



Prokuratura i Prawo

NR 10/październik 2017



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

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

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

prof. dr hab. Kazimierz Zgryzek, Uniwersytet Śląski w Katowicach

Bezstronność prokuratora, osoby prowadzącej postępowanie przygotowawcze oraz innego oskarżyciela publicznego – uprawnienie czy obowiązek? 5

Impartiality of prosecutors, persons conducting preliminary proceedings and other public prosecutors: right or obligation? 17

prof. dr hab. Wojciech Radecki, Instytut Nauk Prawnych PAN we Wrocławiu

Odpowiedzialność za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne w prawie polskim, czeskim i słowackim 18

Liability for offences, petty offences, and administrative torts in Polish, Czech and Slovak law 43

Cezary Golik, prokurator Prokuratury Rejonowej w Chorzowie

Zmiany przepisów kodeksu postępowania karnego w ustawie o działaniach antyterrorystycznych 45

Modifications of the Code of Criminal Procedure in the Anti-terrorism Act 64

dr Piotr Góralski, adiunkt Uniwersytetu Wrocławskiego

Środek zabezpieczający w formie elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy czynu karalnego (część 2) 66

Measure of protection in the form of electronic control of a criminal offender's location (Part 2) 83

dr Piotr Grzegorzczuk, dr Zbigniew Wardak, adiunkci Uniwersytetu Łódzkiego

Pojęcie broni palnej w prawie karnym 85

Definition of firearm in criminal law 99

dr hab. Katarzyna Włażlak, prof. Uniwersytetu Łódzkiego

Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie w orzecznictwie sądów administracyjnych 100

Prevention of domestic violence: decisions of administrative courts 118

Paweł Jabłonowski, doradca podatkowy w Warszawie

Kontratypy ustawowe w prawie karnym skarbowym 119

Statutory excuses in penal fiscal law 128

dr Mikołaj Małecki, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego	
O usiłowaniu nieudolnym na marginesie glosy K. Kmąka	129
<i>Failed attempts: some remarks à propos the commentary by K. Kmąk</i>	147

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

dr hab. Maciej Małolepszy, prof. Uniwersytetu Zielonogórskiego	
Odpowiedzialność karna za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu w prawie polskim i niemieckim	148
<i>Criminal liability for driving a motor vehicle while intoxicated or after use of alcohol in Polish and German legal systems</i>	166

Glosa/Commentary

do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2016 r., sygn. I KZP 2/15 (dot. zaniżenia podatku należnego) – oprac. dr hab. Jerzy Duży, Paweł Kołodziejski	167
<i>to the Supreme Court decision of 24 June 2016, ref. no. I KZP 2/15 (concerns unlawful reduction of the amount of VAT payable) – by Prof. Jerzy Duży, Paweł Kołodziejski</i>	173

ARTYKUŁY

Kazimierz Zgryzek

Bezstronność prokuratora, osoby prowadzącej postępowanie przygotowawcze oraz innego oskarżyciela publicznego – uprawnienie czy obowiązek?

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są rozważania dotyczące obowiązywania zasady bezstronności prokuratora i innego organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze oraz oskarżyciela publicznego.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Obywatela¹ stanowi w art. 6 ust. 1, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd (...). Unormowanie to powtarza Konstytucja RP, która w art. 45 ust.1 stanowi, iż każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd².

Komentatorzy wspomnianej tu wyżej Konwencji podnoszą, iż sąd, o którym mowa w przepisie art. 6 ust. 1, powinien spełniać określone przesłanki, wśród których znajduje się wymaganie, by sąd był bezstronny³. Należy tu

¹ Konwencja z dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r., poz. 284 ze zm.

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

³ Dodajmy, w ślad za autorami, że pojęcie bezstronności należy odnosić do stosunków sądu ze stronami procesu. Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, (w:) Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. T. I. Komentarz do art. 1–18, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2010, s. 310.

także dodać, że, jak trafnie wskazuje P. Wiliński⁴, jedynym organem uprawnionym do rozpoznania sprawy jest sąd, który spełniać musi kumulatywnie cztery cechy, a mianowicie jest sądem właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym⁵. W jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wymienione tu kryteria pozostają w ścisłym związku, a nadto, iż chodzi o stworzenie gwarancji istotnych z punktu widzenia praw człowieka i obywatela oraz innych podmiotów stosunków prawnych, które mogą korzystać z konstytucyjnych praw i wolności⁶.

Oba wskazane tu akty prawne wiążą cechą bezstronności z rozpoznawaniem spraw, to znaczy orzekaniem, a więc z organem posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje do podejmowania prawnie wiążących orzeczeń, czyli z sądem. Także stosowana w doktrynie i orzecznictwie terminologia na oznaczenie interesującej nas tu cechy wiąże ją z sądem. Wymaga zatem zbadania, czy wyłącznym organem (podmiotem) zobowiązanym do bezstronności w procesie sądowym jest sąd, czy też do zachowania jej jest zobowiązany także inny organ (podmiot) funkcjonujący jako organ postępowanie to prowadzący lub podmiot w nim uczestniczący.

Zanim jednak uczynione to zostanie przedmiotem niniejszych rozważań, należy ustalić zakres pojęcia bezstronność i jego relacje do pojęcia obiektywizm.

W języku potocznym bezstronność to tyle co „brak uprzedzeń, obiektywizm”, a bezstronny to tyle co „kierujący się obiektywizmem, niebędący stronniczym; obiektywny, sprawiedliwy”. Z kolei określenie obiektywny, obiektywizm znaczy tyle co „bezstronność, rzeczowość, postawa badawcza wolna od uprzedzeń”. Na identyczne znaczenia określenia bezstronny, bezstronność zwraca uwagę także Słownik pod redakcją W. Doroszewskiego; czytamy w nim, że bezstronny to „nie stający po żadnej stronie, nie kierujący się stronniczością, nie uprzedzony, sprawiedliwy, obiektywny”⁷.

Jest rzeczą oczywistą, że we wskazanych tu znaczeniach określenia „bezstronny” zwrócić trzeba przede wszystkim uwagę na jeden z jego synonimów, to jest na określenie „sprawiedliwy”, bowiem oznacza to, że warunkiem sprawiedliwego rozstrzygnięcia konfliktów jest bezstronne, obiektywne, nie kierujące się stronniczością odniesienie się do stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia materiału dowodowego. Podkreślimy, że oczekiwanie bezstronnego, a więc także sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporów jest adresowane do tych wszystkich organów, do których kompetencji należy rozwiązywanie sporów. Oznacza to, że immanentną cechą rozstrzygnięcia jest bezstronność (obiektywizm), niezależnie od tego, któremu organowi uprawnie-

⁴ P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 116.

⁵ Zob. wyrok TK z dnia 23 października 2006 r., sygn. SK 42/04, OTK-A 2004, nr 7, poz. 67.

⁶ Zob. wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06.

⁷ W. Doroszewski (red. naczelny), *Słownik Języka Polskiego*, t. I: A–Ć, Warszawa 1996, s. 457.

nie do rozstrzygania sporów zostało powierzone. W tym miejscu przyjęto zatem traktować oba pojęcia „bezstronność” i „obiektywizm” jako synonimy, choć w doktrynie nie zawsze są one traktowane zamiennie⁸.

Przechodząc na grunt postępowania sądowego należy wskazać, że oczekiwanie bezstronności podczas rozstrzygania sporów jest adresowane do sądu (sądów). Potwierdzają to prawie identycznie brzmiące przepisy Konwencji i Konstytucji RP. Wynika to z faktu, iż temu i tylko temu organowi powierzono kompetencje do rozstrzygania, zaś obywatel ma prawo oczekiwać, że jego sprawa przez żaden inny organ niż sąd nie zostanie rozwiązana. Taka teza wynika także wprost z przepisów kodeksu postępowania karnego, w którym określone zostały nie tylko przesłanki właściwości miejscowej, ale także przesłanki właściwości rzeczowej, sytuując, co do zasady, określony rodzaj spraw zawsze przed tym samym sądem.

„Rozpatrzenie”, o którym mowa w przepisach Konwencji i Konstytucji RP oznacza niewątpliwie rozwiązanie konfliktu. Obrazowo rzecz ujmując – oznacza, z pewnym uproszczeniem, ostatnią czynność realizowaną przez organ procesowy, któremu przepisy powierzyły imperium w postaci rozstrzygania, także za pomocą kar. Rozpatrzenie sprawy może jednak także obejmować wszystkie inne czynności, których dokonanie warunkuje wydanie końcowego rozstrzygnięcia. Niewątpliwie kompetencja do podjęcia tego końcowego rozstrzygnięcia leży w rękach sądu, jednak czynności, które mają do niego doprowadzić, nie są realizowane wyłącznie przez sąd, a także nie są realizowane wyłącznie na etapie postępowania przed sądem. Takie czynności nawet nie muszą być realizowane przez sam sąd. Są podejmowane przez organ prowadzący postępowanie, którym jest sąd jedynie na etapie postępowania jurysdykcyjnego, bowiem innych etapów „panem” nie jest sąd, lecz najczęściej, choć nie tylko – prokurator.

Jest rzeczą niewątpliwą, że zasada bezstronności adresowana jest do wszystkich organów prowadzących postępowanie, w zależności od tego, na jakim etapie to postępowanie się znajduje. Co do zasady więc organem prowadzącym postępowanie będzie prokurator, zaś sąd wówczas, gdy sprawa wraz z aktem oskarżenia (lub jego surogatami) zostanie skierowana na sąd. W stosunku do obu wymienionych tu organów procesowych adresowane jest wymaganie dokonywania czynności bezstronnie.

W Komentarzu do Prawa o prokuraturze⁹ wskazuje się, iż „przez bezstronność prokuratora należy rozumieć nieuleganie przez niego, przy wyko-

⁸ Zob. bliżej M. Zieliński, M. Bogucki, Zasada bezstronności – art. 4 k.p.k. a podstawy środka odwoławczego, (w:) L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki (red.), Aktualne zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego, Warszawa 2009, s. 21 i nast.

⁹ A. Reczka, Prawo o prokuraturze. Komentarz, Prok. i Pr. wyd. spec., Warszawa 2017, s. 16.

nywaniu obowiązków, wpływom indywidualnym, jak i grupowym, a szczególnie protekcji, presji opinii publicznej i mediów mogących wywoływać jego uprzedzenie albo obawy. Bezstronny prokurator nie może identyfikować się z interesami tylko jednej strony i powinien uwzględniać wszystkie okoliczności prowadzonej przez siebie sprawy, bez względu na to, czy przemawiają one na korzyść, czy też na niekorzyść.” Nie sposób nie zgodzić się z tą tezą, jednak nie lokalizuje ona tej bezstronności z pozycją procesową prokuratora, lecz jedynie eksponuje ona ujęcie ustrojowe, pomijając dylematy wynikające z brzmienia art. 4 k.p.k.

Każde postępowanie jest prowadzone przez określony organ, w zależności od tego, na którym etapie się znajduje. Upraszczając, niewątpliwie trzeba wskazać, że na etapie postępowania przygotowawczego organem kierującym tym postępowaniem będzie prokurator (*dominus litis*), na etapie postępowania sądowego sąd I instancji, sąd II instancji (odwoławczy), sąd ponownie rozpoznający sprawę. Każdemu z tych wymienionych tu organów przynależne jest określone *quantum* czynności, żadnego z nich nie może zastąpić inny organ, a nadto – właściwość funkcjonalna przesądza, iż kompetencja jest „przypisana” do określonego sądu, co oznacza, że przykładowo sąd I instancji nie jest władny, jeśli nie upoważniają go do tego przepisy ustawy, rozstrzygnąć w przedmiocie wniesionego środka odwoławczego. Określić to chyba można jako ustabilizowanie kompetencji, które nie tylko stwarza dla obywatela pewność proceduralną w zakresie organu właściwego do rozpatrzenia jego sprawy, ale także tworzy przeświadczenie, że przedstawioną mu sprawę rozpozna tylko organ bezstronny.

Tak kwestia ta się przedstawia w odniesieniu do sądu jako do organu kompetentnego do rozstrzygania w sposób obiektywny i bezstronny.

Jest jednak taki podmiot w procesie karnym, którego rola w toku rozpatrywania sprawy się zmienia. Podmiotem tym jest prokurator, który w postępowaniu przygotowawczym działa jako organ procesowy, na który nałożony został obowiązek bezstronności i obiektywizmu. Po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia podmiot ten traci przymiot „pana” procesu, lecz staje się uczestnikiem postępowania, którego z pewnością już nie dotyczy przepis art. 4 k.p.k.¹⁰ Czy zatem, skoro podmiot ten przestał być organem kierującym procesem, stał się stroną procesową? Polski proces karny jest przecież procesem trójpodmiotowym – przed bezstronnym sądem spór wiodą przeciwstawne sobie strony procesowe. Czy więc prokurator stał się z chwilą wniesienia do sądu aktu oskarżenia stroną procesową? A skoro stał się stroną procesową, to czy może być stronniczy? Stał się stroną procesową, a więc podmiotem, z którego zdjęty został obowiązek bezstronności i któremu zmiana

¹⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 ze zm.).

roli procesowej pozwala na zachowanie takie, jakie przynależy stronie, a więc na zachowanie stronnicze?

Przywoływany tu już został przepis art. 4 k.p.k., który nakłada na organy prowadzące postępowanie karne obowiązek badania i uwzględniania okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego. Oznacza to, że organy prowadzące postępowanie karne są zobowiązane do bezstronności i obiektywizmu, oraz że zakazane jest im kierowanie się stronniczością, stawanie po którejś ze stron procesowych w czasie zbierania i oceniania materiału dowodowego. Ale z przywołanego tu przepisu wynika także, że jego adresatem jest jedynie podmiot, który pełni w postępowaniu karnym rolę organu procesowego, nie zaś podmiot, którego rola w tym postępowaniu jest wyraźnie nacechowana interesem. Jest więc adresatem tego przepisu ten podmiot, który w czasie trwania postępowania jest organem procesowym, nie zaś ten, który ma prawo do stronniczości.

Przepis art. 4 k.p.k. przypomina, że w procesie karnym funkcjonuje podmiot, którego rola w tym postępowaniu ulega zmianie. Z organu prowadzącego postępowanie karne przekształca się w stronę procesową, wnosząc bowiem do sądu akt oskarżenia staje się oskarżycielem, co do zasady takim samym jak pokrzywdzony wnoszący do sądu subsydiarny lub prywatny akt oskarżenia. Pokrzywdzony jest stroną w postępowaniu karnym i – co oczywiste – występuje w nim po to, by uzyskać potwierdzenie własnego interesu. Jest więc oczywiste, że nie należy oczekiwać od niego obiektywizmu, nawet wówczas, gdy zeznaje w procesie jako świadek. Ma on prawo tak naświetlać organowi procesowemu podczas przesłuchania okoliczności czynu, by jego relacja potraktowana była jako wiarygodna, zaś relacja oskarżonego została odrzucona jako niewiarygodna.

Czy prokurator wnosząc do sądu akt oskarżenia i stając się stroną procesową może zachować się podobnie, jak ta strona procesowa, która jest lub może być równocześnie świadkiem? Wszak prokurator nie reprezentuje w procesie własnego interesu, bo gdyby tak było podlegałby wyłączeniu, lecz reprezentuje w postępowaniu przed sądem interes państwa, do którego obowiązków należy zwalczanie przestępczości, właśnie drogą wnoszenia przeciwko sprawcom przestępstw aktów oskarżenia.

Przywołajmy w tym miejscu tezę postawioną w tytule: czy obowiązkiem prokuratora jest zachować bezstronność, czy też może być stronniczy i eksponować wyłącznie te dowody, które oddziałują na niekorzyść oskarżonego, przemilczając te, które przynoszą potwierdzenie tez obrony? Postawmy wręcz pytanie: czy prokuratorowi wolno kłamać, po to by uzyskać potwierdzenie wyrokiem tezy postawionej w akcie oskarżenia? Czy prokuratorowi wolno zatajać dowody, zebrane w toku postępowania przygotowawczego, gdy jeszcze wiązało go wymaganie określone w art. 4 k.p.k.?

Niewątpliwie odpowiedź na to pytanie nie należy do łatwych. To z tej przyczyny tytuł tej wypowiedzi jest tak skonstruowany, by nie rozstrzygać

jednoznacznie dylematu – co wolno prokuratorowi po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia, a czego – jako organ państwa – nie powinien czynić. Z całą pewnością nie wolno mu kłamać, ale czy można byłoby postawić mu zarzut, że nie eksponuje okoliczności (dowodów) przemawiających na korzyść oskarżonego, albo wręcz czy można mu postawić zarzut, że nie był wystarczająco skuteczny i w efekcie sąd wydał wyrok korzystniejszy dla oskarżonego od tego, jakiego domagał się oskarżyciel publiczny?

Zanim podjęta zostanie próba udzielenia odpowiedzi na te pytania, przyjmy się normom, które gwarantować mają bezstronność i obiektywizm organu procesowego. Stosowne przepisy określają przyczyny wyłączenia sędziego, co może nastąpić w dwóch trybach – na wniosek i z urzędu. Przepis art. 40 § 1 k.p.k. wymienia taksatywnie przyczyny wyłączenia sędziego z urzędu, zaś przepis art. 41 § 1 k.p.k. wskazuje na przyczynę wyłączenia sędziego na wniosek. Przepisy określające przyczyny wyłączenia sędziego oraz tryb jego wyłączenia stosowane są odpowiednio do wskazanych w art. 47 k.p.k. podmiotów, to jest do prokuratora, innych osób prowadzących postępowanie przygotowawcze, innych oskarżycieli publicznych. Wymienione podmioty podlegają wyłączeniu dlatego, by nie spotkały się z zarzutem, że nie są obiektywne, lecz są stronnice. Są wśród nich także takie, których rola procesowa ulega w toku postępowania karnego istotnej zmianie – z organu prowadzącego lub nadzorującego przebieg postępowania przygotowawczego, przekształcają się w stronę procesową. Uzupełnijmy, że poza tymi podmiotami wyłączeniu podlegają także obrońca, pełnomocnik, przedstawiciel społeczny oraz przedstawiciel ustawowy strony procesowej.

Nie wszystkie przepisy określające przyczyny wyłączenia sędziego znajdą odpowiednie zastosowanie do wyłączenia prokuratora, innych osób prowadzących postępowanie przygotowawcze oraz innych oskarżycieli publicznych. Z przepisu art. 47 § 1 k.p.k. *a contrario* wynika, iż nie znajdą do nich zastosowania te, które wymienione zostały w pkt. 5 art. 40 § 1 k.p.k. (brał udział w sprawie jako prokurator, obrońca, pełnomocnik przedstawiciel ustawowy strony albo prowadził postępowanie przygotowawcze), te wymienione w pkt. 7 wspomnianego przepisu (gdy brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone) oraz wskazane w pkt. 9 (gdy brał udział w wydaniu orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw).

Dodajmy jeszcze dla porządku, że w myśl art. 44 k.p.k., przepisy określające przyczyny wyłączenia sędziego stosuje się odpowiednio – tym razem w pełnym zakresie – do referendarzy sądowych i ławników.

Najistotniejsza – jak się wydaje – kwestia, to ta która dotyczy pozycji procesowej prokuratora, innych osób prowadzących postępowanie przygotowawcze oraz innych oskarżycieli publicznych w toku procesu. Otóż wymienione tu podmioty zmieniają swoją rolę procesową, to znaczy przekształcają się z organu procesowego w stronę procesową, gdy wniosą do sądu akt oskar-

żenia. Dla porządku wskażmy także, że wyłączenie dotyczy nie jakiegoś „mitycznego” organu, lecz konkretnej osoby. Bowiem to od osoby oczekiwać należy bezstronności (obiektywizmu), nie zaś od organu, w skład którego wchodzi dana osoba (który dana osoba tworzy), nie od organu procesowego, nawet jeśli ten „organ” procesowy jest organem jednoosobowym.

W doktrynie wskazuje się nie tylko, że obowiązek dochowania przez organy procesowe bezstronności dotyczy całego postępowania karnego, a więc tak postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego, ale także podnosi się, że na prokuratorze ciąży obowiązek zachowania minimum bezstronności, co wiąże się z koniecznością realizacji dwojakiego rodzaju obowiązków – obowiązku oskarżania i obowiązku strzeżenia praworządności. Oba wymienione tu obowiązki nie pozostają wobec siebie w opozycji – obowiązek oskarżania nie zwalnia bowiem prokuratora od rzeczowej oceny przeprowadzanych dowodów, a jeśli zaistnieją w postępowaniu okoliczności grożące utratą bezstronności, powinno to powodować wyłączenie prokuratora i innych organów prowadzących postępowanie przygotowawcze od udziału w sprawie¹¹. Przypomina się także, iż prokurator w postępowaniu przed sądem pełni rolę gwaranta rzetelnego postępowania i jest zobowiązany do czuwania, by podstawą rozstrzygnięcia były ustalenia prawdziwe, a tym samym jest zobowiązany do zachowania bezstronności¹².

Przytoczone tu poglądy wyraźnie wskazują na aktualne obecnie, ale ciągle chyba stosunkowo tradycyjne stanowisko ich autorów¹³, którzy widzą rolę prokuratora jako tego, który w postępowaniu przygotowawczym, zgodnie z treścią art. 4 k.p.k., gromadzi dowody przemawiające zarówno na rzecz oskarżonego, jak i przeciwko niemu, ale w postępowaniu jurysdykcyjnym roli swej co do zasady nie zmienia. Potwierdza to stanowisko pogląd¹⁴, iż wynikająca z dyspozycji art. 4 k.p.k. zasada obiektywizmu adresowana jest tak do orzekającego sądu, jak i do przedstawicieli organów ścigania, które powinny tenże obiektywizm wykazywać na każdym etapie postępowania w sprawie, a więc nie tylko w toku postępowania przygotowawczego, kiedy zabezpiecza się dowody przemawiające zarówno na niekorzyść jak i na korzyść podejrzanego, ale także w dalszych fazach postępowania, nawet przy wnoszeniu środków odwoławczych. Pogląd ten może zostać zaaprobo-

¹¹ Zob. P. K. Sowiński, W kwestii bezstronności prokuratora. Uwagi na tle przepisów art. 47 oraz art. 48 K.p.k., (w:) H. Zięba-Załućka, M. Kijowski (red. nauk.), *Godność obywatela, urzędu i instytucji. Zmiany prawnoustrojowe prokuratury RP*. Konferencja naukowa, Rzeszów, 24 maja 2005 r., Rzeszów 2005, s. 114 i nast.

¹² Cz. P. Kłak, *Prokurator a zasada swobodnej oceny dowodów i bezstronności w polskim procesie karnym*, (w:) Etyka. Deontologia. Prawo. Konferencja Naukowa „Etyka profesji prawniczych – wyzwania współczesności”, Sieniawa 15–17 listopada 2007 r., pod red. P. Stęczkowskiego, Rzeszów 2008, s. 211.

¹³ Zauważmy, że poglądy te są odpowiednie całej w zasadzie doktrynie, jak i orzecznictwu.

¹⁴ Tak np. wyrok SA w Warszawie z dnia 5 września 2014 r., sygn. II AKa 169/14 (niepubl.).

wany jedynie w części, w której mowa o obiektywizmie przedstawicieli organów ścigania w postępowaniu przygotowawczym, bowiem istotnie do takiego obiektywizmu te organy zobowiązuje wskazany tu przepis art. 4 k.p.k. Przytoczony tu judykat nie wyjaśnia jednak z czego miałby wynikać obowiązek bezstronności wówczas, gdy akt oskarżenia został już do sądu skierowany.

Warto przywołać komentatorów przepisów zamieszczonych w kodeksie postępowania karnego, którzy kwestię semantycznej wykładni przepisu zwrotu „organ procesowy” zamieszczonego w art. 4 k.p.k. pozostawiają w zasadzie bez wyjaśnienia. W wielu komentarzach czytamy mianowicie, że organy procesowe są zobowiązane do bezstronności w zakresie dowodzenia i oceny zebranych w sprawie dowodów, a nadto, iż w postępowaniu jurysdykcyjnym wymóg bezstronności adresowany jest do sądu. Jednak w tym kontekście roli prokuratora działającego w charakterze strony procesowej nie komentują, z czego jednak wcale nie musi wynikać, że oskarżyciel publiczny stając się stroną postępowania może być stronniczy¹⁵.

Niewątpliwie, niejednoznacznie skonstruowany przepis art. 4 k.p.k. problem wysoce komplikuje. W dodatku, jeśli wziąć pod uwagę zadania, jakie ma do spełnienia prokuratura, to okaże się, że z jednej strony prokurator powinien wspierać linię oskarżenia wyrażoną we wniesionym do sądu akcie oskarżenia, ale równocześnie, jako organ zobowiązany stosownymi przepisami Prawa o prokuraturze¹⁶, także dbać o praworządność postępowania, a zatem o to, by cały zebrany w sprawie materiał dowodowy poddany został bezstronnej ocenie i by stanowił podstawę prawdziwych ustaleń faktycznych.

¹⁵ Zob. np. Z. Gostyński, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1999, s. 160, który wskazuje, iż „dyrektywa ta nakazuje organom prowadzącym postępowanie zachowanie obiektywnego stosunku do stron i innych uczestników”. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–296, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 56, przyjmują, że „adresatem dyrektywy wynikającej z (...) przepisu (art. 4) są organy prowadzące postępowanie karne. Chodzi zatem zarówno o sąd, jak i o organy prowadzące postępowanie przygotowawcze”. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarze Zakamycza wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 36, dostrzega w przepisie art. 4 nakaz bezstronności, który oznacza „zakaz przyjmowania przez sąd określonego obrazu sprawy. W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012, s. 23 wywodzi, że „Zasada obiektywizmu adresowana jest do organów prowadzących postępowanie karne, a więc nie tylko do sądu, lecz także do organów prowadzących lub nadzorujących postępowanie przygotowawcze”. Zdaniem M. Kurowskiego, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. D. Świeckiego, Warszawa 2013, s. 45, bezstronność polega przede wszystkim na tym, że „sędzia kieruje się obiektywizmem, nie stwarzając korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania”. W końcu, ale jeszcze dla przykładu przywołać należy wywód A. Sakowicza, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2016, s. 28, zdaniem którego „w postępowaniu jurysdykcyjnym wiąże sędziów i ławników uczestniczących w rozpoznawaniu spraw karnych”.

¹⁶ Zob. art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz. U. z 2016 r., poz. 177 ze zm.).

Ten sposób widzenia roli prokuratora (i niewątpliwie także innych osób prowadzących postępowanie przygotowawcze oraz innych oskarżycieli publicznych) nie był chyba obcy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, która przygotowała wielką nowelizację z września 2013 r., skoro, jak czytamy w uzasadnieniu¹⁷ do projektu, podkreśleniem obiektywizmu prokuratora w postępowaniu przygotowawczym ma być obowiązek zbierania wszystkich dowodów w niezbędnym zakresie, a także rozpatrywania wniosków dowodowych stron z uwzględnieniem wymogów wskazanych w art. 4 k.p.k., przy równoczesnym przedstawieniu tych dowodów sądowi, by ten zdecydował o ich włączeniu do materiału dowodowego w procesie. Komisja Kodyfikacyjna nie proponowała zmian treści art. 4 k.p.k. i podkreślała obowiązek zachowania obiektywizmu przez sąd, nie wiążąc tego nakazu z zachowaniem procesowym prokuratora. Wskażmy również, że wszędzie tam, gdzie mowa była w uzasadnieniu projektu zmian kodeksu postępowania karnego o zasadzie obiektywizmu (bezstronności) mowa była o cesze sądu, nie zaś o cesze innych niż sąd organów. Biorąc pod uwagę dotychczasowy sposób wykładni przepisu art. 4 k.p.k. i to co powiedziano powyżej, można niewątpliwie przyjąć, iż na każdym z organów prowadzących postępowanie, niezależnie od tego, na którym etapie postępowanie to się znajduje, ciąży obowiązek dochowania obiektywizmu, tak by podstawą rozstrzygnięcia był zebrany w sprawie i oceniony w ramach swobodnej oceny pełny materiał dowodowy.

Jak już wcześniej podniesiono, pozycja procesowa prokuratora w postępowaniu przygotowawczym różni się istotnie od tejże zajmowanej przez prokuratora w postępowaniu jurysdykcyjnym – wcześniej był organem procesowym zobowiązanym do bezstronności, po wniesieniu aktu oskarżenia stał się stroną tego postępowania¹⁸. Zmiana roli procesowej podmiotu, który w stadium przygotowawczym postępowania karnego był organem prowadzącym proces, zaś w stadium jurysdykcyjnym przekształcił się w rolę strony procesowej, musi istotnie wpłynąć na zakres uprawnień tego podmiotu w postępowaniu, ale także, a może nawet przede wszystkim, na zakres jego obowiązków. Najważniejszy z tych obowiązków to, jak już wyżej wskazano, obowiązek popierania oskarżenia przedstawionymi sądowi dowodami. Ta kwestia nie budzi wątpliwości. Postępowanie przygotowawcze zostało zakończone wniesieniem aktu oskarżenia i aby sąd mógł w tej kwestii wydać stosowne rozstrzygnięcie, oskarżenie musi być przez określony podmiot wspierane. Problem w tym, czy rola prokuratora (i pozostałych wyżej wymienionych organów) ogranicza się do wspierania tego oskarżenia, czy też – jako organ państwa zobowiązany do dbałości o praworządność – nie wolno

¹⁷ Druk Sejmowy nr 870.

¹⁸ Autor z całą mocą odżegnuje się od traktowania prokuratora w postępowaniu jurysdykcyjnym jako „specyficznej strony”, ponieważ nie wyjaśnia to wyżej sygnalizowanego w pytaniach dylematu, lecz jedynie ten dylemat jeszcze bardziej zaciemnia.

mu się ograniczyć do przedstawiania sądowi dowodów na niekorzyść oskarżonego, lecz powinien – sięgając po zobowiązanie wynikające z art. 4 k.p.k. – przedstawiać sądowi dowody przemawiające nie tylko na niekorzyść oskarżonego, a więc na rzecz oskarżenia, ale także takie, które tezie oskarżenia będą przeczyły.

Pojawia się jednak pytanie o to, czy można realizować obie role procesowe jednocześnie. Czy można być stroną procesową, której immanentną cechą jest stronniczość i równocześnie podmiotem (bo wszak już nie organem procesowym), na którym ciąży obowiązek przedstawiania sądowi dowodów i wspierania ich takimi, których znaczenie jest równocześnie korzystne, jak i niekorzystne dla oskarżonego. Zresztą, jak nazwać podmiot, który nie jest, co oczywiste, organem procesowym, a który jest równocześnie podmiotem zobowiązanym do bezstronności? Żaden z podmiotów procesowych, poza sądem, takiej roli w procesie nie realizuje. Przed bezstronnym sądem występują podmioty, które mają „do załatwienia” istotny interes – swój (oskarżony, pokrzywdzony) albo cudzy („państwowy”, a więc prokurator). Ale zawsze mamy do czynienia z podmiotem „zainteresowanym” rozstrzygnięciem.

Nie wydaje się, by fakt, iż interesem tym dla prokuratora jest interes państwa lub interes społeczny, coś tu zmieniał.

Jeśli więc prokurator nie jest organem procesowym, to w procesie kontradyktoryjnym, a zatem opartym o zasadę sporności, może być tylko „stronniczą” stroną. Wypada przypomnieć, że rozdział ról procesowych sprzyja bezstronnemu osądowi zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W piśmiennictwie wyrażono już pogląd, by nieco odmiennie niż dotychczas, ustalając adresatów przepisu art. 4 k.p.k., interpretować ten przepis¹⁹. Wskazano wprost, że „po wniesieniu aktu oskarżenia prokurator staje się stroną postępowania, w związku z czym przestaje być adresatem dyrektywy wynikającej z tego przepisu”. Wsparcie dla tego poglądu musi łączyć się z próbą udzielenia odpowiedzi na wyżej postawione pytania.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego nie zaproponowała zmian do przywołanego tu dopiero co przepisu i w takim kształcie obowiązuje on od dnia wejścia w życie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. Identyczny przepis znajdziemy także w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r.²⁰, który w art. 3 § 1 stanowił, iż organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego. Nieco jedynie odmiennie ujęcie interesującej nas

¹⁹ Tak wprost P. Hofmański, Czy konieczna jest redukcja postępowania przygotowawczego?, (w:) *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji 90. urodzin*, pod red. nauk. T. Grzegorzcyka, s. 62.

²⁰ Ustawa – Kodeks postępowania karnego z dnia 19.3.1969 r. (Dz. U. z 1969 r., Nr 13 poz. 96 ze zm.).

tu kwestii prezentował przedwojenny Kodeks postępowania karnego w jego wersji pierwotnej²¹. Mianowicie art. 9 tego Kodeksu wskazywał, iż „wszystkie władze, powołane do udziału w dochodzeniu i ściganiu przestępstw, mają obowiązek uwzględniania zarówno okoliczności przemawiających za oskarżonym, jak i przeciw niemu”. Niewątpliwie więc żaden z przytoczonych tu przepisów postępowania karnego obowiązujących do dnia dzisiejszego nie przewidywał wprost, że prokurator po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia staje się stroną procesową i że zwalnia go to z obowiązku bezstronności, choć ujęcie zamieszczone w Kodeksie z 1928 r. było chyba najbliższe tej roli procesowej, którą w procesie karnym pełnić powinien prokurator.

Czy jednak na prokuratorze ciąży obowiązek bezstronnego odniesienia się do zebranego w sprawie materiału dowodowego? Czy obecnie, właśnie wobec niezmienności stanu prawnego ciąży na prokuratorze albo innym podmiocie występującym w charakterze oskarżyciela publicznego obowiązek zachowania obiektywizmu?

Jak się wydaje, analiza przepisu art. 4 k.p.k. obecnie obowiązującego prowadzić musi do wniosku, iż skoro w postępowaniu przed sądem prokurator jest stroną procesową, to nie ma obowiązku być bezstronny.

Czy teza taka stoi w sprzeczności z zasadami etyki zawodowej nakładającymi na organy państwa obowiązek obiektywizmu wobec obywatela postawionego w stan oskarżenia przed sądem? Jak się wydaje, trudno tutaj przywoływać tego rodzaju argumenty. Mamy tu wszak do czynienia z nałożonym na organy ścigania obowiązkiem zwalczania przestępczości i w relacjach do sprawców przestępstw obowiązują inne reguły niż te, które charakteryzują stosunek organu państwa do obywatela.

Jednak, czy skoro prokurator występuje przed sądem jako strona procesowa, wolno mu zataić zebrany w sprawie materiał dowodowy korzystny dla oskarżonego i przedstawić sądowi tylko ten, który wspiera oskarżenie? Czy prokurator, wiedząc o istnieniu dowodu, wobec braku aktywności procesowej oskarżonego (i jego obrońcy) może zrezygnować ze złożenia wniosku dowodowego korzystnego dla oskarżonego, czy też – wobec obowiązku bezstronności – powinien taki wniosek złożyć?

Niewątpliwie, jeśli przyjąć, że po wniesieniu aktu oskarżenia prokurator staje się stroną postępowania, a trudno chyba byłoby takie założenie obalić, to nie musi on robić niczego, co byłoby zgodne z interesem oskarżonego. Wszak, jak wynika z przepisu art. 334 § 1 k.p.k., z aktem oskarżenia przesyła się sądowi akta postępowania przygotowawczego wraz z załącznikami, a więc także wszystko to, co będzie potwierdzało tezy zamieszczone w skardze inicjującej postępowanie. Ale przecież prokurator ten może także

²¹ Rozp. Prezydenta RP – Kodeks postępowania karnego z dnia 19 marca 1928 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 313 ze zm.).

wnieść o zaniechanie wezwania świadków i odczytanie ich zeznań, jeśli spełnione są przesłanki określone w art. 333 § 2 k.p.k., a tu już przecież może dojść do pewnej selekcji tego materiału dowodowego, który mógłby, ale zgodnie z wnioskiem prokuratora nie będzie bezpośrednio przeprowadzony na rozprawie. Oczywiście jest rzeczą, że jeśli oskarżony i jego obrońca będą aktywnie uczestniczyli w czynnościach zapoznania stron z materiałem dowodowym postępowania przygotowawczego przed jego zamknięciem, to uzyskają pełną świadomość szczegółów dowodów zebranych w toku początkowej fazy postępowania. Wiadomo jednak z praktyki, że czynność zapoznania z aktami postępowania najpełniej i zgodnie z taktyką obrończą jest realizowana przez samego obrońcę, którego jednak stosunkowo rzadko na tym etapie postępowania posiada podejrzany. Tu pojawia się także problem dyskwalifikacji dowodów pozyskanych wbrew zakazom dowodowym. Kodeks nie określa trybu takiej dyskwalifikacji, co oznacza, że może jej dokonać na etapie postępowania przygotowawczego prokurator nie zapoznając z treścią takiego dowodu sądu, a więc także nie zapoznając z nim podejrzanego. Jeśli z takiego zdyskwalifikowanego dowodu wynikać może wiedza o istnieniu innego dowodu, to tu już możemy mieć do czynienia z pewną próbą stronniczego wspierania tezy oskarżycielskiej i działania przeciwko interesowi oskarżonego. Przecież nie od dziś wiadomo, że ten, kto ma wiedzę jest w zdecydowanie lepszej sytuacji niż ten, komu jej brakuje.

Wymienione tu przykładowo czynności mogą stanowić próbę podważenia tezy, że prokurator po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu staje się „po prostu stroną”, ale jednak jeśli wziąć pod uwagę aktywność dowodową oskarżyciela publicznego na rozprawie, to może się okazać, że brak tej aktywności (rezygnacja ze złożenia wniosku dowodowego), mimo świadomości istnienia dowodów korzystnych dla oskarżonego, może istotnie pogorszyć sytuację procesową oskarżonego. W tym miejscu warto przypomnieć, że przepis art. 10 § 1 k.p.k. zobowiązuje oskarżyciela publicznego do m.in. popierania wniesionego oskarżenia. To wszystko prawda, ale przecież Kodeks postępowania karnego nie zawiera przepisu zakazującego aktywnego uczestnictwa w postępowaniu dowodowym oskarżonemu. Niewątpliwie w przypadku dokonania literalnej wykładni przepisu art. 4 k.p.k. sytuacja oskarżonego, który nie posiada obrońcy (bo nie musi) i który nie może skorzystać z obrońcy z urzędu (bo nie spełnia przesłanek obrony dla ubogich) jest gorsza od sytuacji tego oskarżonego, którego pozycja procesowa w postępowaniu przed sądem jest wspierana udziałem w nim fachowego pomocnika, jednak wypada tu przypomnieć nie tylko o konieczności przestrzegania zasady lojalności procesowej przez sąd, ale także o możliwości (nowela marcowa na powrót ją przywróciła) przejawiania inicjatywy dowodowej przez sam sąd.

Jeśli zatem podjąć próbę odpowiedzi na postawione w tytule pytanie, to należałoby wskazać na uprawnienie prokuratora do funkcjonowania w po-

stępowaniu jurysdykcyjnym w charakterze „stronniczej” strony procesowej, choć niewątpliwie jego pozycja procesowa jest nieco odmienna od tej, jaką mają do spełnienia typowe strony procesowe, których aktywność dowodowa może ograniczyć się wyłącznie do tych działań, które przynieść mogą korzyść dla ich realizatora.

Impartiality of prosecutors, persons conducting preliminary proceedings and other public prosecutors: right or obligation?

Abstract

This paper explores the validity of the principle of the impartiality of prosecutors, persons conducting preliminary proceedings, and other public prosecutors.

Wojciech Radecki

Odpowiedzialność za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne w prawie polskim, czeskim i słowackim

Streszczenie

Jednym z najpoważniejszych problemów doktryny prawa penalnego (re-presyjnego) jest wyznaczenie granic między odpowiedzialnością karną a odpowiedzialnością administracyjną. Podczas gdy relacje między przestępstwami a wykroczeniami mają długą historię i są mniej więcej zbadane, odmiennie przedstawia się kwestia deliktów administracyjnych, których typizacja pojawiła się stosunkowo niedawno i odpowiedzialność za delikty administracyjne dopiero szuka sobie miejsca w systemie prawnym. Artykuł przedstawia te zagadnienia na tle porównawczym zrazu dwóch państw: Polski i Czechosłowacji, następnie trzech: Polski, Czech i Słowacji, bliskich sobie geograficznie, historycznie, kulturowo, językowo i prawnie. Na szczególną uwagę zasługują z jednej strony czeska ustawa o wykroczeniach z 2016 r., która weszła w życie 1 lipca 2017 r., przynosząc niezmiernie interesujące połączenie odpowiedzialności za wykroczenia z odpowiedzialnością za delikty administracyjne pod wspólną nazwą odpowiedzialności za wykroczenia, ale z pozostawieniem zróżnicowania podmiotowych przesłanek odpowiedzialności, z drugiej zaś nowelizacja polskiego Kodeksu postępowania administracyjnego, która weszła w życie 1 czerwca 2017 r., wprowadzając po raz pierwszy w naszym systemie prawnym regulacje o charakterze ogólnym dotyczące administracyjnych kar pieniężnych.

1. Wprowadzenie historyczne

Nie wchodząc głębiej w rozważania historyczne zacznę od 1918 r., kiedy powstała Pierwsza Republika Czechosłowacka oraz odrodziła się państwowość polska w postaci Drugiej Rzeczypospolitej. Na ziemiach wchodzących w skład tych państw obowiązywały wtedy cztery kodeksy karne:

- austriacki z 1852 r. – na ziemiach historycznej Korony Czeskiej oraz polskich pozostających dotąd pod zaborem austriackim,
- niemiecki z 1871 r. – na ziemiach polskich pozostających dotąd pod zaborem pruskim,

- węgierski z 1878 r. – na ziemiach słowackich oraz skrawkach polskich na Spiszu i Orawie,
- rosyjski z 1903 r. – na ziemiach polskich pozostających dotąd pod zaborem rosyjskim.

Te cztery kodeksy jako założenie wyjściowe przyjmowały trójpodział przestępstw na zbrodnie, występki i wykroczenia (w języku czeskim *zločiny*, *přečiny*, *přestupky*). Przed oboma powstałymi wtedy państwami stało zadanie złączenia w jedną całość tych różnych systemów oraz podjęcie decyzji o regulacji prawnej dotyczącej wykroczeń.

Z zadaniem tym w okresie międzywojennym uporała się tylko Polska przyjmując w roku 1932 trzy podstawowe akty legislacyjne: Kodeks karny, Prawo o wykroczeniach, Przepisy wprowadzające kodeks karny i prawo o wykroczeniach¹. Wprawdzie problematyka wykroczeń znalazła się w odrębnym akcie normatywnym, ale ścisły związek wykroczeń z przestępstwami podkreślał choćby art. 2 Prawa o wykroczeniach, nakazujący stosowanie do wykroczeń niektórych przepisów części ogólnej Kodeksu karnego.

Sytuacja w Czechosłowacji przedstawiała się inaczej. Zasadniczo przejęto dotychczasowe prawo karne austriackie i węgierskie, co nastąpiło ustawą z dnia 28 października 1918 r. o powstaniu samodzielnego państwa czechosłowackiego². Ale od początku istnienia nowego państwa datują się dążenia do usunięcia dualizmu prawa austriackiego i węgierskiego. W maju 1921 r. został przygotowany „tymczasowy projekt części ogólnej ustawy karnej”, który klasyfikował przestępstwa już tylko na dwie grupy: zbrodnie (*zločiny*) i występki (*přečiny*), przy czym kryterium podziału miało być uznanie sądu. Po dwóch latach zostały opublikowane projektowane podstawy dwóch ustaw: karnej i odrębnej o wykroczeniach (*Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového*). W 1936 r. została przedstawiona kolejna wersja projektu ustawy karnej, powracająca do tradycyjnego trójpodziału (*zločiny*, *přečiny*, *přestupky*), ale parlament się nią nie zajął. Reforma prawa karnego napotkała na sprzeciw konserwatystów, którzy byli zadowoleni z recypowanego prawa karnego, wskazywali na konsekwencje finansowe reformy i potrzebę rozwiązywania innych pilniejszych problemów legislacyjnych³.

¹ Trzy rozporządzenia (z mocą ustawy) Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r.: Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571), Prawo o wykroczeniach (Dz. U. Nr 60, poz. 572), Przepisy wprowadzające Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach (Dz. U. Nr 60, poz. 573).

² Zákon o zřízení samostatného československého státu. Text tej ustawy, znanej pod nazwą ustawy recepcyjnej (*recepční zákon*), (w:) L. Vojaček, K. Schelle, V. Knoll, České právní dějiny, Plzeň 2010, s. 294.

³ K. Malý a kolektiv, Dějiny českého a československého práva do roku 1945, Praha 2005, s. 415–416.

Po II wojnie światowej Druga Czechosłowacja i Polska stopniowo wstępowały na drogę socjalistyczną, korzystając ze wzorów radzieckich. W pierwszych latach powojennych nadal obowiązywały w Czechosłowacji przepisy austriackie i węgierskie, w Polsce przepisy międzywojnia.

Najdonioślejszym dla późniejszego rozwoju czechosłowackiego systemu prawnego okazał się przewrót polityczny z lutego 1948 r. i przejęcie władzy przez partię komunistyczną. Konsekwencją przewrotu było tzw. prawnicze dwulecie (*právníká dvouletka*), które w prawie karnym zaznaczyło się aktami kodyfikacyjnymi z zakresu prawa karnego sądowego⁴ oraz prawa karnego administracyjnego⁵. Efekt był taki, że czechosłowackie rady narodowe, które już w 1945 r. przejęły orzecznictwo w sprawach o wykroczenia, mogły za niektóre wykroczenia wymierzać kary sięgające 2 lat pozbawienia wolności i przepadku mienia. Wprawdzie w drugiej połowie lat 50. ubiegłego stulecia te najdrażystniejsze konsekwencje prawa wykroczeń zostały złagodzone, ale w ocenie autorów czeskich zamiar ustawodawcy, aby ująć regulację prawną wykroczeń w aktach typu kodyfikacyjnego, nie powiódł się, nadal liczne zespoły znamion wykroczeń znajdowały się w ustawach szczególnych, a potem ta tendencja jeszcze się nasiliła⁶.

W Polsce drugiej połowy lat 40. ubiegłego wieku odżył spór o miejsce wykroczeń w systemie prawa karnego. Spór ten zdawała się kończyć ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym⁷, po której pojawiły się poglądy, że prawo o wykroczeniach, zwane wtedy powszechnie prawem karno-administracyjnym, to jednak nie prawo karne, ale raczej prawo administracyjne⁸.

Dla rozwoju czechosłowackiego prawa penalnego najdonioślejszym okazał się rok 1961, w którym ukazały się trzy fundamentalne akty prawne w następującej kolejności:

- ustawa z dnia 18 kwietnia 1961 r. o miejscowych sądach ludowych⁹,

⁴ Trestní zákon č. 86/1950 Sb. (prawo materialne) i Trestní řád – zákon č. 87/1950 Sb. (prawo procesowe). W tym miejscu potrzebne są dwa wyjaśnienia. Po pierwsze, czeski i słowacki *zákon* to polska „ustawa”, a *zákoník* to polski „kodeks”. Po drugie, czeskie i słowackie akty prawne powołuje się w ten sposób, że po literze „č” (*číslo* = numer) następuje pozycja, pod którą w oficjalnym zbiorze aktów prawnych (czeska *Sbírka zákonů*, słowacka *Zbierka zákonov*) akt został po raz pierwszy opublikowany (bez względu na ewentualne późniejsze teksty jednolite), łamana przez rok pierwszej publikacji i zakończona skrótem zbioru aktów prawnych: „Sb.” (Czechosłowacja a następnie Republika Czeska) albo „Zb.” (Słowacja w ramach Czechosłowacji) lub „Z.z.” (Republika Słowacka).

⁵ Trestní zákon správní č. 88/1950 Sb. (prawo materialne) oraz Trestní řád správní – zákon č. 89/1950 Sb. (prawo procesowe).

⁶ P. M a t e s a kolektiv, *Základy správního práva trestního*, Praha 2010, s. 9–10.

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 1966 r., Nr 39, poz. 283.

⁸ R. R a j k o w s k i, *Prawo karno-administracyjne Polski Ludowej*, Warszawa 1955, s. 41–42.

⁹ Zákon č. 38/1961 Sb., o místních lidových soudech.

- ustawa z dnia 26 czerwca 1961 r. o zadaniach rad narodowych przy zapewnieniu porządku socjalistycznego¹⁰,
- ustawa z dnia 9 listopada 1961 r. Kodeks karny¹¹.

Pierwsza z nich wprowadziła nową kategorię czynów zabronionych pod groźbą kary zwanych przewinieniami (*provinění*), położonych gdzieś na pograniczu prawa wykroczeń i prawa pracy. Ten pomysł okazał się nieudany i po ośmiu latach ustawa ta została uchylona. Druga była w istocie ustawą o wykroczeniach, aczkolwiek nazwa „wykroczenie” nawet nie pojawiła się w tytule, natomiast w treści obejmowała regulacje zarówno materialne, jak i procesowe odnoszące się do wykroczeń (*přestupky*). Za wykroczenia można było orzekać środki (*opatření*) nienazwane karami: upomnienie, naganę publiczną, grzywnę do 500 ówczesnych koron, przepadek rzeczy i naprawienie szkody. Ustawa ta w duchu ówczesnej doktryny „zwycięskiego socjalizmu” kładła nacisk na aspekt wychowawczy orzecznictwa w sprawach o wykroczenia, działania organizatorskie i wzmacnianie świadomości prawnej obywateli, co okazało się, jak oceniają autorzy czescy, mało realistyczne¹². Wreszcie trzecia ustawa odeszła od tradycyjnego podziału przestępstw na zbrodnie i występki i wprowadziła jednolitą kategorię przestępstwa (*trestný čin*) bez wewnętrznej dyferencjacji.

W każdym razie rok 1961 zaznaczył się całkowitym odseparowaniem prawa wykroczeń od prawa karnego. W ramach prawa karnego pozostały tylko przestępstwa, przy czym przyjęto założenie, utrzymane do dziś w Czechach i Słowacji, że przestępstwa mogą być typizowane tylko w kodeksie karnym, wobec czego kategoria „pozakodeksowego prawa karnego”, niezwykle w prawie polskim rozległa, nie istnieje ani w prawie czeskim, ani w prawie słowackim.

Na kształt polskiego prawa wykroczeń decydujący wpływ wywarła ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego¹³. Po jej wejściu w życie wykroczeniami stały się m.in. czyny ogólnokryminalne, różniące się od przestępstw jedynie znamieniem liczbowym wyrażającym wartość przedmiotu zamachu lub wyrządzoną szkodę (kradzież, przywłaszczenie, wyrąb drzewa w lesie, uszkodzenie mienia).

W Czechosłowacji w ramach tzw. normalizacji po „praskiej wiośnie” roku 1968 została wydana ustawa z dnia 18 grudnia 1969 r. o występkach¹⁴. Nowa kategoria *přečin* (występek) nie zmieniła jednak założeń kodeksu karnego, który nadal operował jednolitą kategorią przestępstwa, a zatem pojawił

¹⁰ Zákon č. 60/1961 Sb., o úkolech národních výborů při zajišťování socialistického pořádku.

¹¹ Trestní zákon č. 140/1961 Sb.

¹² P. Maťaš a kolektiv, Základy správního práva trestního, Praha 2010, s. 10.

¹³ Dz. U. Nr 23, poz. 149.

¹⁴ Zákon č. 150/1969 Sb., o přečinech.

się nowy podział na przestępstwa (*trestne činy*) z kodeksu i występki (*přečiny*) z ustawy z 1969 r.; te ostatnie były w istocie drobniejszymi przestępstwami. Wybiegając nieco naprzód warto zauważyć, że jednym z pierwszych przedsięwzięć ustawodawczych po czeskosłowackiej „aksamitnej rewolucji” listopada 1989 r. było uchylenie owej ustawy z 18 grudnia 1969 r.

W Polsce zmiany wprowadzone w 1966 r. zostały jeszcze wzmocnione w aktach kodyfikacyjnych przełomu lat 60. i 70. XX wieku: Kodeksie karnym¹⁵ i Kodeksie wykroczeń¹⁶. Po wejściu w życie k.w. porzucono nazwę „prawo karno-administracyjne” jako nieadekwatną do nowego kształtu prawa wykroczeń, a w doktrynie ugruntował się pogląd, że pomiędzy przestępstwami i wykroczeniami nie ma różnic, które uzasadniałyby tezę o ich jakościowej odmienności. Są to czyny jakościowo tożsame, różniące się jedynie stopniem wspólnej im cechy społecznego niebezpieczeństwa¹⁷ (dziś – szkodliwości).

Punktem zwrotnym w rozwoju prawa penalnego w Polsce i Czechosłowacji było rozpoczęcie procesu transformacji ustrojowej przełomu lat 80. i 90. XX wieku. W 1990 r. w czasie istnienia federacji została wydana ustawa o wykroczeniach uchwalona odrębnie przez Czeską Radę Narodową¹⁸ i Słowacką Radę Narodową¹⁹. Wyjściowo były to akty identyczne, ale ponieważ każdy z nich był kilkadziesiąt razy nowelizowany, stopniowo zaczęły się one różnić w szczegółach. Ustawa czeska obowiązywała do 30 czerwca 2017 r., ustawa słowacka obowiązuje nadal. Akty te złożone z części ogólnej, szczególnej i procesowej przedstawiały swoistą kodyfikację czeskiego i słowackiego prawa wykroczeń, aczkolwiek miejscem typizacji wykroczeń były i są przede wszystkim ustawy szczególne, których w obu tych państwach jest po około 200.

W Polsce w tymże 1990 r. rozpoczęto drogę prowadzącą do pełnego usądowienia prawa wykroczeń²⁰, która jeszcze wzmocniona regulacjami Konstytucji RP z 1997 r. znalazła swój finał w uchwalonym 24 sierpnia 2001 r. Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia²¹, przyjmującym założenie, że – poza postępowaniem mandatowym – tylko sąd może orzekać w sprawach o wykroczenia. Podkreślić przy tym trzeba, że k.p.w. nie jest

¹⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

¹⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst pierwotny Dz. U. z 1971 r., Nr 12, poz. 114; aktualny tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1094 ze zm.).

¹⁷ J. Skupieński, Model polskiego prawa o wykroczeniach, Wrocław 1974, s. 20.

¹⁸ Zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích.

¹⁹ Zákon č. 372/1990 Zb., o priestupkoch.

²⁰ Ustawa z dnia 8 czerwca 1990 r. o zmianie ustaw: Kodeks postępowania karnego, Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia i Kodeks pracy (Dz. U. Nr 43, poz. 251).

²¹ Tekst pierwotny Dz. U. z 2001 r., Nr 106, poz. 1138, aktualny tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1713 ze zm.

ustawą w pełni samodzielnią, lecz nakazuje stosowanie odpowiednich przepisów k.p.k.

Kolejne punkty rozwojowe to kodyfikacje karne, najpierw polski Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r.²², następnie – już po rozdzieleniu Czechosłowacji z dniem 1 stycznia 1993 r. na dwa odrębne państwa – słowacki Kodeks karny z 20 maja 2005 r.²³ i czeski Kodeks karny z dnia 8 stycznia 2009 r.²⁴

Linia rozwojowa prowadząca od XIX-wiecznych kodeksów karnych poprzez XX-wieczne kodeksy i ustawy dotyczące wykroczeń do XXI-wiecznych kodeksów karnych słowackiego i czeskiego komplikuje się dwójako. Po pierwsze, przez odrębne ustawy o odpowiedzialności karnej osób prawnych²⁵, po drugie, przez niezwykle rozrost w drugiej połowie XX wieku i w XXI wieku regulacji typizujących czyny zabronione pod groźbą kary pieniężnej (pokuty w językach czeskim i słowackim) zwanych deliktami administracyjnymi. Łatwo zauważyć dużą atrakcyjność tej formy odpowiedzialności o charakterze penalnym, wyrażającą się w tym, że orzekają organy administracji, podmiotami ponoszącymi odpowiedzialność mogą być nie tylko osoby fizyczne, ale także i przede wszystkim osoby prawne i inne jednostki organizacyjne, a wymierzenie kary co do zasady nie wymaga wykazania winy.

2. Koncepcja odpowiedzialności typu penalnego

W rozważaniach komparatystycznych trzeba przyjąć założenie wyjściowe, które byłoby wspólne dla badanych systemów prawnych. Zacznę od doktryny czeskiej i słowackiej, w której pojawia się koncepcja odpowiedzialności deliktowej²⁶ (*deliktní odpovědnost* w języku czeskim, *deliktualná zodpovednosť* w języku słowackim), dzielona na dwie podstawowe formy:

- odpowiedzialność karną (*trestní odpovědnost* w języku czeskim, *trestná zodpovednosť* w języku słowackim),
- odpowiedzialność administracyjną (*správní* albo *administrativní odpovědnost* w języku czeskim, *správna* albo *administratívna zodpovednosť* w języku słowackim).

²² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst pierwotny Dz. U. z 1977 r., Nr 88, poz. 553 ze zm., aktualny tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 ze zm.).

²³ Trestný zákon č. 300/2005 Z.z.

²⁴ Trestní zákoník č. 40/2009 Sb.

²⁵ W Polsce – ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1541) przyjmująca koncepcję jakiejś odpowiedzialności *quasi*-karnej, w Czechach – zakon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, przyjmująca koncepcję właściwej odpowiedzialności karnej, w Słowacji – zákon č. 91/2016 Z.z. o trestnej zodpovednosti právnických osôb.

²⁶ Niemająca nic wspólnego z polską odpowiedzialnością deliktową jako wariantem cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej.

Obie formy odpowiedzialności mają charakter represyjny (penalny) i są odróżniane od odpowiedzialności typu odszkodowawczego. Zakres pojęcia odpowiedzialności karnej jest jasny i żadnych wątpliwości nie budzi; zarówno w Czechach, jak i Słowacji jest to wyłącznie odpowiedzialność za przestępstwa.

W Polsce w wyniku długiej ewolucji raczej powszechne uznanie zyskał pogląd, że odpowiedzialność za wykroczenia jest odpowiedzialnością karną, aczkolwiek o zredukowanych konsekwencjach prawnych²⁷. W prawie czeskim i słowackim odpowiedzialność za wykroczenia należy do prawa administracyjnego, o czym przekonują najważniejsze podręczniki prawa administracyjnego, zarówno czeskie²⁸, jak i słowackie²⁹. Odpowiedzialność za wykroczenia wraz z odpowiedzialnością za inne delikty administracyjne jest przedmiotem osobnego działu (ale nie gałęzi) prawa zwanego zwykle administracyjnym prawem karnym (*správní právo trestní*)³⁰, a w najnowszej monografii z przestawieniem przymiotników – karnym prawem administracyjnym (*trestní právo správní*)³¹, która to nazwa mocniej akcentuje, że chodzi o karanie, a nie o administrowanie. Jak zauważył jeden z autorów czeskich, „prawo administracyjne” jest jedyną gałęzią czeskiego prawa, która ma własne „prawo karne”³². W literaturze czeskiej i słowackiej centralną kategorią pojęciową tego działu prawa są delikty administracyjne (*správní delikty* w języku czeskim, *správne delikty* w języku słowackim), które obejmują:

- z jednej strony wykroczenia (*přestupky* w języku czeskim, *priestupky* w języku słowackim),
- z drugiej strony inne delikty administracyjne (*jiné správní delikty* w języku czeskim, *iné správne delikty* w języku słowackim),
- przy czym ta druga grupa w Czechach do połowy 2017 r. obejmowała, a w Słowacji nadal obejmuje:
- administracyjne delikty dyscyplinarne,
- administracyjne delikty porządkowe; chodzi o utrudnianie postępowania sądowego lub administracyjnego,

²⁷ A. Marek, Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział (Wstęp do Systemu Prawa Karnego), (w:) A. Marek (red.), System Prawa Karnego. Tom 1. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2010, s. 46.

²⁸ H. Prašková, *Správní trestání*, (w:) D. Hendrych a kolektiv, *Správní právo. Obecná část*, Praha 2006, s. 407–456, P. Průcha, *Správní právo. Obecná část*, Plzeň 2012, s. 383–422 (*správněprávní odpovědnost*), V. Sladeček, *Obecné správní právo*, Praha 2013, s. 197–226 (*správní právo trestní*).

²⁹ J. Machajová, *Správne trestanie*, (w:) J. Machajová a kolektiv, *Všeobecné správne právo*, Bratislava 2008, s. 187–234.

³⁰ Tak w literaturze czeskiej P. Matěj a kolektiv, *Základy správního práva trestního*, Praha 2010, s. 3–11.

³¹ Tak w literaturze czeskiej H. Prašková, *Základy odpovědnosti za správní delikty*, Praha 2013, s. 5.

³² P. Průcha, *Správní právo, op. cit.*, s. 386.

- inne delikty administracyjne osób fizycznych; kategoria zanikająca,
- delikty administracyjne osób prawnych i osób fizycznych prowadzących przedsiębiorstwa³³.

Podstawowe znaczenie mają delikty grupy czwartej, zwane zwykle deliktami administracyjnymi przedsiębiorców (*správní delikty podnikatelů* w języku czeskim, *správne delikty podnikateľov* w języku słowackim). W pewnym uproszczeniu ta konstrukcja normatywna polega na tym, że odpowiedzialność za takie same lub mocno zbliżone naruszenia prawa administracyjnego jest odpowiedzialnością za:

- wykroczenie, jeżeli sprawcą jest osoba fizyczna nieprowadząca przedsiębiorstwa,
- delikt administracyjny, jeżeli sprawcą jest osoba prawna (każda) albo osoba fizyczna prowadząca przedsiębiorstwo (bardzo szeroko rozumiane) i dopuszczająca się naruszenia w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Ta kategoria deliktów administracyjnych pojawiła się dopiero po czechosłowackiej aksamitnej rewolucji (*sametová revolúcie*) jesienią 1989 roku, kiedy przywrócono możliwość podejmowania działalności gospodarczej przez osoby fizyczne, co było w zasadzie wykluczone w warunkach realnego socjalizmu. Doszło przeto do zrównania działalności osób prawnych z działalnością osób fizycznych będących przedsiębiorcami, co pociąga za sobą daleko idące skutki. Chodzi o to, że:

- odpowiedzialność za wykroczenia jest odpowiedzialnością subiektywną, вина jest niezbędnym warunkiem pociągnięcia do odpowiedzialności,
- odpowiedzialność za delikty administracyjne jest odpowiedzialnością obiektywną, bez względu na winę, a tylko niektóre ustawy przewidują możliwość zwolnienia się od odpowiedzialności (*liberační důvod* w języku czeskim), jeżeli sprawca naruszenia prawa wykaze, że dołożył wszelkich starań, których obiektywnie można wymagać, aby do naruszenia prawa nie dopuścić.

