu-jest-zakazonych>; <https://tp.com.pl/artukul/koronawirus-potwierdzony/1001339>.

tyczące orzekania o hospitalizacji w trybie nagłym, gdy człowiek trafia do szpitala psychiatrycznego w wyniku interwencji pogotowia, bądź Policji. Wyliczenie zawarte w powołanym przepisie regulaminu, obejmujące „sprawy, o których mowa w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego” należy jednak uznać za wystarczające, aby zakwalifikować przypadek zarządzenia zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do spraw pilnych – mimo tego, że brak jakiejś egzemplifikacji, literalnie wskazującej na przypadki określone w art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c.

Gdyby z kolei było tak, że orzekanie w trybie art. 40 ust. 2 lub art. 46 ust. 2c ustawy było czynnością niecierpiącą zwłoki, to wymaga uwagi, że tym pojęciem operują przepisy § 49 ust. 4 (Sprawy pilne lub wymagające podjęcia czynności niecierpiących zwłoki są kierowane do przydziału niezwłocznie), § 79 ust. 1 (tylko czynności niecierpiące zwłoki podejmuje się w sprawach, niezależnie od kolejności wpływu spraw do danego referatu, jak również niezależnie od kolejności wynikającej z przepisów szczególnych lub wynikającej z innych uzasadnionych przyczyn zmiany kolejności, podyktowanych organizacją pracy sądu), § 243 ust. 1 pkt 2 (przewodniczący wydziału rodzinnego i nieletnich ma zapewnić możliwość podejmowania przez sędziego czynności w sprawach niecierpiących zwłoki, również w dni wolne od pracy sądu)⁴².

Biorąc pod uwagę czynności, jakie należałoby podjąć przy procedowaniu kwestii, wskazanych w przepisach art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c (zlecenie wywiadu, ustanowienie pełnomocnika), a i to w kontekście – nieraz odległego od daty prawomocności orzeczenia końcowego – momentu, w jakim wpływa stosowny wniosek, należy opowiedzieć się za założeniem, iż chodzi tutaj o sprawę pilną (zwłaszcza, gdyby chodziło o zapewnienie faktycznej realizacji orzeczenia w stosunku do osoby, która rzeczywiście potrzebuje umieszczenia w szpitalu bądź z domu pomocy społecznej). Rzecz jasna wskazane byłoby odnotowywać poszczególne czynności, zarządzenia i orzeczenia w stosownym urzędzeniu ewidencyjnym, co czyni aktualnym uwagi na temat wprowadzenia regulacji wskazującej na formalne postępowanie wykonawcze w sprawach z zakresu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

Niezależnie od powyższych kwalifikacji, wymaga uwagi przepis § 73 ust. 1 pkt 5 Regulaminu, zgodnie z którym sprawy, o których mowa w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego

⁴² Pojęciem tym operuje również przepis § 314 ust. 1 Regulaminu, lecz ten odnosi się do wypadków niecierpiących zwłoki, gdy sąd może dokonać zawiadomienia oskarżyciela o terminie rozpoznania sprawy na rozprawie lub posiedzeniu w inny sposób, aniżeli przez doręczenie wokandy na 7 dni przed terminem.

przydzielane są sędziemu pełniącemu dyżur. Tutaj warto zaakcentować, że sędzia dyżurujący przejmuje również sprawy i zadania sądu, co do których ustawa wymaga ich rozpoznania lub wykonania w ciągu 72 godzin. Taka koniunkcja kompetencyjna w przypadku sędziego dyżurującego sprzęga się z założeniem, że w sprawach osób, co do których orzeczono o izolacji w szpitalu psychiatrycznym, bądź domu pomocy społecznej, należy działać sprawnie, szybko, aby środki oddziaływania były nade wszystko aktualne i adekwatne do rzeczywistych potrzeb człowieka.

W uzupełnieniu omawianych wątków w okresie pandemii COVID-19, należy zauważyć, że mocą art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw⁴³ wprowadzono do ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁴⁴ przepis art. 14a, który w ust. 4 pkt 10 określił sprawy, o których mowa w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, jako sprawy pilne, podlegające rozpoznaniu przez sąd wyznaczony (przez prezesa sądu apelacyjnego bądź Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego) w warunkach określonych w art. 14a ust. 1 i ust. 2 (czyli odpowiednio – w razie całkowitego zaprzestania czynności przez sąd powszechny, bądź przez wszystkie sądy powszechne z powodu COVID-19). Mocą art. 1 pkt 14 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. wprowadzono natomiast do ustawy z dnia 2 marca 2020 r. przepis art. 15 zzs, który w ust. 1 pkt 1 stanowił, że w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg terminów procesowych i sądowych w postępowaniach sądowych nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres. Nadto jednak przepis art. 15 zzs w ust. 2 stanowił, że wstrzymanie rozpoczęcia i zawieszenie biegu terminów nie dotyczy terminów w rozpoznawanych przez sądy sprawach pilnych (jako wskazanych w art. 14a ust. 4). Z kolei art. 15 zzs ust. 6 stanowił, że w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu CO-VID nie przeprowadza się rozpraw ani posiedzeń jawnych, z wyjątkiem rozpraw i posiedzeń jawnych w sprawach pilnych (jako określonych w art. 14a ust. 4). Przepisy art. 14a i art. 15 zzs zaczęły obowiązywać 31 marca 2020 r., czyli od dnia ogłoszenia ustawy, zgodnie z jej art. 101 *in principio*. Można było zatem przyjąć, że zakres pojęciowy sfor-

⁴³ Dz. U. z 2020 r., poz. 568.

⁴⁴ Dz. U. z 2020 r., poz. 374 ze zm.

mułowania „spraw, o których mowa w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego” obejmuje także i sprawy dotyczące zarządzenia zatrzymania i przymusowego doprowadzenia w trybie art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. Od dnia 16 maja 2020 r. obowiązuje jednak przepis art. 46 pkt 20 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2⁴⁵. Zgodnie z nim uchylono w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. przepis art. 15 zzs. Zatem terminy wstrzymane, bądź zawieszony – ruszą, aczkolwiek na zasadach określonych w art. 68 ust. 6 i ust. 7 ustawy z dnia 14 maja 2020 r., to znaczy: terminy, których bieg nie rozpoczął się na podstawie art. 15 zzs, rozpoczynają bieg po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie tej ustawy, a terminy, których bieg uległ zawieszeniu na podstawie art. 15 zzs, biegną dalej po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie tej ustawy. Przepis art. 14a ust. 4 – wyliczający katalog spraw pilnych – nadal obowiązuje, aczkolwiek nie ulega wątpliwości, biorąc pod uwagę jego kształt, że ma znaczenie jedynie dla sądów, które znalazły się w warunkach opisanych w ust. 1 i ust. 2 tego artykułu, czyli sądów wyznaczonych do rozpoznania spraw pilnych, w razie zaprzestania działalności innego sądu bądź innych sądów.

10. Forma, tryb podjęcia i zaskarżalność zarządzenia zatrzymania i przymusowego doprowadzenia w oparciu o treść art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Dochodząc do wątku kluczowego, należy postawić pytanie o formę, tryb podjęcia i ewentualną zaskarżalność zarządzenia zatrzymania i przymusowego doprowadzenia konkretnej osoby do domu pomocy społecznej, albo też do szpitala psychiatrycznego, przez Policję.

W pierwszym rzędzie należy zauważyć, że sama ustawa z 1994 r. nie zawiera szczegółowych unormowań tego zagadnienia. Naturalne wydaje się sięgnąć do przepisów k.p.c., skoro zgodnie z art. 42 zdanie pierwsze ustawy – w postępowaniu przed sądem opiekuńczym w sprawach określonych w ustawie stosuje się odpowiednio przepisy tego kodeksu o postępowaniu nieprocesowym, ze zmianami wynikającymi z samej ustawy z 1994 r.

Zgodnie z art. 163 § 2 k.p.c. ilekroć kodeks dopuszcza zarządzenie przymusowego sprowadzenia lub aresztowania, stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego.

⁴⁵ Dz. U. z 2020 r., poz. 875.

Jeśli chodzi o szczegółowe regulacje, zawarte w przepisach procedury cywilnej, a dotyczące przymusowego sprowadzania, czy doprowadzania, to można wyróżnić następujące sytuacje:

- Sąd może zarządzić przymusowe sprowadzenie świadka, który po wtórnie wezwany nie stawi się do sądu oraz który oddalił się bez zezwolenia przewodniczącego (art. 274 § 1 i § 2 k.p.c.), takie same środki przymusowe może sąd zastosować względem osoby trzeciej, która nie wykonała określonych zarządzeń sądu (art. 254 § 3 k.p.c.);
- sąd może zarządzić przymusowe sprowadzenie na rozprawę – w celu wysłuchania – osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie (art. 547 § 2 k.p.c.);
- Sąd opiekuńczy może nakazać osobiste stawiennictwo osoby pozostającej pod władzą rodzicielską lub opieką, jak również zarządzić przymusowe sprowadzenie takiej osoby (art. 574 § 1 k.p.c.);
- Sąd może nakazać przymusowe doprowadzenie dłużnika, który bez usprawiedliwionej przyczyny nie stawi się do sądu w celu złożenia wykazu lub przyrzeczenia (art. 917 § 1 k.p.c.), względem takiego dłużnika można zastosować jeszcze grzywnę lub areszt, choć zgodnie z art. 917 § 2 k.p.c. na postanowienie sądu w przedmiocie skazania na grzywnę oraz orzeczenie aresztu przysługuje zażalenie.

W efekcie, tylko w dwóch przypadkach strona (uczestnik) postępowania może być adresatem zarządzenia przymusowego sprowadzenia (doprowadzenia). Co do zasady natomiast stosowanie środków przymusu wobec strony postępowania cywilnego jest wykluczone. W ogóle natomiast kodeks z 1964 r. nie zawiera przepisu wprost pozwalającego na zatrzymanie osoby (tym bardziej strony czy uczestnika postępowania). Znamienne są również wyłączenia możliwości przymusowego sprowadzenia, uregulowane w przepisach art. 289 k.p.c. (przepisów o przymusowym sprowadzeniu nie stosuje się do biegłych); art. 304 zdanie trzecie k.p.c. (przepisów o środkach przymusowych nie stosuje się do przesłuchania stron); art. 429 k.p.c. (nie można nakazać przymusowego sprowadzenia do sądu strony, która w sprawach o unieważnienie małżeństwa, o ustalenie istnienia lub nieistnienia małżeństwa i o rozwód oraz o separację na żądanie jednego z małżonków nie stawi się bez usprawiedliwionych powodów na posiedzenie sądu); art. 475 k.p.c. (nie można nakazać przymusowego sprowadzenia do sądu strony, w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, która bez usprawiedliwionych powodów nie wykona w toku postępowania postanowień lub zarządzeń).

Tutaj oczywiście, skoro art. 163 k.p.c. odsyła do przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego⁴⁶, trzeba zauważyć, że na gruncie procedury karnej zatrzymać i przymusowo doprowadzić można oskarżonego lub osobę podejrzaną (przewidują to następujące przepisy: art. 74 § 3 a; art. 75 § 2 – tutaj zażalenie na postanowienie rozpoznaje ten sam sąd w składzie trzech sędziów; art. 247 § 1 i § 2 – tutaj zażalenie przysługuje z uwagi na art. 246; art. 376 § 1 zdanie drugie – na postanowienie sądu przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu tego sądu; art. 377 § 3 zdanie pierwsze – na postanowienie sądu przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu tego sądu), ponadto świadka, a wyjątkowo biegłego, tłumacza, specjalistę (art. 285 § 2). Powołane przepisy rozstrzygają wprost o formie i zaskarżalności decyzji sądu. Zwraca uwagę również tożsamość sformułowań, zawartych w tym kodeksie i w ustawie z 1994 r. (zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie).

W tej sytuacji można się zatem zastanowić, czy na gruncie ustawy z 1994 r. nie zachodzi jakiś indywidualny, szczególny przypadek orzeczenia, którego nawet odpowiednio nie normują przepisy kodeksu postępowania cywilnego, skoro w ustawie z 1994 r. chodzi o kumulatywną dyspozycję dla Policji, aby konkretnego uczestnika zatrzymała i przymusowo doprowadziła – do określonej placówki. Niewątpliwie do przepisów procedury karnej, regulujących kwestię zatrzymywania i przymusowego doprowadzania, pozwalających na wnioski w kontekście zaskarżalności postanowienia wydawanego w oparciu o art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy dochodzi się w wyniku odesłania z art. 42 ustawy z 1994 r., poprzez art. 13 § 2 k.p.c. do art. 163 § 1 k.p.c. Niewystarczające wydaje się poprzestać tylko na odesłaniu do przepisów o trybie nieprocesowym, gdyż tutaj brak dostatecznej podstawy do wyprowadzenia należytych wniosków (skoro w tych przepisach znaleźć można, jako możliwie miarodajną dla omawianego zagadnienia, jedynie regulację z art. 547 § 2 k.p.c., gdzie wprawdzie mowa jest o zaskarżalnym zażaleniu postanowieniu, ale też mowa jest tylko o przymusowym sprowadzeniu, wszak bez zatrzymania, choć rzecz jasna przymusowe sprowadzenie, bez uprzedniego faktycznego ujęcia, zatrzymania nie wydaje się możliwe). Nie ma wątpliwości, że dla jednolitych sytuacji faktycznych powinny obowiązywać jednolite i przejrzyste unormowania prawne, a tego wydaje się brakować.

Dla porządku rzeczy należy zauważyć, że zgodnie z art. 394^{1a} § 1 pkt 6 k.p.c. i art. 394² § 1¹ pkt 6 k.p.c. na zarządzenie przymusowego sprowadzenia świadka i odmowę zwolnienia od przymusowego sprowadzenia

⁴⁶ Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 ze zm. – dalej „k.p.k.”

służy zażalenie (obecnie tzw. poziome, do innego składu tego samego sądu, który wyda postanowienie); zgodnie z art. 547 § 2 zdanie drugie k.p.c. na postanowienie sądu o przymusowym sprowadzeniu na rozprawę osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie przysługuje zażalenie; zgodnie z art. 917 § 2 k.p.c. na postanowienie sądu w przedmiocie skazania dłużnika na grzywnę oraz orzeczenie wobec dłużnika aresztu przysługuje zażalenie.

Należy jeszcze zauważyć jedną kwestię – skoro jednak najbardziej zbieżne z omawianymi regulacjami ustawy z 1994 r. przepisy procedury karnej dotyczą zatrzymań i przymusowych doprowadzeń w ramach toczącego się postępowania. Unormowanie z art. 40 ust. 2, czy też art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. odnosi się do sytuacji, gdy postępowanie rozpoznawcze jest już zakończone i funkcjonuje w obrocie prawomocne postanowienie sądu opiekuńczego. Orzeczenie o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu do szpitala psychiatrycznego, czy domu pomocy społecznej jest elementem faktycznej realizacji postanowienia rozstrzygającego co do meritum, którego celem jest umieszczenie w placówce, mającej udzielić uczestnikowi postępowania pomocy (opieki, leczenia) raczej długofalowo. Tym bardziej wskazane jest, aby działania sądu, podejmowane w trybie art. 40 ust. 2 bądź art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. były adekwatne do sytuacji i potrzeb osoby potrzebującej pomocy. Wyliczane zaś powyżej przypadki z kodeksu postępowania cywilnego, czy kodeksu postępowania karnego, dotyczące postanowień wydawanych względem stron, czy uczestników postępowań, a skutkujące ich faktycznym zatrzymaniem i umiejscowieniem w danej lokalizacji, rzutują na sytuację faktyczną adresatów tych orzeczeń zdecydowanie krócej, bardziej doraźnie i na potrzeby prowadzonego postępowania rozpoznawczego, przy czym nie chodzi jednak o to, aby oddziaływały poza to postępowanie.