W nowszym prawie zarówno czeskim, jak i słowackim można zaobserwować, że odpowiedzialność za wykroczenia stopniowo traci na znaczeniu na rzecz odpowiedzialności za inne delikty administracyjne. Pojawiają się ustawy, w których wykroczeń nie ma w ogóle, są tylko delikty administracyjne. W innych proporcje zostają zasadniczo zwichnięte na korzyść deliktów administracyjnych. Tymczasem aż do połowy 2017 r. nie było ani w Czechach, ani w Słowacji ustawy ogólnej o zasadach odpowiedzialności za de-

³³ Za odpowiednimi rozdziałami powoływanych już podręczników prawa administracyjnego: czeskiego D. Hendrycha i słowackiego J. Machajovej. Dla porządku dodam, że podręcznik czeski wymienia jeszcze osobno delikty administracyjne osób prawnych (*správní delikty právnických osob*).

likty administracyjne. Ta sytuacja zmieniła się, ale tylko w Czechach, od 1 lipca 2017 r.

3. Nowa czeska ustawa o wykroczeniach

Myśl o potrzebie nowego ujęcia odpowiedzialności za wykroczenia pojawiła się w Czechach kilkanaście lat temu. W lutym 2002 r. rząd czeski przedstawił założenia ustawy o karaniu administracyjnym (*správní trestání*), na których został oparty projekt ustawy o wykroczeniach zakładający rozszerzenie pojęcia wykroczenia na dotychczasowe delikty administracyjne, ale z pozostawieniem rozróżnienia odpowiedzialności na zasadzie winy „zwykłych” osób fizycznych oraz odpowiedzialności obiektywnej osób prawnych i osób fizycznych będących przedsiębiorcami. Projekt ujęty już w formę paragrafów był rozpatrywany przez czeską Radę Legislacyjną w 2005 r., ale prace nad nim zostały wstrzymane ze względu na przygotowywanie tak kodeksu karnego, jak i ustawy o odpowiedzialności karnej osób prawnych, a to dlatego, że projektowana ustawa o wykroczeniach pozostawała w ścisłym związku z nimi. Dopiero po przyjęciu tych aktów powrócono do ustawy o wykroczeniach. Punktem wyjścia był projekt z 2005 r. Nowe założenia zostały przyjęte przez rząd czeski 3 kwietnia 2013 r., a nowy projekt 1 lipca 2015 r., który został skierowany do Parlamentu³⁴, ten zaś 12 lipca 2016 r. uchwalił ustawę o odpowiedzialności za wykroczenia i postępowaniu o wykroczenia³⁵, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2017 r., uchylając poprzednią ustawę czeską z 1990 r. o wykroczeniach.

Ustawa z 2016 r. liczy 114 paragrafów podzielonych na cztery części: przepisy ogólne (§ 1–4), podstawy odpowiedzialności za wykroczenie (§ 5–59), postępowanie w sprawach o wykroczenia (§ 60–102), przepisy wspólne, przechodnie i końcowe (§ 103–114). W odróżnieniu od ustawy z 1990 r., nowa ustawa nie zawiera już części szczególnej, lecz jedynie ogólną i procesową. Jednocześnie została wydana druga, krótka, licząca zaledwie 14 paragrafów ustawa o niektórych wykroczeniach³⁶ stanowiąca namiastkę części szczególnej prawa wykroczeń ograniczoną do wykroczeń przeciwko porządkowi w administracji (§ 2–4), porządkowi publicznemu (§ 5 i 6), współżyciu obywatelskiemu (§ 7), mieniu (§ 8) oraz niektórych wykroczeń gospodarczych (§ 9–11). Pozostałe wykroczenia stypizowane dotychczas w części drugiej ustawy o wykroczeniach z 1990 r. zostały rozparcelowane między ustawy szczególne według kryteriów merytorycznych.

³⁴ Przebieg prac legislacyjnych przedstawia H. Prašková, *Správní trestání*, (w:) D. Hendrych a kolektiv, *Správní právo. Obecná část*, Praha 2016, s. 326.

³⁵ Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich.

³⁶ Zákon č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích.

Jak wywodzi autorka czeska, ustawa z 2016 r. jest pomyślana jako kodyfikacja częściowa, w kilku znaczeniach:

1. Ustawa nie obejmuje wszystkich rodzajów deliktów administracyjnych, lecz tylko dotychczasowe wykroczenia, inne delikty administracyjne osób fizycznych oraz delikty administracyjne osób prawnych. Nie stanowią przedmiotu regulacji delikty dyscyplinarne ani tzw. delikty porządkowe.
2. Ustawa zawiera zasady odpowiedzialności, system kar i środków ochronnych oraz zasady ich wymierzenia, kodyfikuje przeto część ogólną administracyjnego prawa karnego. Nie zawiera zestawów znamion wykroczeń, które mają pozostać w ustawach szczególnych regulujących daną materię rzeczową lub mają być do nich przeniesione. Przyczyny są zrozumiałe – kodyfikacja obejmująca część szczególną musiałaby być bardzo obszerna, podlegałaby częstym nowelizacjom, podczas gdy w ustawach szczególnych występuje ściśle nawiązanie przepisów sankcyjnych do regulowanych w nich obowiązków, przepisy sankcyjne posługują się terminologią danej ustawy szczególnej itp. Te zespoły znamion, które mają charakter przekrojowy – odnoszący się do różnych zakresów administracji publicznej, oraz takie, które nie mają odpowiadającej im regulacji materialnoprawnej (np. wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu, współżyciu obywatelskiemu, mieniu) zostały zebrane w tej drugiej ustawie o niektórych wykroczeniach. Zakłada się zmiany w innych ustawach, ale na wypadek, gdyby cokolwiek pominięto, ustawodawca nakazuje przyjąć fikcję prawną, że dotychczasowe inne delikty administracyjne (z wyjątkiem dyscyplinarnych) uznaje się za wykroczenia w rozumieniu nowej ustawy.
3. Ustawa nie kodyfikuje całego procesu administracyjno-karnego, lecz reguluje tylko kwestie szczególne postępowania o wykroczenia, przy czym jako akt subsydiarny nakazuje stosować przepisy o ogólnym postępowaniu administracyjnym³⁷ (myśl o stosowaniu przepisów procedury karnej została odrzucona jako nieodpowiadająca czeskim tradycjom)³⁸.

Zatrzymam się nad definicją wykroczenia z § 5 ustawy z 2016 r. Paragraf ten stanowi, że wykroczeniem jest społecznie szkodliwy bezprawny czyn, który został w ustawie oznaczony wprost mianem wykroczenia, i który wykazuje znamiona określone ustawą, jeżeli nie chodzi o przestępstwo. Definicja ta łączy element materialny (społeczna szkodliwość) z formalnym ujętym dwójako:

pozytywnie przez wskazanie, że:

- czyn musi być wprost (*výslovně*) oznaczony ustawą jako wykroczenie,
- czyn musi wyczerpywać znamiona ustawowe,
- negatywnie przez wskazanie, że to nie może być przestępstwo.

³⁷ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.

³⁸ H. Prašková (w:) D. Hendrych a kolektiv, Správní právo. Obecná část, Praha 2016, s. 326.

W ten sposób ustawodawca czeski wykluczył możliwość jednoczynowego zbiegu przestępstwa i wykroczenia; jeżeli czyn wyczerpuje znamiona przestępstwa, to nigdy nie jest wykroczeniem.

Od strony koncepcyjnej najistotniejsze znaczenie ma § 112 ust. 1 ustawy z 2016 r., zgodnie z którym wykroczenia i dotychczasowe inne delikty administracyjne, z wyjątkiem deliktów dyscyplinarnych, uznaje się od dnia wejścia w życie ustawy z 2016 r. za wykroczenia w rozumieniu tej ustawy. W konsekwencji z prawa czeskiego znika pojęcie innego deliktu administracyjnego (z wyjątkiem deliktu dyscyplinarnego), a zatem wszędzie tam, gdzie ustawa szczególna wprowadza rozróżnienie odpowiedzialności za wykroczenia i za inne delikty administracyjne, po 1 lipca 2017 r. jest to odpowiedzialność za wykroczenia. Ale to nie znaczy, że znika rozróżnienie zasady odpowiedzialności między dwiema kategoriami podmiotów:

- „zwykłych” osób fizycznych, tj. osób niebędących przedsiębiorcami,
- osób prawnych i zrównanych z nimi osób fizycznych będących przedsiębiorcami.

Polega ono na tym, że podmioty kategorii pierwszej odpowiadają za wykroczenie, jeżeli można im przypisać winę, przy czym z reguły wystarczy wina nieumyślna (z *nedbalosti*), jeżeli ustawa nie stanowi wprost, że wymaga zawinienia umyślnego (§ 15 ustawy z 2016 r.), podczas gdy w odniesieniu do podmiotów kategorii drugiej zawinienie nie jest wymagane, przesłanką odpowiedzialności jest popełnienie czynu zabronionego przez osobę fizyczną, której zachowanie jest przypisywane osobie prawnej według reguł ujętych w § 20, a jeżeli chodzi o osoby fizyczne będące przedsiębiorcami, to ich odpowiedzialność jest uzasadniona wtedy, kiedy albo osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą popełniła czyn o znamionach wykroczenia przy prowadzeniu przedsiębiorstwa lub w bezpośrednim związku z nim, albo kiedy taki czyn popełniła osoba fizyczna, której zachowanie jest przypisywane osobie prawnej będącej przedsiębiorcą według reguł ujętych w § 22. Ta złożona konstrukcja przypisywalności (*příčitatelnost*) została przejęta ze wspomnianej już czeskiej ustawy o odpowiedzialności karnej osób prawnych, której komentatorzy określili ją mianem „fikcji zawinienia”, niemającej nic wspólnego z zawinieniem osoby fizycznej³⁹. Istotne jest, że konkretna osoba fizyczna, której zachowanie przypisuje się osobie prawnej lub osobie fizycznej będącej przedsiębiorcą, nie musi być zidentyfikowana, wystarczy, że w świetle ustalonego stanu faktycznego jest jasne, że do zachowania zakładającego odpowiedzialność osoby prawnej lub osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą doszło przy działaniu tej osoby prawnej lub osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą.

³⁹ J. Jelínek, J. Herczeg, *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob. Komentář s judikaturou*, Praha 2013, s. 76.

Odpowiedzialność osoby prawnej lub osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą jest wprawdzie odpowiedzialnością obiektywną, ale nie absolutną. Według § 21 ust. 1 osoba prawna może zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że dołożyła wszelkich wysiłków, jakich można wymagać, aby zapobiec wykroczeniu (*liberační důvod*). Ale zgodnie z § 21 ust. 2 osoba prawna nie może zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli z jej strony nie była wykonywana obowiązkowa lub potrzebna kontrola nad osobą fizyczną, której zachowanie przypisuje się osobie prawnej, albo nie podjęła niezbędnych środków dla zapobieżenia wykroczeniu albo odwrócenia jego następstw. Przepis § 21 z mocy § 23 stosuje się także do osób fizycznych będących przedsiębiorcami.

Dla dopełnienia obrazu dodam, że odpowiedzialność podmiotów tej drugiej kategorii za wykroczenie nie zanika wraz z likwidacją osoby prawnej lub śmiercią osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą, lecz przechodzi na następców prawnych: osoby prawnej – zawsze, osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą – jeżeli następca kontynuuje prowadzenie przedsiębiorstwa.

4. Słowacka ustawa o wykroczeniach

W Słowacji nadal obowiązuje ustawa z 1990 r. o wykroczeniach, która była przez te 27 lat 82 razy nowelizowana. Składa się ona z 98 paragrafów (w numeracji pierwotnej, ale niektóre zostały uchylone oraz doszły nowe z dodatkowym oznaczeniem literami), spośród których § 1 wyznacza cel ustawy, po którym następuje część pierwsza ogólna (§ 2–20), druga szczegółowa (§ 21–50), trzecia procesowa (§ 51–88b) i czwarta zawierająca przepisy wspólne, przejściowe i końcowe (§ 89–98).

Ustawa ta w § 2 ust. 1 definiuje wykroczenie jako zawinione zachowanie, które narusza lub zagraża interesowi społecznemu i jest za wykroczenie uznane wprost w tej lub innej ustawie, jeżeli nie chodzi o inny delikt administracyjny ścigany według przepisów szczególnych ani o przestępstwo.

Jak wskazuje komentatorka ustawy słowackiej, wykroczenie jest jednym z rodzajów deliktów administracyjnych, ale tego pojęcia żaden akt prawny nie definiuje. W teorii prawa przez delikt administracyjny rozumie się zwykle bezprawne działanie osoby fizycznej lub prawnej, którego znamiona są wskazane w ustawie i które jest zagrożone sankcją (karą) nakładaną przez organ administracji publicznej na podstawie ustawy⁴⁰. Jest to pojęcie zbiorcze obejmujące wszystkie rodzaje deliktów administracyjnych, ale tylko jeden z nich został określony ustawowo, mianowicie wykroczenie zdefiniowane:

⁴⁰ H. Spišáková, Zákon o priestupkoch. Komentár, Bratislava 2015, s. 20.

- pozytywnie przez wskazanie, że jest to działanie zawinione, naruszające lub zagrażające interesowi społecznemu i za wykroczenie wprost (*výslovne*) uznane w ustawie o wykroczeniach lub w innej ustawie,
- negatywnie przez wskazanie, że nie jest to ani przestępstwo, ani inny delikt administracyjny.

Ustawodawca słowacki wyraźnie wykluczył możliwość jednoczynowego zbiegu wykroczenia nie tylko z przestępstwem, ale i z innym deliktem administracyjnym, sytuując wykroczenia na „trzecim” (po przestępstwach i innych deliktach administracyjnych) miejscu wśród czynów zabronionych pod groźbą kary.

Za wykroczenia mogą odpowiadać tylko osoby fizyczne na podstawie zawinienia, przy czym zgodnie z § 3 ustawy słowackiej wystarczy zawinienie nieumyślne (*z nedbanlivosti*), jeżeli ustawa nie stanowi wprost, że wymagane jest zawinienie umyślne.

5. Polski kodeks wykroczeń

Trzonem polskiego prawa wykroczeń jest kodeks wykroczeń z 1971 r. złożony ze 166 artykułów podzielonych między część ogólną (art. 1–48) i szczególną (art. 49–166). Do tego dochodzą wykroczenia stypizowane w innych ustawach, których liczba, według ostatniego wydania jednego z komentarzy do k.w., sięgnęła 145 aktów rangi ustawy (143 ustawy oraz 2 nadal obowiązujące dekrety)⁴¹. Pojęcie wykroczenia wynika z zestawienia art. 1 k.w. z art. 7 § 3 k.k. Pierwszy z nich w § 1 stanowi, że odpowiedzialności za wykroczenia podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 5000 złotych lub nagany, dodając w § 2, że nie popełnia wykroczenia sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu (według art. 5 k.w. w zasadzie wystarczy nieumyślność, chyba że ustawa wymaga umyślności). Drugi zaś stanowi, że występkiem jest czyn zabroniony zagrożony grzywną powyżej 30 stawek dziennych albo powyżej 5000 zł, karą ograniczenia wolności przekraczającą miesiąc lub karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc. Z tego zestawienia zdaje się wynikać, że o uznaniu czynu społecznie szkodliwego i zawinionego za wykroczenie decyduje jedynie maksimum grożącej kary. Tak jednak nie jest. O tym, że czyn jest wykroczeniem, może przesądzać sam rodzaj kary. Jeżeli czyn jest zagrożony karą aresztu lub nagany, to wiemy na pewno, że jest on wykroczeniem (k.k. nie przewiduje takich kar), nawet gdyby alternatywna grzywna

⁴¹ M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 2016, s. 54–64.

przekraczała 5000 zł⁴². Na tej samej zasadzie, jeżeli czyn jest zagrożony karą pozbawienia wolności, to wiemy na pewno, że jest on przestępstwem (k.w. nie przewiduje takiej kary). Samo kryterium maksimum grożącej kary sprawdza się tylko w odniesieniu do kary ograniczenia wolności: jeżeli do miesiąca – wykroczenie, jeżeli powyżej miesiąca – przestępstwo. Najpoważniejsze problemy interpretacyjne stwarza grzywna.

Zasadniczo, jeżeli czyn jest zagrożony wyłącznie karą grzywny bez oznaczenia jej maksimum i jednocześnie nie ma ani nazwy „wykroczenie”, ani procesowego odesłania do k.p.w., to taki czyn jest przestępstwem. Charakter wykroczenia nadaje mu dopiero odesłanie do k.p.w. i wtedy wiemy, że górna granica grzywny wynosi 5000 zł. Ale górna kodeksowa granica grzywny za wykroczenie bywa przekraczana albo przez wskazanie, że chodzi o wykroczenia⁴³, albo przez wyznaczenie górnej granicy wyższej niż 5000 zł z jednoczesnym procesowym odesłaniem do k.p.w., które nakazuje przyjąć, że mamy do czynienia z wykroczeniem, mimo że maksimum przekracza kodeksowe.

W Polsce – inaczej niż w Czechach i Słowacji – odpowiedzialność za wykroczenia jest zaliczana do szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej, ale z tego wcale nie wynika, aby była ona rozważana w ramach podręczników prawa karnego. Prawo wykroczeń doczekało się własnej, obfitej literatury tak podręcznikowej, jak i komentarzowej.

6. Delikty administracyjne

Pojęcie „deliktu administracyjnego” jest zarówno w Czechach, jak i Słowacji pojęciem prawnym, występującym w aktach prawnych jako inny (tj. inny niż wykroczenie) delikt administracyjny. W Polsce natomiast jest to pojęcie prawnicze, którym posługuje się literatura i orzecznictwo sądowe, ale w żadnym obowiązującym akcie prawnym takiego pojęcia nie ma. Przyczyny tej różnicy dają się łatwo wyjaśnić: w czasie kiedy naruszenia prawa administracyjnego zabronione pod groźbą kary zaczęły się pojawiać (lata 60. i następne XX wieku) w Czechosłowacji prawo wykroczeń należało do prawa administracyjnego, stąd połączenie odpowiedzialności za wykroczenia i inne delikty administracyjne w jedno pojęcie odpowiedzialności administracyjnej było zrozumiałe. W Polsce prawo o wykroczeniach było co do zasady trak-

⁴² Przykładem służy ustawa z dnia 10 lipca 2008 r. o odpadach wydobywczych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1136 ze zm.), która w rozdziale 9 „Przepisy karne” w art. 45–47 typizuje kilkanaście czynów opatrzonych sankcją „podlega karze grzywny do 100 000 złotych albo karze aresztu”; nie ma żadnych wątpliwości, że są to wykroczenia.

⁴³ Najwyraźniejszym przykładem służy Kodeks pracy, w którym w dziale trzynastym „Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika” w art. 281–283 mamy wykroczenia zagrożone karą grzywny od 1000 zł do 30 000 zł.

towane jako część prawa karnego, a odpowiedzialność za inne naruszenia prawa administracyjnego dopiero zaczynała sobie szukać miejsca w polskim systemie prawnym.

Odpowiedzialność za delikty administracyjne można przedstawić na przykładach prawa środowiska, co wszakże nie znaczy, że występują one tylko tam, bo spotykamy je także w prawie energetycznym, gospodarczym, komunikacyjnym itp., ale akurat prawo środowiska dostarcza wielu przykładów odpowiedzialności typu penalnego za zabronione pod groźbą kary czyny niebędące ani przestępstwami, ani wykroczeniami, a ponieważ prawo środowiska to przede wszystkim prawo administracyjne, są one w prawie czeskim i słowackim określane mianem deliktów administracyjnych, a w prawie polskim mogą być nim określane.

Zacznę od prawa czeskiego i słowackiego, sięgając do najbardziej typowych dla ochrony środowiska ustaw, jakimi są np. ustawy o ochronie przyrody⁴⁴, ustawy wodne⁴⁵ czy ustawy o odpadach⁴⁶. W każdej z nich znajdują się obszerne, liczące po kilkadziesiąt punktów, kazuistycznie ujęte wykazy czynów zabronionych pod groźbą kary, ale stypizowane odrębnie:

- jako wykroczenia, które mogą popełnić „zwykłe” osoby fizyczne,
- jako inne delikty administracyjne, które mogą popełnić osoby prawne oraz osoby fizyczne będące przedsiębiorcami.

Same czyny są bardzo podobne, niekiedy identyczne, ale kary grożące za ich popełnienie (ujęte zawsze jako kary względnie oznaczone w granicach „od ... do ...” lub tylko „do ...”) są odmienne; za delikty administracyjne ustawodawcy przewidują kary pieniężne (*pokuty*) surowsze, niekiedy wielokrotnie surowsze niż za odpowiadające im wykroczenia. Istotne jest to, że jeżeli chodzi o wykroczenia, to ustawodawcy odsyłają do ustaw o wykroczeniach z 1990 r., jeśli zaś chodzi o inne delikty administracyjne, to odesłania nie ma, bo do końca czerwca 2017 r. nie było do czego odesłać, żadnej ustawy generalnej o odpowiedzialności za inne niż wykroczenia delikty administracyjne nie było. Dlatego ustawodawcy regulowali częściowo zasady odpowiedzialności za te delikty, ale czynili to różnie. Tytułem przykładu w czeskiej ustawie wodnej jest przepis, że sprawca może zwolnić się od odpowiedzialności za delikt administracyjny, jeżeli wykaże, że uczynił wszystko, czego można rozsądnie wymagać, aby do naruszenia przepisów nie doszło. Autorzy czescy podkreślają, że ów *liberační důvod* jest koncipowany obiektywnie, chodzi o „wszystko, czego można wymagać”, a nie o „wszystko,

⁴⁴ W Czechach – zakon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, w Słowacji – zakon č. 543/2002 Z.z. o ochrane prírody a krajiny.

⁴⁵ W Czechach – zakon č. 254/2001 Sb., o vodách, w Słowacji – zakon č. 364/2004 Z.z. o vodách.

⁴⁶ W Czechach – zakon č. 185/2001 Sb., o odpadech, w Słowacji – zakon č. 79/2015 Z.z. i odpadoch.

czego od sprawcy można wymagać⁴⁷, co sprawia, że jest to odpowiedzialność obiektywna (bez względu na winę), ale nie absolutna. Ale takiego przepisu nie ma w czeskiej ustawie o ochronie przyrody, nie ma go także w większości ustaw słowackich, co sprawia, że jest to odpowiedzialność nie tylko obiektywna, ale i absolutna⁴⁸. Jeśli do tego dodać, że w niektórych ustawach są terminy przedawnienia, w innych ich nie ma, to trudno się dziwić, że doktryna zarówno czeska, jak i słowacka postulowała przygotowanie ustawy generalnej o odpowiedzialności za delikty administracyjne, zwłaszcza że grzywny wymierzone za takie delikty okazują się zazwyczaj znacznie surowsze nawet od kar pieniężnych wymierzanych za przestępstwa⁴⁹. Ta idea ustawy generalnej obejmującej także delikty administracyjne została zrealizowana, ale tylko w Czechach od 1 lipca 2017 r.

Sytuacja prawna w Polsce jest jeszcze bardziej skomplikowana. Historycznie rzecz biorąc, kary pieniężne pojawiały się w charakterystycznej „trójce”: przestępstwa – wykroczenia – delikty administracyjne⁵⁰. Kary pieniężne za delikty administracyjne wymierzano początkowo tylko podmiotom innym niż osoby fizyczne w tzw. systemie taryfowym, co – gdyby posłużyć się terminologią prawa karnego – oznaczało kary bezwzględnie oznaczone, których wysokość wynikała z przeprowadzenia kilku prostych operacji arytmetycznych: przemnożenia stopnia naruszenia wymagań ochrony środowiska przez odpowiednie stawki. Ta sytuacja zaczęła się zmieniać w XXI wieku. Dopuszczono wymierzenie kar pieniężnych także osobom fizycznym, ale najważniejsze było wprowadzenie nowego modelu takich kar. Wprawdzie w dwóch podstawowych aktach prawnych dotyczących ochrony środowiska, tj. w Prawie ochrony środowiska⁵¹ i ustawie o ochronie przyrody⁵² pozostał model „taryfowy”, ale w licznych ustawach zwłaszcza z zakresu postępowania z odpadami⁵³ pojawił się model „swobodnego wymiaru kary” w widełkach

⁴⁷ H. Prašková, Základy odpovědnosti za správné delikty, Praha 2013, s. 321.

⁴⁸ B. Cepek a kolektiv, Environmentálne právo. Všeobecná a osobitná časť, Plzeň 2015, s. 153.

⁴⁹ L. Bahyl'ová, I. Jančářová, Odpovědnost trestněprávní, (w:) I. Jančářová, L. Bahyl'ová, M. Pekárek, I. Průchová, V. Vomáčka, Odpovědnost v právu životního prostředí – současný stav a perspektivy, Brno 2013, s. 183.

⁵⁰ Tak było w dawno już nieobowiązujących ustawach z dnia 24 października 1974 r. – Prawo wodne (Dz. U. Nr 38, poz. 230 ze zm.); z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 1994 r., Nr 49, poz. 196 ze zm.); z dnia 27 czerwca 1997 r. o odpadach (Dz. U. Nr 96, poz. 592 ze zm.).

⁵¹ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 519 ze zm.).

⁵² Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2134 ze zm.).

⁵³ Tak m.in. w ustawach: z dnia 12 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1987 ze zm.); z dnia 20 stycznia 2005 r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 803); z dnia 24 kwietnia 2009 r. o bateriach i akumulatorach (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 803).

od ... do ..., ze wskazaniem okoliczności, które należy mieć na uwadze przy określaniu wysokości kary. Trzeba zauważyć, że ten drugi model jest charakterystyczny dla prawa karnego i prawa wykroczeń. Wśród okoliczności, jakie organ administracji miał brać pod uwagę przy określaniu wysokości kary, pojawia się „stopień szkodliwości naruszenia”, który wprawdzie nie jest dookreślany przymiotnikiem „społecznej”, ale na pytanie, o jakąż to „szkodliwość” chodzi, trudno odpowiedzieć, że o inną niż „społeczna”, a jeżeli tak, to powstaje pytanie, czym to się różni od odpowiedzialności za wykroczenia, zwłaszcza jeśli zważyć, że kary pieniężne z reguły wielokrotnie przekraczają kodeksowe maksimum grzywny za wykroczenia.

Owszem, różni się tym, że karę wymierza organ administracji, a nie sąd, może ją wymierzyć także osobie prawnej i innemu podmiotowi zbiorowemu, wreszcie wina nie jest przesłanką wymierzenia kary. Ale to znowu nie jest takie proste. Spójrzmy na ustawę z dnia 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów⁵⁴. W rozdziale 9 zatytułowanym „Kary pieniężne” przewiduje ona delikty administracyjne zagrożone karami pieniężnymi w wysokości: od 50 000 zł do 300 000 zł – art. 32 ust. 1–3; od 25 000 zł do 150 000 zł – art. 32 ust. 4; od 30 000 do 150 000 zł – art. 33 ust. 1 i 2; od 20 000 do 60 000 zł – art. 33 ust. 3.

Delikty z art. 32 ust. 3 oraz wszystkie z art. 33 zostały poprzedzone zwrotem, że sprawca odpowiada, jeżeli naruszeń w nich przewidzianych dopuścił się „choćby nieumyślnie”, co oznacza, że odpowiada, jeżeli dopuścił się naruszeń umyślnie lub nieumyślnie, ale nie odpowiada, jeżeli nie można mu zarzucić nawet nieumyślności. A co z deliktami z art. 32 ust. 1, 2 i 4, które takim zwrotem nie zostały poprzedzone? Karnista odpowie bez wahania, że one mogą być popełnione tylko umyślnie, mając niejako „z tyłu głowy” regułę art. 8 k.k.⁵⁵, ale administratywista może bronić poglądu, że one mogą być popełnione w ogóle bez winy, skoro odpowiedzialność administracyjna jest co do zasady odpowiedzialnością obiektywną, bez względu na winę.

Tak oto w 2007 r. po raz pierwszy odpowiedzialność administracyjna została przynajmniej w jakiejś części uzależniona od winy. Ale na tym nie koniec. Przewidziana w ustawie o ochronie przyrody odpowiedzialność administracyjna za usuwanie drzew i krzewów bez wymaganego zezwolenia oraz za ich niszczenie była zawsze traktowana jako obiektywna, bez względu na winę. Przełom nastąpił w wyroku Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdzając niekonstytucyjność niektórych przepisów tej ustawy wyraził pogląd ogólny, że stosowanie kar administracyjnych nie może opierać się na odpo-

torach (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 687); z dnia 11 września 2015 r. o zużycym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. poz. 1688).

⁵⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1048.

⁵⁵ W. Radecki, (w:) J. Jerzmański, W. Radecki, Ustawa o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 236–238.

wiedzialności czysto obiektywnej, całkowicie oderwanej od okoliczności konkretnego przypadku, w tym winy sprawcy. Minimalny standard polega na tym, że podmiot, który nie dopełnił obowiązku administracyjnego, musi mieć możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności przez wykazanie, że niedopełnienie obowiązku jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (działanie siły wyższej, stan wyższej konieczności, działanie osób trzecich, za które on nie odpowiada)⁵⁶. Zbieżność z czeskim *liberačním důvodem* jest wyraźnie widoczna.

Efektom wskazanego wyroku TK była zmiana ustawy o ochronie przyrody⁵⁷, mocą której do art. 89 ustawy o ochronie przyrody wprowadzono w ust. 7 regulację, że w przypadku usunięcia albo zniszczenia drzewa lub krzewu albo uszkodzenia drzewa w okolicznościach uzasadnionych stanem wyższej konieczności, nie wymierza się administracyjnej kary pieniężnej. Było to i jest nader istotne, ponieważ utrwalone orzecznictwo sądów administracyjnych prezentuje stanowisko, że prawo administracyjne – w odróżnieniu od prawa karnego (wraz z prawem wykroczeń) i prawa cywilnego – nie zna stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej bezprawność.

Problem odpowiedzialności za delikty administracyjne staje się tym bardziej palący, że zarówno w Czechach i Słowacji, jak i w Polsce daje się zaobserwować tendencja do zastępowania odpowiedzialności za wykroczenia, a niekiedy nawet za przestępstwa, odpowiedzialnością za delikty administracyjne. W prawie polskim można znaleźć kilkanaście przykładów potwierdzających tę tendencję. Ograniczę się do dwóch nowszych. Pierwszego dostarcza porównanie poprzedniej i nowej ustawy „ozonowej”⁵⁸. Ta poprzednia przewidywała tradycyjną „triadę”: przestępstwa – wykroczenia – delikty administracyjne, w nowej wykroczeń już nie ma, pozostały przestępstwa i delikty administracyjne, wśród tych ostatnich znajdują się też czyny będące poprzednio wykroczeniami. Drugim przykładem służy zestawienie poprzedniej i nowej ustawy o doświadczeniach na zwierzętach⁵⁹. Poprzednia w rozdziale 8 „Przepisy karne” typizowała przestępstwa (art. 38–41) i wykroczenia (art. 42–46) traktowane bardzo poważnie, skoro wszystkie były zagrożone także karą aresztu; deliktów administracyjnych w niej nie było. Obowiązująca w rozdziale 9 „Przepisy karne” typizuje przestępstwa (art. 66 i 67), wykro-

⁵⁶ Wyrok TK z dnia 1 lipca 2014 r., sygn. SK 6/12, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 68.

⁵⁷ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1045).

⁵⁸ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 436) zastąpiona ustawą z dnia 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych (Dz. U. poz. 881).

⁵⁹ Ustawa z dnia 21 stycznia 2005 r. o doświadczeniach na zwierzętach (Dz. U. Nr 33, poz. 289 ze zm.) zastąpiona ustawą z dnia 15 stycznia 2015 r. o ochronie zwierząt wykorzystywanych do celów naukowych lub edukacyjnych (Dz. U. poz. 266).

czeń już nie ma, a po nim następuje rozdział 10 „Kary administracyjne” typizujący kilkadziesiąt postaci deliktów administracyjnych (art. 69), wyznaczający granicę kar od 1000 zł do 50 000 zł i okoliczności, które należy brać pod uwagę przy ustaleniu wysokości kary (art. 70), nadający kompetencje orzecznicze ministrowi właściwemu do spraw nauki (art. 71) i ustalający termin przedawnienia (art. 72). Wśród deliktów znajdują się czyny, które poprzednio były wykroczeniami, a nawet przestępstwami.

Powstała sytuacja mająca cechy pewnego paradoksu. Otóż bardzo starannie opracowany polski k.w. staje się, przynajmniej w dziedzinie ochrony środowiska, coraz mniej użyteczny, bo odpowiedzialność za delikty administracyjne jest nieporównanie istotniejsza niż odpowiedzialność za wykroczenia, a ustawy generalnej o odpowiedzialności za delikty administracyjne nie ma. W literaturze polskiej wielokrotnie zwracano uwagę, że „gorset” nałożony na prawo wykroczeń w 1971 r. (brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności osoby prawnej, niezbyt dolegliwe grzywny) okazał się w nowych warunkach politycznych, społecznych i gospodarczych zdecydowanie za ciasny⁶⁰.

Także w piśmiennictwie polskim została przedstawiona propozycja przygotowania ustawy o zasadach odpowiedzialności za delikty administracyjne obejmującej przede wszystkim: podstawy odpowiedzialności, okoliczności ją wyłączające, zakres obowiązywania zasady *ne bis in idem*, przedawnienie, regulacje proceduralne⁶¹.

Kończąc ten wątek przywołam jeszcze przykład polskiej ustawy leśnej⁶², do której nowelizacja z 2015 r. wprowadziła rozdział 9a „Administracyjne kary pieniężne” zawierający przepisy sankcjonujące naruszenia rozporządzeń unijnych dotyczących przywozu drewna oraz wprowadzania do obrotu drewna i produktów z drewna⁶³. Rozporządzenia te, jak każde rozporządzenie unijne, obowiązują bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich, które nie mogą wprowadzać przepisów materialnych powtarzających bądź modyfikujących rozporządzenia. Zadaniem państwa członkowskiego jest jedynie wyznaczenie organów czuwających nad przestrzeganiem rozporządzeń oraz sankcji za ich naruszenie, co też ustawodawca polski uczynił

⁶⁰ M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 2013, s. 31.

⁶¹ Tak zwłaszcza M. Wincenciak, Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzenia, Warszawa 2008, s. 207 i in.; zob. także W. Radecki, Dezintegracja polskiego prawa penalnego, Prokuratura i Prawo 2014, nr 9, s. 28.

⁶² Ustawa z dnia 29 września 1991 r. o lasach (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 788).

⁶³ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2173/2005 z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie ustalenia systemu zezwoleń na przywóz drewna do Wspólnoty Europejskiej FLEGT (Dz. Urz. UE L 347, s. 1 ze zm.) oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 20 października 2010 r. ustanawiające obowiązki podmiotów wprowadzających do obrotu drewno i produkty z drewna (Dz. Urz. UE L 295, s. 23).

w nowym dodanym do ustawy o lasach rozdziale 9a, złożonym z dziewięciu artykułów, spośród których:

- art. 66a typizuje delikt bezprawnego przywozu produktów z drewna na terytorium RP, za który naczelnik urzędu celno-skarbowego wymierza decyzją administracyjną karę pieniężną w wysokości podwójnej wartości celnej tych produktów,
- art. 66b–66e typizują delikty, za które wojewódzki inspektor ochrony środowiska wymierza decyzją administracyjną karę pieniężną w wysokości: od 20 000 do 200 000 zł (art. 66b); od 500 do 200 000 zł (art. 66c i 66e); od 500 do 20 000 zł (art. 66d).

Jak łatwo zauważyć sankcja z art. 66a jest bezwzględnie oznaczona, sankcje z art. 66b–66e należą do względnie oznaczonych.

Art. 66f ust. 2 odnoszący się tylko do deliktów z art. 66b–66e nakazuje przy ustalaniu wysokości administracyjnych kar pieniężnych uwzględniać: rodzaj i zakres naruszenia, w tym jego wpływ na środowisko, wartość drewna lub produktów z drewna, dotychczasową działalność podmiotu, który popełnił naruszenie w zakresie objętym przepisami rozporządzenia, oraz skutki naruszenia.

Art. 66f ust. 3 odnoszący się do wszystkich deliktów stanowi, że jeżeli okoliczności sprawy i dowody wskazują, że do naruszenia doszło wskutek zdarzeń i okoliczności, którym podmiot popełniający naruszenie nie mógł zapobiec, właściwy organ odstępuje od wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej i umarza postępowanie.

Kolejne przepisy dotyczą przedawnienia (art. 66f ust. 4), sposobu uiszczania kar (art. 66g), odesłania do Ordynacji podatkowej (art. 66h), obowiązków informacyjnych (art. 66i).

Tak oto w prawie polskim po raz pierwszy pojawiła się dość szczegółowa regulacja obejmująca nie tylko znamiona deliktów administracyjnych, ale i tryb ich orzekania. Ustawodawca nie uznał naruszenia przepisów unijnych ani za przestępstwo (a były ku temu podstawy, dające się uzasadnić tradycją polskiego prawa karnego, jeśli zważyć międzynarodowy charakter czynów), ani za wykroczenie, sięgnął od razu do deliktów administracyjnych uznając, że wprowadza sankcje „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające”. Zauważmy, że wskazanie na te trzy cechy sankcji – powtarzające się w rozporządzeniach i dyrektywach unijnych – nie przesądza, czy mają to być sankcje „karne” czy „administracyjne”, co jest dodatkowym argumentem przemawiającym za zasadniczą zbieżnością obu typów sankcji. Nie można także przeoczyć autonomicznej wykładni „sprawy karnej” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności stosowanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który pod pojęcie „sprawy karnej” podciąga nie tylko oskarżenie o przestępstwo, ale także o wykroczenie i niektóre delikty administracyjne.

7. Nowelizacja polskiego kodeksu postępowania administracyjnego

Z dniem 1 czerwca 2017 r. weszła w życie ustawa nowelizująca k.p.a.⁶⁴ Jedną z istotnych zmian było wprowadzenie do k.p.a. nowego działu IVa „Administracyjne kary pieniężne” złożonego z jedenastu artykułów, w których ustawodawca:

- zdefiniował administracyjną karę pieniężną jako określoną w ustawie sankcję pieniężną, nakładaną przez organ administracji publicznej, w drodze decyzji, w następstwie naruszenia prawa polegającego na niedopełnieniu obowiązku albo naruszeniu zakazu ciążącego na osobie fizycznej, osobie prawnej albo jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej (art. 189b),
- wprowadził regułę stosowania ustawy nowej, jeżeli stan prawny uległ zmianie, ale ustawy poprzedniej, jeżeli jest względniejsza (art. 189c),
- wskazał, co organ ma brać pod uwagę przy wymierzaniu administracyjnej kary pieniężnej (art. 189d),
- wyłączył odpowiedzialność, jeżeli do naruszenia prawa doszło wskutek działania siły wyższej (art. 189e),
- wskazał, kiedy organ odstępuje lub może odstąpić od nałożenia kary (art. 189f),
- uregulował kwestie przedawnienia (art. 189g i art. 189h),
- wskazał, kiedy kara pieniężna jest zaległa (art. 189i) i uregulował kwestie egzekucji (art. 189j),
- wskazał, w jakich przypadkach i pod jakimi warunkami można udzielać ulg w wykonaniu kary (art. 189k).

Spoglądając na dział IVa k.p.a. z perspektywy prawa karnego można założyć, że art. 189b–189h k.p.a. to niewątpliwie przepisy o charakterze materialnym. Dlaczego zatem znalazły się w akcie regulującym procedurę? Myślę, że wobec braku lepszego pomysłu. Trafność takiej oceny potwierdza wstępny przepis art. 189a, który w § 1 stanowi, że w sprawach nakładania lub wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej lub udzielania ulg w jej wykonaniu stosuje się przepisy działu IVa, ale od razu w § 2 wskazuje, że w przypadku uregulowania w przepisach odrębnych:

- przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej,
- odstępiania od jej nałożenia lub udzielania pouczenia,
- terminów przedawnienia jej nakładania,
- terminów przedawnienia jej egzekucji,

⁶⁴ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 935).

- odsetek od zaległej administracyjnej kary pieniężnej,
- udzielania ulg w jej wykonaniu

przepisów działu IVa w tym zakresie nie stosuje się.

Wreszcie art. 189a § 3 k.p.a. wyłącza stosowanie działu IVa w sprawach nakładania lub wymierzania przez organ administracji publicznej kar na podstawie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia, odpowiedzialności dyscyplinarnej, porządkowej lub z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W ten sposób ustawodawca w dziale IVa k.p.k. stworzył coś w rodzaju „części ogólnej” (art. 189b – art. 189h) i „części procesowej” (art. 189i – art. 189k) prawa o administracyjnych karach pieniężnych. Ale to wcale nie znaczy, aby ujednolicił zasady nakładania takich kar, ponieważ z art. 189a § 1 wynika, że pierwszeństwo mają zawsze przepisy ustaw szczególnych. Wystarczy, że w ustawie szczególnej ustawodawca zamieści lakoniczną wzmiankę, że przy nakładaniu kar bierze się pod uwagę szkodliwość czynu, aby wyłączyć stosowanie sensownie pomyślanego art. 189d k.p.a. Trudno pojąć, dlaczego w art. 189e k.p.k. jest mowa tylko o sile wyższej, a nie np. o stanie wyższej konieczności, a to nie jest to samo. Generalnie rzecz biorąc, można się obawiać, że ustawowe sformułowanie, że przepisów „w tym zakresie” nie stosuje się, będzie przyczyną licznych kłopotów interpretacyjnych.

Czy zatem stan prawny stworzony nowelą z 7 kwietnia 2017 r. można uznać za docelowy? Moim zdaniem nie. Rażące jest zamieszczanie przepisów prawa materialnego (art. 189b – art. 189h) w akcie *stricto* procesowym. Oceniałbym, że jest to rozwiązanie tymczasowe, a porządna regulacja odpowiedzialności za delikty administracyjne jest dopiero przed nami. Trzeba się będzie nad nią głęboko zastanowić, a przepisy nowej ustawy czeskiej z 2016 r. o wykroczeniach mogą być cenną inspiracją dla ustawodawcy polskiego.

8. Charakter prawny odpowiedzialności za delikty administracyjne

Wgłębiając się w rozwiązania, jakie ustawodawca czeski przyjął w ustawie z 2016 r. o wykroczeniach, można dojść do wniosku, że ich przyjęcie było dla niego zadaniem znacznie łatwiejszym niż stojące przed ustawodawcą polskim. Było tak dlatego, że począwszy od 1961 r. odpowiedzialność za wykroczenia była traktowana w Czechosłowacji jako odpowiedzialność administracyjna, wobec czego połączenie jej w jednym akcie prawnym z odpowiedzialnością za inne delikty administracyjne pod wspólną nazwą odpowiedzialności za wykroczenia, z utrzymaniem odrębności co do podmiotów ją ponoszących, nie było związane z przeskokiem do innej gałęzi prawa.

W Polsce sytuacja jest zasadniczo odmienna. Odpowiedzialność za wykroczenia (poza zasygnalizowaniem pewnych wątpliwości teoretycznych w latach 50. ubiegłego stulecia) zawsze była traktowana jako odpowiedzialność karna, a po Konstytucji RP z 1997 r. i obowiązującym k.p.w. z 2001 r. nikt już nie ma żadnych wątpliwości co do przynależności wykroczeń do prawa karnego, a nie administracyjnego. Natomiast odpowiedzialność za delikty administracyjne jest w zasadzie oceniana jako odrębny od odpowiedzialności karnej rodzaj odpowiedzialności. Nie można wszakże przeoczyć, że regulacja odpowiedzialności za delikty administracyjne wyraźnie zbliża się do regulacji odpowiedzialności karnej; wystarczy wskazać na regułę „ustawy względniejszej”, którą art. 189c k.p.a. przejął z k.k. i k.w.

Kiedy przed dwudziestu laty postawiłem pytanie, czy nie jest przypadkiem tak, że kary pieniężne są nowym rodzajem odpowiedzialności karnej⁶⁵, potraktowałem to pytanie jako pewną prowokację intelektualną. Nieco później przedstawiłem rozwiniętą koncepcję odpowiedzialności karnej w ochronie środowiska:

- *sensu stricto* – za przestępstwa,
- *sensu largo* – za przestępstwa i wykroczenia,
- *sensu largissimo* – za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne zagrożone karą pieniężną⁶⁶.

Nawiązując być może do tego redaktor Systemu Prawa Karnego wyraził stanowczy pogląd, że nie należą do prawa karnego nawet w najszerszym rozumieniu (*sensu largissimo*) przepisy ustaw administracyjnych przewidujące różnego typu sankcje finansowe, często zwane karą pieniężną. Tego typu regulacje nie mają z prawem karnym nic wspólnego⁶⁷. Czy na pewno? Mam co do tego pogląd krańcowo odmienny, który spróbuję uzasadnić, przywołując szczególnie wyrazisty przykład ustawy „wrakowej”⁶⁸. Zdaję sobie sprawę z tego, że na pojedynczych przykładach można udowodnić niemal każdą tezę, ale przykład ustawy „wrakowej” nie jest zupełnie odosobniony. W jej tekście pierwotnym znajdował się art. 50, który za wykroczenie zagrożone wyłącznie karą grzywny (z art. 24 § 1 k.w. było wiadomo, że w wysokości od 20 do 5000 zł) uznawał usuwanie z pojazdu wycofanego z eksploatacji elementów, części i płynów, jeżeli sprawca dopuszczał się takich działań (skądinąd celowych i nakazanych) poza stacją demontażu.

⁶⁵ W. Radecki, Kary pieniężne w polskim systemie prawnym. Czy nowy rodzaj odpowiedzialności karnej? Przegląd Prawa Karnego 1996, nr 14–15, s. 5–18.

⁶⁶ W. Radecki, Polskie prawo karne środowiska. Próba spojrzenia syntetycznego, *Ius Novum* 2009, nr 1, s. 70.

⁶⁷ A. Marek, Pojęcie prawa karnego..., *op. cit.*, s. 46.

⁶⁸ Ustawa z dnia 20 stycznia 2005 r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji (tekst pierwotny Dz. U. z 2005 r., Nr 25, poz. 202, aktualny tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 803).

Ustawą nowelizacyjną z 2010 r.⁶⁹ ten art. 50 został uchylony, ale jego treść została bez jakiegokolwiek zmiany przeniesiona do nowego art. 53a jedynego w nowym rozdziale 8 „Kary pieniężne”, przy czym nie było to już wykroczenie, lecz delikt administracyjny zagrożony karą pieniężną od 10 000 do 300 000 zł. Przeciwnicy tezy, że odpowiedzialność za delikty administracyjne jest także odpowiedzialnością karną (*sensu largissimo*), muszą przyjąć, że osoba fizyczna popełniająca taki czyn poza stacją demontażu przed nowelizacją ponosiła odpowiedzialność karną (bo przecież odpowiedzialność za wykroczenie jest taką odpowiedzialnością), ale po nowelizacji taka sama osoba fizyczna już odpowiedzialności karnej nie ponosi, mimo że grożąca jej sankcja finansowa inaczej nazwana (nie karą grzywny, lecz karą pieniężną) została podniesiona na dolnym progu 500-krotnie a na górnym 60-krotnie. Taka konstatacja byłaby obarczona zbyt dużą dozą hipokryzji, aby nadawała się do obrony.

Przypomnę, że autorka pierwszej monografii naukowej poświęconej odpowiedzialności za delikty administracyjne nazwała ją odpowiedzialnością administracyjno-karną (a nie karno-administracyjną, aby nie wracać do dawno już zarzuconej nazwy prawa wykroczeń), ale od razu zaznaczyła, że posługuje się ona klasycznym instrumentarium prawa karnego⁷⁰. Autorzy jednego z nowszych szkiców wyrazili pogląd, że być może istnieje już prawo represyjne, obejmujące zarówno klasyczne prawo karne, jak prawo wykroczeń i te komponenty prawa administracyjnego które można uznać za pełniące, choćby w pewnym zakresie, funkcje prawa karnego⁷¹, po czym odpowiedzialność za delikty administracyjne określili jako leżącą na pograniczu prawa administracyjnego i karnego; materialnie jest to odpowiedzialność karna, ale jej formalne ukształtowanie ma charakter administracyjny⁷².

Za zasadniczym zbliżeniem odpowiedzialności administracyjnej do odpowiedzialności karnej przemawiają także inne niż już wskazane argumenty, (odchodzenie od modelu „taryfowego” i zastępowanie go modelem swobodnego wymiaru kary, wprowadzanie elementów strony podmiotowej, reguła ustawy względniejszej). Przywołam choćby przepisy art. 316–321 ustawy – Prawo ochrony środowiska przewidujące instytucję odroczenia terminu płatności administracyjnej kary pieniężnej pod warunkiem zrealizowania w wyznaczonym okresie przedsięwzięć usuwających przyczyny wymierzenia kary. Jeżeli one zostały zrealizowane, następuje odpowiednie zmniejszenie, a w pewnych przypadkach umorzenie kary, jeżeli nie zostały zrealizowane –

⁶⁹ Ustawa z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 28, poz. 145).

⁷⁰ D. Szumiło-Kulczycka, Prawo administracyjno-karne, Kraków 2004, s. 29.

⁷¹ M. Mozgawa, M. Kulik, Wybrane zagadnienia z zakresu wzajemnego stosunku odpowiedzialności karnej i administracyjnej, *Ius Novum* 2016, nr 3, s. 32, przypis 5.

⁷² Tamże, s. 40–41.

ściągnięcie kary. Podobieństwo do prawnokarnej instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary (okres próby, nałożenie obowiązku, konsekwencje wykonania bądź niewykonania obowiązku) jest wyraźnie widoczne.

8. Konkluzje

Myślę, że nadszedł czas odrzucenia dogmatycznych uprzedzeń i pogodzenia się z tym, że już mamy do czynienia z pewnym swoistym segmentem prawa złożonym z trzech komponentów: prawa karnego *sensu stricto*, prawa wykroczeń i prawa deliktów administracyjnych. Można go nazwać prawem represyjnym, ale można też prościej określić go mianem prawa karnego, ale ze świadomością jego wewnętrznego zróżnicowania.

Dwie pierwsze części składowe owego segmentu opierają się o akty kodyfikacyjne tak materialnego, jak i procesowego prawa karnego *sensu stricto* i prawa wykroczeń, najpoważniejsze problemy stwarza część trzecia. Zdaje się nie ulegać już żadnej wątpliwości, że potrzebne są przepisy o charakterze ogólnym dotyczące odpowiedzialności za delikty administracyjne. Tę potrzebę dostrzegli ustawodawcy czeski i polski, ale przyjęli rozwiązania odmienne. Ustawodawca czeski rozszerzył pojęcie wykroczenia i ustawą z 2016 r. w zasadzie zlikwidował kategorię innych niż wykroczenia deliktów administracyjnych, włączając ją do kategorii wykroczeń. Ustawodawca polski wprowadził nowy dział IVa do k.p.a. Rozwiązanie czeskie można uznać za docelowe, zgodne z wieloletnią tradycją czechosłowackiego a następnie czeskiego systemu prawa administracyjnego, rozwiązanie polskie jest typową prowizorką. Jeśli ustawodawca polski chciał ujednolicić zasady wymierzenia administracyjnych kar pieniężnych, to ten zamiar mu się nie powiódł, o czym przekonuje zwłaszcza art. 189a § 2 k.p.a. pozostawiający mozaikę rozwiązań w ustawach szczególnych, mających pierwszeństwo przed przepisami działu IVa k.p.a. Ten stan prawny powinien ulec zmianie.

Czy możliwe jest przyjęcie w Polsce modelu czeskiego? Nie kryjąc dużego uznania dla tego, co zrobił ustawodawca czeski, myślę, że jednak nie. Nie widzę podstaw do połączenia w jednym akcie prawnym odpowiedzialności za wykroczenia i delikty administracyjne. Trochę szkoda bardzo porządnej koncepcji kodeksu wykroczeń złożonego z części ogólnej i szczególnej, która sprawdziła się mimo upływu 40 z górą lat i zmiany ustroju. Ale sprawdziła się w ograniczonym zakresie. W dzisiejszych warunkach nie da się w ramy wykroczeń wtłoczyć odpowiedzialności osób prawnych, gdyż to wymagałoby zasadniczej rewizji całego prawa o wykroczeniach. Być może jest to zadanie wykonalne, ale chyba w dłuższej perspektywie czasowej. W krótszej rozwiązaniem byłoby uchwalenie odrębnej ustawy o odpowiedzialności za delikty administracyjne, złożonej tylko z części ogólnej i procesowej, z wykorzystaniem niektórych pomysłów ustawodawcy czeskiego i wskaza-

niem, kto może za takie delikty odpowiadać i na jakich zasadach; zapewne czeska konstrukcja odpowiedzialności obiektywnej osób prawnych i osób fizycznych będących przedsiębiorcami, ale z możliwością zwolnienia się od niej byłaby jakimś rozwiązaniem. Trzeba byłoby uregulować zasady przypisywania osobie prawnej i osobie fizycznej będącej przedsiębiorcą działania innych osób fizycznych. Można byłoby wykorzystać i to, co jest w dziale IVa polskiego k.p.a., ale kategorycznie, bez dopuszczenia wyjątków w ustawach szczególnych. W takich ustawach pozostałyby typizacje deliktów administracyjnych oraz wskazanie wysokości kary pieniężnej, przy czym należałoby zrezygnować z kar bezwzględnie oznaczonych i przejść wyłącznie do kar oznaczonych granicami dolną i górną bądź tylko górną, natomiast cała reszta, tak materialnej, jak i procesowej natury, byłaby w ustawie ogólnej o odpowiedzialności za delikty administracyjne.

Myślę, że orzekanie w sprawach o delikty administracyjne musiałoby pozostać w gestii organów administracji, a do przemyślenia pozostaje, czy ostateczne rozstrzygnięcie należałoby do sądu administracyjnego w ramach kontroli decyzji administracyjnych, czy może raczej do sądu powszechnego, lepiej przygotowanego do rozstrzygania spraw o charakterze penalnym.

W tym szkicu starałem się zarysować jedynie wstępną propozycję ustawy o odpowiedzialności za delikty administracyjne. Konkretnie rozwiązania musiałyby być starannie dopracowane, a przykład czeski mógłby być, w pewnym zakresie, cenną inspiracją.

Liability for offences, petty offences, and administrative torts in Polish, Czech and Slovak law

Abstract

Setting boundaries between criminal liability and administrative liability is among the most serious issues in the penal (repressive) law doctrine. While the relationship between offences and petty offences has a long history and is thus more or less explored, the same cannot be said about administrative torts. Administrative torts have been only recently established and liability for administrative torts is just searching its way into the legal system. This paper presents the problem, comparing first Poland and Czechoslovakia, and then Poland, the Czech Republic and Slovakia, all of them being close to each other in geographic, historic, cultural, linguistic and legal terms. Special attention is brought to the Czech Act of 2016 on Petty Offences, in force as at

1 July 2017. Under the name of liability for petty offences, the Act brings an exciting combination of liability for petty offences and liability for administrative torts, and, at the same time, maintains differences between liability criteria. Moreover, highlighted are also the amendments to the Polish Code of Administrative Procedure in force as at 1 June 2017, which are the first to bring general regulations on administrative financial penalties to the Polish legal system.

Cezary Golik

Zmiany przepisów Kodeksu postępowania karnego w ustawie o działaniach antyterrorystycznych

Streszczenie

W artykule przedstawiono wybrane przepisy „polskiej ustawy antyterrorystycznej”, odnoszące się do prowadzenia postępowań przygotowawczych. Przepisy te – przez swój szczególny charakter – modyfikują unormowania Kodeksu postępowania karnego, mając za cel dać organom ścigania narzędzia pozwalające na efektywne ściganie sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Niejasność treści analizowanych norm oraz ich relacji do ogólnych przepisów Kodeksu postępowania karnego, wręcz niska jakość legislacji, a przede wszystkim zdecydowanie antygwarancyjny charakter nakazuje Autorowi artykułu nie tylko podjęcie próby interpretacji tych regulacji, ale także w konsekwencji postawienie pytania o zasadność ich wprowadzenia.

I.

W dniu 2 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych¹. W zamyśle autorów projektu tego aktu prawnego jego podstawowym celem jest „podniesienie efektywności polskiego systemu antyterrorystycznego, a tym samym zwiększenie bezpieczeństwa wszystkich obywateli RP”². Przepisy wskazanej ustawy mają pozwolić na skuteczne zapobieganie i zwalczanie terroryzmu na wielu płaszczyznach działania aparatu państwa jednocześnie. Ich celem jest więc także „zapewnienie możliwości skutecznych działań w przypadku podejrzenia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym w zakresie postępowania przygotowawczego”³. Szczególny charakter ustawy antyterrorystycznej – wynikający z przesłanek, jakie legły u podstaw jej uchwalenia – przesądza o tym, iż wiele zawartych w niej norm prawnych ma charakter *lex specialis*

¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 94 z późn. zm. W dalszej części niniejszego opracowania powoływana jako „u.d.a.” albo „ustawa antyterrorystyczna”.

² Uzasadnienie projektu „Ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz zmianie niektórych innych ustaw” – Druk Sejmu RP VIII kadencji nr 516, s. 1. Publ. na www.sejm.gov.pl.

³ *Ibidem*, s. 2.

względem tych, które funkcjonują w oparciu o przepisy aktów generalnych regulujących działanie państwa w czasie, gdy zagrożenie aktami terroru nie jest bezpośrednie. Tak więc ustawa antyterrorystyczna w art. 25 i 26 wprowadza również przepisy odnoszące się do prowadzenia postępowań przygotowawczych, które przedstawiają taki charakter, względem rozwiązań przewidzianych przez obowiązujący Kodeks postępowania karnego⁴.

II.

Art. 25 u.d.a. normuje szczególny tryb postępowania przygotowawczego co do zatrzymania osoby związanej z przestępstwem o charakterze terrorystycznym oraz co do przeszukania w sytuacji związanej z takim przestępstwem.

Mimo że zarówno pojęcie, jak i status procesowy „osoby podejrzanej” nie zostały dookreślone przez ustawodawcę w Kodeksie postępowania karnego⁵, ten zdecydował się na wykreowanie jeszcze bardziej enigmatycznego uczestnika postępowania przygotowawczego, jakim jest „osoba podejrzana”. Określenie takie zamieszczono w art. 25 ust. 1 u.d.a. Z brzmienia tego przepisu wynika, że osoba podejrzana to osoba, która związana jest z zaistnieniem „podejrzenia lub usiłowania popełnienia albo przygotowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. W takiej sytuacji, „w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzwanej”, a także „w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym”, prokurator może postanowić m.in. o zatrzymaniu osoby podejrzwanej, jeżeli „istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia”, że osoba ta znajduje się „na tym obszarze” (art. 25 ust. 1 pkt 2 u.d.a.). Przepis ten zawiera kilka niejasnych sformułowań.

Najłatwiej rozszyfrować zagadnienie związku faktycznego tak określonej osoby z miejscem zaistnienia danego zdarzenia przestępnego. Z przepisu art. 25 ust. 1 u.d.a., odczytywanego w całości, wynika, że „osoba podejrzwana” – aby móc nadać jej taki status – musi przebywać na pewnym „obszarze”. Pomijając niekonsekwencję w technice legislacyjnej, przyjąć należy, że chodzi o „miejsce zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, którego definicja zawarta jest w art. 2 pkt 6 u.d.a. Jest to zatem „przestrzeń otwarta lub zamknięta, w której nastąpiło zdarzenie o charakterze terrorystycznym lub w której wystąpił lub miał wystąpić jego skutek oraz przestrzeń, w której wy-

⁴ Wskazuje na to wprost tytuł rozdziału 5 ustawy, w którym zawarte są jej art. 25 i 26: „Przepisy szczególne dotyczące postępowania przygotowawczego”.

⁵ A. M. Tęcza-Paciorek, Pojęcie osoby podejrzanej i jej uprawnienia, Prok. i Pr. 2011, nr 11, s. 57 i n. oraz powołana tam literatura.

stępują zagrożenia związane ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym". Definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” zawarta jest w art. 2 pkt 7 u.d.a. W uproszczeniu stanowi ono stan („sytuację”) po popełnieniu przestępstwa o charakterze terrorystycznym w rozumieniu art. 115 § 20 k.k., a więc zbiór wszystkich skutków takiego przestępstwa, nawet jeśli jego popełnienie jest jedynie uprawdopodobnione, a nie ustalone. Związek osoby podejrzewanej z „miejscem zdarzenia o charakterze terrorystycznym” musi być oczywiście faktyczny, lecz do jej zatrzymania w oparciu o przepisy ustawy antyterrorystycznej musi być także potwierdzony w sposób formalny. Z brzmienia art. 25 ust. 1 u.d.a. wynika bowiem, że postanowienie prokuratora o zatrzymaniu osoby podejrzewanej musi wskazywać, iż znajduje się ona na tym obszarze. Oznacza to, że w chwili wydania postanowienia o zatrzymaniu osoba ta powinna znajdować się w „miejscu zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, gdzie organ wykonujący dyspozycję prokuratora o zatrzymaniu będzie spodziewał się ją zastać. Ustawa nie wyjaśnia, czy zatrzymanie osoby podejrzewanej w tym trybie będzie nadal dopuszczalne, gdy po wydaniu postanowienia o jej zatrzymaniu osoba ta przemieści się poza ten obszar. Ze względów celowościowych – składających się na *ratio legis* całej ustawy antyterrorystycznej – należy przyjąć, że fakt taki nie przeszkadza zatrzymaniu danej osoby na omawianej podstawie prawnej. W każdym zaś razie z treści art. 25 ust. 1 i 5 u.d.a. w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 5 k.p.k. wynika, że w uzasadnieniu postanowienia prokuratora o zatrzymaniu osoby podejrzewanej będzie się musiało znaleźć odniesienie do miejsca pobytu osoby mającej być zatrzymaną.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 *in principio* u.d.a. do zatrzymania osoby podejrzewanej konieczne jest wystąpienie „podejrzenia lub usiłowania popełnienia albo przygotowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. Taka stylizacja normatywna stanowi wyjątkowo niefortunną konstrukcję legislacyjną. Po pierwsze, odczytując ten przepis wprost, stwierdzić należy, że do zatrzymania osoby podejrzewanej konieczne jest „podejrzenie”, lecz nie wiadomo do czego odnoszące się. W zestawieniu z dalszą częścią tej normy można dojść do wniosku, iż chodzi o podejrzenie „dokonania” (popełnienia) przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Po drugie, nadal odczytując ten przepis wprost, „podejrzenie” to nie dotyczy „usiłowania popełnienia albo przygotowania” przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W tej sytuacji nie wiadomo, czy te formy stadialne przestępstwa o charakterze terrorystycznym muszą być uprawdopodobnione („podejrzenie”), czy ustalone (stwierdzenie), aby dopuszczalne było zatrzymanie osoby podejrzewanej.

Najistotniejszy jest natomiast procesowy cel wprowadzenia pojęcia „osoby podejrzewanej”. Jeśli bowiem szukać analogii, to oczywiście wydaje się, że najbliższym procesowemu statusowi tak określanego uczestnika procesu karnego jest „osoba podejrzana” występująca w wielu przepisach Kodeksu postępowania karnego. Ustawa procesowa – na co wskazałem już wcześniej –

nie definiuje statusu procesowego „osoby podejrzanej”, lecz w doktrynie podnosi się, że chodzi w tym przypadku o osobę, co do której istnieją dane uzasadniające przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo, lecz nie przedstawiono jej jeszcze zarzutu jego popełnienia⁶. Pogląd ten znajduje bezpośrednie oparcie w treści art. 247 § 1 pkt 1 k.p.k., z którego wynika, że zatrzymanie osoby podejrzanej ma służyć wykonaniu z jej udziałem czynności zmierzających do formalnego nadania jej statusu podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym. Wynika to także z art. 247 § 2 i 4 k.p.k. oraz – choć nie zostało to wyrażone w ustawie wprost – służą temu możliwości zatrzymania osoby podejrzanej określone w art. 243 k.p.k. i art. 244 § 1, 1a i 1b k.p.k. Z przepisów Kodeksu postępowania karnego wynika zatem cel zatrzymania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, który sprowadza się do jak najszybszego wprowadzenia postępowania przygotowawczego w fazę *in personam*, a zatem jednocześnie do zakończenia funkcjonowania w śledztwie lub dochodzeniu osoby podejrzanej jako tego uczestnika postępowania, którego status procesowy jest niedookreślony. Innymi słowy takiego, którego pozycja procesowa (zwłaszcza z punktu widzenia gwarancji procesowych) jest dalece upośledzona. Oznacza to również, że Kodeks postępowania karnego wskazuje na związek osoby podejrzanej z faktem zaistnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Podkreślenia takiej relacji zabrakło w treści art. 25 ust. 1 u.d.a. O ile bowiem we wskazanych wyżej normach ogólnych Kodeksu postępowania karnego ustawodawca wyraźnie wskazał, iż przesłanką zatrzymania osoby podejrzanej jest jej „związek sprawczy” z faktem zaistniałego przestępstwa, o tyle w art. 25 ust. 1 u.d.a. osoba podejrzewana jest związana z przestępstwem o charakterze terrorystycznym jedynie przez fakt pobytu na obszarze, na którym ono zaistniało. W zasadzie można by na tej podstawie przyjąć, iż w poprzednim zdaniu uchwycona została definicja „osoby podejrzewanej”. Problem jednak w tym, iż w takiej samej relacji do miejsca zaistnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym pozostaje „inna osoba”, o której mowa w art. 25 ust. 2 u.d.a. Zgodnie zatem z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy antyterrorystycznej – co jest przecież logiczne – na obszarze zaistnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym przebywać mogą „osoby podejrzewane” oraz inne „osoby”, a ustawa ta w żaden sposób nie wyjaśnia różnicy między owymi osobami. W szczególności nie wyjaśnia związku „osoby podejrzewanej” – poprzez odpowiednio ujęte powiązanie faktyczne sprowadzone do określonego stopnia

⁶ W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne, Bydgoszcz 2001, s. 249; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, Proces Karny. Część ogólna, Kraków 2002, s. 178; R. Ko-per, Prawo osoby podejrzanej do obrony, Prok. i Pr. 2016, nr 2, s. 20–21; F. Prusak, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1999, s. 276; E. Skrętowicz, Faktycznie podejrzany w polskim procesie karnym, Studia Iuridica 1997, nr 33, s. 195–197. Zob. także uchwała SN z dnia 19 lutego 1997 r., sygn. I KZP 37/96, OSNKW 1997, nr 3–4, poz. 21.

prawdopodobieństwa popełnienia danego czynu (rozumianego szeroko jako pełne *spectrum* form stadialnych i zjawiskowych) – z faktem zaistnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Wyprowadzenie przesłanki zatrzymania „osoby podejrzewanej” z samego faktu przebywania na określonym obszarze, z pominięciem jej faktycznego związku z zaistniałym tam przestępstwem, przesądza o zdecydowanie antygwarancyjnym charakterze przepisu art. 25 ust. 1 u.d.a. Formalnie jest to wprowadzić zgodne z art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP – gdyż zarówno zasady, jak i tryb zatrzymania „osoby podejrzewanej” uregulowane zostały w akcie rangi ustawy – ale trudno uznać obowiązujący stan rzeczy za właściwy.

Istota procesowej roli „osoby podejrzewanej” i treści przepisu art. 25 ust. 1 u.d.a. sprowadza się do pytania, czemu ten przepis ma służyć? Wszakże pokrywa się on treściowo ze wskazanymi wyżej ogólnymi przepisami Kodeksu postępowania karnego pozwalającymi na zatrzymanie osoby podejrzanej. Jeśli bowiem osoba podejrzewana ma na jego podstawie zostać zatrzymana na użytek procesu karnego, to właściwie po co? Oczywiście jest, że dla przeszkucia tej osoby, a w dalszej kolejności – z uwagi na zasadę legalizmu ścigania przestępstw – również dla zapewnienia możliwości przeprowadzenia z jej udziałem czynności przedstawienia zarzutów i zastosowania środków zapobiegawczych. Tyle tylko, że te same cele w stosunku do tej samej osoby można osiągnąć na podstawie dotąd obowiązujących przepisów ogólnych.

Kończąc analizę treści art. 25 ust. 1 u.d.a. w zakresie wprowadzonego nią pojęcia „osoby podejrzewanej”, zwrócić trzeba jeszcze uwagę na dyskusyjną jakość semantycznego ukształtowania tej normy. Z treści tego przepisu wynika, iż „w celu zatrzymania” osoby podejrzewanej (a zgodnie z brzmieniem tej normy jest to inny cel, niż cel jej „przymusowego doprowadzenia”) prokurator może postanowić o „zatrzymaniu” osoby podejrzewanej. Takie ujęcie stanowi *superfluum*, prakseologiczny nadmiar normatywny, może i w praktyce bez znaczenia, lecz wskazujący na niezbyt dużą staranność legislacyjną.

Biorąc pod uwagę wszystkie przedstawione przemyślenia, postawić należy pytanie o to, czy potrzebne było stworzenie nowego uczestnika procesowego, jakim jest „osoba podejrzewana”? Chyba że treść przepisu art. 25 ust. 1 u.d.a. w rozpatrywanej części stanowi niedopatrzenie ustawodawcy, gdyż w istocie miało tu chodzić o „osobę podejrzaną” i kolejne aspekty jej występowania?

Przepisy art. 25 ust. 1 i 2 u.d.a. ustawy stanowią również szczególną podstawę prawną czynności przeszukania (pomieszczeń i innych miejsc, osoby, jej odzieży oraz podręcznych przedmiotów). Cele przeprowadzenia tej czynności pokrywają się z celem przeszukania na zasadach ogólnych według art. 219 § 1 i 2 k.p.k. i jako takie zastrzeżeń nie budzą. Praktyczna różnica pomiędzy treścią art. 219 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 25 ust. 1 i 2 u.d.a. sprowadza się do tego, iż w pierwszym przypadku czynność ta musi odnosić się do konkretnych (z góry sprecyzowanych) pomieszczeń, miejsc i osób,

zaś w warunkach ustawy antyterrorystycznej postanowienie prokuratora ma określać „obszar” przeszukania bez konieczności bliższej dystynkcji. Takie ujęcie zakresu przeszukania wydaje się być dopuszczalne, choć siłą rzeczy odnosić się może do osób (poprzez naruszenie ich nietykalności cielesnej oraz godzenie w nienaruszalność miru przynależnych im mieszkań i pomieszczeń), co do których na wstępie brak w jakimkolwiek stopniu uprawdopodobnionego powiązania z przestępstwem. Dysproporcja ochraniających dóbr jest tutaj inna niż w przypadku zatrzymania „osoby podejrzewanej”, toteż dopuszczalne wydają się być dalej idące odstępstwa. Wskazać warto w tym miejscu, iż Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z dnia 20 października 2015 r. w sprawie *Sher i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 5201/11)⁷ uznał, że w przypadku postępowań odnoszących się do przestępstw o charakterze terrorystycznym znajduje uzasadnienie możliwość dokonania przeszukania w oparciu o przesłanki określone szerzej niż w innych przypadkach. W uzasadnieniu podniesiono, iż wymaganie na podstawie art. 8 EKPCz⁸, by nakaz przeszukania szczegółowo wskazywał poszukiwane przedmioty może poważnie ograniczyć skuteczność śledztwa, w którym w grę wchodzi ochrona życia wielu osób. W sprawach o tej naturze policja powinna mieć możliwość pewnej elastyczności, by ocenić na podstawie tego, co znaleziono w wyniku przeszukania, które przedmioty mogą się wiązać z działalnością terrorystyczną i zająć je w celu dalszego zbadania. W szczególności w orzeczeniu tym wskazano, że nie stanowi naruszenia EKPCz przeprowadzenie przeszukania w wyżej wskazanych warunkach, gdy przysługuje środek zaskarżenia tej czynności (co w naszych realiach jest zapewnione na podstawie art. 236 k.p.k. w zw. z art. 25 ust. 5 u.d.a. – dop. Autora).

Jako że przepisy ustawy antyterrorystycznej mają mieć charakter szczególny, to niezrozumiałe jest zamieszczenie w art. 25 ust. 4 normy nakazującej okazanie postanowienia o przeszukaniu osobie, u której przeszukanie ma być przeprowadzone, gdyż przepis ten stanowi dokładne powtórzenie art. 220 § 2 k.p.k. Istotne novum jest natomiast zawarte w art. 25 ust. 3 u.d.a., który znosi reguły art. 221 k.p.k. Racje wyższego rzędu odnoszące się do zwalczania terroryzmu nie pozwalają na zakwestionowanie zasadności tej normy.

III.

Art. 26 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej ustanawia niezwykle istotną normę o charakterze *lex specialis* względem art. 313 § 1 k.p.k. w zakresie

⁷ Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących państw trzecich, Warszawa 2015, nr 6, s. 9 i n. Publ. na www.msz.gov.pl.

⁸ Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

określenia źródeł informacji budujących podstawę faktyczną decyzji o przedstawieniu danej osobie zarzutu popełnienia przestępstwa (w tym przypadku przestępstwa o charakterze terrorystycznym w znaczeniu art. 115 § 20 k.k.). Zgodnie z tym przepisem w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, „jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego”, postanowienie o przedstawieniu zarzutów można sporządzić „na podstawie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych”.

Brzmienie przepisu art. 26 ust. 1 u.d.a. powoduje, iż zarzut popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym może być oparty o informacje mające inny charakter formalny niż „dane”, o których mowa w art. 313 § 1 k.p.k. Tymczasem to właśnie sformułowanie rodzi szczególnie dużo kontrowersji. Problem sprowadza się do tego, jaka jest relacja pomiędzy „danymi” (które to pojęcie na gruncie procedury karnej jest dalece niejednoznaczne) a „dowodami” (znaczenie tego określenia, jakkolwiek kilkunastokrotnie⁹, nie budzi wątpliwości). Zasadniczą zatem kwestią – na gruncie art. 313 § 1 k.p.k. – jest to, czy decyzja o przedstawieniu zarzutów musi być oparta jedynie na dowodach *sensu stricto* (w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez przepisy Działu V Kodeksu postępowania karnego, tj. art. 167 k.p.k. – art. 242 k.p.k.), czy też może wynikać z innych informacji (np. notatek urzędowych, pism anonimowych) wskazujących na zaistnienie stanu uzasadniającego i zarazem nakazującego przedstawienie określonej osobie zarzutu popełnienia przestępstwa. Kwestia ta ma istotne znaczenie, zaś przegląd dorobku orzecznictwa i doktryny prowadzi do wniosku, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie „dane” rodziło i rodzi kontrowersje¹⁰. Kodeks postępowania karnego nie wyjaśnia bowiem, jakie treści i w jaki sposób zgroma-

⁹ K. Marszał, (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 216–217.

¹⁰ Przedmiotowe określenie zostało wprost recypowane z art. 269 § 1 k.p.k. z 1969 r. Wcześniej występowało także w art. 237 § 1 k.p.k. z 1928 r. w brzmieniu nadanym nowelizacją z 1955 r. (Dekret Rady Ministrów z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego – Dz. U. z 1955 r., Nr 46, poz. 309 – zmiany weszły w życie z dniem 1 marca 1956 r.). Dodać należy, że warunkiem zastosowania instytucji tzw. pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonującej wcześniej w Kodeksie postępowania karnego Polskich Sił Zbrojnych w ZSRR z dnia 26 listopada 1943 r. (Rozkaz specjalny Dowódcy PZS nr 2 z dnia 16 listopada 1943 r., sygn.: CAW, III-4-952, CAW 1 AWP-III-4-280) było uzyskanie przez oficera śledczego „dostatecznych danych” (bez sprecyzowania czego dotyczących) – art. 104. Analogiczne określenie determinowało obowiązek sporządzenia postanowienia o pociągnięciu podejrzanego do odpowiedzialności karnej w oparciu o przepis art. 166 Kodeksu wojskowego postępowania karnego z dnia 23 czerwca 1945 r. (Dz. U. z 1945 r., Nr 36, poz. 216). Również w okresie obowiązywania poprzednich kodyfikacji karnoprosesowych określenie to rodziło wątpliwości co do jego znaczenia, skoro równolegle ustawodawstwo posługiwało się także sformułowaniem „dowody” (F. Prusak, *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 61).

dzone stanowią „dane” w rozumieniu art. 313 § 1 k.p.k. Wyjaśnienia takiego nie znajdziemy także w uzasadnieniu projektu kodeksu¹¹. Oznacza to, że kwestię ustalenia zakresu znaczeniowego tego sformułowania ustawodawca pozostawił orzecznictwu i praktyce stosowania procedury karnej. Tymczasem wielość kontekstów normatywnych, w jakich ustawa posługuje się nim, nie pozwala na ustalenie – a chociażby tylko na przybliżenie – jego znaczenia¹². To zaś nie pozwala na jednoznaczne odczytanie intencji ustawodawcy co do tego, jak należałoby interpretować to sformułowanie. Można jedynie stwierdzić, że z pewnością „dane” to zespół informacji o osobie, rzeczy lub zdarzeniu istotnym dla toku postępowania karnego, który może lub musi warunkować wystąpienie kolejnych faktów w biegu procesu karnego. Jest to zatem homonim, którego znaczenie jest zrelatywizowane do konkretnego układu procesowego, skutkiem czego należy dekodować je przy uwzględnieniu innych przepisów procedury karnej. Zasadnicza linia podziału prezentowanych poglądów sprowadza się do tego, czy „dane” to tyle samo co środki dowodowe wskazujące na określone fakty dowodowe (a więc jedynie dane uzyskane z zachowaniem rygorów procedury karnej), czy też wszystkie informacje dostatecznie uprawdopodobniające podejrzenie popełnienia przestępstwa (sposób ich zgromadzenia i udokumentowania w tym przypadku byłby rzeczą drugoplanową). Dominujący wydaje się pogląd o konieczności zachowania procesowego charakteru gromadzenia „danych” mających stworzyć faktyczną podstawę przedstawienia zarzutów. W podejmowanych próbach zdekodowania znaczenia problematycznego sformułowania wyjaśnia się zatem, że chodzi w rzeczywistości o „dane faktyczne, rozumiane

¹¹ Druki Sejmu RP II kadencji z dnia 18 sierpnia 1995 r. nr 1276 i 1277, www.sejm.gov.pl.

¹² I tak (z zachowaniem systematyki Kodeksu postępowania karnego): brak „danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu” stanowi negatywną przesłankę dopuszczalności prowadzenia postępowania karnego (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.); potwierdzenie „transmisji danych” może być dowodem doręczenia pisma (art. 132 § 3 k.p.k.); mowa jest w ustawie o „danych pozwalających na zidentyfikowanie osoby” powiązanej z informacją stanowiącą tajemnicę dziennikarską (art. 180 § 3 k.p.k.); instytucja tzw. świadka anonimowego ma z woli ustawodawcy chronić jego „dane osobowe” (art. 184 § 1 k.p.k.); „dane” mogą dotyczyć osoby oskarżonego (art. 332 § 1 pkt 1 k.p.k.), szerzej – tożsamości oskarżonego (art. 413 § 1 pkt 3 k.p.k. i art. 504 § 1 pkt 3 k.p.k.) albo po prostu identyfikować osobę (art. 200 § 2 pkt 2 k.p.k., art. 214 § 5 k.p.k. i art. 280 § 1 pkt 2 k.p.k.); „dane” mogą także określać obywatelstwo osoby (art. 607c § 1 pkt 3 k.p.k.); ustawa zna pojęcia „danych o karalności” i „danych o odbyciu kary” (art. 213 § 1 i § 2 k.p.k.); ustaleniu „danych co do właściwości i warunków osobistych oraz dotychczasowego sposobu życia oskarżonego (podejrzanego)” ma służyć wywiad kuratora (art. 214 § 1 k.p.k.); „dane informatyczne” mogą zostać zatrzymane i zabezpieczone przez organy prowadzące postępowanie karne (art. 218 § 1 k.p.k., art. 218a k.p.k. i art. 236a k.p.k.); brak „dostatecznych danych co do własności rzeczy” zbędnej dla postępowania uniemożliwia jej wydanie określonej osobie (art. 230 § 2 k.p.k.); wreszcie występują w ustawie „dane świadczące o popełnieniu przestępstwa” (art. 304 § 3 k.p.k.) lub dane „stwarzające dostateczne podstawy do wykrycia sprawy przestępstwa” (art. 325f § 1 k.p.k.).

jako materiały dowodowe¹³, „dane faktyczne pochodzące ze źródeł i środków dowodowych przewidzianych w ustawie karnej procesowej”¹⁴, „zebrane przez organ ścigania i utrwalone w sposób przewidziany prawem procesowym materiały dowodowe”¹⁵, krócej o „materiał dowodowy”¹⁶ albo wprost o „dowody”¹⁷. W obronie tego poglądu podnosi się, że – w szczególności – faktycznej podstawy przedstawienia zarzutów nie tworzą wyniki czynności pozaprocesowych, jak i anonimy. Czynności operacyjne nie mają bowiem charakteru czynności procesowych, a fakty ustalone w tej drodze nie mają, z punktu widzenia procesu, wartości dowodowej¹⁸. Dane uzyskane w sposób poufny nie mogą zaś stanowić podstawy materialnej przedstawienia zarzutów, gdyż jest to niemożliwe bez ujawnienia źródła ich pochodzenia oraz procesowego udokumentowania¹⁹. Za takim rozumieniem występującego w art. 313 § 1 k.p.k. określenia „dane” opowiada się także Sąd Najwyższy²⁰. Z drugiej wszak strony funkcjonuje w piśmiennictwie pogląd wskazujący, że ponieważ w Kodeksie postępowania karnego nie używa się określenia „dowody”, lecz „dane”, nie jest zatem wymagane, aby u podstaw podejrzenia (niezbędnego dla przedstawienia zarzutów – dop. Autora) leżały jedynie dowody²¹. Mogą to być także – choć nie wyłącznie – materiały dowodowe

¹³ F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 61.

¹⁴ J. Peczeniuk, *Instytucja przedstawienia zarzutów w świetle przepisów kodeksu postępowania karnego*, WPP 1993, nr 3–4, s. 42.

¹⁵ J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, t. I, s. 976.

¹⁶ J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, t. I, s. 976; Z. Młynarczyk, *Przedstawienie zarzutów, badanie wniosków dowodowych, niektóre czynności dowodowe oraz zaznajomienie z materiałami postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 1995, nr 7–8, s. 129; S. Stachowiak, *Przedstawienie zarzutów w kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1999, nr 2, s. 29.

¹⁷ M. Kurowski, (w:) B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, t. I, s. 970; R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. II, s. 75; J. Kosonog, (w:) S. Cora, K. Dudka, K. Eichstaedt, A. Kiełtyka, J. Kordeczuk, J. Kosonoga, C. Kulesza, M. Rogalski, J. Skorupka, R. A. Stefański, J. Tylman, K. Woźniewski, *System Prawa Karnego Procesowego. Tom X – Postępowanie przygotowawcze*, Warszawa 2016, s. 747; W. Daszkiewicz, (w:) W. Daszkiewicz, T. Nowak, S. Stachowiak, *Proces karny*, Poznań 1996, s. 42; D. Kaczor-kiewicz, D. Tarnowska, *Instytucja przedstawienia zarzutów i jej konsekwencje procesowe*, RPEiS 2011, nr 1, s. 142; P. Niedziela, K. Petryna, (w:) A. Kryże, P. Niedziela, K. Petryna, T. E. Wirzman, *Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2001, s. 538.

¹⁸ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. II, s. 75.

¹⁹ J. Peczeniuk, *Instytucja...*, s. 42.

²⁰ Uchwała SN z dnia 23 lutego 2006 r., sygn. SNO 3/06, Lex nr 470201.

²¹ D. Tarnowska, *Instytucja przedstawienia zarzutów w polskim procesie karnym*, Szczecin 2013, s. 40–41.

z działań operacyjnych²². Od strony formalnoprawnej dane, na których podstawie organ kształtuje swoje przekonanie o konieczności przedstawienia zarzutów, mogą mieć formę procesową (np. protokołu zatrzymania osoby na gorącym uczynku przestępstwa) albo formę nieprocesową (np. notatek z działań operacyjnych)²³. Zgodnie z tą koncepcją dla przedstawienia zarzutów nie wymaga się wyłącznie dowodu formalnego, który może być przeprowadzony już po skierowaniu podejrzenia przeciwko określonej osobie²⁴.

Próba doprecyzowania znaczenia określenia „dane” na gruncie Kodeksu postępowania karnego – w sytuacji, gdy sama ustawa nie zawiera definicji legalnej tego sformułowania – musi rozpocząć się od ustalenia jego znaczenia słownikowego. Zastosowanie instrumentów wykładni gramatycznej w tym przypadku jednakże zawodzi. W powszechnym odczuciu „dane” to tyle samo co „informacje”, „wiadomości”, „przesłanki”, czy „motywy”²⁵. Takie spojrzenie na semantyczną zawartość przedmiotowego zwrotu w żaden sposób nie pozwala na wyjaśnienie zasadniczego problemu sprowadzającego się do tego, czy „dane” – rozumiane jako uzyskane przez organ prowadzący śledztwo lub dochodzenie informacje stanowiące podstawę decyzji o skierowaniu toku postępowania przygotowawczego przeciwko określonej osobie – muszą zostać zgromadzone w rygorze procesowym przewidzianym dla dowodów, czy też mogą być nimi wszelkie wiadomości dostatecznie wskazujące na prawdopodobieństwo zaistnienia przestępstwa i osobę jego sprawcy. Należy poszukać innego sposobu uzyskania odpowiedzi na to pytanie.

W prowadzonych rozważaniach z pewnością przydatna może być analiza treści przepisów określających stopnie prawdopodobieństwa popełnienia czynu przez określoną osobę niezbędne dla zaistnienia kolejnych faktów procesowych – poczynwszy od decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego aż do jego zakończenia i skonsumowania przedmiotu procesu poprzez wydanie wyroku rozstrzygającego w kwestii odpowiedzialności prawnej za określony czyn²⁶. Zgodnie z art. 303 k.p.k. „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa” nakazuje wszczęcie postępowania przygotowawczego. Przepis ten nie wskazuje charakteru informacji, które mają stanowić o zaistnieniu tego stanu. W doktrynie dominuje zasadny pogląd, iż milczenie ustawodawcy w tym zakresie zakłada, że informacje te mogą po-

²² T. Grzegorzczak, Wykorzystanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym, (w:) *Przestępczość zorganizowana, świadek koronny, terroryzm. W ujęciu praktycznym*, Kraków 2005, s. 224.

²³ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2005, s. 735.

²⁴ D. Tarnowska, *Instytucja...*, s. 41.

²⁵ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1981, t. I, s. 360.

²⁶ M. Cieślak, O pojęciu przedmiotu procesu karnego i w sprawie tzw. „podstawy procesu”, *PiP* 1959, nr 8–9, s. 339.

chodzić z wszelkich źródeł, a ich forma jest obojętna²⁷. Decydująca jest zatem tylko ich treść²⁸. Twierdzi się, że informacjami tymi mogą być: zawiadomienie o przestępstwie (podkreślone to zostało w samej treści art. 303 k.p.k.), ale też spostrzeżenia własne organu ścigania, wyniki własnych działań operacyjnych (w tym informacje konfidencyjne), fakt ujęcia sprawcy na gorącym uczynku przestępstwa lub jego samodenuncjacja, informacje płynące z prasy, radia i telewizji, a nawet anonim²⁹. Źródłem informacji o fakcie popełnienia przestępstwa może być zarówno osoba, jak i rzecz (podaje się przykład znalezienia części zwłok ludzkich przez policjanta)³⁰. Informacje te mogą pochodzić od pokrzywdzonych, instytucji państwowych, samorządowych lub społecznych, osób prawnych, spółek, przedsiębiorstw, bezpośrednich świadków zdarzenia lub innych osób, które otrzymały wiadomość o przestępstwie, czy nawet od funkcjonariuszy organów Policji³¹. Obojętne jest, czy zawiadomienie o przestępstwie pochodzi od obywateli polskich czy obcokrajowców, a także czy przekazano je z kraju czy też z zagranicy³². Doktryna jest też zgodna, że od strony formalnoprawnej informacje, na podstawie których organ kształtuje swoje podejrzenie konieczne do wszczęcia postępowania przygotowawczego, mogą mieć formę procesową, np. protokół przyjęcia ustnego zawiadomienia o przestępstwie (art. 143 § 1 pkt 1 k.p.k.), protokół przyjęcia ustnego zawiadomienia o przestępstwie i przesłuchania w charakterze świadka osoby zawiadamiającej (art. 304a k.p.k.), protokół przesłuchania zawiadamiającego w charakterze świadka w ramach czynności sprawdzających (art. 307 § 3 k.p.k.) albo protokół zatrzymania osoby na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa (art. 244 § 3 k.p.k.), jak też i formę nieprocesową, np. notatki z działań operacyjnych, w tym z rozpytania osobowych źródeł informacyjnych; mogą być przekazane telefonicznie, telegraficznie, za pomocą Internetu lub w inny sposób, np. przez CB radio³³. W wypadku, gdy zawiadomienie o przestępstwie następuje w takich formach i informujący o przestępstwie nie chce stawić się do siedziby organu procesowego, by sporządzić protokół, należy z rozmowy z nim sporządzić notatkę urzędową. Nie będzie ona stanowiła zawiadomienia o

²⁷ J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, t. I, s. 945; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 735.

²⁸ Z. Młynarczyk, *Wszczęcie śledztwa i dochodzenia*, *Prok. i Pr.* 1995, nr 4, s. 108.

²⁹ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemska, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. II, s. 35–36; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 735.

³⁰ M. Lipczyńska, *Zawiadomienie o przestępstwie*, *PK* 1965, nr 56–57, s. 485.

³¹ R. Ponikowski, *Charakter prawny aktów dokumentujących pierwszą informację o przestępstwie*, *PP* 1986, nr 12, s. 32.

³² J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks...*, t. I, s. 945.

³³ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemska, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. II, s. 35–36.

przestępstwie, gdyż dla tej czynności przewidziana jest forma protokołu (art. 143 § 1 pkt 1 k.p.k.), ale będzie potraktowana jako inna informacja o przestępstwie kierowana do organu ścigania³⁴. Dla wszczęcia śledztwa lub dochodzenia nie wymaga się bowiem dowodu ścisłego (formalnego), przeprowadzanego z założenia we wszczętym już postępowaniu przygotowawczym³⁵.

Idąc dalej, nie ulega wątpliwości, że porównanie treści art. 303 k.p.k. oraz art. 313 § 1 k.p.k. jednoznacznie wskazuje, iż „uzasadnione dostatecznie podejrzenie” w odniesieniu do konkretnej osoby oznacza wyższy stopień podejrzenia tak co do faktu popełnienia przestępstwa, jak i co do osoby jego sprawcy, niż stopień „uzasadnionego podejrzenia” wymagany dla wszczęcia postępowania przygotowawczego³⁶. Problem tylko w tym, czy kwalifikowany charakter podstawy faktycznej koniecznej dla przedstawienia zarzutów musi wynikać z kwalifikowanej formy źródeł ją tworzących. Wydawać się może, że taki jest właśnie zamysł ustawodawcy, skoro w art. 303 k.p.k. do kwestii tej w ogóle się on nie odniósł, zaś w art. 313 § 1 k.p.k. postawił warunek, aby podstawa faktyczna przedstawienia zarzutów wynikała z „danych”. Wskazuje to na zamiar nadania temu sformułowaniu szczególnego znaczenia. Nadal nie jest jednak pewne, czy chodzi o dane stanowiące materiał dowodowy, a więc o informacje zgromadzone zgodnie z wymogami procedury karnej. Poszukując odpowiedzi na to pytanie, natrafia się na art. 325f § 1 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem można wydać postanowienie o umorzeniu dochodzenia i wpisaniu sprawy do rejestru przestępstw, jeżeli dane uzyskane w toku czynności, o których mowa w art. 308 § 1 k.p.k. lub prowadzonego przez okres co najmniej 5 dni dochodzenia, nie stwarzają dostatecznych podstaw do wykrycia sprawcy (zaistniałego przestępstwa – dop. Autora) w drodze „dalszych czynności procesowych”. Zgodnie z tym przepisem zgromadzone „dane” muszą stanowić wynik przeprowadzonych czynności procesowych – „...w drodze dalszych czynności procesowych”. Z tego też przepisu wiadomo, że z pewnością chodzi o „dane” mające stanowić podstawę do skierowania prowadzonego dochodzenia przeciwko osobie będącej uprawdopodobnionym sprawcą przestępstwa. Celem prowadzonego dochodzenia jest przecież „wykrycie sprawcy przestępstwa” (art. 297 § 1 pkt 2 k.p.k.), a w przepisie art. 325f § 1 k.p.k. wprost mowa o „danych”, które temu właśnie mają służyć. Konsekwencją wykrycia osoby sprawcy przestępstwa jest obowiązek przedstawienia mu zarzutu popełnienia tego przestępstwa (art. 10 k.p.k.), o ile oczywiście na przeszkodzie ku temu nie stoją szczególne względy (np. jego wiek nie pozwalający przypisać mu winy, immunitet formalny lub brak imiennego wniosku o jego ściganie). Wydawać by się za-

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ T. Grzegorzcyk, Kodeks..., s. 735.

³⁶ Uchwała SN z dnia 23 lutego 2006 r., sygn. SNO 3/06, Lex nr 470201.

tem mogło, że analiza treści art. 325f § 1 k.p.k. pozwala postawić znak równości pomiędzy „danymi” a „dowodami”. Tutaj pojawia się jednak zastrzeżenie wynikające z domniemania racjonalności ustawodawcy. Wiadomo przecież, że w obrębie jednego aktu prawnego dla oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami³⁷. Tak więc jeśli ustawodawca operuje dwoma różnymi określeniami, to zapewne jego wolą jest nadanie im odmiennych znaczeń. „Dane” zatem to nie to samo co „dowody”.

Kolejnym, podwyższonym stopniem prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa znanym ustawie jest stopień wymagany dla zastosowania środków zapobiegawczych albo dopuszczenia dowodu z wyników obserwacji podejrzanego w zakładzie leczniczym. Zgodnie z art. 249 § 1 k.p.k. *in fine* środki zapobiegawcze można stosować tylko wtedy, gdy „zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo”. Reguła ta odnosi się odpowiednio do podejrzanego (art. 71 § 3 k.p.k.). W tym przypadku ustawodawca wyraźnie wskazuje, że „duże prawdopodobieństwo” popełnienia przestępstwa musi wynikać z „dowodów”, a nie tylko z „danych”. Taki sam sposób uprawdopodobnienia minimalnego progu podstawy faktycznej konieczny jest dla orzeczenia obserwacji podejrzanego w zakładzie leczniczym (art. 203 § 1 zd. 1 k.p.k. w zw. z art. 71 § 3 k.p.k.). Same „dane” mogą zatem stanowić o podstawie skierowania postępowania przygotowawczego przeciwko określonej osobie, ale wydają się niewystarczające dla skonstruowania podstawy faktycznej wymaganej dla stosowania wobec podejrzanego środków przymusu lub dopuszczenia tak specyficznego – gdyż głęboko ingerującego w prawa człowieka i obywatela – dowodu, jakimi są wyniki z obserwacji w zakładzie leczniczym. Wszelko przeprowadzenie owego dowodu *de facto* polega na czasowym pozbawieniu wolności człowieka. Z treści art. 249 § 1 k.p.k. *in fine* wynika zatem, że kwalifikowany charakter podstawy faktycznej zastosowania środków zapobiegawczych względem podstawy faktycznej wystarczającej dla przedstawienia zarzutów opiera się o dwa filary. Pierwszym jest podwyższony stopień prawdopodobieństwa popełnienia przez podejrzanego zarzucanego mu czynu, które to prawdopodobieństwo musi być „duże”. Przesądza to o tym, że posiadane przez organ procesowy informacje o przestępstwie i osobie jego sprawcy muszą być wzbogacone, przynajmniej w kategoriach jakościowych, względem tych, które były wystarczające dla przyjęcia zaistnienia stanu określonego w art. 313 § 1 k.p.k. (tym bardziej względem progu określonego w art. 303 k.p.k.). Drugim filarem jest zaś wymóg, aby ustalenia faktyczne w tym zakresie

³⁷ L. Morawski, Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 2001, s. 173–174. Zob. także § 10 „Zasad techniki prawodawczej” stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908).

oparte zostały o „dowody”, co nie pozostawia wątpliwości, iż chodzi o informacje uzyskane i utrwalone w reżimie procedury karnej. To samo odnosi się do warunków dopuszczenia dowodu określonego w art. 203 k.p.k.

Wreszcie, gdy dochodzi do wyrokowania w sprawie, prawdopodobieństwo, że określona osoba popełniła zarzucone jej przestępstwo musi również opierać się o dowody. Te bowiem przeprowadza się w toku przewodu sądowego, będącego „postępowaniem dowodowym” na etapie jurysdykcyjnym postępowania karnego (*arg. ex art. 405 k.p.k.*) i to tylko one obrazować mają okoliczności stanowiące podstawę wyroku (art. 410 k.p.k.).

Z powyższej analizy wynika, że nie można utożsamiać sformułowania „dane” z określeniem „dowody”. Słusznie zatem – choć nazbyt ostrożnie – zauważa się w doktrynie, że nie jest wymagane, aby u podstaw podejrzenia koniecznego dla przedstawienia zarzutów leżały jedynie dowody. Mogą to być także – jednakże nie wyłącznie – materiały dowodowe z działań operacyjnych³⁸. Zresztą, co nie budzi wątpliwości, materiały z niektórych czynności operacyjnych (np. z kontroli operacyjnej czy transakcji pozornej) mogą mieć znaczenie dowodowe³⁹. Tak więc można odpowiedzialnie skonstatować, że decyzja o przedstawieniu zarzutów może opierać się o dane będące dowodami *sensu largo*. Podzielić należy także pogląd, że dowód formalny może być przeprowadzony już po skierowaniu podejrzenia przeciwko określonej osobie⁴⁰. Dowodem takim może być samo oświadczenie podejrzanego o tym, że przyznaje się on do popełnienia zarzucanego mu czynu, i to nawet wtedy, gdy jednocześnie skorzysta on z prawa do odmowy składania wyjaśnień i odpowiedzi na pytania. Brak chociażby takiego dowodu będzie stanowił o niedostatku podstawy wymaganej dla zastosowania środków zapobiegawczych, a tym bardziej dla skierowania aktu oskarżenia i wydania wyroku skazującego. Konsekwencją tego jest powinność umorzenia prowadzonego postępowania przygotowawczego po przesłuchaniu podejrzanego, gdy jednocześnie wyczerpano inne możliwości dowodowe w sprawie (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k.). Ponieważ podejrzenie popełnienia czynu – konieczne dla przedstawienia zarzutów – ma być uzasadnione jedynie w sposób „dostateczny”, co z góry zakłada weryfikację tego faktu na kolejnych etapach prowadzonego postępowania przygotowawczego, w pierwszej kolejności, już w oparciu o stanowisko podejrzanego w przedmiocie zarzutu wyrażone w czasie jego przesłuchania i ewentualnie uzasadnione w złożonych przez niego wyjaśnieniach, a także z uwagi na fakt, iż „udowodnienie” konieczne jest dla wydania wyroku (w szerszym rozumieniu także dla stosowania środków zapobiegawczych albo przeprowadzenia ob-

³⁸ T. Grzegorzczak, Wykorzystanie i przekształcanie materiałów operacyjnych..., s. 224.

³⁹ D. Szumiato-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa 2012, s. 244.

⁴⁰ D. Tarnowska, Instytucja..., s. 41.

serwacji podejrzanego w zakładzie leczniczym), to nie wydaje się zasadny postulat zastąpienia określenia „dane” zawartego w art. 313 § 1 k.p.k. stanowczym wskazaniem, że o podstawie faktycznej przedstawienia zarzutów decydować mają jedynie „dowody”⁴¹. Użycie przez ustawodawcę w art. 313 § 1 k.p.k. sformułowania „dane”, a nie „dowody” (jak np. w art. 203 § 1 zd. 1 k.p.k. lub w art. 249 § 1 k.p.k.) albo „materiał dowodowy” (jak np. w art. 74 § 4 k.p.k. lub w art. 415 § 3 k.p.k.) nie jest zatem przypadkowe. Nie stanowi tylko przejawu sentymentu i przywiązania do „tradycji legislacyjnej”⁴², lecz jest wyrazem świadomego zamysłu. Wprawdzie w okresie funkcjonowania odformalizowanego dochodzenia określonego w art. 319 k.p.k. (tzw. postępowanie zapiskowe⁴³)⁴⁴ użycie przez ustawodawcę w przepisie art. 313 § 1 k.p.k. sformułowania „dane” wprost znajdowało oparcie w fakcie, że podjęcie decyzji o przedstawieniu lub uzupełnieniu zarzutów nie musiało mieć podstawy w dowodach ścisłych, ale i obecnie, pomimo uchylecia tego przepisu, analiza innych odnośnych norm procedury karnej – co starałem się wykazać – prowadzi do takiego samego wniosku. Ustawodawca posłużył się wyrazem „dane”, który oznacza „fakty, na których można się oprzeć w wywodach”⁴⁵. Są to zatem nie tylko „dowody”, ale i inne informacje, które można określić najszerzej jako „poszlaki”⁴⁶.

Przedstawione rozumowanie komplikuje się za sprawą art. 26 ust. 1 u.d.a. Jeśli bowiem w kontekście art. 313 § 1 k.p.k. problemem jest ustalenie znaczenia występującego w tym przepisie sformułowania „dane” i rozstrzygnięcie, czy chodzi o dowody w ścisłym znaczeniu, czy też jakkolwiek udokumentowane informacje o przestępstwie, to przepis ten do tego schematu wprowadza trzeci element. Gramatyczne odkodowanie art. 26 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej w powiązaniu z art. 313 § 1 k.p.k. oznacza, że zarzut popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym może zostać przedstawiony na podstawie „danych” (w tym „dowodów”) oraz „informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych”, które – co

⁴¹ F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 61.

⁴² Zob. przypis nr 11.

⁴³ A. Skowron, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia: Komentarz*, Warszawa 2010, s. 324.

⁴⁴ Przepis art. 319 k.p.k. obowiązywał w okresie od dnia 1 września 1998 r. do dnia 30 czerwca 2003 r. Uchylony został przez art. 1 pkt 126 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155).

⁴⁵ R. A. Stefański, *Czynności przedstawienia zarzutów*, Prok. i Pr. 2013, nr 7–8, s. 21.

⁴⁶ J. Bednarzak, (w:) J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1976, s. 363; J. Peczeniek, *Instytucja...*, s. 41; D. Tarnowska, *Instytucja...*, s. 41.

wynika z wyżej przytoczonej zasady prawidłowej legislacji⁴⁷ – nie są ani dowodami w ścisłym znaczeniu, ani też „danymi” (jako pojęciem o szerszej pojemności znaczeniowej, obejmującym także informacje wynikające z „dowodów”). Względy logiki nakazują uznać, że pojęcie „danych” – zgodnie z jego wyżej przedstawionym znaczeniem – obejmuje również „informacje uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych”. To zaś oznacza, że przepis art. 26 ust. 1 u.d.a. – w zakresie odnoszącym się do określenia szczególnego charakteru informacji budujących faktyczną podstawę przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym – jest zbędny, gdyż pojęcie „danych” z art. 313 § 1 k.p.k. odnosi się także do materiałów z niejawnych działań organów ścigania, które można określić mianem szeroko rozumianych czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Niezależnie od powyższego przepis art. 26 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej interesujący jest także i z tego powodu, że wprowadza swoistą dychotomię w zakresie podstawy dowodowej decyzji o przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W sytuacji „zwyyczajnej” zarzut takiego przestępstwa musi być oparty na „danych” w rozumieniu art. 313 § 1 k.p.k. Natomiast w sytuacji „szczególnej” – tj. „jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego” – dopuszczalne jest oparcie zarzutu albo o „dane” z art. 313 § 1 k.p.k. albo o „informacje uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych”. Art. 26 ust. 1 u.d.a. dopuszcza zatem „niższą jakość” – w optyce gwarancyjnego charakteru instytucji przedstawienia zarzutów – źródeł informacji o fakcie popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym będącego przedmiotem zarzutu. Tym samym norma kreowana przez ten przepis prezentuje zdecydowanie antygwarancyjny charakter. Deprecjonuje gwarancyjny wymiar instytucji przedstawienia zarzutów i z tego powodu jest niebezpieczna. Także i dlatego, iż w żaden sposób nie wyjaśnia, w czym miałyby się objawiać „dobro postępowania przygotowawczego”, które ma być zabezpieczone poprzez „łatwiejsze” (dla organu ścigania) przedstawienie zarzutów. Wydaje się, iż dobro to – w zamyśle ustawodawcy, który to zamysł nie jest wszak wyjawiony w projekcie ustawy antyterrorystycznej – należy łączyć z ułatwieniem osiągnięcia celów postępowania karnego, zwłaszcza zaś celów postępowania przygotowawczego. Skoro mówimy o zarzucie czynu dokonanego w przeszłości, to dobro postępowania przygotowawczego w takiej projekcji sprowadza się do łatwiejszej możliwości stosowania w przyszłości tych mechanizmów proceduralnych, które poprzedzone muszą być przedstawieniem zarzutów, a więc przejściem postępowania przygotowawczego w fazę *in personam*. Nie chodzi zatem o ułatwienie realizacji celów z art. 297 § 1 pkt 1

⁴⁷ § 10 „Zasad techniki prawodawczej” stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908).

– 4 k.p.k. Idzie bowiem przede wszystkim o możliwość stosowania środków zapobiegawczych wobec podejrzanego o przestępstwo o charakterze terrorystycznym na bardzo wczesnym etapie postępowania karnego, a także o ułatwienia w zbieraniu, zabezpieczaniu i w niezbędnym zakresie utrwaleniu dowodów dla sądu (cele postępowania przygotowawczego określone w art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.), a więc np. o szybszą dopuszczalność przeprowadzenia czynności, o których mowa w art. 74 § 2 k.p.k.

Z art. 26 ust. 1 u.d.a. wiąże się jeszcze jedna istotna kwestia. Mianowicie do przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym nie jest tutaj wymagane – jak w art. 313 § 1 k.p.k. – „dostatecznie uzasadnione podejrzenie”, lecz jedynie „podejrzenie” (bez żadnego dookreślenia) popełnienia przez daną osobę takiego przestępstwa. Czyżby oznaczało to, że próg dowodowy dla dopuszczalności przedstawienia zarzutu w takiej sytuacji jest niższy niż dla wszczęcia postępowania przygotowawczego *in rem*, skoro art. 303 k.p.k. wymaga podejrzenia „uzasadnionego”? Taką ewentualność należy stanowczo odrzucić, gdyż przedstawienie zarzutów możliwe jest tylko w ramach legalnie (prawidłowo) prowadzonego postępowania karnego, a więc w sytuacji, gdy stan z art. 303 k.p.k. trwa. Oznacza to zatem, iż ustawodawca miał chyba w intencji umożliwić organom ścigania przedstawienie zarzutu w oparciu o tak samo silną podstawę faktyczną, jak konieczna dla wszczęcia postępowania „w sprawie”. Nawet jeśli jest to jedynie niedopatrzenie legislacyjne, to i tak bez wątpienia dowodzi, iż art. 26 ust. 1 u.d.a. po raz kolejny dewaluuje instytucję przedstawienia zarzutów. Nie wydaje się, aby konieczność zwalczania terroryzmu uzasadniała tak dalekie odstępstwa od ugruntowanych w polskim ustawodawstwie karnoprocesowym reguł kierowania postępowań karnych przeciwko obywatelowi. Trudno – ze względów systemowych – zaakceptować sytuację, w której podstawa faktyczna wszczęcia postępowania karnego (przygotowawczego) jednocześnie uzasadnia (a w zasadzie, z uwagi na obowiązywanie zasady legalizmu, także nakazuje) natychmiastowe jego kierowanie przeciwko danej osobie. Z zestawienia treści art. 297 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. oraz art. 303 k.p.k. i art. 313 § 1 k.p.k. wynika, że w toku postępowania przygotowawczego winna istnieć – przynajmniej co do zasady – pewna przestrzeń oddzielająca stan uprawdopodobnienia przestępstwa i wszczęcia w jego sprawie postępowania od stanu wysunięcia zarzutu popełnienia tego przestępstwa wobec określonej osoby. Przestrzeń ta winna zostać wypełniona działaniami organów ścigania zmierzającymi do ustalenia pełniejszego obrazu czynu przestępnego, a zwłaszcza zaś jego sprawcy, tak aby stawiany danej osobie zarzut nie był przedmiotowo, a już tym bardziej podmiotowo chybiony. Wymogi pilnego działania w tym zakresie mogą być osiągnięte z zastosowaniem art. 308 § 2 k.p.k., ale bez ustępstw w zakresie jakości ustaleń faktycznych. Tymczasem ustawodawca kształtując w art. 26 ust. 1 u.d.a. wydatnie obni-

żone warunki pociągnięcia osoby do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym zdaje się zupełnie o tym zapomniał. Wiadomo tylko tyle, że zgodził się, by zabezpieczenie dobra postępowania przygotowawczego odbywało się kosztem bezpieczeństwa prawnego osoby, przeciwko której kierowane jest to postępowanie.

IV.

Ustawa antyterrorystyczna w art. 26 ust. 2 wprowadza istotne modyfikacje reguł ogólnych stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. Doniosłość tych różnic wynika z faktu, iż przepis ów zezwala na tymczasowe aresztowanie podejrzanego o popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym jedynie z uwagi na występowanie zmodyfikowanej (z redukcją jej waloru gwarancyjnego) tzw. przesłanki ogólnej określonej w art. 249 § 1 k.p.k., z jednoczesnym brakiem konieczności wystąpienia którejkolwiek z tzw. przesłanek szczególnych określonych w art. 258 § 1–3 k.p.k. („samoistość przesłanki”). Widoczna redukcja gwarancyjnego waloru unormowania art. 249 § 1 k.p.k. wyraża się w trzech wymiarach. Po pierwsze, brzmienie art. 26 ust. 2 zd. 2 u.d.a. zestawione z treścią art. 249 § 1 k.p.k. przywodzi do wniosku, iż do zastosowania tymczasowego aresztowania wobec podejrzanego o popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym nie jest konieczne wykazanie, iż ma to służyć „zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania” albo „zapobiegnięciu popełnienia przez podejrzanego nowego, ciężkiego przestępstwa”, które to warunki są konieczne w świetle „ogólnej” procedury karnej. Po drugie i najważniejsze, szczególny charakter normy stanowionej przez art. 26 ust. 2 u.d.a. wyraża się w tym, iż do zastosowania tymczasowego aresztowania na jej podstawie nie jest nieodzowne zajęcie „dużego prawdopodobieństwa” popełnienia przez podejrzanego przestępstwa o charakterze terrorystycznym (czego wymaga art. 249 § 1 k.p.k. *in fine*), lecz jedynie jego „uprawdopodobnienie”, co wydaje się pokrywać z „podejrzeniem”, o którym mowa w art. 26 ust. 1 u.d.a. Oznacza to, iż stopień uprawdopodobnienia podstawy faktycznej konieczny dla przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym i tymczasowego aresztowania podejrzanego o to przestępstwo jest taki sam, co istotnie różni się od wymogów art. 313 § 1 k.p.k. i art. 249 § 1 k.p.k. *in fine*. Rodzą się przeto obawy, czy przepis art. 26 ust. 1 u.d.a. aby nie niesie zbyt daleko idącego zagrożenia dla osoby, wobec której można zastosować tymczasowe aresztowanie na tej podstawie. Po trzecie w końcu, unormowanie art. 26 ust. 2 w zw. z ust. 1 u.d.a. nie zawiera wymogu, by prawdopodobieństwo, o którym w nim mowa, wynikało z „dowodów”, co jest przecież wyraźnie uwypuklone w art. 249 § 1 k.p.k. *in fine* i co także stanowi o kwalifikowanym charakterze podstawy faktycznej stosowania

środków zapobiegawczych według reguł ogólnych względem podstawy faktycznej dla przedstawienia zarzutów w oparciu o art. 313 § 1 k.p.k.

Treść art. 26 ust. 2 u.d.a. rodzi szereg dalszych zagadnień interpretacyjnych. Zawarte w nim odwołanie do ust. 1 tej jednostki redakcyjnej – przy interpretacji ściśle literalnej – sugeruje, że zastosowanie tymczasowego aresztowania na podstawie tego przepisu możliwe jest jedynie wówczas, gdy zarzut przedstawiony podejrzanemu opiera się na informacjach uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych (czyli w trybie art. 26 ust. 1 u.d.a.). Jest to zupełnie niezrozumiałe, gdyż wydaje się, iż równie dobrze (a może nawet tym bardziej) przesłanka tymczasowego aresztowania może wynikać z materiałów informacyjnych o przestępstwie będących „dowodami” w ścisłym tego wyrażenia znaczeniu albo i z „danych” w ogólnym rozumieniu art. 313 § 1 k.p.k. Zwłaszcza że ma to być przesłanka „samoistna”. Zauważyć też należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2 u.d.a. zastosowanie tymczasowego aresztowania możliwe jest w tym trybie jedynie wobec podejrzanego o „popelnienie, usiłowanie lub przygotowanie do popelnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. Pomijając okoliczność, iż w miejsce określenia „popelnienie” właściwszym było być użycie określenia „dokonanie” (korelacja z treścią art. 22 k.k.), to niezrozumiałe jest wyłączenie zastosowania art. 26 ust. 2 u.d.a. wobec podejrzanych o dokonanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym w innych formach zjawiskowych, w tym podżegania, zwłaszcza zaś pomocnictwa. Brak bowiem możliwości zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania (przynajmniej na podstawie przepisów rozpatrywanej ustawy) wobec wszystkich osób współdziałających w przestępstwie może zniweczyć możliwość osiągnięcia wszystkich celów prowadzonego postępowania karnego. Ponadto zbyteczne wydaje się być zastrzeżenie z art. 26 ust. 2 u.d.a., iż przewidziane tam tymczasowe aresztowanie „stosuje sąd na wniosek prokuratora”. Przecież nie zmienia to ogólnej zasady zawartej w art. 250 § 2 k.p.k., który to przepis i tak znalazłby zastosowanie wobec regulacji art. 26 ust. 4 u.d.a. Chyba, że celem tego zastrzeżenia jest przesądzenie, że stosowanie tymczasowego aresztowania na podstawie art. 26 ust. 2 u.d.a. możliwe jest jedynie w toku postępowania przygotowawczego. Kwestia ta wszakże i tak nie może budzić wątpliwości, zważywszy na fakt, że przepis ten znajduje się w rozdziale ustawy wprost informującym, iż obejmuje on przepisy szczególne dotyczące postępowania przygotowawczego. Nie podlega dyskusji, że do wyjaśnienia sygnalizowanych wątpliwości niezbędne jest posłużenie się metodami wykładni korygującymi dosłowne brzmienie niejasnych sformułowań ustawowych. Znacznie mniej kłopotów interpretacyjnych przysparza natomiast norma, w myśl której tymczasowe aresztowanie w swojej szczególnej postaci określonej w art. 26 ust. 2 u.d.a. może być zastosowanie tylko raz (na okres do 14 dni). Wobec brzmienia art. 26 ust. 3

i 4 u.d.a. każde jego przedłużenie – nawet takie, które dopełnia jego okres jedynie do 14 dni – musi odbyć się na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego, a więc z zachowaniem wymogów art. 249 § 1 k.p.k. i art. 258 § 1–3 k.p.k. Z treści przepisów art. 26 ust. 2 i 3 u.d.a. wynika wreszcie, że określone w nich redukcje gwarancyjnych wymogów stosowania tymczasowego aresztowania nie odnoszą się odpowiednio do stosowania wobec podejrzanego o przestępstwo o charakterze terrorystycznym innych środków zapobiegawczych, co wydaje się niezrozumiałe.

V.

Przedstawiona analiza art. 25 i 26 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych prowadzi – w mojej ocenie – do następujących konkluzji. Po pierwsze, wyszczególnione wyżej regulacje poszczególnych instytucji procesowych, które już z samej swojej istoty ingerują w sferę praw i wolności człowieka i obywatela – poprzez redukcję ochronnych warunków ich stosowania – mają zdecydowanie antygwarancyjny charakter. Nasuwają zasadnicze pytanie o sens ich wprowadzenia oraz zwłaszcza o to, czy w obecnym kształcie zachowują właściwy umiar – odpowiedni balans pomiędzy tymi prawami i wolnościami a względami szeroko rozumianego interesu postępowania karnego. Po drugie, dostrzegalne niedostatki legislacyjnego kształtu poszczególnych unormowań, zwłaszcza te utrudniające jednoznaczne zrozumienie ich znaczenia, dodatkowo wzmacniają obawy o możliwą nadinterpretację przy ich stosowaniu przez organy ścigania oraz – to już wniosek bardziej ogólny – w poszczególnych, wskazanych wyżej przypadkach rodzą pytanie o ich systemową zgodność z całą materią postępowania karnego.

Celem niniejszej wypowiedzi jest zachęta do dyskusji nad tym, czy wprowadzone rozwiązania szczególne w obrębie procesu karnego (postępowania przygotowawczego) – warunkowane racjami zwalczania terroryzmu – są uzasadnione, a jeżeli tak, to jaki kształt normatywny byłby dla nich optymalny.

Modifications of the Code of Criminal Procedure in the Anti-terrorism Act

Abstract

This contribution presents some select provisions of the Polish Anti-terrorism Act, which govern the conduct of preparatory proceedings, and,

owing to their specific nature, modify the provisions included in the Code of Criminal Procedure. The modifications aim at providing law enforcement agencies with tools enabling efficient prosecution of perpetrators of terrorism. This contribution tries to interpret the modifications, and questions reasonability thereof given the ambiguity of both the modifications themselves and their relationship with general provisions of the Code of Criminal Procedure, as well as poor legal quality and clear anti-guaranteeism nature of the modifications.

Piotr Góralski

Środek zabezpieczający w formie elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy czynu karalnego (część 2)

Streszczenie

Druga część artykułu odnosi się w przeważającej mierze do regulacji elektronicznej kontroli miejsca pobytu (EKMP) zawartej w kodeksie karnym wykonawczym. Podkreślono tu nieuzasadnioną asymetryczność podziału omawianych unormowań w przepisach kodeksu karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego. W niniejszym artykule opisano też kompetencje podmiotów zajmujących się wykonaniem EKMP. Zwraca uwagę spełnianie istotnych funkcji w tym zakresie przez sądowego kuratora zawodowego. Na tej podstawie sformułowany został postulat zastąpienia EKMP w katalogu środków zabezpieczających przez dozór kuratora. Dozór elektroniczny ze względu na swoje właściwości, a zwłaszcza podatność na okresowe zaniechanie realizacji może tylko uzupełniać dozór realizowany przez kuratora sądowego lub Policję. Artykuł zawiera też propozycję niestosowania EKMP jako środka zabezpieczającego wobec przestępców chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo. Wobec innych kategorii przestępców należałoby znieść karalność niestosowania się do wymogów wykonywania tego środka. W razie nieskuteczności EKMP powinna ona zostać zastąpiona innym środkiem ochronnym, w szczególności o charakterze izolacyjno-leczniczym.

III. Regulacja elektronicznej kontroli miejsca pobytu (EKMP) jako środka zabezpieczającego w przepisach o charakterze wykonawczym

1. Uwagi o zasadności podziału regulacji EKMP w kodeksie karnym i kodeksie karnym wykonawczym

Unormowanie dozoru elektronicznego stosowanego w charakterze środka zabezpieczającego charakteryzuje poważne zachwianie proporcji w za-

kresie podziału tej regulacji pomiędzy kodeksem karnym¹ a kodeksem karnym wykonawczym². W kodeksie karnym – ustawie zawierającej zasadnicze reguły odpowiedzialności za dopuszczenie się przestępstwa, a więc i podstawy stosowania środków zabezpieczających – określono w sposób dość ogólnikowy wyłącznie definicję omawianego tu środka zabezpieczającego. Natomiast przeważającą część przepisów mających w tym zakresie fundamentalne znaczenie zamieszczono w rozdziale VIIa k.k.w. zatytułowanym „System dozoru elektronicznego”. W kodeksie karnym wykonawczym istnieje też odrębny rozdział XIII poświęcony środkom zabezpieczającym, jednakże żaden jego przepis nie odnosi się wprost do realizacji dozoru elektronicznego. W uregulowaniach wykonawczych wskazano m.in. podmioty zajmujące się realizacją dozoru elektronicznego, prawa i obowiązki posiadane przez osoby objęte EKMP, jak również przypadki czasowego wstrzymania realizacji tego środka zabezpieczającego. Wydaje się, że przynajmniej pewna część tych zagadnień ma charakter nie tyle egzekucyjny, co raczej materialno-karny: chodzić będzie tu o określenie podstawowych właściwości sankcji karnej, tj. środka zabezpieczającego w postaci EKMP oraz o zasadnicze przesłanki jej stosowania, które powinny się znaleźć w rozdziale X k.k.

2. Definicja dozoru elektronicznego w k.k.w. oraz określenie podmiotów zajmujących się bezpośrednią realizacją tego środka zabezpieczającego

Treść art. 43b § 1 k.k.w. wskazuje, że dozór elektroniczny jest to kontrola zachowania skazanego przy użyciu środków technicznych. W § 2 tego przepisu ustalono, że system dozoru elektronicznego jest to ogół metod postępowania i środków technicznych służących do wykonywania dozoru elektronicznego. Zgodnie z postanowieniem zawartym w art. 43c § 1 k.k.w. środki zabezpieczające wykonuje się jako dozór zbliżeniowy lub mobilny. Realizacja tego środka ochronnego następuje na czas z góry nie określony: stosownie do postanowienia zawartego w art. 93b § 2 k.k. sąd uchyla realizację EKMP, jeżeli dalsze jej stosowanie nie jest konieczne aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego. Decyzja sądu w tej kwestii może zostać podjęta na wniosek (art. 199b § 1 k.k.w) lub z urzędu (art. 204 § 4 k.k.w.), bowiem sąd jest zobowiązany do orzekania w przedmiocie dalszego stosowania tego środka nie rzadziej niż co 12 miesięcy, opierając się każdorazowo w tym zakresie na opinii biegłych³.

Proces realizacji środka zabezpieczającego EKMP został unormowany w przepisach wykonawczych następująco. Osobie, wobec której orzeczono omawiany tu środek zabezpieczający, umieszcza się na kończynach (na ręce lub nogę) nadajnik, który wysyła impulsy radiowe do rejestratora stacjonar-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553.

² Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r., Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. 1997 r., Nr 90, poz. 557.

³ K. Postulski, Środek zabezpieczający..., s. 676.

nego lub przenośnego (w przypadku dozoru zbliżeniowego), bądź też określa na bieżąco miejsce znajdowania się dozorowanej jednostki w oparciu o system satelitarny GPS (w ramach dozoru mobilnego). Impulsy z rejestratora lub sygnał GPS za pośrednictwem systemu teleinformatycznego są przekazywane do centrali monitorowania (art. 43f § 1 k.k.w.)⁴.