Formą orzeczenia, którego dotyczą przepisy art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. jest bez wątpienia postanowienie. Jeśli chodzi o przypadki dotyczące przymusowego sprowadzenia, na gruncie kodeksu postępowania cywilnego, to wprost wynika to z przepisu art. 547 § 2 k.p.c. Jeśli chodzi o przypadki dotyczące zatrzymania i przymusowego doprowadzenia, to wprost wynika to chociażby z przepisów art. 376 k.p.k., czy 377 k.p.k. Jeśli chodzi o ustawę z 1994 r. to również należy zauważyć, że o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu decyduje (czyli orzeka, a skoro tak, to postanowieniem) sąd, a nie zarządza go przewodniczący. Sformułowanie – mimo, że zawarte w przepisie art. 547 § 2 k.p.c., przepisach procedury karnej, jak i pojawiające się w ustawie z 1994 r. – dotyczące zarządzenia przymusowego sprowadzenia (do-

prowadzenia) nie powinno tutaj mylić, chodzi bowiem o artykulację imperatywnej, władczej wypowiedzi sądu – decyzji ukierunkowanej na danego adresata, a nie o formę tej decyzji (zarządzenie).

W rezultacie nie ulega wątpliwości, że zarządzenie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia konkretnej osoby do domu pomocy społecznej, albo też do szpitala psychiatrycznego, przez Policję powinno nastąpić w formie zaskarżalnego postanowienia.

O ile wydaje się to oczywiste, to trzeba zauważyć, że nie jest już tak jednolicie ujmowane w praktyce. W wyniku zapytania – w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej⁴⁷ – o udzielenie informacji dotyczącej działalności sądów, poprzez wskazanie: – czy i w ilu przypadkach – w latach 2016–2018 zarządzono zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie do szpitala psychiatrycznego w trybie art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r., czy w tej sytuacji wydawano zarządzenie (z uzasadnieniem), czy postanowienie (z uzasadnieniem), czy w tym zakresie dekretowano sprawę, jako inną z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (symbol 241) oraz czy i w ilu przypadkach – w latach 2016–2018 zarządzono zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie do domu pomocy społecznej w trybie art. 40 ust. 2 ustawy z 1994 r., czy w tej sytuacji wydawano zarządzenie (z uzasadnieniem), czy postanowienie (z uzasadnieniem), czy w tym zakresie dekretowano sprawę, jako inną z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (symbol 241), uzyskane odpowiedzi⁴⁸ pozwoliły na następujące ustalenia.

Praktyka sądów jest rozbieżna, albowiem w przedmiocie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do szpitala psychiatrycznego bądź do domu pomocy społecznej wydawano – bez dekretacji sprawy jako „innej z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego”:

- 1) zarządzenie z uzasadnieniem;
- 2) zarządzenie bez uzasadnienia;
- 3) nakaz doprowadzenia do szpitala psychiatrycznego przez policję w asyście lekarza, pielęgniarki lub ratownika medycznego;
- 4) postanowienie bez uzasadnienia;
- 5) postanowienie z uzasadnieniem.

⁴⁷ Dz. U. z 2019 r., poz. 1429.

⁴⁸ Zapytanie skierowano do 80 sądów, natomiast odpowiedzi, zawierające informacje dane wskazujące na korzystanie z regulacji zawartej w art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy przedstawiły sądy rejonowe: w Dąbrowie Tarnowskiej, w Gnieźnie, w Gostyniu, w Iławie, w Kielcach, w Lesznie, w Miechowie, w Myślenicach, w Olkuszu, w Ostródzie, w Otwocku, w Rudzie Śląskiej, w Starachowicach, w Szubinie, w Toruniu, w Tucholi, w Wałczu, we Włoszczowie, w Złotowie.

To czyni zasadnym usystematyzowanie zagadnienia formy decyzji sądowej, celem prowadzenia jednolitej praktyki, dla zapewnienia równego traktowania osób poddanych oddziaływaniu sądu opiekuńczego. Zwłaszcza w kontekście problemu zaskarżalności orzeczenia sądu, która jak widać w praktyce jest problematyczna, skoro zdarzały się przypadki wydawania postanowień – na posiedzeniach niejawnych, a bez uzasadnień i to w stanie prawnym przed 7 listopada 2019 r., kiedy to jeszcze zgodnie z ówczesnie obowiązującym przepisem art. 357 § 2 zdanie drugie k.p.c., postanowienie należało stronie doręczyć z uzasadnieniem. Pominąć już należy przypadki wydawanych zarządzeń, bądź nakazów doprowadzeń, bo w świetle poczynionych ustaleń wydaje się, że nie ma podstaw prawnych dla takich form działania sądu w omawianych przypadkach. Ważne jest natomiast to, aby praktyka sądowa w tym zakresie była jednolita, zwłaszcza jeśli dotyczy osób znajdujących się w takiej samej sytuacji prawnej, determinowanej uprzednio wydanym orzeczeniem o umieszczeniu w domu pomocy społecznej, czy szpitalu psychiatrycznym. Trudno bowiem uznać za słuszne, że jedna osoba w tej sytuacji, zatrzymywana przez Policję i doprowadzana do szpitala psychiatrycznego ma okazywany nakaz, a druga uprzednio otrzymała postanowienie z pouczeniem o zażaleniu, zaś funkcjonariusze w asyście lekarza przychodzą dopiero po uprawomocnieniu się tego orzeczenia.

Zdecydowanie postanowienie sądu może i powinno być wydane na posiedzeniu niejawnym. Żaden przepis nie wymaga bowiem, aby decyzja o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu musiała zapaść podczas rozprawy, bądź na posiedzeniu jawnym. W tym miejscu zaś warto odwołać się, poprzez art. 42 zdanie pierwsze ustawy i art. 13 § 2 k.p.c. do regulacji art. 148 § 3 k.p.c., zgodnie z którym Sąd może wydać postanowienie na posiedzeniu niejawnym.

Jeśli chodzi o treść postanowienia, to bez wątplenia w sentencji sąd powinien postanowić zarządzić zatrzymanie uczestnika (imię, nazwisko, data urodzenia, PESEL) i przymusowe doprowadzenie – przez Policję – do szpitala psychiatrycznego w ... (domu pomocy społecznej w ...). Można natomiast rozważyć, czy w treści sentencji powinno znaleźć się wskazanie, w jakiej dacie konkretna osoba powinna być doprowadzona do szpitala, bądź domu pomocy społecznej. Nie ma ku temu, rzecz jasna, wyraźnych unormowań, natomiast nie ulega kwestii, że konkretne postanowienie sądu w tym zakresie determinowałoby działania szybkie, zorganizowane, nastawione na konkretny, czasowy cel. Kolejna sprawa, to czy w treści sentencji należałoby powoływać przepis, stanowiący podstawę wydania orzeczenia. W obliczu regulacji zawartej w przepisie art. 327¹ § 1 pkt 2

k.p.c., do której należy sięgnąć poprzez przepis art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c., a zgodnie z którym uzasadnienie powinno zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa, wydaje się, że nie ma takiej konieczności. Problem ma jednak znaczenie praktyczne, ponieważ – w rezultacie przesłania odpisu postanowienia, celem jego wykonania, do właściwego komendanta jednostki Policji, zdarzają się sytuacje, gdy sąd jest adresatem zapytania, na jakiej podstawie prawnej ma nastąpić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie. Podnosi się wówczas, że brak wskazania tej podstawy nie pozwala na właściwą organizację transportu zatrzymanego. Zgodnie art. 46 ust. 3 ustawy z 1994 r., zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie przez Policję, o którym mowa w art. 40 i 46, następuje w obecności lekarza, pielęgniarki lub zespołu ratownictwa medycznego. Z tego względu Policja domaga się wskazania rzeczonych przepisów w treści postanowienia, by móc organizować transport osoby, mającej być zatrzymaną i doprowadzoną. Co więcej – zadanie uzgodnienia i zapewnienia udziału personelu medycznego, który ma asystować przy czynnościach Policji, cedowane jest w takich pismach właśnie na sąd. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że zgodnie z § 3 ust. 4 i ust. 5 w zw. z § 34 ust. 4 Zarządzenia Nr 360 Komendanta Głównego Policji w sprawie metod i form wykonywania przez policjantów konwojów i doprowadzeń z dnia 26 marca 2009 r.⁴⁹, doprowadzenie osoby zatrzymanej w trybie przepisów o ochronie zdrowia psychicznego na rozprawę sądową, do szpitala psychiatrycznego, w celu poddania badaniu przez biegłego lub do domu pomocy społecznej, stanowiące realizację zarządzenia sądu następuje w obecności lekarza, pielęgniarki lub zespołu ratownictwa medycznego. (...) Jeżeli sąd w dokumentacji dotyczącej doprowadzenia, nie wskazał podmiotu leczniczego, z którego lekarz, pielęgniarka lub zespół ratownictwa medycznego będzie uczestniczył w doprowadzeniu, kierownik komórki lub jednostki organizacyjnej Policji mającej zrealizować doprowadzenie występuje do sądu o wskazanie tego podmiotu leczniczego, a następnie stosuje się do dalszych dyspozycji sądu. Co też istotne, zgodnie z § 37 ust. 1 pkt 1 tego zarządzenia – przed rozpoczęciem przymusowego doprowadzenia na polecenie sądu (...), policjant jest obowiązany sprawdzić i w razie potrzeby ustalić tożsamość osoby podlegającej doprowadzeniu i poinformować tę osobę o podstawie prawnej doprowadzenia. Dla porządku rzeczy należy zauważyć, że doprowadzenie w rozumieniu zarządzenia, wykonuje się w stosunku do osób, wskazanych w pisemnym poleceniu sądu (§ 34 ust. 1 pkt). Zatem, dla usprawnienia działania orga-

⁴⁹ Dz. Urz. KGP z 2009 r., Nr 6, poz. 29 ze zm.

nów, wykonujących dyspozycję sądu w zakresie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia, należałoby w treści orzeczenia zarówno wskazać podstawę prawną, jak i uszczegółwić kwestie dotyczące współdziałania organów Policji i służby zdrowia. Aczkolwiek z drugiej strony, jeśli w powołanych przepisach wewnętrznych, regulujących działanie Policji, nie ma wprost mowy o wskazaniu podstawy prawnej oraz podmiotu leczniczego właśnie w treści postanowienia sądu, ale w dokumentacji dotyczącej doprowadzenia, to równie dobrze można te kwestie podać w osobnym piśmie.

Skoro zaś w kwestii stosowania art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c mamy do czynienia z postanowieniem sądu opiekuńczego, to nieodzowne wydaje się rozważenie, czy rzeczony postanowienie korzysta z przymiotów orzeczeń, wskazanych w treści art. 578 § 1 k.p.c. (skuteczność i wykonalność z chwilą ogłoszenia, bądź wydania), a więc czy w efekcie należałoby z urzędu stwierdzić wykonalność tego postanowienia. Teoretycznie nic nie stoi temu na przeszkodzie, aczkolwiek celowościowo należy zwrócić uwagę właśnie na wątek zaskarżalności postanowienia i wynikające stąd konsekwencje. Zaopatrzenie postanowienia w stwierdzenie wykonalności rzutowałoby na podjęcie natychmiastowych działań wykonawczych, co w sytuacji dopuszczalności zażalenia na postanowienie, stawiałoby pod znakiem zapytania sens tego środka odwoławczego. I nie chodzi tutaj wyłącznie o to, że w ramach zażalenia byłaby badana zasadność, legalność oraz prawidłowość zatrzymania, ale o fakt, że konkretne oddziaływania faktyczne byłyby podjęte względem osoby – co do zasady – chorej psychicznie, a jako takiej, wymagającej jednak od Państwa, podejmowania działań z pewną ostrożnością i dbałością o jej dobra. Wymaga uwagi, że osoba chora psychicznie nie jest pozbawiona gwarancji wynikających z treści przepisów Konwencji o ochronie praw człowieka. Jak zaś uznał Trybunał w wyroku z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie *Dolenec vs Chorwacja*, życie prywatne jest szerokim terminem, niepodlegającym wyczerpującemu zdefiniowaniu. Zdrowie psychiczne musi także być postrzegane, jako zasadnicza część życia prywatnego związana z aspektem integralności moralnej. Zachowanie stabilności psychicznej jest w tym kontekście nieodłącznym warunkiem skutecznego wykonywania prawa do poszanowania życia prywatnego (sprawa 25282/06, LEX 530141). Zasadne jest więc oczekiwanie, aby oddziaływania organów publicznych względem osoby, zwłaszcza chorej psychicznie, a więc wymagającej szczególnej ochrony i ostrożności w działaniu, były pozbawione pierwiastka zbędnej siły – nie godziły w elementarne dobra człowieka.

Obecnie, po zmianie przepisów proceduralnych, wynikających z treści wspomnianej już ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, a w szczególno-

ści – w kontekście omawianego zagadnienia – z art. 1 pkt 124, który od 7 listopada 2019 r. zmodyfikował zasady wydawania postanowień, uwzględniając nową treść art. 357 k.p.c., a zwłaszcza jego przepis § 2¹, należy wskazać, że postanowienie na bazie art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. wydawane jest bez uzasadnienia. Można byłoby wziąć pod uwagę regulację zawartą w § 5 (wszak wyszczególnienie – w ramach zwięzłego wskazania zasadniczych powodów rozstrzygnięcia, okoliczności przemawiających za zasadnością orzeczenia o zatrzymaniu i doprowadzeniu uczestnika do danej placówki, w obliczu poczynionych ustaleń, mogłoby sprzyjać dostosowaniu się do jego treści), natomiast raczej nie należy spodziewać się możliwości korzystania przez sąd z przepisu § 6, przewidującego możliwość odstąpienia od uzasadnienia orzeczenia, gdy – dzieląc argumenty strony – w całości uwzględnia się jej wniosek, zawarty w piśmie procesowym.

Przyjęcie zaskarżalności postanowienia, wydanego w oparciu o treść art. 40 ust. 2 bądź art. 46 ust. 2c nie powinno budzić zastrzeżeń, a wręcz przeciwnie – jest pożądane, ale i uzasadnione normatywnie. Wystarczy zauważyć wątki, dotyczące charakteru orzeczenia, skutkującego faktycznym pozbawieniem wolności i umiejscowieniem w izolacji, ale także mieć na względzie okres, jaki może upłynąć od uprawomocnienia się postanowienia do momentu złożenia wniosku o zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie – przez co warto dopuścić kontrolę decyzji o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu, aby mieć jasność, iż została ona podjęta zasadnie, adekwatnie do warunków i potrzeb osoby izolowanej. Wydaje się, że podstawą prawną dla przyjęcia zaskarżalności postanowienia jest – poprzez odesłanie z art. 42 ustawy do art. 13 § 2 k.p.c. i art. 163 § 2 k.p.c. – przepis art. 246 k.p.k. w zw. z art. 376 k.p.k. Problem oczywiście polega na tym, że w przepisie art. 394^{1a} § 1 k.p.c. znajduje się taksatywne wyliczenie przypadków postanowień zaskarżalnych tzw. zażaleniem poziomym i tutaj, podobnie zresztą jak w przepisie art. 394 § 1 k.p.c., nie ma przepisu wskazującego, że zażalenie przysługuje na zarządzenie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia uczestnika postępowania. Można byłoby przyjąć, że zażalenie przysługuje w oparciu o treść art. 394^{1a} § 1 pkt 6 k.p.c., który przewiduje zaskarżalność postanowienia o zarządzeniu przymusowego sprowadzenia świadka, na zasadzie analogii *legis*. Niemniej jednak warto byłoby ujednoczyć, ale i uprościć na gruncie samej ustawy z 1994 r. ten problem, wprowadzając unormowania niewymagające poszukiwań w drodze tak dalekich odesłań.

Oczywiście – co do zasady należałoby postawić pytanie, czy w ogóle rozważania o zaskarżalności postanowienia wydanego w trybie art. 40

ust. 2 lub art. 46 ust. 2c u. o o.z.p. nie są zbędną dywagacją, bo dopuszczenie do możliwości kwestionowania postanowienia tylko wydłuża czas działania i niejako komplikuje faktyczne wykonywanie postanowień wydanych w trybie art. 29 lub art. 39 u. o o.z.p. Wszak skoro przepisy art. 40 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r. nie stanowią wprost, że postanowienie wydane w tym trybie jest zaskarżalne, to może w istocie zaskarżalne nie jest. Tyle tylko, że równolegle można zauważyć, iż powołane przepisy nie wykluczają dopuszczalności zażalenia – nie stanowią wprost, iż taki środek zaskarżenia nie przysługuje. Skoro zaś również w tych kwestiach, dotyczących działania sądu na etapie – po prawomocnym zakończeniu sprawy – należy, zgodnie z art. 42 zdanie pierwsze u. o o. z. p. stosować odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, ze zmianami wynikającymi z samej ustawy z 1994 r., to nie jest pozbawione racji założenie, że najpewniej, gdyby prawodawca chciał wyłączyć możliwość zaskarżenia określonego rozstrzygnięcia sądowego, wyraziłby to wprost w zapisie ustawowym. Nie są bowiem kodeksowi z 1964 r. obce rozwiązania, gdy wprost przepis stanowi, iż w danej sytuacji zażalenie nie przysługuje⁵⁰. Co więcej, odesłanie do przepisów procedury cywilnej, a w rezultacie, poprzez przepis art. 163 § 2 k.p.c. do przepisów procedury karnej, wymaga przyjęcia dopuszczalności zażalenia, bo w przeciwnym razie racjonalny ustawodawca musiałby wyraźnie wykluczyć taki środek prawny w odniesieniu do osób poddanych rygorom ustawy z 1994 r., skoro w analogicznych sytuacjach na gruncie procedury karnej, gdy dochodzi do zarządzenia zatrzymania i przymusowego doprowadzenia, osoba objęta takim rygorem ma prawo odwołać się do sądu, a przy tym dochodzić zbadania zasadności, legalności i prawidłowości działania Policji. Co więcej, przypadki wprost przewidziane w przepisach kodeksu z 1964 r., dotyczące fizycznego (faktycznego) doprowadzenia przez Policję, podlegają kontroli odwoławczej.

Bezpornie zażalenie na postanowienie nie podlega opłacie sądowej – uczestnik korzysta w tym przypadku z podmiotowego zwolnienia ustawowego, wynikającego z treści art. 96 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁵¹.

Jeśli chodzi o wymogi formalne zażalenia, to tutaj już należy zwrócić uwagę na problematyczny zapis art. 47 ustawy z 1994 r., zgodnie z którym do środków odwoławczych wnoszonych przez osobę, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, nie ma zastosowania przepis art. 368

⁵⁰ Np. art. 479³³ § 5 k.p.c.; art. 763² § 3 k.p.c.

⁵¹ Dz. U. z 2019 r., poz. 785.

Kodeksu postępowania cywilnego oraz w zakresie objętym treścią tego artykułu również przepis art. 370 tego kodeksu.

Uwagi, które od razu nasuwają się w kontekście ewentualnego zażalenia, są takie, że w powołanym przepisie znajduje się nawiązanie do przepisu procedury cywilnej, dotyczącego apelacji (art. 368 k.p.c.), a właściwie chodzi o wyłączenie zastosowania tego przepisu, który określa wymogi formalne środka odwoławczego, przysługującego od orzeczenia merytorycznego, końcowego. Od 7 listopada 2019 r., wobec wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁵², a zwłaszcza art. 1 pkt 129 nie można już uwzględniać nawiązania do treści art. 370 k.p.c., bo ten przepis nie obowiązuje.

Nic nie ma natomiast w przepisach ustawy z 1994 r. na temat regulacji, dotyczącej formalnych wymogów zażalenia, a trzeba tutaj nadmienić, że w tym zakresie procedura cywilna (do której należy kierować się poprzez odwołanie zawarte w art. 42 ustawy, skoro przepisy procedury cywilnej obejmują regulację takiego środka odwoławczego, jakim jest zażalenie, bez konieczności sięgania do unormowań dotyczących zażalenia, a zawartych w przepisach procedury karnej) operuje odmienną, nieco łagodniejszą nawet w swej wymowie regulacją, zasadniczo zawartą w przepisie art. 394 § 3 k.p.c. Do tego przepisu należy bowiem, w kontekście zażalenia na postanowienie w przedmiocie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia sięgnąć, poprzez przepis art. 394^{1a} § 2. Właściwy do rozpoznania zażalenia byłby sąd w składzie trzyosobowym, bo taki argument wynika z art. 397 § 1 k.p.c. Z drugiej strony można rozważyć, jako podstawę dla nie tylko złożenia, ale i dla procedowania instancji odwoławczej w kontekście złożonego zażalenia – przepisy Kodeksu postępowania karnego, tyle tylko, że tutaj pojawia się wątek właściwego sądu i składu do rozpoznania zażalenia. Przytoczone już i powołane przepisy art. 246 k.p.k., art. 376 § 1 k.p.k. oraz art. 377 § 3 k.p.k. wskazują na różne sądy: albo jest to sąd rejonowy miejsca zatrzymania (przy czym z uwagi na art. 24 § 2 k.p.k. i art. 30 § 2 k.p.k. – zażalenie rozpoznawałby sąd w składzie jednoosobowym), albo jest to inny równorzędny skład tego sądu, który rozpoznaje sprawę (co do zasady skład jednoosobowy, bo w takim proceduje rejonowy sąd karny, chyba że zachodzą okoliczności wskazane w art. 28 § 3 k.p.k.). Bardziej właściwe wydaje się podejście, iż skoro w przedmiocie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia do szpitala psychiatrycznego bądź domu pomocy społecznej

⁵² Dz. U. z 2019 r., poz. 146.

postanawia sąd opiekuńczy, to jednak zażalenie przysługuje do tegoż sądu, a nie do sądu karnego. Co więcej, lepszy gwarancyjnie z punktu widzenia interesów uczestnika postępowania jest jednak skład trzyosobowy przy rozpoznaniu ewentualnego zażalenia na postanowienie, a nie skład jednoosobowy. Zbędne wydaje się nadmierne wtrącanie na grunt postępowania przed sądem cywilnym procedury karnej.

11. Postulaty *de lege ferenda*

Z pewnością sytuacja byłaby bardziej klarowna, usuwając przy okazji możliwe wątpliwości i rozbieżności praktyczne, gdyby w art. 40 ust. 2 oraz art. 46 ust. 2c ustawy dodać zdanie drugie, trzecie i czwarte o zapisie: Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie. Zażalenie rozpoznaje sąd, który wydał zaskarżone postanowienie, w składzie trzech sędziów. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. Rzecz jasna mowa tutaj o zażaleniu, które służy zarówno w przypadku postanowienia pozytywnego (determinującego fizyczne ujęcie i umiejscowienie w konkretnej placówce), jak i negatywnego (oddalającego wniosek o zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie).

Zagadnienie korzystania przez sądy opiekuńcze z regulacji zawartej w przepisach art. 40 ust. 2 i art. 46 ust. 2c ustawy z 1994 r., jak i przedstawione wyżej uwagi, skłaniają do konkluzji, że pożądanym byłoby usystematyzowanie czynności sądu, głównie poprzez wprowadzenie określonych unormowań, pozwalających na jednolitą praktykę orzeczniczą w momencie, gdy uprawomocni się już postanowienie sądu dotyczące umieszczenia człowieka w szpitalu psychiatrycznym bądź domu pomocy społecznej, a następnie wdrażane są formalne działania, ukierunkowane na faktyczne odizolowanie człowieka, poza jego dotychczasowe środowisko.

Guardianship court's tasks in the context of ruling on detention and compulsory appearance under Article 40(2) and Art. 46(2c) of the Act of 19 August 1994 on protection of mental health

Abstract

The reviewed paper thoroughly examines the current legal regime regulating ruling on detention and compulsory appearance under Article 40(2) and Art. 46(2c) of the Act of 19 August 1994 on protection of mental health, resorting to relevant views of legal academics and commentators (including medical ones) as well as to case law of Polish courts and of the European Court of Human Rights. The paper ends with the author's thoughts about key shortcomings of the provisions of aforesaid Act.

GLOSY

Cezary Golik

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 27 października 2017 r., sygn. SNO 38/17¹

Streszczenie

Niniejsza glosa odnosi się do zawartej we wskazanej uchwale Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego tezy formułującej w sposób pozaustawowy szczególnie kwalifikowane wymagania uprawdopodobnienia podstawy faktycznej koniecznej dla uchylenia immunitetu formalnego chroniącego sędziego przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej za przestępstwo. Wskazując m.in. na wynikający z przedmiotowej tezy brak korelacji pomiędzy określeniem materialnego warunku uchylenia immunitetu i skierowania postępowania przygotowawczego przeciwko osobie, tym samym na nieuwzględnienie systemowej współzależności instytucji immunitetu formalnego i mechanizmu jego uchylenia oraz instytucji przedstawienia zarzutów, dostrzegając pojawiający się w takiej sytuacji problem zagwarantowania równości w prawie wszystkim obywatelom, a także zwracając uwagę na brak uzasadnienia wyrażonego poglądu oraz jego wewnętrzną sprzeczność Autor zajmuje krytyczne stanowisko wobec glosowanej części przedmiotowej uchwały.

¹ Lex nr 2428279.

Art. 80 § 1 i § 2c p.o.u.s.p.² stanowi, że sędzia nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej bez uprzedniej zgody sądu dyscyplinarnego, który wydaje uchwałę zezwalającą, jeżeli zachodzi dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa. Pojęcie „dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”, określające materialne podstawy decyzji w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, jest tożsame z pojęciem użytym w art. 313 § 1 k.p.k., jednak ze względów podmiotowych i ustrojowych stopień prawdopodobieństwa uzasadniającego uwzględnienie wniosku powinien być wyższy, niż przyjmowany w ramach postępowania przygotowawczego.

Głosowaną uchwałą Sąd Najwyższy – Sąd Dyscyplinarny utrzymał w mocy zaskarżoną uchwałę Sądu Apelacyjnego w (...) – Sądu Dyscyplinarnego o odmowie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego Sądu Okręgowego w (...) za przestępstwo określone w art. 177 § 1 k.k. Odmowa udzielenia zgody na pociągnięcie sędziego sądu powszechnego do odpowiedzialności karnej przez sąd dyscyplinarny pierwszej instancji wynikała z faktu, iż sąd ten uznał, że przedmiotowy czyn sędziego nie stanowi przestępstwa, gdyż jego społeczna szkodliwość jest znikoma (art. 1 § 2 k.k.). Jakkolwiek uzasadnienie głosowanej uchwały skoncentrowane jest – co oczywiste – na kwestii oceny zasadności przyjęcia przez sąd dyscyplinarny pierwszej instancji braku w rozpatrywanym czynie sędziego, co do którego wnoszono o uchylenie immunitetu, szkodliwości społecznej w stopniu przekraczającym znikomy, a także na wykazaniu nietrafności argumentów zażalenia prokuratora zmierzającego do podważenia tej oceny, to zawarta jest w nim także – nieodnosząca się do wskazanego zagadnienia – teza będąca przedmiotem niniejszej glosy³.

Pomimo, że kwestia ta nie była bezpośrednio konieczna do rozważenia przez Sąd Najwyższy – Sąd Dyscyplinarny w niniejszej sprawie – gdyż okoliczność ta nie była kwestionowana i nie odnosiła się nawet do meritum

² Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 52 z p. zm.). W dalszej części niniejszego opracowania określana nadal skrótem „p.o.u.s.p.”

³ Taki sam pogląd został już wcześniej wyrażony w uchwale SN z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. SNO 56/16, Lex nr 2209126. Znajdujemy go także – choć z uzasadnieniem jedynie we względach „ustrojowych” – w S. Dąbrowski, A. Łazarska, (w:) A. Górski (red.) i inni, Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz, Komentarz do art. 80 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, wyd. elektroniczne Lex Omega 2013. W obydwu przypadkach tezy te nie zostały uzasadnione.

problemu rozstrzyganego w instancji *ad quem* – to w uzasadnieniu przedmiotowej uchwały zawarte zostało wyżej wskazane stwierdzenie, zgodnie z którym uprawdopodobnienie podstawy faktycznej popełnienia przez sędziego przestępstwa, co do którego to czynu ma nastąpić uchylenie immunitetu formalnego chroniącego sędziego, ma być szczególnie kwalifikowane. Teza ta sprowadza się w swoim praktycznym wymiarze do uznania, iż próg uzasadnienia podstawy faktycznej przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa – w tym miejscu pewien skrót myślowy wynikający z uwzględnienia celu uchylenia immunitetu (pogląd ten zostanie rozwinięty w dalszej części glosy) – osobie piastującej urząd sędziego winien być wyższy niż w przypadku każdego innego obywatela. Teza ta jest na tyle kontrowersyjna, że warta poświęcenia jej niniejszego opracowania.

Na wstępie należy przypomnieć, że ujęty w art. 181 zd. 1 Konstytucji RP zakaz pociągania do odpowiedzialności karnej sędziego bez zgody sądu określonego w ustawie składa się na *tw. immunitet formalny (procesowy)*. Nie powoduje on wyłączenia odpowiedzialności karnej sędziego za popełniony czyn, a jedynie wprowadza zakaz pociągnięcia osoby posiadającej taki immunitet do odpowiedzialności karnej przed sądem, chyba że oskarżyciel uzyska na to zgodę uprawnionego organu. Ochronne oddziaływanie immunitetu powoduje, że dopóki nie zostanie on uchylony prawomocną uchwałą sądu dyscyplinarnego, niedopuszczalne jest wszczęcie i dalsze prowadzenie postępowania przeciwko osobie, którą chroni (art. 80 § 1 zd. 1 p.o.u.s.p.). Jego uchylenie jest zatem warunkiem przejścia postępowania karnego dotyczącego sędziego z fazy *in rem* w fazę *in personam*.

Pierwszy argument przeciwko zakwestionowanemu pogładowi glosowanej uchwały wynika z istoty postępowania w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej za przestępstwo. Postępowanie takie ma szczególny charakter, gdyż nie jest ani postępowaniem karnym, ani też postępowaniem dyscyplinarnym⁴. „Postępowanie immunitetowe” toczy się wprawdzie przed sądem dyscyplinarnym, jest jednak postępowaniem incydentalnym, związanym z toczącym się równoległe postępowaniem przygotowawczym *in rem*. Jest swoistym postępowaniem wypadkowym dla celów postępowania karnego, a wykreowanym przez ustawę pragmatyczną o ustroju sądów powszechnych. Oznacza to, że postępowanie związane z kwestią uchylenia immunitetu sędziowskiego nie ma samodzielnego bytu – jest bowiem wręcz organicznie związane z toczącym się w tym samym czasie postępowaniem przygotowawczym.

⁴ Postanowienie SN z dnia 29 października 2008 r., sygn. SNO 61/08, Lex nr 491426; uchwała SN z dnia 27 maja 2009 r., sygn. I KZP 5/09, OSNKW 2009, nr 7, poz. 51; uchwała SN z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. SNO 15/11, Lex nr 1288797.