W treści art. 43g § 1 ust. 1–2 k.k.w. wskazano, że dozór elektroniczny jest wykonywany przez dwa podmioty: podmiot dozorujący oraz podmiot prowadzący centralę monitorowania. Wymienione instytucje zajmują się obsługą funkcjonowania urządzeń składających się na EKMP⁵. Z unormowania zawartego w tym przepisie wynika, że ta sama instytucja może realizować obowiązki zarówno podmiotu dozorującego, jak też podmiotu prowadzącego centralę monitorowania⁶. Wskazane przepisy stwarzają możliwość realizacji wymienionych obowiązków przez powołaną do tego celu jednostkę organizacyjną podległą Ministrowi Sprawiedliwości, bądź też przez prywatne przedsiębiorstwo. W chwili obecnej obie funkcje są realizowane przez instytucje prywatne⁷. Do obowiązków podmiotu dozorującego należy m.in. ustalenie, czy możliwe jest po wydaniu orzeczenia sądowego niezwłoczne zainstalowanie nadajników i rejestratorów, zakładanie oraz uruchamianie funkcjonowania tych urządzeń, jak również ich usuwanie⁸. Podmiot dozorujący przeprowadza też czynności kontrolne w zakresie prawidłowości działania nadajników i rejestratorów oraz eliminuje przyczyny nieprawidłowego ich funkcjonowania (art. 43t § 1 k.k.w.)⁹. Z kolei podmiot prowadzący centralę monitorowania przede wszystkim nieprzerwanie kontroluje miejsce pobytu osoby objętej dozorem mobilnym oraz rejestruje każde zdarzenie polegające na nawiązaniu łączności pomiędzy nadajnikiem a rejestratorem świadczące o zbliżeniu się osoby objętej dozorem na niedozwoloną odległość do osoby chronionej lub miejsca jej pobytu, gdzie umieszczony został rejestrator stacjonarny, jak również każde nieuprawnione oddziaływanie na środki techniczne oraz wyczerpanie się źródła zasilania nadajnika. O zdarzeniach tego rodzaju podmiot prowadzący centralę monitorowania ma obowiązek niezwłocznie powiadomić zawodowego kuratora sądowego lub odpowiedniego sędziego¹⁰. Na podmiocie prowadzącym centralę monitorowania spoczywa też obowiązek wykonywania poleceń wydawanych przez sąd i zawodowego

⁴ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 373.

⁵ W doktrynie ogranicza się niekiedy kompetencje obu wskazanych tu podmiotów do obsługi technicznej EKMP – czyni tak np. K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 240.

⁶ K. Mańka, D. Zajac, *op. cit.*, s. 262.

⁷ *Ibidem*, s. 220.

⁸ K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 240–241.

⁹ Szerzej na ten temat – zob. I. Zgoliński, *Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w.*, s. 233–234.

¹⁰ K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 240.

kuratora sądowego związanych z przebiegiem dozoru. Szczegółowe obowiązki tego podmiotu zostały wskazane w art. 43t § 2 k.k.w.¹¹

3. Zadania spełniane przez sądowego kuratora zawodowego podczas realizacji środka zabezpieczającego EKMP

Uregulowania ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego¹² z 2007 r. (dalej cytowanej jako u.d.e.) przewidywały tak znaczny udział czynności podejmowanych przez zawodowych kuratorów sądowych w realizacji kary pozbawienia wolności połączonej z dozorem elektronicznym, że w doktrynie przyjmowano pogląd, iż wykonanie kary w systemie dozoru elektronicznego oznacza jednocześnie objęcie skazanego dozorem kuratora¹³.

Ustawodawca nie zaliczył obecnie sądowego kuratora zawodowego w art. 43g § 1 k.k.w. do podmiotów zajmujących się wykonywaniem dozoru elektronicznego. Powstaje zatem pytanie, jaka jest rola kuratora sądowego w realizacji omawianego tu środka zabezpieczającego. Chodzi o niezwykle istotną kwestię, bowiem dotychczas przeprowadzane badania wskazują, że dozór elektroniczny realizowany samodzielnie, bez połączenia z nadzorem służby kuratorskiej (oficerów probacji), której przedstawiciele świadczyli by pomoc osobom objętym dozorem elektronicznym oraz umożliwiali im

¹¹ Zob. I. Zgoliński, Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w..., s. 234.

¹² Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, Dz. U. z 2007 r., Nr 191, poz. 1366.

¹³ Należy zaznaczyć, że w pierwotnej wersji tego aktu prawnego art. 8 ust. 2 stanowił, że orzekając o odbyciu przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego sąd penitencjarny obligatoryjnie oddawał skazanego pod dozór sądowego kuratora zawodowego. W wyniku nowelizacji u.d.e. z dnia 21 maja 2010 r. (Dz. U. z 2010 r., Nr 101, poz. 647) zapis ten został wykreślony z treści art. 8 ust. 2 u.d.e. Por. A. Dziubińska, Dozór elektroniczny skazanych – zadania sądowego kuratora zawodowego, Przegląd Więziennictwa Polskiego 2013, nr 80, s. 8, s. 10–11 oraz s. 17–18; M. Rusinek, Ustawa o dozorze elektronicznym. Komentarz, Warszawa 2010, s. 66–67; A. Kiełtyka, A. Ważny, Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Komentarz, Warszawa 2011, s. 101. Podstawowe znaczenie w omawianej kwestii miała również treść art. 56 u.d.e., który w ust. 1 stanowił, iż „czynności związane z organizowaniem i kontrolowaniem wykonywania kary pozbawienia wolności wykonują sądowy kurator zawodowy, podmiot prowadzący centralę monitorowania i upoważniony podmiot dozoru”. W ustępie 3 wspomnianego artykułu wskazano zaś, że „zadaniem sądowego kuratora zawodowego jest pomoc w readaptacji społecznej skazanego. Kontrola ścisłego wykonywania przez skazanego nałożonych na niego obowiązków i poleceń ma na celu wychowawcze oddziaływanie i zapobieganie powrotowi do przestępstwa”. Dodać należy, że w czasie paroletniego obowiązywania tego aktu prawnego zakres obowiązków kuratorów wykonywanych w ramach dozoru elektronicznego był stopniowy rozszerzany, m.in. w celu odciążenia w tym zakresie sędziów penitencjarnych. Zob. A. Dziubińska, Dozór elektroniczny skazanych..., s. 13 oraz s. 17.

uczestnictwo w różnorodnych programach terapeutyczno-resocjalizacyjnych, trwale nie oddziałuje prewencyjnie na przestępców¹⁴.

Zgodnie z treścią – mającego tu podstawowe znaczenie – art. 43d § 3 k.k.w. sądowy kurator zawodowy wykonuje czynności związane z organizowaniem i kontrolowaniem wykonywania środków zabezpieczających łączących się z zastosowaniem dozoru elektronicznego oraz nałożonych w związku z nimi obowiązków¹⁵. Pośrednio, na podstawie art. 43d § 1 k.k.w. można też wnioskować, że uczestnicząc w realizacji EKMP jako środka ochronnego kurator sądowy wykonuje zadania probacyjne, prowadzi działalność wychowawczą oraz resocjalizacyjną wobec osoby objętej dozorem elektronicznym i pod tym względem podlega nadzorowi sądu¹⁶.

Pozostałe uregulowania kodeksu karnego wykonawczego oraz rozporządzeń uszczegóławiających przepisy kodeksowe precyzują, na czym polega organizacja i kontrola procesu wykonywania środka zabezpieczającego EKMP, realizowana przez kuratora sądowego. Organ ten może m.in. domagać się wyjaśnień od osoby objętej dozorem elektronicznym, dotyczących realizacji tego środka zabezpieczającego, jak również wykonywania związanych z nim obowiązków. W tym celu kurator może również wzywać osobę, wobec której wdrożony został omawiany tu środek ochronny, do stawiennictwa (art. 43n § 1 ust. 4 k.k.w.)¹⁷. W przypadku nie cierpiącym zwłoki z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia ludzkiego, kurator może wyrazić zgodę na usunięcie nadajnika (art. 43r § 1 k.k.w.)¹⁸. Następnie po ustaniu przyczyny usunięcia nadajnika kurator występuje z wnioskiem, na podstawie którego prezes sądu, upoważniony sędzia lub sędzia penitencjarny zarządza ponowne założenie nadajnika (art. 43n § 3 k.k.w.). Zgodnie z treścią art. 43t § 2 ust. 4 k.k.w. zawodowy kurator sądowy jest niezwłocznie zawiadamiany przez podmiot prowadzący centralę monitorowania o każdym przypadku

¹⁴ P. Moczydłowski, *Przestępca na uwolnieniu...*, s. 82; B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie sankcji karnych...*, s. 33. T. Ochelski, *op. cit.*, s. 105; B. Stańdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w Polsce...*, s. 11–12 oraz s. 14; A. Ornowska, *op. cit.*, s. 69 oraz s. 74.

¹⁵ K. Postulski, *Środek zabezpieczający...*, s. 672; J. Długosz, *Komentarz do rozdziału X k.k.w.*, s. 561.

¹⁶ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy...*, s. 364; K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 215.

¹⁷ I. Zgoliński, *Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w.*, s. 221.

¹⁸ Mogłoby się wydawać, że w takiej sytuacji kurator powinien o powziętej decyzji zawiadomić upoważnionego sędziego. Przepisy nie nakładają jednak wyraźnie takiego obowiązku na kuratora sądowego. Zdaniem K. Dąbkiewicza zastosowanie w takiej sytuacji będą miały przepisy art. 43w § 1 pkt 2 oraz art. 43w § 2 k.k.w., które obligują do dokonania takiego zawiadomienia podmiot dozoru. Zob. K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 238. Podobnie uważa I. Zgoliński, wskazując jednocześnie, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby stosownego zawiadomienia dokonał także kurator. Zob. I. Zgoliński, *Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w.*, s. 230–231.

nieprzestrzegania przez skazanego obowiązków wynikających z dozoru elektronicznego oraz o wystąpieniu zdarzenia polegającego na:

- nawiązaniu łączności między środkami technicznymi (w ramach dozoru zbliżeniowego);
- każdym nieuprawnionym oddziaływaniu na te środki;
- oraz o wyczerpaniu się wewnętrznego źródła zasilania¹⁹.

Sądowy kurator zawodowy posiada też kompetencje kierownicze w stosunku do obu podmiotów bezpośrednio zajmujących się wykonywaniem dozoru elektronicznego. Stosownie do treści art. 43t § 2 ust. 5 k.k.w. kurator wydaje podmiotowi prowadzącemu centralę monitorowania polecenia związane z przebiegiem dozoru, natomiast na podstawie art. 43t § 1 ust. 6 k.k.w. kurator wydaje polecenia podmiotowi dozoru dotychczas dotyczące usunięcia nadajnika lub rejestratora przenośnego. Zgodnie z treścią art. 43m § 3 k.k.w. podmiot dozoru ma obowiązek niezwłocznego zawiadomienia kuratora o nie zgłoszeniu przez osobę objętą realizacją środka zabezpieczającego EKMP gotowości do założenia nadajnika albo o uchylaniu się takiej osoby od realizacji tego obowiązku²⁰. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 43c § 2 k.k.w.²¹ podmiot dozoru został ponadto zobowiązany do niezwłocznego przekazywania sądowemu kuratorowi zawodowemu przyjętych od osoby poddanej realizacji środka ochronnego wniosków, skarg i próśb związanych z wykonywaniem tego rodzaju sankcji.

Również inne, istotne kompetencje kuratora sądowego w zakresie realizacji dozoru elektronicznego w postaci środka ochronnego zostały określone na poziomie aktów wykonawczych. W § 10 ust. 1 przytoczonego wyżej rozporządzenia wskazano, że sądowy kurator zawodowy realizując czynności w ramach dozoru elektronicznego dokonuje oceny zachowania sprawcy, wobec którego wdrożono tę formę środka zabezpieczającego. Kurator dokonując tej oceny uwzględnia m.in.:

- przestrzeganie przez osobę dozorowaną porządku prawnego;
- przestrzeganie przez osobę dozorowaną obowiązków związanych z realizacją środka zabezpieczającego;
- a także stosunek osoby poddanej realizacji EKMP względem organów upoważnionych do wykonywania orzeczenia.

Ponadto na każde wezwanie sądu kurator powinien udzielić informacji na temat zachowania się osoby objętej dozorem elektronicznym, które podlega ocenie dokonywanej przez kuratora (§ 10 ust. 2 wskazanego tu rozporządzenia).

¹⁹ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 366.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 października 2016 r. w sprawie sposobu oraz szczegółowych warunków wykonywania kar, środków karnych i środków zabezpieczających w systemie dozoru elektronicznego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1698.

dzenia). W świetle § 7 cytowanego aktu wykonawczego, niezwłocznie po uruchomieniu środków technicznych niezbędnych do wykonania środka zabezpieczającego w formie dozoru elektronicznego kurator przeprowadza z osobą objętą realizacją tego środka rozmowę, podczas której informuje ją o przysługujących tej osobie uprawnieniach i obowiązkach²². Rozmowa ta ma ponadto na celu ustalenie i omówienie wszelkich niezbędnych zagadnień dotyczących współpracy pomiędzy taką osobą a kuratorem, w celu zapewnienia prawidłowego wykonania omawianego środka zabezpieczającego. Kurator w czasie tej rozmowy powinien też uzyskać numer telefonu lub adres poczty elektronicznej umożliwiających kontaktowanie się z jednostką kontrolowaną w ramach EKMP. Jeżeli osoba ta wyraziła na to zgodę, wówczas wezwań, zawiadomień lub przekazywania informacji można dokonywać telefonicznie lub za pomocą poczty elektronicznej (§ 4 ust. 2 rozporządzenia).

Na podstawie treści § 9 wskazanego tu aktu wykonawczego, w razie orzeczenia zakazu zbliżania się do określonej osoby, kontrolowanego w systemie dozoru elektronicznego, kurator powinien nawiązać kontakt z osobą chronioną i ustalić z nią sposób informowania o naruszeniu przez sprawcę zakazu zbliżania się.

W trakcie realizacji omawianego środka zabezpieczającego kurator (podobnie jak i upoważniony sędzia) musi dysponować dostępem do terminalu w systemie komunikacyjno-monitorującym, za pośrednictwem którego realizowana jest EKMP. System ten powinien pozwalać na automatyczny odczyt danych w celu określenia, czy zapisane zdarzenie podlegające rejestracji (np. zbliżenie się do osoby chronionej na zbyt bliską odległość lub znalezienie się w miejscu objętym zakazem przebywania) narusza obowiązki związane ze stosowaniem dozoru. Informacja zostaje następnie niezwłocznie przekazana do terminalu kuratora osoby, która naruszyła obowiązki wynikające z objęcia jej EKMP, za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej (stacjonarnej lub ruchomej), a w razie braku takiej możliwości – w inny sposób gwarantujący szybkie przekazanie informacji (zob. § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości wydanego na podstawie delegacji przewidzianej w art. 43f § 2 k.k.w.²³). Realizując swoje kompetencje zawodowe kurator sądowy stosuje odpowiednio przepisy o dozorcze²⁴.

Na podstawie przedstawionych tu uregulowań można stwierdzić, że sądowy kurator zawodowy jest organem, który nie tylko organizuje i kontroluje wykonywanie dozoru elektronicznego – także w formie środka zabezpiecza-

²² I. Zgoliński, Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w..., s. 185.

²³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 maja 2015 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków technicznych i wymagań funkcjonalnych, jakie powinny spełniać środki techniczne służące do wykonywania dozoru elektronicznego oraz sposobu funkcjonowania systemu komunikacyjno-monitorującego, Dz. U. z 2015 r., poz. 797.

²⁴ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 366.

jącego – ale koordynuje pracę innych podmiotów, które biorą udział w wykonywaniu EKMP, jak również pośredniczy w kontaktach z osobą objętą oddziaływaniem omawianego tu środka ochronnego, osobą chronioną, podmiotem dozoru i podmiotem prowadzącym centralę monitorowania a sądami uprawnionymi do podejmowania decyzji w procesie wykonywania dozoru elektronicznego.

W istocie rzeczy realizacja EKMP nie może być prowadzona bez udziału kuratora sądowego. W doktrynie wskazuje się, że w toku realizacji dozoru elektronicznego zawodowy kurator sądowy zobowiązany jest do udzielania osobie poddanej oddziaływaniu tej formy sankcji wszelkiej pomocy, jaka będzie niezbędna w readaptacji społecznej nadzorowanego.²⁵ W przypadku dozoru elektronicznego przyjmującego postać środka zabezpieczającego rola kuratora sądowego powinna być jeszcze większa niż ma to miejsce obecnie podczas kontroli wykonywania kary pozbawienia wolności czy środków karnych w systemie dozoru elektronicznego, ponieważ w przypadku środka ochronnego EKMP konieczne jest wzmożone oddziaływanie terapeutyczne i resocjalizacyjne względem osób objętych realizacją tego rodzaju sankcji. Ponadto stosowanie środka zabezpieczającego EKMP niejednokrotnie może trwać dłużej niż kara pozbawienia wolności wykonywana w systemie dozoru elektronicznego²⁶.

Uwzględniając wymienione tu okoliczności, można uznać za swoisty paradoks, że w katalogu środków zabezpieczających, wprowadzonych w drodze nowelizacji kodeksu karnego z 2015 r., znalazła się elektroniczna kontrola miejsca pobytu, której istotnym elementem są czynności decyzyjne i kontrolno-koordynacyjne zawodowego kuratora sądowego, podczas gdy bardziej zasadne byłoby zamieszczenie w katalogu tych środków dozoru kuratora, którego wykonanie byłoby wspomagane przez równoległą realizację dozoru elektronicznego. Należy w tym miejscu przypomnieć, że zdecydowana większość projektów nowelizacji kodeksu karnego, opublikowanych w latach 2012–2014, w katalogu przekształconych środków zabezpieczających zawierała oprócz EKMP również dozór kuratora, przy czym oba te środki mogłyby zostać orzeczone łącznie²⁷. Wykreślenie dozoru kuratora

²⁵ K. Dąbrowski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 215.

²⁶ Treść art. 43la § 1 ust. 1 k.k.w. – na wzór uchylonego unormowania u.d.e. (art. 6 ust. 1 pkt 1) – ogranicza możliwość realizacji kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego wyłącznie do sprawców, którym orzeczono ten rodzaj kary w wymiarze nie przekraczającym roku. W dotychczasowej praktyce wykonywania kary połączonej z dozorem elektronicznym jej średni wymiar wynosił 3,8 miesiąca. Zob. A. Dziubińska, *Dozór elektroniczny skazanych...*, s. 20.

²⁷ Przykładowo projekt nowelizacji kodeksu karnego z dnia 2 listopada 2012 r. zawierał w katalogu środków zabezpieczających m.in. dozór Policji, dozór kuratora oraz EKMP. Projekt zmian kodeksu karnego z dnia 28 stycznia 2013 r. wskazywał jako wolnościowe środki ochronne dozór Policji oraz EKMP. Projekt nowelizacji kodeksu karnego z dnia 5 listopada

z grupy środków ochronnych wskazanych w rozdziale X k.k. nastąpiło dopiero na ostatnich etapach procesu legislacyjnego, wpływając w oczywisty sposób także na kształt i sposób realizacji dozoru elektronicznego jako środka zabezpieczającego. Usunięcie dozoru kuratora z zakresu środków zabezpieczających było zapewne wynikiem uznania, że służba kuratorska i tak już jest przeciążona obowiązkami, toteż nie należy jej obarczać realizacją dodatkowych zadań. Szersze wdrożenie EKMP w zamyśle twórców reformy kodyfikacji karnej z dnia 20 lutego 2015 r. miała prawdopodobnie właśnie odciążyć kuratorów w zakresie powierzonych im obowiązków. Uwzględniając jednak ilość i zakres czynności, jakie w związku z rozszerzeniem zakresu dozoru elektronicznego nałożono na sądowych kuratorów zawodowych – o ile był taki zamysł – to z pewnością nie został zrealizowany²⁸. Dodać trzeba, że jakkolwiek przepisy kodeksu karnego nie zaliczają dozoru kuratora do środków zabezpieczających, to faktycznie stanowi on istotny element uzupełniający realizację środków ochronnych wdrażanych wobec sprawców przestępstw dokonanych w stanie ograniczonej poczytalności (art. 202a § 2 k.k.w) oraz osób które dopuściły się czynów karalnych w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka (art. 202b § 1 k.k.w.). Na marginesie prowadzonych tu rozważań należy wyrazić postulat przeniesienia tych unormowań do rozdziału X k.k. i przekształcenia zawartego w nich środka probacyjnego dozoru kuratora w formę środka zabezpieczającego.

Jedną z korzyści przesunięcia punktu ciężkości z dozoru rzeczowego (elektronicznego) na dozór spersonalizowany pomiędzy osobą dozorowaną a kuratorem, byłaby gwarancja stałej i nieprzerwanej kontroli miejsca pobytu oraz zachowania osoby objętej oddziaływaniem środka zabezpieczającego. Mogą bowiem zaistnieć sytuacje przewidziane prawem, w razie wystąpienia których wykonywanie środka zabezpieczającego EKMP ulegnie przerwaniu

2013 r. przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego zaliczał do środków zabezpieczających zarówno dozór Policji, dozór kuratora, jak też EKMP. Z kolei projekt zmian w treści kodeksu karnego z dnia 15 maja 2014 r. (druk nr 2393) określał jako wolnościowe środki ochronne dozór kuratora oraz EKMP. Zob. szerzej na ten temat P. Góralski, *Środki zabezpieczające w polskim...*, s. 519, s. 533 oraz s. 557. Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w redakcji z dnia 5 listopada 2013 r. został opublikowany w nr 4 Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych z 2013 r. – zob. s. 20 i in.

²⁸ Trudno dostrzec w tej kwestii konsekwencję twórców nowelizacji kodeksu karnego. Z jednej strony w założeniach nowelizacji (chodzi o projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych z dnia 15 maja 2014 r., druk 2393, cz. 1) przyjęto rozszerzenie zadań służby kuratorskiej, czego wyrazem było właśnie ustanowienie nowego rodzaju środka zabezpieczającego – dozoru kuratora. Z drugiej strony w uzasadnieniu tegoż projektu kilkakrotnie wspomina się o dotychczasowej „ograniczonej wydolności służb probacyjnych” (s. 4 uzasadnienia), a nawet o „całkowitej niewydolności systemu probacji” (s. 1 uzasadnienia).

– przykłady takich sytuacji zostaną przedstawione w toku dalszych rozważań. Dopuszczalność okresowego zaniechania realizacji dozoru elektronicznego jako środka zabezpieczającego, pomimo utrzymywania się znacznego prawdopodobieństwa popełnienia przez osobę objętą oddziaływaniem tego typu środka nowego czynu karalnego, pozostaje w sprzeczności z założeniami koncepcji środków zabezpieczających ukształtowanej w polskim prawie karnym. Jeżeli omawiany tu środek ochronny ma być skuteczny w perspektywie długoterminowej, to zwiększenie roli kuratora sądowego w jego realizacji jest konieczne.

Środek zabezpieczający EKMP powinien zatem zostać zastąpiony przez dozór (nadzór) kuratora. Dozór elektroniczny może oczywiście stanowić jeden z wielu różnych elementów wspomagania skuteczności działań kuratora sądowego wobec przestępcy objętego realizacją wolnościowego środka zabezpieczającego, natomiast uczynienie z instytucji EKMP samoistnego środka zabezpieczającego nie gwarantuje, że po zakończeniu wykonywania tej sankcji sprawca nie powróci do przestępczego procederu. W takim ujęciu środek ten przeciwdziała objawom, ale nie przyczynom – często chronicznej skłonności sprawcy do popełniania czynów karalnych. Podkreślić tu należy, że „Zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczące dozoru elektronicznego” z dnia 19 lutego 2014 r. wskazują, iż EKMP nie może zastępować opieki, pomocy oraz profesjonalnego oddziaływania na sprawców przestępstw.²⁹ Podstawowe kompetencje kuratora względem osoby poddanej dozorowi elektronicznemu, jak również prawa i obowiązki osoby poddanej oddziaływaniu EKMP, składające się na treść tego środka zabezpieczającego, należą niewątpliwie do dziedziny prawa materialnego i powinny zostać zamieszczone w kodeksie karnym, nie zaś w przepisach kodeksu karnego wykonawczego oraz uregulowaniach wykonawczych do tego aktu prawnego.

4. Przesłanki warunkujące dopuszczalność okresowego niewykonywania środka zabezpieczającego EKMP

Jednym z ważniejszych przepisów zamieszczonych w rozdziale VIIa k.k.w., w zakresie realizacji EKMP jako środka ochronnego, jest art. 43a § 2 tego aktu prawnego. Nakazuje on odnosić – i to wprost, nie zaś tylko odpowiednio – przepisy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności z zastosowaniem dozoru elektronicznego do środków zabezpieczających realizowanych w tym systemie. Treść wymienionego przepisu musi budzić wątpliwości, ponieważ umożliwia w szerokim zakresie czasowe zaniechanie realizacji EKMP jako środka zabezpieczającego, podczas gdy dotychczasowe założenia doktrynalne dotyczące środków ochronnych nie przewidywały okresowego przerywania wykonywania tego typu sankcji, jeżeli zagrożenie dla po-

²⁹ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 382.

rzędu prawnego ze strony sprawcy utrzymywało się na stałym, wysokim poziomie. Środki te powinny być realizowane w nieprzerwany sposób przez cały okres utrzymywania się stanu poważanego zagrożenia (znacznego prawdopodobieństwa) popełnienia przez sprawcę kolejnego czynu karalnego. Obowiązujące przepisy kodeksu karnego wykonawczego umożliwiają czasowe zaniechanie realizacji EKMP stosowanej tytułem środka ochronnego niezależnie od tego, czy utrzymuje się stan poważnego zagrożenia dla porządku prawnego ze strony osoby dozorowanej. Przyczyną okresowego niewykonywania omawianego tu środka ochronnego może się stać:

- 1) odroczenie wykonania dozoru elektronicznego (art. 43 § 2 k.k.w.). Może ono nastąpić na okres nie dłuższy niż rok³⁰. Słusznie podkreśla się w doktrynie, że przewidując tak długi okres na zdecydowanie o dalszych losach sprawcy nie przewidziano żadnych form kontroli jego zachowania w tym czasie – w szczególności dozoru kuratora³¹. Jeżeli po upływie tego okresu okaże się, że wykonywanie omawianego środka zabezpieczającego jest w dalszym ciągu niemożliwe, wówczas sąd zamienia ten środek zabezpieczający na inny albo go uchyla;
- 2) oczekiwanie przez sąd na zgodę osoby chronionej w zakresie realizacji dozoru zbliżeniowego (art. 43l § 1 k.k.w.). Osobie chronionej (z reguły będzie to pokrzywdzony) przysługuje uprawnienie do wystąpienia w okresie miesiąca od wydania przez sąd decyzji o wdrożeniu dozoru zbliżeniowego z wnioskiem o wyposażenie jej w rejestrator przenośny (noszony przy sobie) lub stacjonarny (instalowany w miejscu stałego zamieszkania). Jeżeli osoba chroniona nie wystąpi z takim wnioskiem albo sprzeciwi się realizacji dozoru zbliżeniowego, sąd będzie musiał zastosować dozór mobilny;
- 3) oczekiwanie na zwolnienie się środków technicznych w celu realizacji dozoru zbliżeniowego. System dozoru elektronicznego ma ograniczoną pojemność w zakresie rejestrowania, przechowywania i możliwości analizy informacji dotyczących realizacji obowiązków. W celu zagwarantowania wykonywania środków ochronnych, w treści art. 43h § 2 k.k.w. ustawodawca dokonał zastrzeżenia, że jeżeli warunki techniczne nie będą wystarczające dla jednoczesnego objęcia dozorem mobilnym wszystkich skazanych, wobec których taki dozór został orzeczony (także w ramach środków karnych), w pierwszej kolejności kieruje się do wykonania dozory mobilne orzeczone jako środki zabezpieczające³². To zastrzeżenie swoistej klauzuli pierwszeństwa wykonania nie odnosi się jednak do środków zabezpieczających orzeczonych jako dozory zbliżeniowe³³. Pa-

³⁰ K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 225.

³¹ K. Postulski, *Środek zabezpieczający...*, s. 669.

³² K. Dąbkiewicz, *op. cit.*, s. 219.

³³ K. Mamak, D. Zając, *op. cit.*, s. 232.

miętać należy, że sąd może zamienić orzeczony dozór zbliżeniowy na dozór mobilny wówczas, gdy brak będzie zgody osoby chronionej na realizację tego środka zabezpieczającego w formie dozoru zbliżeniowego. Należy uznać, że sąd mógłby zamienić orzeczony środek ochronny w postaci dozoru zbliżeniowego na dozór mobilny również w razie „przeciążenia systemu” i niemożności wykonania z tego powodu dozoru zbliżeniowego. Artykuł 93b § 3 zd. drugie k.k. stanowi bowiem, że sąd może zmienić orzeczony wobec sprawcy środek zabezpieczający lub sposób jego wykonywania, jeżeli wykonanie poprzednio orzeczonego środka ochronnego nie jest możliwe. Niemniej jednak czynności sądu służące zmianie sposobu realizacji środka zabezpieczającego EKMP będą trwały przez pewien okres, w którym środek nie będzie realizowany;

- 4) przerwa w wykonywaniu dozoru elektronicznego, którą może zarządzić sąd, ale też może ona nastąpić w niektórych sytuacjach z mocy prawa³⁴. Sąd zarządza przerwę w realizacji omawianego tu środka zabezpieczającego, jeżeli przemawiają za tym ważne względy zdrowotne lub osobiste dozorowanego. W okresie przerwy osoba dozorowana nie nosi nadajnika, zostaje on bowiem zdemontowany przez podmiot dozorujący. Z mocy prawa przerwa w realizacji EKMP następuje natomiast w wypadku rozwiązania lub unieważnienia umowy z podmiotem dozorującym, bądź też w wyniku upływu okresu, na który ta umowa została zawarta z podmiotem dozorującym, albo gdy wystąpiła inna przyczyna wygaśnięcia umowy, a niemożliwe okazało się bezzwłoczne przekazanie czynności innemu podmiotowi dozorującemu³⁵. W doktrynie zasadnie wskazuje się, że brak jest ustawowego określenia maksymalnego terminu trwania przerwy w realizacji EKMP³⁶. W związku z tym proponuje się w tym przypadku stosowanie na zasadzie analogii terminu odroczenia wykonywania tego środka, który – o czym już wcześniej wspomniano – nie może przekroczyć roku³⁷;
- 5) zdemontowanie nadajnika w przypadku nie cierpiącym zwłoki ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia ludzkiego na podstawie decyzji kuratora sądowego. W ciągu siedmiu dni od chwili dokonania demontażu nadajnika sąd powinien zarządzić ponowne jego założenie albo przerwę w realizacji środka zabezpieczającego;
- 6) faktyczne przerwanie realizacji EKMP ze względu na wadliwe działanie urządzeń. W grę może wchodzić awaria nadajnika, rejestratora, oprogramowania systemu dozoru elektronicznego lub nieprawidłowe działanie urządzeń centrali monitoringu. Do momentu usunięcia usterek EKMP nie

³⁴ *Ibidem*, s. 259; K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 414.

³⁵ K. Mamak, D. Zajac, *op. cit.*, s. 259.

³⁶ K. Postulski, Środek zabezpieczający..., s. 674.

³⁷ *Ibidem*, s. 674; K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 417.

będzie realizowana, a miejsce przebywania osoby nadzorowanej nie będzie podlegało kontroli. W takiej sytuacji, jeżeli podmiot dozoru nie dokonuje usunięcia tych usterek lub zaniedbuje inne obowiązki, sąd może wezwać ów podmiot do usunięcia wadliwości technicznych w terminie nie dłuższym niż trzy miesiące. Po upływie tego terminu sąd zawiadamia o stwierdzonych nieprawidłowościach ministra sprawiedliwości, co – jak można sądzić – może stać się nawet przyczyną rozwiązania umowy z podmiotem dozującym i kolejnej faktycznej przerwy w realizacji środka zabezpieczającego EKMP.

Jak widać istnieje szereg okoliczności, w związku z wystąpieniem których realizacja dozoru elektronicznego przyjmującego postać środka ochronnego, może zostać czasowo wstrzymana. W tych sytuacjach, gdy dozór elektroniczny jest tylko jednym z kilku elementów współkształtujących środek zabezpieczający – jak w przypadku zakazu zbliżania się do określonych osób lub zakazu wstępu na imprezę masową – czasowe zaniechanie stosowania EKMP nie powoduje wstrzymania wykonywania pozostałych obowiązków realizowanych w ramach środka ochronnego. Jeżeli natomiast EKMP zostaje orzeczona jako samoistny środek zabezpieczający, to wówczas wskazane przyczyny odroczenia lub przerwania realizacji tego środka zabezpieczającego będą uniemożliwiały kontrolowanie zachowania osoby stwarzającej poważne zagrożenie zarówno dla siebie, jak i dla społeczeństwa w długotrwałym, niekiedy wielomiesięcznym okresie³⁸. Na tej podstawie należy sformułować tezę, iż EKMP ze względu na właściwości tej instytucji, a zwłaszcza jej podatność na możliwości czasowego przerwania realizacji, w sytuacji utrzymywania się znacznego prawdopodobieństwa popełnienia czynu karalnego przez osobę objętą działaniem tego typu sankcji, nie powinna stanowić samodzielnego środka zabezpieczającego. Dozór elektroniczny może tylko wspomagać, w ramach szerzej ujętego środka ochronnego, działania kontrolne sprawowane przez kuratora sądowego lub Policję.

IV. Konsekwencje prawne niestosowania się do obowiązków wynikających z orzeczenia EKMP w charakterze środka zabezpieczającego

Nieprzestrzeganie obowiązków wynikających z orzeczenia przez sąd środka zabezpieczającego w postaci EKMP może powodować dla osoby

³⁸ Krytyczne stanowisko wobec możliwości stosowania instytucji odroczenia lub przerwy w wykonywaniu środka zabezpieczającego EKMP zajmuje K. Postulski, który zasadnie wyraża wątpliwość, czy odroczenie lub przerwanie tej formy środka ochronnego nie stanowi w istocie jego zaprzeczenia. Zob. K. Postulski, Środek zabezpieczający..., s. 669 oraz s. 674 oraz s. 676.

objętej takim dozorem szereg zróżnicowanych konsekwencji w płaszczyźnie prawa karnego, prawa wykroczeń, jak również w dziedzinie prawa administracyjnego³⁹.

Najpoważniejszy charakter ma przestępstwo niestosowania się do określonych w ustawie obowiązków związanych z orzecznym środkiem zabezpieczającym. Zgodnie z treścią art. 244b k.k. osoba, która dokonała takiego czynu podlega karze grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. „Niestosowanie się do określonych w ustawie obowiązków” związanych z realizacją EKMP może przyjmować zróżnicowane formy. Jedną z postaci tego występkę może się okazać nieładowanie źródła zasilania nadajnika GPS w razie objęcia przestępcy dozorem mobilnym. Ten rodzaj urządzenia – w przeciwieństwie do nadajnika przesyłającego impulsy do rejestratora w ramach dozoru stacjonarnego lub zbliżeniowego – wymaga bowiem stosunkowo częstego, okresowego uzupełniania energii⁴⁰. Można się zastanawiać, czy objęcie dozorem elektronicznym, wielokrotni sprawcy czynów karalnych, wykazujący objawy chorób psychicznych, znacznego upośledzenia umysłowego lub głębokich zaburzeń osobowościowych rzeczywiście będą regularnie realizowali obowiązek ładowania źródła zasilania nadajnika GPS, a więc, czy innymi słowy, stosowanie tego rodzaju środka zabezpieczającego względem takich kategorii sprawców czynów karalnych okaże się racjonalne i skuteczne.

Z ogólnie pojętego zakresu „określonych w ustawie obowiązków związanych z orzecznym środkiem zabezpieczającym”, których naruszenie zostało uznane za omówiony wyżej typ przestępstwa, ustawodawca wyodrębnił czyn polegający na umyślnym dopuszczeniu do zniszczenia, uszkodzenia lub uczynienia niezdatnym do użytku nadajnika stanowiącego środek techniczny służący do wykonywania dozoru elektronicznego. Zachowanie to zostało stypizowane jako wykroczenie w art. 66a k.w.⁴¹ i zagrożone karą aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny. *A contrario* do treści art. 66a k.w. nie stanowią wykroczenia przypadki nieumyślnego, przypadkowego naruszenia prawidłowości działania nadajnika noszonego przez osobę objętą obowiązkiem realizacji środka zabezpieczającego.

Oprócz odpowiedzialności za wykroczenie wskazane w art. 66a k.w., w razie umyślnego dopuszczenia do zniszczenia, uszkodzenia lub uczynienia niezdatnym do użytku nadajnika, sąd może nałożyć na osobę która dokonała takiego czynu opłatę wyrównawczą na rzecz podmiotu dozoru, który zazwyczaj będzie właścicielem zniszczonego lub uszkodzonego nadajnika. Regulujący tę kwestię art. 43s § 1 k.k.w. stanowi, iż w sprawach eg-

³⁹ K. M a m a k, D. Z a j ą c, *op. cit.*, s. 260–261.

⁴⁰ I. Z g o l i ń s k i, Komentarz do rozdziału VIIa k.k.w..., s. 189.

⁴¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz. U. z 1971 r., Nr 12, poz. 114.

zekucji opłaty wyrównawczej stosuje się przepisy ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁴².

Trzeba też pamiętać o możliwości nałożenia przez sąd na osobę, która objęta została rygorami EKMP jako środka ochronnego, obowiązku pokrycia kosztów czynności wykonanych przez Policję na żądanie podmiotu dozoru-jącego. Taka możliwość została przewidziana w art. 43u § 2–3 k.k.w. Stosownie do treści przywołanego tu przepisu podmiot dozoru-jący może żądać od Policji udzielenia pomocy przy dokonywaniu czynności związanych z realizacją omawianego środka zabezpieczającego. W szczególności będzie chodzić o pomoc przy umożliwieniu wejścia do miejsca, gdzie przebywa osoba, wobec której realizowany jest dozór elektroniczny. Przed rozpoczęciem realizacji EKMP przestępca, wobec którego wdrożony zostanie ten rodzaj środka zabezpieczającego musi zostać pouczone o możliwości obciążenia go kosztami czynności interwencyjnych wykonanych przez Policję jeżeli potrzebę żądania udzielenia pomocy spowodowało niedopełnienie przez taką osobę obowiązków związanych z dozorem elektronicznym (art. 43u § 3 k.k.w.). Należy uznać, że brak takiego wcześniejszego pouczenia będzie stanowić przeszkodę dla nałożenia na osobę, której zachowanie wywołało interwencję policyjną, obowiązku pokrycia kosztów jej przeprowadzenia.

W tym miejscu należy stwierdzić, że zakres sankcji, które mogą zostać zrealizowane wobec osób niestosujących się do obowiązków wynikających z realizacji EKMP w charakterze środka zabezpieczającego musi budzić zastrzeżenia. Dotyczy to w głównej mierze nakładania wymienionych sankcji na sprawców psychicznie chorych oraz upośledzonych umysłowo w stopniu znacznym lub głębokim i to niezależnie od tego, czy osoby te zostały uznane w konkretnym przypadku *tempore criminis* za niepoczytalne. Nieskuteczność dozoru elektronicznego, realizowanego w charakterze środka zabezpiecza-

⁴² Kwestię tą reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 czerwca 2015 r. w sprawie wysokości opłaty wyrównawczej dla nadajnika i rejestratora stacjonarnego lub przenośnego służących do wykonywania dozoru elektronicznego, Dz. U. z 2015 r., poz. 813. Akt ten zawiera stosunkowo wysokie kwoty, które będą musieli zapłacić sprawcy dopuszczający się zniszczenia lub uszkodzenia urządzeń służących realizacji dozoru elektronicznego. Należy przy tym pamiętać, że – w przypadku stosowania środka zabezpieczającego EKMP – będą to zazwyczaj osoby dotknięte chorobą psychiczną, wykazujące objawy (niekiedy znacznego) upośledzenia umysłowego, nerwic, głębokich zaburzeń osobowościowych oraz uzależnień. Z reguły nie będą to osoby zamożne, toteż konieczność uiszczenia przez nie podanych niżej kwot może być odczytywana jako forma zakamuflowanej represji karnej. O ile opłata wyrównawcza za uszkodzenie lub zniszczenie nadajnika wynosi stosunkowo niedużo, bo 379 zł, to już dla nadajnika z funkcją GPS jest to 2847 zł, a dla rejestratora stacjonarnego 2164 zł. W przypadku umyślnego spowodowania wadliwego działania lub zniszczenia rejestratora przenośnego przewidziano obowiązek zapłaty kwoty aż 3131 zł. Nasuwa się tu pytanie, czy perspektywa konieczności zapłaty tak wysokiej kwoty nie będzie odstraszać osób, które mogą podlegać ochronie, od wyrażenia przez nie zgody na udział w realizacji środka zabezpieczającego EKMP w formie dozoru zbliżeniowego.

jącego – przynajmniej wobec tych dwóch kategorii przestępców – nie powinna pociągać za sobą nakładania kar za przestępstwo lub wykroczenie, ani też opłat o charakterze administracyjnym. Stosowanie tego rodzaju sankcji wobec osób, których zdolność rozpoznania skutków postępowania lub pokierowania swoim zachowaniem jest często ograniczona w znacznym stopniu, stanowiłoby naruszenie zasady humanitaryzmu karania, określonej w art. 3 k.k., niezależnie od pozostawania takiej praktyki w sprzeczności z celami i racjonalnymi przesłankami wdrażania środków zabezpieczających. Jeżeli środek zabezpieczający w formie EKMP okazuje się nieskuteczny wobec osoby, względem której został zastosowany, wówczas powinien on zostać zastąpiony innym, skuteczniejszym środkiem zabezpieczającym. Jest kwestią dyskusyjną, czy można uznać za skuteczniejsze niż EKMP wolnościowe środki zabezpieczające realizowane w formie terapii lub terapii uzależnień – bowiem na gruncie obecnie obowiązujących przepisów tylko te dwa środki ochronne mogą zastąpić realizację dozoru elektronicznego⁴³. Środki zabezpieczające w postaci EKMP oraz terapii – w szczególności terapii uzależnień – powinny się wzajemnie uzupełniać, a nie konkurować ze sobą jako formy sankcji zastępczych.

V. Wnioski

Dokonane w wyniku nowelizacji przepisów rozdziału X k.k. z dnia 20 lutego 2015 r. umieszczenie w katalogu środków zabezpieczających EKMP stanowiło zapewne konsekwencję poszukiwań skutecznej, a zarazem opłacalnej ekonomicznie pod względem kosztów wykonania, metody kontrolowania w warunkach wolnościowych sporej grupy przestępców wykazujących znaczne zagrożenie dla porządku prawnego, zazwyczaj po opuszczeniu przez nich zakładów karnych lub zakładów psychiatrycznych. Ustawodawca dążył do nadania wysokiej rangi tej nowej instytucji, o czym świadczy jej ukształtowanie jako samoistnego środka zabezpieczającego, nie zaś tylko metody kontrolowania sposobu wykonania pozostałych środków ochronnych. O zasadności takiej tezy może świadczyć również usunięcie z katalogu środków zabezpieczających na kolejnych etapach procesu legislacyjnego wspomnianej nowelizacji najpierw dozoru Policji, a następnie dozoru kuratora, które to sankcje były przewidywane w projektach przekształceń uregulowań rozdziału X k.k. z lat 2012–2014. Twórcy nowych przepisów uznali, że podstawową formą nadzoru nad niebezpiecznymi przestępcami w warunkach wolnościowych będzie EKMP. Dozór Policji został wyeliminowany z grupy nowych środków zabezpieczających, choć uczyniono to niekonsekwentnie. Dozór tego rodzaju – przynajmniej teoretycznie – może być bo-

⁴³ K. Postulski, Kodeks karny wykonawczy..., s. 388.

wiem zastosowany w charakterze środka ochronnego na podstawie art. 41a § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 99 § 1 k.k. oraz w oparciu o treść art. 41b § 5 i § 7 w zw. z art. 99 § 1 k.k., pomimo tego, że instytucja ta nie została wprowadzona do katalogu środków zabezpieczających, wymienionych w treści art. 93a § 1 k.k. To samo tyczy się dozoru kuratora – jest on istotnym elementem realizacji EKMP, a ponadto procesu wykonywania innych środków zabezpieczających, co znajduje wyraz w treści art. 202a § 2 k.k. oraz art. 202b § 1 k.k.w.

Konstrukcja EKMP pomyślana jako sankcja *per se* wykazuje liczne wady. Przede wszystkim właściwości techniczne dozoru elektronicznego powodują, że w wielu wypadkach jego realizacja musi ulec czasowemu wstrzymaniu – w szczególności odroczeniu lub przerwie. Okresowe zaniechanie realizacji tego środka w określonych sytuacjach nastąpi nawet wówczas, gdy w dalszym ciągu będzie się utrzymywał stan znacznego prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę nowego czynu karalnego. Równolegle nastąpi też wstrzymanie dozoru kuratora. Uwzględniając podane okoliczności należy postulować, aby w katalogu środków zabezpieczających pojawił się dozór kuratora, a skreślona z niego została EKMP. Dozór elektroniczny powinien być traktowany wyłącznie jako pomocnicza metoda realizacji dozoru kuratorskiego, bez którego zresztą nie może samodzielnie funkcjonować.

Jeżeli obecny kształt normatywny EKMP jako samoistnego środka zabezpieczającego zostałby utrzymany, to powinno nastąpić przynajmniej ujednolicenie przepisów kodeksu karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego w zakresie zdefiniowania treści oraz form realizacji tej instytucji. Unormowanie zawarte w art. 93e k.k. powinno wskazywać, że EKMP może być wykonywana jako dozór mobilny lub zbliżeniowy. Jednocześnie konieczne jest albo zmodyfikowanie postanowień art. 41b § 3 k.k. oraz art. 99 § 1 k.k. poprzez wyraźne wskazanie, że „zakaz stadionowy” jako środek zabezpieczający jest wykonywany tylko w formie dozoru mobilnego, albo też stwierdzenie, że ten rodzaj sankcji dotyczy wyłącznie czasowo realizowanego środka karnego, a nie znajduje zastosowania tytułem środka zabezpieczającego.

W dalszej perspektywie zmian, jeżeli EKMP pozostanie w katalogu środków zabezpieczających w charakterze sankcji samoistnie stosowanej, to unormowanie zawarte w art. 93e k.k. powinno wskazywać, na czym polega realizacja dozoru elektronicznego. W przepisie tym należałoby też zawrzeć podstawowe uprawnienia i obowiązki osoby dozorowanej oraz zakres kompetencji zawodowego kuratora sądowego. Na gruncie obecnego stanu prawnego to przepisy prawa egzekucyjnego w przeważającej mierze definiują treść środka zabezpieczającego EKMP, podczas gdy powinno być odwrotnie: kwestie tego rodzaju należą do płaszczyzny prawa karnego materialnego i ich miejsce jest w kodeksie karnym.

Należałoby się również zastanowić nad celowością stosowania środka ochronnego EKMP w stosunku do niektórych kategorii przestępców wymienionych w art. 93c k.k. oraz przemyśleć sposób sankcjonowania naruszania przez nich obowiązków związanych z wykonywaniem tego środka zabezpieczającego. Realizacja dozoru elektronicznego – zwłaszcza w dłuższym okresie – może mieć charakter stygmatyzujący oraz negatywny wpływ na proces szeroko rozumianej resocjalizacji oraz terapii i rehabilitacji, przestępców wykazujących objawy chorób psychicznych oraz upośledzenia umysłowego. Należy się opowiedzieć za zniesieniem dopuszczalności wdrażania EKMP tytułem środka zabezpieczającego wobec wymienionych tu dwóch kategorii sprawców czynów zabronionych. Wymagają tego względy humanitarnego stosowania sankcji karnych wynikające z art. 3 k.k.

W stosunku do pozostałych typów sprawców wskazanych w art. 93c k.k., wobec których może znaleźć zastosowanie omawiany tu środek ochronny, należy postulować zniesienie karalności niestosowania się do obowiązków związanych z realizacją dozoru elektronicznego. Jeżeli ten środek zabezpieczający okaże się nieskuteczny, wówczas powinien on zostać zastąpiony innym, bardziej efektywnym środkiem ochronnym, w ostateczności przybierającym nawet postać internacji w wyspecjalizowanej placówce leczniczej, odwykowej lub resocjalizacyjnej.

Measure of protection in the form of electronic control of a criminal offender's location (Part 2)

Abstract

This second part of the paper deals primarily with regulations governing electronic control of location, set forth in the Executive Penal Code. Unreasonable asymmetry in division of the regulations between the Penal Code and the Executive Penal Code is highlighted. Furthermore, competencies of entities executing such electronic control are described. A significant role of a professional court-appointed guardian is emphasized along with the demand that electronic control of location should be replaced with guardian supervision. Owing to its specificity, including particularly its high susceptibility to periodical abandonment, electronic supervision is believed to be capable of nothing but complementing guardian or police supervision. The proposal is also forwarded that electronic control of location should not be applied as a measure of protection to mentally ill or mentally handicapped crim-

inals. As far as other categories of criminals are concerned, a failure to follow the requirements for the application of measure should no longer be punishable. Where electronic control of location is ineffective, it should be replaced with other measures of protection, including specifically isolation and medical treatment.

Pojęcie broni palnej w prawie karnym

Streszczenie

Autorzy przedstawiają zmiany dokonane nowelizacją ustawy o broni i amunicji z dnia 10 marca 2011 r. W artykule krytycznie odnoszą się do spójności definicji legalnej zawartej w u.b.a. z definicją wypracowaną przez doktrynę kryminalistyki, w szczególności używania przez ustawodawcę określeń nieprecyzyjnych. Autorzy dokonują analizy pojęcia broń palna w obecnym jej brzmieniu pod kątem użyteczności na potrzeby kodeksu karnego, w aspekcie reguły konsekwencji terminologicznej, a także formułują postulaty de lege ferenda.

Dla właściwego interpretowania norm prawnych poruszających kwestię broni palnej, w szczególności gdy ingerują one w sferę podstawowych, konstytucyjnych praw obywatela, jak prawo do wolności, konieczne jest ustalenie prawidłowego zakresu samego pojęcia broni. Stosowanie pojęć niedookreślonych, czy posiłkowanie się sformułowaniami używanymi potocznie, może bowiem budzić niepożądane wątpliwości. W doktrynie kryminalistyki spotykane jest wiele odmiennych w swym zakresie definicji broni palnej, w obecnym systemie prawnym funkcjonuje zaś jedna legalna, która z kolei budzi niezmiennie kontrowersje zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie¹.

Pojęcie broni palnej występuje w szeregu przepisach Kodeksu karnego². Przepis art. 263 k.k. penalizuje wyrób lub handel (§ 1), posiadanie bez wymaganego zezwolenia (§ 2), udostępnienie lub przekazanie osobie nieuprawnionej (§ 3) i nieumyślną utratę broni palnej albo amunicji (§ 4). Osoba dopuszczająca się skatalogowanych w tym przepisie procederów podlega karze grzywny, ograniczenia wolności, pozbawienia wolności do lat 10, w zależności od stopnia naruszenia dobra chronionego omawianą normą prawną. Przedmiotem ochrony jest w tym przypadku porządek publiczny, którego jednym z elementów jest reglamentacja dostępu do broni i zapobieżenie jej posiadania przez osoby nieuprawnione³. Patrząc przez ten pryzmat

¹ J. Kasprzak, W trosce o poprawną definicję broni palnej, Przegląd Policyjny 2013, nr 2, s. 61; M. Tomaszewski, Pojęcie broni palnej w prawie karnym, Prokuratura i Prawo 2006, nr 10, s. 95.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.), dalej zwana k.k.

³ A. Lach, Art. 263, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz (online), Wolters Kluwer (dostęp w dniu 30 maja 2017 r.). Dostępny w Internecie:

wydać się, że zasadniczo jest on zgodny z celem ustawy o broni i amunicji, w której zawarta jest definicja broni palnej, jednak bardziej szczegółowa analiza tej regulacji może doprowadzić do odmiennych wniosków. Jak się wskazuje, przepis ten ma charakter blankietowy, gdyż ustalenie jego treści normatywnej nie jest możliwe bez odwoływania się do przepisów określających pojęcie broni palnej oraz zasady i tryb wydawania zezwoleń na jej posiadanie⁴. W przepisie art. 280 k.k. przedmiotem rodzajowym ochrony jest mienie, natomiast dalszym przedmiotem jest życie i zdrowie człowieka. W § 2 tego przepisu przewidziano typ kwalifikowany przestępstwa rozboju z uwagi na posłużenie się między innymi bronią palną⁵, co wzmacnia ochronę tego dalszego przedmiotu ochrony⁶, wysuwając go zdaniem autorów na pierwszy plan, gdyż życie i zdrowie człowieka przedstawia wyższą wartość niż dobra majątkowe. Na tym tle wydaje się niezbędne wyjaśnienie pojęcia broni palnej w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, co wymaga jednak uprzedniego sięgnięcia do przepisów dotyczących broni w aspekcie ich ewolucji.

W rozporządzeniu z mocą ustawy Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. w sprawie Prawo o broni, amunicji i materiałach wybuchowych⁷ wskazano jedynie, że bronią w rozumieniu niniejszego prawa jest każde narzędzie, przeznaczone do zadawania bezpośrednio lub pośrednio urazów cielesnych. Rozporządzenie to tym samym zawierało bardzo nieprecyzyjną definicję treściową. Kolejny akt prawny, tzn. ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych⁸, przewidywał tylko definicję klasyfikującą przez wyliczenie, stanowiąc w art. 1 ust. 1, że ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o broni bez bliższego określenia, należy przez to rozumieć broń palną krótką oraz broń myśliwską i sportową⁹. Takie ujęcie broni palnej spotkało się z krytyką ze strony nauki kryminalistyki ze względu na zbyt duży stopień ogólności. Ustawa styczniowa jednak dała asumpt do sformułowania na jej gruncie szeregu wniosków zmierzających do

<https://sip.lexpl/#/komentarz/587715939/513379>, zob. też M. Kalitowski, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. M. Filara, Warszawa 2016, s. 1456.

⁴ Cz. Kłak, Glosa do postanowienia SN z dnia 22 stycznia 2003 r., sygn. I KZP 40/02 oraz do uchwały SN z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03, Prokurator 2004, nr 19, s. 83–88, a także A. Grządkowski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2003 r., sygn. I KZP 46/2002, Studia Iuridica Lublinensia 2014, nr 4, s. 251.

⁵ Z uwagi na posłużenie się bronią palną kodeks karny przewidywał także typ kwalifikowany zabójstwa z art. 148 § 2 pkt 4 k.k., co zostało zmienione ustawą z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz. U. Nr 240, poz. 1602).

⁶ I. Zgoliński, Art. 280, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz (online) Wolters Kluwer (dostęp w dniu 30 maja 2017 r.). Dostępny w Internecie: <https://sip.lexpl/#/komentarz/587715963/513403>.

⁷ Dz. U. Nr 94, poz. 807 z późn. zm.

⁸ Dz. U. Nr 6, poz. 43 z późn. zm.

⁹ Zawierającą błąd logiczny, ponieważ miesza długość z przeznaczeniem, J. Kasprzak, W trosce..., s. 63.

zbudowania definicji broni palnej¹⁰. Obecnie obowiązująca ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji¹¹ przewiduje w art. 4 ust. 1 pkt 1 definicję klasyfikującą, stanowiąc, że przez broń należy rozumieć m.in. broń palną, w tym broń bojową, myśliwską, sportową, gazową, alarmową i sygnałową, a w art. 7 ust. 1 u.b.a. w pierwotnym brzmieniu definicję treściową, stanowiąc, że w rozumieniu ustawy bronią palną jest niebezpieczne dla życia lub zdrowia urządzenie, które w wyniku działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego, jest zdolne do wystrzelenia pocisku lub substancji z lufy albo z elementu zastępującego lufę, a przez to do rażenia celów na odległość. W dniu 10 marca 2011 r. weszła w życie nowelizacja ustawy o broni i amunicji dokonana ustawą z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym¹², która zmieniła m.in. definicję treściową broni palnej z art. 7 ust. 1 u.b.a.

W nauce kryminalistyki budowano szereg definicji broni palnej. Na przykład P. Horoszowski określił broń palną jako narzędzie, przy którym pociski (pojedyncze, względnie liczne kulki śrutu – przy pewnym typie broni), przeznaczone do rażenia celu z odległości, zostają wyrzucone z lufy dzięki partii silnie sprężonych gazów¹³. W szczególności należy przypomnieć definicję S. Adamczaka, zgodnie z którą broń palna jest to przyrząd (urządzenie), w którym sprężone gazy, powstałe podczas spalania się materiału miotającego, wyrzucają pocisk (pociski) z lufy lub elementu ją zastępującego¹⁴. Definicję tę zmodyfikował B. Zając, stwierdzając, że broń palna jest to przyrząd (urządzenie), z którego przez wykorzystanie energii spalającego się materiału miotającego wyrzucany jest z lufy (lub zastępującego ją elementu) pocisk posiadający przynajmniej u jej wylotu zdolność rażenia człowieka¹⁵. Z kolei M. Kulicki stwierdził, że broń palna jest to niebezpieczne narzędzie, które ze

¹⁰ B. B o m a n o w s k i, Wpływ dorobku polskiej kryminalistyki na ukształtowanie się pojęcia broni palnej w ustawie o broni i amunicji. Analiza obecnego stanu prawnego i wnioski *de lege ferenda*, (w:) M. Z e l k (red.), II Dni Kryminalistyki Wydziału Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2008, s. 53–54.

¹¹ Dz. U. Nr 53, poz. 549 z późn. zm.; tekst jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 52, poz. 525 z późn. zm.; tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 576 z późn. zm., dalej zwana ustawą o broni i amunicji albo u.b.a.

¹² Dz. U. Nr 38, poz. 195 z późn. zm.

¹³ P. H o r o s z o w s k i, Kryminalistyka, Warszawa 1955, s. 435.

¹⁴ S. A d a m c z a k, Pojęcie broni palnej, Problemy kryminalistyki 1967, nr 66, s. 205; zob. także T e n ż e, Retrospektywne spojrzenie na definicję broni palnej, Służba MO 1974, nr 4–5, s. 708–711; zob. także w szczególności J. K a s p r z a k, Broń palna – wybrane zagadnienia kryminalistyczne w świetle nowych regulacji prawnych, Problemy Współczesnej Kryminalistyki pod red. T. T o m a s z e w s k i e g o i E. G r u z y; Warszawa 2001 nr IV, s. 165.

¹⁵ B. Z a j ą c, W sprawie definicji broni palnej (w rozumieniu art. 286 k.k.), Służba MO 1974, nr 4–5, s. 701.

względem na budowę oraz przewidziany przez wytwórcę lub użytkownika sposób wykorzystania gazów powstających ze spalania materiału miotającego ma zdolność wystrzelenia pocisku z energią zdolną spowodować śmierć lub ciężkie obrażenia ciała człowieka¹⁶. Niezmiernie ważne jest podkreślenie, iż w polskiej nauce kryminalistyki w miarę rozwoju technologii i pogłębiania wiedzy o przedmiocie pojęcie broni palnej musi ewoluować dostosowując się do przeobrażających się realiów¹⁷. Na tym tle można stwierdzić, że w kryminalistyce przeważa określenie broni palnej, które charakteryzuje się następującymi cechami: zagrożeniem życia człowieka, zdolnością rażenia na odległość dalszą niż u wylotu lufy, zdolnością do wyrzucenia (wystrzelenia) pocisku z lufy bądź elementu ją zastępującego (strzał następuje) w wyniku sprężanych w tym urządzeniu gazów powstałych dzięki spalaniu w tym urządzeniu materiału miotającego¹⁸.

Jednym z głównych problemów dotyczących broni palnej poruszanych w judykaturze i piśmiennictwie było to, czy broń gazowa jest bronią palną w rozumieniu art. 263 § 2 i art. 280 § 2 k.k. Problemem powyższym zajmowała się judykatura i doktryna po wejściu w życie ustawy o broni i amunicji¹⁹. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 listopada 2002 r., sygn. V KKN 376/01²⁰ oraz wyroku z dnia 28 marca 2002 r., sygn. V KKN 464/00²¹, przyjął iż pistolet gazowy nie jest bronią palną w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. Sąd Najwyższy w tych orzeczeniach przy tym uznał, iż rozszerzenie zakresu pojęcia broń palna w ustawie o broni i amunicji nie może mieć znaczenia dla dokonywania wykładni art. 280 § 2 k.k., m.in. ze względu na suwerenność ustawy o broni i amunicji oraz Kodeksu karnego, a także ich odmienne cele. Sąd Najwyższy stwierdził także, że zawarte w art. 263 § 2 k.k. i art. 280 § 2 k.k. pojęcia broń palna treściowo nie pokrywają się ze sobą. Odmienny pogląd zajął Sąd Najwyższy w postanowieniach z dnia 22 stycznia 2003 r., sygn. I KZP 40/02²² oraz I KZP 46/02²³ przyjmując, że broń gazowa i amunicja do

¹⁶ M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia praktyki śledczo sądowej*, Toruń 1994, s. 362; a także M. Kulicki, L. Stępką, D. Stucki, *Kryminalistyczno-prawna problematyka broni strzeleckiej. Komentarz do przepisów o broni i amunicji*, Kraków 2003, s. 35; M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępką, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2009, s. 535.

¹⁷ M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia praktyki śledczo sądowej*, Toruń 1994, s. 349.

¹⁸ P. Pałka, O prawno-kryminalistycznej problematyce broni palnej słów kilka, *Przegląd Polityczny* 1997, nr 4, s. 63.

¹⁹ Definicje z rozporządzenia z 1932 r. oraz z ustawy z 1961 r. nie przewidywały możliwości uznania broni gazowej za broń palną.