Udzielone w „postępowaniu immunitetowym” zezwolenie sądu dyscyplinarnego ma umożliwić pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, a zatem postępowanie w przedmiocie tego zezwolenia ma swoje uzasadnienie prawne i faktyczne jedynie wtedy, kiedy prowadzone jest postępowanie karne zmierzające do ukarania sędziego⁵. Jak wyżej wskazano, zezwolenie sądu dyscyplinarnego sprowadza się do dania wnioskującemu o to prokuratorowi możliwości wszczęcia postępowania przygotowawczego przeciwko sędziemu, czyli postawienia mu zarzutu popełnienia przestępstwa. Chodzi o zniesienie negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. warunkującej przejście postępowania przygotowawczego do fazy *in personam*. Tak rozumiany cel i funkcja instytucji uchylenia immunitetu nie pozwala na interpretację jej przesłanek w sposób oderwany od przesłanek instytucji przedstawienia zarzutów, co musi oznaczać dla obydwu sytuacji tożsamość również przesłanki faktycznej ujętej w obydwu przypadkach jako „dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”. Ocena zebranych w postępowaniu przygotowawczym dowodów, dokonywana przez sąd dyscyplinarny w postępowaniu o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, nie powinna wykraczać poza granice konieczne dla celu tej oceny, jakim jest rozstrzygnięcie o zasadności uchylenia sędziemu immunitetu, a więc poza granice „dostatecznie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa”⁶. Nie pozwala to na nakazywanie sądowi dyscyplinarnemu poszukiwania jakiegokolwiek innego, w tym przypadku podwyższonego, stopnia uzasadnienia faktycznego dla uchylenia immunitetu sędziemu. Nie musi tego także wykazywać prokurator wnioskujący o jego uchylenie. I nic tu nie zmieniają „względy podmiotowe i ustrojowe”, które – zgodnie z kwestionowaną tezą głosowanej uchwały – miałyby to uzasadniać. Z woli ustawodawcy „postępowanie immunitetowe” spełnia rolę kontrolną nad czynnościami postępowania przygotowawczego⁷. W przypadku czynów ściganych z oskarżenia publicznego wyrażenie zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej stanowi w pewnym sensie kontrolę przez sąd dyscyplinarny oceny prokuratora co do istnienia, określonych w art. 313 § 1 k.p.k., przesłanek postawienia sędziemu zarzutu popełnienia przestępstwa. W ramach postępowania zainicjowanego wnioskiem o wyrażenie zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej

⁵ Postanowienie SN z dnia 8 września 2010 r., sygn. SNO 37/10, Lex nr 1288879.

⁶ Uchwała SN z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. SNO 76/15, Lex nr 1994405; uchwała SN z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. SNO 56/16, Lex nr 2209126.

⁷ J. G r a j e w s k i, Glosa do wyroku TK z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, Przegł. Sejm. 2008, nr 2, s. 220.

zadaniem sądu dyscyplinarnego jest zatem weryfikacja przedstawionego przez prokuratora materiału dowodowego w celu sprawdzenia, czy zachodzi, wynikająca z art. 80 § 2c zd. 1 p.o.u.s.p., przesłanka uchylenia immunitetu, jaką jest „dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”, które jednocześnie jest warunkiem sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów w postępowaniu karnym⁸. Nie ma zatem w „postępowaniu immunitetowym” miejsca dla poszukiwania uzasadnienia uchylenia immunitetu, które to uzasadnienie miałyby być kwalifikowane ponad próg konieczny dla przedstawienia zarzutów. Uznanie, że prokurator wnioskujący o uchylenie immunitetu sędziemu ma „ze względów podmiotowych i ustrojowych” dla osiągnięcia tego celu wykazać „wyższy stopień prawdopodobieństwa (sprawstwa przestępstwa przez sędziego – dop. Autora), niż przyjmowany w ramach postępowania przygotowawczego (dla przedstawienia zarzutów – dop. Autora)” musi doprowadzić do niedającej się uzasadnić (a zatem i obronić) sytuacji, w której – po uchyleniu sędziemu immunitetu – tenże prokurator stawiałby temuż sędziemu zarzut już jedynie w oparciu o niekwalifikowaną (a więc „jakościowo obniżoną”) podstawę faktyczną określoną w art. 313 § 1 k.p.k. w jej rozumieniu dla potrzeb „powszechnego” postępowania karnego. Takie spojrzenie na relację instytucji uchylenia formalnego immunitetu sędziowskiego względem instytucji przedstawienia zarzutów musi doprowadzić do konieczności odniesienia się do uzasadnienia istnienia samego immunitetu. To zaś przyniesie drugi argument przeciwko pogładowi wyrażonemu w zakwestionowanej tezie głosowanej uchwały.

Immunitet sędziowski stanowi jeden z głównych elementów kształtujących status sędziego, będąc – obok zasady nieusuwalności i nieprzenoszalności – istotną gwarancją niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów. Tak rozumiany ma służyć przede wszystkim ochronie jednego z podstawowych, konstytucyjnych praw obywatelskich, jakim jest prawo do rzetelnego, sprawnego, sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP)⁹. Nie można bowiem mówić o funkcjonowaniu sądów jako organów władzy sądowniczej – niezależnej i odrębnej od innych władz (art. 173 Konstytucji RP) – bez zapewnienia sprawującym tę władzę sędziom pełniej niezawisłości, czyli swobody orzekania w zgodzie z przepisami prawa i własnym sumieniem (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP

⁸ Uchwała SN z dnia 27 maja 2015 r., sygn. SNO 11/15, Lex nr 1731123; uchwała SN z dnia 18 lipca 2016 r., sygn. SNO 29/16, Lex nr 2087128; uchwała SN z dnia 28 marca 2017 r., sygn. SNO 1/17, Lex nr 2261749.

⁹ A. Ł a z a r s k a, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 229.

oraz art. 6 ust. 1 zd. 1 EKPC¹⁰). Formalny immunitet sędziowski jest mechanizmem służącym stabilizacji, niezbędnej dla funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości jako jednej z władz konstytucyjnych, i zabezpieczającym sądy i sędziów w ich niezależnym orzekaniu¹¹. Stanowi on dobro publiczne pozwalające strzec sędziów, a tym samym wymiar sprawiedliwości, przed jakimikolwiek wpływami i naciskami, a także przed prowokacjami, szykanami lub retorsją¹². Immunitet sędziowski został wprowadzony przede wszystkim w interesie obywateli (podsądnych), którzy dzięki niemu mają gwarancję, że sędzia rozstrzygający ich sprawę podejmuje wolne decyzje, nie ulega naciskom, ani się ich nie obawia¹³. Jest on niezbędny dla zapewnienia obywatelom pełnej gwarancji niezależności rozpoznania ich spraw w sytuacji, gdy o wszczęciu postępowania karnego przeciwko sędziemu decyduje zawsze organ nieposiadający przymiotu niezawisłości¹⁴. Instytucja immunitetu sędziowskiego, jako jednego z elementów gwarancji niezawisłości sędziowskiej, ma zatem służyć szeroko rozumianemu interesowi wymiaru sprawiedliwości¹⁵. Jest ona konsekwencją funkcjonowania trójpodziału władz, lecz jednocześnie nie może być wyrazem nieuzasadnionej nierówności traktowania sędziów i pozostałej części społeczeństwa. Celem immunitetu sędziowskiego nie jest bowiem tworzenie swoistego przywileju i ochrona tego rodzaju grupy funkcjonariuszy państwowych przed odpowiedzialnością karną za popełnione przestępstwa¹⁶. Jakkolwiek immunitet sędziowski ma także aspekt subiektywny, ponieważ chroni konkretną osobę w konkretnej sprawie, to przede wszystkim stanowi on instytucję ustrojową i nie może być rozpatrywany w kategoriach prawa podmiotowego¹⁷. Immunitet sędziowski nie może być wykorzystywany jako przywilej osobisty służący

¹⁰ Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z p. zm.).

¹¹ S. Dąbrowski, A. Łazarska, (w:) A. Górski (red.) i inni, Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz, Komentarz do art. 80 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, wyd. elektroniczne Lex Omega 2013.

¹² Uchwała SN z dnia 28 listopada 2002 r., sygn. SNO 41/02, OSNSD 2002, nr 1–2, poz. 43; uchwała SN z dnia 12 czerwca 2003 r., sygn. SNO 28/03, OSNSD 2003, nr 1, poz. 40; uchwała SN z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. SNO 44/05, OSNSD 2005, poz. 24; uchwała SN z dnia 17 kwietnia 2007 r., sygn. SNO 20/07; uchwała SN z dnia 19 lutego 2008 r., sygn. SNO 4/08, OSNSD 2008, poz. 187.

¹³ Uchwała SN z dnia 20 września 2007 r., sygn. SNO 58/07, OSNSD 2007, poz. 83.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Uchwała SN z dnia 19 marca 2013 r., sygn. SNO 2/13, Lex nr 1458637.

¹⁶ Uchwała SN z dnia 12 czerwca 2003 r., sygn. SNO 28/03, OSNSD 2003, nr 1, poz. 40; uchwała SN z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. SNO 44/05, OSNSD 2005, poz. 24.

¹⁷ J. R. Kubiak, J. Kubiak, Immunitet sędziowski, PS 1993, nr 11–12, s. 3.

zapewnieniu bezkarności jego posiadaczowi – odmowa jego uchylenia, mająca na celu jedynie zapewnienie sędziemu bezkarności, byłaby z całą pewnością rażącym nadużyciem tej instytucji¹⁸.

W świetle konstytucyjnych zasad państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) i zasady równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP) immunitet sędziowski stanowi wyjątek od powszechnych zasad odpowiedzialności karnej i z tego względu nie może podlegać interpretacji rozszerzającej, a sposób wykładni i stosowania przepisów o immunitecie musi być podporządkowany realizacji jego funkcji¹⁹. W tym ujęciu zakwestionowana teza głosowanej uchwały Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego, formułująca w sposób pozaustawowy szczególnie kwalifikowany wymóg uprawdopodobnienia podstawy faktycznej koniecznej dla uchylenia immunitetu formalnego chroniącego sędziego przed pociągnięciem do odpowiedzialności za przestępstwo, stanowi nieuprawniony przejaw interpretacji rozszerzającej negatywny zakres przesłanki faktycznej umożliwiającej uchylenie immunitetu sędziowskiego. Poprzez podwyższenie stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przez sędziego czynu koniecznego dla uchylenia immunitetu sędziowskiego, względem stopnia tego prawdopodobieństwa koniecznego dla przedstawienia zarzutów, wprowadzona zostaje nierówność w traktowaniu adresatów prawa. Oznacza to bowiem, że w sytuacji tak samo uprawdopodobnionej podstawy dowodowej popełnienia przestępstwa osoba piastująca urząd sędziego może być nadal chroniona immunitetem, zaś wobec każdego innego obywatela prowadzone postępowanie przygotowawcze będzie mogło zostać wprowadzone w fazę *in personam* ze wszystkimi tego możliwymi następstwami, zwłaszcza zaś niekorzystnymi (stosowanie środków zapobiegawczych, zabezpieczenia majątkowego i innych środków przymusu procesowego itp.). Z tego względu przywołane na wstępie konstytucyjne zasady państwa prawa oraz równości wobec prawa nie pozwalają na nadinterpretację orzecniczą przesłanki faktycznej uchylenia immunitetu sędziowskiego, co prowadzić musi do odmiennego rozumienia tego samego zwrotu normatywnego w postaci „dostatecznie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa” na potrzeby dwóch różnych instytu-

¹⁸ L. Garlicki, Komentarz do art. 180 Konstytucji RP, (w:) L. Garlicki, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2005, t. 4, uw. 3. Zob. także wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.

¹⁹ L. Garlicki, Komentarz do art. 181 Konstytucji RP, (w:) L. Garlicki, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2005, t. 4, uw. 3; A. Kaftal, A. Wernerowa, O immunitecie sędziowskim, PiP 1960, nr 11, s. 779; W. Kozielowicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz, Warszawa 2005, s. 54. Zob. także uchwała SN z dnia 24 lutego 1998 r., sygn. I KZP 36/97, OSNKW 1998, nr 3–4, poz. 12.

cji prawnych, zwłaszcza że te pozostają w nierozzerwalnym związku funkcjonalnym. Dodać trzeba, że obowiązywanie tych samych zasad konstytucyjnych musiałyby wzbudzić uzasadnione wątpliwości co do zgodności z Ustawą Zasadniczą rozwiązania normatywnego ustawy zwykłej, w sytuacji gdyby na drodze legislacyjnej doszło do usankcjonowania poglądu prawnego wyrażonego w kwestionowanej tezie glosowanej uchwały.

Trzeci argument przeciwko zakwestionowanej tezie przedmiotowej uchwały Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego oparty jest o rozważenie praktycznego problemu, jaki musi zaistnieć podczas interpretacji przez sąd dyscyplinarny w toku każdego „postępowania immunitetowego”, czy w danym przypadku zachodzi przesłanka faktyczna do udzielenia zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej. Przepis art. 80 § 2c zd. 1 p.o.u.s.p. określa tę przesłankę jako „dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”. Wskazany zwrot normatywny stanowi warunek materialny uchylenia immunitetu sędziowskiego wyrażający się w istnieniu dostatecznej podstawy faktycznej do postawienia osoby sędziego w stan formalnego podejrzenia popełnienia przestępstwa w drodze przedstawienia mu zarzutu jego popełnienia. Określenie „dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa” nie jest ostre, a zatem ocena czy przesłanka ta została spełniona zawsze zależy od konkretnych okoliczności sprawy²⁰. Jeśli zatem normatywne określenie przesłanki faktycznej uchylenia immunitetu jest nieostre, to problem ustalenia, czy przesłanka ta w danym przypadku zachodzi, staje się tym bardziej trudny, gdy od sądu decydującego o uchyleniu immunitetu wymagać – jak zrobiono to w glosowanej uchwale – równie nieokreślonego stanu (jeszcze) „wyższego uprawdopodobnienia” przy jednoczesnym braku wskazania jakichkolwiek wyznaczników osiągnięcia tej sytuacji. Oznacza to, że przedmiotowa teza glosowanej uchwały – poprzez swoją lakoniczność – wprowadza multiplikację nieprecyzyjności zawartego w art. 80 § 2c zd. 1 p.o.u.s.p. sformułowania, które już samo nosi cechy klauzuli generalnej i które zatem z samej istoty jego semantycznego ujęcia jest niedookreślone, a więc i dalece ocenne.

Należy w tym miejscu podjąć próbę sprecyzowania – po myśli glosowanej uchwały – jaki zatem stan dowodowy sprawy ma uzasadniać uchylenie immunitetu sędziowskiego. Ma to być – tak tego wymaga glosowany pogląd – stan jakościowo kwalifikowany względem „dostatecznie uzasadnionego podejrzenia” popełnienia przestępstwa. Zauważyć zatem trzeba, że „dostatecznie uzasadnione podejrzenie” popełnienia przestęp-

²⁰ Uchwała SN z dnia 18 października 2004 r., sygn. SNO 40/04, OSNSD 2004, nr 2, poz. 33; uchwała SN z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. SNO 38/16, Lex nr 2157283.

stwa bez wątplenia lokuje się pomiędzy „uzasadnionym podejrzeniem” koniecznym dla wszczęcia postępowania karnego *in rem* (art. 303 k.p.k.) a przekonaniem o winie sędziego²¹. Bez wątplenia bowiem dla uchylenia immunitetu sędziowskiego nie jest konieczna pewność co do sprawstwa sędziego w odniesieniu do danego przestępstwa²², gdyż ta wymagana jest „dopiero” dla wydania wyroku skazującego za przestępstwo (takie rozstrzygnięcie musi podlegać dyrektywie pewności ustaleń faktycznych, co różni je nawet od uniewinnienia). Zresztą merytoryczne rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej za dane przestępstwo nie należy do domeny postępowania w przedmiocie uchylenia immunitetu sędziowskiego. Wina sędziego może być bowiem ustalona jedynie przez sąd powszechny w postępowaniu karnym prowadzonym według reguł określonych w procedurze karnej²³. Skoro do uchylenia immunitetu sędziowskiego nie jest konieczna pewność, to przyjąć należy, iż wystarczające jest uprawdopodobnienie (co pokrywa się z określeniem „podejrzenie”). Jeśli nawet ma to być podejrzenie przenoszące podejrzenie „dostatecznie uzasadnione”, to z pewnością – ze względów systemowych – musi być ono niższe niż podejrzenie „wysokie” („duże”), gdyż takie konieczne jest dla zastosowania wobec już podejrzanego środków zapobiegawczych (art. 249 § 1 *in fine* k.p.k.) albo poddania go obserwacji sądowo-psychiatrycznej (art. 203 § 1 zd. 1 k.p.k.). Zwrócić w tym miejscu trzeba także uwagę, że właśnie taki stopień uprawdopodobnienia popełnienia przez sędziego przestępstwa jest konieczny dla wydania przez sąd dyscyplinarny uchwały zezwalającej na jego tymczasowe aresztowanie, która to uchwała może być akcesoryjna (i jest zawsze następcza) względem uchwały zezwalającej na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej (art. 80 § 1 zd. 1 i § 2h p.o.u.s.p.)²⁴. Ostatecznie zatem

²¹ Uchwała SN z dnia 16 września 2004 r., sygn. SNO 29/04, Lex nr 472053; uchwała SN z dnia 11 października 2005 r., sygn. SNO 43/05, Lex nr 472061; uchwała SN z dnia 10 maja 2012 r., sygn. SNO 22/12, Lex nr 1231615; uchwała SN z dnia 28 marca 2017 r., sygn. SNO 1/17, Lex nr 2261749.

²² Uchwała SN z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. SNO 4/15, Lex nr 1665603; uchwała SN z dnia 27 maja 2015 r., sygn. SNO 11/15, Lex nr 1731123; uchwała SN z dnia 16 maja 2016 r., sygn. SNO 17/16, Lex nr 20498106.

²³ Uchwała SN z dnia 17 kwietnia 2012 r., SNO 3/12, Lex nr 1228696; uchwała SN z dnia 10 maja 2012 r., sygn. SNO 19/12, Lex nr 1228694; uchwała SN z dnia 1 października 2015 r., sygn. SNO 57/15, Lex nr 1816579.

²⁴ Uchwała SN z dnia 12 września 2006 r., sygn. SNO 40/06, OSNSD 2006, poz. 14; uchwała SN z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. SNO 46/11, Lex nr 1288912; uchwała SN z dnia 20 kwietnia 2016 r., sygn. SNO 8/16, Lex nr 2032326; uchwała SN z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. SNO 21/17, Lex nr 230638540. Zob. także wyrok TK z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, OTK-A 2009, nr 1, poz. 3.

– starając się uczynić zadość głosowanej uchwale – uznać należy, iż wyrażenie zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej za przestępstwo miało być możliwe tylko wtedy, gdy warunek faktyczny zgody w tym przedmiocie, w kategoriach jakościowych, zawierałby się powyżej progu podejrzenia „dostatecznie uzasadnionego” a poniżej podejrzenia „dużego (wysokiego)”. Ustawa nie wprowadza dla takiej sytuacji określenia normatywnego – nie ma go ani w ustawie karnej procesowej, ani w pragmatyce sędziowskiej – a nawet gdyby było, to musiałoby siłą rzeczy stanowić kolejną klauzulę generalną. W praktyce zatem uchwycenie wystąpienia tego progu dowodowego jest trudne, o ile nie niemożliwe. Wykazanie jego zaistnienia – w obligatoryjnie sporządzanym uzasadnieniu uchwały w przedmiocie uchylenia immunitetu sędziego (art. 80 § 2c zd. 2 *in fine* p.o.u.s.p.) – to zatem także zadanie niezwykle skomplikowane i z góry narażone na niepowodzenie. Siłą rzeczy, lokując „dodatkowy” stan uprawdopodobnienia zaistnienia przestępstwa pomiędzy podejrzeniem „dostatecznie uzasadnionym” a „dużym (wysokim)”, trzeba operować w ciasnej przestrzeni dowodowej tworzącej obszary ustaleń faktycznych o trudno dostrzegalnych granicach uzasadnień jakościowych. Już z tego tylko powodu nie powinno się podejmować próby kreowania asemantycznego rozumienia warunku faktycznego uchylenia immunitetu sędziowskiego, gdyż wystarczającym jest – mające dostatecznie ugruntowane oparcie w orzecznictwie – przyjęcie, że dla wyrażenia zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej wystarczającym i zarazem koniecznym jest podejrzenie popełnienia przez sędziego przestępstwa w pełni uzasadnione oraz nienasuwające żadnych istotnych wątpliwości ani zastrzeżeń (zarówno co do popełnienia czynu, jak i zaistnienia wszystkich znamion konkretnego typu przestępstwa)²⁵.

Przeciwko analizowanej tezie głosowanej uchwały można podnieść jeszcze dwa zastrzeżenia. Pierwsze wiąże się z jej arbitralnością, tj. brakiem uzasadnienia wykazującego, dlaczego względy „podmiotowe i ustrojowe” miałyby uzasadniać szczególną ochronę – tak to trzeba ująć – sędziów przed możliwością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej²⁶. Uzasadnienie analizowanej uchwały poprzestaje bowiem na takim twierdzeniu i niestety pozostawia je bez jakiegokolwiek argumentacji. Skażuje to interpretatora tej myśli na snucie przypuszczeń. Uzasadnienia

²⁵ Uchwała SN z dnia 8 maja 2007 r., sygn. SNO 21/07, OSNSD 2007, poz. 38; uchwała SN z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. SNO 95/08, OSNSD 2009, poz. 24; uchwała SN z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. SNO 32/11, Lex nr 1288863; uchwała SN z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. SNO 38/16, Lex nr 2157283.

²⁶ Zob. przypis 3 *in fine*.

„ustrojowego” – jak się wydaje – należy szukać w trójpodziale władz i szczególnej, konstytucyjnie osadzonej, roli władzy sądowniczej wykonywanej przez sędziów. Oznaczałoby to, że podobnie (szczególnie korzystnie) winny być traktowane inne osoby korzystające z immunitetu formalnego mającego oparcie w przepisach Konstytucji RP (posłowie i senatorowie – art. 101 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP oraz art. 101 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 108 Konstytucji RP; sędziowie Trybunału Konstytucyjnego – art. 196 zd. 1 Konstytucji RP; członkowie Trybunału Stanu – art. 200 zd. 1 Konstytucji RP; Prezes Najwyższej Izby Kontroli – art. 206 zd. 1 Konstytucji RP oraz Rzecznik Praw Obywatelskich – art. 211 zd. 1 Konstytucji RP). Tyle tylko, że doprowadziłoby to do nieuzasadnionego uprzywilejowania poszczególnych dykasterii polityczno-zawodowych – co, jak wyżej wskazałem – jest niedopuszczalne w państwie prawa, w którym obowiązuje wszechkierowa równość wobec niego. Do podobnego skutku, tyle że zawężonego do grupy osób piastujących urzędy sędziowskie, musi doprowadzić rozumowanie odnoszące się do względów „podmiotowych”. Sprzeciwiając się temu podnieść trzeba, że interes samego sędziego w związku z chroniącym go immunitetem powinien być postrzegany przez pryzmat odnoszącego się do sędziego domniemania uczciwości jako osoby o nieskazitelnym charakterze, spełniającej najwyższe wymagania zawodowe i moralne²⁷, a nie przez pryzmat prawa podmiotowego wyłączającego w stosunku do niego, w sposób nieuzasadniony, reguły powszechnej odpowiedzialności karnej. Drugie zastrzeżenie wobec przedmiotowej tezy głosowanej uchwały wiąże się z zawartą w niej sprzecznością, która zostaje wyświetlona, gdy dokona się analizy jej syntaktyki. W pierwszej części teza ta słusznie dostrzega, że pojęcie „dostatecznie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa” jest tożsame, jako określające faktyczną podstawę akcji prawnej, dla przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa (art. 313 § 1 k.p.k.), jak i dla uchylenia immunitetu sędziowskiego (art. 80 § 2c zd. 1 p.o.u.s.p.). Semantycznie jednobrzmiące określenie powinno być zatem jednakowo rozumiane zwłaszcza, że ma dotyczyć instytucji prawnych pozostających ze sobą w ścisłym związku. Druga część analizowanej tezy – używając sformułowania „jednak ze względów...” – w niezrozumiały sposób zaprzecza tożsamości rozumienia przedmiotowego określenia dla potrzeb tych dwóch instytucji prawnych i nakazuje je rozumieć inaczej. Jest to sprzeczność godząca w podstawy reguł wykładni znaczenia określeń normatywnych. W języku prawnym bowiem do oznaczenia jednako-

²⁷ Uchwała SN z dnia 12 stycznia 2017 r., sygn. SNO 33/16, Lex nr 2255333; uchwała SN z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. SNO 59/16, Lex nr 2255335.

wych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami²⁸. Z tego względu teza ta zawiera wadę logiczną stanowiącą o jej wewnętrznej sprzeczności.

Podsumowując powyższe uwagi wobec wskazanej uchwały Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego, w zakresie zakwestionowanej tezy zawartej w jej uzasadnieniu, wskazać trzeba, iż wyrażony tam pogląd co do sposobu interpretacji przesłanki faktycznej uchylenia immunitetu sędziowskiego w zestawieniu z celem takiej decyzji, jakim jest usunięcie negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. i umożliwienie poniesienia przez sędziego odpowiedzialności karnej na regułach powszechnych, wydaje się być nie do końca przemyślany i jako taki jest chybiony.

Commentary to the resolution of the Supreme Court – Disciplinary Court of 27 October 2017, file ref. no. SNO 38/19 (concerns factual premises for waiver of judges' immunity)

Abstract

This commentary refers to the assertion included in the resolution of the Supreme Court – Disciplinary Court, whereby particularly qualified requirements to make likely a factual basis needed to waive formal immunity protecting a judge from criminal liability for an offence are formulated on a non-statutory basis. Pointing to shortcomings in the assertion, such as missing correlation between determination of a substantive condition for waiving immunity and lodging preparatory proceedings in personam, and thus a failure to appreciate systemic interdependence between formal immunity, an immunity waiver mechanism and presentation of charges, noticing the resulting problem with guaranteeing equality under law to almost all citizens, and noting the missing reasoning behind, and, internal inconsistency in, the view, this commentary disapproves the affected part of the resolution.

²⁸ Zgodnie z § 10 „Zasad techniki prawodawczej” stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 283) jest to nawet reguła legislacyjna.

Wojciech Wassermann

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2016 r., sygn. I KZP 21/15

Streszczenie

Niniejsze opracowanie stanowi odniesienie się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2016 r., sygn. I KZP 21/15, w której Sąd Najwyższy analizował relacje zachodzące pomiędzy art. 105 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Prawo bankowe, a regulacjami zawartymi w rozdziałach 21 i 25 Kodeksu postępowania karnego, a w szczególności przepisami art. 217 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 226 w zw. z art. 180 § 1 k.p.k. W szczególności krytyce poddać należy zawarte w powyższej uchwale tezy dotyczące możliwości i zakresu zaskarżenia decyzji prokuratora o żądaniu od banku udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową w związku z toczącym się postępowaniem o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, jak również stanowisko powyższego Sądu w przedmiocie podstaw prawnych żądania udzielenia takich informacji lub dokumentów zawierających tajemnicę bankową, a także możliwości ich późniejszego wykorzystania dowodowego w prowadzonym postępowaniu.

Na postanowienie prokuratora, zawierające żądanie udzielenia przez bank – na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, Dz. U. z 2015 r., poz. 128 ze zm. – informacji stanowiących tajemnicę bankową w rozumieniu art. 104 ust. 1 tej ustawy, bankowi przysługuje zażalenie, o ile kwestionuje nałożenie obowiązków wykraczających poza zakres, który prokurator na wskazanej wyżej podstawie prawnej miał prawo na bank nałożyć – art. 302 § 1 k.p.k. Właściwy do rozpoznania zażalenia jest prokurator bezpośrednio przełożony – art. 302 § 3 k.p.k.

I

W dniu 30 marca 2016 r. Sąd Najwyższy podjął w składzie 3-osobowym uchwałę o następującej treści: „Na postanowienie prokuratora, zawierające żądanie udzielenia przez bank – na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 128 z późn. zm.) – informacji stanowiących tajemnicę ban-

kową w rozumieniu art. 104 ust. 1 tej ustawy, bankowi przysługuje zażalenie, o ile kwestionuje nałożenie obowiązków wykraczających poza zakres, który prokurator na wskazanej wyżej podstawie prawnej miał prawo na bank nałożyć – art. 302 § 1 k.p.k. Właściwy do rozpoznania zażalenia jest prokurator bezpośrednio przełożony – art. 302 § 3 k.p.k.”¹

Ponadto w uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr.b. stanowi samodzielną, niezależną od przepisu art. 217 § 1 i 2 k.p.k., podstawę prawną żądania przez prokuratora lub sąd udzielenia przez bank informacji stanowiących tajemnicę bankową. Jednocześnie Sąd ten stwierdził, że żądanie udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b i stanowiący korelat tego żądania obowiązek udzielenia przez bank w tym trybie informacji stanowiących taką tajemnicę, wcale nie musi, a nawet nie powinien być poprzedzony zwolnieniem określonej osoby fizycznej (pracownika banku) z tajemnicy zawodowej albo połączony z wydawaniem prokuratorowi (sądowi) nośników informacji tajemnicy bankowej z zastosowaniem rygorów określonych w Rozdziale 25 Kodeksu postępowania karnego (w tym i w art. 226 k.p.k.). Dalej Sąd Najwyższy uznał, że nie jest wykluczona sytuacja, w której organowi procesowemu już na samym początku postępowania zależy na tym, jak np. w sprawie o fizyczne sfalszowanie umowy kredytowej, aby pozyskać oryginał dokumentu objętego tajemnicą bankową (np. tej umowy kredytowej); wówczas jednak prawidłowe byłoby już na tym etapie zwrócenie się do banku nie tylko z żądaniem udzielenia li tylko informacji w trybie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b prawa bankowego, ale właśnie o wydanie rzeczy, mogącej stanowić dowód rzeczowy w sprawie, w trybie art. 217 § 1 i n. k.p.k.

Zdaniem Sądu przepis art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b prawa bankowego jest instrumentem, którego użycie zapewnia prokuratorowi (sądowi) możliwość pozyskania informacji o dowodzie (najczęściej dokumencie), na który rozciąga się tajemnica zawodowa (bankowa). Na etapie pozyskiwania informacji o takim dowodzie nie istnieje jeszcze potrzeba uruchamiania procedury określonej w art. 180 § 1 k.p.k. (najczęściej zaś w art. 226 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k.), gdyż nie jest jeszcze przesądzone, czy informacje objęte dyskrecją zostaną wykorzystane w procesie karnym poprzez wprowadzenie ich do materiału dowodowego. O tym zadecyduje dopiero analiza ich treści w aspekcie przedmiotu prowadzonego postępowania oraz istnienia warunków uchylenia tajności, wymienionych w art. 180 § 1

¹ Sygn. I KZP 21/15, OSNKW 2016, nr 5, poz. 28, LEX nr 2007815, Prok. i Pr. 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 5, www.sn.pl, Biul. PK 2016, nr 1–3, poz. 11, Biul. SN 2016, nr 3, poz. 12, KSAG 2016, nr 2, poz. 138, M. Prawn. 2016, nr 8, poz. 395.

k.p.k. Dopiero w wypadku, gdy organ procesowy uzna, że merytorycznie zasadne i prawnie dopuszczalne jest wykorzystanie pozyskanej informacji, do której udzielenia zobowiązany był bank, w formie dowodu (dowodów) w sprawie, wchodzi w grę procedura określona w art. 180 § 1 k.p.k. lub (zapewne częściej) w art. 226 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k.

Zdaniem Sądu Najwyższego na postanowienie prokuratora, zawierające żądanie udzielenia przez bank – na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, Dz. U. z 2015 r., poz. 128 z późn. zm. – informacji stanowiących tajemnicę bankową w rozumieniu art. 104 ust. 1 tej ustawy, bankowi przysługuje zażalenie, o ile kwestionuje on nałożenie obowiązków wykraczających poza zakres, który prokurator na wskazanej wyżej podstawie prawnej miał prawo na bank nałożyć (art. 302 § 1 k.p.k.). Właściwy do rozpoznania zażalenia jest prokurator bezpośrednio przełożony (art. 302 § 3 k.p.k.).