²⁰ OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 12 z glosą M. Budyn, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 3, s. 120–128 oraz R. A. Stefański ego, *Państwo i Prawo* 2003, nr 7, s. 126–129.

²¹ Lex nr 1674121.

²² OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 11 z glosami P. Pałki, *Państwo i Prawo* 2004, nr 2, s. 128–131; M. Budyn, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 3, s. 120–128 i Cz. Kłak, *Prokurator* 2004 nr 3, s. 83–88.

niej są bronią palną i amunicją w rozumieniu art. 263 § 2 k.k. Sąd Najwyższy w postanowieniach tych przyjął m.in., że pojęcie broni gazowej zostało inaczej (szerzej) określone, mimo iż zgodnie z zakazem wykładni homonimicznej tym samym zwrotom nie należy nadawać różnych znaczeń, tym bardziej jeśli funkcjonują one w jednym akcie prawnym. Sąd Najwyższy przy tym podkreślił, iż dobrem chronionym przepisem z art. 263 § 2 k.k. jest nie tylko ochrona porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli przed zagrożeniem, jakie stwarza niekontrolowane posiadanie broni palnej, ale także, przynajmniej pośrednio, dobrem chronionym jest ustanowiony przez państwo tryb kontroli obrotu i posiadania tej broni, określony szczegółowo i poddany rygorom administracyjnym w ustawie o broni i amunicji²⁴. Wskutek powołanej powyższej rozbieżności orzecznictwa Sąd Najwyższy podjął uchwałę w składzie 7 sędziów z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03²⁵, w której stwierdził, że broń gazowa jest bronią palną zarówno w rozumieniu art. 263 § 2 k.k., jak i art. 280 § 2 k.k. W uchwale tej oparł się w szczególności na tym, iż ustawa o broni i amunicji wprowadziła definicję broni palnej, tzn. definicję zakresową z art. 4 ust. 1 pkt 1 u.b.a., w której wśród broni palnej wskazano m.in. broń gazową, jak i tzw. definicję treściową z art. 7 ust. 1 u.b.a. W definicji z art. 7 ust. 1 u.b.a. wskazano przy tym w sposób wyraźny na to, że urządzenie to ma być zdolne do wystrzelenia nie tylko pocisków, ale także i substancji, co wskazuje, iż broń gazowa jest bronią palną. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę także na fakt, że w obecnym stanie prawnym, gdy w nowej ustawie o broni i amunicji ustawodawca zdecydował się, w obu zawartych w niej rodzajach definicji legalnych, tzn. z art. 4 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 u.b.a. zaliczyć broń gazową do broni palnej, naruszenie dyrektywy terminologicznej przy wykładni art. 263 § 2 k.k., i w efekcie zanegowanie tego, że broń gazowa jest bronią palną w rozumieniu także i tego ostatniego przepisu, prowadziłoby do bezkarności posiadania broni gazowej bez wymaganego zezwolenia. Wyrażony we wspomnianej uchwale pogląd był powtarzany w późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego (np. w wyroku z dnia 6 marca 2007 r., IV KK 349/06²⁶ oraz 10 kwietnia 2013 r., sygn. IV KK 10/13²⁷). Mimo pewnych zastrzeżeń co do poprzedniego brzmienia art. 7 u.b.a. w oparciu o dorobek judykatury i doktryny można zbudować spójny i w miarę klarowny zakres pojęcia „broń palna” w rozumieniu art. 263 i art.

²³ Lex nr 121420 z glosą A. Grządkowskiego, *Studia Iuridica Lublinensa* 2014, nr 4, s. 249–262.

²⁴ R. Janczewicz, L. A. Niewiński, Broń palna jako środek do popełniania przestępstw w przepisach kodeksu karnego z 1997 r., *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2004, nr 3, s. 114 i n.

²⁵ OSNKW 2004, nr 2, poz. 13 z glosami Cz. Kłaka, *Prokurator* 2004, nr 3, s. 83–88; R. Janczewicz i L. A. Niewińskiego, *Prokurator* 2005, nr 4, s. 85–90 oraz P. Pratkaniewickiego, *Przegląd Sądowy* 2005, nr 2, poz. 136.

²⁶ Lex nr 446359.

²⁷ Lex nr 1504581

280 § 2 k.k. Definicja z dawnego art. 7 ust. 1 u.b.a. została bowiem w zasadniczym trzonie oparta na dokonaniach kryminalistyki w tym przedmiocie, ponieważ była w niej mowa o strzelaniu pociskami, spalaniu materiału miotającego, a także niebezpieczeństwie dla życia i zdrowia ludzkiego oraz o rażeniu celów na odległość²⁸.

Zgodnie z nowym brzmieniem tego przepisu, w rozumieniu ustawy bronią palną jest każda przenośna broń lufowa, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego. Ustawodawca w tej nowelizacji dokonał istotnej zmiany przepisu. W obecnej definicji zabrakło istotnych z punktu widzenia kryminalistyki elementów konstytutywnych, pozwalających przyjąć, że mamy do czynienia z bronią palną. Po pierwsze, obecnie w zapisie art. 7 ust. 1 u.b.a. brak jest wymagania, aby broń palna stanowiła niebezpieczne dla życia lub zdrowia urządzenie, tak jak słusznie stanowiły to poprzednio obowiązujące przepisy, gdyż znamię niebezpieczeństwa immanentnie wpisane jest w charakter tego urządzenia i jego przeznaczenia²⁹. Rezygnacja z tego kryterium powoduje kolejne problemy interpretacyjne związane z zaliczaniem do kategorii broni palnej urządzeń, które co prawda posiadają konstytutywne z punktu widzenia u.b.a. istotne elementy broni, to jednak w istocie nie są niebezpieczne dla zdrowia i życia, jak przykładowo rewolwery strzelające gumowymi kulami, przystosowane i skonstruowane tylko do tego rodzaju amunicji. Użycie takich urządzeń może spowodować co najwyżej zasinienia, podbiegnięcia krwawe³⁰ i, co chyba ważniejsze, efekt psychologiczny, nie zaś realne zagrożenie dla

²⁸ M. Kulicki, L. Stępką, Prawne i kryminalistyczne pojęcie broni strzeleckiej w świetle zmian przepisów ustawy o broni i amunicji, (w:) A. Adamski (red.) i in., Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa profesora Mariana Filara, Tom II, Toruń 2012, s. 439.

²⁹ M. Kulicki, Wybrane kryminalistyczne problemy współczesnej broni strzeleckiej, (w:) J. Błachut, M. Szewczyk J. Wójcikiewicz (red.) Nauka wobec przestępczości. Księga ku czci profesora T. Hanauska, Kraków 2001, s. 92; zob. także T. Hanausek, Problem „niebezpieczności” broni palnej, Państwo i Prawo 2001, nr 6, s. 72–74, który słusznie stwierdza, że jest to sytuacja, w której występuje znaczne prawdopodobieństwo nastąpienia ujemnego następstwa, do czego konieczne jest ustalenie przede wszystkim dwóch elementów: ocenianej *ex ante* zdolności do powodowania u człowieka ujemnych następstw użycia tej broni oraz problemu użycia tej broni zgodnie z przeznaczeniem, więc nie np. przez uderzenie kolbą, kiedy także może być niebezpieczna, ale w ocenie *ex post*. Należy przy tym zauważyć, że ustawodawca w art. 7 ust. 1 u.b.a. posługuje się alternatywą nierozłączną, a nie koniunkcją, *ergo* wystarczy spełnienie jednego z członów tj. niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, aby można było przyjąć, że dane urządzenie posiada cechę wymaganą przez ustawodawcę – M. Budyn, Głosa do postanowień Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2002 r., sygn. V KKN 376/01 i z dnia 22 stycznia 2003 r., sygn. I KZP 40/02, Prokuratura i Prawo 2004, nr 3, s. 123.

³⁰ Użycie takiego urządzenia jedynie w wyjątkowo niesprzyjających okolicznościach może spowodować śmierć, zob. M. Kulicki, L. Stępką, Prawne..., *op. cit.*, s. 447.

zdrowia i życia. Po drugie, poprzedni zapis, że urządzenie ma być zdolne do wystrzelenia pocisku lub substancji z lufy albo z elementu zastępującego lufę zostało zamienione na stwierdzenie, iż bronią palną jest przenośna broń lufowa, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji. Po trzecie, wreszcie w obecnym stanie prawnym zabrakło elementu konstytutywnego zdolności rażenia celów na odległość³¹, która nie ma być przy tym jakakolwiek, ale w sposób niebezpieczny dla życia lub zdrowia³², natomiast odległość rażenia jest dowolna³³. Po czwarte, w tej definicji nie ma mowy o wystrzeliwaniu, tylko miotaniu pocisków oraz brak jest odniesienia do najważniejszej cechy broni palnej to znaczy wystrzeliwania pocisku lub pocisków siłą gazów powstałych ze spalania się³⁴ materiału miotającego³⁵. Powoduje to bardzo daleko idące konsekwencje.

W uzasadnieniu projektu rządowego noweli, a opracowanego w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji, wskazano, że projekt wdraża dyrektywę Rady 91/477/EWG z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/51/WE z dnia 21 maja 2008 r.³⁶. Brzmienie definicji jest dość wiernym tłumaczeniem z języka angielskiego, co samo w sobie jest z punktu widzenia zróżnicowanych systemów prawnych i konwencji językowych krajów unijnych niepoprawne legislacyjnie. Dostosowanie prawa unijnego nie może wszak polegać na recypowaniu wiernych językowo definicji w innych realiach prawnych, czego prawodawca unijny nie wymaga³⁷. Gdyby ten prawodawca chciał bezpośredniego stosowania takiej normy, wydałby rozporządzenie, nie zaś dyrektywę. Zasadniczą sprawą jest to, że ustawodawca w obecnym przepisie ustawy o broni i amunicji nie wskazuje, iż *in genere* broń palna ma być niebezpiecznym dla zdrowia lub życia urządzeniem oraz że ma być ona zdolna do rażenia celów na odległość. Są to bardzo istotne elementy konstytutywne broni palnej, bowiem w oparciu o nie *in concreto* decydowano, iż przykładowo konkretne urządzenie, noszące nawet ewidentne zewnętrzne cechy pistoletu lub rewolweru, z powodu niesprawności jest w ogóle trwale niezdatne do rażenia, wówczas nie może być

³¹ J. Kasprzak, W trosce..., s. 66–67.

³² M. Kulicki, Dowodowa problematyka współczesnej broni strzeleckiej, Kraków 2001, s. 38–39.

³³ C. Sońta, Broń palna – główne problemy wykładni przepisów kodeksu karnego, Prokuratura i Prawo 2004, nr 5, s. 48.

³⁴ W obecnej definicji jest mowa o „działaniu materiału miotającego”, które to pojęcie zawiera w sobie wiele innych elementów niż tylko spalanie zob. L. Stęпка, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Istota broni palnej, (w:) V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stęпка, Broń – problematyka prawna i kryminalistyczna, Toruń 2013, s. 40.

³⁵ M. Kulicki, L. Stęпка, Prawne..., s. 440.

³⁶ A. Herzog, Ustawa o broni i amunicji po nowelizacji, Prokuratura i Prawo 2011, nr 10, s. 64.

³⁷ J. Kasprzak, W trosce..., s. 65–66.

uznane za broń palną, ani w aspekcie przepisów ustawy o broni i amunicji (nie spełnia bowiem jednego z elementów definicji treściowej broni palnej, zawartych w art. 7 ust. 1 u.b.a.), ani w aspekcie treści art. 263 § 2 k.k. oraz art. 280 § 2 k.k.³⁸, bowiem ocena prawna musi się opierać na istotnych cechach konstytutywnych nie zaś na wyglądzie³⁹. Poprzednia regulacja pozwalała na stwierdzenie braku znamion czynu zabronionego w przypadku tzw. destruktorów⁴⁰, czy też tzw. dekonstruktorów⁴¹ broni. W obecnym stanie prawnym przy podejmowaniu takiej decyzji organ procesowy nie dysponuje ustawowo uregulowanymi elementami konstytutywnymi broni uzasadniającymi takie rozstrzygnięcie. Poza wskazanym rozszerzeniem definicji treściowej z art. 7 ust. 1 u.b.a., ustawodawca w innym zakresie zawęził obecną definicję. Przewidział bowiem, że bronią palną jest tylko broń lufowa, a nie jak dotychczas broń umożliwiająca wystrzelenie z lufy lub elementu ją zastępującego. Ponadto ustawodawca regulacją objął jedynie broń przenośną, co oznacza że poza zakresem uregulowań tej ustawy pozostaje przykładowo broń na fundamentach czy artyleryjska, której nie można uznać za broń przenośną⁴². W nowej regulacji, wzorem implementowanej dyrektywy, jest mowa o broni lufowej, wyłączając wiele urządzeń, które nie budziły wątpliwości, że są bronią palną jak przykładowo granatnik przeciwpancerny RPG-7, w którym nie ma lufy⁴³. Zauważyć należy przy tym, że zgodnie z art. 7 ust. 1a u.b.a. w rozumieniu ustawy za dający się przystosować do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego uznaje się przedmiot, który ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonany, może być łatwo przerobiony w celu miotania. Treść tego przepisu nie jest odpowiednia do art. 7 ust. 1 u.b.a., w którym nie ma mowy o „przedmiocie”, a o „przenośnej broni lufowej”. Pojęcie przedmiotu jest niewątpliwie szersze od pojęcia „przenośnej broni lufowej”, co powoduje wątpliwość, czy taki przedmiot, jest w rozumieniu ustawy bronią palną, skoro ma dotyczyć urządzenia, które nie jest jeszcze do miotania przystosowane, ale może być łatwo przerobione⁴⁴. Powyższe powoduje, że w obecnym stanie prawnym zachodzą ważne przyczyny nakazujące odstąpienie od reguły konsekwencji terminologicznej. Nie do przyjęcia jest bowiem, że przepis art. 263 § 2 k.k. penalizuje posiadanie broni, która *de facto*

³⁸ Zob. m.in. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03.

³⁹ M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Darul, L. Stępką, Przyczynek do dyskusji nad definicją broni palnej, gazowej i pneumatycznej, *Przegląd Policyjny* 2002, nr 3–4, s. 30.

⁴⁰ Np. skorodowanie broni powodujące niemożliwość oddania wystrzału.

⁴¹ Tzn. pozbawienia cech użytkowych bez spełnienia wymogów z art. 6a u.b.a.

⁴² Co, jak wskazał A. Herzog, w praktyce nie będzie miało większego znaczenia; zob. A. Herzog, *Ustawa...*, s. 66.

⁴³ M. Kulicki, L. Stępką, *Prawne...*, s. 441, a także A. Herzog, *Ustawa...*, s. 66–67.

⁴⁴ A. Herzog, *Ustawa...*, s. 67–68.

nie jest bronią, ponieważ nie jest niebezpiecznym dla życia lub zdrowia urządzeniem zdolnym do rażenia celów na odległość, przykładowo z uwagi na trwałą niesprawność lub zbyt niską energię wystrzału. Nie do zaakceptowania pozostaje także sytuacja, w której nie podlegałaby penalizacji osoba, posiadająca broń zdolną do wystrzelenia pocisku zastępującego lufę, a nie broń lufową, czy też posiadająca broń nieprzenośną, wszak artyleryjską. Zwrócić należy w związku z tym uwagę, że w obecnym reżimie prawnym ustawy o broni i amunicji ustawodawca przewiduje przypadki, w których można uzyskać pozwolenia na broń palną oraz rodzaje broni, objętych danym pozwoleniem, przykładowo do ochrony osobistej, do celów łowieckich, sportowych, czy też kolekcjonerskich. Tym samym, wobec całokształtu innych uregulowań o charakterze administracyjnoprawnym, dotyczących uzyskania pozwolenia na broń, obecna definicja broni palnej może być wystarczająca dla potrzeb celów samej ustawy o broni i amunicji, ale jak wyżej wykazano, jest niewystarczająca dla celów prawa karnego.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03, zauważył, że w teorii prawa przyjmuje się, iż dla ustalenia znaczenia poszczególnych słów lub wyrażeń w tekście prawnym należy w pierwszej kolejności odwołać się do językowych dyrektyw interpretacyjnych, wskazujących wprost sens słownikowy danego zwrotu. Należy w związku z tym najpierw sprawdzić, czy w tekście prawnym występuje definicja legalna danego zwrotu lub wyrażenia. Jeśli jednak definicji w danym akcie brak, należy zbadać, czy definicja taka występuje w innej ustawie uznanej za podstawową dla danej dziedziny. Jeśli definicja taka w ustawie o takim charakterze występuje – należy się do niej odwołać⁴⁵. Sąd podkreślił, że wskazana wyżej zasada wykładni, wywodzona z racjonalności prawodawcy⁴⁶, nazywana bywa także regułą konsekwencji terminologicznej (nakazem nadawania temu samemu pojęciu zawsze tego samego znaczenia we wszystkich kontekstach, w których występuje⁴⁷) lub zakazem wykładni homonimicznej (zakazem nadawania tym samym zwrotom różnych znaczeń⁴⁸), a jej znaczenie podkreślane było wielokrotnie w judykaturze Sądu Najwyższego⁴⁹. Wreszcie

⁴⁵ Por. A. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki, Warszawa 2017, s. 291.

⁴⁶ Por. K. Opałek, J. Wróblewski, Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969, s. 247; Z. Ziemiński, Teoria prawa, Warszawa 1978, s. 108–121.

⁴⁷ Por. J. Wróblewski Sądowe stosowanie prawa, Warszawa 1988, s. 134.

⁴⁸ Por. L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 145–150.

⁴⁹ Zob. np. uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1988 r., sygn. VI KZP 9/88, OSNKW 1989, nr 1–2, poz. 1; z dnia 5 kwietnia 1995 r., sygn. I KZP 39/94, OSNKW 1995, nr 5–6, poz. 25, z dnia 20 stycznia 2000 r., sygn. I KZP 48/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 18, z dnia 8 lutego 2000 r., sygn. I KZP 50/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 24 oraz uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 września 2000, sygn. III KKN 337/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 81; zob. także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 7/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 38, w której sąd przyjął, że spółka cywilna, z uwagi na brak zdolności prawnej w rozumieniu kodeksu cywilnego nie jest jednostką

w tym aspekcie Sąd stwierdził, że reguła konsekwencji terminologicznej, podobnie jak inne dyrektywy wykładni, dopuszcza wyjątki, jednak wskazuje się, iż w sytuacji, gdy ustawodawca chce nadać tym samym wyrażeniom różne znaczenie, a tym samym odstąpić od zakazu wykładni homonimicznej, wówczas powinien to wyraźnie w tekście prawnym zaznaczyć⁵⁰, a wyraźnego zamiaru odstąpienia od zakazu wykładni homonimicznej – w odniesieniu do pojęcia „broń palna” – prawodawca w ustawie tej nie zawarł.

Należy podkreślić, że wykładnia przepisu prawa karnego nie ma prowadzić do jego „wyjaśnienia aby go wyjaśnić”, to znaczy „jako celu samego w sobie”, a do „wykorzystania”, co musi być doniosłe dla stosunków społecznych, ponieważ w przeciwnym razie z bytu wykreowanego na użytek społeczny otrzymujemy byt społecznie nieużyteczny⁵¹. Założenie, że nie powinno się przypisywać różnych znaczeń temu samemu zwrotowi używanemu w regułach prawnych, gdyż zakłada się, iż w języku prawnym nie ma terminów wieloznacznych spełniane jest w technice legislacyjnej tylko w pewnym stopniu⁵². Zauważa się przy tym, że odstąpienie od wykładni językowej może być uzasadnione, gdy znaczenie językowe prowadzi do konsekwencji absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego (*argumentum ad absurdum*)⁵³. Zauważyć należy, że w orzecznictwie Sąd Najwyższy wielokrotnie dokonywał odstępstw od zakazu wykładni homonimicznej, przykładowo przy interpretacji pojęcia „posiadania”, które traktował szerzej, niżby to wynikało z treści art. 336 k.c.⁵⁴, czy też w przypadku poję-

organizacyjną w rozumieniu art. 9 § 3 ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2137 z późn. zm.), w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2016 r., zob. szerzej m.in. Z. Wardak, Wybrane zagadnienia odpowiedzialności za działanie w cudzym interesie z art. 9 § 3 k.k.s., (w:) T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent*, Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016, Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Profesor Monice Zbrojewskiej, Warszawa 2017, s. 839–850.

⁵⁰ Por. np. uzasadnienie uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 stycznia 1992 r., sygn. W 14/91, OTK 1992, nr 1, poz. 20.

⁵¹ R. Zabłocki, O metodzie interpretacji przepisów prawa karnego, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2004, nr 4, s. 85.

⁵² J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 79.

⁵³ L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 112; zob. także C Sońta, Wybrane zagadnienia granic wykładni w prawie karnym w świetle zasady *nullum crimen sine lege*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2004, nr 4, s. 36.

⁵⁴ Zob. m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1999 r., sygn. I KZP 32/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 68 z glosami: S. Zabłockiego, *Palestra* 2000, nr 1, s. 164, R. A. Stefańskiego, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2000, nr 1, s. 65 oraz D. Wysockiego, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2000, nr 3, poz. 44; zob. także m.in. odnośnie posiadania broni palnej z art. 263 § 2 k.k. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 1 lipca 2014 r., sygn. II AKa 161/14, Lex nr 1489206, a w zakresie posiadania środków odurzających m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. I KZP 24/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 2 z glosami: M. Derlatki, *Państwo i Prawo* 2011, nr 12, s. 130–133;

cia „środków odurzających”, które obejmuje nie tylko środki odurzające wskazane w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁵⁵, lecz również inne substancje pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, działające na ośrodkowy układ nerwowy, których użycie powoduje obniżenie sprawności w zakresie kierowania pojazdem⁵⁶, jak również w przypadku określenia „budowla”, użytego w art. 163 § 1 pkt 2 k.k., które w ocenie Sądu Najwyższego obejmuje swym zakresem także budynek lub jego część, odmiennie od art. 3 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane⁵⁷, zgodnie z którą budynek nie jest „budowlą”, natomiast oba te pojęcia objęte są ogólniejszym określeniem: „obiekt budowlany”⁵⁸. Można to skonstatować stwierdzeniem, że ustawodawca używa pojęć w odmienny sposób od tego, jak to nastąpiło w innych aktach prawnych, bowiem zastosowywanie np. kodeksowego pojęcia posiadania z art. 366 k.k., do posiadania broni palnej z art. 263 § 2 k.k. lub posiadania środka odurzającego z art. 62 u.p.n. albo ustawowego pojęcia np. środka odurzającego w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii do prowadzenia pojazdów pod wpływem środków odurzających z art. 178a § 1 k.k., czy też np. ustawowego budowli do tego pojęcia z art. 163 § 1 pkt 2 k.k. prowadziłoby do bezpodstawnego zawężenia zakresu kryminalizacji. Na przykład uznanie, że środkiem odurzającym w rozumieniu art. 178a § 1 k.k. jest wyłącznie środek odurzający w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, którą należy uznać za podstawową dla dziedziny, prowadziłoby do tego, że poza zakresem kryminalizacji byłaby nie-

M. Kornak, *Lex* 2011; M. Małeckiego, *Posiadasz – odpowiadasz!*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2011, nr 2, s. 149–168; M. Maraszek, *Lex* 2011; J. Raglewskiego, *Lex* 2011, oraz T. Snarskiego, *Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa* 2011, t. III, s. 159–164 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. III KK 88/14, *Lex* nr 1458717; zob. szerzej A. Piączyńska, *Posiadanie jako znamię czynu zabronionego*, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 7–8, s. 61–69.

⁵⁵ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 783), dalej zwana „u.p.n.”

⁵⁶ Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 27 lutego 2007 r., sygn. I KZP 36/06, *Biuletyn SN* 2007, poz. 18 z glosami: R. A. Stefańskiego, *Państwo i Prawo* 2007, nr 8, s. 130–135, T. Huminiaka, *Paragraf na Drodze* 2007, nr 6, s. 5–12; R. Małka, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2007, nr 4, s. 96–100; K. Łucarz i A. Muszyńskiej, *Przegląd Sądowy* 2008, nr 3, s. 122–130; K. Wojtanowskiej, *Prokuratura i Prawo* 2008 nr 12, s. 141–153, A. Olszewskiego, *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 12, s. 154–159 i J. Dąbrowskiego, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2009, nr 2, s. 128–133 oraz G. Kachela, *Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa* 2008, nr 2, s. 139–142; zob. podobnie uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1973 r., sygn. VI KZP 78/72, z glosami T. Hanauska, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1974, nr 7–8, poz. 168 i S. Redo, *Państwo i Prawo* 1976, nr 5, s. 175; zob. także m.in. R. A. Stefański, *Prawna ocena stanów związanych z używaniem środka odurzającego w ruchu drogowym*, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 4, s. 18–24.

⁵⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 z późn. zm., zwana dalej „u.p.b.”

⁵⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2001 r., sygn. I KZP 17/01, *OSNKW* 2001, nr 11–12, poz. 91.

bezpieczna jazda pod wpływem np. tzw. dopalaczy. Podobnie, stwierdzenie, że budowla w rozumieniu art. 163 § 1 pkt 2 k.k. jest wyłącznie budowla w rozumieniu art. 3 pkt 3 u.p.b. powodowałoby nieobejmowanie penalizacją zawalenia się budynków czy też innych obiektów budowlanych. Tym samym ważkie względy w takim wypadku przesądzą o konieczności odejścia od reguły konsekwencji terminologicznej. Skoro Sąd Najwyższy przy wykładni pojęcia „budowla” odstąpił od zakazu wykładni homonimicznej, posługując się tym pojęciem odmiennie niż w Prawie budowlanym, to jest w akcie podstawowym dla danej dziedziny, to podobnie jest to możliwe w przypadku pojęcia broni palnej i takiego aktu, jakim jest ustawa o broni i amunicji. Zarówno w pierwszym jak i drugim przypadku stosowanie reguły konsekwencji terminologicznej prowadziłoby do absurdalnych rezultatów wykładni.

Definiując broń palną na użytek prawa karnego należy uwzględnić etymologię i semantykę tej nazwy, a także mieć na uwadze cel, któremu ta definicja ma służyć, bowiem rzutuje to na wybór cech konstytutywnych, co jest o tyle istotne, że musi spełniać swoją rolę zarówno do broni aktualnie produkowanej fabrycznie, ale także do broni historycznej i jej replik, a nadto do broni samodziiałowej⁵⁹. Jak wyżej wskazano, w obecnej definicji z art. 7 ust. 1 u.b.a. jest wymaganie, że broń palna ma być „przenośną bronią lufową”, co powoduje, iż poza zakresem znajdzie się broń nieprzenośna⁶⁰, czy też nieposiadająca lufy⁶¹, a brak kryterium, że ma to być narzędzie niebezpieczne, zdolne do rażenia celów na odległość, a jedynie m.in. przeznaczone do miotania powoduje objęcie zakresem tej definicji niezdolnych do wystrzału tzw. destruktorów oraz dekonstruktorów broni, które przecież zostały w chwili ich wyprodukowania przeznaczone do „miotania”⁶², tyle że z uwagi na korozję lub pozbawienie cech użytkowych taką zdolność utraciły. Zastosowanie więc na gruncie art. 263 § 2 i art. 280 § 2 k.k. zgodnie z regułą konsekwencji terminologicznej definicji z art. 7 ust. 1 u.b.a. po nowelizacji doprowadziłoby do absurdalnych wręcz rezultatów, niedających się pogodzić z celem odpowiedzialności karnej, bowiem z jednej strony poza zakresem penalizacji pozostaną sytuacje, które powinny być nią objęte, a z drugiej strony literalne brzmienie art. 7 u.b.a. powoduje objęcie penalizacją urządzeń, które już w istocie bronią palną nie są. Wobec zmiany art. 7 ust. 1 u.p.b. straciła na aktualności uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03, gdyż obecna definicja treściowa ze wskazanych przez autorów względów nie może być stosowana na gruncie kodeksu karnego. Tym samym, podobnie jak przed uchwaleniem ustawy o broni i amunicji i wprowa-

⁵⁹ M. Kulicki, L. Stępką, D. Stucki, Kryminalistyczno-prawna..., s. 31.

⁶⁰ Np. działa na fundamentach.

⁶¹ Np. wspomniany granatnik przeciwpancerny RPG 7.

⁶² Mówiąc językiem art. 7 ust. 1 u.b.a.; tak naprawdę to do „wystrzeliwania”, gdyż „miotanie” kojarzy się bardziej z tzw. bronią neurobalistyczną, jak np. proce.

dzeniem do porządku prawnego definicji broni palnej opartej na konstytutywnych elementach tej broni, dokonując wykładni przepisów prawa karnego, nie można stosować definicji broni palnej przewidzianej w ustawach reglamentacyjnych⁶³. Należy podkreślić, że kodeks karny oraz ustawa o broni i amunicji są suwerennymi aktami prawnymi, w związku z czym użyte w nich określenia nie muszą pokrywać się pod względem treści, jak i zakresu desygnatów; ustawa o broni i amunicji zarówno w definicji treściowej z art. 7 ust. 1, jak i zakresowej z art. 4 podkreśla, że ta definicja i wyliczenie dotyczy tylko tej ustawy; celem ustawy o broni i amunicji jest poddanie rygorom administracyjnym posiadania i obrotu m.in. broni palnej, natomiast celem kodeksu karnego jest określenie czynów społecznie szkodliwych⁶⁴. Mimo tych odmienności poprzednia definicja broni palnej z art. 7 ust. 1 u.b.a., zawierająca zasadnicze elementy mogła znaleźć zastosowanie przy wykładni przepisów prawa karnego, czego niestety nie można powiedzieć o obecnej definicji.

Powyższe powoduje, że organy procesu karnego dokonując oceny stanu faktycznego w świetle art. 263 § 2 k.k. nie mogą wychodzić z założenia dyrektywy konsekwencji terminologicznej i przyjmować przy wykładni tego przepisu definicji art. 7 ust. 1 u.b.a., tylko są zobligowane do oparcia się na rzeczywistych konstytutywnych cechach broni palnej, które są wskazane w tzw. kryminalistycznej definicji broni palnej, zgodnie z którą broń powinna posiadać następujące cechy konstytutywne:

- broń palna wyrzuca pocisk;
- broń palna wyrzuca pocisk siłą gazów powstających ze spalania się materiału miotającego;
- broń palna wyrzuca pocisk z energią wystarczającą do spowodowania śmierci lub ciężkich obrażeń ciała;
- zdolność broni do rażenia pociskiem jest zależna od budowy broni i przewidzianej technologii wystrzału, pod którą należy rozumieć rodzaj i ilość materiału miotającego, warunki spalania tego materiału oraz rodzaj i masę pocisku⁶⁵.

De lege lata należy zatem stwierdzić, że dokonując wykładni norm prawa karnego, posługujących się pojęciem broń palna, nie można posługiwać się obecnym brzmieniem art. 7 ust. 1 u.b.a., które nie może spełniać funkcji definicji na użytek prawa karnego⁶⁶, a należy, podobnie jak przed wejściem w życie obecnej ustawy o broni i amunicji, stosować to pojęcie w utrwalonym znaczeniu wypracowanym przez naukę kryminalistyki.

⁶³ Takich, jaką jest obecnie ustawa o broni i amunicji.

⁶⁴ Z. Jeleń, Pojęcie broni palnej, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 5, s. 67.

⁶⁵ M. Kulicki, *Dowodowa...*, s. 19–20; M. Kulicki, L. Stępką, D. Stucki, *Kryminalistyczno-prawna...*, s. 35.

⁶⁶ Zob. podobnie J. Kasprzak, *W trosce...*, s. 66.

De lege ferenda natomiast należy postulować nowelizację przepisu art. 7 ust. 1 u.b.a., która mogłaby polegać na przywróceniu brzmienia tego przepisu sprzed nowelizacji. Jak wspomniano ta definicja, aczkolwiek nie wolna od błędów, jest już utrwalona w świadomości organów postępowania karnego, przy czym należałoby rozważyć wprowadzenie w niej kilku zmian⁶⁷. Po pierwsze, należy wprowadzić kryterium energetyczne wzorem broni pneumatycznej⁶⁸ z art. 8 u.b.a., które precyzowałoby sytuacje reglamentowania takich urządzeń i zwalniałoby z konieczności uzyskiwania pozwolenia na urządzenia strzelające z niską energią. Przeprowadzenie takich zmian, w stosunku do definicji sprzed nowelizacji, pozwoliłoby na wyeliminowanie urządzeń takich jak np. Keseru (Zoraki), w których wystrzał odbywa się przez reakcję materiału inicjującego (niebędącego materiałem miotającym), a z drugiej strony pozwoliłoby na legalny obrót urządzeniami, w których dochodzi do spalania się materiału miotającego, ale których energia kinetyczna jest na tym samym poziomie co urządzeń pneumatycznych, niepodlegających reglamentacji⁶⁹. Po drugie, należałoby zamienić określenie materiału miotającego na materiał wybuchowy. Po trzecie wreszcie, wzorem art. 7 ust. 2 i ust. 3 u.b.a., należałoby przewidzieć odrębną definicję broni palnej gazowej, nie zaś zaliczać broń gazową do broni palnej, którą ze swej istoty nie jest⁷⁰, z jednoczesnym rozważeniem odrębnej kryminalizacji. W istocie lufową broń gazową należy zaliczyć do innego niebezpiecznego narzędzia, nie ze względu na immanentne cechy, ale na podstawie użycia niezgodnie z przeznaczeniem i regułami ostrożności⁷¹.

⁶⁷ Zob. podobnie L. Stępką, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Istota...*, s. 40, którzy zaproponowali następującą definicję „Bronią palną jest niebezpieczne narzędzie, które ze względu na budowę oraz przewidziany przez wytwórcę lub użytkownika sposób wykorzystania gazów powstających ze spalania materiału miotającego ma zdolność wystrzelenia pocisku, z energią zdolną spowodować śmierć lub ciężkie uszkodzenia ciała człowieka, nie mniejszą jednak niż 17 J”.

⁶⁸ Do rozważenia natomiast jest konkretna wartość energii kinetycznej, bowiem jak wskazuje M. Kulicki już wartość powyżej 7,5 J może być wartością niebezpieczną; zob. M. Kulicki, L. Stępką D. Stucki, *Kryminalistyczno-prawna...*, s. 46–52, zob. też M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Darul, L. Stępką, *Przyczynek...* s. 35.

⁶⁹ Zob. szerzej Z. Bogusz, P. Grzegorzczak, W. Thiel, Z. Wardak, *Kryminalistyczna problematyka broni akustyczno-pneumatycznej*, (w:) M. Goc, E. Gruza, T. Tomaszewski, *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Warszawa 2011, s. 33–50; zob. także K. Ćwik, H. Juszczyk, *Kwalifikacja prawna rewolwerów KESERU K–10 i ZORAKI K–10 pod kątem legalności ich posiadania na terenie Polski*, *Problemy Kryminalistyki* 2013, nr 279, s. 54–56, M. Kulicki, L. Stępką, *Prawne...*, s. 443 oraz J. Kasprzak, *Niebezpieczne zabawki czy broń palna?*, (w:) V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępką, *Broń – problematyka prawna i kryminalistyczna*, Toruń 2013, s. 75–76.

⁷⁰ Zob. szerzej m.in. M. Kulicki, *Dowodowa...*, s. 32–37.

⁷¹ K. Gorazdowski, *Broń palna – broń gazowa?*, *Przegląd Sądowy* 2001, nr 5, s. 59.

Definition of firearm in criminal law

Abstract

This paper presents changes introduced by the amended Weapon and Ammunition Act of 10 March 2011. The lack of consistency between the legal definition contained in the Weapon and Ammunition Act and the definition developed by criminal-law academics and commentators is criticized, including specifically the use of imprecise terms in the Act. The current definition of firearms is examined from the perspective of terminological consequence, for its usefulness for the purposes of the Penal Code. De lege ferenda proposals are also formulated.

Katarzyna Wlaźlak

Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie w orzecznictwie sądów administracyjnych¹

Streszczenie

Na gruncie bogatego już dorobku orzecznictwa sądowo-administracyjnego w sprawach związanych z przemocą w rodzinie ujawniły się różne problemy praktyczne. W praktyce uchwałodawczej gmin dotyczyły one przede wszystkim nieprawidłowej oceny natury prawnej uchwały w sprawie trybu powołania i warunków funkcjonowania zespołu interdyscyplinarnego ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz uwzględniania w niej elementów przekraczających upoważnienie ustawowe. Kontrowersje pojawiały się także na tle innych działań gmin. Wbrew intencjom ustawodawcy wszczęcie procedury „Niebieskie Karty” nie zawsze wiązało się z wystąpieniem przesłanki uzasadnionego podejrzenia przemocy w rodzinie, a zebrana w tej procedurze dokumentacja nie raz okazywała się nieprzydatna. W kwestii wpływu stosowania przemocy w rodzinie na instytucję wymeldowania z pobytu stałego nie ma zgodności w samym orzecznictwie. Sprzeczne bowiem rozstrzygnięcia zapadały w odniesieniu do związku z tą instytucją opuszczenia mieszkania na podstawie zobowiązania sądu cywilnego. Sądy zgodnie natomiast przyjmowały, że informacja o działalności gminy w obszarze przeciwdziałania przemocy w rodzinie stanowi informację publiczną co do zasady podlegającą udostępnieniu.

Wprowadzenie

Niepokojące rozmiary i alarmujące skutki przemocy w rodzinie wraz z propagowaną na świecie potrzebą kompleksowej w tym zakresie ochrony prawnej, stopniowo – od lat 90. XX wieku – zmieniały w Polsce sposób postrzegania tego zjawiska. Wzorem innych państw europejskich polski prawodawca nie ogranicza określania przemocy w rodzinie li tylko do działania czy zaniechania skutkującego odpowiedzialnością karną, ale rozciąga to pojęcie na szerszej pojmowany problem społeczny, zarazem wymagający pojemniejszej regulacji w prawie publicznym. Dowodzi tego chociażby odrębna w tym względzie ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy

¹ Wszystkie powołane w artykule orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych dostępne są online: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> (20 lipca 2017 r.).

w rodzinie² (dalej: u.p.p.r.) wprowadzającą szerokie rozumienie przemocy w rodzinie, wskazującą różnorodne zadania organów administracji publicznej, zasady postępowania wobec osób dotkniętych przemocą w rodzinie, jak i wobec osób stosujących tę przemoc. Osobie dotkniętej przemocą udziela się m.in. poradnictwa, interwencji kryzysowej, ochrony przed dalszym krzywdzeniem. Jak wynika z preambuły ustawy, jej przyjęcie miało na celu zwiększenie skuteczności przeciwdziałania przemocy w rodzinie, przy czym ustawodawcy przyświecało przekonanie, że przemoc w rodzinie narusza podstawowe prawa człowieka, w tym prawo do życia i zdrowia oraz poszanowania godności osobistej, a władze publiczne mają obowiązek zapewnić wszystkim obywatelom równe traktowanie i poszanowanie ich praw i wolności.

Takie przekonanie pozostaje bez wątplenia w zgodzie z wyrażaną w prawie międzynarodowym koncepcją przeciwdziałania przemocy w rodzinie rozpatrywanej w kategoriach naruszeń podstawowych praw człowieka. Nie bez przyczyny w europejskiej praktyce orzeczniczej w sprawach przemocy domowej zastosowanie ma Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.³, zaś Europejski Trybunał Praw Człowieka zwraca szczególną uwagę na przepisy Konwencji o odpowiedzialności państw za naruszanie prawa do życia (art. 2) oraz zakazów torturowania (art. 3) i dyskryminacji (art. 14)⁴. W Polsce w sprawach przemocy w rodzinie nie orzekają wprowadzone wyspecjalizowane sądy, odpowiadające np. hiszpańskim sądom ds. przemocy wobec kobiet, które dysponują specjalnymi *Orden de Protección Judicial* (sądowymi środkami ochrony). Różne środki prawne mogą być jednak zastosowane w sądowych postępowaniach karnym, cywilnym, jak i administracyjnym, zgodnie z przyjętym podziałem właściwości między sądy powszechne a sądy administracyjne. Wiele spraw związanych z problemem przemocy w rodzinie należy do kognicji sądów powszechnych, niemniej i dorobek orzecznictwa sądowno-administracyjnego w tym zakresie można już uznać za bogaty.

Ograniczone ramy objętościowe opracowania nie pozwalają na kompleksowe przedstawienie wszystkich problemów przeciwdziałania przemocy w rodzinie, jakie rozstrzygały sądy w różnych postępowaniach. W tym miej-

² Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1390.

³ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

⁴ Zob. wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie Opuz przeciwko Turcji, skarga nr 33401/02, LEX nr 504504340; wyrok ETPC z dnia 28 maja 2013 r. w sprawie Eremia i inni przeciwko Mołdawii, skarga nr 3564/11, LEX nr 1315522; wyrok ETPC z dnia 16 lipca 2013 r. w sprawie Busuioc przeciwko Mołdawii, skarga nr 61382/09, LEX nr 1335350; wyrok ETPC z dnia 16 lipca 2013 r. w sprawie Mudric przeciwko Mołdawii, skarga nr 74839/10, LEX nr 1335363; wyrok ETPC z dnia 28 stycznia 2014 r. w sprawie T. M. i C. M. przeciwko Mołdawii, skarga nr 26608/11, LEX nr 1418695; wyrok ETPC z dnia 2 marca 2017 r. w sprawie Talpis przeciwko Włochom, skarga nr 41237/14, dostęp online: <http://hudoc.echr.coe.int/eng--press#%22itemid%22:%5B%22003-5644174-7145931%22%5D> (20 lipca 2017 r.).

scu problemy można ograniczyć do tych, które były przedmiotem rozstrzygnięć sądów administracyjnych, chociaż i tutaj rozważaniom wypada poddać jedynie wybrane aspekty budzące poważniejsze wątpliwości. Zaliczam do nich zagadnienia natury prawnej oraz zakresu przedmiotowego uchwały w sprawie trybu i sposobu powoływania i odwoływania członków zespołu interdyscyplinarnego ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz szczegółowych warunków jego funkcjonowania, konsekwencje prawne podejmowania interwencji wobec rodziny dotkniętej przemocą w oparciu o procedurę „Niebieskie Karty”, a także wpływ stosowania przemocy w rodzinie na instytucję wymeldowania z pobytu stałego, wreszcie – problem dostępu do informacji o sprawach przeciwdziałania przemocy w rodzinie.

Uchwała w sprawie trybu powołania i warunków funkcjonowania zespołu interdyscyplinarnego ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie

Stosownie do art. 9a ust. 1–2 u.p.p.r. gmina podejmuje działania na rzecz przeciwdziałania przemocy w rodzinie, w szczególności w ramach pracy w zespole interdyscyplinarnym, a sam zespół powołuje wójt, burmistrz albo prezydent miasta. O składzie zespołu interdyscyplinarnego stanowi już jednak sam ustawodawca określając w art. 9a ust. 3–5 u.p.p.r. podmioty, których przedstawiciele obligatoryjnie i fakultatywnie tworzą zespół: jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, policji, oświaty, ochrony zdrowia, organizacji pozarządowych, nadto kuratorzy sądowi, a fakultatywnie – prokuratorzy oraz przedstawiciele innych podmiotów działających na rzecz przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Zespół nie jest zatem organem wewnętrznym rady gminy ani też organem pomocniczym wójta (burmistrza, prezydenta miasta) czy gminnej jednostki organizacyjnej, ale podmiotem odrębnym od organów gminy, realizującym ustawowo określone zadania gminy związane z przeciwdziałaniem przemocy w rodzinie⁵. Jego status można by porównać do pozycji gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, także powoływanej przez organ wykonawczy gminy, a składającej się z osób przeszkolonych w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych⁶.

Art. 9a ust. 15 u.p.p.r. ustanawia dla rady gminy upoważnienie do określania, w drodze uchwały, trybu i sposobu powoływania i odwoływania członków zespołu interdyscyplinarnego oraz szczegółowych warunków jego funkcyjono-

⁵ A. K i e ł t y k a, A. W a ż n y, Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz, Warszawa 2012, s. 88.

⁶ Zob. art. 4¹ ust. 3–5 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 487).

wania. Charakter prawny tej uchwały nie jest określony *expressis verbis* w ustawie i choć nie ma konieczności jednoznacznego wskazywania go w przepisie rangi ustawowej (por. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. II SA/OI 29/08), to jednak w tym przypadku brak ten stanowi źródło różnych nieporozumień w praktyce uchwałodawczej gmin, nieraz prowadząc do zaniechania obowiązku publikacji uchwały w wojewódzkim dzienniku urzędowym, wynikającego z art. 13 pkt 2 w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych⁷, w zw. z art. 88 ust. 1 Konstytucji RP⁸. Zdarzało się, że organ nadzoru wprost określał uchwałę w sprawie powołania i warunków funkcjonowania zespołu interdyscyplinarnego „typowym aktem kierownictwa wewnętrznego”⁹.

Sądy administracyjne nie miały jednak w tej kwestii żadnych większych wątpliwości stwierdzając zgodnie, że uchwała rady gminy przyjmowana w trybie art. 9a ust. 15 u.p.p.r. spełnia kryteria aktu prawa miejscowego w rozumieniu art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹⁰ w zw. z 87 ust. 2 Konstytucji RP, zawierającego normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym (wyrok NSA z dnia 11 stycznia 2012 r., sygn. I OSK 1922/11; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. II SA/OI 348/11; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. II SA/OI 365/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 20 września 2011 r., sygn. IV SA/Wr 324/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 12 października 2011 r., sygn. IV SA/Wr 380/11; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 25 marca 2015 r., sygn. IV SA/GI 762/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. IV SA/GI 742/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 25 listopada 2015 r., sygn. IV SA/GI 82/15; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 października 2016 r., sygn. IV SA/Po 411/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 października 2016 r., sygn. IV SA/Po 490/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 20 października 2016 r., sygn. IV SA/Po 456/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 października 2016 r., sygn. IV SA/Po, 454/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 października 2016 r., sygn. IV SA/Po, 455/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 października 2016 r., sygn. IV SA/Po, 464/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. IV SA/Po 571/16). Uchwale podejmowanej w trybie art. 9a ust. 15 u.p.p.r. nie odmawiano cech powszechnie obowiązującego prawa również w doktrynie podkreślając, że akt ten odnosi się do sytuacji prawnej mieszkańców gminy, ofiar przemocy w rodzinie i jej sprawców¹¹.

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 296 ze zm.

⁸ Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁹ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Mazowieckiego z dnia 17 lutego 2011 r., LEX–O.AP.4131.5.2011; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Mazowieckiego z dnia 23 lutego 2011 r., LEX–O.LP.4231.4.2011, dostęp online: www.mazowieckie.pl (20 lipca 2017 r.).

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.

¹¹ K. W l a ż l a k, Problemy funkcjonowania zespołów interdyscyplinarnych ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie, Samorząd Terytorialny 2012, nr 4, s. 65–67; R. M i c h a l s k a -

W istocie tym adresatom przepisy uchwały wyznaczają pewien sposób zachowania się. Większość norm dotyczy wprowadzie organizacji i pracy zespołu, a więc norm o charakterze wewnętrznym i nie mających bezpośredniego zastosowania do podmiotów usytuowanych na zewnątrz administracji, nie sposób jednak pominąć i tych o naturze generalno-abstrakcyjnej. W orzecznictwie mocno ugruntował się pogląd – wyrażony pierwotnie w wyroku NSA z dnia 18 lipca 2006 r., sygn. I OSK 669/06 – że do uznania uchwały za akt prawa miejscowego wystarczy, gdy zawiera ona przynajmniej jedną normę postępowania o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Szczegółowe uregulowania podejmowane w trybie art. 9 ust. 15 u.p.p.r. dotyczące zagadnień związanych z działaniem zespołu interdyscyplinarnego odnoszą się – i to w sposób powtarzalny, umożliwiając wielokrotne stosowanie przepisów uchwały – nie tylko do praw i obowiązków jego członków, ale i do podmiotów delegujących swoich przedstawicieli do pracy w tej instytucji, a wreszcie do mieszkańców gminy określanych w sposób ogólny jako osoby dotknięte przemocą w rodzinie i osoby tę przemoc stosujące. Wszyscy ci adresaci będą mogli powołać się na brzmienie określonych postanowień uchwały.

Jak podniósł NSA w wyroku z dnia 11 stycznia 2012 r., sygn. I OSK 1922/11, nałożenie w drodze ustawowej tak szerokich kompetencji, których realizacja wiąże się z koniecznością wkraczania w sferę ściśle osobistą osób dotkniętych przemocą lub ją stosujących wymagało normatywnego uregulowania sposobu powoływania, odwoływania i warunków funkcjonowania zespołu. NSA zajął stanowisko, że jeśli na szczeblu krajowym ustawodawca zdecydował o formie rozporządzenia, które określa tryb powoływania członków Zespołu Monitorującego – chociaż mającego tylko charakter opiniodawczo-doradczy – jego organizację, tryb działania i zasady uczestnictwa w pracach tego Zespołu (art. 10f u.p.p.r.), to stosując wykładnię systemową w ramach tego samego aktu prawnego nie sposób byłoby odmówić cech prawa miejscowego uchwale wykonawczej rady gminy dotyczącej trybu, sposobu powoływania i odwoływania członków zespołu interdyscyplinarnego oraz warunków jego funkcjonowania, zwłaszcza że zespół ten podejmuje także działania o charakterze operatywnym.

W tym przypadku uchwała rady gminy jest więc skierowana do podmiotów zewnętrznych, zarówno w odniesieniu do kwestii powołania i odwołania członków, jak i warunków działania zespołu. W licznych wyrokach wojewódzkie sądy administracyjne słusznie jednak podkreślały, że upoważnienie z art. 9a ust. 15 u.p.p.r. do określania przez radę gminy procedury powoływania i odwoływania członków zespołu nie obejmuje ani kształtowania jego składu osobowego i liczbowego, bo to należy do kompetencji organu wyko-

B a d z i a k, K. W i a ̑ l a k, Akty prawne w dziedzinie pomocy społecznej stanowione przez organy samorządu terytorialnego, (w:) M. S t a h l, Z. D u n i e w s k a (red.), Legislacja administracyjna. Teoria, orzecznictwo, praktyka, Warszawa 2012, s. 468.

nawczego, ani ustalania wymogów (np. braku karalności za przestępstwo umyślne lub umyślne przestępstwo skarbowe, zatrudnienia, odpowiedniego stanu zdrowia czy pozytywnej oceny pracy) wobec członków zespołu czy przesłanek uzasadniających ich odwołanie. Norma kompetencyjna z art. 9a ust. 15 u.p.p.r. nie daje też radzie gminy upoważnienia do powiększenia katalogu zadań i sposobów działania zespołu interdyscyplinarnego. Poza to upoważnienie wykraczałoby również przekazanie samemu zespołowi opracowania regulaminu jego prac i zadań – w części uchwały dotyczącej szczegółowych warunków funkcjonowania zespołu (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 18 maja 2011 r., sygn. IV SA/Wr 120/11; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. II SA/OI 365/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. III SA/Wr 229/11; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. III SA/Gd 123/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 20 września 2011 r., sygn. IV SA/Wr 324/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 12 października 2011 r., sygn. IV SA/Wr 380/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 7 marca 2012 r., sygn. IV SA/Wr 710/11; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 marca 2012 r., sygn. IV SA/Wr 743/11; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 12 marca 2015 r., sygn. IV SA/GI 719/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 25 marca 2015 r., sygn. IV SA/GI 762/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. IV SA/GI 742/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 25 listopada 2015 r., sygn. IV SA/GI 82/15; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 października 2016 r., sygn. IV SA/Po 411/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 20 października 2016 r., sygn. IV SA/Po 456/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 26 października 2016 r., sygn. IV SA/Po 464/16; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. IV SA/Po 571/16).

Zespół interdyscyplinarny tworzą przedstawiciele określonych służb, instytucji i organizacji działających w obszarze szeroko rozumianej pomocy dziecku i rodzinie. W skład zespołu wchodzi więc „przedstawiciele”, niezupełnie zaś sami pracownicy instytucji wymienionych w art. 9a ust. 3 u.p.p.r. W tej materii interesujące stanowisko zaprezentował WSA we Wrocławiu w wyrokach z dnia 18 maja 2011 r., sygn. IV SA/Wr 120/11 i z dnia 12 października 2011 r., sygn. IV SA/Wr 380/11, podkreślając, że na reprezentację danego podmiotu składa się zarówno fakt wyznaczenia określonej osoby do prac w zespole, jak również zgoda osoby wyznaczonej. Tego stanowiska nie podzielił R. Szałowski stwierdzając, że rozpatrywanie kategorii zgody kandydata na przedstawiciela danego podmiotu jest bezprzedmiotowe. Jeśli bowiem członkostwo w zespole stanowi formę realizacji obowiązków służbowych bądź zawodowych, to kwestia niezbędności uzyskania zgody pracownika (funkcyj-

nariusza) na wykonanie zleconych mu zadań może być rozpatrywana wyłącznie w zakresie regulacji treści stosunku pracy (służby)¹².

Jakkolwiek trudno byłoby odmówić racji autorowi w odniesieniu chociażby do takich członków zespołu jak pracownik socjalny, lekarz, funkcjonariusz policji, kurator sądowy czy prokurator, to jednak stanowisko WSA we Wrocławiu dotyczące zgody osoby wyznaczonej wydaje się jedynie pewnym uproszczeniem, którego prawidłowość można obronić. Ustawodawca, stanowiąc w art. 9a ust. 13 i.p.p.r., że członkowie zespołu wykonują zadania w ramach obowiązków służbowych czy zawodowych, nie przewidział sytuacji, w których w składzie zespołu znajdują się np. przedstawiciele organizacji pozarządowych, niepozostający z reprezentowanym podmiotem w stosunku pracy lub wykonujący dla niego zadania na zasadzie wolontariatu¹³. W tym aspekcie pojawia się problem braku środków finansowych na wynagrodzenia dla członków zespołu. O ile bowiem członkom gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych przysługują – na mocy art. 4¹ ust. 5 „ustawy alkoholowej” – diety za pracę w komisjach, to dla członków zespołów interdyscyplinarnych ustawodawca nie przewidział żadnego wynagrodzenia. Z tego punktu widzenia ich zgoda na udział w pracach zespołu może być istotna.

Procedura „Niebieskie Karty”

Zgodnie z art. 9d ust. 1 u.p.p.r. podejmowanie interwencji w środowisku wobec rodziny dotkniętej przemocą odbywa się w oparciu o procedurę „Niebieskie Karty” i nie wymaga zgody osoby dotkniętej przemocą w rodzinie. Wszczęcie procedury następuje w przypadku powzięcia, w toku prowadzonych czynności służbowych lub zawodowych, podejrzenia stosowania przemocy wobec członków rodziny lub w wyniku zgłoszenia dokonanego przez członka rodziny lub przez osobę będącą świadkiem przemocy w rodzinie (art. 9d ust. 4 *in fine* u.p.p.r.). *De lege lata* wszczęcie procedury może nastąpić nawet na podstawie jednego donosu¹⁴. Budzi to kontrowersje o tyle, że w świetle szeroko definiowanego w art. 2 pkt 2 u.p.p.r. pojęcia przemocy w rodzinie (z użyciem otwartych, uwarunkowanych kulturowo określeń, jak

¹² R. S z a ł o w s k i, Zadania i kompetencje zespołów interdyscyplinarnych oraz grup roboczych w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie, *Gubernaculum et Administratio* 2013, nr 2, s. 50–51.

¹³ S. S p u r e k, Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Praktyczny komentarz, Warszawa 2011, s. 122–123.

¹⁴ A. S z a ł k i e w i c z, Ocena procedury „Niebieskie Karty” – problematyka administracyjno-prawna, (w:) E. O l e j n i c z a k - S z a ł o w s k a, B. G l i n k o w s k a, M. K a p u s t a (red.), Prawne i organizacyjne aspekty funkcjonowania administracji publicznej, *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica* 2012, nr 270, s. 188.

„naruszające godność i wolność” czy „wywołujące krzywdy moralne”), trudno nieraz o wytyczenie wyraźnej granicy pomiędzy przemocą a np. zaniedbaniem. Wpływać to może na pewne pomyłki, a nawet prowadzić do różnych nadużyć.

Z jednej strony stosowanie procedury „Niebieskie Karty” jest związane z działalnością zespołu interdyscyplinarnego ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie, któremu ustawodawca nie przyznał szczególnych kompetencji do wydawania rozstrzygnięć o charakterze władczym i wiążącym w indywidualnych sprawach. Ani zespół, ani jego przewodniczący nie są uprawnieni do wydawania aktów, które w sposób władczy kształtują prawa i obowiązki stron w konkretnych sytuacjach. Sama też procedura „Niebieskie Karty” została tak ukształtowana przez ustawodawcę, by nie wymagała stosowania środków, o których mowa w art. 3 § 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁵ (postanowienie NSA z dnia 25 listopada 2015 r., sygn. I OSK 2896/15; postanowienie WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. II SA/Go 883/13; postanowienie WSA w Bydgoszczy z dnia 8 maja 2015 r., sygn. II SA/Bd 376/15). Istota „Niebieskiej Karty” jest właściwie sprowadzana do dokumentu służbowego zawierającego informację o podejrzeniu przemocy w rodzinie¹⁶. Rzecz jasna, że wypełnienie „Niebieskiej Karty” nie rodzi skutku prawnego w postaci złożenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa i nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania karnego¹⁷. Z drugiej jednak strony dokumentacja zebrana w ramach procedury „Niebieskie Karty” może być wykorzystana jako dowód w postępowaniu¹⁸.

Za niepokojące trzeba uznać wyniki kontroli NIK wykazujące u części osób – ale niekoniecznie ofiar przemocy w rodzinie – takie motywacje do ubiegania się o założenie „Niebieskiej Karty”, jak uzyskanie dokumentacji dla celów rozwodowych, opieki nad dzieckiem, prawa do lokalu¹⁹. Znaczenie procedury „Niebieskie Karty” dla tych celów potwierdza również praktyka orzecznicza sądów administracyjnych. Akcentowana jest przy tym, uregulo-

¹⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1369.

¹⁶ K. M i l k o w s k i, Ochrona kobiet przed przemocą w praktyce orzeczniczej sądownictwa w Polsce, *Kortowski Przegląd Prawniczy* 2016, nr 2, s. 97; E. R o s i a k, N. R u d z i ń s k a, Procedura postępowania w sytuacji powiadomienia o krzywdzeniu dziecka, *Kortowski Przegląd Prawniczy* 2016, nr 2, s. 106.

¹⁷ D. B r u l i ń s k a, E. T r u s k o l s k a, Procedura niebieskiej karty jako narzędzie ochrony praw rodziny, (w:) J. K r z y n ó w e k, J. K r z y w k o w s k a (red.), *Ochrona małżeństwa i rodziny w Polsce. Zagadnienia prawne*, Olsztyn 2015, s. 346 i n.

¹⁸ Zob. J. P o l a n o w s k i, *Niebieskie Karty jako dowód w sprawie i nie tylko*, *Niebieska Linia* 2001, nr 2, s. 18–19.

¹⁹ Informacja o wynikach kontroli przeciwdziałania przemocy w rodzinie przez administrację publiczną, nr ewid. 143/2013/P/12/107/KPS, Warszawa 2013, s. 9; dostęp online: www.nik.gov.pl (20 lipca 2017 r.).

wana w art. 9d ust. 3 u.p.p.r., zasada współpracy pomiędzy przedstawicielami jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnymi komisjami rozwiązywania problemów alkoholowych, policji, oświaty i ochrony zdrowia. WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 23 marca 2017 r., sygn. IV SA/Wr 543/16, podniósł, że ustalając kwestię sprawowania opieki nad dzieckiem, poza wskazanym w art. 22 ustawy z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci²⁰ rodzinnym wywiadem środowiskowym, organy orzekające powinny posilkować się informacjami uzyskanymi w trybie procedury „Niebieskie Karty”. Bywa, że prowadzenie tej procedury przez organy policji skutkuje wydaniem przez prokuratora nakazu opuszczenia mieszkania, co zostaje następnie „utrwalone” wyrokiem sądu (zob. WSA w Krakowie w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. III SA/Kr 352/13).

Procedura „Niebieskie Karty”, jak wynika z art. 9d ust. 2 u.p.p.r., obejmuje ogół czynności podejmowanych i realizowanych przez przedstawicieli różnych podmiotów w związku z uzasadnionym podejrzeniem zaistnienia przemocy w rodzinie. Praktyka jednak pokazała, że nie zawsze była spełniona przesłanka „uzasadnionego podejrzenia” wystąpienia przemocy domowej, a dokumentacja zebrana w ramach procedury „Niebieskie Karty” nieraz okazywała się co najmniej nieprzydatna. W orzecznictwie ujawniały się w tym zakresie różne patologie.

Zwrócił na nie uwagę m.in. WSA w Krakowie w wyroku z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. III SA/Kr 515/11, podkreślając, że organy oparły swoje postanowienia na opiniach biegłych stwierdzających uzależnienie od alkoholu, których nie podzielił jednak sąd powszechny właściwy w sprawie skierowania na leczenie odwykowe przeciwalkoholowe. Zatem opinie te, wydane na użytek sprawy dotyczącej uznania uzależnienia od alkoholu i skierowania na leczenie odwykowe (stacjonarne lub niestacjonarne), uznane za nieprzydatne przez sąd właściwy w tej sprawie, nie mogą być wykorzystywane w innych sprawach, czyli innymi słowy – nie mogą „żyć własnym życiem”. W ocenie Sądu nie można też powoływać się na założoną skarżącemu w przeszłości „Niebieską Kartę” wskazującą na wystąpienie przemocy w rodzinie, skoro brak jest jednocześnie jakichkolwiek obiektywnych okoliczności na to wskazujących, a nawet same organy stwierdzają, że procedura „Niebieskiej Karty” została zakończona wobec nie stwierdzenia przemocy. Trudno zatem byłoby odmówić racji Sądowi, że w tym przypadku procedura ta została wszczęta bez podstawy faktycznej, a co najmniej przedwcześnie. Zdarzało się ponadto, że procedura „Niebieskie Karty” była wszczynana w wyniku zaledwie jednorazowej interwencji policji niepotwierdzonej innymi okolicznościami faktycznymi, które czyniłyby uzasadnione podejrzenie zaist-

²⁰ Dz. U. poz. 195 ze zm.

nienia przemocy w rodzinie (wyrok WSA w Łodzi z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. III SA/Łd 892/15).