Według Sądu Najwyższego informacja przekazana przez bank prokuratorowi na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr.b. może być utrwalona w dowolnej formie, przybierając postać dokumentu. Po jej przekazaniu już nie tylko bank, ale także i prokurator staje się deponentem informacji objętych tajemnicą bankową, zawartych w przekazanym dokumencie. Prokurator dokonuje analizy treści tego dokumentu w perspektywie celów prowadzonego postępowania karnego i dopiero po dojściu do wniosku, że zasadne jest jego wykorzystanie jako dowodu w postępowaniu karnym, winien postąpić zgodnie z wymogami określonymi w art. 226 k.p.k. Przepis ten przewiduje, że wykorzystanie dokumentu zawierającego informacje niejawne lub tajemnicę zawodową ograniczone jest przez spełnienie wszystkich warunków określonych w art. 178–181 k.p.k., albowiem tylko takie rozumienie zwrotu „stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178–181 k.p.k.” zapewnia realizację funkcji gwarancyjnej art. 226 k.p.k. Należy podzielić pogląd, że przepis art. 226 k.p.k. dotyczy dokumentów, o których w nim mowa, niezależnie od tego, czy zostały one odebrane albo znalezione przy przeszukaniu i przekazane do dyspozycji prokuratora lub sądu w trybie art. 225 § 1, 3 lub 4 k.p.k., czy też zostały one przekazane do dyspozycji organu procesowego dobrowolnie albo na skutek wezwania lub żądania, takiego jak te przewidziane w art. 218 § 1 k.p.k. albo w art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b prawa bankowego (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: *op. cit.*, 1.1, s. 1256). (...) Nie ulega wątpliwości, że tajemnica bankowa ma charakter tajemnicy zawodowej, wobec tego dokument uzyskany przez prokuratora w trybie art. 105 ust. 2 lit. b prawa bankowego zachowuje charakter dokumentu zawierającego informacje objęte tajemnicą zawodową. Prokura-

tor, chcąc ujawnić treść tego dokumentu w postępowaniu karnym jako dowód, musi więc wydać postanowienie o zwolnieniu spod obowiązku zachowania w dyskrekcji zawartych w tym dokumencie informacji objętych tajemnicą zawodową (...), na tym bowiem polega odpowiednie stosowanie art. 180 § 1 k.p.k. w odniesieniu do dokumentów. Powinien przy tym mieć na uwadze – od dnia 1 lipca 2015 r. – także przesłankę materialną „dobra wymiaru sprawiedliwości”, wprowadzoną do tego przepisu ustawą z dnia 27 września 2013 r. *A contrario*, w wypadku niezachodzenia tej przesłanki powinien zrezygnować z odtajniania dokumentu. Innym ograniczeniem pełnej swobody w wykorzystywaniu w celach dowodowych dokumentu uzyskanego od banku, a zawierającego tajemnicę bankową, wprowadzonym wyżej wymienioną ustawą nowelizacyjną z września 2013 r., jest okoliczność, że postanowienie prokuratora w przedmiocie odtajnienia tego dokumentu może być zaskarżone (art. 180 § 1 *in fine*).

II

Stanowisko zaprezentowane w powyższej uchwale Sądu Najwyższego zostało słusznie poddane krytyce w literaturze². Podzielając zasadniczo krytyczne uwagi kierowane do przedmiotowej uchwały należy zwrócić uwagę na następujące aspekty.

Przede wszystkim nie sposób zgodzić się poglądem, że bank jest podmiotem, o którym mowa w art. 302 k.p.k. Przyjęcie takiego założenia rodziłoby bardzo dalekie konsekwencje procesowe. Skoro bank jako depozytariusz tajemnicy bankowej należałby do kręgu osób wskazanych w art. 302 k.p.k., to tym bardziej do tego kręgu należałby również właściciel rachunku, a – jak zdaje się wskazywać Sąd Najwyższy w przedmiotowej uchwale – również podmioty, których dane pojawiają się w przekazanej informacji. Nietrudno wyobrazić sobie, jakie konsekwencje procesowe rodziłaby taka wykładnia. Konieczność doręczenia wszystkim tym podmiotom postanowienia prokuratora wydanego w trybie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo bankowe³ (dalej pr. bank.) mogłaby skutecznie sparaliżować niejedno postępowanie, biorąc pod uwagę, iż w sprawach skomplikowanych dowodowo, skierowanych wobec szeregu podmiotów, żądanie wydania danych stanowiących tajemnicę bankową może być kierowane wielokrotnie do różnych banków.

² Por. M. Gabriel-Węglowski, Glosa do uchwały SN z dnia 30 marca 2016 r., sygn. I KZP 21/15, Lex.

³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2187 ze zm.

Należy również zwrócić uwagę, że art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr. bank. ma w istocie bardzo podobny zakres jak regulacja wskazana w art. 106b ust. 1 pr. bank., zgodnie z którym poza przypadkami określonymi w art. 105 i art. 106a, prokurator prowadzący postępowanie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe może żądać od banku, osób zatrudnionych w banku oraz osób, za pośrednictwem których bank wykonuje czynności bankowe, udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową jedynie na podstawie postanowienia wydanego na jego wniosek przez właściwy miejscowo sąd okręgowy. W obu przepisach jest mowa o żądaniu udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową. Oznacza to, że wszelkie rozważania prowadzone odnośnie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr. bank. mają również zastosowanie do art. 106b pr. bank. Oznacza to, że skoro na gruncie pierwszego z tych przepisów przysługiwałoby zażalenie na podstawie art. 302 k.p.k., to również na gruncie art. 106b pr. bank., a więc sytuacji, gdy postępowanie prowadzone jest „w sprawie”, a nie „przeciwko” komukolwiek – również musiałoby ono przysługiwać. Oznaczałoby to, że prokurator byłby zobligowany niejako informować osobę podejrzaną poprzez doręczanie odpisu postanowienia, że jest w obszarze zainteresowania organów ścigania, skoro uzyskiwane są jej dane bankowe. Wszak ustawodawca nie przewidział podstaw do odroczenia doręczenia takiego postanowienia. Nietrudno wyobrazić sobie skutki takiej wykładni. Tak naprawdę prowadziłaby ona do zniweczenia celów postępowania karnego, umożliwiałaby zawczasu sprawcom przestępstw zacieranie śladów przestępstwa, przygotowanie wspólnej wersji zdarzeń itp. Wykładnia taka jako prowadząca do absurdu musi być odrzucona⁴. Z jednej strony prowadziłaby ona do paraliżu postępowania przygotowawczego, a z drugiej strony uniemożliwiałaby osiągnięcie celów postępowania, ostrzegając niejako osoby podejrzaną w sprawie o toczącym się postępowaniu i ewentualnej celowości podejmowania kroków zmierzających do uniknięcia odpowiedzialności w sprawie zanim jeszcze zostaną z nią przeprowadzone czynności, czy zastosowane jakiegokolwiek środki zapobiegawcze, mające zapobiec takiemu utrudnieniu.

W tym zakresie w pełni podzielić należy stanowisko wyrażone w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2004 r., zgodnie z którym na podstawie art. 302 k.p.k. „osobie podejrzaną jako niebędącej stroną w postępowaniu przygotowawczym przysługuje zażalenie na postanowienia i zarządzenia (§ 1) oraz na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia (§ 2), pod warunkiem jednak, że naruszają one jej prawa, a nie

⁴ Por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 150 i cyt. tam orzecznictwo.

jej interesy, co możliwe jest jedynie w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez organ procesowy”⁵. Sąd ten słusznie zauważył, że osobie podejrzanej przysługuje zażalenie, na podstawie art. 302 k.p.k., na postanowienia, zarządzenia i czynności inne niż postanowienia i zarządzenia wydawane i dokonywane przez organy do tego uprawnione, jeżeli w wyniku przekroczenia tych uprawnień naruszono jej prawa. Nie jest natomiast dopuszczalne zaskarżenie w oparciu o te przepisy postanowień, zarządzeń czy czynności naruszających interes procesowy osoby podejrzanej. Prowadziłoby to bowiem do rozszerzenia granic zaskarżenia ściśle określonych tymi przepisami i utrudniało osiągnięcie celów postępowania przygotowawczego; wszak wszczęcie i prowadzenie postępowania przygotowawczego nie leży z reguły w interesie osoby podejrzanej, otwiera bowiem drogę do postawienia jej w stan oskarżenia⁶.

Nie sposób również podzielić poglądu Sądu Najwyższego zaprezentowanego w omawianej uchwale, zgodnie z którym wprowadzie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr. bank. stanowi samodzielną podstawę żądania informacji, to jednak w przypadku żądania równocześnie oryginału dokumentów stanowiących tajemnicę bankową ma zastosowanie art. 217 § 1 i § 2 k.p.k., zaś po uzyskaniu żądanych danych prokurator musi wydać postanowienie w trybie art. 226 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k. Również ten pogląd prowadzi do absurdalnych konsekwencji procesowych i nie zasługuje na obronę.

Przede wszystkim przyjęcie powyższej wykładni musiałoby prowadzić do sytuacji, gdy decyzja prokuratora o uzyskaniu danych stanowiących tajemnicę bankową może być zaskarżona przez bardzo szeroki krąg osób na trzech różnych płaszczyznach do trzech różnych organów procesowych. Gdyby bowiem prokurator skierował do banku żądanie przekazania określonych danych stanowiących tajemnicę bankową, np. dotyczących użytkownika rachunku, osób uprawnionych posiadających do niego dostęp, historii operacji itp., a jednocześnie zażądał wydania oryginałów dokumentów, to zarówno bank, jak i właściciel rachunku, jak też – zdaje się sugerować Sąd Najwyższy w przedmiotowej uchwale – każda osoba, której dotyczy transakcja wykazana na rachunku, mogliby następnie wnieść zażalenie do:

– prokuratora bezpośrednio przełożonego w trybie art. 302 k.p.k.,

⁵ Sygn. WZ 49/04 OSNKW 2004, nr 10, poz. 93, Biul.SN 2004, nr 11, poz. 22.

⁶ Podobnie M. Gabriel-Węglowski, Glosa..., D. Świecki (red.), B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany LEX/el., 2019 – uwaga 1 do art. 302 k.p.k.

- sądu rejonowego, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie, w trybie art. 236 k.p.k.,
- sądu rejonowego lub okręgowego właściwego do rozpoznania sprawy w trybie art. 465 § 2 k.p.k. (w związku z art. 180 § 1 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k.).

Biorąc pod uwagę bardzo szeroki krąg osób potencjalnie uprawnionych, jak też konieczność rozpoznania ewentualnych zażaleń przez nawet trzy różne organy procesowe w odmiennych jego aspektach, nie trudno wyobrazić sobie, że wykładnia ta może doprowadzić do obstrukcji postępowania i jego całkowitego zablokowania.

Co więcej, jak była o tym już mowa, prokurator zarówno w trybie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr. bank. jak i w trybie art. 106b pr. bank. ma prawo żądać udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową. Odnosząc treść uchwały Sądu Najwyższego podjętej na gruncie pierwszego ze wskazanych przepisów również do drugiego z nich wskazać należy, iż możliwa jest taka sytuacja, że sąd okręgowy wyda zgodę w trybie art. 106b pr. bank. na udostępnienie prokuratorowi informacji stanowiących tajemnicę bankową, a następnie – skoro decyzja o wprowadzeniu takiego materiału dowodowego do procesu musi być niejako powielona postanowieniem prokuratora w trybie art. 226 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k. – sąd rejonowy jako właściwy w sprawie uchyli tę decyzję sądu wyższego rzędu stwierdzając, że informacje nie miały znaczenia dla postępowania (przesłanka dobra wymiaru sprawiedliwości określona w art. 180 § 1 k.p.k.) – choć sąd okręgowy wcześniej dokonał oceny i uznał, że mają one istotne znaczenie, skoro wydał postanowienie o wyrażeniu zgody. Podobnie sąd rejonowy może uznać, że zatrzymanie oryginału umowy nie było zasadne (art. 236 k.p.k.), pomimo iż sąd okręgowy wcześniej oceniając materiał dowodowy uznał, że ma to istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania (art. 106b pr. bank.). Absurdalność tej wykładni zdaje się w tej sytuacji oczywista.

Ponadto w art. 106b ust. 5 pr. bank. ustawodawca wskazał, że prokurator nie wydaje już odrębnych postanowień, lecz jedynie przesyła bankowi postanowienie sądu okręgowego, a więc to postanowienie sądu stanowi zawsze podstawę uzyskania danych – również oryginałów dokumentów zawierających tajemnicę bankową (wszak informacja ta zawsze musi być na określonym nośniku).

W tej sytuacji przyjąć należy, że art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b pr. bank. (jak i art. 106b pr. bank.) stanowią samodzielną podstawę uzyskiwania wszelkich danych stanowiących tajemnicę bankową, przy czym zastosowanie wskazanych powyżej trybów oznacza immanentnie zwolnienie

z tajemnicy bankowej w odniesieniu do tych informacji, jak również przekazanych w tym trybie dokumentów bez konieczności odwoływania się do przepisów rozdziału 21 i 25 Kodeksu postępowania karnego. W tym zakresie przepisy prawa bankowego stanowią regulację szczególną w rozumieniu art. 180 § 1 k.p.k. zd. pierwsze *in fine*^{7,8}.

Przemawia za tym również wykładnia przepisów ustawy Prawo bankowe. W art. 105 ust. 6 ustawy wskazano, że bank nie ponosi odpowiedzialności za szkodę wynikającą z ujawnienia tajemnicy bankowej przez osoby i instytucje upoważnione przez ustawę do żądania od banków udzielania informacji stanowiących tajemnicę bankową. W tej sytuacji tym bardziej nie sposób twierdzić, że bank należy do kręgu podmiotów z art. 302 k.p.k., skoro nie ponosi odpowiedzialności za zrealizowanie postanowienia prokuratora lub sądu w toku postępowania przygotowawczego. Ponadto ustawodawca przewidział wprost w Prawie bankowym zażalenie na postanowienie prokuratora w przedmiocie stosowania blokady środków na rachunku bankowym (art. 106a pkt 7 pr. bank.), jak też na postanowienie sądu okręgowego wydane w trybie art. 106b pr. bank. (por. art. 106b ust. 4 pr. bank.) przy czym z oczywistych względów ograniczono krąg osób uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu jedynie do prokuratora wnioskującego o wydanie postanowienia. Regulacja ta ma charakter wyczerpujący i przemyślany, bowiem

⁷ Podobnie M. Gabriel-Węglowski, Glosa..., jak również R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.) Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296 WKP, 2019 – uwaga 8 do art. 180 k.p.k.

⁸ Analogicznie przepisami szczególnymi w stosunku do art. 180 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k. są na przykład regulacje ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 161 ze zm.), w której art. 19 określono warunki prowadzenia kontroli operacyjnej, a które to materiały mają charakter niejawnym (art. 19 ust. 11 ustawy), a jednak ustawodawca uregulował kwestię wprowadzania tego materiału do postępowania karnego również w sposób odmienny od k.p.k. Materiał ten o charakterze niejawnym stanowi wprost dowód w postępowaniu, bez konieczności wydawania jakichkolwiek decyzji w trybie art. 226 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k. (art. 19 ust. 15 ustawy). Gdyby zaś materiał mógł zawierać treści wskazane w art. 178 k.p.k. lub 180 § 2–3 k.p.k., przewidziana została odrębna procedura odtajnienia przedmiotowych materiałów bez udziału zarówno osoby podejrzanej, jak i osób, które wydały organom postępowania określone nagrania czy też osób, które znajdują się na tych nagraniach (art. 19 ust. 15f–16 i ust. 20 ustawy). Ta regulacja również stanowi przykład przepisu szczególnego w rozumieniu art. 180 § 1 k.p.k. Absurdalnym byłoby przyjęcie za omawianą uchwałą Sądu Najwyższego, że również w tym przypadku po wszczęciu postępowania prokurator musiałby wydawać postanowienie w trybie art. 226 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k., gdyż doręczenie takiego postanowienia np. członkom zorganizowanej grupy przestępczej przed ich zatrzymaniem i przeprowadzeniem z ich udziałem czynności procesowych w istocie oznaczałoby zniweczenie celów postępowania.

uniemożliwia ujawnienie osobom podejrzanym faktu gromadzenia przeciwko nim materiału dowodowego na wczesnym etapie postępowania.

Gdyby odnieść uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2016 r. do innych tajemnic opisanych w art. 180 § 1 k.p.k. stwierdzić należy, że również w przypadku np. tajemnicy skarbowej, komorniczej (a także np. lekarskiej, co do której prokurator może decydować na podstawie art. 226 k.p.k. w odniesieniu do dokumentów) podmioty te zobowiązane byłyby do wydania przedmiotów jeszcze przed podjęciem przez prokuratora decyzji odnośnie ich zwolnienia z tajemnicy. Tymczasem nie sposób w praktyce wyobrazić sobie wydania jakiegokolwiek dokumentu przez urząd skarbowy lub komornika czy szpital, zanim prokurator nie zwolni takiego podmiotu z obowiązku zachowania tajemnicy (postanowienie to zwykle łączy się z postanowieniem o żądaniu wydania rzeczy i z oczywistych względów ma ono charakter ogólny, wskazujący podmiot zobowiązany najprecyzyjniej jak to tylko możliwe na tym etapie postępowania). Co więcej, osoba taka odmawiająca wydania rzeczy nie może być nawet dotknięta karą porządkową, gdyż zgodnie z art. 287 § 4 k.p.k. w zw. z art. 180 § 1 k.p.k. do czasu zwolnienia takiej osoby z tajemnicy może ona uchylić się od złożenia zeznań – a tym samym od wydania przedmiotu. Tym samym nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zajęтым w przedmiotowej uchwale, zgodnie z którym najpierw trzeba zabezpieczyć określone dowody stanowiące tajemnicę, a dopiero potem podejmować decyzję o ich zwolnieniu z tajemnicy w trybie art. 180 § 1 k.p.k. (ewentualnie w zw. z art. 226 k.p.k.). Rozdzielanie powyższych decyzji może prowadzić do konsekwencji, w której żaden z uprawnionych podmiotów nie będzie chciał dobrowolnie wydać dokumentów objętych tajemnicą, przyjmując nie bez powodu, że przecież wydanie dokumentów prokuratorowi *de facto* oznacza ujawnienie ich treści osobie, która wcześniej jej nie znała.

Zgodzić należy się również z argumentem, że żądanie prokuratora w oparciu o przepisy prawa bankowego zawsze nastawione jest na pozyskanie dowodów w sprawie, a nie jedynie informacji o dowodzie.

Należy również wskazać, że uzyskiwanie danych stanowiących tajemnicę bankową w istocie jest podobne do każdej innej czynności dowodowej. Słusznie zaś wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, że na postanowienie o oddaleniu dowodu nie przysługuje zażalenie. Wynika to z oczywistego faktu, iż możliwość zaskarżenia każdej czynności dowodowej prowadziłaby w istocie do paraliżu postępowania karnego. Ocena czy dowód został przeprowadzony zgodnie z prawem i jakie jest jego znaczenie powinna być dokonywana w orzeczeniu kończącym postępo-

wanie i podlegać kontroli instancyjnej w ewentualnym środku odwoławczym od tego orzeczenia.

Commentary to the Supreme Court resolution of 30 March 2016, ref. no.: I KZP 21/15

Abstract

This paper comments upon the Supreme Court resolution of 30 March 2016, ref. no.: I KZP 21/15, in which the Supreme Court examined relationships between Article 105, clause 1(2b) of the Act – Banking Law, and regulations included in chapters 21 and 25 of the Code of Criminal Procedure, including specifically the provisions of Article 217 (§§ 1 and 2) of the Code of Criminal Procedure and Article 226 in relation with Article 180 (§ 1) of the Code of Criminal Procedure. It is claimed that, included in the resolution, the Supreme Court's assertions about the appealability of a prosecutor's decision to request banks to give information covered by the bank secrecy obligation in connection with pending proceedings for an offence, including a tax offence, as well as the Supreme Court's views on legal grounds for requesting such information or documents containing a banking secret, and on possible uses of such information or documents in proceedings, deserve particular criticism.

Piotr Rogoziński

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. II AKa 205/18¹

Streszczenie

Autor glosy argumentuje, że opinia prywatna jest zgodnie z art. 393 § 3 k.p.k. dokumentem stanowiącym dowód w sprawie i z zestawienia treści normatywnej zawartej w art. 193 § 1 oraz w art. 393 § 3 k.p.k. wynika, że dowód z opinii prywatnej może być podstawą dokonania ustaleń faktycznych w zakresie wymagającym wiadomości specjalnych, pod warunkiem jednak, iż w świetle opinii biegłego nie budzi to wątpliwości. Wskazuje, że pozbawione podstaw prawnych jest sprowadzanie roli opinii prywatnej wyłącznie do impulsu dla organu procesowego. Jego zdaniem organ procesowy powinien w wyniku jej złożenia potwierdzić wszystkie ustalenia i informacje w niej zawarte, które uzna on za istotne, w drodze przeprowadzenia opinii biegłego.

Teza (z uzasadnienia, wyrok nietezowany):

Biegli powoływani są jedynie przez organ procesowy prowadzący postępowanie, przy czym dla ich ustanowienia potrzebne jest wydanie postanowienia. Dopiero takie formalne powołanie konstytuuje zaistnienie biegłych w procesie. Organ procesowy decyduje nie tylko o osobie biegłego, ale także o przedmiocie jego opinii. Ekspertyzy przedłożone w tej sprawie nie mogą być traktowane jako dokument urzędowy, podlegający odczytaniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. i nie mogą stanowić dowodu będącego podstawą oceny, bowiem dowód taki nie został przeprowadzony w sposób przewidziany przez kodeks postępowania karnego.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w glosowanym orzeczeniu zajął się kwestią podstawy dowodowej wyroku w sytuacji, gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga

¹ LEX nr 2532107.

wiadomości specjalnych. Problem, który wyłonił się na tym tle, sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy z przepisu art. 193 § 1 k.p.k. („jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych”) wynika obowiązek dopuszczenia dowodu z opinii biegłego² w każdym wypadku, gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, chociażby okoliczności te zostały stwierdzone przy zastosowaniu wiadomości specjalnych dostępnych organowi procesowemu (sądowi) na podstawie innego dowodu niż opinia biegłego, a jeżeli tak, to w jakim zakresie dowód z opinii biegłego stanowi wyłączną podstawę dokonywania ustaleń w tej mierze.

Przez „opinię prywatną” rozumie się tutaj ekspertyzę³ sporządzoną przez osobę posiadającą wiadomości specjalne, lecz nie w wykonaniu postanowienia organu procesowego o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, a także instytucji naukowej lub specjalistycznej. Nie ma przy tym znaczenia, czy opinia została sporządzona w celu posłużenia się nią jako dowodem w sprawie, czy też całkowicie w oderwaniu od przedmiotu postępowania w danej sprawie karnej⁴.

Kluczową kwestią, którą rozważał sąd w glosowanym wyroku, było to, czy – pierwszorzędne dla dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w tej sprawie – rozstrzygnięcie co do autentyczności banknotów złożonych przez oskarżonego we wszystkich oddziałach banku wymaga zasięgnięcia wiadomości specjalnych, a jeżeli tak, czy może to nastąpić wyłącznie poprzez dopuszczenie opinii biegłego. Niewątpliwie dla właściwego rozpoznania sprawy należało dokonać ustaleń odnośnie do au-

² Chodzi tu zarówno o biegłego, biegłych, oraz instytucję naukową lub specjalistyczną (art. 193 § 1 i 2 k.p.k.).

³ Chodzi o wypowiedź eksperta (znawcy, osoby posiadającej wiadomości specjalne), której przedmiotem są zagadnienia dotyczące określonej dziedziny wiedzy, a dotyczące okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast w pojęciu „zakres ekspertyzy” mieszczą się: cel ekspertyzy, określenie materiału dowodowego, który ma zostać poddany badaniu, oraz w przypadku niektórych ekspertyz określenie materiału porównawczego, a ponadto sposób przeprowadzenia badania i kwestie, które rozstrzygnąć ma biegły. Por. bliżej: nr K e g e l, O właściwe pojmowanie ustawowych pojęć – „przedmiot” i „zakres” ekspertyzy, (w:) Z. K e g e l (red.), Problematyka dowodów z ekspertyzy dokumentów, t. 2, Wrocław 2002, s. 892; J. Ż y l i Ń s k a, Określenie przedmiotu i zakresu ekspertyzy w postanowieniu o powołaniu biegłego, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2004, t. 16, s. 170; D. G r u s z e c k a, (w:) J. S k o r u p k a (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2018, s. 449–450.

⁴ Por. również A. B o j a ń c z y k, Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej, Warszawa 2011, s. 474–475 i tam wskazaną literaturę.

tentyczności banknotów, a tego typu ustalenia wymagają wiadomości specjalnych, którymi nie dysponuje przeciętny, nawet dobrze wykształcony człowiek. Zgodzić się należy z zapatrywaniem, wedle którego podstawowym, obligatoryjnym dowodem pozwalającym na stwierdzenie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych jest dowód z opinii biegłego. Wynika to po pierwsze z jednoznacznego, obligującego wyartykułowania treści art. 193 § 1 k.p.k. („jeżeli..., zasięga się”), po wtóre zaś biegły powołany przez organ procesowy zostaje przez ten organ pozytywnie zweryfikowany jako osoba posiadająca wiadomości specjalne w danej dziedzinie, nie podlega wyłączeniu na podstawie ustawy (art. 196 § 1 k.p.k.) oraz wydaje opinię pod rygorem odpowiedzialności karnej za jej fałszywe złożenie. Stąd też, w zasadzie jednolicie, w judykaturze przyjmuje się, że opinia prywatna jako dokument prywatny może być dowodem (art. 393 § 3 k.p.k.), jednak w wypadku zaistnienia potrzeby stwierdzenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych konieczne jest dopuszczenie dowodu z opinii biegłego⁵. W związku z tym, choć opinia prywatna stanowi dowód, to podnosi się, że na jej podstawie organ procesowy nie może czynić ustaleń faktycznych w zakresie wymagającym wiadomości specjalnych. Może jedynie wskazywać na konieczność dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, a w wypadku uprzedniego jej dopuszczenia – uzasadniać konieczność przesłuchania biegłego lub powołania innego w wypadkach wskazanych w art. 201 k.p.k.⁶

Od razu zaznaczyć trzeba, że pomimo słuszności tego kierunku interpretacyjnego co do zasady, powyższa teza nasuwa istotne zastrzeżenia.

Przede wszystkim wypada na gruncie rozpoznawanej przez sąd apelacyjny sprawy zauważyć, że zostały przygotowane opinie prywatne w postaci dokumentów. Osoby je sporządzające były też, przed lub po tym fakcie, przesłuchane w charakterze świadków. Dokumenty zawierające opinie prywatne zostały złożone do akt postępowania i wnioskowane przez oskarżyciela publicznego w akcie oskarżenia do przeprowadzenia jako dowód. Zgodnie z art. 393 § 3 k.p.k. nie powinno budzić wątpliwości,

⁵ Por.: D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania..., s. 447–448; R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, Warszawa 2019, s. 469; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2018, s. 758–759; wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. SDI 2/17, Lex nr 2309621; wyrok SA w Katowicach z dnia 10 lutego 2016 r., sygn. II AKa 421/15, Lex nr 1992977.

⁶ R. Ponikowski, J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania..., s. 1003–1004; wyrok SA w Krakowie z dnia 13 września 2017 r., sygn. II AKa 105/17, KZS 2017, nr 11, poz. 38.

że dokument z opinii prywatnej stanowi dowód⁷. Wbrew stanowisku sądu apelacyjnego, nie ma obowiązku wskazywania – przy zaliczaniu dokumentu zawierającego opinię prywatną w poczet materiału dowodowego na podstawie art. 394 § 2 k.p.k. – jaki charakter ma ten dokument, tzn. że zawiera on taką opinię⁸. Jak się podkreśla, w świetle tego przepisu nie ulega wątpliwości, że opinia taka stanowi obecnie dowód z dokumentu przeprowadzany na rozprawie głównej poprzez jej odczytanie i podlega swobodnej ocenie organu procesowego w kontekście całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w danej sprawie⁹. Nie oznacza to jednak, że opinia ta może stanowić podstawę ustaleń faktycznych co do okoliczności wymagających wiadomości specjalnych¹⁰. Nie ma również żadnych powodów, aby uzależniać uznanie opinii prywatnej za dowód od tego, czy jej autor został przesłuchany w charakterze świadka, czy też nie. Zupełnie niezrozumiałe jest zatem stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu głosowanego wyroku, że „orzekano w oparciu o dokumenty, które nie stanowiły dowodu i nie mogły stać się podstawą wyroku”, jak również że „nie można zaakceptować takich ekspertyz jako dowodu w sprawie”.

Sąd apelacyjny idzie dalej w tym kierunku rozumowania i w sposób nieuzasadniony łączy możliwość sporządzenia opinii prywatnej przez określoną osobę z dopuszczalnością powołania jej jako biegłego w danej sprawie. W konsekwencji tego sposobu myślenia twierdzi, że niemożność powołania osoby sporządzającej opinię prywatną jako biegłego przez organ procesowy ze względu na zaistnienie przyczyn wyłączenia z art. 196 § 1 k.p.k. powoduje, iż opinia ta nie stanowi dowodu w sprawie i nie może być podstawą wyroku. Przyjęcie tego błędnego punktu wyj-

⁷ Tak również: P. Kardas, Dowody publiczne (urzędowe) a dowody prywatne, (w:) P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Warszawa 2015, s. 350–351; R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 483; C. Kulesza, (w:) K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 877; R. Ponikowski, J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 1003; K. T. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 579; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2014, s. 1317; odmiennie wyrok SA w Krakowie z dnia 13 września 2017 r., sygn. II AKa 105/17, KZS 2017, nr 11, poz. 38.

⁸ Nie wynika to z treści przepisu art. 394 § 2 k.p.k. Niewskazanie na to, że dokument zawiera taką opinię, nie wywołuje skutku w postaci niewłączenia tego dokumentu w poczet materiału dowodowego; por. wyrok SN z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. II KK 252/16, Lex nr 2195663.

⁹ R. Ponikowski, J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 1003.

¹⁰ *Ibidem*, s. 1003–1004.

ścia, zakładającego dążenie do uznania opinii prywatnej – po spełnieniu przez nią określonych warunków – za opinię biegłego, z uwagi na to, że tylko na podstawie opinii biegłego można czynić ustalenia dotyczące okoliczności wymagających zasięgnięcia wiadomości specjalnych, w ogóle nie uwzględnia faktu, iż opinia prywatna – jako dokument – stanowi odrębny środek dowodowy. Konsekwencją tego błędnego założenia jest stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku, że „w sytuacji ujawnienia się okoliczności z art. 196 § 1 k.p.k. aktualizuje się nakaz powołania innego biegłego, a tego nie uczyniono”. Taka sytuacja przecież w ogóle w przedmiotowej sprawie nie zaistniała, gdyż nie powołano w niej żadnego biegłego.