Przemoc w rodzinie a wymeldowanie z pobytu stałego

Stosownie do art. 11a ust. 1 u.p.p.r. jeżeli członek rodziny wspólnie zajmujący mieszkanie, swoim zachowaniem polegającym na stosowaniu przemocy w rodzinie czyni szczególnie uciążliwym wspólne zamieszkiwanie, osoba dotknięta przemocą może żądać, aby sąd zobowiązał go do opuszczenia mieszkania. Postanowienie w tej sprawie wydaje sąd w postępowaniu cywilnym, a do wykonania obowiązku przez osobę stosującą przemoc mają zastosowanie przepisy o egzekucji obowiązku opróżnienia lokalu służącego zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych dłużnika (art. 11 ust. 2–3 u.p.p.r.). Środek określony w tym przepisie jest odrębny i niezależny od zakazu kontaktów i zbliżania się oraz nakazu opuszczenia mieszkania przewidzianych w procedurze karnej.

W orzecznictwie sądów administracyjnych natomiast pojawiło się pytanie o możliwość skutecznego powołania się na nałożenie zobowiązania w trybie art. 11a u.p.p.r. w dokonywaniu czynności wymeldowania z pobytu stałego, instytucji przewidzianej w ustawie z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności²¹. Poglądy w tej kwestii nie są jednorodne.

Zdaniem WSA w Warszawie, wyrażonym w wyroku z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. IV SA/Wa 2327/14, instytucji wymeldowania z pobytu stałego nie można utożsamiać z instrumentem prawnym o charakterze represyjnym, którego celem jest ukaranie (poprzez eksmisję) osoby zameldowanej w danym lokalu za popełnianie czynów godzących w porządek prawny, czy też zasady współżycia społecznego, niezależnie od tego, czy osoba taka opuściła przedmiotowy lokal. Sąd podkreślił, że wyłączną przesłanką do zastosowania instytucji wymeldowania z pobytu stałego jest opuszczenie lokalu przez zameldowanego, odznaczające się cechami dobrowolności i trwałości, a nie zapewnienie skutecznej ochrony przed członkiem rodziny stosującym przemoc, przewidzianej innego rodzaju procedurami prawnymi, w tym w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie.

Z tym stanowiskiem nie zgodził się NSA w wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. II OSK 2400/15, stwierdzając że w przypadku rzeczywistego opuszczenia lokalu, sama chęć powrotu do niego i wola dalszego w nim zamieszkiwania nie stanowi wystarczającej podstawy do utrzymywania fikcji meldunkowej, jeśli okoliczności faktyczne nie świadczą o rzeczywistej więzi uczestnika postępowania z opuszczonym lokalem. Jeżeli powodem opuszczenia lokalu było zachowanie negatywnie wpływające na członków rodziny,

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 657.

to – w ocenie Sądu – opuszczenie w tych okolicznościach spornego lokalu przez uczestnika postępowania, który jest osobą dorosłą i który powinien mieć zatem świadomość konsekwencji swoich zachowań, nie może skutkować uznaniem, że opuszczenie to było wymuszone, czy pozbawione cech dobrowolności. Przyjmując określoną postawę życiową, zależną od jego woli, uczestnik postępowania godził się z tego rodzaju konsekwencjami.

Poza sporem pozostaje, że przesłanka opuszczenia miejsca stałego pobytu jest spełniona, jeżeli to opuszczenie ma charakter trwały i dobrowolny. Wprawdzie te cechy nie zostały *explicite* wskazane w ustawie o ewidencji ludności, niemniej na ich wyinterpretowanie przez NSA w wyroku z dnia 23 kwietnia 2001 r., sygn. V SA 3169/00, zgodnie powołuje się orzecznictwo. Powstaje pytanie, czy te cechy zachodzą w odniesieniu do opuszczenia mieszkania w trybie art. 11a u.p.p.r. Niewątpliwie określony w tym przepisie nakaz, wydawany w postępowaniu cywilnym, służy stosunkowo szybkiemu odizolowaniu sprawcy przemocy domowej od ofiar(y) tej przemocy. Przesłanka stosowania przemocy w rodzinie jest przy tym badana za pomocą definicji z art. 2 pkt 2 u.p.p.r., a nie w odniesieniu do znamion czynów zabronionych np. z art. 207 k.k., z którego przemoc domowa jest najczęściej kwalifikowana jako przestępstwo. Trafne jest więc spostrzeżenie S. Spurek, że żądanie zobowiązania przez sąd danej osoby do opuszczenia mieszkania przysługuje osobie dotkniętej przemocą w rodzinie niezależnie od tego, czy osobie stosującej przemoc można zarzucić popełnienie przestępstwa i czy w tej sprawie toczy się lub zakończyło się postępowanie karne²².

Za równoznaczną z dobrowolnym opuszczeniem lokalu Naczelny Sąd Administracyjny uznaje sytuację, w której osoba zameldowana w tym lokalu została z niego usunięta przez dysponenta lokalu, ale nie skorzystała we właściwym czasie z przysługujących jej środków prawnych umożliwiających powrót do tego lokalu, których podjęcie doprowadziłoby do uznania działań dysponenta lokalu za bezprawne (wyrok NSA z dnia 17 września 2010 r., sygn. II OSK 1441/09; wyrok NSA z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II OSK 2213/10; wyrok NSA z dnia 30 listopada 2012 r., sygn. II OSK 1369/11). Na równi z dobrowolnym wyprowadzeniem się traktuje się także wydanie przez prokuratora postanowienia nakazującego opuszczenie miejsca stałego zamieszkania. W takim wypadku – jak wskazał WSA w Krakowie w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. III SA/Kr 352/13 – faktyczna „dobrowolność” zostaje zastąpiona władczymi działaniami organów państwa, które to działania najczęściej nie są zgodne z wolą osoby mającej opuścić miejsce stałego zamieszkania. Jeśli jednak dana osoba musi opuścić mieszkanie z powodu swojego zawinionego zachowania, wówczas przesłanka dobrowolności jako taka nie jest wymagana.

²² S. Spurek, Ustawa o przeciwdziałaniu..., s. 157.

Czy tym samym – w odniesieniu do opuszczenia mieszkania w trybie art. 11a u.p.p.r. – będzie zachowana również cecha trwałości opuszczenia miejsca stałego pobytu? Wydaje się, że nie zawsze. Całokształt zachowań określonej osoby musiałby wskazywać na to, że lokal, w którym osoba ta była na stałe zameldowana i który był miejscem koncentracji jej interesów życiowych utracił taki charakter. Jak przyjmowano w orzecznictwie, spoczywający na organach administracji publicznej obowiązek przeciwdziałania przemocy w rodzinie w żaden sposób nie może wpływać na decyzję o zameldowaniu czy wymeldowaniu (wyrok NSA z dnia 25 września 2008 r., sygn. II OSK 1092/07; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 lutego 2007 r., sygn. IV SA/Wa 241/06). Samo prawo przebywania w lokalu stanowi odrębną kwestię, niemającą zasadniczego znaczenia dla oceny wymeldowania (wyrok WSA w Olsztynie z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. II SA/OI 1029/16). Trzeba zwrócić uwagę, że nakaz opuszczenia lokalu wydawany w trybie art. 11a u.p.p.r. nie powoduje także utraty tytułu prawnego, a jedynie czasowe ograniczenie korzystania z lokalu osoby stosującej przemoc w rodzinie w rozumieniu art. 2 pkt 2 u.p.p.r. Ten tryb opuszczenia lokalu, chociaż będący konsekwencją zachowania negatywnie wpływającego na wspólnie zamieszkujących członków rodziny, ma jednak charakter czasowy i w razie zmiany okoliczności (zachowania) może być zmieniony lub uchylony. Art. 11a u.p.p.r. nie wskazuje jednak na maksymalny czas trwania orzeczonego zobowiązania²³. Można się zastanawiać, czy taki okres *de lege ferenda* nie powinien być wprowadzony, zwłaszcza że w naszym systemie prawnym brakuje instytucji natychmiastowego „nakazu izolacji” wydawanego sprawcy przemocy domowej przez wezwanych na interwencję policjantów i stanowiącego tymczasowy środek ochrony ofiar przed sprawcą, np. w Austrii i Czechach trwającego 10 dni, w Danii – 4 tygodnie²⁴.

Dostęp do informacji o sprawach przeciwdziałania przemocy w rodzinie

Dla prawidłowego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy ze skargi na bezczynność organu w udostępnieniu informacji publicznej niezbędne jest uprzednie ustalenie, czy żądana informacja jest w ogóle informacją publiczną, a adresat wniosku należy do kręgu podmiotów zobowiązanych do udzielenia takiej informacji. Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej²⁵ (dalej: u.d.i.p.) stanowi, że każda informacja

²³ Tamże, s. 159.

²⁴ P. K r u s z y ń s k i, K. W l a ź l a k, Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie na tle porównawczym, Prokuratura i Prawo 2017, nr 5, s. 44.

²⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1764 ze zm.

o sprawach publicznych jest informacją publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie w niej określonych. Informacją publiczną może być każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa²⁶.

W dotychczasowej linii orzeczniczej ukształtował się pogląd, zgodnie z którym informacja o działalności gminy w obszarze przeciwdziałania przemocy w rodzinie stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 61 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 i art. 6 u.d.i.p., należąc tym samym do ustawowej kategorii „każdej informacji o sprawach publicznych”, podlegającej udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej (wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26 sierpnia 2014 r., sygn. IV SAB/GI 88/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 9 września 2014 r., sygn. IV SAB/GI 93/14; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. IV SAB/GI 67/14; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 12 października 2016 r., sygn. IV SAB/Po 72/16).

Z tym trzeba się zgodzić, jeżeli się zważy, że do zadań własnych gminy należy w szczególności tworzenie gminnego systemu przeciwdziałania przemocy w rodzinie, w tym opracowanie i realizacja gminnego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz ochrony ofiar przemocy w rodzinie, prowadzenie poradnictwa i interwencji, zapewnienie miejsc w ośrodkach wsparcia czy tworzenie zespołów interdyscyplinarnych (art. 6 ust. 2 u.p.p.r.). Informacją o sprawach publicznych jest również informacja o działalności gminnych zespołów interdyscyplinarnych. W myśl bowiem art. 9a ust. 1 i 2 u.p.p.r. gmina podejmuje działania na rzecz przeciwdziałania przemocy w rodzinie, w szczególności w ramach pracy w zespole interdyscyplinarnym, a zespół ten powołuje wójt, burmistrz albo prezydent miasta. Skoro organy gminy są organami władzy publicznej w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p., to wójt (burmistrza, prezydenta miasta) należy zaliczyć do podmiotów obowiązanych do udostępniania posiadanych danych mających charakter informacji publicznej.

Zasadnie przyjął WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 12 października 2016 r., sygn. IV SAB/Po 72/16, że wójt gminy – nie udzielając na wniosek informacji dotyczącej: sprawozdania z pracy zespołu interdyscyplinarnego ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie, listy posiedzeń zespołu oraz listy obecności na tych posiedzeniach – pozostaje w bezczynności w zakresie nieudostępnienia informacji publicznej.

²⁶ M. J a ś k o w s k a, Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Toruń 2002, s. 28–29.

Tę linię orzeczniczą prezentuje również WSA w Gliwicach w wyrokach z dnia 26 sierpnia 2014 r., sygn. IV SAB/GI 88/14; z dnia 9 września 2014 r., sygn. IV SAB/GI 93/14 i z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. IV SAB/GI 67/14 stwierdzając, że w pojęciu informacji publicznej, zdefiniowanym w art. 61 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 i art. 6 u.d.i.p., mieszczą się informacje o:

- wysokości środków finansowych przeznaczonych na realizację gminnego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz ochrony ofiar przemocy w rodzinie, z podaniem kwoty zaplanowanej, jak i wydatkowanej;
- źródłach i wysokości środków finansowych na działania pomocowe dla ofiar przemocy w rodzinie, z uwzględnieniem podziału na środki własne gminy, środki zewnętrzne (pozabudżetowe np. z UE, dotacje z innych źródeł) i na inne źródła;
- działaniach prowadzonych przez gminę/miasto w celu przeciwdziałania przemocy w rodzinie zgodnie z art. 4 u.p.p.r.;
- istnieniu na terenie gminy/miasta specjalnych programów pomocowych/projektów/działań skierowanych bezpośrednio do kobiet – ofiar przemocy w rodzinie, z podaniem ich nazw i podmiotów realizujących;
- programie przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz ochrony ofiar przemocy w rodzinie, programie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych oraz aktualnej strategii rozwiązywania problemów społecznych – poprzez przesłanie tych dokumentów oraz podanie stron internetowych, na których są dostępne;
- poddawaniu programów i strategii konsultacjom społecznym w gminie;
- sposobie informowania o tych konsultacjach;
- konsultowaniu programów z organizacjami pozarządowymi i instytucjami publicznymi, z podaniem tych, które zgłosiły uwagi do danego programu;
- prowadzeniu przez gminę/miasto poradnictwa w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie, z podaniem rodzaju, miejsca, czasu i specjalistów udzielających porad;
- instytucjach i organizacjach w gminie/mieście, które udzielają pomocy ofiarom przemocy (instytucjach publicznych, ośrodkach zdrowia, organizacjach pozarządowych itp.);
- prowadzeniu przez gminę/miasto darmowego poradnictwa prawnego dla ofiar przemocy domowej, z podaniem wymiaru godzin, kwalifikacji osób udzielających porad i liczby osób rocznie korzystających z poradnictwa;
- liczbie posiedzeń zespołu interdyscyplinarnego oraz grup roboczych;
- listach obecności z posiedzeń zespołu interdyscyplinarnego i grup roboczych;
- składzie zespołu interdyscyplinarnego i grup roboczych;

- zasadach powoływania grup roboczych, częstotliwości i sposobie dokonywania zmian osób wchodzących w skład zespołu interdyscyplinarnego oraz grup roboczych;
- uchwałach, zarządzeniach, regulaminach, powołujących składy zespołu interdyscyplinarnego i grup roboczych oraz regulujących ich działanie;
- ośrodka wsparcia, punkcie konsultacyjnym itp., w których ofiara przemocy w rodzinie otrzyma darmową pomoc, z podaniem rodzaju oferowanej pomocy, danych podmiotów udzielających pomocy oraz liczby osób, które z tej pomocy skorzystały;
- ośrodka tymczasowym dla kobiet – ofiar przemocy w rodzinie;
- procedurze postępowania z ofiarą przemocy potrzebującą odseparowania od sprawcy przemocy;
- dysponowaniu przez gminę/miasto lokalami zastępczymi dla sprawców przemocy;
- przypadkach izolowania lub przymusowej eksmisji sprawcy przemocy i umieszczenia go w lokalu zastępczym;
- ilości uruchomionych w gminie/mieście procedur „Niebieskie Karty”;
- jednostkach/instytucjach, które uruchomiły procedurę „Niebieskiej Karty” (służba zdrowia, placówki oświatowe/szkoły, inne);
- sposobach informowania mieszkańców o prowadzonych działaniach pomocowych dla ofiar przemocy w rodzinie;
- danych osoby odpowiedzialnej za realizację gminnego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz ochrony ofiar przemocy w rodzinie.

W niektórych orzeczeniach sądy zwracały jednak uwagę, że nie każda informacja o sprawach przeciwdziałania przemocy w rodzinie będzie informacją publiczną podlegającą udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Udostępnieniu podlega informacja o sprawach wymienionych – choć nie w katalogu zamkniętym – w art. 6 u.d.i.p. W ujęciu negatywnym „sprawą publiczną” nie są konkretne indywidualne sprawy danej osoby lub podmiotu niebędącego władzą publiczną lub innym podmiotem wykonującym zadania publiczne. Informacje o takich sprawach nie odpowiadają zatem pojęciu informacji publicznej w rozumieniu art. 61 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 i art. 6 u.d.i.p.

WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 października 2016 r., sygn. IV SAB/Wr 166/14, zajął słuszne stanowisko, że informacje zebrane w trakcie procedury „Niebieskie Karty” nie należą do rzędu informacji publicznych. Dokumenty wytworzone w ramach tej procedury nie są dokumentami zdefiniowanymi w art. 6 ust. 2 u.d.i.p. jako „dane publiczne” (art. 6 ust. 1 pkt 4 u.d.i.p.). Nie ma tu sprawy w takim znaczeniu, jakie nadaje się sprawie karnej czy administracyjnej, w których zapadają określone rozstrzygnięcia kończące postępowanie. W ocenie Sądu ustawodawca nieprzypadkowo użył sformułowania „procedura”, której wszczęcie następuje poprzez wypełnienie

formularza „Niebieska Karta – A”²⁷. Wreszcie nakaz zagwarantowania rodzinie bezpieczeństwa (podjęcie stosownych działań interwencyjnych), separowanie osób w czasie procedury, zakaz przekazywania formularza „Niebieska Karta – B” osobie, wobec której istnieje podejrzenie, że stosuje przemoc w rodzinie²⁸, w końcu obowiązek zachowania poufności informacji i danych uzyskanych w czasie procedury, nałożony przez ustawodawcę na członków zespołu interdyscyplinarnego (art. 9c ust. 2 i 3 u.p.p.r.), świadczą o niepublicznym charakterze tego, co zostało udokumentowane przez zespół. Są to więc kwestie ściśle osobiste danej rodziny, do których nie sposób odnosić reżimu ustawy o dostępie do informacji publicznej, w szczególności dopatrywać się w dokumentach wytworzonych przez zespół interdyscyplinarny cech informacji publicznej.

Ponadto, prawo do informacji publicznej – w tym i o sprawach przeciwdziałania przemocy w rodzinie – może podlegać ograniczeniu. Zwrócił na to uwagę WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 8 marca 2017 r., sygn. IV SAB/GI 171/16. Sąd zgodził się z tym, że żądane informacje – czy za kierowanie i udział w posiedzeniach grup roboczych związanych z procedurą „Niebieskiej Karty” przysługuje określonym osobom ekwiwalent pieniężny (a jeśli tak, to jaki) – stanowią informację publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej. Nie traci bowiem takiego waloru informacja wymagająca ochrony wynikającej z prawa do prywatności. Taka okoliczność odpowiada natomiast przesłance negatywnej ograniczającej prawo dostępu do informacji publicznej (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.), w odpowiedniej części umożliwiającej właściwemu organowi odmowę udostępnienia informacji w formie decyzji administracyjnej. Już z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP wynika przecież ograniczenie prawa do informacji ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Konkluzje

Bogaty już dorobek orzecznicy sądów administracyjnych w sprawach związanych z przemocą domową pozwala wyodrębnić istotne problemy praktyczne w tym obszarze. Poglądy wyrażone w orzecznictwie niewątpliwie będą miały odniesienie do stosowania budzących wątpliwości przepisów ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, w działalności uchwałodawczej gminy, a także w podejmowaniu przez nią interwencji wobec rodziny dotkniętej przemocą. Stanowiska sądów mogą mieć ponadto wpływ na pra-

²⁷ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta” (Dz. U. Nr 209, poz. 1245).

²⁸ Jak wyżej.

widłowość korzystania z instytucji wymeldowania z pobytu stałego i na słuszność udostępniania informacji o sprawach przeciwdziałania przemocy w rodzinie. W dalszej perspektywie być może przyczynią się do wskazywania nowych kierunków zmian prawa.

Jednakowa jest ocena charakteru prawnego uchwały rady gminy w sprawie trybu i sposobu powoływania i odwoływania członków zespołu interdyscyplinarnego ds. przeciwdziałania przemocy w rodzinie oraz szczegółowych warunków jego funkcjonowania. Naczelny Sąd Administracyjny i wojewódzkie sądy administracyjne zgodnie dotąd przyjmowały, że uchwała rady gminy podejmowana w trybie art. 9a ust. 15 u.p.p.r. spełnia kryteria aktu prawa miejscowego, zawierającego normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. W konsekwencji tak ustalonej natury prawnej przepisy uchwały mogą – poza odniesieniem się do kwestii organizacji i pracy zespołu interdyscyplinarnego – wkraczać w sferę praw i obowiązków osób, których dotyczy przemoc w rodzinie, wyznaczać im pewien sposób zachowania się. Na brzmienie przepisów tej uchwały może powoływać się szeroki zresztą krąg adresatów, do których należą i poszczególni członkowie zespołu, i podmioty delegujące tych członków jako swoich przedstawicieli do pracy w tej instytucji, a wreszcie mieszkańcy gminy będący czy to osobami dotkniętymi przemocą w rodzinie, czy też osobami tę przemoc stosującymi. Na gruncie uchwały w sprawie trybu powołania i warunków funkcjonowania zespołu interdyscyplinarnego niektóre rady gmin błędnie jednak kształtowały jego skład osobowy i liczbowy, wprowadzały określone wymogi wobec członków zespołu czy przesłanki uzasadniające ich odwołanie, wreszcie powiększały katalog zadań i sposoby działania zespołu interdyscyplinarnego oraz przekazywały samemu zespołowi opracowanie regulaminu jego prac i zadań.

Jeszcze większe problemy ujawniły się w orzecznictwie w związku ze stosowaniem przepisów o procedurze „Niebieskie Karty”, uregulowanej w art. 9d u.p.p.r. Wszczęcie tej procedury nie zawsze wiązało się z wystąpieniem przesłanki uzasadnionego podejrzenia przemocy w rodzinie, a zebrana w jej ramach dokumentacja nieraz okazywała się w lepszym przypadku nieprzydatna, a w gorszym – rodząca negatywne skutki dla członka rodziny, niepożądane z uwagi na brak obiektywnych okoliczności wskazujących na stosowanie przez niego przemocy domowej. W perspektywie przydatności założenia „Niebieskiej Karty” dla celów rozwodowych, uzyskania prawa do opieki nad dzieckiem czy prawa do lokalu, szczególnie potrzebne wydaje się ustalenie, czy w konkretnym przypadku w istocie występuje przesłanka stosowania przemocy w rodzinie badana za pomocą definicji z art. 2 pkt 2 u.p.p.r. W tym kontekście sądy administracyjne zwracały uwagę na swoiste patologie związane z wszczęciem procedury „Niebieskie Karty” bez podstawy faktycznej, a co najmniej przedwcześnie. Zdarzało się nawet, że procedura była wszczynana w wyniku zaledwie jednorazowej interwencji po-

licji niepotwierdzonej innymi okolicznościami faktycznymi, które czyniłyby uzasadnione podejrzenie wystąpienia przemocy w rodzinie.

Sprzeczne rozstrzygnięcia zapadały w kwestii wpływu stosowania przemocy w rodzinie na instytucję wymeldowania z pobytu stałego. W jednych orzeczeniach sądy przyjmowały, że na tę instytucję nie może wpływać opuszczenie mieszkania w trybie art. 11a u.p.p.r. Wyłączną bowiem przesłanką do zastosowania instytucji wymeldowania z pobytu stałego jest opuszczenie lokalu przez zameldowanego, odznaczające się cechami dobrowolności i trwałości, a nie zapewnienie skutecznej ochrony przed przemocą w rodzinie, przewidzianej innego rodzaju procedurami prawnymi. Z kolei w innych orzeczeniach sądy akcentowały, że opuszczenie lokalu w okolicznościach zachowania negatywnie wpływającego na członków rodziny nie może skutkować uznaniem, że opuszczenie to było wymuszone, czy pozbawione cech dobrowolności. Problem jest w istocie złożony i może budzić kontrowersje różnej natury. Biorąc jednak pod uwagę czasowy charakter i przewidzianą wprost w art. 11a ust. 2 u.p.p.r. możliwość zmiany postanowienia sądu zobowiązującego do opuszczenia mieszkania, skłaniałabym się raczej do przyjęcia zasadności tego pierwszego stanowiska.

Żadnych większych wątpliwości nie miały natomiast sądy administracyjne w przedmiocie dostępu do informacji o sprawach przeciwdziałania przemocy w rodzinie. W ocenie sądów informacja o różnych aspektach działalności gminy w obszarze przeciwdziałania przemocy w rodzinie, w tym o działalności gminnego zespołu interdyscyplinarnego, stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 61 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 i art. 6 u.d.i.p., należąc tym samym do ustawowej kategorii „każdej informacji o sprawach publicznych”, podlegającej udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Waleru informacji publicznej nie traci także informacja wymagająca ochrony wynikającej z prawa do prywatności, choć jest to oczywiście okoliczność odpowiadająca przesłance negatywnej ograniczającej prawo dostępu do informacji publicznej. Informacji publicznej nie stanowią jedynie konkretne indywidualne sprawy przemocy w rodzinie danej osoby lub podmiotu niebędącego władzą publiczną lub innym podmiotem wykonującym zadania publiczne i jako takie nie podlegają udostępnieniu za zasadach i w trybie określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Prevention of domestic violence: decisions of administrative courts

Abstract

Along with a vast array of decisions made by administrative courts in cases involving domestic violence, various practical issues have emerged. As far as the resolution-passing practices of communes are concerned, those issues primarily concern: improper evaluation of a legal nature of a resolution on an appointment procedure and operation of an interdisciplinary team for prevention of domestic violence; and inclusion of such elements in the resolution that go beyond the legislative power delegated to communes. Other activities by communes are also controversial. Contrary to the legislator's intent, the initiation of the "Blue Card" procedure is not always associated with the occurrence of reasonable suspicion of domestic violence, and documentation gathered as part of the procedure often turns out to be useless. The decisions lack consistency as far as the relationship between domestic violence and deregistration of permanent residence is concerned: conflicting decisions have been made in cases involving deregistration imposed by a civil court. However, courts unanimously accept that information on a commune's operations for preventing domestic violence constitutes public information and, as such, is subject to disclosure.

Paweł Jabłonowski

Kontratypy ustawowe w prawie karnym skarbowym

Streszczenie

W artykule przedstawiono kontratypy w regulacjach karnych skarbowych obowiązujących od okresu II RP do chwili obecnej. Analiza przepisów dotyczących instytucji wyłączających odpowiedzialność wskazuje, że zakres możliwych do zastosowania kontratypów początkowo analogiczny jak w przepisach dotyczących przestępstw powszechnych, zostaje w kolejnych regulacjach karnych skarbowych sukcesywnie ograniczany. W artykule sformułowano tezę, iż na gruncie aktualnych regulacji k.k.s. w związku z nowymi przepisami podatkowymi, dotyczącymi unikania opodatkowania, zastosowanie przewidzianych w prawie karnym skarbowym kontratypów w praktyce nie wystąpi. Szczególnie wprowadzone do przepisów prawa podatkowego regulacje, związane z klauzulą obejścia prawa, mogą eliminować stosowanie zwłaszcza kontratypu polegającego na eksperymencie ekonomicznym. Analiza pojęcia eksperymentu ekonomicznego w świetle najnowszych nurtów naukowych w dziedzinie ekonomii wskazuje, że eksperymenty ekonomiczne nie muszą być realizowane w realnych warunkach. Uzasadnienie dla przeprowadzenia eksperymentu ekonomicznego, które wyłączałoby odpowiedzialność karną skarbową może więc w ogóle nie zyskać aprobaty sądu rozpatrującego sprawę karną skarbową. Ekonomia jako nauka nie daje bowiem podstaw do stosowania eksperymentu ekonomicznego jako kontratypu w postępowaniach karnych skarbowych.

Umorzenie postępowania przygotowawczego może nastąpić w szczególności na skutek wystąpienia przesłanki z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (w zw. z art. 113 k.k.s.) związanej z tzw. kontratypem, czyli wskazaniem przez ustawę, że w określonych okolicznościach, mimo wystąpienia znamion czynu zabronionego, sprawca nie popełnia przestępstwa.

Umorzenie postępowania karnego skarbowego z uwagi na wystąpienie kontratypu należy zaklasyfikować do faktycznych (materialnych) przeszkód prowadzących do umorzenia postępowania. Umorzenie z uwagi na kontratyp związane jest ze strukturą przestępstwa, na którą składa się czyn, znamiona, okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną skarbową (tzw. kontratypy oraz okoliczności wyłączające winę), społeczna szkodliwość czynu oraz okoliczności wyłączające karalność.

Art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. stosowany do postępowań karnych skarbowych przewiduje dwie negatywne przesłanki procesowe, których zakresy są rozłączne: brak znamion czynu zabronionego oraz okoliczności w których ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Możliwość stwierdzenia wystąpienia przesłanki dotyczącej tzw. kontratypu może wystąpić dopiero po przeanalizowaniu przesłanek dotyczących wystąpienia znamion czynu zabronionego¹. Powyższe prowadzi do konieczności przeanalizowania wszystkich znamion czynu zabronionego, zanim znajdzie możliwość umorzenia postępowania z uwagi na wystąpienie kontratypu.

Przepisy k.k.s. w ograniczonym zakresie recypują z k.k. przypadki umorzenia postępowania z uwagi na wystąpienie kontratypu. W postępowaniu karnym skarbowym, zgodnie z aktualnym stanem prawnym, nie stosuje się pełnego zakresu kontratypów, które są przewidziane w przepisach k.k., stosowanych do przestępstw powszechnych.

Dokonując analizy historycznej przepisów karnych skarbowych należy stwierdzić, że stosowanie kontratypów na gruncie przepisów związanych z przestępstwami skarbowymi ulegało zmianom, w kierunku ich ograniczenia². W ustawie karnej skarbowej z dnia 18 marca 1932 r.³, obowiązującej od dnia 1 maja 1932 r., stosowanie przepisów karnych skarbowych oparto na rozwiązaniach powszechnego prawa karnego stosowanych w sposób subsydiarny⁴. Do ustawy karnej skarbowej nie wprowadzono okoliczności wyłączających karalność, jednak na podstawie art. 2, w sytuacji gdy ustawa nie stanowi inaczej, zastosowanie mają przepisy ogólne prawa karnego materialnego. Do spraw karnych skarbowych miały zatem zastosowanie przepisy powszechnego prawa karnego⁵, zwane potocznie kodeksem Makarewicza⁶. Polski kodeks karny z 1932 r., przewidywał kilka kontratypów, do których należało działanie pod wpływem przymusu fizycznego, któremu sprawca nie mógł się oprzeć (art. 19 k.k. z 1932 r.), obronę konieczną (art. 21 § 1 k.k. z 1932 r.) oraz stan wyższej konieczności (art. 22 § 1 i 3 k.k. z 1932 r.). Przepisy karne skarbowe tego okresu przewidywały możliwość zastosowania wszystkich kontratypów z powszechnego prawa karnego z odpowiednimi modyfikacjami, uwzględniającymi specyfikę spraw karnych skarbowych.

¹ M. Grzesik, Funkcjonowanie art. 17 § 1 punkty 1–4 oraz art. 322 k.p.k. w praktyce prokuratorskiej, *Prok. i Pr.* 2016, nr 3, s. 151.

² Pełną historię regulacji karnych skarbowych w zakresie kontratypów omówiono, (w:) I. Zduński, I. Zgołiński, *Kontratypy w prawie karnym skarbowym*, *Prok. i Pr.* 2012, nr 4.

³ Dz. U. Nr 34, poz. 355.

⁴ V. Konarska-Wrzonek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe. Zagadnienia materialnoprawne i wykonawcze*, Toruń 2005, s. 29.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r., Dz. U. Nr 60, poz. 571.

⁶ Por. V. Konarska-Wrzonek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2012, s. 31 i n.

Kolejną regulacją dotyczącą przestępstw karnych skarbowych uchwaloną w II Rzeczypospolitej był dekret Prezydenta RP z dnia 3 listopada 1936 r. Prawo karne skarbowe⁷, obowiązujący od dnia 1 kwietnia 1937 r. Podobnie jak ustawa karna skarbową z 1932 r. stwarzała podstawy do stosowania kontratypów za pomocą odpowiedniego odesłania do norm powszechnego prawa karnego. Nie był to już jednak katalog otwarty jak w ustawie z 1932 roku, lecz wskazywał na konkretne instytucje, co było istotnym, przynajmniej formalnym, ograniczeniem w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Z treści art. 2 Prawa karnego skarbowego z 1936 r. wynikało, że do występów skarbowych stosuje się odpowiednio między innymi przepisy: art. 19 k.k. z 1932 r., stanowiącego, że nie popełnia przestępstwa, kto dopuścił się popełnienia czynu pod wpływem przymusu, któremu nie mógł się oprzeć, art. 21 k.k. z 1932 r., znoszącego bezprawność przy działaniu w obronie koniecznej oraz art. 22 kodeksu karnego z 1932 r., stanowiącego, że nie popełnia przestępstwa ten, kto działał w warunkach stanu wyższej konieczności. Dekret dokonał też wyodrębnienia norm dotyczących wykroczeń skarbowych. Art. 36 stanowił, że można do wykroczeń skarbowych stosować wskazane w nim poszczególne normy powszechnego kodeksu karnego. Przytoczony art. 36 zezwalał natomiast na stosowanie wobec sprawców wykroczeń skarbowych wyłącznie kontratypu działania w warunkach przymusu fizycznego z art. 19 k.k. z 1932 r.

W okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w obszarze prawa karnego skarbowego obowiązywały trzy kolejne akty normatywne. Pierwszym był dekret Rady Ministrów z dnia 11 kwietnia 1947 r.⁸ W większości opierał się na regulacji karnej skarbowej z 1936 roku oraz ordynacji podatkowej z 1934 r.⁹

Dekret Rady Ministrów z 1947 r. przewidywał w art. 3 rozwiązanie ustawy karnej skarbowej z 1936 r. nakazując odpowiednie stosowanie do występów skarbowych tych samych norm prawa karnego powszechnego co ustawa karna skarbową. Było zatem dopuszczalne stosowanie do sprawców przestępstw skarbowych, kontratypów stanu wyższej konieczności, działania w warunkach przymusu fizycznego oraz obrony koniecznej.

Prawo karne skarbowe z dnia 13 kwietnia 1960 r.¹⁰ było kolejną regulacją w tej dziedzinie wprowadzoną w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. W zakresie regulacji dotyczących okoliczności wyłączających bezprawność ustawa w art. 3, podobnie jak w Dekrecie Rady Ministrów z 1947 r., nakazywała stosowanie norm powszechnego prawa karnego. Odpowiednie zastosowanie znajdowały początkowo normy kodeksu karnego z 1932 r. Nato-

⁷ Dz. U. Nr 84, poz. 581.

⁸ Dz. U. R.P. Nr 32 z dnia 16 kwietnia 1947 r., poz. 140.

⁹ Por. V. Konarska-Wrzesek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *Prawo i postępowanie karne skarbowe.*, Warszawa 2012, s. 31 i n.

¹⁰ Dz. U. Nr 21, poz. 123.

miast po wejściu w życie kodeksu karnego z 1969 r.¹¹ odpowiednie zastosowanie w sprawach karnych skarbowych znajdował ten kodeks. Na podstawie przepisów prawa karnego skarbowego było możliwe stosowanie kontratypów przewidzianych w powszechnym prawie karnym, a więc stanu wyższej konieczności, działania w warunkach przymusu oraz obrona konieczna. Przepisy karne skarbowe wyodrębniały regulacje dotyczące wykroczeń skarbowych, jednak i w tym przypadku możliwe było stosowanie kontratypów przewidzianych dla przestępstw skarbowych.

Prawo karne skarbowe z 1960 r. zostało zastąpione uchwaloną w dniu 26 października 1971 r. ustawą karną skarbową¹², która weszła w życie w dniu 1 stycznia 1972 r. Powodem jej wprowadzenia była zasadnicza zmiana powszechnego prawa karnego oraz procedury karnej¹³. Ustawa karna skarbową z 1971 r. przyjęła nieco odmienną niż poprzednio formę recypowania norm powszechnego prawa karnego. Art. 2 § 1 ustawy z 1971 r. ustanawiał jako zasadę, że do przestępstw skarbowych nie mają zastosowania przepisy powszechnego kodeksu karnego, z wyjątkiem wskazanych w tym przepisie regulacji. Odwrócono zatem zasadę z poprzednich ustaw dotyczących prawa karnego skarbowego, polegającą na stosowaniu wszystkich przepisów, na rzecz jedynie wybranych, wskazanych wprost w ustawie. Ustawa karna skarbową z 1971 r. dopuszczała jednak odpowiednie stosowanie wszystkich kontratypów przewidzianych w rozdziale III kodeksu karnego z 1969 r., zatytułowanym „Wyłączenie odpowiedzialności karnej”. Rozdział ten przewidywał kontratyp stanu wyższej konieczności, działania w warunkach eksperymentu badawczego, technicznego lub ekonomicznego oraz obrony koniecznej. Literalna wykładnia art. 2 § 1 ustawy karnej skarbowej z 1971 r. nie dopuszczała natomiast stosowania pozostałych kontratypów znanych temu kodeksowi karnemu, a także kontratypów przewidzianych w innych przepisach. W zakresie wykroczeń skarbowych, zgodnie z art. 36 § 1 ustawy karnej skarbowej z 1971 r., możliwe było zastosowanie wyłącznie przepisu o obronie koniecznej, przewidzianej w art. 22 § 1 kodeksu karnego z 1969 r.

Aktualnie omawianą materię reguluje kodeks karny skarbowy z dnia 10 września 1999 r.¹⁴ Na gruncie tego aktu stosowanie kontratypów w sprawach przestępstw i wykroczeń skarbowych uległo znacznemu ograniczeniu w stosunku do poprzednich stanów prawnych. Stosuje się bowiem tylko kontratyp dotyczący eksperymentu (art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 27 k.k.). Ponadto zgodnie z k.k.s. dopuszczalny jest jedynie eksperyment ekonomiczny lub techniczny (art. 20 § 5 k.k.s.). Tak wąski zakres regulacji w za-

¹¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r., Nr 13 poz. 94.

¹² Dz. U. Nr 28, poz. 260.

¹³ I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2011, s. 53.

¹⁴ Dz. U. z 1999 r., Nr 83, poz. 930.

kresie kontratypów jest w literaturze przedmiotu krytykowany¹⁵. Szczególnie zwraca się uwagę na brak stosowanego w powszechnym prawie karnym, kontratypu dotyczącego stanu wyższej konieczności (art. 27 k.k.). Przypadki związane z wyłączeniem przestępczości czynu z uwagi na stan wyższej konieczności mogłyby być w sprawach karnych skarbowych w praktyce częste. Przykładowo pracodawca jako płatnik podatku mógłby uwolnić się od odpowiedzialności karnej skarbowej, wykazując, że zapłata wynagrodzenia dla pracowników jest istotniejszym dobrem chronionym prawem, aniżeli pobranie i wpłacenie zaliczek tytułem podatku dochodowego od wypłaconych pracownikom wynagrodzeń. Zapewne z tego powodu, stawiając jako jeden z głównych celów przepisów karnych skarbowych, jakim jest zaspokojenie należności publicznoprawnych (art. 114 k.k.s.), ustawodawca nie przewidział powyższego kontratypu. Ograniczenie kontratypów jedynie do przypadku eksperymentu, w dodatku tylko do jego dwóch form (ekonomicznego lub technicznego), zawęża okoliczności w których należy zakończyć postępowanie z uwagi na wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej. Ograniczenie form eksperymentu nie wydaje się być także związane z założeniem przyspieszenia postępowania przygotowawczego. Mimo ograniczenia możliwych form eksperymentu, traktowanych na gruncie k.k.s. jako kontratypy, należy w szczególności zbadać, z jakiego typu eksperymentem może wiązać się konkretny czyn. Jeżeli nawet jest to eksperyment nie wchodzący w zakres kontratypu prowadzącego do umorzenia postępowania karnego skarbowego, powinien być on bezwzględnie zidentyfikowany w celu podjęcia stosownej decyzji procesowej.

Wystąpienie natomiast kontratypu polegającego na eksperymentach ekonomicznym lub technicznym może być bardzo trudne jeśli chodzi o rekonstrukcję znamion czynu mieszczącego się w zakresie tego kontratypu lub być w praktyce niemożliwe. Przepisy prawa karnego skarbowego nie definiują pojęcia eksperymentu, poza wskazaniem jego celów. Wydaje się, że rozumienie tego pojęcia powinno być dokonywane na podstawie wypracowanego dorobku w ekonomii, zajmującej się zastosowaniem metod eksperymentalnych. Jest to nowa metoda, rozwijająca się od początku XXI wieku, za którą Vernon Smith otrzymał nagrodę Nobla. Założeniem metody jest badanie zachowań w warunkach laboratoryjnych. Metoda ta może być uzupełniona ekonomią obliczeniową (tzw. *agent based computational economics*), której autorem jest Shyam Sunder, zakładającą prowadzenie badań w laboratorium, a nie w realnych warunkach¹⁶.

W praktyce, prowadzenie eksperymentów nie będzie miało charakteru powszechnego, co w sposób oczywisty ogranicza liczbę przypadków w któ-

¹⁵ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009, s. 59.

¹⁶ Por. M. Krawczyk, *Ekonomia Eksperymentalna*, Warszawa 2012, s. 15–31, 65.

rych może dochodzić do wskazania na okoliczności zastosowania kontratypu. Eksperymenty ekonomiczne prowadzą co do zasady jednostki badawcze lub naukowe. Eksperymenty nie są zwykle prowadzone w warunkach naturalnych, prowadzących do wdrożenia rozwiązań w realnie funkcjonujących podmiotach, takich jak podatnicy. Twórcy ekonomii eksperymentalnej zakładają, że badania ekonomiczne, oparte na eksperymentach realizowane są co do zasady w laboratoriach¹⁷. Ekonomia eksperymentalna zakłada badanie rynku w warunkach kontrolowanych. Ponadto rozwój komputerów wspomaganych lub opierających się o sztuczną inteligencję może ograniczyć lub wyeliminować konieczność prowadzenia badań w warunkach naturalnych. Eksperymenty ekonomiczne dokonywane przy użyciu takich technologii mogłyby zastąpić badanie czynnika ludzkiego, wpływającego na podejmowane decyzje ekonomiczne.

Jeżeli eksperyment ekonomiczny byłby realizowany w praktyce, a zatem poza kontrolowanym otoczeniem laboratoryjnym, czyli w warunkach naturalnych¹⁸, byłby tzw. eksperymentem terenowym. Eksperymenty tego typu są jednak prowadzone co do zasady przez agencje rządowe¹⁹, a zatem krąg podmiotów mogących powołać się na wystąpienie przesłanek kontratypu jest bardzo zawężony. Głównym obszarem wykorzystania naturalnych eksperymentów terenowych jest tworzenie rozwiązań instytucjonalnych, sprzyjających rozwojowi społeczno-ekonomicznemu. Zwykle testuje się nietypowe rozwiązania z zakresu mikrofinansowania przedsiębiorstw, opieki zdrowotnej czy redystrybucji dochodu²⁰. Są to więc eksperymenty, których rezultaty wdrażane są na szeroką skalę i mają charakter systemowy. Przypadki przestępstw karnych skarbowych związane są przeważnie ze zwykłą, gospodarczą działalnością, która nie ma na celu wdrażania rozwiązań systemowych do świata gospodarczego.

Ekonomia eksperymentalna nie jest popularna w Polsce²¹. Wydaje się zatem, mając na uwadze istotę ekonomii eksperymentalnej, że ani organ prowadzący postępowanie karne skarbowe ani także sąd, nie uznają, iż w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, zachodzą okoliczności wyłączające odpowiedzialność z uwagi na kontratyp polegający na eksperymentecie ekonomicznym.

¹⁷ Por. V. L. Smith, "for having established laboratory experiments as a tool in empirical analysis, especially in the study of alternative market mechanisms", http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/popular.html.

¹⁸ Por. T. Poskrobko, *Nowe koncepcje i teorie rozwoju w ekonomii*, (w:) S. Czaja, A. Becla, J. Włodarczyk, T. Poskrobko, *Wyzwania współczesnej ekonomii*, Warszawa 2012, s. 108.

¹⁹ S. D. Levitt, J. A. List, *Field experiments in economics. The past, the present, and the future.*, *European Economic Review* 2009, nr 53, s. 1–18.

²⁰ Por. T. Poskrobko, *op. cit.*, s. 113.

²¹ <http://lee.wne.uw.edu.pl/strona/pages/pl/ekonomia-eksperymentalna.php>.

Nieliczne próby powołania się na kontratyp dotyczący eksperymentu ekonomicznego miały miejsce w toku postępowań karnych, jednak były one bezskuteczne²². Trudno założyć, aby wiarygodne były dla sądu wyjaśnienia sprawcy będącego podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, że nie płaci on podatków z powodu założenia weryfikacji wpływu takiego działania na efektywną stopę zwrotu inwestycji. Z uwagi na stosowanie w postępowaniach karnych skarbowych art. 27 k.k. definiującego cele eksperymentu, spodziewana korzyść z przeprowadzonego eksperymentu powinna mieć istotne znaczenie poznawcze lub gospodarcze, a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy. Powoływanie się oskarżonego na eksperyment może być uznane za próbę uniknięcia odpowiedzialności, wynikającej z narażania lub dokonania strat należności publicznoprawnych.

Jeśli chodzi o drugi rodzaj eksperymentu wyłączającego odpowiedzialność karną skarbową, eksperyment techniczny, to podobnie jak w przypadku eksperymentu ekonomicznego, równie trudno jest zidentyfikować znamiona czynu wypełniającego przesłanki tego rodzaju eksperymentu. W doktrynie uznaje się, że do kontratypu rodzaju eksperymentu technicznego można zakwalifikować błędy o charakterze ewidencyjnym powstałe wskutek zastosowania eksperymentalnego systemu ewidencyjnego²³. Przepisy prawa podatkowego, dotyczące prowadzenia rejestrów podatkowych, czy też przekazywania danych w formie jednolitych plików kontrolnych, wskazują jedynie na zakres informacji, jakie są wymagane do prowadzenia rejestrów lub tworzenia plików. Zakres wymaganych informacji nie jest barierą techniczną dla systemów komputerowych do przetworzenia odpowiednich danych. Ponadto przed wdrożeniem systemu do działania w realnych warunkach, prowadzonych jest wiele testów, także tych równoległych z innymi podobnymi systemami, które pozwalają na eliminację błędów. W związku z powyższym, wystąpienie przestępstwa lub wykroczenia skarbowego wynikającego z eksperymentu technicznego jest znikome.

Zastanowienia wymaga, czy w związku z wprowadzeniem do przepisów podatkowych nowych regulacji, w ogóle dopuszczalne są eksperymenty ekonomiczne, prowadzące do wyłączenia odpowiedzialności na gruncie k.k.s, wskutek odpowiedniego stosowania art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Obniżanie obciążeń podatkowych jest prawem podatnika. Jeżeli jednak optymalizacja, chociaż legalna, przybiera formy sztucznych struktur, których jedynym celem jest zmniejszenie obciążeń podatkowych, może spełniać przesłanki unikania opodatkowania. Do przepisów Ordynacji podatkowej (dalej „o.p.”), celem eliminacji takich struktur wprowadzono dział IIIa, zatytułowany „Przeciwdzia-

²² <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,53600,2593166.html>.

²³ L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks Karny Skarbowy, Komentarz., Warszawa 2016, s. 119.

łanie unikaniu opodatkowania”²⁴, w istotnym zakresie ograniczającym także eksperymenty ekonomiczne, których celem byłoby sztuczne zmniejszenie obciążeń podatkowych. Wraz ze zmianą przepisów o.p. nie wprowadzono jednak nowej kategorii przestępstw karnych skarbowych związanych z unikaniem opodatkowania. Przepisy k.k.s. nadal przewidują odpowiedzialność w przypadkach uchylania się od opodatkowania (art. 54 k.k.s.), nieujawniania podstawy lub przedmiotu opodatkowania, podania nieprawdy lub zatajenia prawdy w deklaracji (art. 54, 56 k.k.s.). W przypadku uchylania się od opodatkowania, podatnik będący jednocześnie sprawcą, działa wbrew przepisom prawa, ponieważ mimo powstania obowiązku podatkowego, nie uiszcza powstałego zobowiązania podatkowego. Są to działania ukrywane przed organami podatkowymi.

Powyższe przypadki raczej nie obejmują sytuacji unikania opodatkowania. Unikanie opodatkowania jest czynnością pomiędzy planowaniem podatkowym polegającym na wykorzystywaniu przewidzianych przepisami ulg podatkowych lub form opodatkowania, a uchylaniem się od opodatkowania. Jest to czynność formalnie legalna, jednak mogąca prowadzić do zastosowania przez organy podatkowe narzędzi eliminujących jej skutki. Unikanie opodatkowania związane jest z pełną umyślnością działania podatnika, które jest formalnie zgodne z prawem. Zastosowana do uniknięcia opodatkowania konstrukcja może być co najwyżej niezgodna z celem i istotą przepisów prawa podatkowego, ale nie można posunąć się tak daleko, aby uznać, iż jest działaniem *contra legem*. Podatnik wykorzystując niedoskonałości systemu podatkowego, które mogą nie opodatkowywać różnych czynności lub podmiotów, jednak prowadzących do tych samych skutków ekonomicznych jak przy stosowaniu typowych czynności lub podmiotów, uzyskuje korzyść w obniżeniu obciążenia podatkowego. Działania podmiotu stosującego techniki unikania opodatkowania prowadzą w szczególności do niepowstania obowiązku podatkowego²⁵ lub powstania takiego obowiązku w innym kraju, stosującym korzystniejsze warunki opodatkowania. Są to działania jawne, niekiedy nawet wskazane organowi podatkowemu wskutek wystąpienia z wnioskiem o interpretację przepisów prawa podatkowego. W przypadku stwierdzenia unikania opodatkowania, zgodnie z regulacjami o.p. organ podatkowy może wyciągnąć skutki podatkowe z „odpowiedniej czynności”, z pominięciem dokonanej przez podatnika „sztucznej czynności”. Dlatego należy zwrócić uwagę na stwierdzenie, które zamieszczono w uzasadnieniu do ustawy wprowadzającej analizowaną klauzulę unikania opodatkowania do o.p.: Penalizacja będzie następować na zasadach obecnie obowiązują-

²⁴ Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 846).

²⁵ Por. art. 119e o.p. w zakresie pojęcia korzyści podatkowej powstałej wskutek unikania opodatkowania.

cych w przepisach kodeksu karnego skarbowego²⁶. Można bowiem wyciągnąć wniosek, iż administracja podatkowa zakłada, że penalizacja na podstawie k.k.s., w sytuacji unikania opodatkowania, może w praktyce, w związku ze znowelizowanymi przepisami o.p. mieć miejsce. Podstawą tego stanowiska może być konstatacja, że podatnik unikając opodatkowania, doprowadza ostatecznie do uchylania się od opodatkowania, objętego hipotezą art. 54 k.k.s. Organ podatkowy na podstawie art. 119g § 1 o.p. ma bowiem prawo wydać decyzję określającą wysokość zobowiązania podatkowego, której podstawą jest pominięcie skutków czynności prawnej. Decyzja ta miałaby charakter wymiarowy i mogłaby następnie prowadzić do kwalifikacji czynności dokonanej przez podatnika jako oszustwa podatkowego, którego znamiona określono w art. 54 k.k.s. Tym samym jest to kolejny argument kwestionujący celowość dokonywania eksperymentów ekonomicznych. Może to prowadzić do wniosku, że kontratyp związany z eksperymentem ekonomicznym nie znajdzie w praktyce zastosowania.

Jeżeli nawet nie uda się zakwalifikować unikania opodatkowania do obowiązujących w k.k.s. przestępstw uchylania się od opodatkowania czy też oszustw podatkowych, ograniczenia wynikające z o.p. związane z unikaniem opodatkowania wpłyną na zakres możliwych do przeprowadzenia eksperymentów ekonomicznych, traktowanych jako kontratypy. Trudno bowiem uzasadnić celowość i zasadność eksperymentu, który byłby ograniczony lub zakazany przez przepisy prawa podatkowego.

Analiza porównawcza aktualnych regulacji karnych skarbowych z obowiązującymi w tej dziedzinie w przeszłości jasno wskazuje, że stosowanie kontratypów w sprawach karnych skarbowych uległo znacznemu ograniczeniu. W okresie II RP w sprawach karnych skarbowych recypowane były wszystkie kontratypy przewidziane w powszechnym prawie karnym. W aktualnym stanie prawnym przepisy przewidują stosowanie jedynie kontratypu eksperymentu, w dodatku ograniczonego do eksperymentu ekonomicznego lub technicznego. Nie ma zatem zastosowania kontratyp stanu wyższej konieczności, który potencjalnie mógłby dość szeroko stosowany w praktyce.

Wprowadzenie do ustaw podatkowych przepisów związanych ze zwalczaniem zjawiska unikania opodatkowania, może dodatkowo ograniczyć stosowanie zwłaszcza kontratypu polegającego na eksperymentie ekonomicznym. Do szerokiego stosowania kontratypu eksperymentu ekonomicznego nie prowadzi także stosowanie ekonomii eksperymentalnej.

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że przepisy regulujące kontratypy w prawie karnym skarbowym są określając potocznie, właściwie martwe. Potwierdzeniem tej tezy jest ponadto nieskuteczna próba znalezienia orze-

²⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 września 2014 r., s. 30, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/230100/230140/230141/dokument127658.pdf>.

czeń sądów karnych, w których zastosowano analizowane przepisy, związane z kontratypami w sprawach karnych skarbowych. Do takich orzeczeń w publikowanych źródłach trudno dotrzeć. Nasuwa się zatem wniosek, że przepisy dotyczące kontratypów w sprawach karnych skarbowych, mogłyby zostać uchylone bez uszczerbku dla oskarżonych.

Statutory excuses in penal fiscal law

Abstract

This paper presents lawful excuses in penal fiscal regulations that have been in force since the times of the Second Polish Republic. The analysis of provisions concerning the exclusion of liability shows that the scope of possible lawful excuses, which scope used to be same as that provided for in provisions on offences committable by any offender capable of bearing criminal responsibility, has been gradually limited in penal fiscal regulations. The paper claims that, lawful excuses provided for in penal fiscal law will not be applied in practice given current regulations of the Penal Fiscal Code as well as new tax regulations on tax evasion. These are specifically regulations introduced to the provisions of tax law and associated with the anti-tax avoidance clause which may specifically eliminate the lawful excuse of economic experiments. The analysis of the definition of "economic experiment" in the light of the most recent scientific avenues in economics shows that economic experiments do not have to be conducted in real-world applications. Therefore, grounds for conducting economic experiments, which grounds would exclude penal fiscal liability, can be disapproved by a court examining a penal fiscal case as economics offers no grounds for using economic experiments as lawful excuses in penal fiscal proceedings.

Mikołaj Małecki

O usiłowaniu nieudolnym na marginesie glosy K. Kmąka

Streszczenie

Celem artykułu jest krytyczna analiza stanowiska, zgodnie z którym znamię „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” z art. 13 § 2 k.k. powinno być rozumiane w sposób obiektywny, jako brak jakiegokolwiek desygnatu przedmiotu czynności wykonawczej danego typu przestępstwa. Stanowisko takie wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, a zaaprobował je Krzysztof Kmąk w glosie do uchwały. Analiza argumentacji wspierającej koncepcję obiektywną prowadzi do wniosku, że lepiej uzasadniona jest koncepcja subiektywna, uwzględniająca treść zamiaru osoby zmierzającej do dokonania czynu zabronionego na zindywidualizowanym nośniku prawnie chronionej wartości.

Uchwała Sądu Najwyższego związana z interpretacją znamienia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”¹, charakteryzującego usiłowanie nieudolne, spotkała się z różnymi – choć najczęściej krytycznymi – reakcjami przedstawicieli nauki prawa karnego². Siedmiu sędziów Sądu Najwyższego uznało, że jest to znamię strony przedmiotowej usiłowania³, a w związku z tym brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego powinien być rozumiany w sposób obiektywny, jako brak jakiegokolwiek desygnatu przedmiotu czynności wy-

¹ Zob. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, OSNKW 2017, nr 3, poz. 12.

² Zob. dotychczas opublikowane glosy: A. Jezusek, Prokuratura i Prawo 2017, nr 4 (krytyczna), K. Kmąk, Prokuratura i Prawo 2017, nr 6 (częściowo aprobująca), M. Małecki, Orzecnictwo Sądów Polskich 2017, nr 7–8 (krytyczna) oraz zdecydowanie krytyczny artykuł: S. Tarapata, Ile udolności w usiłowaniu nieudolnym? (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16), Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2017 (w druku).

³ Zob. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16: „Przechodząc do wykładni językowej art. 13 § 2 k.k. w zakresie oznaczonym w pytaniu prawnym należy na wstępie zauważyć, że w werbalnym kształcie dotyczy ono znamienia specyficznie tu pojmowanej strony przedmiotowej usiłowania nieudolnego. Oczywiście jest bowiem, że określenie «przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego», w klasyfikacji znamion wiąże je bezpośrednio z kategorią znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu przestępstwa”.

konawczej danego typu przestępstwa, znajdującego się w zasięgu sprawczym osoby zmierzającej do dokonania⁴. Odrzucono natomiast koncepcję subiektywizującą, zaznaczając jednak w końcowych fragmentach uzasadnienia uchwały, że pociągnięcie sprawcy do szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej za usiłowanie wymaga uwzględnienia powziętego przez tę osobę zamiaru⁵.

W glosie opublikowanej 5 dni po ukazaniu się uchwały⁶ wskazywałem, że stanowisko Sądu Najwyższego obarczone jest wadą wewnętrzną niespójności. Z jednej strony bowiem przyjęto, że w typowym stanie faktycznym, sprowadzającym się do zażądania przez napastnika, by ofiara rozboju wydała mu pieniądze, których ta jednak nie posiada, czego sprawca sobie nie uświadamia, podjęte przez sprawcę usiłowanie ma charakter udolny, ponieważ np. elementy garderoby, które nosi pokrzywdzony, nadają się do popełnienia na nich kradzieży i sprawca może tak zmodyfikować swoje zachowanie, by zabrać te właśnie rzeczy. Jest to prosta konsekwencja zaaprobowanej w uchwale koncepcji obiektywnej, wymagającej ustalenia jedynie tego,

⁴ Zob. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16: „Zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie: «brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego» oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca”.

⁵ Zob. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16: „Obie postacie usiłowania, o których mowa w art. 13 § 1 i 2 k.k., są formami przestępstwa popełnionego umyślnie, a więc jak to ujęto w art. 13 § 1 k.k., w zamiarze popełnienia czynu zabronionego. Należy w związku z tym podkreślić, że przypisanie sprawcy odpowiedzialności za usiłowanie, jak każdej odpowiedzialności karnej, opiera się na zasadzie subiektywizacji. Stąd też granice tej odpowiedzialności są zakreślone w zależności od tego, jak w czynie sprawcy są wypełnione znamiona strony podmiotowej i wina. Nie można pociągać sprawcy do odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne ponad granice jego umyślności. Te zaś wyznacza zamiar sprawcy, rozumiany jako ukierunkowane zachowanie na osiągnięcie określonego celu i sterowanie tym zachowaniem (...). Nie ma zatem podstaw do nałożenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne w takim zakresie, w jakim nie byłoby ono objęte zamiarem sprawcy. Treść i granice zamiaru sprawcy usiłowania nieudolnego nie stanowią tu przedmiotu wykładni przepisów prawa. Te komponenty strony podmiotowej podlegają ustaleniu w konkretnym postępowaniu karnym i jako takie stanowią substrat stosowania prawa materialnego. Ustalenia faktyczne co do zamiaru sprawcy są *in concreto* podstawą opisu, w tym granic przypisanego sprawcy usiłowania, także w zakresie desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej, na które jego zamiar był *ex ante* ukierunkowany. Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem”.

⁶ *Working-paper* został zamieszczony na portalu środowiska naukowego Akademia.edu (http://www.akademia.edu/31063061/Glosa_do_uchwa%C5%82y_siedmiu_s%C4%99dzi%C3%B3w_SN_Najwy%C5%BCszego_z_19_stycznia_2017_r._I_KZP_16_16). Zob. także: M. Małecki, Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., *Dogmaty Karnisty*, z dnia 24 stycznia 2017 r., <https://dogmatykarnisty.blogspot.com/2017/01/glosa-do-uchwy-siedmiu-sedziow-sadu.html> (dostęp w dniu 22 lipca 2017 r.).

czy w zasięgu sprawczym napastnika zmierzającego do popełnienia kradzieży znajdowała się „jakaś” rzecz ruchoma (obiekt będący desygнатem znamienia „cudza rzecz ruchoma”). Z drugiej strony uznano, że „przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem”⁷. W tym zakresie dochodzi do głosu zasada subiektywizacji odpowiedzialności karnej: skoro sprawca nie miał zamiaru zabrania niczego, co mógł zabrać, to nie można go pociągnąć do odpowiedzialności karnej za usiłowanie udolne, ponieważ nie wyczerpał znamion strony podmiotowej tego czynu zabronionego (w przypadku np. kradzieży ustawa wymaga umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego). Natomiast sprawca popełnił jednocześnie usiłowanie nieudolne zaboru pieniędzy, których ofiara nie miała, ponieważ nie uświadamiał sobie, że dokonanie jest pod tym względem niemożliwe. Należałoby zatem uznać, że omawiany czyn był niezamierzonym usiłowaniem udolnym kradzieży wszystkiego, co dało się zabrać (co nie podlega karze z uwagi na brak zamiaru), i zamierzonym usiłowaniem nieudolnym kradzieży pieniędzy, których zabór był niemożliwy⁸.

Wewnętrzna niespójność zarysowanej argumentacji sprowadza się do przyjęcia, że w omawianej sytuacji zachodzi karalne usiłowanie nieudolne. Sąd Najwyższy przechodzi mimochodem wobec faktu, że w rezultacie przyjętych przez siebie założeń dotyczących obiektywnej wykładni znamienia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, w rozpatrywanym przypadku nie sposób uznać, by zmierzaniu sprawcy do dokonania towarzyszył obiektywny brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim określonego czynu zabronionego, stanowiący jedno z konstytutywnych znamion usiłowania nieudolnego, stypizowanego w art. 13 § 2 k.k. Ustalenie, że w zasięgu sprawcy znajdował się jakikolwiek desygнат przedmiotu czynności wykonawczej (np. obuwiu ofiary), a sprawca mógł tak zmodyfikować swoje zachowanie, by dokonać przestępstwa na tym przedmiocie czynności wykonawczej (zamiast na pieniądzu, których pokrzywdzony nie miał), jednoznacznie wyklucza możliwość zrealizowania przez sprawcę znamion czynu zabronionego określonego w art. 13 § 2 k.k., ponieważ – jak przyjęto – dokonanie było możliwe, a omawiane usiłowanie miało charakter udolny. Natomiast jeśli nie zostały spełnione znamiona strony przedmiotowej usiłowania nieudolnego, to bezprzedmiotowe są dalsze rozważania dotyczące strony podmiotowej czynu, w tym analiza błędu co do

⁷ Zob. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16.

⁸ Zob. szerzej: M. Małeck i, *Glosa...*, s. 223.

znamienia charakterystycznego dla usiłowania nieudolnego, które to usiłowanie, jak przesądzono, nie mogło zachodzić, ponieważ nie zostały wyczerpane jego znamiona przedmiotowe.

Zarysowana przeze mnie krytyka uchwały Sądu Najwyższego, sprowadzająca się do wskazania wewnętrznej niespójności stanowiska siedmiu sędziów, spotkała się z aprobatą K. Kmąka⁹. Autor ten nie zgodził się jednak z analizowanym rozstrzygnięciem najwyższej instancji sądowej z gruntownie odmiennego niż przedstawiony przeze mnie powodu. Trafna jest jego zdaniem przyjęta przez Sąd Najwyższy, obiektywizująca interpretacja znamienia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, krytykuje on natomiast konsekwentnie sprzeczne z nią uwagi siedmiu sędziów dotyczące konieczności uwzględniania zamiaru, z jakim działał sprawca usiłowania w ramach badania możliwości pociągnięcia danej osoby do odpowiedzialności karnej¹⁰. Dla odmiany, analizy zaprezentowane w opublikowanej przeze mnie glosie zmierzały do wykazania, że właściwa jest jedynie subiektywizująca wykładnia sformułowania „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, charakteryzującego usiłowanie nieudolne z art. 13 § 2 k.k.

Diametralna rozbieżność stanowisk ujawniająca się na kanwie zagadnienia prawnego, rozpatrywanego przez siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, pobudzająca dyskusję naukową wokół fundamentalnych zagadnień związanych z interpretacją instytucji usiłowania nieudolnego¹¹, skłania do bliższego przyjrzenia się argumentacji zaprezentowanej w glosie K. Kmąka.

⁹ Zob. K. Kmąk, *Glosa...*, s. 166.

¹⁰ Zob. K. Kmąk, *Glosa...*, s. 157 i n.

¹¹ W dotychczasowej literaturze karnistycznej problematyka usiłowania nieudolnego podejmowana była – mniej lub bardziej konkluzywnie – w wielu opracowaniach: zob. E. Krzemuśki, O pojęciu i karygodności usiłowania nieudolnego, *Przegląd Prawa i Administracji* 1894, nr 5, s. 325 i n.; A. Wąsek, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r.*, sygn. V KKN 9/01, OSP 2003, nr 7–8, poz. 103; P. Seledc, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r.*, sygn. V KKN 9/01, *Państwo i Prawo* 2003, nr 12, s. 124–127; J. Raglewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r.*, sygn. V KKN 9/01, *Przegląd Sądowy* 2004, nr 2, s. 151; J. Raglewski, Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 12, s. 42. A. Wąsek, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r.*, sygn. I KZP 36/00, OSP 2001, nr 4, poz. 53; J. Biederman, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r.*, sygn. I KZP 36/00, *Palestra* 2001, nr 7–8; A. Liszewska, Sporne problemy regulacji usiłowania nieudolnego w polskim kodeksie karnym, (w:) T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Prof. Janusza Tyłmana*, Warszawa 2011, s. 727 i n.; A. Marek, Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1968, nr 1, s. 95 i n.; H. J. Hirsch, Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim Kodeksie karnym, przeł. J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 257 i n.; Z. Jędrzejewski, Granice karalności usiłowania nieudolnego, *Wojskowy Przegląd Praw-*

Aprobuje stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie obiektywnego pojęcia do wykładni znamienia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, autor zwraca uwagę na przywołany przez Sąd Najwyższy argument historyczny, związany z kształtem art. 13 § 2 k.k. w stosunku do jego odpowiedników w kodeksach karnych z 1932 r. i 1969 r. K. Kmań stwierdza: „Dokonując wykładni językowej art. 13 § 2 k.k. można zauważyć, iż ustawodawca nie nakazuje odnosić się do okoliczności podmiotowych interpretując znamię braku przedmiotu czynności wykonawczej (s. 13–14 uzasadnienia). Gdyby taka była jego intencja, to treść tego przepisu zapewne byłaby bardziej zbliżona do jego odpowiedników z k.k. z 1932 i k.k. z 1969 r. (mówiących o «zamierzonym przestępstwie» i «zamierzonym skutku»), na co skład orzekający także zwrócił uwagę (s. 15–16 uzasadnienia)”¹².

Argument Sądu Najwyższego nietrudno zakwestionować, a sformułowana przeze mnie kontrargumentacja¹³ nie spotkała się z merytoryczną odpowiedzią cytowanego autora. Podstawowym mankamentem zaprezentowanej argumentacji jest jej ahistoryczność, a wnioski wyprowadzone w jej rezultacie bazują na zestawieniu nieprzystawalnych do siebie „momentów” interpretacyjnych, wyznaczanych z uwzględnieniem historycznego, teoretycznego, dogmatycznego, normatywnego w aspekcie wertykalnym (odmienna treść ustawy zasadniczej) oraz czysto pragmatycznego otoczenia i kontekstu obowiązujących przepisów karnych. Pod rządami poprzednio obowiązujących kodeksów karnych nauka o normatywnej zawartości przepisów prawa karnego wraz z nauką o właściwościach wewnętrznej struktury przestępstwa¹⁴ nie była jeszcze z jednej strony na tyle rozwinięta, z drugiej zaś strony na tyle rozpowszechniona, by w drodze odpowiedniej wykładni przepisów obowiązującego prawa możliwa była kompleksowa rekonstrukcja w pełni adekwatnej treści norm sankcjonowanych, zakodowanych w przepisach typizujących usiłowanie udolne czy nieudolne na gruncie poszczególnych kodeksów karnych. Wskazane informacje normatywne – jeżeli w ogóle przyjmie się, że taką właśnie funkcję pełniły przytaczane przez Sąd Najwyższy określenia „zamierzone przestępstwo” i „zamierzony skutek” – musiały więc znaleźć deskryptywne odzwierciedlenie na gruncie historycznych poprzedników

niczy 2007, nr 2, s. 60 i n.; J. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 369 i n.; A. Jezussek, *Brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego* (w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.), *Państwo i Prawo* 2015, nr 3, s. 87. Zob. również komentarze do art. 13 k.k.

¹² K. Kmań, *Glosa...*, s. 161–162.

¹³ Zob. M. Małecki, *Glosa...*, s. 227.

¹⁴ Zob. A. ZoII, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1991, nr 23, s. 71; W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1993, nr 3, s. 94 i n.

aktualnie obowiązującego art. 13 § 2 k.k. Rozwój nauki prawa karnego spowodował natomiast, że w początkach XXI wieku nie zachodzi konieczność eksponowania na gruncie art. 13 § 2 k.k. znamion wskazujących *in concreto* na niemożliwość dokonania czynu zabronionego zamierzonego przez konkretnego sprawcę, ponieważ tzw. subiektywna determinanta bezprawności omawianej kategorii czynów wynika z generalnego i konstrukcyjnego warunku prawnokarnie relewantnej bezprawności omawianej kategorii zachowań w wieloaspektowej strukturze przestępstwa.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na przekonujące stanowisko S. Tarapaty, którego zdaniem gdyby treść art. 13 § 2 k.k. miała przesądzać o przyjęciu stanowiska obiektywistycznego, to przepis powinien mówić o „braku jakiegokolwiek przedmiotu stanowiącego desygnat dobra prawnego, które wedle zamiaru sprawcy miało zostać zaatakowane”¹⁵, co podważa argumentację Sądu Najwyższego, zdaniem którego to właśnie koncepcja subiektywizująca wymagałaby od ustawodawcy posłużenia się w treści art. 13 § 2 k.k. innymi sformułowaniami¹⁶. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca powinien precyzyjnie komunikować swe myśli w treści przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a więc, siłą rzeczy, odzwierciedlać cele danej regulacji w treści normy postępowania, której adresaci powinni móc

¹⁵ Zob. S. Tarapata, Ile udołności...: „Trudno podzielić sugestię Sądu Najwyższego, iż gdyby do interpretacji art. 13 § 2 k.k. adekwatna miała być wyłącznie koncepcja subiektywistyczna, przepisowi temu nadano by zupełnie inne brzmienie. Równie dobrze można byłoby przecież twierdzić, że jeżeli zamierzeniem prawodawcy miało być to, by wyrażenie «przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego» rozumieć obiektywistycznie, to i taka intencja mogłaby znaleźć swe pełne odzwierciedlenie w treści ustawowych przesłanek usiłowania nieudolnego. Tymczasem w art. 13 § 2 k.k. ewidentnie na taki zamiar ustawodawcy nie wskazano. Prawodawca nie sformułował przepisu na przykład tak: «Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie nie jest możliwe ze względu na brak jakiegokolwiek przedmiotu stanowiącego desygnat dobra prawnego, które wedle zamiaru sprawcy miało zostać zaatakowane, lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego». Oznacza to, że posiłkując się dyrektywami językowymi, nie da się przesądzić, czy znamię «przedmiot nie nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego» powinno być rozumiane subiektywistycznie czy też obiektywistycznie. Z tego też powodu problem ten powinien zostać rozstrzygnięty przy użyciu innych niż leksykalna metod interpretacji, do których zresztą – jak już o tym wspomniano – nawiązał Sąd Najwyższy, lecz posłużył się w tym zakresie wadliwą argumentacją”.

¹⁶ Zob. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16: „W wykładni językowej szczególne znaczenie powinno mieć odwołanie się do syntaktyki sformułowania «brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego» w kontekście pełnego brzmienia przepisu. Z punktu widzenia funkcji wyrazów w zdaniu, nie jest ono równoważne formule «brak desygnatów (przedmiotu), na które nakierowany jest zamiar sprawcy», użytej w treści pytania. Gdyby ustawodawca chciał nadać omawianemu znamieniu przedmiotowemu to drugie znaczenie w konstrukcji prawnej usiłowania nieudolnego, zamieściłby w przepisie przytoczoną w pytaniu formułę, która zawęzałaby zbiór desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej według kryterium podmiotowego, a ściślej w zależności od zamiaru sprawcy *in concreto*”.

bezbłędnie dowiedzieć się, jakie zachowanie jest od nich w danych okolicznościach wymagane lub jakiego postępowania dana norma prawna im zakazuje. W tym kontekście komentarza wymaga następująca wypowiedź K. Kmąka (wygłoszona na kanwie cytowanej wyżej argumentacji S. Tarapaty) „Wg mojego stanowiska należałoby to dookreślić o dobro prawne konkretnego dysponenta (z przepisu wynikałoby, że jeśli sprawca strzela do trupa, a w jego zasięgu znajdują się inne żywe osoby, to usiłowanie nieudolne nie może zachodzić, ponieważ zamierzał zaatakować życie). Po drugie obecna redakcja przepisu i tak bardziej przypomina propozycję obiektywistyczną, a nie subiektywistyczną”¹⁷.

Ustosunkowując się do kwestii lepszego odzwierciedlenia w treści art. 13 § 2 k.k. stanowiska obiektywizującego czy subiektywizującego należy zauważyć, że istnieje w gruncie rzeczy nieskończona liczba możliwych wariantów wyrażenia w danym języku ogólnym (naturalnym) identycznych treści, za pomocą różnych pojęć języka lub różnych kombinacji zdaniowych bazujących na tym samym zestawie wyrazów, określeń czy charakterystyk. Krótko mówiąc, zawsze istnieje możliwość wyrażenia tych samych treści w sposób alternatywny, bez względu na przyjętą w danym porządku prawnym konstrukcję danego przepisu i jego interpretację zaakceptowaną przez autora. Możliwość wyrażenia tej samej myśli „lepiej” oznacza więc w istocie rzeczy najczęściej, że sformułowana ona zostaje „inaczej”, co w żadnej mierze nie oznacza ani tym bardziej nie przesądza, że treść zastanego przepisu powinna być interpretowana w taki, a nie inny sposób. Innymi słowy, wskazanie na alternatywne brzmienie przepisu nigdy nie może być samoistnym argumentem w dyskusji o akceptowalnych i preferowanych sposobach wykładni danej jednostki redakcyjnej tekstu ustawy, chyba że towarzyszy mu argumentacja systemowa (wewnętrzna lub zewnętrzna) i wiążące się z nią zasady rozróżniania pojęć odróżnionych w danym akcie normatywnym czy postulaty utożsamiania pojęć celowo utożsamionych przez ustawodawcę. Ten ostatni przypadek w omawianej sytuacji jednak nie zachodzi.

Pozostając w obszarze językowych dyrektyw wykładni tekstu prawnego należy zauważyć, że o braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego mowa jest w art. 13 § 2 k.k. w kontekście błędu zachodzącego po stronie sprawcy, który nie uświadamia sobie, że dokonanie czynu zabronionego jest niemożliwe. Wszystkie informacje zawarte w art. 13 § 2 k.k. zmierzają w istocie rzeczy do wyeksponowania tej jednej, podstawowej właściwości usiłowania nieudolnego: mylnego wyobrażenia sprawcy, który zmierza do dokonania. Miałem już okazję odnotować, że zasadność zindywidualizowanego podejścia do wykładni przedmiotu czynności wykonawczej, wskazującej na konkretny nośnik wartości chronionej prawnie,

¹⁷ K. Kmąk, *Glosa...*, s. 162, przypis 11.

wzmocnia argument semantyczny, gdyż w art. 13 § 2 k.k. mowa jest o nadaniu się przedmiotu do popełnienia „na nim” czynu zabronionego¹⁸. Jeżeli nośnik dobra prawnie chronionego może przybrać postać fizyczną, co ma miejsce w przypadku typowej kradzieży, przyimkowo-zaimkowe określenie „na nim” wymaga każdorazowego zindywidualizowania relewantnego w danym wypadku przedmiotu czynności wykonawczej. Wynika z tego, że subiektywne determinanty postępowania sprawcy oraz zindywidualizowane właściwości przedmiotu czynności wykonawczej, na którym sprawca ma zamiar dokonać czynu, znalazły odzwierciedlenie w językowej konstrukcji art. 13 § 2 k.k., a zatem powinny być wzięte pod uwagę podczas jego wykładni.

W związku z powyższym nie może zostać zaakceptowane następujące stwierdzenie K. Kmąka: „Przedmiotem czynności wykonawczej jest rzecz lub osoba, wobec której sprawca realizuje zamię czasownikowe określone w opisie czynu zabronionego. Z braku jakichkolwiek zawężeń w treści art. 13 § 2 k.k. należy przyjąć, że dla usiłowania nieudolnego konieczne jest, by w sytuacji, w której sprawca podejmuje swoje zachowanie, nie znajdował się jakikolwiek obiekt mogący pełnić rolę przedmiotu wykonawczego czynu zabronionego”¹⁹.

Na gruncie zacytowanego stanowiska powstaje pytanie, skąd mamy wiedzieć, jakie „zamię czasownikowe określone w opisie czynu zabronionego”, związane z określoną rzeczą lub osobą stanowiącą przedmiot czynności wykonawczej realizuje sprawca usiłowania, skoro przedmiot ów powinien być interpretowany czysto obiektywnie? Skąd w ogóle wiadomo, jaki typ czynu zabronionego pod groźbą kary ma być objęty konstrukcją badanego usiłowania? Co więcej, autor stwierdza wyraźnie, że „dla usiłowania nieudolnego konieczne jest, by w sytuacji, w której sprawca podejmuje swoje zachowanie, nie znajdował się jakikolwiek obiekt mogący pełnić rolę przedmiotu wykonawczego czynu zabronionego”²⁰. Stojąc tuż obok ofiary sprawca może ją, obiektywnie rzecz biorąc, znieważyć, zgwałcić, okraść albo nawet zabić. Rodzi się pytanie, o jaki przedmiot wykonawczy chodzi i który typ czynu zabronionego ma być w tym przypadku punktem odniesienia? Oczywiście nie da się tego ustalić, jeśli nie uwzględni się, jaki zamiar przyświecał sprawcy przystępującemu do usiłowania, co jest zgodne z postulatami interpretacji subiektywizującej.

Istotna rola zamiaru towarzyszącego sprawcy czynu zabronionego wspomniana zostaje w ostatnim akapicie glosy K. Kmąka, gdzie zaznacza się wyraźnie, że prezentowana interpretacja „nie abstrahuje zupełnie od podmiotowych elementów usiłowania nieudolnego”²¹, a zamiar sprawcy wpływa na:

¹⁸ Zob. M. Małecki, *Glosa...*, s. 227–228.

¹⁹ K. Kmąk, *Glosa...*, s. 162.

²⁰ K. Kmąk, *Glosa...*, s. 162.

²¹ K. Kmąk, *Glosa...*, s. 167.

„1) ustalenie dobra prawnego będącego przedmiotem zamachu ze strony sprawcy, 2) ustalenie, kto jest dysponentem tego dobra, 3) kwalifikację prawną zachowania sprawcy (jest to niezbędne dla określenia co w ogóle może być przedmiotem czynności wykonawczej, o którym mówi art. 13 § 2 k.k.)”²².

Wszystkie trzy przytoczone wyżej zastrzeżenia zasługują na aprobatę. Jeżeli jednak zamiar sprawcy wpływa na ustalenie dobra prawnego będącego przedmiotem zamachu, dysponenta tego dobra oraz kwalifikację prawną zachowania sprawcy, w tym wskazanie przedmiotu czynności wykonawczej, o którym mówi art. 13 § 2 k.k., to – wbrew głównemu kierunkowi analizowanej glosy – nieodzowne staje się dopowiedzenie, że zamiar sprawcy determinuje przede wszystkim ustalenie, czy w ogóle doszło do zagrożenia dobru prawnemu, którego naruszenie było celem działania sprawcy przystępującego w danym miejscu i czasie do usiłowania. Zagrożenie dla dobra prawnego mogło być bowiem niemożliwe, z uwagi na rozbieżność między tym, co sprawca chciał osiągnąć, a tym, co *in concreto* mógł osiągnąć, a w rezultacie usiłowanie to, ze względu na cel działania sprawcy, zorientowany na konkretny nośnik dobra chronionego prawnie, mogło okazać się w danych okolicznościach nieudolne. W ostatnim akapicie glosy K. Kmąka uczyniono więc dokładnie to, co w glosie tej krytykowano, gdy odnoszono się do lakonicznych uwag Sądu Najwyższego związanych z kwestią subiektywnego przypisania sprawcy odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne (zdaniem autora świadczą one o niespójności omawianej uchwały²³) – z dostrzeżonej roli zamiaru, jaki towarzyszy sprawcy usiłowania, nie wyprowadzono odpowiednich wniosków, gdy analizowano w sposób czysto obiektywny (a więc nietrafny, co wynika z ostatniego akapitu glosy) znamię „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”.

Pominięcie roli zamiaru przy wyznaczaniu prawnokarnie relewantnego zagrożenia dla dobra prawnego, chronionego w danym typie czynu zabronionego, a w konsekwencji w ramach ustalania, jak rozumieć znamię „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, prowadzi do kontrfaktycznych rezultatów w sferze stosowania prawa. Dobrze ilustruje to następujące stwierdzenie K. Kmąka: „Z takim ujęciem (obiektywizującym – dop. M.M.) nie zgadza się M. Małecki, który podaje przykład sprawcy rozboju usiłującego dokonać zaboru pieniędzy, których ofiara nie ma. Zdaniem tego autora w tym przypadku należy przyjąć jedynie karalne usiłowanie nieudolne rozboju. Rozbój (art. 280 § 1 k.k.) ma dwa przedmioty wykonawcze: cudzą rzecz ruchomą i człowieka. W omawianym przykładzie cudza rzecz ruchoma obiektywnie wystąpiła. Sprawca wprawdzie nie może zabrać pieniędzy, bo ofiara ich nie ma, ale w jego zasięgu

²² K. Kmąk, Glosa..., s. 167.

²³ K. Kmąk, Glosa..., s. 166.

wciąż znajdują się inne rzeczy ruchome jak np. ubranie pokrzywdzonego. Zamiarem sprawcy było dokonanie zaboru cudzej rzeczy ruchomej, a ta znajdowała się w zasięgu jego działania”²⁴.

Jak widać, obiektywizująca wykładnia interesującego nas znamienia prowadzi do ustalenia, że w opisanej sytuacji zamiar sprawcy obejmował dokonanie zaboru cudzej rzeczy ruchomej, np. ubrania pokrzywdzonego, czyli po prostu czegokolwiek. Wniosek ten jest ewidentnie kontrfaktyczny, gdyż przedmiotem zamiaru sprawcy oczywiście nie było cokolwiek, lecz tylko i wyłącznie pieniądze. Uznanie, że sprawca miał zamiar ukraść ofierze skarpetki bądź bieliznę byłoby tak samo absurdalne jak stwierdzenie, że miał on zamiar ją zgwałcić lub porwać dla okupu. Tak oto teoretyczne zapatrywania na kształt jednego ze znamion czynu zabronionego pod groźbą kary prowadzą do zafałszowania rzeczywistości pozanormatywnej, wymuszając w określonych uwarunkowaniach procesowych ustalenie wbrew faktom (a więc wbrew prawdzie), że dany sprawca miał zamiar zabrać cudzą rzecz ruchomą, której nigdy nie chciał nikomu zabrać.

Analizowany problem nie ogranicza się jednak do odpowiedniego rozumienia ustawowego określenia wskazującego na przedmiot czynności wykonawczej, scharakteryzowany deskryptywnie w treści art. 13 § 2 k.k., lecz dotyczy obligatoryjnego warunku bezprawności omawianego czynu karalnego, jakim jest sprowadzenie (w przypadku usiłowania udolnego) lub brak sprowadzenia (w przypadku usiłowania nieudolnego) rzeczywistego zagrożenia dla dobra prawnego w postaci mienia (własności). W przypadku nieudanego rozboju, jeśli ofiara nie miała przy sobie pieniędzy, po które przyszedł napastnik, innej rzeczy ruchomej w postaci obuwia, okularów czy maseczki antysmogowej należącej do pokrzywdzonego, które nie interesowały sprawcy, nie zagrażało żadne niebezpieczeństwo. Jeżeli więc nie zagrażało im niebezpieczeństwo, a dokonanie zaboru pieniędzy było *ex ante* niemożliwe, to sprawca nie mógł bezpośrednio zmierzać do dokonania w rozumieniu art. 13 § 1 k.k. Opisywany czyn nie mógł być zatem usiłowaniem udolnym rozboju.

Gdyby konsekwentnie trzymać się założeń przyjętych przez Sąd Najwyższy i w rezultacie upierać się, że w omawianych sytuacjach mamy do czynienia z obiektywnym zagrożeniem dla mienia, równie dobrze można by twierdzić, że opisane zdarzenie było usiłowaniem udolnym zgwałcenia, ponieważ sprawca mógł zmodyfikować swoje zachowanie tak, by zgwałcić pokrzywdzonego zamiast go okradać. Widać jednak wyraźnie, że wolności seksualnej napadniętej osoby nic nie zagrażało, ponieważ sprawca nie miał zamiaru dopuszczać się zgwałcenia – tak samo i mieniu w postaci roweru nie groziło żadne niebezpieczeństwo, skoro sprawca miał na celu zabranie pieniędzy. To, że sprawca obiektywnie zademonstrował zamiar zabrania

²⁴ K. K mą k, Glosa..., s. 162.

komuś pieniędzy nie oznacza, że zrealizował znamiona usiłowania udolnego zrobienia tego wszystkiego, co mógł uczynić zamiast zabrania pieniędzy, gdyby tylko zechciał odpowiednio zmodyfikować swój poprzedni zamiar.

Może się oczywiście zdarzyć, że po wykonaniu czynu sprowadzającego się do usiłowania nieudolnego rozboju w stosunku do pieniędzy (art. 13 § 2 w zw. z art. 280 § 1 k.k.) – gdy sprawca wyjdzie już z błędu, w którym pozostawał przystępując do tego czynu – zmodyfikuje on swoje zachowanie w ten sposób, że poweźmie nowy zamiar sprowadzający się np. do zabrania ofierze roweru. Dopiero jednak od tego momentu ów zupełnie nowy czyn, zapoczątkowany nowym zamiarem – nie ten sam czyn w rozumieniu art. 11 § 1 k.k. w stosunku do wcześniejszego usiłowania nieudolnego²⁵ – zacznie realizować znamiona usiłowania udolnego zabrania tej innej od pieniędzy cudzej rzeczy ruchomej.

Niczego nie wnosi do dyskusji argumentacja K. Kmąka, ujęta w następujących słowach (dla jasności konieczne jest posłużenie się dłuższym cytatem): „(...) Sprawca chciał zabić A, ale pomylił go z B i rozpoczął bezpośrednie zmierzanie do spowodowania śmierci B. Według stanowiska obiektywistycznego mamy tu do czynienia z nieistotnym błędem co do osoby. Zarówno A jak i B są desygnatami znamienia przedmiotu czynności wykonawczej art. 148 § 1 k.k., którym jest człowiek. Natomiast wg teorii subiektywistycznej mamy tutaj błąd co do przedmiotu czynności wykonawczej. Zamiar sprawcy był bowiem skierowany na spowodowanie śmierci A, a A w tej sytuacji nie wystąpił. B jest desygnatem znamienia wykonawczego, do którego zamiar sprawcy się już nie odnosił. Należałoby zatem tutaj przyjąć (w sytuacji braku dokonania) usiłowanie nieudolne spowodowania śmierci A, co chociażby z przyczyn kryminalno-politycznych wydaje się nie do przyjęcia. Po-

²⁵ Z ustaleń współczesnej nauki o tożsamości czynu w prawie karnym wynika, że granice przedmiotu wartościowania w rozumieniu art. 11 § 1 k.k. wyznaczone są w oparciu o spretyzowane w przepisie typizującym znamię czynności sprawczej (znamię czasownikowe). Na temat tożsamości czynu w prawie karnym zob.: J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, Toruń 2006, s. 43 i n.; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 108 i n. Odrebnym czynem jest więc bezpośrednie zmierzanie do zaboru cudzej rzeczy ruchomej w zamiarze zabrania pieniędzy i następujące potem, bezpośrednie zmierzanie do zabrania cudzej rzeczy ruchomej w zamiarze zabrania roweru. W tym samym kierunku: A. Jezussek, *Brak przedmiotu...*, s. 94: „Po pierwsze, może być tak, że sprawca początkowo zamierzał dokonać zaboru większej kwoty pieniędzy, lecz gdy okazało się to niemożliwe, zmienił zamiar i dokonał przestępstwa, które polegało na kradzieży mniejszej gotówki. Oznacza to, że jego zachowanie należałoby kwalifikować jako dwa czyny: pierwszy – jako usiłowanie nieudolne zaboru pieniędzy w kwocie, której nie było w sejfie banku; drugi – jako dokonany zabór pieniędzy w mniejszej kwocie. Po drugie, mogło być tak, że sprawca od początku zamierzał nie tyle dokonać kradzieży pieniędzy o określonej wartości, ile kradzieży pieniędzy do określonej wartości. Wówczas fakt, że zabrał pieniądze znajdujące się w banku, oznaczałoby, że były one w świetle jego zamiaru zdadne do popelnienia na nich czynu zabronionego”.

wyższy przykład można odnieść do sytuacji, gdy sprawca atakuje pokrzywdzonego licząc na to, że ma on przy sobie portfel (A), podczas gdy pokrzywdzony portfela nie posiada, ale w jego kieszeni znajduje się telefon komórkowy (B). Zarówno A jak i B są desygnatami znamienia przedmiotu czynności wykonawczej art. 280 § 1 k.k. Urojenie sobie desygnatu A nie powinno decydować o kwalifikacji tego zachowania jako usiłowania nieudolnego, skoro wciąż możliwe jest dopuszczenie się rozboju wobec osoby posiadającej telefon komórkowy (desygnat B). Poza tym przedmiotem zamiaru sprawcy rozboju na ogół są po prostu przedmioty, jakie ma przy sobie ofiara czynu zabronionego, niezależnie od ich dokładniejszego wyobrażenia²⁶.

Po pierwsze można odnieść wrażenie, że kwalifikacja prawna czynu sprawcy próbującego zabić osobę B, która pomyłona została z osobą A, jako usiłowania nieudolnego zabójstwa osoby A, kategorycznie odrzucona przez autora glosy wynika właśnie ze stanowiska Sądu Najwyższego, przedstawionego w omawianej uchwale. Skoro sprawca chciał zabić osobę A, której tam nie było, to z uwagi na brak wyobrażonego sobie przez sprawcę przedmiotu czynności wykonawczej uznanie opisanego czynu za usiłowanie nieudolnego zabójstwa osoby A wydaje się ze wszelkich miar uzasadnione. Stanowisko obiektywizujące – w wersji zaproponowanej przez siedmiu sędziów – głosi jednak, że w omawianej sytuacji doszło jednocześnie do usiłowania udolnego zabicia osoby B, która została faktycznie zaatakowana. W tym ujęciu (w ślad za wskazaniem Sądu Najwyższego co do poszanowania zasady subiektywizacji odpowiedzialności karnej) do rozstrzygnięcia pozostaje niełatwy problem ustalenia, że sprawca miał zamiar zabić osobę B, skoro był on przekonany, że zabija kogoś innego i w rzeczywistości nie miał zamiaru spowodować śmierci faktycznie atakowanej przez siebie osoby.

Po drugie, przytoczony przez K. Kmąka stan faktyczny ilustruje klasyczny problem nieistotnego błędu co do osoby (*error in personam*), rozpoznany przed dziesiątkami lat w nauce prawa karnego – którego w żadnym razie nie należy utożsamiać z prawnokarnie istotnym zboczeniem działania (*aberratio ictus*)²⁷ – a tego rodzaju przypadek również na gruncie stanowiska subiek-

²⁶ K. Kmąk, Glosa..., s. 164–165.

²⁷ Zob. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2002 r., sygn. II AKa 331/02, KZS 2003, nr 7–8, poz. 67; wyrok SN z dnia 13 maja 2002 r., sygn. V KKN 141/01, LEX nr 53914; S. Glaser, Polskie prawo karne w zarysie, Kraków 1933, s. 184; J. Makarewicz, Zboczenie działania, Głos Sądownictwa 1934, nr 3, s. 197 i n.; S. Glaser, Error in objecto a aberratio ictus, Głos Sądownictwa 1934, nr 3, s. 285 i n.; W. Górski, Charakter prawny *aberratio ictus*, Państwo i Prawo 2006, nr 11, s. 80 i n.; W. Wolter, K. Buchała, Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część ogólna. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie, Kraków 1979, s. 207; A. Barczak-Oplustil, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2004, nr 2, s. 201–207; S. Tarapata, Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna, Warszawa 2016, s. 447–455.

tywizującego uznany będzie, w mojej ocenie, za klasyczne usiłowanie udolne zabójstwa osoby B. Nie ulega przecież wątpliwości, że sprawca rozpoczął bezpośrednie zmierzanie do zabicia osoby B i to właśnie życiu osoby B zagrażało bezpośrednie niebezpieczeństwo. Sprawca powziął zamiar zabicia osoby B i *in concreto* skierował swoje działanie na ten właśnie nośnik dobra prawnego.

Po trzecie należy zauważyć, że z gruntu nietrafna jest zastosowana przez autora analogia opisanego wyżej przypadku zabójstwa osoby B zamiast osoby A do próby zabrania pokrzywdzonemu portfela (obiekt A), którego ten nie posiada (ma za to telefon komórkowy – obiekt B). Jeżeli sprawca przystąpił do próby zabrania pokrzywdzonemu portfela, którego ten nie miał, to czyn ten nie sprowadzał zagrożenia dla dobra prawnego w postaci telefonu komórkowego. Obiektowi B nie zagrażało niebezpieczeństwo, ponieważ sprawca zmierzał do zabrania wyłącznie obiektu A (portfela), którego zabrać nie mógł. Tymczasem w przykładzie sprawcy usiłującego zabić osobę B, który mylnie sądził, że ma do czynienia z osobą A, pokrzywdzonemu, który został faktycznie zaatakowany groziło już bardzo poważne niebezpieczeństwo – dlatego czyn sprawcy należało uznać za usiłowanie nieudolne rozboju w stosunku do portfela oraz za usiłowanie udolne zabójstwa osoby B.

Analogii stanie się zadość, jeżeli podany przez autora przykład usiłowania zabójstwa zostanie nieco zmodyfikowany. Snajper usiłuje zabić osobę A, o której sądzi, że ta wsiadła właśnie do samochodu na tylne miejsce dla pasażera (przyciemnione szyby uniemożliwiają mu jednak wiarygodną ocenę sytuacji). Snajper celuje i oddaje strzał w kierunku tylnej szyby, sądząc, że trafi w pokrzywdzonego. Atak wymierzony w osobę A, której jednak nie było w pojeździe, oczywiście nie oznacza, że zagrożone zostało również życie osoby B – kierowcy siedzącego z przodu (atak na portfel, którego pokrzywdzony nie miał, nie świadczy o zagrożeniu dla znajdującego się tuż obok telefonu, bez względu na to, czy właścicielem obu przedmiotów jest ta sama czy dwie różne osoby). Snajper dostał zlecenie na zabicie osoby A i oczywiście nie zamierzał zabijać jej szofera. Zwolennik obiektywnego podejścia do interpretacji znamienia „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” musiałby jednak przyjąć, że snajper dopuścił się usiłowania udolnego zabójstwa osoby B, mógł bowiem tak zmodyfikować swoje zachowanie, aby oddać celny strzał w stronę kierowcy pojazdu. Przypisanie snajperowi umyślnego usiłowania udolnego zabójstwa osoby B okazuje się jawnie kontrfaktyczne i jako takie nie zasługuje na akceptację.

W tym kontekście nie ma podstaw rozróżnienie wprowadzone przez K. Kmąka w końcowej części następującego fragmentu glosy: „Jeżeli sprawca działa przeciwko dobrom prawnym podmiotu i ten podmiot nie posiada przy sobie przedmiotów stanowiących nośnik atakowanego dobra prawnego

(tym samym dokonanie czynu zabronionego jest obiektywnie niemożliwe w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.), to tego stanu nie zmienia fakt, iż w zasięgu czynności sprawczej działającego znajdują się inne podmioty, których dobro prawne mogłoby zostać zagrożone przez tego sprawcę, który jednak ich nie atakuje (należy to odróżnić od sytuacji, gdy w zasięgu sprawcy znajdują się inne przedmioty – nośniki atakowanego dobra prawnego, przysługujące temu samemu podmiotowi)²⁸. Stanowisko to jest niespójne z podstawowym założeniem koncepcji obiektywnej, zgodnie z którym nie uwzględnia się zamiaru sprawcy skierowanego na zindywidualizowany nośnik dobra chronionego prawnie. Nie może więc znaczenia, czy dysponentem obiektywnie zagrożonego dobra jest jedna i ta sama czy dwie różne osoby.

Dostrzegając problem istotnej roli zagrożenia dla dobra prawnego, różnicującego obie postacie usiłowania, K. Kmak stara się wykazać, że zamiar sprawcy wcale nie przesądza o zagrożeniu dla dobra prawnego. Píše on: „Okoliczność, że sprawca nie zamierza zabierać niczego poza pieniędzmi, nie oznacza automatycznie, że nie tworzy zagrożenia dla dobra prawnego z art. 280 § 1 k.k., tj. mienia. Dla stwarzania realnego zagrożenia zamiar sprawcy nie jest przesądający. Przykładowo przestępstwa nieumyślne z góry zakładają brak umyślności, a jednocześnie wystąpienie niebezpieczeństwa uszczerbku na dobru prawnym. Stworzenie zagrożenia dla dobra prawnego nie oznacza automatycznie, iż było to objęte zamiarem sprawcy”²⁹.

Zacytowana argumentacja jest bezprzedmiotowa, gdyż opiera się na diametralnie odmiennej klasie sytuacji faktycznych, mianowicie czynach nieumyślnych, w ramach których zamiar sprawcy *nomen omen* występować nie może. Bezprawność czynu pozbawionego elementów umyślności w rozumieniu art. 9 § 1 k.k. determinowana jest czynnikami czysto obiektywnymi, np. stopniem nieostrożności postępowania sprawcy. Tymczasem przedmiotem prowadzonej aktualnie dyskusji jest odmienna kategoria czynów, podejmowanych właśnie dlatego, że sprawca mylnie wyobraża sobie możliwość dokonania określonego czynu zabronionego (usiłowanie nieudolne). Bez zamiaru dokonania kradzieży z włamaniem nigdy nie rozpocznie i nie urzeczywistni się czyn polegający na zmierzaniu sprawcy do zabrania cudzej rzeczy ruchomej po przełamaniu chroniącego ją zabezpieczenia, dlatego w teorii prawa karnego mowa jest w tych specyficznych sytuacjach o tzw. subiektywnej determinancie bezprawności czynu, bez której zachowanie sprawcy pozostaje prawnokarnie irrelewantne.

Jeśli argumentacja wskazująca na to, że zagrożenie dla dobra prawnego jest w opisywanych kategoriach sytuacji niezależne od złego zamiaru sprawcy, miałyby wnieść cokolwiek do prowadzonej obecnie dyskusji, należałoby

²⁸ K. Kmak, Glosa..., s. 160–161.

²⁹ K. Kmak, Glosa..., s. 165.

poddać pod rozwałę typową sytuację, w jakiej zostają postawione osoby podróżujące autobusem. W myśl interpretacji abstrahującej od zamiaru sprawcy należałoby uznać, że osoby stojące obok siebie w autobusie obiektywnie i wzajemnie stwarzają realne zagrożenie dla dobra prawnego w postaci własności, a więc zmierzają bezpośrednio do zabrania cudzej rzeczy ruchomej w rozumieniu przepisów o usiłowaniu udolnym, ponieważ w zasięgu ich ręki znajduje się bardzo dużo rzeczy, które można zabrać. Pasażer jest oczywiście w stanie tak zmodyfikować swoje zachowanie, by bierną pozycję stojącą lub siedzącą zamienić na aktywne zabieranie cudzej torebki czy plecaka. Czy wobec tego K. Kmak skłonny byłby przyjąć, że podróżując tym samym autobusem pasażerowie permanentnie i wzajemnie atakują swoje dobra prawne, sprowadzając niebezpieczeństwo dla cudzych rzeczy ruchomych, bez względu na to, że żaden z nich nie ma wtedy zamiaru nikogo okraść? Odpowiedź na to pytanie musi być oczywiście negatywna.

Przeciwko subiektywizującej interpretacji art. 13 § 2 k.k. przemawiać ma, zdaniem autora glosy, ryzyko sprowadzenia całego zagadnienia do absurdu. K. Kmak motywuje swoje stanowisko w następujący sposób: „Zawężanie kręgu przedmiotów czynu zabronionego prędzej czy później doprowadzi do absurdu. Jeżeli bowiem sprawca chce zabrać pieniądze – to czy mamy ustalać, o jaką walutę tu chodzi? A jeżeli sprawca zamierzał zabrać ofierze 1000 zł, a ta miała przy sobie tylko 999 zł? We wszystkich tych przypadkach można się dopatrzeć okoliczności, w których sprawca rezygnuje z dokonania zaboru tych przedmiotów, ponieważ nie odpowiadają one jego oczekiwaniom”³⁰.

Problem udolności usiłowania w perspektywie niezadowolającej ilości pieniędzy, jakie miała przy sobie ofiara, starałem się rozwiązać z wykorzystaniem klarownego, jak się wydaje, argumentu nawiązującego do matematycznej teorii zbiorów. „Biorąc pod uwagę specyfikę prawnokarnego statusu pieniądza stanowiącego rzecz ruchomą – pisałem – uprawnione wydaje się rozumowanie sprowadzające się do stwierdzenia, że sprawca, który chce ukraść komuś 200 zł (w praktyce może chodzić o wszystkie pieniądze, która ktoś ma przy sobie), chce zarazem ukraść wszystkie desygnaty pieniądza tworzące w sumie wartość majątkową reprezentowaną przez kwotę 200 zł. Elementami zbioru tworzącego wartość 200 zł są poszczególne «złotówki» składające się na tę sumę, zaś sprawca obejmuje celem przywłaszczenia każdą z nich”³¹. Jeśli więc napastnik atakuje pokrzywdzonego, który ma przy sobie tylko 5 zł, usiłowanie rozboju jest jak najbardziej udolne. Sprawca miał zamiar zabrać (także) tę 5-złotową monetę³². W tym ujęciu nie może być mowy o absurdzie, na który powoływano się w cytowanej glosie.

³⁰ K. Kmak, Glosa..., s. 163.

³¹ M. Małeck i, Glosa..., s. 228.

³² Dlatego rację ma siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, którzy w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16 stwierdzają: „Z ustalonego stanu faktycznego

Ocena prawna zdarzenia, związana z charakterystyką przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, może nastroczać niekiedy dodatkowych trudności w przypadku rzeczy ruchomych o stosunkowo niewielkiej wartości majątkowej. Z omówionych względów wysubtelnienia wymaga generalne stanowisko K. Kmąka, zdaniem którego: „Jeżeli sprawca włamuje się do lokalu, w którym, wbrew jego oczekiwaniom, znajdują się przedmioty o niskiej wartości majątkowej (np. potłuczone doniczki – dop. M.M.), to należy uznać to za usiłowanie udolne. Miał zamiar dokonania zaboru cudzej rzeczy ruchomej, która znalazła się w zasięgu jego działania (np. potłuczonych doniczek – dop. M.M.). Zamiar w momencie rozpoczęcia przełamывania zabezpieczenia odnosił się do rzeczy znajdujących się w lokalu, którego zabezpieczenie przełamывał – by były one objęte jego zamiarem, nie jest konieczne, by dokładnie znał ich właściwości i przydatność (*ergo* – sprawca miał zamiar zabrania potłuczonych doniczek – dop. M.M.). Niezabranie tych rzeczy po przełamaniu zabezpieczenia nie świadczy o tym, że nie były one objęte zamiarem sprawcy, lecz o tym, że w momencie zidentyfikowania ich właściwości sprawca uznał je za nieatrakcyjne i w związku z tym odstąpił od dokonania”³³.

Po pierwsze, znajdujące się w pomieszczeniu obiekty mogą zostać uznane za przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego w rozumieniu art. 13 § 1 k.k., objętego zamiarem sprawcy (usiłowanie udolne) tylko wtedy, gdy sprawca przystępując do usiłowania nie skonkretyzował dokładnie rzeczy, które chciał zabrać. Przykładowo: włamywał się do pomieszczenia, żeby ukraść „jak najwięcej się da”, „wszystko co tam będzie” itp. Jeśli jednak włamywacz dostał się do lokalu oczekując, że wejdzie w posiadanie konkretnego przedmiotu lub pewnej klasy przedmiotów, np. biżuterii, pieniędzy, roweru, sprzętu elektronicznego itp., a zastał wewnątrz jedynie puste ściany i potłuczone doniczki o wartości 3 zł, trudno w praktyce życia przyjąć, by miał realny zamiar dokonania kradzieży tego rodzaju „śmieci”, stanowiących minimalną wartość majątkową i zupełnie do niczego niepotrzebnych.

Po drugie, dokładne sprecyzowanie przedmiotów objętych zamiarem sprawcy w perspektywie ich wartości majątkowej w odniesieniu do obiektów, które faktycznie znalazły się w zasięgu sprawczym osoby przystępującej do usiłowania, okazuje się nieodzowne w obliczu funkcjonującej w polskim po-

w sprawie, w której zadano pytanie prawne w trybie art. 441 § 1 k.p.k. wynika, że sprawca, który użył przemocy wobec osoby w celu zaboru pieniędzy, nie znajdując u niej spodziewanej kwoty, zdecydował spontanicznie, że nie zabierze jej 5 zł. Pomijając to, że mała kwota pieniężna, do której sprawca miał dostęp po zastosowaniu przemocy wobec osoby nie zaspokajała jego oczekiwań, to przecież oczywiste jest, że moneta wartości 5 zł stanowiła w zaistniałych okolicznościach przedmiot nadający się do zaboru, a więc zrealizowania znamion czynu zamierzonego”.

³³ K. Kmąk, *Glosa...*, s. 162–163.

rzędu prawnym konstrukcji tzw. typów przepołowionych, do których należy np. kradzież typu podstawowego (art. 278 § 1 k.k.) czy zniszczenie rzeczy (art. 288 k.k.). W rezultacie należy przyjąć, że „jeżeli złodziej kieszonkowy chce ukraść komuś portfel z całą jego zawartością, licząc na to, że będzie tam kilkaset złotych, a portfel z zawartością warty jest faktycznie tylko 200 zł, mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym kradzieży przestępnej, ponieważ zamiarem sprawcy objęte są rzeczy przekraczające granicę kontrawencjonalizacji, wynoszącą w 2017 r. 500 zł (których zabrać się nie da) (art. 13 § 2 w zw. z art. 278 § 1 k.k.), a jednocześnie dochodzi do usiłowania udolnego kradzieży wykroczeniowej, gdyż *a maiori ad minus* sprawca zainteresowany był także obiektywnie nadającym się do zabrania rzeczami wartymi 200 zł (art. 119 § 2 alternatywa 1 w zw. z § 1 k.w.)”³⁴.

„Na koniec należy zauważyć – pisze K. Kmak – że karalność usiłowania nieudolnego ma charakter wyjątkowy. Może zaistnieć, gdy wykluczona jest odpowiedzialność za usiłowanie udolne. Wyjątków zaś nie można interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*)”³⁵. W większości przeanalizowanych dotychczas przypadków odpowiedzialność sprawcy za usiłowanie udolne okazała się wykluczona, ponieważ nie zaktualizowało się

³⁴ Zob. M. Małecki, Glosa..., s. 229; oraz rozwinięcie tej argumentacji na blogu popularyzującym polskie prawo karne: M. Małecki, Skarpetki też rzecz, Dogmaty Karnisty, z dnia 18 stycznia 2017 r., <https://dogmatykarnisty.blogspot.com/2017/01/skarpetki-tez-rzecz.html> (dostęp w dniu 22 lipca 2017 r.): „Niewątpliwie mamy tu do czynienia z usiłowaniem nieudolnym kradzieży przestępnej – sprawca chciał zabrać dużo więcej pieniędzy, których tam nie było (art. 13 § 2 w zw. z art. 278 § 1 k.k.) oraz jednocześnie jest to usiłowanie udolne kradzieży wykroczeniowej (art. 119 § 2 alt. 1 k.w.). W myśl stanowiska obiektywizującego musielibyśmy jednak twierdzić, że usiłowanie kradzieży przestępnej miało charakter udolny, bo potencjalnie dało się ukraść coś droższego (np. zdjęć z palca ofiary złotą obrączkę). (...) gdyby sprawca dokonał opisanej kradzieży, czyli zrealizował w całości swój zamiar, jego czyn zostałby uznany tylko za wykroczenie, ponieważ wartość tego, co sprawca zabrał, nie przekroczyła granicy przepołowienia (zabranie rzeczy wartych 250 zł). Czyli sytuacja jest następująca: umyślne usiłowanie udolne kradzieży będącej przestępstwem zostaje skutecznie doprowadzone do końca i przekształca się wówczas w umyślne dokonanie kradzieży będącej tylko wykroczeniem. To się nie klei!”. Zob. także pytanie czytelnika z dnia 21 stycznia 2017 r.: „Co jeśli chcę ukraść Trylogię Sienkiewicza, ale się okazuje, że nie było Potopu, a mnie interesuje tylko «pełna wersja» trylogii” (Dogmaty karnisty, <https://dogmatykarnisty.blogspot.com/2017/01/skarpetki-tez-rzecz.html?showComment=1485006296720#c6206980830548931019>, dostęp w dniu 22 lipca 2017 r.), wraz z odpowiedzią z dnia 21 stycznia 2017 r.: „Jeśli mam zamiar zabrania w sumie 3 książek, to *ex ante* w momencie przystępowania do usiłowania mam zamiar zabrania każdej z nich. Więc jest usiłowanie udolne, bo były tam książki które mnie interesowały. Chyba że mówimy o kradzieży zwykłej (nie rozbój, bez włamania) i brak tej jednej książki decyduje, że dwie pozostałe są warte mniej niż 500 zł (czyli nie jest przekroczony próg wykroczenia). Wówczas zamiarem obejmowałoby popelnienie przestępstwa, którego dokonanie było niemożliwe – mamy usiłowanie nieudolne kradzieży przestępnej i usiłowanie udolne kradzieży wykroczeniowej” (Dogmaty karnisty, <https://dogmatykarnisty.blogspot.com/2017/01/skarpetki-tez-rzecz.html?showComment=1485006959336#c2358083822081302831>, dostęp w dniu 22 lipca 2017 r.).

³⁵ K. Kmak, Glosa..., s. 165.

zagrożenie dla dobra prawnego i dokonanie czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy nie było obiektywnie możliwe, a więc sprawca nie zmierzał bezpośrednio do dokonania w rozumieniu art. 13 § 1 k.k. Ewentualnie – w myśl argumentacji zaprezentowanej w omawianej uchwale – sprawca zrealizował znamiona przedmiotowe usiłowania udolnego, ale nie można mu przypisać zamiaru dokonania czynu zabronionego na konkretnym nośniku dobra chronionego prawnie, nieobjętym jego zamiarem, co zgodnie z zasadą subiektywizacji odpowiedzialności karnej wyklucza uznanie danego czynu za przestępstwo. W obu przypadkach spełniona zostaje podana przez K. Kmąka reguła: „(karalność usiłowania nieudolnego) może zaistnieć, gdy wykluczona jest odpowiedzialność za usiłowanie udolne”.

Stanowisko zaprezentowane w uchwale Sądu Najwyższego wiąże się pośrednio z interpretacją drugiego z alternatywnych znamion usiłowania nieudolnego, tj. użycia środka nienadającego się do popełnienia za jego sprawą czynu zabronionego. Choć znamię to, z uwagi na uwarunkowania procesowe, nie stało się przedmiotem analizy najwyższej instancji sądowej, warto pokrótce zastanowić się, czy również ono powinno być wykładane w sposób obiektywny, czy też – jak należy przyjąć – raczej subiektywizujący, uwzględniający treść zamiaru sprawcy przystępującego do usiłowania. Odnosząc się do tego problemu K. Kmąk stwierdza: „(...) druga podstawa karalności (użycie niewłaściwego środka) powinna być interpretowana w sposób obiektywny. Podobnie należy interpretować brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Nie ma podstaw, by przyjmować, że ustawodawca określił jedną podstawę karalności usiłowania nieudolnego w sposób obiektywny, natomiast drugą w sposób subiektywny lub subiektywno-obiektywny”³⁶.

Zaprezentowany tu pogląd opiera się na nieuzasadnionym przedłożeniu, iż znamię wskazujące na użycie niewłaściwego środka powinno być interpretowane w sposób obiektywny. Takie generalne postawienie sprawy nie zasługuje na aprobatę, gdyż niejednokrotnie prowadziłoby do kontrintuicyjnych i wypaczających sens art. 13 § 2 k.k. konsekwencji. Należy zauważyć, że użycie środka nadającego się do dokonania czynu zabronionego jest elementem charakteryzującym znamię czynności sprawczej danego typu przestępstwa, której podjęcie w określonych okolicznościach faktycznych sprowadza (bądź nie sprowadza) zagrożenia dla dobra prawnego, np. życia człowieka, który ma zostać zastrzelony (określonym środkiem „powoduje się” śmierć człowieka w rozumieniu art. 148 § 1 k.k., a więc realizuje się właściwe znamię czasownikowe określonego typu przestępstwa). Problem sprowadza się więc do pytania, czy używając określonego środka sprawca będzie w stanie wykonać czynność sprawczą danego czynu zabronionego, sprowadzając

³⁶ K. Kmąk, *Glosa...*, s. 162.

zagrożenie dla dobra chronionego prawnie, a więc czy jego dokonanie będzie czy nie będzie możliwe w rozumieniu art. 13 § 1 albo 2 k.k.

Przykładowo jeśli sprawca sądzi, że wszedł w posiadanie sprawnego pistoletu bądź ostrych nabojęw, a w rzeczywistości dysponuje jedynie atrapą broni palnej bądź ślepą amunicją, i wyposażony w tego rodzaju narzędzie zbliża się do ofiary na odległość kilku metrów, intuicyjnie trzeba będzie uznać, że usiłowanie zabójstwa miało charakter nieudolny, gdyż sprawca nie uświadamiał sobie, że dokonanie zabójstwa jest niemożliwe z uwagi na użycie środka nie nadającego się do zastrzelenia człowieka. Intuicja ta zbieżna jest z konsekwencjami stanowiska subiektywizującego, nakazującego uwzględniać zamiar zabicia człowieka tym konkretnym narzędziem zbrodni (sprawną bronią palną), której sprawca nie posiadał.

Jednak w myśl poglądów Sądu Najwyższego – zaaprobowanych przez K. Kmąka – należałoby raczej uznać, że obiektywnie rzecz biorąc sprawca mógł tak zmodyfikować swoje zachowanie, by zagrozić życiu człowieka, np. kilkakrotnie uderzyć ofiarę atrapą pistoletu w głowę. Przedmiot ten, a w gruncie rzeczy sama obecność sprawcy w bezpośredniej bliskości ofiary obiektywnie nadawały się do pozbawienia życia człowieka w jakiś bliżej nieskonkretyzowany sposób. Wynikałoby z tego, że w opisanych okolicznościach próba zabicia człowieka atrapą pistoletu powinna zostać uznana za usiłowanie udolne zabójstwa. Również z tego powodu koncepcja obiektywizująca, zaprezentowana w uchwale Sądu Najwyższego i zaaprobowana przez glosatora, musi zostać odrzucona.

Failed attempts: some remarks *à propos* the commentary by K. Kmąk

Abstract

The purpose of this paper is to perform a critical analysis of the view that the criterion of “lack of an item suitable for the commission of a prohibited act thereon” under Article 13, § 2 of the Penal Code should be understood objectively as the lack of any designatum of a victim for a given offence type. Such view was expressed by the Supreme Court in their resolution of 19 January 2017, reference number: I KZP 16/16, and then approved by Krzysztof Kmąk in his commentary. The analysis of the arguments in support of the objective concept leads to the conclusion that the subjective concept, which incorporates intent of an individual intending to commit a prohibited act on an individualised carrier of legally protected values, is better grounded.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Maciej Małolepszy

Odpowiedzialność karna za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu w prawie polskim i niemieckim¹

Streszczenie

Artykuł ukazuje podstawowe różnice między polskim a niemieckim porządkiem prawnym w zakresie szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu. Przedmiotem analizy w niniejszym artykule uczyniono zarówno przesłanki odpowiedzialności za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu, jak i sankcje. Uwzględniono także praktykę orzeczniczą oraz konsekwencje praktyczne wskazanych różnic. Z przeprowadzonych analiz prawnoporównawczych wynika, że oba systemy prawne różnią się w bardzo wielu aspektach w zakresie odpowiedzialności za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu. Końcowa część artykułu zawiera wnioski de lege ferenda dotyczące polskiego porządku prawnego.

I. Wprowadzenie

Polskie i niemieckie prawo karne różnią się pod wieloma względami. Zasadnicze różnice występują nie tylko w zakresie systemu sankcji², w sposo-

¹ Tłumaczenia z języka niemieckiego dokonał Pan mgr Eryk Sokołowski.

² M. Małolepszy, Geldstrafe und bedingte Freiheitsstrafe nach deutschem und polnischem Recht. Rechtshistorische Entwicklung und gegenwärtige Rechtslage im Vergleich, Berlin 2007.

bie formułowania przepisów³ czy w sposobie ich wykładni⁴, lecz widoczne są one również w zakresie szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu. Niniejszy artykuł stanowi próbę ustalenia różnic, przy czym z uwagi na ograniczoną objętość niniejszego opracowania konieczne jest pominięcie pewnych kwestii. W szczególności pominięta zostanie problematyka odpowiedzialności kierowcy prowadzącego pojazd mechaniczny pod wpływem alkoholu, który jednocześnie spowodował bezpośrednie niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia innego człowieka. Nie będzie przedmiotem niniejszej publikacji także kwestia odpowiedzialności kierowcy pojazdu mechanicznego, który pod wpływem alkoholu spowodował wypadek lub katastrofę komunikacyjną. Poniższa analiza będzie się zatem koncentrować wyłącznie na odpowiedzialności karnej za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu.

II. Karalność prowadzenia pojazdów mechanicznych pod wpływem alkoholu w polskim i niemieckim prawie karnym

1. Stan prawny w Polsce

W prawie polskim istotne znaczenie dla prawnokarnej oceny prowadzenia pojazdów mechanicznych pod wpływem alkoholu mają przede wszystkim dwa przepisy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na art. 87 § 1 polskiego Kodeksu wykroczeń (k.w.). Zgodnie z tym przepisem osobie znajdującej się w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka, która prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, grozi kara aresztu albo grzywny nie niższej niż 50 złotych. Termin „stan po użyciu alkoholu” został zdefiniowany w art. 46 ust. 2 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁵. Stan ten zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie człowieka wykazuje następujące wartości (względnie prowadzi do stężenia o następujących wartościach):

³ M. Małolepszy, Dimensionen der Rechtsvergleichung: Ermessen des Gerichts, Bonner Rechtsjournal 2010, nr 2, s. 181–185; tenże, Kradzież z włamaniem w polskim i niemieckim prawie karnym, Berlin 2015.

⁴ M. Małolepszy, Rechtsschöpfung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland und Polen. Zur Methodik eines Vergleichs der Rechtskulturen beider Länder, (w:) Ch. von Bar, A. Wudarski (red.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, Monachium 2012, s. 735–752; tenże, Deutsche und polnische Auslegungs- und Argumentationskultur im Strafrecht. Eine vergleichende Analyse der Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Oberstem Gericht, Berlin 2015.

⁵ Dz. U. z 1982 r., Nr 35, poz. 230.

- 1) zawartość alkoholu we krwi od 0,2‰ do 0,5‰ lub
- 2) zawartość alkoholu od 0,1 mg do 0,25 mg na 1 dm³ wydychanego powietrza.

Wykroczenie z art. 87 § 1 k.w. może zostać z racji art. 5 k.w.⁶ popełnione umyślnie lub nieumyślnie.

Gdy stężenie alkoholu we krwi przekroczy 0,5‰, sprawca popełnia według prawa polskiego nie wykroczenie, lecz przestępstwo określone w art. 178a k.k. Zgodnie z art. 178a § 1 k.k., kto znajdując się w stanie nietrzeźwości prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w art. 178a § 1 k.k. był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173 k.k., 174 k.k., 177 k.k. lub art. 355 § 2 k.k. popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo dopuścił się czynu określonego w art. 178a § 1 k.k. w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo, to zgodnie z art. 178a § 4 k.k. podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Stan nietrzeźwości jest w polskim prawie określony w art. 115 § 16 k.k. i zachodzi, gdy:

- 1) zawartość alkoholu we krwi przekracza 0,5 promila albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość lub
- 2) zawartość alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza przekracza 0,25 mg albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość.

Z zestawienia omówionych przepisów wynika, że karalność prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu w prawie polskim zależy przede wszystkim od stężenia alkoholu. Przy uzyskaniu odpowiednich wartości zachodzi wykroczenie albo występki. Sąd nie musi w żadnym razie rozstrzygać kwestii, czy sprawca był w stanie – mimo upojenia – prowadzić bezpiecznie pojazd czy też nie. Zaletą polskiego systemu prawnego jest zapewne łatwość w stosowaniu przepisów.

W końcu należy podkreślić, że czyn opisany w art. 178a § 1 k.k. może zostać popełniony jedynie umyślnie.

2. Stan prawny w Niemczech

W niemieckim porządku prawnym dwa przepisy pełnią szczególną funkcję w kontekście karalności prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu: § 24a StVG⁷ (wykroczenie) oraz § 316 StGB⁸ (przestępstwo).

⁶ Art. 5 k.w.: „Wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne”.

a) § 24a StVG

Przepis ten brzmi:

„§ 24a StVG Granica 0,5 promila

(1) Wykroczenie popełnia, kto w ruchu drogowym prowadzi pojazd, mimo że wykazuje stężenie alkoholu w wydychanym powietrzu 0,25 mg/l lub większe, stężenie alkoholu we krwi 0,5‰ lub większe albo taką zawartość alkoholu w organizmie, która prowadzi do jednego z tychże stężeń.

(2) (...)

(3) Wykroczenie popełnia również sprawca działający nieumyślnie.

(4) Wykroczenie karane jest grzywną do trzech tysięcy euro”.

§ 24a ust. 1 StVG sankcjonuje stworzenie abstrakcyjnego zagrożenia, zabraniając prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu (stężenie alkoholu we krwi 0,5‰ lub większe) bez względu na to, czy sprawca potrafi bezpiecznie prowadzić pojazd czy już wykazuje deficyty w tym względzie⁹. Gdy sprawca wskutek spożycia napojów alkoholowych nie potrafi prowadzić bezpiecznie pojazdu, zastosowanie znajduje już nie § 24a ust. 1 StVG, lecz § 316 StGB.

b) § 316 StGB

Ten przepis brzmi następująco:

„§ 316 StGB Prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości w ruchu drogowym

(1) Kto w ruchu drogowym (§ 315 do § 315d) prowadzi pojazd, mimo że wskutek spożycia napojów alkoholowych lub innych środków odurzających nie jest w stanie prowadzić pojazdu bezpiecznie, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub karze grzywny, jeżeli czyn nie jest karalny z § 315a ani z § 315c.