Istotnie, jak to spostrzegł sąd apelacyjny, sąd orzekający w pierwszej instancji wykazywał niezdecydowanie co do tego, czy osoba, która sporządziła opinię prywatną, jest dla niego świadkiem czy też biegłym. Posługiwanie się w uzasadnieniu wyroku sądu okręgowego formułą „świadek biegła B. K.” ocenić wypada jako ewidentny błąd merytoryczny, który może nawet podawać w wątpliwość właściwe rozumienie przez ten sąd roli opinii prywatnej jako dowodu. Nie znaczy to jednak, że uzasadnione jest kwestionowanie uznania zeznań świadka B. K. oraz sporządzonej przez niego opinii prywatnej jako dowodów w sprawie. Opinie prywatne w sprawie będącej przedmiotem osądu nie mogą być oczywiście uznane za opinie biegłych – ani sporządzone w formie pisemnej, ani przedstawione ustnie. Zgodnie z art. 196 § 2 k.p.k. jeżeli ujawnią się przyczyny wyłączenia biegłego wymienione w § 1 tego artykułu, nie stanowi dowodu wydana przez niego opinia, a na miejsce biegłego wyłączonego powołuje się innego biegłego. Nie ma zatem powodów do prowadzenia rozważań na temat ewentualnego konwalidowania niewydania postanowienia o powołaniu biegłego¹¹, natomiast otwarta pozostaje kwestia możliwości oparcia się przy orzekaniu odnośnie do okoliczności, których

¹¹ Tak również SA w Krakowie w wyrok z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 227/15, KZS 2016, nr 3, poz. 44, który wskazał, co następuje: „Koniecznym warunkiem uznania ustnej lub pisemnej wypowiedzi określonej osoby za „opinię biegłego” jest poprzedzenie jej postanowieniem organu procesowego o zasięgnięciu opinii tej osoby jako biegłego (art. 193 i 194 k.p.k.). Postanowienie to kreuje określoną osobę biegłym i z tą chwilą staje się ona uczestnikiem postępowania, zaś jej wypowiedzi zyskują walor czynności procesowych. W orzecznictwie przyjmuje się zgodnie, że skoro tzw. „opinia prywatna” (inaczej: opinia pozaprocesowa) nie została sporządzona przez uczestnika postępowania i nie była czynnością procesową, to nie może następnie podlegać konwalidacji. Sanacją można objąć tylko czynność ułomną, ale czynność procesową. Nie można *ex post* nadać przymiotu czynności procesowej takiej czynności faktycznej, jaką jest tzw. opinia prywatna”.

stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych, na dowodach z opinii prywatnych. Dotyczy to w takim samym stopniu pisemnej opinii prywatnej, która stanowi dokument w znaczeniu procesowym, jak i zeznań osoby, która dokument ten sporządziła, na okoliczność jego treści. Przeprowadzenie w postępowaniu tych dowodów, z dokumentu i z zeznań świadka, jest w pełni dopuszczalne i mogą być one – w określonym zakresie – podstawą dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie, co niesłusznie *en bloc* kwestionuje sąd apelacyjny¹². Pozostaje do rozważenia kwestia, czy, a jeżeli to w jakim zakresie, dowód z opinii prywatnej może być podstawą ustaleń odnośnie do okoliczności, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych.

Sąd apelacyjny w glosowanym wyroku w sposób jednoznaczny podzielił powszechnie wyrażane stanowisko, że opinia prywatna jako dokument prywatny nie może być samodzielny dowodem stwierdzenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych. Jak wyżej wskazano, tezę tę nietrafnie utożsamiał z niemożnością uznania opinii prywatnej za dowód w ogóle. Abstrahując od tej konstatacji wydaje się, że można zakwestionować kategoryczność poglądu, iż opinia prywatna jako dokument prywatny nie może być samodzielny dowodem stwierdzenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych¹³. Oczywiście co do zasady dowodem takim powinna być opinia biegłego (instytucji naukowej lub specjalistycznej), jednakże nie musi to oznaczać, że w każdym wypadku co do każdej okoliczności, co do której stwierdzenia wymagane są wiadomości specjalne, organ procesowy musi oprzeć się wyłącznie na stwierdzeniu wprost wynikającym z tejże opinii, a nie z opinii prywatnej. Tego rodzaju wnioski nie znajdują uzasadnienia normatywnego ani merytorycznego.

Z art. 193 § 1 k.p.k. wynika jedynie obowiązek zasięgnięcia opinii biegłego albo biegłych (instytucji naukowej lub specjalistycznej – art. 193 § 2 k.p.k.), jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Naruszeniem tego przepisu byłoby zatem po pierwsze – niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego w warunkach określonych w tym przepisie, po drugie

¹²Możność dokonywania ustaleń faktycznych na podstawie opinii prywatnej jest ograniczona, chociażby z uwagi na treść art. 174 i 193 k.p.k., co nie znaczy jednak, że jest ona w całości wyłączona. Por. bliżej D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania ..., s. 1531–1532.

¹³Podobnie twierdzą: K. T. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania..., s. 579; K. Dąbkiewicz, Komentarz do zmiany art. 393 Kodeksu postępowania karnego, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015, Lex/el. 2015, t. 6.

zaś – będące konsekwencją powyższego – nieoparcie ustaleń faktycznych przez organ procesowy, w zakresie wymagającym wiadomości specjalnych, na tejże opinii¹⁴. Owo „nieoparcie” należy przy tym rozumieć jako abstrahowanie od treści dowodu z opinii biegłego przy dokonywaniu ustaleń faktycznych w tym zakresie, a nie jako dokonanie ustaleń faktycznych uwzględniając opinię biegłego, jednakże opierając się na treści opinii prywatnej (pod warunkiem, że dowód z opinii prywatnej nie zastępuje opinii biegłego)¹⁵. Opinia prywatna jest zgodnie z art. 393 § 3 k.p.k. dokumentem stanowiącym dowód w sprawie. A zatem z zestawienia treści normatywnej zawartej w art. 193 § 1 oraz w art. 393 § 3 k.p.k. wynika, że dowód z opinii prywatnej może być podstawą dokonania ustaleń faktycznych w zakresie wymagającym wiadomości specjalnych, pod warunkiem jednak, iż w świetle opinii biegłego nie budzi to wątpliwości¹⁶. Tenże brak wątpliwości zachodzi zarówno wówczas, gdy opinia biegłego wprost potwierdza treść opinii prywatnej, jak i wówczas, gdy potwierdzenie słuszności opinii prywatnej wynika z logicznie wyprowadzonych wniosków z treści opinii biegłego. Wydaje się również, że wskazane powyżej przepisy nie stoją na przeszkodzie możliwości uznania na podstawie opinii prywatnej, iż wnioski opinii biegłego niesformułowane w sposób kategoryczny należy jednak za takie przyjąć, jak również, iż z kilku podanych przez biegłego w swej opinii alternatywnych wariantów odpowiedzi należy wskazać tylko jedną z nich. W opisanych sytuacjach zasięgnięto bowiem w odniesieniu do okoliczności, których ustalenie wymaga wiadomości specjalnych, opinii biegłego, organ procesowy uwzględnił w swych ustaleniach tę opinię i nie zachodzi potrzeba ponownego uzyskania opinii od tego biegłego ani powołania innego (art. 201 k.p.k.) w związku z tym, że opinia biegłego wespół z treścią opinii prywatnej pozwala na jednoznaczne ustalenie stanu faktycznego w tym zakresie. Regulacje art. 193 § 1 oraz art. 393 § 3 k.p.k. nie dają podstaw do przyjęcia, że konkretne

¹⁴ Por. np.: wyrok SN z dnia 17 września 2004 r., sygn. IV KK 102/04, Lex nr 126693; wyrok SA w Warszawie z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. II AKa 84/17, Lex nr 2347818.

¹⁵ Tak również: wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. II AKa 22/17, Lex nr 2402355; wyrok SA w Katowicach z dnia 9 maja 2018 r., sygn. II AKa 74/18, Biul. SA Katowice 2018, nr 3, s. 17; aprobująco C. Kułe sza, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania..., s. 877.

¹⁶ Jak wskazał SA w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2018 r., sygn. II AKa 74/18, Biul. SA Katowice 2018, nr 3, s. 17, celowe może okazać się wykorzystanie informacji zawartych w przygotowanej na zlecenie oskarżonych prywatnej opinii, złożonej w toku postępowania odwoławczego, stanowiącej w aktualnym stanie prawnym dopuszczalny dowód z dokumentu, o którym mowa w art. 393 § 3 k.p.k., ale nie zastępuje to opinii biegłego w rozumieniu art. 193 k.p.k.

ustalenia organu procesowego co do okoliczności wymagających zasięgnięcia wiadomości specjalnych muszą być wprost potwierdzone opinią biegłego¹⁷. Przykładowo opinia prywatna oparta na tych samych ustaleniach i założeniach metodologicznych jak opinia biegłego, dotycząca stwierdzenia mechanizmu spowodowanych obrażeń ciała, ich określenia oraz skutku, na podstawie oględzin ciała oraz tej samej dokumentacji medycznej, prowadząca niewątpliwie i w sposób jednoznaczny do tych samych wniosków, jak te zawarte w opinii biegłego, które jednakże nie zostały przedstawione w sposób kategoryczny, może spowodować przyjęcie przez organ procesowy jednoznacznej konkluzji z powołaniem się na opinię prywatną, bez potrzeby ponownego sięgania po opinię biegłego. Organ procesowy może uwzględnić wiadomości specjalne zawarte w opinii prywatnej w procesie dokonywania oceny opinii biegłego, byleby wyciągnięte wnioski logicznie wynikały z treści opinii biegłego, choćby na zasadzie przeciwstawności. Opinia biegłego powinna być podstawową i najważniejszą, co nie znaczy jednak, że zawsze jedyną podstawą orzekania sądu w zakresie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych¹⁸. Pozbawione podstaw prawnych jest zaś sprowadzanie roli opinii

¹⁷ Odmienne: R. Ponikowski, J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 1004 oraz D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 1532. Należy jednak również podkreślić, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż pełnowartościowy dowód w sprawie, wykluczający powołanie biegłego, mogą stanowić protokoły kontroli, jeżeli zawarte w nich ustalenia nie budzą wątpliwości, a osoby przeprowadzające kontrolę legitymowały się wiadomościami specjalnymi (por. post. SN z dnia 14 października 1981 r., sygn. VI KZP 27/80, niepubl.; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 sierpnia 2013 r., sygn. II AKa 243/13, Lex nr 1369277; aprobowano R. A. Stefański, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 469–470). Nie można jednak poprzestać na wynikach kontroli w sytuacji, gdy budzą one wątpliwości lub gdy kontrola wewnętrzna była przeprowadzona przez pracownika jednostki, który nie dopełnił obowiązków wynikających ze sprawowanej funkcji nadzoru (wyr. SN z dnia 1 stycznia 1986 r., sygn. III KR 468/85, niepubl.). Stanowisko to trudno uznać za konsekwentne aksjologicznie z odmową uznania mocy dowodowej opinii prywatnej, również co do okoliczności wymagających wiadomości specjalnych.

¹⁸ Słusznie podnosi K. Dąbkiewicz, że w świetle obowiązującego od dnia 1 lipca 2015 r. art. 393 § 3 k.p.k. prywatna opinia rzeczoznawcza posiada status dokumentu prywatnego i może być odczytana na rozprawie głównej. W efekcie tego, po dopuszczeniu przez sąd jako dowód z dokumentu, zostaje wprowadzona w poczet materiału dowodowego, który stanowi podstawę rekonstrukcji stanu faktycznego. Wprowadzona do procesu w trybie art. 393 § 3 k.p.k. prywatna opinia rzeczoznawcza jako dowód z dokumentu stanowi pełnowartościowy środek dowodowy obok innych zgromadzonych w toku przewodu sądowego dowodów i nabiera tym samym istotnego znaczenia z punktu widzenia kształtowania podstawy faktycznej wyroku. Przestaje zatem być traktowana wyłącznie jako „informacja o dowodzie”, która dotychczas nie miała waloru czynności dowodowej i nie mogła być środkiem dowodowym. Prywatna opinia rzecz-

prywatnej wyłącznie do impulsu dla organu procesowego, który powinien w wyniku jej złożenia potwierdzić wszystkie ustalenia i informacje w niej zawarte, które uzna on za istotne, w drodze przeprowadzenia opinii biegłego. Stanowisko takie było uzasadnione przed zmianą art. 393 § 3 k.p.k. dokonaną z dniem 1 lipca 2015 r.¹⁹, kiedy opinia prywatna nie mogła stanowić dowodu, tak więc jej znaczenie sprowadzało się wówczas jedynie do źródła informacji, które mogło być ewentualnie procesowo weryfikowane poprzez uzyskanie opinii biegłego. Jednakże po tej nowelizacji, wskutek której ustawodawca uznał dokumenty prywatne powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki za dowody, nie sposób twierdzić, że charakter procesowy opinii prywatnej nie uległ zmianie²⁰. Sąd apelacyjny w głosowanym wyroku tę istotną normatywną zmianę potraktował *per non est*, stwierdzając, że opinia prywatna nie stanowi dowodu.

Reasumując, sąd apelacyjny stanął na powszechnie wyrażanym, jednak wydaje się, że nie do końca słusznym ze względu na swą kategoryczność, stanowisku wykluczającym jakikolwiek walor dowodowy opinii prywatnej w kontekście ustaleń faktycznych, do których dokonania wymagane są wiadomości specjalne. Skrajność tego poglądu budzi wątpliwości, chociażby ze względu na jednoznaczną treść normatywną art. 393 § 3 k.p.k. Nawet jednak jeżeli podzielić wskazane stanowisko, to zdecydowanie negatywna ocena niedopuszczenia przez sąd okręgowy dowodu z opinii biegłego nie jest równoznaczna z koniecznością uchylecia wyroku przez sąd apelacyjny i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania z uwagi na konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu

znawcza podlega zatem takiej samej ocenie, jak pozostałe dowody zgromadzone w procesie. Por. K. Dąbkiewicz, Komentarz do zmiany..., t. 6.

¹⁹ Ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247, z późn. zm.).

²⁰ Do tego zmierzają konkluzje autorów, którzy uważają, że pomimo, iż aktualnie ustawa procesowa przyznaje opinii prywatnej walor dowodu, to podobnie jak przed dniem 1 lipca 2015 r. jej znaczenie w procesie sprowadza się do sygnału wskazującego na konieczność powołania biegłego w danej sprawie lub – w przypadku uprzedniego powołania biegłego przez organ procesowy – na istnienie okoliczności określonych w art. 201 k.p.k., wymagających uzupełnienia, wyjaśnienia lub usunięcia sprzeczności w przedstawionej przez biegłego opinii. Por. np.: R. Ponikowski, J. Zagrodnik, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania..., s. 1004; D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania..., s. 1532; przeciwnie: K. T. Boratyńska, (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania..., s. 579; K. Dąbkiewicz, Komentarz do zmiany..., t. 6; C. Kulesza, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania..., s. 877.

sądowego w całości²¹. W każdym razie ta przyczyna kasatoryjnej decyzji procesowej sądu apelacyjnego wymagała wyraźnego i przekonującego uzasadnienia, nie mogą być zaś uznane w tym zakresie za wystarczające ogólnikowe twierdzenia nienawiązujące wprost do przesłanki z art. 437 § 2 k.p.k.

Commentary to the judgment of 2 August 2018 of the Appellate Court in Warsaw, II AKa 205/18

Abstract

This commentary argues that Article 393(§3) of the Code of Criminal Procedure deems any private opinion a document which is evidence in the case, while regulations of Articles 193(§1) and 393(§3), when collated, show that private opinion evidence may serve as a basis for determining facts in so far as they require special knowledge, provided, however, that any such determination remains beyond any doubt in the light of a relevant expert opinion. It is pointed out that any reduction of the role of a private opinion merely to something akin to an impulse for an authority conducting proceedings lacks legal grounds. It is believed that, following the submission of a private opinion, an authority conducting proceedings should seek an expert opinion to confirm all determinations and information that are included in the private opinion and considered essential by the said authority.

²¹ Por. uchwale SN z dnia 22 maja 2019 r., sygn. I KZP 3/19, OSNKW 2019, nr 6, poz. 31; a także: J. Skorupka, (w:) P. Wiliński (red.), System prawa karnego procesowego. T. 3, cz. 2. Zasady procesu karnego, Warszawa 2014, s. 1168–1171; P. Rogoziński, Zakres postępowania dowodowego na rozprawie apelacyjnej a stwierdzenie konieczności przeprowadzenia na nowo w całości przewodu sądowego przez sąd pierwszej instancji (art. 437 § 2 k.p.k.), (w:) S. Steinborn (red.), Postępowanie odwoławcze w procesie karnym u progu nowych wyzwań, Warszawa 2016, s. 295–324; J. Matras, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania..., s. 982.

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 publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Z uwagi na zmianę w procesie ewaluacji czasopism naukowych prowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Redakcja czasopisma uprzejmie informuje, że za publikację artykułów w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” w latach 2017–2018 autorom przysługuje 6 punktów. Natomiast, za publikację artykułów w latach 2019 i 2020 przysługuje 5 punktów

Analiza wydań czasopisma sprawiła, że Zespół Ekspertów Index Copernicus wyznaczył wartość wskaźnika w wysokości **ICV 2018 = 38.15**. Wyznaczona ocena ICV za rok 2018 jest widoczna na liście czasopism indeksowanych w bazie ICI Journals Master List 2018 oraz w **Paszporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.