(2) Karze z ustępu 1 podlega także sprawca działający nieumyślnie”.

Znamię „nie jest w stanie prowadzić bezpiecznie pojazdu” nie zostało zdefiniowane ustawowo. Zgodnie z dominującym poglądem w orzecznictwie warunek ten jest spełniony, gdy „całkowita sprawność kierowcy zostaje wskutek utraty zahamowań oraz psychicznych i fizycznych deficytów na tyle

⁷ Straßenverkehrsgesetz – Ustawa o ruchu drogowym, tekst jednolity z dnia 5 marca 2003 r. (BGBl. z 2003 r., cz. I, s. 310, 919), ost. zm. dnia 17 sierpnia 2017 r. (BGBl. z 2017 r., cz. I, s. 3202).

⁸ Strafgesetzbuch – Kodeks karny, tekst jednolity z dnia 13 listopada 1998 r. (BGBl. z 1998 r., cz. I, s. 3322), ost. zm. dnia 17 sierpnia 2017 r. (BGBl. z 2017 r., cz. I, s. 3202).

⁹ Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie z dnia 12 marca 1993 r., sygn. 5 Ss (OWi) 56/93 – 5 Ss (OWi) 41/93 I, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 1993, nr 10, s. 405.

obniżona, że nie jest on w stanie bezpiecznie prowadzić pojazdu w ruchu drogowym na dłuższej trasie, w szczególności w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń na drodze”¹⁰. Orzecznictwo posługuje się pojęciami „bezwzględnej” i „względnej” niezdolności do bezpiecznego prowadzenia pojazdów.

Bezwzględna niezdolność nie zależy od działania alkoholu w konkretnym przypadku, lecz jest niewzruszalnie domniemywana przy osiągnięciu odpowiedniej wartości¹¹. Orzecznictwo przyjmuje wobec wszystkich kierowców bezwzględną niezdolność przy stężeniu alkoholu we krwi wynoszącym przynajmniej 1,1‰¹². Jeżeli zatem stężenie alkoholu we krwi osiągnie tę wartość, przyjmuje się bez dokonywania oceny zachowania kierowcy, że nie może on bezpiecznie prowadzić pojazdu, co oznacza wypełnienie znamion określonych w § 316 ust. 1 StGB.

Względna niezdolność zachodzi natomiast wówczas, gdy stężenie alkoholu we krwi w momencie czynu wynosi od 0,3‰¹³ do poniżej 1,1‰, ale na

¹⁰ Wyrok Trybunału Federalnego z dnia 20 marca 1959 r., sygn. 4 StR 306/58, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, t. 13, s. 90; postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 3 listopada 1998 r., sygn. 4 StR 395/98, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, t. 44, s. 221; wyrok Trybunału Federalnego z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. 4 StR 639/07, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2008, nr 10, s. 528; M. Burmann, (w:) M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, H. Janker (red.), Straßenverkehrsrecht, Monachium 2016, § 316 StGB nb. 21; P. König, (w:) H. W. Laufhütte, K. Tiedemann, R. Rissing-van-Saan (red.), Leipziger Kommentar. Strafrecht, t. 11, Berlin 2010, § 316 nb. 11.

¹¹ D. Sternberg-Lieben, B. Hecker, (w:) A. Schönke, H. Schröder (red.), Strafrecht. Kommentar, Monachium 2008, § 316 nb. 7; P. König, *op. cit.*, § 316 nb. 59 z dalszymi odesłaniami.

¹² D. Sternberg-Lieben, B. Hecker, *op. cit.*, § 316 nb. 7; postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 28 czerwca 1990 r., sygn. 4 StR 297/90, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, t. 37, s. 89; postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 3 listopada 1998 r., sygn. 4 StR 395/98, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, t. 44, s. 219; postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 25 września 2006 r., sygn. 4 StR 322/06, Deutsches Autorecht 2007, nr 5, s. 272; wyrok Bawarskiego Wyższego Sądu Krajowego z dnia 3 listopada 1995 r., sygn. 1 St RR 97/95, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 1996, nr 2, s. 75; postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Kolonii z dnia 20 grudnia 1994 r., sygn. Ss 559/94, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 1995, nr 11, s. 454; M. Burmann, *op. cit.*, § 316 nb. 22; Th. Fischer, Strafrecht mit Nebengesetzen, Monachium 2015, § 316 nb. 25; P. König, *op. cit.*, § 316 nb. 67 i n.

¹³ Poniżej tej wartości można przyjąć względną niezdolność przy zaistnieniu nadzwyczajnych okoliczności. Szerzej na ten temat: D. Sternberg-Lieben, B. Hecker, *op. cit.*, § 316 nb. 12; postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Saarbrücken z dnia 4 lutego 1999 r., sygn. Ss 116/98 (11/99), Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report 2000, nr 1, s. 13; H. Janker, Relative Fahrunsicherheit bei einer Blutalkoholkonzentration von weniger als 0,3‰?, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2001, nr 5, s. 200; P. König, *op. cit.*, § 316 nb. 93 i n. Pogląd zasadniczo przeciwny: postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Kolonii z dnia 2 czerwca 1989 r., sygn. Ss 227/89, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 1989, nr 9, s. 358; P. Hentschel, (w:) P. Hentschel, P. König, P. Dauer (red.),

podstawie dodatkowych okoliczności można stwierdzić wynikającą ze spożycia alkoholu lub środków odurzających niepewność w prowadzeniu pojazdu¹⁴. Istotnymi wskazówkami są nieprawidłowe zachowania kierowcy polegające np. na niewymuszonym opuszczeniu pasa ruchu, zbyt małym odstępem przy wyprzedzaniu, nieprawidłowym skręcaniu w lewo. Także tzw. „jazda wężykiem” może wskazywać, że kierowca nie jest w stanie bezpiecznie prowadzić pojazdu. Ustalenie względnej niezdolności do prowadzenia pojazdów wymaga zatem oceny zachowania kierowcy, co może być w konkretnym przypadku problematyczne.

Z zestawienia wyżej przedstawionych przepisów wynika, że w prawie niemieckim w przeciwieństwie do prawa polskiego ważne jest, czy sprawca pomimo spożycia alkoholu był w stanie prowadzić bezpiecznie pojazd. Jeżeli stężenie alkoholu we krwi nie osiąga wartości 1,1‰, ocena zachowania kierowcy decyduje o tym, czy sprawca poniesie odpowiedzialność karną na podstawie § 316 StGB, czy odpowiedzialność za wykroczenie opisane w § 24a StVG.

3. Porównanie polskich i niemieckich regulacji

Zestawiając polskie i niemieckie regulacje, nasuwają się następujące wnioski:

- w polskim systemie prawnym próg nietrzeźwości jest ustalony ustawowo. Niemiecki ustawodawca stosuje tę metodę tylko w prawie wykroczeń. Progi nietrzeźwości w niemieckim Kodeksie karnym ustanawia orzecznictwo,
- w polskim prawie nieznane są pojęcia bezwzględnej i względnej niezdolności do prowadzenia pojazdów,
- w polskim prawie jest nieistotne, czy sprawca był w stanie prowadzić pojazd bezpiecznie. Przekroczenie przewidzianych ustawą progów decyduje o odpowiedzialności karnej,
- polskie prawo przewiduje typ nieumyślny tylko w przypadku wykroczenia (art. 87 § 1 k.w.).

III. Sankcje

Znaczące różnice zachodzą również w zakresie sankcji, które mogą być wymierzane w obu systemach prawnych nietrzeźwym kierowcom.

Straßenverkehrsrecht, § 316 StGB nb. 183; G. Wolters, (w:) J. Wolter (red.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 6, akt. nr 131 (marzec 2016), § 316 nb. 26; F. Zieschang, (w:) U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paefgen (red.), Strafgesetzbuch, t. 3, Baden-Baden 2013, § 316 nb. 29.

¹⁴ Wyrok Trybunału Federalnego z dnia 22 kwietnia 1982 r., sygn. 4 StR 43/82, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, t. 31, s. 44; Th. Fischer, *op. cit.*, § 316 nb. 14.

1. Kary

a) Kara pozbawienia wolności

Podczas gdy w prawie niemieckim kara pozbawienia wolności wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy sprawca popełni przestępstwo opisane w § 316 StGB, polskie prawo już za umyślne wykroczenie (art. 87 § 1 k.w.) przewiduje karę aresztu. Ta uregulowana w k.w. kara odpowiada w swej istocie karze pozbawienia wolności, gdyż sprawca zostaje pozbawiony wolności. Kara aresztu trwa w myśl art. 19 k.w. od 5 do 30 dni.

Prawo polskie jest też bardziej represyjne w zakresie Kodeksu karnego. Art. 178a § 1 k.k. przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 2; prowadzenie pojazdów pod wpływem alkoholu jest zagrożone w prawie niemieckim wg § 316 StGB karą pozbawienia wolności do roku.

b) Kara grzywny

Kara grzywny może być wymierzona w obu systemach prawnych zarówno za wykroczenie, jak i za przestępstwo. Pierwsza różnica tkwi w jej wysokości. Wykroczenie z § 24a StVG może zostać ukarane grzywną do 3000 euro. W prawie polskim grzywna za wykroczenie z art. 87 k.w. może wynieść do 5000 zł.

Również przestępstwa są zagrożone w prawie niemieckim istotnie większymi grzywnami. W obu systemach prawnych wymierza się je w stawkach dziennych. Zarówno liczba stawek dziennych (Polska: 10–540; Niemcy: 5–360), jak i ich wysokość (Polska: 10–2000 zł; Niemcy: 1–30 000 euro) są różne w obu systemach. Najwyższa grzywna przewidziana przez polski k.k. może wynieść 1 080 000 zł. Niemiecki odpowiednik umożliwia wymierzenie grzywny w wysokości aż 10 800 000 euro.

Druga różnica zachodzi w prawie wykroczeń. W polskim prawie każdy przypadek z art. 87 § 1 k.w. musi być rozpatrywany przez sąd. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹⁵ wyklucza w art. 96 § 2 postępowanie mandatowe dla wykroczeń z art. 87 § 1 k.w., gdyż grozi za nie obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów.

Natomiast w prawie niemieckim grzywnę za wykroczenie z § 24a StVG orzeka się w postępowaniu administracyjnym. Właściwe Rozporządzenie¹⁶ (tzw. taryfikator) przewiduje następujące grzywny, od których można jednak odstąpić w szczególnych przypadkach:

¹⁵ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1713).

¹⁶ Verordnung über die Erteilung einer Verwarnung, Regelsätze für Geldbußen und die Anordnung eines Fahrverbots wegen Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr (Bußgeldkatalog-Verordnung, BKatV) – Rozporządzenie o pouczeniu sprawców, o zasadach wyznaczania grzywnien oraz o zarządzaniu zakazu prowadzenia pojazdów za wykroczenia w ruchu drogowym z dnia 14 marca 2013 r. (BGBl. z 2013 r., cz. I, s. 498), ost. zm. dnia 18 maja 2017 r. (BGBl. z 2017 r., cz. I, s. 1282).

Wykroczenie	Grzywna (euro)
Prowadzenie ze stężeniem alkoholu we krwi 0,5–1,09‰	500
– przy odnotowaniu jednego poprzedniego wykroczenia	1000
– przy odnotowaniu dwóch poprzednich wykroczeń	1500

c) Kara ograniczenia wolności

Polski Kodeks karny przewiduje karę nieznaną prawu niemieckiemu, a mianowicie karę ograniczenia wolności¹⁷. Kara ta może zostać wymierzona także wobec nietrzeźwego kierowcy na podstawie art. 178a § 1 lub § 4 k.k.

2. Kary dodatkowe / środki karne

a) Zakaz prowadzenia pojazdów

W polskim systemie prawnym można wymierzyć sprawcy prowadzącemu pojazd w stanie nietrzeźwości zakaz prowadzenia pojazdów zarówno na podstawie k.w. (art. 87 § 3 w zw. z art. 29), jak i na podstawie k.k. (art. 42 § 2 i § 4). Zgodnie z art. 87 § 3 k.w. w zw. z art. 29 § 1 k.w. w razie popełnienia wykroczenia określonego w art. 87 § 1 k.w. orzeka się obligatoryjnie zakaz prowadzenia pojazdów na okres od 6 miesięcy do 3 lat. Jeżeli sprawca popełni przestępstwo opisane w art. 178a k.k., to sąd na podstawie art. 42 § 2 k.k. orzeka na okres nie krótszy niż 3 lata zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów albo pojazdów określonego rodzaju. Zgodnie z art. 43 § 1 k.k. zakaz może być wymierzony na okres do 15 lat. Polski Kodeks karny wykonawczy przewiduje jednak w art. 182a możliwość przekształcenia zakazu prowadzenia pojazdów w zakaz obejmujący jedynie pojazdy niewyposażone w tzw. blokadę alkoholową. Zatem sprawca po takowym przekształceniu może prowadzić pojazdy, które taką blokadę posiadają. W przypadku zakazu prowadzenia pojazdów z art. 42 § 2 k.k. sprawca może wnioskować o ten przywilej dopiero po upływie połowy orzeczonego okresu.

Zakaz prowadzenia pojazdów powoduje w polskim prawie cofnięcie uprawnień do prowadzenia pojazdów, które zostaje orzeczone w drodze administracyjnej przez Starostę (art. 103 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r.¹⁸). Skazany może po upływie okresu, na który orzeczono zakaz, wnioskować o przywrócenie uprawnień do kierowania pojazdami¹⁹. Jeżeli zakaz prowadzenia pojazdów został orzeczony na podstawie k.w. i trwał

¹⁷ Krytycznie odnośnie do reformy kary ograniczenia wolności w polskim systemie karnym M. Małolepszy, Die revolutionäre Reform des polnischen Strafzumessungsrechts und ihre möglichen Auswirkungen auf die Sanktionierung der Eigentumskriminalität, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 2015, nr 2, s. 147–159.

¹⁸ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 978).

¹⁹ Art. 103 ust. 3 Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r.

krócej niż rok, sprawca musi przejść badania lekarskie²⁰ i psychologiczne²¹, aby odzyskać uprawnienia. Jeżeli okres ten przekroczył rok, co jest zasadą w przypadku k.k., który przewiduje minimalny trzyletni okres zakazu, sprawca musi zdać dodatkowo egzamin praktyczny i teoretyczny²².

Również prawo niemieckie przewiduje zakaz prowadzenia pojazdów, który może zostać orzeczony za wykroczenie opisane w § 24a StVG oraz za przestępstwo opisane w § 316 StGB. Właściwe przepisy brzmią:

„§ 25 ust. 1 StVG Zakaz prowadzenia pojazdów za wykroczenia

Jeżeli wobec sprawcy wykroczenia w rozumieniu § 24 popełnionego przy rażącym lub uporczywym naruszeniu obowiązków kierowcy orzeczono grzywnę, to organ administracyjny lub sąd w orzeczeniu o grzywnie może zabronić sprawcy prowadzenia pojazdów wszelkiego lub określonego rodzaju na okres od miesiąca do trzech miesięcy. W przypadku orzeczenia grzywny za wykroczenie z § 24a zakaz prowadzenia pojazdów zarządza się co do zasady”.

„§ 44 ust. 1 StGB Zakaz prowadzenia pojazdów za przestępstwo

W razie skazania na karę pozbawienia wolności lub grzywnę za przestępstwo popełnione przy albo w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego lub z naruszeniem obowiązków kierowcy sąd może zabronić sprawcy prowadzenia pojazdów mechanicznych wszelkiego lub określonego rodzaju na okres od miesiąca do trzech miesięcy. Zakaz zasądza się co do zasady, jeżeli w przypadku skazania z § 315c ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 3 lub § 316 zaniechano odebrania uprawnień do kierowania pojazdami wg § 69”.

Z zestawienia polskich i niemieckich przepisów wynikają przede wszystkim trzy różnice. Pierwsza dotyczy okresu obowiązywania zakazu: w Niemczech zarówno za wykroczenie (§ 24a StVG), jak i za przestępstwo (§ 316 StGB) można orzec zakaz na okres od miesiąca do trzech miesięcy, a w Polsce już za wykroczenie (art. 87 § 1 k.w.) może on wynosić co najmniej 6 miesięcy, a maksymalnie 3 lata. Sprawca czynu opisanego w art. 178a ust. 1 k.k. musi się liczyć natomiast z zakazem od 3 do 15 lat. W przypadku recydywy (art. 178a § 4 k.k.) obligatoryjny jest dożywotni zakaz.

Druga różnica dotyczy luzu decyzyjnego przy orzekaniu zakazu. Podczas gdy w prawie polskim sąd musi orzec zakaz zarówno przy wykroczeniu (art. 87 § 1 k.w.)²³, jak i przestępstwie, w niemieckim prawie zależy to od uznania

²⁰ Art. 99 ust. 1 pkt 2a Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r.

²¹ Art. 99 ust. 1 pkt 3a Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r.

²² Art. 49 ust. 1 pkt 3a Ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r.

²³ W tym kontekście należy wymienić art. 41 k.w., który brzmi: „W stosunku do sprawcy czynu można poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub na zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego”.

organu decyzyjnego. Co prawda § 25 ust. 1 StVG i § 44 ust. 1 StGB używają sformułowania „co do zasady”, mogącego wskazywać na obligatoryjny charakter tego przepisu, ale oba przepisy pozostawiają dużą swobodę decyzyjną, by w wyjątkowych przypadkach odstąpić od orzeczenia zakazu.

Trzecia różnica dotyczy konsekwencji zakazu prowadzenia pojazdów. Tylko w polskim systemie prawnym zakaz prowadzenia pojazdów powoduje utratę uprawnień do prowadzenia pojazdów.

b) Świadczenie pieniężne

Polski Kodeks karny przewiduje obcy niemieckiemu StGB środek karny, jakim jest świadczenie pieniężne uregulowane w art. 39 pkt 7 k.k. Świadczenie to nie zasila budżetu Skarbu Państwa jak w przypadku grzywny, lecz konto Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej. W myśl art. 43a k.k. sąd musi przy skazaniu sprawcy na podstawie art. 178a § 1 k.k. orzec świadczenie pieniężne w wysokości min. 5000 zł, a maksymalnie 60 000 zł na rzecz wspomnianego Funduszu. W przypadku recydywy (art. 178a § 4 k.k.) świadczenie wynosi co najmniej 10 000 zł.

3. Środki zabezpieczające

Znaczne różnice pomiędzy polskim a niemieckim prawem zachodzą w zakresie środków zabezpieczających. Absolutnie niemożliwe jest ich wyczerpujące omówienie w ramach niniejszego opracowania. Poniższa analiza będzie się koncentrować tylko na jednym środku zabezpieczającym, a mianowicie na odebraniu uprawnień do kierowania pojazdami.

Polski k.k. w przeciwieństwie do niemieckiego StGB nie przewiduje środka zabezpieczającego polegającego na odebraniu uprawnień do kierowania pojazdami. W polskim systemie prawnym sąd może jedynie orzec zakaz prowadzenia pojazdów tytułem środka zabezpieczającego, jeżeli ustawa tak stanowi (art. 93a § 2 k.k.). Taką możliwość przewiduje art. 99 § 1 k.k. w przypadku sprawcy, który dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności. W myśl art. 31 § 1 k.k. stan niepoczytalności zachodzi wtedy, gdy sprawca z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. Niepoczytalność może jednak być przyjmowana w stosunku do sprawców prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdyż art. 31 § 3 k.k. wyklucza stosowanie art. 31 § 1 k.k., gdy sprawca wprowadził się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć.

W przeciwieństwie do polskich regulacji, niemiecki StGB przewiduje środek zabezpieczająco-poprawczy zwany odebraniem uprawnień do kierowa-

nia pojazdami. Sąd orzeka ten środek na podstawie § 69 ust. 1 StGB obligatoryjnie, gdy sprawca:

- 1) popełnił czyn bezprawny przy albo w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego lub naruszając obowiązki kierowcy,
- 2) został skazany lub nie został skazany jedynie dlatego, że jego niepoczytalność została udowodniona lub nie została wykluczona,
- 3) nie nadaje się do prowadzenia pojazdów, co wynika z okoliczności czynu.

W przypadku jazdy pod wpływem alkoholu (§ 316 StGB) sprawcę uznaje się co do zasady w myśl § 69 ust. 2 StGB za nienadającego się do prowadzenia pojazdów. Gdy sąd odbiera uprawnienia, określa jednocześnie wg § 69a ust. 1 StGB, że w okresie od 6 miesięcy do 5 lat sprawca nie może odzyskać uprawnień. Ta „blokada” może zostać zarządzona na zawsze, jeżeli można oczekiwać, że ustawowy okres nie jest wystarczający dla zniwelowania niebezpieczeństwa stwarzanego przez sprawcę.

Uprawnienia do kierowania pojazdami wygasają wraz z uprawomocnieniem się wyroku. Skazany może wnioskować o ponowne nadanie uprawnień do właściwego organu dopiero po okresie wymienionym w § 69a ust. 1 StGB.

4. Porównanie polskich i niemieckich regulacji

Z zestawienia polskich i niemieckich regulacji wynikają następujące wnioski:

- polskie prawo przewiduje znacznie szerszą możliwość stosowania kar polegających na pozbawieniu wolności za prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu, gdyż kara aresztu może zostać zastosowana już za umyślne wykroczenie,
- niemieckie prawo przewiduje możliwość stosowania surowszych grzywien zarówno za wykroczenie, jak i za przestępstwo,
- obligatoryjne świadczenie pieniężne w wysokości min. 5000 zł jest obce prawu niemieckiemu,
- grzywna za wykroczenie w drodze postępowania administracyjnego na podstawie tzw. „taryfikatora” może być wymierzona jedynie w prawie niemieckim,
- w prawie polskim sprawca prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu może – w przeciwieństwie do prawa niemieckiego – zostać ukarany karą ograniczenia wolności,
- zakaz prowadzenia pojazdów odgrywa odmienną rolę w obu systemach prawnych. W prawie niemieckim stanowi on „upomnienie” (*Denkzettel*); w polskim wyklucza niebezpiecznych kierowców z ruchu drogowego. Tę ostatnią funkcję w prawie niemieckim pełni środek zabezpieczająco-poprawczy odebrania uprawnień do kierowania pojazdami,
- w obu systemach prawnych organy decyzyjne korzystają w różnym stopniu z luzu decyzyjnego (w Polsce zakaz prowadzenia pojazdów jest obligatoryjny; w Niemczech zakaz orzeka się „co do zasady”).

IV. Konsekwencje praktyczne

Wskazane wyżej różnice skutkują konsekwencjami w praktyce, co przedstawiają następujące kazusy:

Kazus 1

Stężenie alkoholu we krwi kierowcy wynosi od 0,2‰ do poniżej 0,3‰:

Konsekwencje prawne	
w prawie niemieckim	w prawie polskim
Brak karalności, chyba że pojazd prowadził początkujący kierowca*	Art. 87 § 1 k.w. (kara aresztu do 30 dni, grzywna do 5000 zł, obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów od 6 miesięcy do 3 lat*)
*Zgodnie z § 24c StVG kierowcę początkującego obowiązuje całkowity zakaz prowadzenia pojazdu po użyciu alkoholu.	*Zakaz prowadzenia pojazdów prowadzi do utraty uprawnień do prowadzenia pojazdów.

Kazus 2

Stężenie alkoholu we krwi kierowcy wynosi od 0,3‰ do 0,5‰ i sprawca potrafi prowadzić bezpiecznie pojazd mechaniczny:

Prawo niemieckie	Prawo polskie
Brak karalności, chyba że pojazd prowadził początkujący kierowca*	Art. 87 § 1 k.w. (kara aresztu do 30 dni, grzywna do 5000 zł, obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów od 6 miesięcy do 3 lat*)
*Zgodnie z § 24c StVG kierowcę początkującego obowiązuje całkowity zakaz prowadzenia pojazdu po użyciu alkoholu.	*Zakaz prowadzenia pojazdów prowadzi do utraty uprawnień do prowadzenia pojazdów.

Kazus 3

Sprawca ma we krwi od 0,3‰ do 0,5‰ i nie potrafi prowadzić bezpiecznie pojazdu:

Prawo niemieckie	Prawo polskie
§ 316 StGB (kara pozbawienia wolności do roku, grzywna, zakaz prowadzenia pojazdów do 3 miesięcy lub odebranie uprawnień do kierowania)	Art. 87 § 1 k.w. (kara aresztu do 30 dni, grzywna do 5000 zł, obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów od 6 miesięcy do 3 lat*)
	*Zakaz prowadzenia pojazdów prowadzi do utraty uprawnień do prowadzenia pojazdów.

Kazus 4

Sprawca ma ponad 0,5‰ i do 1,09‰ alkoholu we krwi oraz potrafi prowadzić pojazd mechaniczny bezpiecznie:

Prawo niemieckie	Prawo polskie
§ 24 ust. 1 StVG (grzywna do 3000 euro, zakaz prowadzenia pojazdów do 3 miesięcy)	Art. 178a § 1 k.k. (grzywna, kara ograniczenia wolności, kara pozbawienia wolności, obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów od 3 do 15 lat*, obligatoryjne świadczenie pieniężne min. 5000 zł) *Zakaz prowadzenia pojazdów prowadzi do utraty uprawnień do prowadzenia pojazdów.

Kazus 5

Sprawca ma ponad 0,5‰ i nie więcej niż 1,09‰ alkoholu we krwi oraz nie potrafi prowadzić pojazdu mechanicznego bezpiecznie:

Prawo niemieckie	Prawo polskie
§ 316 StGB (kara pozbawienia wolności do roku, grzywna, zakaz prowadzenia pojazdów do 3 miesięcy lub odebranie uprawnień do kierowania)	Art. 178a § 1 k.k. (grzywna, kara ograniczenia wolności, kara pozbawienia wolności, obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów od 3 do 15 lat*, obligatoryjne świadczenie pieniężne min. 5000 zł) *Zakaz prowadzenia pojazdów prowadzi do utraty uprawnień do prowadzenia pojazdów.

Z przedstawionych powyżej kazusów wynika, że polskie prawo karne jest w zasadzie dużo bardziej represyjne wobec kierowców prowadzących pojazd w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu. Dotyczy to w szczególności kierowców, u których stwierdzono stężenie alkoholu we krwi od 0,2‰ do poniżej 0,3‰. Nie licząc początkujących kierowców, ten czyn w niemieckim systemie prawnym jest zawsze bezkarny, gdy tymczasem w polskim porządku prawnym sprawcy grozi na podstawie art. 87 § 1 k.w. nawet kara aresztu do 30 dni. Podobnie jest w przypadku sprawców, u których stwierdzono stężenie alkoholu we krwi w przedziale od 0,3‰ do 0,5‰, przy założeniu, że kierowca może bezpiecznie prowadzić pojazd mechaniczny (kazus nr 2). Niemieckie prawo przewiduje także zdecydowanie łagodniejsze konsekwencje prawne za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości wobec sprawców mogących bezpiecznie prowadzić pojazd, jeżeli stężenie alkoholu we krwi wynosiło ponad 0,5‰ i nie przekraczało 1,09‰ (kazus nr 4). Podczas gdy tego typu czyny w niemieckim porządku prawnych traktowane są

jako wykroczenia, to w Polsce zawsze są przestępstwem (art. 178a k.k.). Z powyższych przykładów wynika, iż tylko w jednym przypadku niemieckie prawo jest surowsze. Dotyczy to sytuacji, gdy sprawca ma we krwi od 0,3‰ do 0,5‰ i nie potrafi prowadzić bezpiecznie pojazdu (kazus nr 3). Ten czyn jest w Niemczech zawsze przestępstwem, w Polsce natomiast wykroczeniem. Tę różnicę relatywizuje jednak fakt, że w Polsce za wykroczenie określone w art. 87 § 1 k.w. można orzec karę aresztu.

V. Znaczenie praktyczne opisanych przepisów

Z uwagi na niskie ceny alkoholu i powszechną dostępność jego spożycie pozostaje w obu krajach na relatywnie wysokim poziomie, co nie pozostaje bez wpływu na liczbę osób, które prowadzą pojazd w stanie nietrzeźwości. Ta hipoteza znajduje potwierdzenie w danych statystycznych, które dobitnie dowodzą, że opisane powyżej przepisy nie są bynajmniej martwe – w praktyce są one często wykorzystywane. Z uwagi na ramy niniejszej publikacji analiza zostanie ograniczona wyłącznie do przestępstw określonych w art. 178a k.k. i § 316 StGB.

Z opublikowanych danych wynika, że w Niemczech w roku 2014 skazano na podstawie § 316 StGB 57 796 osób²⁴. Karą dominującą była kara grzywny, którą wymierzono w blisko 95% przypadków²⁵. Karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania zastosowano zaledwie w 1% skazań (623 przypadki)²⁶. Resztę skazań stanowiły kary pozbawienia wolności orzeczone z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, które wymierzono w 4% skazań (2373 przypadki)²⁷.

Zgola odmiennie przedstawia się sytuacja w polskim systemie prawnym. W roku 2014 skazano na podstawie art. 178a § 1 i 4 k.k. łącznie 63 857 osób²⁸. Już ta liczba może budzić zdziwienie, jeżeli uwzględni się fakt, że Polska jest krajem ludnościowo dwukrotnie mniejszym niż Niemcy, co sugerowałoby, że i liczba skazań powinna być dwa razy mniejsza. Jeszcze większe różnice pojawiają się w zakresie stosowanych kar. Na karę grzywny skazano w Polsce na podstawie art. 178a § 1 i 4 k.k. zaledwie 25 451 osób, co stanowi 39,8% wszystkich skazań²⁹. Bezwzględna karę pozbawienia wolności wymierzono na podstawie obu wymienionych przepisów aż w 4686

²⁴ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, Wiesbaden 2016, s. 114–115.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Skazania prawomocne – dorośli wg – rodzajów przestępstw i wymiaru kary w latach 2008–2015, <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>.

²⁹ *Ibidem*.

przypadkach (7,3%)³⁰, czyli siedem razy częściej, niż ma to miejsce w Niemczech. Liczba ta nie uwzględnia jednak kar aresztu, które mogą być wymierzone za prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu. Także w zakresie stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zdecydowanie przeważa polski system prawny, gdzie w roku 2014 orzeczono tę karę aż w 28 054 przypadkach (43,9%)³¹. Na karę ograniczenia wolności skazano 5663 osoby, co stanowi 8,8% wszystkich skazań³².

VI. Wnioski

Przeprowadzone powyżej badanie prawnoporównawcze ukazuje zasadniczą różnicę w zakresie odpowiedzialności karnej za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu pomiędzy polskim a niemieckim systemem prawnym. Podczas gdy w polskim systemie prawnym decydującym elementem w zakresie odpowiedzialności za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu jest stężenie alkoholu we krwi, to w niemieckim systemie prawnym przypisuje się większą wagę do tego, czy sprawca był w stanie bezpiecznie prowadzić pojazd. Zaletą art. 87 § 1 k.w. i 178a k.k. jest zapewne to, że zarówno dla osób stosujących prawo, jak i dla samych kierowców jest jasne i bezsporne, czy dopuścili się oni czynów opisanych w tych przepisach. Normy te w połączeniu z art. 46 ust. 2 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz z art. 115 § 16 k.k. w pełni realizują zasadę *nullum crimen sine lege certa*. Z drugiej strony nie można nie dostrzec oczywistego faktu, że ceną za jasność prawa jest to, że w polskim systemie prawnym daleko idącą odpowiedzialność ponoszą osoby, które wprawdzie prowadziły pojazd w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu, ale potrafiły prowadzić go bezpiecznie. Alkohol zapewne obniżył ich zdolność do prowadzenia pojazdu, ale nie na tyle, by nie były one w stanie adekwatnie reagować na sytuacje (nawet nagłe) występujące na drodze. W przypadku tych kierowców trudno jest o stwierdzenie, że swoim zachowaniem stworzyli abstrakcyjne zagrożenie dla dobra prawnego, którego ochronę mają zapewnić art. 87 § 1 k.w. i art. 178a k.k., czyli bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Ustawodawca, wprowadzając te normy do k.w. i k.k., nie chciał przeciwdziałać spożywaniu alkoholu, lecz jego celem było wyeliminowanie kierowców, którzy zagrażają bezpieczeństwu w komunikacji. Wadą art. 87 § 1 k.w. i art. 178a k.k. jest zatem nieuwzględnianie indywidualnych cech konkretnego kierowcy, czyli traktowanie wszystkich kierowców wykazujących dane stężenie alkoholu we

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

krwi w ten sam sposób, niezależnie od tego, jak ich organizm reaguje na alkohol. Nie można jednak nie zauważyć, że niemieckie regulacje, które uzależniają odpowiedzialność karną od oceny, czy sprawca może bezpiecznie prowadzić pojazd, mogą osłabiać ogólnoprewencyjne oddziaływanie przepisów, których jednym z celów jest odstraszenie nietrzeźwych kierowców od prowadzenia pojazdu. Skoro bowiem odpowiedzialność karna (w przedziale od 0,3‰ do poniżej 1,1‰) zależy od oceny, czy kierowca może bezpiecznie prowadzić pojazd³³, to wielu kierowców tego typu regulacja może nie odstraszać od prowadzenia pojazdu, gdyż zakładają oni, że zostaną uznani za zdolnych do prowadzenia pojazdu, co zwolni ich z odpowiedzialności karnej. Ocena otwiera bowiem duże pole uznaniowości, które w przekonaniu kierowcy może prowadzić do zwolnienia go z odpowiedzialności karnej. Polskie „sztywne” regulacje takiej uznaniowości nie przewidują, co powoduje, że kierowca będący pod wpływem alkoholu musi w zasadzie liczyć się z daleko idącymi konsekwencjami.

Uwzględniając wady polskiego i niemieckiego modelu odpowiedzialności karnej kierowców znajdujących się w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu, wydaje się, że z punktu widzenia bezpieczeństwa na drodze polski model jest lepszym rozwiązaniem, gdyż w większym stopniu realizuje ogólnoprewencyjne funkcje prawa. Model ten lepiej chroni dobro prawne, jakim jest bezpieczeństwo w komunikacji. Nie widać także powodów uzasadniających liberalizację prawa w polskim systemie prawnym w zakresie warunków określających odpowiedzialność. Wprawdzie liczba przestępstw opisanych w art. 178a k.k. spadła z 128 366 w roku 2013 do 74 438 w roku 2014³⁴, ale ten spadek nie oznacza, że problem nietrzeźwych kierowców na polskich drogach można uznać za rozwiązany. Wręcz przeciwnie – czyn z art. 178a k.k. nadal należy do jednych z najczęściej popełnianych przestępstw, co nie pozwala na liberalizację zasad odpowiedzialności za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości. W bardzo długiej perspektywie natomiast warto rozważyć wprowadzenie systemu mieszanego. W ramach tego rozwiązania sprawca nadal ponosiłby odpowiedzialność karną na podstawie przepisów k.k. niezależnie od tego, czy mógł on prowadzić pojazd bezpiecznie, jeżeli stężenie alkoholu we krwi przekroczyłoby 0,5‰. Wydaje się, że tak wysokie stężenie alkoholu we krwi powinno rodzić daleko idące konsekwencje prawne, by zagwarantować ogólnoprewencyjne oddziaływanie przepisów. Istotna zmiana nastąpiłaby natomiast poniżej tego progu – jeżeli stężenie alkoholu we krwi wynosiłoby od 0,2‰ do 0,5‰, to sprawca mógłby ponosić odpowiedzialność za wykroczenie, ale tylko wtedy, gdyby stwierdzono, iż nie mógł on

³³ Jeżeli stężenie alkoholu we krwi osiągnie próg 0,5‰, sprawca odpowie za wykroczenie opisane w § 24a StVG.

³⁴ <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-2/63464,Prowadzenie-pojazdu-w-stanie-nietrzezwosci-lub-pod-wplywem-srodka-odurzajacego-a.html>.

prowadzić pojazdu bezpiecznie. Tego typu rozwiązanie gwarantuje, że sprawcy, u których stwierdzono niższe stężenie alkoholu we krwi, nie będą ponosić odpowiedzialności, jeżeli mogli prowadzić pojazd bezpiecznie. Jak zauważono powyżej, ten model może być obecnie rozważany wyłącznie na płaszczyźnie teoretycznej, gdyż nie ma warunków natury kryminalno-politycznej do jego wprowadzenia w Polsce.

Zasadnicze wątpliwości budzi jednak przede wszystkim automatyzm orzekania zakazu prowadzenia pojazdów w polskim systemie prawnym (art. 87 § 3 k.w., art. 42 § 1–3 k.k.). Ta uwaga dotyczy przede wszystkim zakazu orzeczanego za prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu (art. 87 § 3 k.w.). Jednak także w przypadku sprawcy prowadzącego pojazd w stanie nietrzeźwości przepisy powinny umożliwiać sądowi odstępianie od orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdu, gdy jego orzeczenie będzie nieproporcjonalne do okoliczności popełnienia czynu bądź sytuacji osobistej skazanego. Można bowiem wyobrazić sobie sytuacje, gdy sąd powinien mieć możliwość odstępiania do orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów. Tytułem przykładu należy wskazać na przypadek, gdy sprawca zamierzał pokonać bardzo krótki, mało uczęszczany odcinek drogi, np. z parkingu do garażu, jadąc bardzo powoli i zachowując przy tym szczególną ostrożność. Inna sytuacja, która powinna pozwalać sądowi na odstępianie od orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdu, dotyczy kierowcy zawodowego, który jest jedynym żywicielem rodziny i utrata możliwości prowadzenia pojazdu oznacza dla niego i jego rodziny poważną destabilizację finansową. Zawarty w art. 87 § 3 k.w. i art. 42 § 1–3 k.k. automatyzm jest pewnym brakiem zaufania ustawodawcy do sądu, że ten będzie konsekwentnie stosował zakaz prowadzenia pojazdów wobec kierowców prowadzących pojazd pod wpływem alkoholu lub po użyciu alkoholu. Sprawiedliwe rozstrzygnięcia nie polegają jednak na bezrefleksyjnym stosowaniu przepisów, lecz na poszukiwaniu optymalnego rozwiązania w konkretnym przypadku – i to jest zadanie władzy sądowniczej, która ma do czynienia także z przypadkami skrajnymi, których ustawodawca nie przewidział, bo nie jest przecież w stanie uwzględnić wszystkich sytuacji. By uniknąć nazbyt liberalnej polityki w zakresie orzekania zakazu prowadzenia pojazdów, ustawodawca może przyjąć takie sformułowanie przepisu, które będzie skłaniało sądy do orzekania zakazów prowadzenia pojazdu, ale pozostawi jednocześnie sądowi możliwość odstępiania od tego w wyjątkowych przypadkach, gdy orzeczenie zakazu będzie w danym przypadku nieproporcjonalne do czynu bądź sytuacji osobistej skazanego. Wydaje się tutaj także konieczne zróżnicowanie sytuacji osoby, która prowadziła pojazd po użyciu alkoholu, i osoby, która prowadziła pojazd w stanie nietrzeźwości.

Kończąc, należy stwierdzić, że polskie prawo karne w zakresie sankcjonowania prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości jest bardziej represyjne niż prawo niemieckie. Dotyczy to nie tylko ustawowego zagrożenia, lecz

także praktyki orzeczniczej. Przedstawione analizy uprawniają do postawienia zasadniczego pytania, czy represyjność polskiego prawa zarówno w wymiarze ustawowym, jak i praktycznym nie jest zbyt wysoka. Dotyczy to w szczególności częstego stosowania kary pozbawienia wolności. Odpowiadając na to pytanie, należy uwzględnić okoliczność, że w przypadku występuku określonego w art. 178a k.k. mamy do czynienia z czynem zabronionym, który penalizuje abstrakcyjne zagrożenie, jakie sprawca stwarza swoim zachowaniem dla dóbr prawnych. W przypadku tego typu czynu zabronionego nie jest wymagane wystąpienie szkody czy też konkretnego zagrożenia dla dobra prawnego. Konstrukcja art. 178a k.k. przemawiałaby zatem za wyjątkowym stosowaniem kary pozbawienia wolności wobec osób realizujących swoim zachowaniem znamiona określone w art. 178a k.k. Zbyt częste stosowanie kary pozbawienia wolności w polskim systemie karnym może jednak pozostawać w ścisłym związku ze zjawiskiem nadmiernego stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w przypadku pierwszego skazania – czyli sięgnięciem od razu po tę sankcję z pominięciem kary grzywny lub kary ograniczenia wolności. Jeżeli pierwszą karą za popełnienie przestępstwa określonego w art. 178a k.k. jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, to sąd ma bardzo ograniczone możliwości odstąpienia od orzeczenia drugiej kary pozbawienia wolności za kolejny czyn bądź czyny. Teoretycznie jest możliwe orzeczenie za drugi czyn kary grzywny bądź kary ograniczenia wolności, ale jeżeli uznamy te kary za łagodniejsze od kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, to trudno wymagać od sądu, by orzekał karę łagodniejszą, gdy sprawca ponownie popełnia podobny czyn. Zasadniczym problemem polskiego systemu prawnego jest zatem zbyt szybkie sięganie po karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania³⁵. Na pełną aprobatę zasługuje w tym kontekście decyzja ustawodawcy, który z dniem 1 lipca 2015 r. zmienił treść art. 58 § 1 k.k., obejmując zasadą *ultima ratio* także karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Za wcześniej na ocenę, czy ta zmiana przyniesie zamierzony skutek w postaci obniżenia liczby kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, także w zakresie sankcjonowania przestępstwa opisanego w art. 178a k.k. Nie ulega jednak wątpliwości, że ta modyfikacja jest zmianą pożądaną.

³⁵ Szerzej na ten temat: M. Małolepszy, Samoistna kara grzywny – propozycje reformy, *Palestra* 5–6/2011, s. 52–64.

Criminal liability for driving a motor vehicle while intoxicated or after use of alcohol in Polish and German legal systems

Abstract

This paper shows primary differences between Polish and German laws governing broadly understood criminal liability for driving a motor vehicle while intoxicated or after use of alcohol. Both the criteria for the said liability and the relevant sanctions are examined. Judicial decision-making practices as well as practical consequences of the differences identified are also captured. The comparative legal analysis shows that Polish and German legal systems differ in many aspects as far as driving a motor vehicle while intoxicated or after use of alcohol is concerned. The end of the paper contains de lege ferenda conclusions concerning the Polish legal order.

GLOSY

Jerzy Duży, Paweł Kołodziejski

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2016 r., sygn. I KZP 2/15¹

Streszczenie

Przedmiotem glosy są rozważania dotyczące problemu możliwości zakwalifikowania zachowania polegającego na nadużyciu mechanizmu podatku VAT przez zaniżenie kwoty podatku należnego wskutek posłużenia się fikcyjnymi fakturami VAT jako zarówno oszustwa skarbowego z art. 56 § 1 k.k.s. jak i oszustwa powszechnego z art. 286 § 1 k.k.

„Ustawowe upoważnienie udzielone organowi podatkowemu (organowi kontroli skarbowej) do zaniechania sprawdzenia prawidłowości samobliczenia podatku w deklaracji (art. 21 § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz. U. z 2015 r., poz. 613 i art. 99 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.), w której podatnik zaniżył podatek należny, wyklucza realizację przez niego znamion z art. 286 § 1 k.k. w postaci doprowadzenia tego organu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez zaniechanie pobrania tego podatku”.

Głosowanie postanowienia o odmowie podjęcia uchwały nie zdarza się często. Z reguły bowiem problem, co do którego Sąd Najwyższy odmawia powzięcia uchwały, nie okazuje się na tyle ważki, bądź kontrowersyjny, aby konieczne było jego komentowanie. W przypadku głosowanego postanowie-

¹ OSNKW 2015, nr 7, poz. 56.

nia jest jednak inaczej. Postanowienie Sądu Najwyższego dotyka bardzo istotnego z punktu widzenia praktyki problemu, którego rangi Sąd Najwyższy zdaje się nie dostrzegać². Zawiera wiele uproszczeń i uogólnień w materii prawa podatkowego, w której to Sąd Najwyższy porusza się w sposób bardzo dowolny. Swoboda, z jaką na temat złożonych konstrukcji podatkowych i powinności organów podatkowych sąd karny wypowiada kategoryczne stanowiska, nie zmaćcone żadnymi wątpliwościami, musi budzić niepokój i obawy. Implikuje pytanie, czy aby nie przypomina to zachowania przysłowiowego słonia w składzie porcelany. Niestety, w konsekwencji orzeczenie Sądu Najwyższego trywializuje bardzo doniosły i trudny do rozwikłania teoretycznoprawny problem, a zarazem nie odpowiada na szereg zagadnień prawnych wskazanych w starannie opracowanym i stojącym na bardzo wysokim poziomie merytorycznym postanowieniu Sądu Apelacyjnego w K. z dnia 15 stycznia 2015 r. o przekazaniu Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy. W postanowieniu tym, Sąd Apelacyjny w K. sformułował następujące zagadnienie prawne: „czy w «doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem», w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., mieści się działanie sprawcy polegające na przedstawieniu w ramach procedury samo obliczania podatku, deklaracji podatkowej zaniżającej kwotę podatku podlegającego odprowadzeniu na rzecz Skarbu Państwa, prowadzące do nieotrzymania przez organ podatkowy, niepodjęmujący w tym zakresie żadnych działań, podatku w wysokości należnej zgodnie z przepisami prawa?»”.

Dostrzegając złożoność problemu, Sąd Apelacyjny w K. wskazał w uzasadnieniu swego postanowienia na rozbieżności w orzecznictwie i piśmiennictwie co do możliwości zakwalifikowania zachowania sprawcy wyczerpującego znamiona przestępstwa skarbowego z art. 56 § 1 k.k.s. równocześnie jako przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., w ramach idealnego zbiegu czynów

² Niestety, dominującym obecnie sposobem nadużycia procedury podatku VAT wykorzystywanym przez zorganizowane grupy przestępcze jest stosowanie mechanizmu nie bezpodstawnego żądania zwrotu podatku, w którym kwalifikowanie zachowania sprawcy jako oszustwa z art. 286 § 1 k.k., względnie w zbiegu idealnym z art. 76 § 1 k.k.s. nie budzi wątpliwości, a posługiwanie się fikcyjnymi fakturami kosztowymi, które wykorzystywane są do bezprawnego obniżania podatku należnego, bądź w ogóle nie składanie deklaracji przez tzw. „znikającego” podatnika. W tych przypadkach zastosowanie przepisów typizujących oszustwo jest kontrowersyjne w kontekście wyczerpania znamienia zarówno „wprowadzenia w błąd” jak i „doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem”. Wydaje się, że jest jednak możliwe (oczywiście tylko przy spełnieniu określonych przesłanek dotyczących tak strony przedmiotowej jak i podmiotowej czynu). Praktyka poszukująca adekwatnego wyrazu reakcji kamej na te bardzo niebezpieczne dla bezpieczeństwa ekonomicznego Państwa i prawidłowości jego gospodarki zachowania, które w Polsce osiągnęły zatrważające rozmiary (główny składnik olbrzymiej luki podatkowej w podatku VAT), powinna mieć jednak pewność co do możliwości zastosowania określonych kwalifikacji prawnych. Stąd postulat dokonania w tej kwestii przez Sąd Najwyższy zasadniczej wykładni ustawy jest jak najbardziej zasadny.

zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. Przeciwnicy stosowania konstrukcji zbiegu idealnego do zachowania podatnika polegającego na zaniżeniu podatku należnego za dany okres rozliczeniowy wskazują, że działanie takie prowadzi jedynie do uniknięcia wydatku z własnego mienia kosztem uszczuplenia spodziewanego dochodu Skarbu Państwa. W takiej sytuacji z uwagi na funkcjonowanie zasady samoopodatkowania, uiszczenie należności w kwocie niższej niż należna, stanowi wyłącznie samodzielną dyspozycję majątkową podatnika, która odbywa się bez udziału organu podatkowego³. Mimo przedstawienia również kilku orzeczeń aprobujących powyższe stanowisko, Sąd Apelacyjny w K. zwrócił również uwagę na poglądy przeciwne, znacznie szerzej definiujące pojęcie „rozporządzenia mieniem”, jako zaniechanie aktywności pokrzywdzonego wyłącznie wskutek wprowadzenia go w błąd przez sprawcę⁴. Wówczas za niekorzystne rozporządzenie mieniem może zostać uznane zaniechanie dochodzenia roszczeń przez organ podatkowy wskutek błędnego przekonania, że podatnik nabył prawo do odliczenia od podatku należnego kwot podatku naliczonego, które są udokumentowane „pustymi” fakturami VAT⁵. Procedura samoobliczania zobowiązania podatkowego oparta jest na zasadzie wzajemnego zaufania między podatnikiem a organem podatkowym, a w sytuacji wprowadzenia w błąd i spowodowania zaniżenia zobowiązania podatkowego, mienie Skarbu Państwa zostaje w istocie pomniejszone o należności, które przysługiwałyby mu, gdyby nie doszło po stronie podatnika do podjęcia czynności polegających na zatajeniu prawdy lub podaniu nieprawdy.

Niestety, złożoności problemu nie dostrzegł tak Sąd Najwyższy, jak i prokurator Prokuratury Generalnej, który w pisemnym wniosku postulował podjęcie uchwały, iż „zachowanie sprawcy przestępstwa skarbowego określonego w art. 56 § 1 k.k.s., który w złożonej organowi podatkowemu deklaracji w rozumieniu art. 53 § 30 k.k.s. podał nieprawdę lub zataił prawdę, przez co naraził podatek na uszczuplenie, a nawet go uszczuplił, w rozumieniu odpowiednio – art. 53 § 27 i 28 k.k.s., nie wywołuje skutku przestępstwa określonego

³ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III, pod red. A. Zolla, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 287; P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 561.

⁴ Słusznie zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w K., że typizacja przestępstwa oszustwa jest niezmienna od czasów kodeksu karnego z 1932 r. Tymczasem już w orzecznictwie międzywojennym judykatura szeroko rozumiała pojęcie „rozporządzenia mieniem”, czego przykładem są przywołane orzeczenia. Na uwagę zasługuje zwłaszcza wyrok SN z dnia 23 września 1937 r., sygn. II K 756/37, OSN(K) 1938, nr 3, poz. 57, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że „rozporządzenie mieniem” następuje nie tylko w wypadku świadczenia przez pokrzywdzonego, lecz także gdy uprawniony na skutek błędu przyjmuje świadczenie w mniejszej wartości niż to, które mu przysługiwało.

⁵ I. Stolarczyk Odpowiedzialność za nierzetelne wystawienie faktury VAT, Prokuratura i Prawo 2010, nr 9, s. 107.

nego w art. 286 § 1 k.k. w postaci doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego”.

Sąd Najwyższy trafnie w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia przywołał poglądy judykatury i orzecznictwa wskazujące, że rozporządzeniem jako znamieniem przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. jest każda czynność o charakterze określonej dyspozycji majątkowej, kształtująca sytuację majątkową⁶. Wskazał także na słuszność akcentowania w piśmiennictwie, że rozporządzeniem na gruncie art. 286 § 1 k.k. jest czynność prawna będąca dyspozycją majątkową⁷, albo czynność faktyczna, ale będąca przejawem dyspozycji swoim lub cudzym mieniem⁸. Przywołane wyżej wypowiedzi doktryny i orzecznictwa zdawałyby się wskazywać, że w niniejszej sprawie Sąd Najwyższy dopuszcza możliwość skazania sprawców za oszustwo powszechne w przypadku przestępczego zaniżenia podatku należnego. Sąd uznał jednak inaczej. Oparł bowiem swoje stanowisko na tym, że organ podatkowy „zaniechał” czynności. Zdaniem Sądu Najwyższego „to nie podatnik zaniżając w deklaracji należny podatek doprowadza organ podatkowy do zaniechania, ale najpierw ustawodawca dopuścił, aby organ ten nie przeprowadzał postępowania podatkowego i nie wydał decyzji podatkowej określającej właściwą (wyższą) wysokość podatku należnego”. Wskazał, że „prawodawca przewidział (zalegalizował) to zaniechanie, natomiast podatnik może tylko wykorzystać to ustawowo dopuszczalne zaniechanie (czyli niewywołane przez siebie), za co jednak odpowie z art. 56 § 1 k.k.s. Ustawodawca własnymi regulacjami «doprowadził» więc organ podatkowy do «zaniechania» pobrania podatku i w ten sposób – do «niekorzystnego rozporządzenia»”.

Analiza co prawda w cudzysłowie zawartych uwag sądu, co do doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem mniej uważnemu czytelnikowi mogłaby sugerować, że jeżeli komuś w kontekście opisywanej sytuacji należy przedstawić zarzut doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem to tylko ustawodawcy. Sprawcy zaś z pewnością nań nie zasługują, ponieważ tylko korzystają z zaniechań organu podatkowego będących skutkiem niefrasobliwości ustawodawcy, który rzekomo, cytując sąd „ustawowo upoważnia organ podatkowy do zaniechania sprawdzenia prawidłowości samoobliczenia podatku w deklaracji”. W kontekście wypowiedzi

⁶ Wyroki SN: z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. V KK 235/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50; z dnia 29 sierpnia 2012 r., sygn. V KK 419/11, OSNKW 2012, nr 12, poz. 133; postanowienie SN z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. II KK 10/13, LEX nr 1516116).

⁷ Tak m.in. J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 65; T. Oczkowski, (w:) R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, Warszawa 2011, t. 9, s. 138; A. N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamień oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, *Prokuratura i Prawo* 2005, nr 10, s. 64–66).

⁸ (T. Oczkowski, *op. cit.*).

sądu nasuwa się refleksja, że praca w organach podatkowych jest bardzo atrakcyjna, skoro jak twierdzi sąd, w zasadzie ustawodawca w drodze ustawy upoważnia je do zaniechania wydawałoby się podstawowej powinności, to znaczy kontroli zachowań podatników. Prawda jest jednak inna.

Zasada samoobliczania podatku oparta jest o domniemanie prawdziwości oświadczenia (deklaracji) składanych przez podatników, co nie oznacza, że nie znajdują się one pod kontrolą organów podatkowych. System podatkowy zawsze zakłada udział organów podatkowych w procedurach poboru podatku. Samoobliczanie podatku nie jest sposobem na powstanie zobowiązania podatkowego, lecz tylko określoną procedurą w jakiej następuje wskazanie podatku należnego z mocy prawa⁹. W doktrynie prawa podatkowego dominuje przekonanie o deklaratoryjnym charakterze zarówno deklaracji podatkowej, jak i decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego¹⁰. Zobowiązanie powstaje bowiem z mocy samego prawa, w związku z zaistnieniem w danym okresie rozliczeniowym zdarzeń podlegających opodatkowaniu. Sama deklaracja (podobnie jak i decyzja podatkowa) nie kreuje tego zobowiązania podatkowego, lecz jedynie potwierdza jego istnienie, wielkość oraz ewentualnie inne istotne cechy. W konsekwencji przepis art. 99 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług¹¹, potwierdza tylko ogólne prawo organu podatkowego (skarbowego) do określenia kwoty zobowiązania podatkowego (zwrotu różnicy podatku, zwrotu podatku naliczonego) w innej kwocie niż zadeklarowana przez podatnika¹².

Zobowiązanie podatkowe powstaje zatem zawsze z mocy prawa lub decyzji podatkowej (zob. art. 21 § 1 pkt 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹³), lecz nigdy w drodze deklaracji podatkowej, która jest efektem tylko technicznej czynności podatnika¹⁴. W deklaracji podatkowej zobowiązanie podatkowe jest tylko ujawniane, a nie ustalone¹⁵. Złożenie nieprawdziwej w treści deklaracji podatkowej albo spowoduje wszczęcie postępowania podatkowego albo nie, jednak zawsze stanowić będzie wprowadzenie w błąd organów podatkowych. W pierwszym przypadku organy podatkowe dostrzegą, że są wprowadzane w błąd, w drugim nie. Wprowadza-

⁹ J. Duży, P. Kołodziejski, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 lutego 2014 r., sygn. II AKa 409/13, Przegląd Sądowy 2015, nr 4, s. 133.

¹⁰ A. Bartosiewicz, Komentarz do ustawy o podatku VAT, LEX 2015 (uwaga 41 do art. 99 u.o.p.t.u.).

¹¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 710 ze zm.; dalej: u.o.p.t.u.

¹² A. Bartosiewicz, *op. cit.* (uwaga 41 do art. 99 u.o.p.t.u.).

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 201 ze zm.; dalej jako: Ordynacja podatkowa.

¹⁴ Są to dwa wyłączone sposoby powstania zobowiązań podatkowych – tak np. L. Etel, (w:) Ordynacja podatkowa. Komentarz, pod red. C. Kosikowskiego i L. Etela, LEX 2013 (uwaga 1 do art. 21).

¹⁵ Patrz szerzej: H. Dzwonkowski, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Legalis 2011 (uwagi do art. 21 Ordynacji podatkowej).

ne w błąd są jednak w każdym przypadku złożenia nieprawdziwej w treści deklaracji podatkowej niezależnie od tego, czy to zauważyły i wszczęły postępowanie, czy też nie¹⁶.

Podsumowując ten wątek rozważań, Sąd Najwyższy wyprowadza całkowicie błędny wniosek z przepisów art. 21 § 2 Ordynacji podatkowej i art. 99 ust. 12 u.o.p.t.u. Przepisy te wbrew zapatrywaniu sądu od niczego organów podatkowych nie zwalniają. Przeciwnie, nadają im określone uprawnienia, są przepisami kompetencyjnymi. Wbrew twierdzeniom sądu nie zwalniają one ustawo organów podatkowych od weryfikacji deklaracji podatkowych podatników, ale dają im uprawnienie do sprawdzenia każdej złożonej deklaracji podatkowej.

Spróbujmy jednak przez chwilę pójść tropem rozumowania Sądu Najwyższego i przyjąć, że istotnie brak aktywności organu podatkowego implikuje niemożność przypisania sprawcom zarzutu doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Powstaje jednak pytanie, co z przypadkami, w których organ podatkowy zakwestionowałby deklarację podatkową, wszczął postępowanie podatkowe, w konsekwencji którego wydałby decyzję podatkową odmiennie określając wymiar podatku, niż zrobił to podatnik w złożonej deklaracji podatkowej. Czy w takiej sytuacji uznamy, że sprawcy doprowadzili Skarb Państwa do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w przeciwieństwie do przypadków, w których nie zostało wszczęte postępowanie podatkowe? Wnioskując *a contrario* z wypowiedzi sądu na temat zaniechania organu, które wykorzystali sprawcy, tak należałoby na postawione pytanie odpowiedzieć, aby pozostać w zgodzie z wywoływ logicznym prowadzonym przez Sąd Najwyższy. Konsekwencją takiego toku rozumowania byłoby jednak uzależnienie odpowiedzialności karnej w kontekście wyczerpania znamion przestępstwa oszustwa nie od zachowań sprawców, lecz od zachowania organu. Innymi słowy, w zależności od tego, jak zachowałby się organ podatkowy w związku ze złożeniem deklaracji podatkowej, sąd karny mógłby zastosować przepisy typizujące oszustwo (art. 56 k.k.s., względnie art. 76 k.k.s. lub art. 286 § 1 k.k., ewentualnie uznać, że zachodzi zbieg idealny lub nie). Obrazuje to błąd logiczny w całym rozumowaniu sądu.

Problem, będący przedmiotem głosowanego postanowienia istnieje i jest prawnie bardzo doniosły. W istocie bowiem dotyczy kwestii dopuszczalności zastosowania określonej kwalifikacji prawnej (możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za oszustwo) za bardzo szkodliwe społecznie zachowania, z którymi organy państwa nie potrafią obecnie skutecznie walczyć. Wymaga podkreślenia, że współcześnie najbardziej rozpowszechnionym działaniem zmierzającym do nadużycia mechanizmu podatku od towarów i usług jest zaniżenie kwoty podatku należnego wskutek posłużenia się

¹⁶ Patrz: przypis 2.

fikcyjnymi fakturami VAT, a nie bezpodstawne żądanie zwrotu podatku od towarów i usług. Społeczna szkodliwość obu zachowań jest jednak tożsama, albowiem w jednym i drugim przypadku sprawcy uzyskują korzyść majątkową kosztem mienia Skarbu Państwa, korzystając z fikcyjnych faktur VAT i usług tzw. słupów. Z tych też względów, odmowa podjęcia uchwały przez Sąd Najwyższy w tak ważnej kwestii domagającej się zasadniczej wykładni ustawy rozczarowuje. Istnieje poważna wątpliwość, czy konstrukcja przepisu art. 286 § 1 k.k. pozostawia istotnie poza jego zakresem przestępcze zaniżenie kwoty podatku należnego. Z pewnością tego bardzo złożonego problemu nie można strywializować, tak jak zrobił to Sąd Najwyższy uzasadniając odmowę podjęcia uchwały w postanowieniu z dnia 24 czerwca 2015 r. Postulat dokonania zasadniczej wykładni ustawy w kwestii dopuszczalności zastosowania kwalifikacji prawnej z art. 286 § 1 k.k. do zachowań przestępczych polegających na „przedstawieniu w ramach procedury samoobliczania podatku, deklaracji podatkowej zaniżającej kwotę podatku podlegającego odprowadzeniu na rzecz Skarbu Państwa, prowadzące do nieotrzymania przez organ podatkowy, niepodejmujący w tym zakresie żadnych działań, podatku w wysokości należnej zgodnie z przepisami prawa” jest jak najbardziej uzasadniony.

Commentary to the Supreme Court decision of 24 June 2016, ref. no.: I KZP 2/15

Abstract

This commentary explores the possibility of categorizing a behavior, which consists in misusing the VAT mechanism by using fictitious VAT invoices to unlawfully reduce the amount of VAT payable, as tax fraud under Article 56, § 1 of the Penal Fiscal Code, as well as fraud under Article 286, § 1 of the Penal Code, which fraud is committable by any offender capable of bearing criminal responsibility.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za 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**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:

<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publicowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilukzdaniowe) 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.